Defensa pública: garantía de acceso a la justicia

Ministerio Público de la Defensa

Defensa pública: garantía de acceso a la justicia

III Congreso de la Asociación Interamericana de Defensorías Públicas

Buenos Aires, República Argentina
11, 12 y 13 de junio de 2008

LA LEY

Ministerio Público de la Defensa - Defensoría General de la Nación
Defensa Pública: garantía de acceso a la justicia, 1ª ed.- Buenos Aires: Defensoría General de la Nación, 2008.
672 p. 23 x 16 cm.

ISBN 978-987-22522-1-2

1. Derecho.
CDD 340

Es una publicación del Ministerio Público de la Defensa - 2008

Defensoría General de la Nación

Av. Callao 970

Ciudad Autónoma de Buenos Aires

C1023AAP

Tel.: 11 4814 8417 / 52

Fax: 11 4814 8425

Todos los derechos reservados
Ninguna parte de esta obra puede ser reproducida
o transmitida en cualquier forma o por cualquier medio
electrónico o mecánico, incluyendo fotocopiado, grabación
o cualquier otro sistema de archivo y recuperación
de información, sin el previo permiso por escrito del Editor y del autor

All rights reserved
No part of this work may be reproduced or transmitted
in any form or by any means,
electronic or mechanical, including photocopying and recording
or by any information storage or retrieval system,
without permission in writing from the publisher and the author

Tirada: 500 ejemplares.

I.S.B.N. 978-987-22522-1-2

Prólogo

El presente volumen reúne las conferencias dictadas en el *III Congreso de la Asociación Interamericana de Defensorías Públicas (AIDEF)*, que se realizó en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, los días 11, 12 y 13 junio del corriente año, cuyo lema fue *Defensa pública: garantía de acceso a justicia*.

El III Congreso —organizado por la Defensoría General de la Nación y co-financiado por el programa "EUROsociAL Justicia" de la Comisión Europea— se llevó a cabo en ocasión del cambio de autoridades de la AIDEF, cuya Coordinación General tuve el honor de ejercer desde junio de 2006. El Estatuto de esta Asociación establece entre sus objetivos "realizar cada dos años el Congreso de la Asociación Interamericana de Defensorías Públicas" (art. 5º, inciso e) (1). De esta forma, y dando cuenta del enorme compromiso con el servicio de defensa pública y de los estrechos lazos que unen a nuestras instituciones en el continente, participaron las máximas autoridades de la Defensa Oficial de todos los Estados de Iberoamérica.

El tema central de los debates del evento fue "*Acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad"*, con relación a cinco ejes temáticos: "Pobreza", "Género", "Edad", "Privados de Libertad" y "Victimización". Estos puntos reflejaron parte de los principios establecidos por las *"100 reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad"*, aprobadas en la *XIV Cumbre Judicial Iberoamericana*, realizada en la ciudad de Brasilia (República Federativa del Brasil) los días 4, 5 y 6 de marzo del corriente, cuyo documento y comentarios doctrinarios incluimos en esta publicación.

Los ejes mencionados se desarrollaron a través de conferencias magistrales y mesas de debate a cargo de distinguidas figuras del ám-

---

(1) Cabe recordar que el I Congreso de AIDEF se llevó a cabo en la ciudad de Punta del Este (República Oriental del Uruguay) en marzo de 2005, y el II Congreso en la ciudad de San Salvador (República de El Salvador) en junio de 2006.

bito académico e institucional de reconocida experiencia en Argentina, Europa y el resto de América.

En la ceremonia del acto de apertura —que tuvo lugar en el Salón de Actos de la Facultad de Derecho—, fue un inmenso placer compartir las palabras de bienvenida con el Sr. Presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de la República Argentina, Dr. Ricardo Lorenzetti, el Sr. Jefe de la Delegación de la Comisión Europea en la República Argentina, Embajador Gustavo Martín Prada, y el Sr. Ministro de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos de la Nación, Dr. Aníbal Domingo Fernández.

Fue un gran orgullo que el querido Prof. Luigi Ferrajoli (Profesor Catedrático de la Universidad de Roma Tre, Italia), dictara la conferencia inaugural del evento, y que los reconocidos Profs. Louk Hulsman (Profesor Emérito de Derecho Penal de la Universidad de Rotterdam, Holanda) y Eugenio Raúl Zaffaroni (Miembro de la Corte Suprema de Justicia de la República Argentina), cierren el Congreso con un diálogo profundo y sumamente enriquecedor sobre el "*Análisis crítico de acceso a la justicia*".

En igual sentido, fue una inmensa satisfacción que dictaran las conferencias magistrales referidas a los diferentes ejes temáticos, el Dr. Leandro Despouy (Relator Especial para la Independencia de Jueces y Abogados e Integrante de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas) en "Pobreza", la Dra. Cecilia Medina (Presidenta de la Corte Interamericana de Derechos Humanos) en "Género", el Dr. Sergio García Ramírez (Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos) en "Edad", la Baronesa Vivien Stern (Miembro Titular Asociada de Investigación del Centro Internacional de Estudios Penitenciarios de la Universidad King's College, del Reino Unido) en "Privados de Libertad", y el Dr. Hans Jörg Albrecht (Director del Instituto Max Planck para el Derecho Penal Extranjero e Internacional de Friburgo, Alemania) en "Victimización".

En el transcurso de las tres jornadas, participaron más de cuarenta expositores en las diferentes mesas de debate, aportando diferentes miradas y experiencias regionales sobre la problemática en torno al acceso a la justicia. Entre otros, y sin que ello implique no reconocer el inmenso valor de los aportes brindados por cada uno de los disertantes, cabe mencionar al Lic. Elías Carranza, a la Magistrada Dra. Montserrat Comas De Argemir, al Dr. Florentín Meléndez, a la Magistrada Dra. Inmaculada Montalban Huertas, a la Dra. Elena Highton de Nolasco, a la Dra. Carmen Argibay, a la Dra. Hilda Kogan, a la Dra. Eva Giberti, a la Dra. María José Lubertino, al Sr. Remo Carlotto, y al Dr. Sergio Salomão Schecaira.

El alto nivel de las exposiciones conformó un material de excelencia que, entendimos, no podía quedar limitado a quienes participaron del Congreso. Por tal motivo el Ministerio Público de la Defensa, con la invalorable colaboración de la editorial La Ley, decidió realizar esta publicación que, sin duda alguna, configurará un hito trascendente en la lucha por el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad.

Debo agradecer enormemente a quienes auspiciaron el *III Congreso*: a la Agencia de Española Cooperación Internacional para el Desarrollo (AECID), al Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente (ILANUD), al British Council Argentina, a la editorial La Ley, a la Comisión del Ministerio Público de la Defensa de la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional Argentina (AMFJN), a la Asociación Civil de Magistrados y Funcionarios del Ministerio Público de la Defensa de la República Argentina (ADEPRA) y al Banco Patagonia.

Por último, quisiera concluir estas palabras señalando la importancia de este Congreso como un paso fundamental para el fortalecimiento de la Defensa Pública como institución central en la protección de los Derechos Humanos de los sectores más vulnerables.

Dra. Stella Maris Martínez

Buenos Aires, noviembre de 2008.

Indice General

Prólogo de la Dra. Stella Maris Martínez VII

Documento

Declaración de Brasilia, XIV Cumbre Judicial Iberoamericana .. 3

Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad..... 13

Presentación, por *Stella Maris Martínez*..... 35

Asumir la vulnerabilidad, por *Alicia Ruiz* 37

La protección de las minorías en el campo de los derechos políticos, por *Alberto R. Dalla Via* 47

Comentarios sobre las 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, por *Federico Andreu-Guzmán* y *Christian Courtis* 51

Acceso a la Justicia de los Sectores Vulnerables, por *Ricardo Lorenzetti* 61

Conferencias

La desigualdad ante la justicia penal y la garantía de la defensa pública, por *Luigi Ferrajoli*..... 77

Análisis crítico del acceso a la justicia. Diálogo entre *Louk Hulsman* y *E. Raúl Zaffaroni*..... 91

I. Pobreza

Acceso a la Justicia: impacto de la pobreza sobre los derechos humanos, por *Leandro Despouy* 111

Acceso a la justicia de los excluidos (en lo social, cultural y económico), por *Gustavo Maurino*..... 141

Pág.

Pobreza y derechos humanos: el papel de la Defensoría Pública en la lucha para la erradicación de la pobreza, por *Cleber Alves* 147

Pobreza y derechos humanos, por *Roberto Saba* 167

Persecución penal de la pobreza, por *Gustavo L. Vitale* 173

La relación del orden social y la criminalización de los pobres, por *Juan S. Pegoraro* 205

Criminalización de la pobreza, por *Elías Carranza*..... 213

II. Género

Género y Acceso a la Justicia, por *Cecilia Medina Quiroga*..... 237

Género y derecho, por *Clara M. Leite Alvez* 247

Estándares en materia de igualdad y no discriminación, por *Inmaculada Montalbán Huertas* 253

Violencia de Género: normativa internacional para combatirla y propuestas legales en España, por *Montserrat Comas de Argemir* 279

Acción de la Defensa Pública en el acceso a la salud, por *Patricia Azzi*..... 297

Políticas de acceso a la salud, por *Hilda Kogan* 309

III. Edad

Derechos humanos de los niños y adolescentes, por *Sergio García Ramírez*..... 327

La Defensa Pública en los casos de niñez y adolescencia no punible, por *Fernando García Rubí* 355

Fortalezas y debilidades del litigio estratégico para el fortalecimiento de los estándares internacionales y regionales de protección a la niñez en América Latina, por *Mary Beloff* 359

Niños y adolescentes no punibles. Estrategias de intervención, por *Carlos Uriarte*..... 391

Cuatro consideraciones acerca del derecho penal juvenil y los derechos de la infancia, por *Gonzalo Berríos Díaz*..... 401

Niñez y adolescencia en conflicto con la ley penal. El derecho penal juvenil y la protección integral, por *Miguel Cillero Bruñol* 409

Pág.

Abusos y maltratos sobre los adultos mayores. Estrategias jurídicas de intervención, por *Arsenio Francisco Mendoza*.... 417

Los viejos que vos matáis... Maltrato a las Personas Mayores, por *Eugenio Luis Semino*..... 429

Violencia, abuso y maltrato: un enfoque desde Derechos Humanos, por *Santiago N. Pszemiarower* 435

IV. Privados de libertad

Personas privadas de libertad y acceso a la justicia, por *Vivien Stern* 457

La defensa oficial en los procedimientos de apelación de sanciones. Inmediación y presencia "in situ", por *Julia Cárcamo Cabrera*..... 467

Los mecanismos formales de corrección de las condiciones de encarcelamiento y los peligros de los derechos humanos de las personas en situación de detención en Brasil, por *Carlos Weis* 477

El derecho de los detenidos bajo medidas de seguridad, por *Luis Fernando Niño* 485

Protección de las personas privadas de libertad sometidas a medidas de seguridad, por *Florentín Meléndez* 489

V. Victimización

Victimización, víctimas, y acceso a la justicia, por *Hans-Jörg Albrecht*..... 501

Acceso a la justicia de las víctimas: organismos encargados de su protección, por *Eva Giberti* 527

Perspectiva social y política del acceso a la justicia de las víctimas, por *Remo Carlotto*..... 533

Resolución alternativa de conflictos en el trato con la víctima, por *Renatto de Vitto*..... 539

Aporías, por *Alberto Bovino*..... 545

Acceso a justicia víctima-victimario. por *Elena Highton de Nolasco* 593

Los mapuches como grupo en situación de vunerabilidad: el estereotipo del mapuche incendiario y terrorista, por *Jaime López Allendes*..... 601

Pág.

El rol del Defensor Público en una justicia interétnica. Un enlace intercultural, por *Blanca Aída Stalling Dávila* 609

La falta de acceso a la justicia de las personas discriminadas y la discriminación en el acceso a la justicia, por *María José Lubertino* 631

Curriculum vitae de los autores 643

Documento

DECLARACION DE BRASILIA

XIV CUMBRE JUDICIAL IBEROAMERICANA

4, 5 y 6 de marzo de 2008

I. *Los Presidentes de las Cortes y Tribunales Supremos o Superiores de Justicia y de los Consejos de la Judicatura o Magistratura, del Principat d'Andorra, República Argentina, República de Bolivia, República Federativa do Brasil, República de Colombia, República de Costa Rica, República de Cuba, República de Chile, República Dominicana, República del Ecuador, República de El Salvador, Reino de España, República de Guatemala, República de Honduras, Estados Unidos Mexicanos, República de Nicaragua, República de Panamá, República del Paraguay, República del Perú, República Portuguesa, Estado Libre Asociado de Puerto Rico, República Oriental del Uruguay y República Bolivariana de Venezuela;*

II. Reunidos en la ciudad de Brasilia, capital de la República Federativa del Brasil, los días 4, 5 y 6 de marzo de 2008, con ocasión de la Asamblea Plenaria de la XIV Edición de la Cumbre Judicial Iberoamericana, inspirados en los valores y principios que constituyen el acervo iberoamericano:

1. **REITERAMOS** nuestra convicción sobre la existencia de una identidad iberoamericana que, por encima de las particularidades nacionales de nuestros respectivos países, exhibe rasgos comunes desde los cuales es posible ir delineando políticas judiciales de beneficio mutuo que, lejos de suprimir las individualidades nacionales, redescubren y ofrecen una riqueza común.

2. **RECONOCEMOS** los avances y éxitos alcanzados a lo largo de su existencia en el seno de la Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno, marco central de la cooperación iberoamericana, así como los esfuerzos que instituciones y sociedad civil, integrados en una multitud de iniciativas, organizaciones, conferencias, encuentros y proyectos de ámbito regional o sectorial, vienen realizando para constituir un verdadero tejido de cooperación, concertación y colaboración en Iberoamérica

4. **PROCLAMAMOS** nuestra voluntad de seguir aunando esfuerzos para que los poderes judiciales sean un factor de cohesión social y de afianzamiento democrático en nuestras sociedades.

5. **CONSTATAMOS** la decidida implicación de todas las instituciones miembros para asegurar el éxito de las diferentes reuniones preparatorias y rondas de talleres que se han llevado a cabo a lo largo de esta edición, y que han permitido obtener un conjunto de resultados que constituirán aportes valiosos para la construcción del espacio judicial iberoamericano.

6. **REPRODUCIMOS** nuestro compromiso con los lineamientos estratégicos de la Cumbre Judicial Iberoamericana afirmados en la Declaración de Santo Domingo, con ocasión de la XIII Cumbre Judicial Iberoamericana.

7. **CONFIRMAMOS** la necesidad de mantener un diálogo fluido y enriquecedor con las diversas redes y actores del sector, y afirmamos nuestra voluntad de que la Cumbre Judicial Iberoamericana siga trabajando en un marco de coordinación y cooperación, así como de interlocución y participación de otras instituciones y profesionales en los términos acordados en la Declaración de Cusco, con ocasión de la II Reunión Preparatoria de la XIV Cumbre Judicial Ibero-Americana.

8. **CELEBRAMOS** los resultados obtenidos en las diferentes áreas de trabajo de esta edición, agrupadas bajo el eje temático: "Modernizaçao, segurança jurídica, acceso e coesão social: a Justiça preparandose para o futuro", los cuales brindamos a toda la Comunidad Iberoamericana de Naciones para el bienestar y progreso de todos sus pueblos, y en relación con cada una de dichas áreas formulamos las siguientes

DECLARACIONES PARTICULARES

ACCESO A LA JUSTICIA DE GRUPOS VULNERABLES

9. **CONVENCIDOS** de la trascendental importancia que en nuestras sociedades tiene el acceso a la justicia, entendido no sólo como acceso a los tribunales, sino también como acceso al goce pacífico y pleno de los derechos, y en especial, de los derechos fundamentales, así como a las diversas alternativas para la resolución pacífica de los conflictos.

10. **COMPROMETIDOS** con la exigencia de que los diferentes poderes de los estados trabajen coordinadamente para fortalecer y me-

jorar el acceso a la justicia, como garantía del Estado democrático de derecho y de la cohesión social.

11. **DISPUESTOS** a trabajar con todos los poderes públicos para el establecimiento de estándares que prevean fórmulas reforzadas y adecuadas de tutela para los sectores menos favorecidos, con el fin de que la protección de los derechos ante los poderes judiciales sea una realidad para todos los sectores de la sociedad, sin discriminación de clase alguna.

12. **AFIRMAMOS** nuestro compromiso con un modelo de justicia integrador, abierto a todos los sectores de la sociedad, y especialmente sensible con aquellos más desfavorecidos o vulnerables

13. **APROBAMOS** por ello las "Reglas de Brasilia", sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, desarrolladas con el apoyo del proyecto EUROsociAL justicia.

14. **RECONOCEMOS** la necesidad de impulsar, de manera plural y coordinada, actividades destinadas a fomentar la efectividad de las Reglas.

15. **ACORDAMOS** la constitución de la Comisión de Seguimiento prevista en el documento contentivo de las "Reglas de Brasilia", cuyos integrantes serán:

a. Stella Maris Martínez (Argentina)
b. Anabelle León Feoli (Costa Rica)
c. Joaquín Delgado Martín (España)
d. Edgar Raúl Pacay Yalibat (Guatemala)
e. Cesar Esquinca Muñoa (México)

16. **INVITAMOS** a las demás redes del sector justicia iberoamericano a ratificar y hacer suyas las reglas, así como a seguir colaborando para su difusión y conocimiento en los diferentes países de la región.

17. **BRINDAMOS** a toda la Comunidad Iberoamericana de Naciones el texto aprobado, y comprometemos desde ahora todo nuestro apoyo para que el mismo sea de general conocimiento, así como para que llegue a generar impactos beneficiosos en los diferentes ordenamientos jurídicos.

SEGURIDAD JURÍDICA

18. CONSCIENTES de que el Derecho como instrumento esencial para la convivencia y la paz social precisa en todas sus manifestacio-

nes del atributo de la certeza, para generar la confianza y la razonable previsibilidad.

19. **SABEDORES** de que es el Estado quien debe garantizar en primer término la seguridad jurídica, que implica el funcionamiento adecuado de la totalidad del ordenamiento jurídico de un país, con pleno respeto a las reglas preestablecidas y a los mecanismos de modificación de las mismas, así como que esta garantía sólo se consigue con el esfuerzo coordinado de los diferentes poderes públicos, correspondiéndole al poder judicial una importante cuota de responsabilidad en la articulación y eficacia de la misma.

20. **PERSUADIDOS** de que la seguridad jurídica es un valor democrático indispensable no sólo para el desarrollo económico de los pueblos, sino básicamente para la estabilidad y la cohesión social.

21. **CONSCIENTES** de que la seguridad jurídica no implica la inamovilidad de los criterios jurisprudenciales, no limita la independencia del Juez, ni va en detrimento de la equidad de la decisión, es necesario que los jueces juzguen según criterios normativos preestablecidos y públicamente conocidos y, a la vez, expongan en sus sentencias las razones que fundan las decisiones que, de acuerdo al derecho vigente, estiman justas para cada caso.

22. **EXHORTADOS** por la necesidad de establecer un marco axiológico que defina las exigencias fundamentales de la seguridad jurídica en el espacio iberoamericano.

23. **APROBAMOS** las Reglas Mínimas sobre Seguridad Jurídica para el Espacio Iberoamericano, desarrolladas con el apoyo de la Fundación Carolina.

24. **INVITAMOS** a las demás redes del sector justicia iberoamericano a ratificar y hacer suyas las reglas, así como a colaborar con nosotros para su difusión y conocimiento en los diferentes países de la región.

25. **BRINDAMOS** a toda la Comunidad Iberoamericana de Naciones el texto aprobado, y comprometemos desde ahora todo nuestro apoyo para que el mismo sea de general conocimiento, así como para que llegue a generar impactos beneficiosos en los diferentes sistemas jurídicos.

ORALIDAD

26. **CONSCIENTES** de que la oralidad en los procesos, entendida como el desarrollo verbal de los trámites, sin perjuicio de su documentación, es actualmente motivo de especial atención por parte de

los poderes públicos de una gran parte de los países de la Comunidad Iberoamericana de Naciones.

27. **SABEDORES** del alcance que reviste la transparencia en los procesos, como factor de confianza en la actividad jurisdiccional, pues el trámite, más allá de un mero expediente formal puede tornarse en elemento legitimador, siempre y cuando sea capaz de abrir el acto de enjuiciar a una ciudadanía expectante y deseosa de confirmar que esa labor tan esencial que se desarrolla en su nombre, obedece a una aplicación objetiva, serena y ponderada de la ley, por parte de un juez que adquiere de forma pública, oral y concentrada la convicción necesaria para emitir el juicio jurisdiccional.

28. **ACONSEJADOS** por la importancia de contar con un conocimiento detallado del estado actual de las reformas en la región, así como con las lecciones aprendidas y derivadas de las mismas, con el fin de brindar a la comunidad jurídica un instrumento útil para la articulación de políticas públicas en la materia.

29. **APROBAMOS** los resultados del proyecto sobre oralidad procesal en Iberoamérica.

30. **BRINDAMOS** a toda la Comunidad Iberoamericana de Naciones los documentos resultantes y las conclusiones obtenidas, y comprometemos desde ahora todo nuestro apoyo para que sean de general conocimiento.

RELACIONES CON LOS PODERES JUDICIALES EUROPEOS

31. **CONVENCIDOS** de la pertinencia de fortalecer y proyectar hacia el ámbito de la justicia la asociación estratégica birregional entre América Latina y Europa, mediante el establecimiento de espacios de comunicación, diálogo e intercambio de experiencias entre las redes correspondientes.

32. **CONFORMES** con la necesidad expresada en la Declaración de Río con ocasión de la Primera Cumbre América Latina, Caribe, Unión Europea, de reforzar los diálogos institucionales existentes entre las dos regiones, así como de defender los principios de un poder judicial independiente e imparcial.

33. **DETERMINADOS** para impulsar las acciones institucionales precisas a fin de posibilitar que el deseado diálogo y cooperación entre poderes judiciales de ambas regiones pueda llevarse a cabo de manera estable y eficaz, en un marco predefinido y especialmente concebido para ello.

34. **APROBAMOS** los resultados del proyecto sobre constitución de una Comisión Conjunta de Trabajo entre Poderes Judiciales Europeos e Iberoamericanos, desarrollado con el apoyo de EUROsociAL justicia.

35. **AUTORIZAMOS** el establecimiento de la referida Comisión Conjunta en los términos previstos en las normas de constitución y funcionamiento, cuyos integrantes por parte de la Cumbre serán Argentina –Consejo de la Magistratura de la Nación y Corte Suprema de Justicia de la Nación-, Brasil –Superior Tribunal de Justicia-, El Salvador –Consejo Nacional de la Magistratura, y Corte Suprema-, España –Consejo General del Poder Judicial y Tribunal Supremo-, Portugal –Consejo Superior de la Magistratura, y comprometemos desde ahora los apoyos institucionales necesarios para que alcance los objetivos contemplados y rinda los frutos pretendidos.

ESTADÍSTICA JUDICIAL E INDICADORES

36. **IMPULSADOS** por el empeño de contribuir a la configuración del espacio judicial iberoamericano, mediante el establecimiento de una herramienta estadística homogénea, que permita la comparación de indicadores judiciales entre los países, haciendo de esta manera posible un mejor diseño y definición de políticas públicas judiciales, así como el análisis y estudio comparativo de los diferentes sistemas.

37. **INSPIRADOS** por la idea de que los objetivos y el desempeño de cualquier organización han de concretarse en expresiones medibles, estables, comprensibles y comparables.

38. **SABEDORES** de que el denominado Plan Iberoamericano de Estadística Judicial es un proyecto cuyo desarrollo debido a su complejidad se prolongará más allá de esta edición de la Cumbre Judicial Iberoamericana.

39. **APROBAMOS** los resultados obtenidos por el grupo de expertos en esta XIV edición de la Cumbre Judicial Iberoamericana.

40. **AUTORIZAMOS** la continuidad del grupo de trabajo a lo largo de la XV edición de la Cumbre Judicial Iberoamericana.

COORDINADORES NACIONALES

41. **ALENTADOS** por los numerosos resultados obtenidos por la Cumbre Judicial Iberoamericana a lo largo de las sucesivas ediciones.

42. **ADVERTIDOS** de la creciente actividad de la Cumbre Judicial Iberoamericana en los periodos entre asambleas, la cual reclama de una mayor interacción entre los órganos de Cumbre y las instituciones miembros, a través de los coordinadores nacionales.

43. **ACONSEJADOS** por los resultados positivos que la institución del coordinador nacional ha arrojado a lo largo de las sucesivas ediciones, como nexo de comunicación y coordinación institucional.

44. **CONVENCIDOS** de la necesidad de perfilar con mayor detalle el contenido estatutario del coordinador nacional contemplado en nuestras normas de funcionamiento.

45. **APROBAMOS** los proyectos de modificación de las normas de funcionamiento y de Estatuto del Coordinador Nacional, los cuales entrarán en vigor desde esta misma fecha.

CAPACITACIÓN

46. **DETERMINADOS** por la importancia que la capacitación reviste para el desempeño en condiciones de excelencia de la labor jurisdiccional,

47. **CONSCIENTES** de la necesidad de profundizar en las políticas de capacitación judicial, analizando la posibilidad de ampliar nuestra acción al ámbito de los estudios universitarios de postgrado, específicamente concebidos para dar respuesta a las necesidades de los servidores públicos de los poderes judiciales.

48. **CONSTATAMOS** la labor llevada a cabo por el grupo de trabajo sobre Universidad Judicial Iberoamericana, la cual agradecemos y, con el fin de que dicho grupo pueda seguir estudiando las mejores opciones para concretar una oferta de estudios de alto nivel universitario a nuestros jueces, adaptados a sus específicas necesidades, autorizamos su continuidad a lo largo de la siguiente edición de la Cumbre, conforme al documento analítico presentado por el grupo de trabajo.

II EXPOSICIÓN DE JUSTICIA Y TECNOLOGÍA

49. **CONVENCIDOS** de la extraordinaria importancia que el uso de la tecnología tiene para una adecuada y eficaz administración de justicia, así como para la difusión de información a la ciudadanía en materias relacionadas con la justicia.

50. **APLAUDIMOS** la celebración de la II Exposición de Justicia y Tecnología, dentro del marco del proyecto ejusticia, con ocasión de la Asamblea Plenaria de la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, organizada por el Superior Tribunal de Justicia de la República Federativa de Brasil.

51. **RATIFICAMOS** la importancia de proseguir con esta iniciativa en las sucesivas cumbres, con el fin de fomentar la cooperación y el intercambio tecnológico y científico entre nuestros países.

52. **AGRADECEMOS** la colaboración de todo el equipo organizador así como la de las diferentes instituciones expositoras.

IberRED

53. **CONVENCIDOS** de la necesidad de fortalecer la colaboración entre redes para asegurar el desarrollo y la eficiencia del proyecto IberRed comprometemos nuestro esfuerzo para, de conformidad con la voluntad expresada por el Secretario General, contribuir a la constitución de una comisión de apoyo y coordinación con la Secretaría General, que estaría integrada por dos representantes de la Conferencia Iberoamericana de Ministros de Justicia, dos representantes de la Asociación Iberoamericana de Ministerios Públicos y dos representantes de la Cumbre Judicial Iberoamericana.

54. **APROBAMOS** la declaración relativa a *Iber*RED presentada en esta Asamblea Plenaria por el Consejo Superior de la Magistratura y el Supremo Tribunal de Justicia de la República Portuguesa, que se anexa a esta declaración bajo el título "*Declaración relativa a IberRED*"

DESIGNACIÓN DE SEDE DE LA XV EDICIÓN Y EJE TEMÁTICO

55. **DECLARAMOS** como sede y Secretaría Pro-Tempore de la XV Cumbre Judicial Iberoamericana a la Suprema Corte de Justicia de la República Oriental del Uruguay, y aceptamos como eje temático de la misma el siguiente: "*El rol del Juez en la sociedad contemporánea, la imagen de la justicia y las relaciones con la sociedad*".

56. **ASIMISMO DECLARAMOS** como sede alterna de la XV Cumbre Judicial Iberoamericana a la Corte Suprema de Justicia y al Consejo Nacional de la Magistratura de la República Argentina y, en consecuencia, sede prioritaria para la XVI Cumbre Judicial Iberoamericana.

RECONOCIMIENTOS

AGRADECEMOS:

57. Al Presidente de la República Federativa de Brasil, Luiz Ignacio Lula da Silva, por su apoyo a la Asamblea Plenaria mediante su presencia en el acto inaugural.

58. Al Presidente del Superior Tribunal de Justicia de la República Federativa de Brasil, Ministro Raphael de Barros Monteiro Filho, por su compromiso personal con la Cumbre Judicial Iberoamericana, y en especial con esta edición cuyos trabajos ha coordinado y presidido de forma excelente.

59. Al Grupo Ejecutivo del Superior Tribunal de Justicia de la República Federativa de Brasil, responsable de la organización de la XIV Asamblea Plenaria, por su apoyo y por todo el esfuerzo desplegado.

60. A los países que han organizado las Reuniones Preparatorias y las Rondas de talleres de la XIV edición de la Cumbre Judicial Iberoamericana.

61. A la Secretaría General Iberoamericana por los continuos apoyos recibidos y por su involucración en las diferentes actividades de esta edición.

62. Al Secretario General Iberoamericano, Dr. Enrique Valentín Iglesias García, por su presencia en el acto inaugural de la Asamblea Plenaria y por el apoyo constante que del mismo hemos recibido.

63. A la Conferencia Iberoamericana de Ministros de Justicia, Federación Iberoamericana de Obudsman, Asociación Iberoamericana de Ministerios Públicos, Asociación Interamericana de Defensorías Públicas, Unión Iberoamericana de Barras y Colegios de Abogados, por su colaboración en los trabajos de esta edición destinados al establecimiento de unas reglas mínimas para garantizar el acceso a la justicia en condiciones de igualdad y eficacia a los más desfavorecidos o vulnerables.

64. A la Red de Presidentes de Tribunales Supremos de la Unión Europea y a la Red Europea de Consejos de la Judicatura, por su colaboración en nuestras actividades tendentes a establecer una comisión conjunta de trabajo entre los poderes judiciales de ambas regiones.

65. A todos los invitados especiales por su interés y su presencia en nuestra Asamblea Plenaria.

66. A EUROsociAL justicia por el apoyo a varios de nuestros proyectos, y por la confianza depositada en nosotros en el marco de su acción.

67. Al Centro de Estudios Jurídicos de las Américas por su predisposición a trabajar conjuntamente con la Cumbre Judicial Iberoamericana en el proyecto tendente al establecimiento de un Plan Iberoamericano de Estadísitca Judicial.

68. A la Agencia Española de Cooperación Internacional, por el apoyo recibido para la celebración de dos rondas de talleres de la presente edición.

69. A la Fundación Carolina por su apoyo para el desarrollo del proyecto sobre seguridad jurídica en la región iberoamericana.

CONVOCATORIA DE LA XV EDICIÓN

70. **CONVOCAMOS** a todos los Presidentes de las Cortes y Tribunales Supremos o Superiores de Justicia y de los Consejos de la Judicatura o Magistratura de Iberoamérica a la participación en las actividades de la XV edición de la Cumbre Judicial Iberoamericana, conforme al calendario y programación de actividades que deberá elaborarse durante la Primera Reunión Preparatoria de la dicha edición.

III. Los Presidentes de las Cortes y Tribunales Supremos o Superiores de Justicia y de los Consejos de la Judicatura o Magistratura de los países iberoamericanos suscriben la presente Declaración, en dos textos originales en idiomas español y portugués, ambos igualmente válidos, en la ciudad de Brasilia, a 6 de marzo de 2008.

Reglas de brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad

El presente texto ha sido elaborado, con el apoyo del Proyecto Eurosocial Justicia, por un Grupo de Trabajo constituido en el seno de la Cumbre Judicial Iberoamericana (CJI), en el que también han participado la Asociación Iberoamericana de Ministerios Públicos (AIAMP), la Asociación Interamericana de Defensorías Públicas (AIDEF), la Federación Iberoamericana de Ombudsman (FIO) y la Unión Iberoamericana de Colegios y Agrupaciones de Abogados (UIBA).

Las Reglas de Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad han sido aprobadas por la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, que ha tenido lugar en Brasilia durante los días 4 a 6 de marzo de 2008. Las otras Redes antes citadas han iniciado el proceso para someterlas a la aprobación de sus respectivos órganos de gobierno.

Exposición de motivos

La Cumbre Judicial Iberoamericana, dentro del marco de los trabajos de su XIV edición, ha considerado necesaria la elaboración de unas Reglas Básicas relativas al acceso a la justicia de las personas que se encuentran en condición de vulnerabilidad. De esta manera, se desarrollan los principios recogidos en la "Carta de Derechos de las Personas ante la Justicia en el Espacio Judicial Iberoamericano" (Cancún 2002), específicamente los que se incluyen en la parte titulada "*Una justicia que protege a los más débiles*" (apartados 23 a 34).

En los trabajos preparatorios de estas Reglas también han participado las principales redes iberoamericanas de operadores y servidores del sistema judicial: la Asociación Iberoamericana de Ministerios Públicos, la Asociación Interamericana de Defensorías Públicas, la Federación Iberoamericana de *Ombudsman* y la Unión

Iberoamericana de Colegios y Agrupaciones de Abogados. Sus aportaciones han enriquecido de forma indudable el contenido del presente documento.

El sistema judicial se debe configurar, y se está configurando, como un instrumento para la defensa efectiva de los derechos de las personas en condición de vulnerabilidad. Poca utilidad tiene que el Estado reconozca formalmente un derecho si su titular no puede acceder de forma efectiva al sistema de justicia para obtener la tutela de dicho derecho.

Si bien la dificultad de garantizar la eficacia de los derechos afecta con carácter general a todos los ámbitos de la política pública, es aún mayor cuando se trata de personas en condición de vulnerabilidad dado que éstas encuentran obstáculos mayores para su ejercicio. Por ello, se deberá llevar a cabo una actuación más intensa para vencer, eliminar o mitigar dichas limitaciones. De esta manera, el propio sistema de justicia puede contribuir de forma importante a la reducción de las desigualdades sociales, favoreciendo la cohesión social.

Las presentes Reglas no se limitan a establecer unas bases de reflexión sobre los problemas del acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, sino que también recogen recomendaciones para los órganos públicos y para quienes prestan sus servicios en el sistema judicial. No solamente se refieren a la promoción de políticas públicas que garanticen el acceso a la justicia de estas personas, sino también al trabajo cotidiano de todos los servidores y operadores del sistema judicial y quienes intervienen de una u otra forma en su funcionamiento.

Este documento se inicia con un Capítulo que, tras concretar su finalidad, define tanto sus beneficiarios como sus destinatarios. El siguiente Capítulo contiene una serie de reglas aplicables a aquellas personas en condición de vulnerabilidad que han de acceder o han accedido a la justicia, como parte del proceso, para la defensa de sus derechos. Posteriormente contiene aquellas reglas que resultan de aplicación a cualquier persona en condición de vulnerabilidad que participe en un acto judicial, ya sea como parte que ejercita una acción o que defiende su derecho frente a una acción, ya sea en calidad de testigo, víctima o en cualquier otra condición. El último Capítulo contempla una serie de medidas destinadas a fomentar la efectividad de estas Reglas, de tal manera que puedan contribuir de manera eficaz a la mejora de las condiciones de acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad.

La Cumbre Judicial Iberoamericana es consciente de que la promoción de una efectiva mejora del acceso a la justicia exige una serie

de medidas dentro de la competencia del poder judicial. Asimismo, y teniendo en cuenta la importancia del presente documento para garantizar el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, se recomienda a todos los poderes públicos que, cada uno dentro de su respectivo ámbito de competencia, promuevan reformas legislativas y adopten medidas que hagan efectivo el contenido de estas Reglas. Asimismo se hace un llamamiento a las Organizaciones Internacionales y Agencias de Cooperación para que tengan en cuenta estas Reglas en sus actividades, incorporándolas en los distintos programas y proyectos de modernización del sistema judicial en que participen.

Capítulo I: Preliminar

Sección 1ª.- Finalidad

(1) Las presentes Reglas tienen como objetivo garantizar las condiciones de acceso efectivo a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, sin discriminación alguna, englobando el conjunto de políticas, medidas, facilidades y apoyos que permitan a dichas personas el pleno goce de los servicios del sistema judicial.

(2) Se recomienda la elaboración, aprobación, implementación y fortalecimiento de políticas públicas que garanticen el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad.

Los servidores y operadores del sistema de justicia otorgarán a las personas en condición de vulnerabilidad un trato adecuado a sus circunstancias singulares.

Asimismo se recomienda priorizar actuaciones destinadas a facilitar el acceso a la justicia de aquellas personas que se encuentren en situación de mayor vulnerabilidad, ya sea por la concurrencia de varias causas o por la gran incidencia de una de ellas.

Sección 2ª.- Beneficiarios de las Reglas

1.- Concepto de las personas en situación de vulnerabilidad

(3) Se consideran en condición de vulnerabilidad aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico.

(4) Podrán constituir causas de vulnerabilidad, entre otras, las siguientes: la edad, la discapacidad, la pertenencia a comunidades

indígenas o a minorías, la victimización, la migración y el desplazamiento interno, la pobreza, el género y la privación de libertad.

La concreta determinación de las personas en condición de vulnerabilidad en cada país dependerá de sus características específicas, o incluso de su nivel de desarrollo social y económico.

2.- Edad

(5) Se considera *niño, niña y adolescente* a toda persona menor de dieciocho años de edad, salvo que haya alcanzado antes la mayoría de edad en virtud de la legislación nacional aplicable.

Todo niño, niña y adolescente debe ser objeto de una especial tutela por parte de los órganos del sistema de justicia en consideración a su desarrollo evolutivo.

(6) El envejecimiento también puede constituir una causa de vulnerabilidad cuando la *persona adulta mayor* encuentre especiales dificultades, atendiendo a sus capacidades funcionales, para ejercitar sus derechos ante el sistema de justicia.

3.- Discapacidad

(7) Se entiende por *discapacidad* la deficiencia física, mental o sensorial, ya sea de naturaleza permanente o temporal, que limita la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, que puede ser causada o agravada por el entorno económico y social.

(8) Se procurará establecer las condiciones necesarias para garantizar la accesibilidad de las personas con discapacidad al sistema de justicia, incluyendo aquellas medidas conducentes a utilizar todos los servicios judiciales requeridos y disponer de todos los recursos que garanticen su seguridad, movilidad, comodidad, comprensión, privacidad y comunicación.

4.- Pertenencia a comunidades indígenas

(9) Las personas integrantes de las *comunidades indígenas* pueden encontrarse en condición de vulnerabilidad cuando ejercitan sus derechos ante el sistema de justicia estatal. Se promoverán las condiciones destinadas a posibilitar que las personas y los pueblos indígenas puedan ejercitar con plenitud tales derechos ante dicho sistema de justicia, sin discriminación alguna que pueda fundarse en su origen o identidad indígenas. Los poderes judiciales asegurarán que el trato que reciban por parte de los órganos de la administración de justicia estatal sea respetuoso con su dignidad, lengua y tradiciones culturales.

Todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en la Regla 48 sobre las formas de resolución de conflictos propios de los pueblos indígenas, propiciando su armonización con el sistema de administración de justicia estatal.

5.- Victimización

(10) A efectos de las presentes Reglas, se considera *víctima* toda persona física que ha sufrido un daño ocasionado por una infracción penal, incluida tanto la lesión física o psíquica, como el sufrimiento moral y el perjuicio económico. El término víctima también podrá incluir, en su caso, a la familia inmediata o a las personas que están a cargo de la víctima directa.

(11) Se considera *en condición de vulnerabilidad* aquella víctima del delito que tenga una relevante limitación para evitar o mitigar los daños y perjuicios derivados de la infracción penal o de su contacto con el sistema de justicia, o para afrontar los riesgos de sufrir una nueva victimización. La vulnerabilidad puede proceder de sus propias características personales o bien de las circunstancias de la infracción penal. Destacan a estos efectos, entre otras víctimas, las personas menores de edad, las víctimas de violencia doméstica o intrafamiliar, las víctimas de delitos sexuales, los adultos mayores, así como los familiares de víctimas de muerte violenta.

(12) Se alentará la adopción de aquellas medidas que resulten adecuadas para mitigar los efectos negativos del delito (victimización primaria).

Asimismo se procurará que el daño sufrido por la víctima del delito no se vea incrementado como consecuencia de su contacto con el sistema de justicia (victimización secundaria).

Y se procurará garantizar, en todas las fases de un procedimiento penal, la protección de la integridad física y psicológica de las víctimas, sobre todo a favor de aquéllas que corran riesgo de intimidación, de represalias o de victimización reiterada o repetida (una misma persona es víctima de más de una infracción penal durante un periodo de tiempo). También podrá resultar necesario otorgar una protección particular a aquellas víctimas que van a prestar testimonio en el proceso judicial. Se prestará una especial atención en los casos de violencia intrafamiliar, así como en los momentos en que sea puesta en libertad la persona a la que se le atribuye la comisión del delito.

6.- Migración y desplazamiento interno

(13) El desplazamiento de una persona fuera del territorio del Estado de su nacionalidad puede constituir una causa de vulnerabili-

dad, especialmente en los supuestos de los trabajadores migratorios y sus familiares. Se considera *trabajador migratorio* toda persona que vaya a realizar, realice o haya realizado una actividad remunerada en un Estado del que no sea nacional. Asimismo se reconocerá una protección especial a los beneficiarios del estatuto de *refugiado* conforme a la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951, así como a los *solicitantes de asilo*.

(14) También pueden encontrarse en condición de vulnerabilidad los *desplazados internos*, entendidos como personas o grupos de personas que se han visto forzadas u obligadas a escapar o huir de su hogar o de su lugar de residencia habitual, en particular como resultado o para evitar los efectos de un conflicto armado, de situaciones de violencia generalizada, de violaciones de los derechos humanos o de catástrofes naturales o provocadas por el ser humano, y que no han cruzado una frontera estatal internacionalmente reconocida.

7.- Pobreza

(15) La *pobreza* constituye una causa de exclusión social, tanto en el plano económico como en los planos social y cultural, y supone un serio obstáculo para el acceso a la justicia especialmente en aquellas personas en las que también concurre alguna otra causa de vulnerabilidad.

(16) Se promoverá la cultura o alfabetización jurídica de las personas en situación de pobreza, así como las condiciones para mejorar su efectivo acceso al sistema de justicia.

8.- Género

(17) La discriminación que la mujer sufre en determinados ámbitos supone un obstáculo para el acceso a la justicia, que se ve agravado en aquellos casos en los que concurra alguna otra causa de vulnerabilidad.

(18) Se entiende por *discriminación contra la mujer* toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera.

(19) Se considera *violencia contra la mujer* cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado, mediante el empleo de la violencia física o psíquica.

(20) Se impulsarán las medidas necesarias para eliminar la discriminación contra la mujer en el acceso al sistema de justicia para la tutela de sus derechos e intereses legítimos, logrando la igualdad efectiva de condiciones.

Se prestará una especial atención en los supuestos de violencia contra la mujer, estableciendo mecanismos eficaces destinados a la protección de sus bienes jurídicos, al acceso a los procesos judiciales y a su tramitación ágil y oportuna.

9.- Pertenencia a minorías

(21) Puede constituir una causa de vulnerabilidad la pertenencia de una persona a una minoría nacional o étnica, religiosa y lingüística, debiéndose respetar su dignidad cuando tenga contacto con el sistema de justicia.

10.- Privación de libertad

(22) La *privación de la libertad*, ordenada por autoridad pública competente, puede generar dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia el resto de derechos de los que es titular la persona privada de libertad, especialmente cuando concurre alguna causa de vulnerabilidad enumerada en los apartados anteriores.

(23) A efectos de estas Reglas, se considera privación de libertad la que ha sido ordenada por autoridad pública, ya sea por motivo de la investigación de un delito, por el cumplimiento de una condena penal, por enfermedad mental o por cualquier otro motivo.

Sección 3ª.- Destinatarios: actores del sistema de justicia

(24) Serán destinatarios del contenido de las presentes Reglas:

a) Los responsables del diseño, implementación y evaluación de políticas públicas dentro del sistema judicial;

b) Los Jueces, Fiscales, Defensores Públicos, Procuradores y demás servidores que laboren en el sistema de Administración de Justicia de conformidad con la legislación interna de cada país;

c) Los Abogados y otros profesionales del Derecho, así como los Colegios y Agrupaciones de Abogados;

d) Las personas que desempeñan sus funciones en las instituciones de Ombudsman.

e) Policías y servicios penitenciarios.

f) Y, con carácter general, todos los operadores del sistema judicial y quienes intervienen de una u otra forma en su funcionamiento.

Capítulo II: Efectivo acceso a la justicia para la defensa de los derechos

El presente Capítulo es aplicable a aquellas personas en condición de vulnerabilidad que han de acceder o han accedido a la justicia, como parte del proceso, para la defensa de sus derechos.

(25) Se promoverán las condiciones necesarias para que la tutela judicial de los derechos reconocidos por el ordenamiento sea efectiva, adoptando aquellas medidas que mejor se adapten a cada condición de vulnerabilidad.

Sección 1ª.- Cultura jurídica

(26) Se promoverán actuaciones destinadas a proporcionar información básica sobre sus derechos, así como los procedimientos y requisitos para garantizar un efectivo acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad.

(27) Se incentivará la participación de funcionarios y operadores del sistema de justicia en la labor de diseño, divulgación y capacitación de una cultura cívica jurídica, en especial de aquellas personas que colaboran con la administración de justicia en zonas rurales y en áreas desfavorecidas de las grandes ciudades.

Sección 2ª.- Asistencia legal y defensa pública

1.- Promoción de la asistencia técnico jurídica a la persona en condición de vulnerabilidad

(28) Se constata la relevancia del asesoramiento técnico-jurídico para la efectividad de los derechos de las personas en condición de vulnerabilidad:

- En el ámbito de la asistencia legal, es decir, la consulta jurídica sobre toda cuestión susceptible de afectar a los derechos o intereses legítimos de la persona en condición de vulnerabilidad, incluso cuando aún no se ha iniciado un proceso judicial;

- En el ámbito de la defensa, para defender derechos en el proceso ante todas las jurisdicciones y en todas las instancias judiciales;
- Y en materia de asistencia letrada al detenido.

(29) Se destaca la conveniencia de promover la política pública destinada a garantizar la asistencia técnico-jurídica de la persona vulnerable para la defensa de sus derechos en todos los órdenes jurisdiccionales: ya sea a través de la ampliación de funciones de la Defensoría Pública, no solamente en el orden penal sino también en otros órdenes jurisdiccionales; ya sea a través de la creación de mecanismos de asistencia letrada: consultorías jurídicas con la participación de las universidades, casas de justicia, intervención de colegios o barras de abogados...

Todo ello sin perjuicio de la revisión de los procedimientos y los requisitos procesales como forma de facilitar el acceso a la justicia, a la que se refiere la Sección 4ª del presente Capítulo.

2.- Asistencia de calidad, especializada y gratuita

(30) Se resalta la necesidad de garantizar una asistencia técnico-jurídica de *calidad* y *especializada*. A tal fin, se promoverán instrumentos destinados al control de la calidad de la asistencia.

(31) Se promoverán acciones destinadas a garantizar la *gratuidad* de la asistencia técnico-jurídica de calidad a aquellas personas que se encuentran en la imposibilidad de afrontar los gastos con sus propios recursos y condiciones.

Sección 3ª.- Derecho a intérprete

(32) Se garantizará el uso de intérprete cuando el extranjero que no conozca la lengua o lenguas oficiales ni, en su caso, la lengua oficial propia de la comunidad, hubiese de ser interrogado o prestar alguna declaración, o cuando fuere preciso darle a conocer personalmente alguna resolución.

Sección 4ª.- Revisión de los procedimientos y los requisitos procesales como forma de facilitar el acceso a la justicia

(33) Se revisarán las reglas de procedimiento para facilitar el acceso de las personas en condición de vulnerabilidad, adoptando aquellas medidas de organización y de gestión judicial que resulten conducentes a tal fin.

1.- Medidas procesales

Dentro de esta categoría se incluyen aquellas actuaciones que afectan a la regulación del procedimiento, tanto en lo relativo a su tramitación, como en relación con los requisitos exigidos para la práctica de los actos procesales.

(34) Requisitos de acceso al proceso y legitimación

Se propiciarán medidas para la simplificación y divulgación de los requisitos exigidos por el ordenamiento para la práctica de determinados actos, a fin de favorecer el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, y sin perjuicio de la participación de otras instancias que puedan coadyuvar en el ejercicio de acciones en defensa de los derechos de estas personas.

(35) Oralidad

Se promoverá la oralidad para mejorar las condiciones de celebración de las actuaciones judiciales contempladas en el Capítulo III de las presentes Reglas, y favorecer una mayor agilidad en la tramitación del proceso, disminuyendo los efectos del retraso de la resolución judicial sobre la situación de las personas en condición de vulnerabilidad.

(36) Formularios

Se promoverá la elaboración de formularios de fácil manejo para el ejercicio de determinadas acciones, estableciendo las condiciones para que los mismos sean accesibles y gratuitos para las personas usuarias, especialmente en aquellos supuestos en los que no sea preceptiva la asistencia letrada.

(37) Anticipo jurisdiccional de la prueba

Se recomienda la adaptación de los procedimientos para permitir la práctica anticipada de la prueba en la que participe la persona en condición de vulnerabilidad, para evitar la reiteración de declaraciones, e incluso la práctica de la prueba antes del agravamiento de la discapacidad o de la enfermedad. A estos efectos, puede resultar necesaria la grabación en soporte audiovisual del acto procesal en el que participe la persona en condición de vulnerabilidad, de tal manera que pueda reproducirse en las sucesivas instancias judiciales.

2.- Medidas de organización y gestión judicial

Dentro de esta categoría cabe incluir aquellas políticas y medidas que afecten a la organización y modelos de gestión de los órganos del

sistema judicial, de tal manera que la propia forma de organización del sistema de justicia facilite el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad. Estas políticas y medidas podrán resultar de aplicación tanto a jueces profesionales como a jueces no profesionales.

(38) Agilidad y prioridad

Se adoptarán las medidas necesarias para evitar retrasos en la tramitación de las causas, garantizando la pronta resolución judicial, así como una ejecución rápida de lo resuelto. Cuando las circunstancias de la situación de vulnerabilidad lo aconsejen, se otorgará prioridad en la atención, resolución y ejecución del caso por parte de los órganos del sistema de justicia.

(39) Coordinación

Se establecerán mecanismos de coordinación intrainstitucionales e interinstitucionales, orgánicos y funcionales, destinados a gestionar las interdependencias de las actuaciones de los diferentes órganos y entidades, tanto públicas como privadas, que forman parte o participan en el sistema de justicia.

(40) Especialización

Se adoptarán medidas destinadas a la especialización de los profesionales, operadores y servidores del sistema judicial para la atención de las personas en condición de vulnerabilidad.

En las materias en que se requiera, es conveniente la atribución de los asuntos a órganos especializados del sistema judicial.

(41) Actuación interdisciplinaria

Se destaca la importancia de la actuación de equipos multidisciplinarios, conformados por profesionales de las distintas áreas, para mejorar la respuesta del sistema judicial ante la demanda de justicia de una persona en condición de vulnerabilidad.

(42) Proximidad

Se promoverá la adopción de medidas de acercamiento de los servicios del sistema de justicia a aquellos grupos de población que, debido a las circunstancias propias de su situación de vulnerabilidad, se encuentran en lugares geográficamente lejanos o con especiales dificultades de comunicación.

Sección 5ª.- Medios alternativos de resolución de conflictos

1.- Formas alternativas y personas en condición de vulnerabilidad

(43) Se impulsarán las formas alternativas de resolución de conflictos en aquellos supuestos en los que resulte apropiado, tanto antes del inicio del proceso como durante la tramitación del mismo. La mediación, la conciliación, el arbitraje y otros medios que no impliquen la resolución del conflicto por un tribunal, pueden contribuir a mejorar las condiciones de acceso a la justicia de determinados grupos de personas en condición de vulnerabilidad, así como a descongestionar el funcionamiento de los servicios formales de justicia.

(44) En todo caso, antes de iniciar la utilización de una forma alternativa en un conflicto concreto, se tomarán en consideración las circunstancias particulares de cada una de las personas afectadas, especialmente si se encuentran en alguna de las condiciones o situaciones de vulnerabilidad contempladas en estas Reglas. Se fomentará la capacitación de los mediadores, árbitros y otras personas que intervengan en la resolución del conflicto.

2.- Difusión e información

(45) Se deberá promover la difusión de la existencia y características de estos medios entre los grupos de población que resulten sus potenciales usuarios cuando la ley permita su utilización.

(46) Cualquier persona vulnerable que participe en la resolución de un conflicto mediante cualquiera de estos medios deberá ser informada, con carácter previo, sobre su contenido, forma y efectos. Dicha información se suministrará de conformidad con lo dispuesto por la Sección 1ª del Capítulo III de las presentes reglas.

3.- Participación de las personas en condición de vulnerabilidad en la Resolución Alternativa de Conflictos

(47) Se promoverá la adopción de medidas específicas que permitan la participación de las personas en condición de vulnerabilidad en el mecanismo elegido de Resolución Alternativa de Conflictos, tales como la asistencia de profesionales, participación de intérpretes, o la intervención de la autoridad parental para los menores de edad cuando sea necesaria.

La actividad de Resolución Alternativa de Conflictos debe llevarse a cabo en un ambiente seguro y adecuado a las circunstancias de las personas que participen.

Sección 6ª.- Sistema de resolución de conflictos dentro de las comunidades indígenas

(48) Con fundamento en los instrumentos internacionales en la materia, resulta conveniente estimular las formas propias de justicia en la resolución de conflictos surgidos en el ámbito de la comunidad indígena, así como propiciar la armonización de los sistemas de administración de justicia estatal e indígena basada en el principio de respeto mutuo y de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos.

(49) Además serán de aplicación las restantes medidas previstas en estas Reglas en aquellos supuestos de resolución de conflictos fuera de la comunidad indígena por parte del sistema de administración de justicia estatal, donde resulta asimismo conveniente abordar los temas relativos al peritaje cultural y al derecho a expresarse en el propio idioma.

Capítulo III: Celebración de actos judiciales

El contenido del presente Capítulo resulta de aplicación a cualquier persona en condición de vulnerabilidad que participe en un acto judicial, ya sea como parte o en cualquier otra condición.

(50) Se velará para que en toda intervención en un acto judicial se respete la dignidad de la persona en condición de vulnerabilidad, otorgándole un trato específico adecuado a las circunstancias propias de su situación.

Sección 1ª.- Información procesal o jurisdiccional

(51) Se promoverán las condiciones destinadas a garantizar que la persona en condición de vulnerabilidad sea debidamente informada sobre los aspectos relevantes de su intervención en el proceso judicial, en forma adaptada a las circunstancias determinantes de su vulnerabilidad.

1.- Contenido de la información

(52) Cuando la persona vulnerable participe en una actuación judicial, en cualquier condición, será informada sobre los siguientes extremos:

- La naturaleza de la actuación judicial en la que va a participar
- Su papel dentro de dicha actuación

- El tipo de apoyo que puede recibir en relación con la concreta actuación, así como la información de qué organismo o institución puede prestarlo

(53) Cuando sea parte en el proceso, o pueda llegar a serlo, tendrá derecho a recibir aquella información que resulte pertinente para la protección de sus intereses. Dicha información deberá incluir al menos:

- El tipo de apoyo o asistencia que puede recibir en el marco de las actuaciones judiciales
- Los derechos que puede ejercitar en el seno del proceso
- La forma y condiciones en las que puede acceder a asesoramiento jurídico o a la asistencia técnico-jurídica gratuita en los casos en los que esta posibilidad sea contemplada por el ordenamiento existente
- El tipo de servicios u organizaciones a las que puede dirigirse para recibir apoyo

2.- Tiempo de la información

(54) Se deberá prestar la información desde el inicio del proceso y durante toda su tramitación, incluso desde el primer contacto con las autoridades policiales cuando se trate de un procedimiento penal.

3.- Forma o medios para el suministro de la información

(55) La información se prestará de acuerdo a las circunstancias determinantes de la condición de vulnerabilidad, y de manera tal que se garantice que llegue a conocimiento de la persona destinataria. Se resalta la utilidad de crear o desarrollar oficinas de información u otras entidades creadas al efecto. Asimismo resultan destacables las ventajas derivadas de la utilización de las nuevas tecnologías para posibilitar la adaptación a la concreta situación de vulnerabilidad.

4.- Disposiciones específicas relativas a la víctima

(56) Se promoverá que las víctimas reciban información sobre los siguientes elementos del proceso jurisdiccional:

- Posibilidades de obtener la reparación del daño sufrido
- Lugar y modo en que pueden presentar una denuncia o escrito en el que ejercite una acción
- Curso dado a su denuncia o escrito

- Fases relevantes del desarrollo del proceso
- Resoluciones que dicte el órgano judicial

(57) Cuando exista riesgo para los bienes jurídicos de la víctima, se procurará informarle de todas las decisiones judiciales que puedan afectar a su seguridad y, en todo caso, de aquéllas que se refieran a la puesta en libertad de la persona inculpada o condenada, especialmente en los supuestos de violencia intrafamiliar.

Sección 2ª.- Comprensión de actuaciones judiciales

(58) Se adoptarán las medidas necesarias para reducir las dificultades de comunicación que afecten a la comprensión del acto judicial en el que participe una persona en condición de vulnerabilidad, garantizando que ésta pueda comprender su alcance y significado.

1.- Notificaciones y requerimientos

(59) En las notificaciones y requerimientos, se usarán términos y estructuras gramaticales simples y comprensibles, que respondan a las necesidades particulares de las personas en condición de vulnerabilidad incluidas en estas Reglas. Asimismo, se evitarán expresiones o elementos intimidatorios, sin perjuicio de las ocasiones en que resulte necesario el uso de expresiones conminatorias.

2.- Contenido de las resoluciones judiciales

(60) En las resoluciones judiciales se emplearán términos y construcciones sintácticas sencillas, sin perjuicio de su rigor técnico.

3.- Comprensión de actuaciones orales

(61) Se fomentarán los mecanismos necesarios para que la persona en condición de vulnerabilidad comprenda los juicios, vistas, comparecencias y otras actuaciones judiciales orales en las que participe, teniéndose presente el contenido del apartado 3 de la Sección 3ª del presente Capítulo,

Sección 3ª.- Comparecencia en dependencias judiciales

(62) Se velará para que la comparecencia en actos judiciales de una persona en condición de vulnerabilidad se realice de manera adecuada a las circunstancias propias de dicha condición.

1.- Información sobre la comparecencia

(63) Con carácter previo al acto judicial, se procurará proporcionar a la persona en condición de vulnerabilidad información directamente relacionada con la forma de celebración y contenido de la comparecencia, ya sea sobre la descripción de la sala y de las personas que van a participar, ya sea destinada a la familiarización con los términos y conceptos legales, así como otros datos relevantes al efecto.

2.- Asistencia

(64) Previa a la celebración del acto

Se procurará la prestación de asistencia por personal especializado (profesionales en Psicología, Trabajo Social, intérpretes, traductores u otros que se consideren necesarios) destinada a afrontar las preocupaciones y temores ligados a la celebración de la vista judicial.

(65) Durante el acto judicial

Cuando la concreta situación de vulnerabilidad lo aconseje, la declaración y demás actos procesales se llevarán a cabo con la presencia de un profesional, cuya función será la de contribuir a garantizar los derechos de la persona en condición de vulnerabilidad.

También puede resultar conveniente la presencia en el acto de una persona que se configure como referente emocional de quien se encuentra en condición de vulnerabilidad.

3.- Condiciones de la comparecencia

Lugar de la comparecencia

(66) Resulta conveniente que la comparecencia tenga lugar en un entorno cómodo, accesible, seguro y tranquilo.

(67) Para mitigar o evitar la tensión y angustia emocional, se procurará evitar en lo posible la coincidencia en dependencias judiciales de la víctima con el inculpado del delito; así como la confrontación de ambos durante la celebración de actos judiciales, procurando la protección visual de la víctima.

Tiempo de la comparecencia

(68) Se procurará que la persona vulnerable espere el menor tiempo posible para la celebración del acto judicial.

Los actos judiciales deben celebrarse puntualmente.

Cuando esté justificado por las razones concurrentes, podrá otorgarse preferencia o prelación a la celebración del acto judicial en el que participe la persona en condición de vulnerabilidad.

(69) Es aconsejable evitar comparecencias innecesarias, de tal manera que solamente deberán comparecer cuando resulte estrictamente necesario conforme a la normativa jurídica. Se procurará asimismo la concentración en el mismo día de la práctica de las diversas actuaciones en las que deba participar la misma persona.

(70) Se recomienda analizar la posibilidad de preconstituir la prueba o anticipo jurisdiccional de la prueba, cuando sea posible de conformidad con el Derecho aplicable.

(71) En determinadas ocasiones podrá procederse a la grabación en soporte audiovisual del acto, cuando ello pueda evitar que se repita su celebración en sucesivas instancias judiciales.

Forma de la comparecencia

(72) Se procurará adaptar el lenguaje utilizado a las condiciones de la persona en condición de vulnerabilidad, tales como la edad, el grado de madurez, el nivel educativo, la capacidad intelectiva, el grado de discapacidad o las condiciones socioculturales. Se debe procurar formular preguntas claras, con una estructura sencilla

(73) Quienes participen en el acto de comparecencia deben evitar emitir juicios o críticas sobre el comportamiento de la persona, especialmente en los casos de víctimas del delito.

(74) Cuando sea necesario se protegerá a la persona en condición de vulnerabilidad de las consecuencias de prestar declaración en audiencia pública, podrá plantearse la posibilidad de que su participación en el acto judicial se lleve a cabo en condiciones que permitan alcanzar dicho objetivo, incluso excluyendo su presencia física en el lugar del juicio o de la vista, siempre que resulte compatible con el Derecho del país.

A tal efecto, puede resultar de utilidad el uso del sistema de videoconferencia o del circuito cerrado de televisión.

4.- Seguridad de las víctimas en condición de vulnerabilidad

(75) Se recomienda adoptar las medidas necesarias para garantizar una protección efectiva de los bienes jurídicos de las personas en condición de vulnerabilidad que intervengan en el proceso judicial en calidad de víctimas o testigos; así como garantizar que la víctima

sea oída en aquellos procesos penales en los que estén en juego sus intereses.

(76) Se prestará especial atención en aquellos supuestos en los que la persona está sometida a un peligro de victimización reiterada o repetida, tales como víctimas amenazadas en los casos de delincuencia organizada, menores víctimas de abuso sexual o malos tratos, y mujeres víctimas de violencia dentro de la familia o de la pareja.

5.- Accesibilidad de las personas con discapacidad

(77) Se facilitará la accesibilidad de las personas con discapacidad a la celebración del acto judicial en el que deban intervenir, y se promoverá en particular la reducción de barreras arquitectónicas, facilitando tanto el acceso como la estancia en los edificios judiciales.

6.- Participación de niños, niñas y adolescentes en actos judiciales

(78) En los actos judiciales en los que participen menores se debe tener en cuenta su edad y desarrollo integral, y en todo caso:

- Se deberán celebrar en una sala adecuada.
- Se deberá facilitar la comprensión, utilizando un lenguaje sencillo.
- Se deberán evitar todos los formalismos innecesarios, tales como la toga, la distancia física con el tribunal y otros similares.

7.- Integrantes de comunidades indígenas

(79) En la celebración de los actos judiciales se respetará la dignidad, las costumbres y las tradiciones culturales de las personas integrantes de comunidades indígenas, conforme a la legislación interna de cada país.

Sección 4ª.- Protección de la intimidad

1.- Reserva de las actuaciones judiciales

(80) Cuando el respeto de los derechos de la persona en condición de vulnerabilidad lo aconseje, podrá plantearse la posibilidad de que las actuaciones jurisdiccionales orales y escritas no sean públicas, de tal manera que solamente puedan acceder a su contenido las personas involucradas.

2.- Imagen

(81) Puede resultar conveniente la prohibición de la toma y difusión de imágenes, ya sea en fotografía o en vídeo, en aquellos supuestos en los que pueda afectar de forma grave a la dignidad, a la situación emocional o a la seguridad de la persona en condición de vulnerabilidad.

(82) En todo caso, no debe estar permitida la toma y difusión de imágenes en relación con los niños, niñas y adolescentes, por cuanto afecta de forma decisiva a su desarrollo como persona.

3.- Protección de datos personales

(83) En las situaciones de especial vulnerabilidad, se velará para evitar toda publicidad no deseada de los datos de carácter personal de los sujetos en condición de vulnerabilidad.

(84) Se prestará una especial atención en aquellos supuestos en los cuales los datos se encuentran en soporte digital o en otros soportes que permitan su tratamiento automatizado.

Capítulo IV: Eficacia de las reglas

Este Capítulo contempla expresamente una serie de medidas destinadas a fomentar la efectividad de las Reglas, de tal manera que contribuyan de manera eficaz a la mejora de las condiciones de acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad.

1.- Principio general de colaboración

(85) La eficacia de las presentes Reglas está directamente ligada al grado de colaboración entre sus destinatarios, tal y como vienen definidos en la Sección 3ª del Capítulo I.

La determinación de los órganos y entidades llamadas a colaborar depende de las circunstancias propias de cada país, por lo que los principales impulsores de las políticas públicas deben poner un especial cuidado tanto para identificarlos y recabar su participación, como para mantener su colaboración durante todo el proceso.

(86) Se propiciará la implementación de una instancia permanente en la que puedan participar los diferentes actores a los que se refiere el apartado anterior, y que podrá establecerse de forma sectorial.

(87) Se destaca la importancia de que el Poder Judicial colabore con los otros Poderes del Estado en la mejora del acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad.

(88) Se promoverá la participación de las autoridades federales y centrales, de las entidades de gobierno autonómico y regional, así como de las entidades estatales en los estados federales, dado que frecuentemente el ámbito de sus competencias se encuentra más próximo a la gestión directa de la protección social de las personas más desfavorecidas.

(89) Cada país considerará la conveniencia de propiciar la participación de las entidades de la sociedad civil por su relevante papel en la cohesión social, y por su estrecha relación e implicación con los grupos de personas más desfavorecidas de la sociedad.

2.- Cooperación internacional

(90) Se promoverá la creación de espacios que permitan el intercambio de experiencias en esta materia entre los distintos países, analizando las causas del éxito o del fracaso en cada una de ellas o, incluso, fijando buenas prácticas. Estos espacios de participación pueden ser sectoriales.

En estos espacios podrán participar representantes de las instancias permanentes que puedan crearse en cada uno de los Estados.

(91) Se insta a las *Organizaciones Internacionales y Agencias de Cooperación* para que:

- Continúen brindando su asistencia técnica y económica en el fortalecimiento y mejora del acceso a la justicia.
- Tengan en cuenta el contenido de estas Reglas en sus actividades, y lo incorporen, de forma transversal, en los distintos programas y proyectos de modernización del sistema judicial en que participen.
- Impulsen y colaboren en el desarrollo de los mencionados espacios de participación.

3.- Investigación y estudios

(92) Se promoverá la realización de estudios e investigaciones en esta materia, en colaboración con instituciones académicas y universitarias.

4.- Sensibilización y formación de profesionales

(93) Se desarrollarán actividades que promuevan una cultura organizacional orientada a la adecuada atención de las personas en

condición de vulnerabilidad a partir de los contenidos de las presentes Reglas.

(94) Se adoptarán iniciativas destinadas a suministrar una adecuada formación a todas aquellas personas del sistema judicial que, con motivo de su intervención en el proceso, tienen un contacto con las personas en condición de vulnerabilidad.

Se considera necesario integrar el contenido de estas Reglas en los distintos programas de formación y actualización dirigidos a las personas que trabajan en el sistema judicial.

5.- Nuevas tecnologías

(95) Se procurará el aprovechamiento de las posibilidades que ofrezca el progreso técnico para mejorar las condiciones de acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad.

6.- Manuales de buenas prácticas sectoriales

(96) Se elaborarán instrumentos que recojan las mejores prácticas en cada uno de los sectores de vulnerabilidad, y que puedan desarrollar el contenido de las presentes Reglas adaptándolo a las circunstancias propias de cada grupo.

(97) Asimismo se elaborará un catálogo de instrumentos internacionales referidos a cada uno de los sectores o grupos mencionados anteriormente.

7.- Difusión

(98) Se promoverá la difusión de estas Reglas entre los diferentes destinatarios de las mismas definidos en la Sección 3ª del Capítulo I.

(99) Se fomentarán actividades con los medios de comunicación para contribuir a configurar actitudes en relación con el contenido de las presentes Reglas.

8.- Comisión de seguimiento

(100) Se constituirá una Comisión de Seguimiento con las siguientes finalidades:

- Elevar a cada Plenario de la Cumbre un informe sobre la aplicación de las presentes Reglas.
- Proponer un Plan Marco de Actividades, a efectos de garantizar el seguimiento a las tareas de implementación del contenido de las presentes reglas en cada país.

- A través de los órganos correspondientes de la Cumbre, promover ante los organismos internacionales hemisféricos y regionales, así como ante las Cumbres de Presidentes y Jefes de Estado de Iberoamérica, la definición, elaboración, adopción y fortalecimiento de políticas públicas que promuevan el mejoramiento de las condiciones de acceso a la justicia por parte de las personas en condición de vulnerabilidad.

- Proponer modificaciones y actualizaciones al contenido de estas Reglas.

La Comisión estará compuesta por cinco miembros designados por la Cumbre Judicial Iberoamericana. En la misma podrán integrarse representantes de las otras Redes Iberoamericanas del sistema judicial que asuman las presentes Reglas. En todo caso, la Comisión tendrá un número máximo de nueve miembros.

Presentación

Las Reglas de Brasilia y la Asociación Interamericana de Defensorías Públicas

En mi carácter de Coordinadora General de la Asociación Interamericana de Defensorías Públicas (AIDEF) y miembro de la Comisión de Seguimiento prevista en el Artículo 100 de las mismas Reglas, tengo el honor y la satisfacción de poner en vuestras manos este instrumento de difusión, antesala de la publicación oficial que seguramente habrá de realizarse una vez que las restantes redes —Asociación Interamericana de Ministerios Públicos (AIAMP), Federación Iberoamericana de Ombudsman (FIO) y Unión Iberoamericana de Colegios y Agrupaciones de Abogados (UIBA)— acojan como suyas las Reglas.

El reconocimiento como Red del Area Justicia conferido a la Asociación Interamericana de Defensorías Públicas por el Proyecto Eurosocial, en Junio de 2007, configuró un inestimable aliciente, así como lo ha sido la consiguiente invitación a integrar el equipo de redacción de las Reglas, actividad en la que debemos destacar el rol protagónico de nuestra Asociación, en punto a la inclusión de los privados de libertad como grupo de personas en situación de vulnerabilidad.

Nos pareció adecuado acompañar esta presentación con artículos de reconocidos especialistas en la materia: la Dra. Alicia Ruiz y los Dres. Alberto R. Dalla Vía, Federico Andreu-Guzmán y Christian Courtis así como con la brillante alocución que brindara el Dr. Ricardo Lorenzetti, Presidente de la Corte Suprema de Justicia de la República Argentina, en la Jornadas Preparatorias del III Congreso de la Asociación Interamericana de Defensorías Públicas celebrado en la localidad de El Calafate, Provincia de Santa Cruz, en marzo de este año 2008; a todos ellos agradecemos profundamente su participación.

Precisamente por la importancia que tiene este instrumento de acción para nuestra labor cotidiana y por el compromiso que los Defensores Públicos de América estamos dispuestos a asumir en punto a la vigencia de las garantías de acceso a la justicia de las personas en

condición de vulnerabilidad, es que hemos tornado este objetivo en eje del encuentro bienal de la AIDEF, a celebrarse en Buenos Aires, República Argentina, en junio de 2008, oportunidad en que esta publicación será entregada a todos los participantes.

Sólo me resta manifestar mi profunda esperanza de que estas Reglas, elaboradas con dedicación y asumidas con gran compromiso, sirvan para atenuar las dificultades proverbialmente padecidas por las personas integrantes de los sectores más discriminados de nuestra sociedad para acceder a la Justicia y hacer valer sus derechos en condiciones de plena igualdad.

Dra. Stella Maris Martínez

Buenos Aires, mayo de 2008.

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) Integrante 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 Nº 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, paradojalmente, 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) Ruíz, 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 paradojalidad 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.

La protección de las minorías en el campo de los derechos políticos

Alberto R. Dalla Via (1)

"...Hoy vivimos el alba de la libertad...¿cómo construir la casa universal de la libertad? Algunos nos dicen: ¿no olvidan ustedes a la justicia? Respondo: La libertad, para realizarse plenamente, es inseparable de la justicia. La libertad sin justicia degenera en anarquía y termina en despotismo. Pero asimismo, sin libertad no hay verdadera justicia".

Octavio Paz

Las "100 reglas de Brasilia sobre el acceso a la justicia de las personas en condiciones de vulnerabilidad", recientemente aprobados en la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana realizado en la misma ciudad, reafirma en el ámbito regional los principios que nuestro país había incorporado mediante la reforma de la Constitución Nacional en 1994.

No cabe duda, que su tratamiento regional se afianza en concreto, con la utilización del derecho, y más específicamente de los tribunales, en pos de la defensa, la protección y la promoción de libertades públicas, con el objeto de que los ciudadanos activen la jurisdicción cuando sean cercenados determinados derechos por incumplimiento de mandatos legales.

---

(1) Juez de la Cámara Nacional Electoral. Profesor Titular Regular de Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Académico de Número de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas y Académico correspondiente de la Real Academia Española de Ciencias Morales y Políticas. Presidente de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional. Presidente de la Asociación Argentina de Derecho Comparado. Miembro Titular del Consejo Directivo de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Buenos Aires y Director de la Maestría en Magistratura de la misma Facultad. Director Honorario del Instituto de Ciencia Política y Constitucional y miembro de la Junta Directiva de la Sociedad Científica Argentina. Consejero Titular del Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales. Autor de numerosos libros y artículos en temas de Derecho Constitucional.

Dicho esto, corresponde afirmar que en el plano de la Constitución Nacional, se han incorporado premisas que configuran y garantizan los derechos de las personas en condiciones de vulnerabilidad. Debe destacarse, que el diseño del documento en el ámbito regional constituye un aporte fundamental, dado que proporcionan todos los medios necesarios para que estos institutos otorguen una oportunidad real de acceso a la norma aplicable, certeza de su aplicación, certeza en la actuación de las instituciones y en particular de la coherencia judicial, del cumplimiento de las decisiones que deben ser ejecutadas. Por ello, el Estado debe garantizar el funcionamiento adecuado de la totalidad del ordenamiento jurídico de un país, con especial énfasis en el respeto y efectividad de los derechos y garantías fundamentales con el objeto de que tenga vigencia efectiva y no sólo formal.

En este sentido, es preciso reflexionar sobre los orígenes de nuestra Constitución, que en un principio aparece históricamente vinculada a las corrientes liberales que trataban entonces de asegurar la vida, libertad y propiedad de las personas. Inicialmente consistió en establecer una Carta Magna y, sobre todo, unas leyes que tutelaran esos derechos básicos. Del constitucionalismo clásico al constitucionalismo social mediaba un cambio en la sociedad, que con el transcurso del tiempo quedaría registrada una doble transformación, al nivel de los derechos de las personas: consistía en el Estado abstencionista al Estado intervensionista, por un lado, y en la complementación de los derechos individuales con el surgimiento de los derechos sociales, por el otro.

En nuestro país, la reforma constitucional de 1994, ha sido muy rica en la incorporación de principios ideológicos, por su parte, el catálogo de derechos y de garantías, se ha ampliado apuntando al valor de la "solidaridad", como así de la "participación" que es otro de los valores afirmados. El constituyente ha afirmado también un concepto más social y material de los principios de igualdad que en nuestros tiempos tiene una nueva definición: la "no discriminación", que viene a completar el de la igualdad formal del artículo 16 con un nuevo criterio interpretativo sobre la "igualdad de oportunidades" que aparece frecuentemente en distintas partes del texto y en la consagración de "acciones positivas", que tendrá a su cargo el Estado para combatir toda forma de discriminación (art. 75, inc. 23 CN). Como así también, nuestro sistema ha diseñado, con esta perspectiva, que la ley contemple sin perjuicios, ni discriminación a las distintas minorías (jóvenes, mujeres, ancianos, comunidades indígenas etc), incorporando la garantía constitucional del amparo colectivo (art. 43, párr. 1°, 2ª parte CN).

Asimismo, el ingreso de una cantidad de principios que no estaban expresamente consagrados en el texto mediante tratados inter-

nacionales pasaron a tener "jerarquía constitucional" en orden a lo dispuesto en el artículo 75, inc. 22 CN, siendo tales como, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación con la Mujer, la Convención Americana de Derechos Humanos, entre otras.

En efecto, es a partir de ese momento que los derechos civiles y políticos de las mujeres lograron una mayor protección, que luego con la aplicación de la ley y sus sucesivos decretos, motivaron una importante jurisprudencia sobre cupo femenino. Como ejemplo, la Cámara Nacional Electoral en el caso de una lista compuesta íntegramente por mujeres, en la etapa previa a la realización de los comicios, dijo "que el primer párrafo del artículo cuarto, del decreto reglamentario 1246/2000 expresa claramente y sin distinción alguna que el segundo lugar de una lista de candidatos a cargos electivos nacionales debe ser ocupado por una persona de sexo distinto a la figura en el primer puesto. Si bien es cierto que la ley 24.012 se sancionó en resguardo de los derechos de las mujeres a gozar de iguales oportunidades que los hombres en la postulación para cargos electivos, ello no implica que no deba resguardarse idéntico derecho para los hombres. Máxime a la luz del artículo 37 de la Constitución Nacional, que garantiza iguales derechos a ambos sexos, sin ningún tipo de diferenciación" (2).

En otro orden de consideraciones, el Tribunal Electoral en el caso Mignone, Emilio Fermín (3), hizo lugar a un amparo promovido por un ONGs —Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS)— para declarar la inconstitucionalidad de un artículo del Código Electoral Nacional que excluía del sufragio activo a quienes se encontraban privados de libertad sin condena en distintos establecimientos carcelarios del país. De ese modo, se hizo valer el inciso 2º del artículo 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos que expresamente limita la potestad de reglamentación legal de los derechos de participación política "…exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena por juez competente en proceso penal". La sentencia otorgó legitimación activa a una asociación representativa de intereses de incidencia colectiva en general, conforme las califica el artículo 43 de la Constitución Nacional al consagrar el llamado amparo colectivo.

Entonces, en la actualidad, el elenco de derechos jurídicos ha sido ampliamente notable, por ello, se insiste también en la protección de esos derechos, de manera que la tutela judicial ha de ser efectiva. En

(2) Fallo CNE 2931/01.
(3) Fallo CNE 2807/00.

esencia, las "reglas" apuntan a la certeza, a la previsibilidad de las decisiones judiciales y que sean efectivamente aplicadas para resolver los casos y que las decisiones que se dicten en su aplicación se cumplan en la práctica.

Por ello, es fundamental fomentar su efectividad, dado que constituye una condición indispensable para vivir en una sociedad que promueva el derecho estable y la justicia distributiva. Para John Rawls, la justicia implica la existencia de un conjunto de principios, que sean de aplicación universal, públicamente conocidos y constituyan la instancia final de resolución, teniendo las personas la garantía de que serán efectivamente aplicados para resolver todos los conflictos que puedan plantearse.

En efecto, para obtener resultados eficaces se requiere una idea dinámica, fruto de la aplicación resultante del día a día, de las reglas que gobiernan el sistema del Estado de derecho en donde los poderes del Estado respetan el orden constitucional establecido y logran que tenga vigencia efectiva y no sólo formal, mediante la colaboración conjunta que conlleva a identificar cada caso en particular y que se brinde la asistencia requerida.

Por otra parte, cabe señalar, la necesidad de impulsar otras formas alternativas de resolución de conflictos como instancias que contribuyan en determinadas ocasiones, a disminuir la carga judicial y a obtener una solución adecuada y eficaz a determinados conflictos, sin vulnerar la seguridad jurídica.

En mérito de todo lo expuesto, se debe rescatar que en el ámbito local y regional, las instituciones deben estar orientadas a garantizar el acceso a la justicia a todos las personas en condiciones de vulnerabilidad, y proveer soluciones a los afectados mediante una oportunidad real, creando o utilizando los medios para que el sistema funcione correctamente.

Comentarios sobre las 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad

Federico Andreu-Guzmán y Christian Courtis (1)

I.

La Comisión Internacional de Juristas recibe con beneplácito la adopción de las 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad ("Reglas"). Cabe resaltar, desde un principio, la compatibilidad general de las Reglas con los estándares internacionales de derechos humanos, tanto del Sistema Interamericano como del Sistema Universal, en materia de acceso a la justicia y, en lo pertinente, de acceso de víctimas de violaciones a los derechos humanos a un recurso efectivo. Estas breves reflexiones están centralmente destinadas a situar las Reglas en el contexto de esos estándares internacionales de derechos humanos, que, dicho sea de paso, obligan a la gran mayoría de los países cuyos poderes judiciales, ministerios públicos y defensorías públicas u oficiales participaron de la Conferencia que adoptó las mencionadas Reglas.

II.

Un primer punto para destacar es el reconocimiento, implícito en las Reglas, de que tanto el Poder Judicial, como el Ministerio Público y las Defensorías Públicas u Oficiales —y no sólo los poderes políticos— tienen responsabilidades en materia de acceso a la justicia de las personas y grupos sociales en situación de vulnerabilidad. Esto, claro, no es novedoso en materia de derecho internacional de los derechos humanos, pero las Reglas merecen ser elogiadas por constituir

---

(1) Integrantes de la Comisión Internacional de Juristas, Ginebra.

un ejemplo de expresa asunción y toma de conciencia de la existencia de esas obligaciones por parte de los operadores del sistema de Justicia, que se traduce en el establecimiento de lineamientos para su operacionalización concreta. El dato no es menor, si se tiene en cuenta que parte de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos se refiere a violaciones a los derechos humanos de personas en situación de vulnerabilidad imputables al Poder Judicial o al Ministerio Público (2).

III.

Las Reglas pueden ser leídas en el contexto de tres avances importantes en materia de derechos humanos, consolidados con la adopción de nuevos instrumentos y con la evolución de la interpretación de esos instrumentos realizada por órganos internacionales, tales como la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su par europea.

El *primero* consiste en el reconocimiento de que *el derecho al respeto de las garantías del debido* proceso (o a un proceso justo, según la terminología del Convenio Europeo de Derechos Humanos), *y el derecho a la tutela judicial efectiva en caso de violación de un derecho fundamental, implican el derecho de acceso a la justicia*. La Corte Interamericana resume en este párrafo su doctrina al respecto:

---

(2) Como muestra, basta el siguiente ejemplo: *todos* los casos en los que la Argentina ha sido condenada o ha aceptado su responsabilidad ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos involucran violaciones total o parcialmente imputables al Poder Judicial. Ver, Corte Interamericana de Derechos Humanos, casos *Garrido y Baigorria*, sentencia de 2 de febrero de 1996 (violación al debido proceso y al derecho a la tutela judicial efectiva en caso de desaparición forzada); *Cantos*, sentencia de 28 de noviembre de 2002 (violaciones al debido proceso y al derecho a la tutela judicial efectiva por cobro de un monto desproporcionado en concepto de tasa de justicia, que constituye un obstáculo al acceso a la justicia); *Bulacio*, sentencia de 18 de septiembre de 2003 (violación al derecho a obtener resultados de una investigación en plazo razonable, al derecho a la tutela judicial efectiva y a la obligación de protección de niños y adolescentes en un caso de muerte de un adolescente durante su detención ilegítima) y *Bueno Alves*, sentencia de 11 de mayo de 2007 (ausencia de investigación diligente en caso de tortura, incumplimiento del deber de notificación de su derecho a asistencia consular).

El caso *Maqueda*, en el cual la Comisión Interamericana de Derechos Humanos desistió de la acción ante el compromiso de solución amistosa del Estado argentino, también involucraba una alegación de violación cometida por el Poder Judicial. Ver Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Maqueda*, resolución de 17 de enero 1995 (violaciones al debido proceso, violación al derecho de obtener la revisión de sentencia condenatoria).

> "El artículo 25 de la Convención también consagra el derecho de acceso a la justicia. Al analizar el citado artículo 25 la Corte ha señalado que éste establece la obligación positiva del Estado de conceder a todas las personas bajo su jurisdicción un recurso judicial efectivo contra actos violatorios de sus derechos fundamentales. Y ha observado, además, que la garantía allí consagrada se aplica no sólo respecto de los derechos contenidos en la Convención, sino también de aquéllos que estén reconocidos por la Constitución o por la ley. La Corte ha señalado, asimismo, en reiteradas oportunidades, que la garantía de un recurso efectivo "constituye uno de los pilares básicos, no sólo de la Convención Americana, sino del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática en el sentido de la Convención", y que para que el Estado cumpla con lo dispuesto en el artículo 25 de la Convención no basta con que los recursos existan formalmente, sino que los mismos deben tener efectividad, es decir, debe brindarse a la persona la posibilidad real de interponer un recurso que sea sencillo y rápido. Cualquier norma o medida que impida o dificulte hacer uso del recurso de que se trata constituye una violación del derecho al acceso a la justicia, bajo la modalidad consagrada en el artículo 25 de la Convención Americana" (3).

El *segundo* consiste en la aplicación concreta al derecho de acceso a la justicia de la existencia de *obligaciones positivas del Estado en materia de derechos humanos, destinadas a remover aquellas barreras y obstáculos de orden jurídico, social, económico y cultural que dificultan o impiden el pleno ejercicio de los derechos humanos por parte de sus titulares*. La Corte Europea de Derechos Humanos había llegado a esta conclusión en el caso *Airey v. Irlanda*. En ese caso, la Corte Europea condenó a Irlanda por la existencia de requisitos legales onerosos, que impidieron a una persona de condición socio-económica modesta iniciar un juicio de divorcio:

---

(3) Ver Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Cantos*, cit., parág. 52.

Aunque llega a una conclusión similar, la Corte Europea de Derechos Humanos basa su inferencia en el artículo 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (derecho a un juicio justo). Ver Corte Europea de Derechos Humanos, caso *Golder v. Reino Unido*, sentencia de 21 de febrero de 1975, para. 25: "De acuerdo a la opinión de la Corte, no sería concebible que el artículo 6 parág. 1 [del Convenio Europeo de Derechos Humanos] describa en detalle las garantías procesales concedidas a las partes en un proceso pendiente y no proteja en primer término aquello que hace de hecho posible beneficiarse de esas garantías, es decir, el acceso a un tribunal. El carácter justo, público y expedito de un procedimiento judicial no tienen valor alguno si no existe procedimiento judicial" (la traducción es nuestra).

> "La existencia de impedimentos de hecho puede violar el Convenio [Europeo], tanto como la de impedimentos jurídicos. (...). Además, el cumplimiento de una obligación que emana del Convenio requiere, en ocasiones, de la acción positiva del Estado; en tales circunstancias, el Estado no puede permanecer simplemente pasivo. No hay aquí espacio para distinguir entre acciones y omisiones. (...) La obligación de asegurar un derecho efectivo de acceso a la justicia cae dentro de esta categoría de obligaciones" (4).

En el mismo sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha tenido oportunidad de interpretar el art. 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (derecho al debido proceso y a garantías judiciales) en relación con la imposibilidad de acceso a la justicia por motivos económicos, al momento de dilucidar el sentido del art. 46.2 de la CADH, y de establecer excepciones a la regla del agotamiento de recursos internos. En tal sentido, la Corte sostuvo que en aquellos casos en que resulta necesaria la representación legal para el ejercicio del debido proceso, si la persona no puede obtenerla —por ejemplo por carecer de recursos— y el Estado no la brinda, no es obligatorio agotar los recursos internos (5).

El *tercero* es la creciente toma de conciencia acerca de las barreras para el acceso a la justicia y para el ejercicio de cualquier otro derecho que no son de carácter individual, sino social o grupal. Esto significa que *las dificultades experimentadas por las personas para acceder a la justicia y para ejercer sus derechos se deben en parte a su pertenencia a grupos sociales en situación de vulnerabilidad*. Parte de la evolución contemporánea del derecho internacional de los derechos humanos ha seguido esta línea de interpretación: la adopción de instrumentos tales como la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, la Convención sobre los Derechos del Niño, el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo y la reciente Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad constituyen buenos ejemplos de este proceso. En todos

---

(4) Ver Corte Europea de Derechos Humanos, *Airey v. Irlanda*, sentencia del 9 de octubre de 1979, para 25 (la traducción es nuestra). Para un comentario del caso, ver Víctor Abramovich y Christian Courtis, "Los derechos sociales como derechos exigibles", Trotta, Madrid, 2da. ed., 2004, ps. 218-220.

(5) Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-11/90 del 10 de agosto de 1990, "Excepciones al agotamiento de los recursos internos (arts. 46.1, 46.2. a y 46.2.b CA)". Inspirándose en el caso *Airey*, la Corte sostuvo que: "las circunstancias de un procedimiento particular, su significación, su carácter y su contexto en un sistema legal particular, son factores que fundamentan la determinación de si la representación legal es o no necesaria para el debido proceso", parág. 28.

estos instrumentos, los Estados partes se obligan a tomar medidas especiales respecto de los diferentes grupos tutelados respectivamente por cada instrumento, para asegurar el pleno reconocimiento y ejercicio de los derechos de sus miembros.

IV.

Las Reglas se inspiran adecuadamente en estos principios y obligaciones. Nos limitaremos aquí, por razones de espacio, a algunos comentarios que pueden delinear su alcance y mejorar su interpretación.

Sobre el alcance de las medidas positivas para asegurar el acceso a la justicia de las personas en situación de vulnerabilidad, cabe subrayar que, pese a la mayor tradición y visibilidad del derecho a la asistencia de un defensor en materia penal, las obligaciones del Estado no se limitan a esa materia. De acuerdo con la Convención Americana y otros instrumentos, el derecho a acceder a la justicia concierne a la violación de todo derecho fundamental, y no sólo aquellos relacionados con la investigación o acusación en materia penal. Según la naturaleza del derecho vulnerado, la jurisdicción podrá ser penal (en particular tratándose de graves violaciones de derechos humanos constitutivas de ilícitos penales), civil, laboral, de familia, de menores, constitucional, contenciosa-administrativa, etcétera. Así, por ejemplo, existen en el hemisferio americano procedimientos y recursos judiciales de naturaleza no penal para proteger numerosos derechos humanos —entre ellos, las acciones de amparo, tutela, cumplimiento y *habeas data*—, que en varios países de la región tienen consagración constitucional. Esto significa que la existencia de formas de asistencia legal adecuada a las necesidades de los grupos vulnerables debe extenderse a todas las áreas en las que peligre la vigencia de un derecho fundamental —civil, político, económico, social o cultural—. Es en este sentido que deben leerse las Reglas 30 y 31, referidas a la asistencia técnico-jurídica de calidad, especializada y gratuita (6).

La identificación de los factores de vulnerabilidad efectuada por las Reglas se adecua a los estándares internacionales en materia de

---

(6) Sobre la fundamental importancia de la remoción de obstáculos para garantizar el acceso a la justicia y a remedios efectivos en materia de derechos sociales, véase, por ejemplo, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, "El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. Estudio de los estándares fijados por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos", OEA/Ser.L/V/II.129 Doc. 4, 7 septiembre 2007, parágs. 48-94. El documento está disponible en línea en www.cidh.org.

derechos humanos, aunque sería importante señalar que la lista de los grupos cuyo tratamiento se aborda efectivamente no debe ser entendida como exhaustiva. La definición de la Regla 3 es, en este sentido, suficientemente amplia para incluir otros grupos, que podrán a su vez requerir de otras medidas especiales. Cabe, por ejemplo, mencionar una categoría no tratada en las reglas: la condición de extranjero, que no se limita a la de migrante o refugiado. Al respecto, la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares —ratificada por la mayoría de los Estados de la región— y la propia jurisprudencia de la Corte Interamericana establece la obligación del Estado, cuando un extranjero es detenido, de notificarlo "de su derecho a establecer contacto con un funcionario consular e informarle que se halla bajo custodia del Estado" (7). Las Reglas tampoco mencionan a las personas pertenecientes a minorías sexuales, víctimas habituales de abuso y violación de derechos en la región. Cabe igualmente destacar otras categorías de personas especialmente vulnerables como:

- los miembros de las comunidades afro-descendientes, objeto de preocupación por parte de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (8);

- las víctimas y familiares de víctimas de graves violaciones de derechos humanos (tales como: ejecuciones extrajudiciales, tortura, desaparición forzada), que por el tipo de violación han sufrido, las amenazas que generalmente reciben para que no denuncien los hechos o no acudan a la justicia o el estigma social de que son igualmente objeto, se encuentran en una posición muy particular de vulnerabilidad, que requiere medidas especiales para garantizar el acceso a la justicia, como lo indican varios instrumentos internacionales (9);

---

(7) Ver Corte Interamericana de Derechos Humanos, casos *Bulacio, cit.*, para. 130; *Tibi v. Ecuador,* sentencia de 7 de septiembre de 2004, parágs. 112 y 195; *Bueno Alves*, cit., para. 116; *Chaparro Alvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador*, sentencia de 21 de noviembre de 2007, para 164, y Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999, "El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal"*,* parágs. 86, 106 y 122. Ver también Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, art. 36.1.b.

(8) Ver por ejemplo, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, "Tercer Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en Colombia", OEA/Ser.L/V/II.102 Doc. 9 rev.1, 26 de febrero de 1999; "Informe sobre la situación de los derechos humanos en Brasil", OEA/Ser.L/V/II.97 Doc. 29 rev.1, 29 de septiembre de 1997; "Acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia en las Américas", OEA/Ser.L/V/II Doc. 68, 20 de enero de 2007.

(9) Ver por ejemplo, *Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos hu-*

- las víctimas de ciertos delitos graves, colocadas en situación de vulnerabilidad en razón de la naturaleza del delito mismo (por ejemplo: delitos sexuales y el tráfico de seres humanos) y respecto de las cuales el derecho internacional requiere la adopción de ciertas medidas de protección (10).

La Regla 10, destinada a definir la noción de "víctima", no refleja debidamente el desarrollo del derecho internacional de derechos humanos. Así por ejemplo, los *Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones*, adoptados por la Asamblea General de las Naciones Unidas (11), definen víctima como: "toda persona que haya sufrido daños, individual o colectivamente, incluidas lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdidas económicas o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que constituyan una violación manifiesta de las normas internacionales de derechos humanos o una violación grave del derecho internacional humanitario. Cuando corresponda, y en conformidad con el derecho interno, el término "víctima" también comprenderá a la familia inmediata o las personas a cargo de la víctima directa y a las personas que hayan sufrido daños al intervenir para prestar asistencia a víctimas en peligro o para impedir la victimización" (Principio 8).

La definición propuesta por la Regla 10 presenta algunas falencias:

---

manos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones, adoptados por la Asamblea General de las Naciones Unidas (Resolución N° 60/147 de 16 de diciembre de 2005); *Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder*, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas (Resolución N° 40/34 de 29 de noviembre de 1985); *Principios relativos a una eficaz prevención e investigación de las ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias*, recomendados por el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (Resolución N°1989/65) de 24 de mayo de 1989; y *Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas*.

(10) Ver por ejemplo, *Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional,* y *Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía*.

(11) Ver Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución N° 60/147 de 16 de diciembre de 2005.

a) En primer lugar omite la noción de víctima colectiva, categoría ampliamente reconocida en instrumentos internacionales (12) y la jurisprudencia de derechos humanos (13).

b) En segundo lugar, no precisa la naturaleza de la ley penal aplicable. Así, la noción de "infracción penal" podría ser interpretada únicamente como aquella definida por la ley penal nacional, con lo cual la víctima de un delito bajo el derecho internacional (como la tortura, la desaparición forzada de persona o el tráfico de seres humanos) pero no tipificado como delito en la legislación nacional, escaparía a la definición propuesta por las Reglas.

c) Finalmente, restringe la noción de víctima a aquella persona que ha "sufrido daño ocasionado por una infracción penal", excluyendo así aquellas personas que han sido víctima de una violación de derechos humanos que genera al Estado una obligación de garantizar un recurso efectivo —en particular el acceso a la justicia y a reparación—, pese a no constituir un ilícito penal bajo el derecho nacional o internacional.

Para corregir estos inconvenientes, la CIJ recomienda una revisión de la definición de la Regla 10, en el siguiente sentido:

> "A efectos de las presentes Reglas, se considera *víctima* toda persona física que ha sufrido, individual o colectivamente, un daño incluidas lesiones físicas o psíquicas, sufrimiento moral, perjuicio económico o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales, como consecuencia de infracción penal, bajo el derecho nacional o el derecho internacional, o de acciones u omisiones ocasionado que constituyan una violación de las normas internacionales de derechos humanos o del derecho internacional. El término víctima también podrá incluir, en su caso, a la familia inmediata o a las personas que

---

(12) Ver, por ejemplo, *Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder* (principio 1), y *Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones* (principio 8).

(13) Ver por ejemplo, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe No. 36/00, Caso 11.10, "Masacre de Caloto" (Colombia), 13 de abril de 2000; Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso de la *Comunidad de Mayagna (Sumo) Awas Tingni v. Nicaragua*, sentencia de 31 de agosto de 2001; Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, caso *Centro de Acción por los Derechos Sociales y Económicos y Centro de Derechos Económicos y Sociales v. Nigeria*, Comunicación 155/96.

están a cargo de la víctima directa y a las personas que hayan sufrido daños al intervenir para prestar asistencia a víctimas en peligro o para impedir la victimización."

En ese orden de ideas, la Regla 11 debería ser enmendada para no limitarse a la "víctima del delito", y abarcar también a aquellas personas que han visto sus derechos humanos conculcados, aun cuando tal violación no constituya, bajo el derecho nacional o internacional, un ilícito penal. Similar observación cabe respecto de la Regla 12.

Otro punto que merece ser subrayado es la necesaria relación de las Reglas 26 y 27 ("Cultura Jurídica") con las Reglas 58 a 61 ("Comprensión de las actuaciones judiciales"). Las Reglas 26 y 27 están orientadas a la denominada "alfabetización o educación jurídica" de las personas en condición de vulnerabilidad. Pero parte de las barreras para el efectivo acceso a la justicia se deben en nuestros países a la distancia social existente entre los operadores jurídicos —provenientes en su mayoría de estratos de ingresos medios y altos, con acceso a estudios universitarios— y las personas pertenecientes a grupos vulnerables, en su gran mayoría pobres. Un reflejo de esta distancia social lo constituyen las dificultades de comunicación debidas al empleo innecesario de lenguaje técnico, profesional o simplemente arcaico, de modo que la barrera es creada en estos casos por los operadores judiciales, más que por un factor atribuible a las personas en situación de vulnerabilidad. Las Reglas 58 a 61 parecen apuntar en esta dirección, pero la necesidad de entrenamiento específico de los operadores de la Justicia para comunicarse adecuadamente con sectores sociales postergados no se limita exclusivamente a las "actuaciones judiciales", sino que incluye el asesoramiento y la asistencia previa y posterior a las actuaciones judiciales.

La Regla 32, relativa al derecho a un intérprete, no considera expresa o claramente la situación de una víctima nacional perteneciente a una comunidad indígena o a una minoría lingüística que requiere de servicios de interpretación para acceder a una protección judicial de sus derechos humanos. Tal es el caso, por ejemplo, de indígenas víctimas de graves violaciones de derechos humanos, que no conocen el idioma oficial utilizado por el tribunal penal que habrá de procesar y juzgar a los autores y partícipes del crimen del cual fueron víctimas.

La cuestión de la *legitimación* —mencionada en el título de la Regla 34, pero apenas desarrollada en la propia regla— también suscita algún comentario. Cuando las afectaciones a derechos de personas en situación de vulnerabilidad tienen alcance colectivo o grupal, o su reparación requiere un remedio necesariamente colectivo, los requisitos de legitimación para iniciar acciones judiciales deben flexi-

bilizarse. Esto es, en parte, responsabilidad del legislador, que debe crear acciones judiciales adecuadas a las violaciones de carácter o proyección colectiva. Pero parte de la responsabilidad le corresponde también al Poder Judicial, que tiene a su alcance la modificación de los criterios de interpretación de las nociones de "interés individual", "interés jurídico" o "interés legítimo", o la disposición de remedios de carácter colectivo, cuando la situación lo requiera. En el mismo sentido, el Ministerio Público y las Defensorías Públicas —incluyendo a funcionarios como Defensores de Niños, Niñas y Adolescentes— pueden emplear su legitimación procesal para llevar a cabo, por esa vía, la representación agregada de los miembros de grupos o colectivos –favoreciendo de este modo la economía procesal, la uniformidad de las decisiones y la efectividad de los remedios judiciales.

V.

Se trata, en todo caso, de apostillas, que no desmerecen la importancia de la adopción de las Reglas. Queda por decir que tan importante como el establecimiento de estándares adecuados es su cumplimiento, y el establecimiento de mecanismos de supervisión. En esto consiste el paso de una declaración de carácter regional, a su efectiva implementación a nivel nacional.

Acceso a la Justicia de los Sectores Vulnerables (1)

Ricardo Lorenzetti (2)

Buenas tardes a todos. Quiero agradecer esta invitación, muy especialmente a la doctora Stella Maris Martínez, que me da la oportunidad de participar de este Congreso de Defensores Públicos de la Asociación Interamericana. Quiero además participar de la alegría de que estén distintos representantes de toda América y también, por supuesto, de que esté aquí presente el doctor Sergio García Ramírez, presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Quiero entrar directamente al tema, porque sé que han tenido una larga e intensa jornada. El tema que se nos ha adjudicado es el acceso a la Justicia de los sectores vulnerables. Y si uno lo menciona en un ambiente como éste, seguramente la mayoría de ustedes tiene con estos conceptos un trato familiar, tanto con el acceso a la Justicia, como con la noción de vulnerabilidad. Y esto mismo es lo que a veces opera como una limitación en el desarrollo del tema, porque solemos tener un trato familiar, considerar que algunos temas son compartidos entre nosotros y pensar que todo está hecho. Cuando en realidad, si los examinamos a estos problemas y reflexionamos en profundidad sobre ellos, advertimos que estamos en los comienzos de verdaderos cambios estructurales dentro del sistema jurídico y dentro de las sociedades que requieren de una práctica social y jurídica constante. Por eso es que yo voy a comenzar reflexionando un poco sobre alguno de los conceptos involucrados en el título de la conferencia.

En primer lugar, cuando nosotros hablamos de vulnerabilidad o de vulnerables, tenemos que empezar admitiendo que es un con-

---

(1) Conferencia pronunciada en ocasión del acto de clausura de las *Jornadas Patagónicas Preparatorias del III Congreso de la Asociación Interamericana de Defensorías Públicas (AIDEF)*, realizadas en El Calafate, 12, 13 y 14 de marzo de 2008.

(2) Presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de la República Argentina.

cepto heterodoxo respecto de toda una tradición jurídica anterior. Tenemos que admitir que nuestra cultura occidental se construyó en base a otros principios y a otros valores muy diferentes de la vulnerabilidad. Principalmente, durante el siglo XIX y en el siglo XX tuvo primacía un valor jurídico que es la libertad. Y como consecuencia de este valor jurídico se desarrolló un principio que es el de la auto-responsabilidad. Y si hay auto-responsabilidad, esto implica una dogmática jurídica consiguiente que es la noción de capacidad plena, de discernimiento pleno y de ejercicio también pleno de la libertad. Con lo cual se supone que todos los sujetos jurídicos son iguales ante la ley de modo abstracto, no material sino como posición jurídica delante de la ley. Y entonces, son responsables de todos los actos, buenos y malos, que ellos adopten durante su vida cotidiana. Esta idea de auto-responsabilidad choca fundamentalmente con la noción de vulnerabilidad que, por el contrario, se basa en otro valor que es la igualdad, no la libertad, y que desarrolla otro principio que no es el de la auto-responsabilidad sino el de la protección, el principio protectorio de alguien que es vulnerable, que es más débil, que está en una posición de hisosuficiencia. Y como consecuencia de este principio se desarrollan tecnologías jurídicas diferentes, que son de naturaleza protectoria. Es decir, ir más allá de la voluntad expresada con discernimiento, intención y libertad. A veces corrigiéndola en beneficio del sujeto. Como vemos, estamos frente a dos corrientes de pensamiento, dos valores, dos principios y dos estelas diferentes de dogmática jurídica.

En los últimos años aquella corriente principal basada en la libertad y la auto-responsabilidad ha sido corregida en gran medida por corrientes que en todos los campos se han basado en la admisión del principio del valor de la igualdad, del principio protectorio y de la tutela de los vulnerables. A modo de ejemplo en el derecho público podemos pensar en lo que ha ocurrido en el derecho penal con el surgimiento cada vez más acentuado del garantismo como modo de proteger en todas las instancias del proceso penal, no sólo formal sino materialmente, los derechos de los individuos en casos en que ellos no los pudieran ejercer. Pero mucho más que eso, el derecho penal ha avanzado, diría con gran fuerza en campos que hace muy pocos años no se cuestionaban como son aquellos que apuntan al corazón del sistema represivo como modo de disciplinamiento de la sociedad. La idea de sancionar conductas antisociales, no sólo antijurídicas o de asimilar lo antisocial con lo antijurídico es una idea que hoy ha sido muy discutida, cuestionada y finalmente, creo, rebatida en casi todos los campos. Y por eso es que vemos la aplicación de la tutela de los vulnerables en áreas que en el pasado parecían impensables como es el trato de los detenidos, las defensas o criminalización de aquellos sectores excluidos, los problemas de la protesta social. Es decir,

diferenciar claramente lo que es la finalidad represiva tradicional de aquellas otras conductas que están más vinculadas a fenómenos que son típicamente sociales y que deben tener otro tratamiento diferente del represivo. Esto implica un cuestionamiento muy serio, diríamos de carácter epistemológico a lo que es, digamos, la naturaleza misma del derecho penal. Aquí es donde vemos claramente el conflicto entre los dos valores que hemos mencionado.

Si vamos al derecho privado podemos tomar un buen ejemplo en el área del derecho privado patrimonial que ya en el derecho romano admitió la protección de los débiles. Piensen ustedes que en el año 200 A.C. se dictó la ley *Poetelia Pariria* que modificó la sanción sobre la persona del deudor para pasarla a su patrimonio. Esto ya significó una idea protectoria y se creó en el derecho romano del principio *favor debitoris*. Y luego, con el transcurso de los años se entendió que no sólo había deudores débiles sino también acreedores débiles, como son los acreedores laborales en el surgimiento de la revolución industrial. Y por eso se comenzó a hablar, ya en el siglo XIX de *favor debilis*, no *debitoris*, porque incluye acreedores y deudores según la posición obligacional que tengan. Y más en el siglo XX, se llegó a la idea de que es independiente de la posición que tenga un sujeto jurídico como acreedor o deudor en una obligación, lo que hay que proteger es la posición contractual. Lo cual, pasa de una protección basada en la individualidad a una protección basada en sectores. Y entonces, vemos la tutela de los acreedores laborales, la legislación del trabajo, la protección de los locatarios, la protección de tantos otros sujetos que surgen por leyes que abarcan a muchos, muchos grupos de personas. Y ya al final del siglo XX surge la protección de los consumidores, que no se basa en la posición obligacional ni tampoco contractual, sino en el acto del consumo. Entonces, el consumidor es protegido porque se lo considera ya hiposuficiente cuando consume, celebre o no un contrato. Por eso es que la legislación consumerista (sic) habla de consumidores y usuarios. El consumidor puede celebrar un contrato, el usuario no. Y entonces, aquí se tutela en base a un acto de mercado, con lo cual es el avance más importante en relación a esta pelea histórica entre la libertad ya la igualdad. Proteger en base al acto de mercado donde impera la igualdad y la libre competencia es un avance muy importante del principio de la igualdad.

Si tomamos otro campo, podemos ver el de los derechos humanos en el derecho internacional. También aquí durante muchos años se entendió que no había ninguna necesidad de proteger a los vulnerables, hasta que comenzó el movimiento de derechos humanos a escala internacional y los diferentes tratados se fueron celebrando con un gran esfuerzo, a partir de mucha gente que libró batallas muy duras y que fueron logrando que en diversos instrumentos se consagrara, en

primer lugar, el lugar de la mujer, luego de la ancianidad, y así poco a poco, los tratados internacionales fueron englobando distintos grupos que se consideraron vulnerables. Y se logró tutela específica, protectoria para estos grupos vulnerables. Y esto ingresó luego en las constituciones. Es un movimiento de arriba hacia abajo, diferente de los anteriores. Pero este movimiento hoy lo tenemos en casi todas las constituciones del mundo en la que este movimiento internacional de derechos humanos se fue introduciendo, en las distintas fuentes de los ordenamientos nacionales. Y entonces, hoy podemos decir, como lo ha dicho nuestra Corte y también la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que hay un piso mínimo de derechos humanos. Y este piso mínimo es previo a la estatalidad, y por lo tanto, a la ley. Es decir, la ley contraria a este piso mínimo de derechos humanos puede ser declarada inconstitucional. Y esto sí es un avance trascendente en el sistema de fuente de los ordenamientos. Es casi como incorporar el contractualismo. Nadie celebra un contrato social si no se van a respetar sus derechos humanos básicos. Por eso es que la idea de preestatalidad de derechos humanos, de derechos humanos incluso antidemocráticos en el sentido de que pueden ser opuestos al consenso democrático; como en el caso en que la democracia a través de su sistema parlamentario sancione una ley que establece por ejemplo, la pena de muerte, en nuestros sistemas sería un buen ejemplo donde los derechos humanos pueden, como núcleo duro del ordenamiento y como limitantes de su sistema de fuentes, obrar a los fines de la inconstitucionalidad una ley aprobada por un parlamento violatoria de núcleo duro.

Ustedes pueden ver que cualquiera sea la corriente que analicemos en las distintas especialidades —derecho público, privado u ordenamiento internacional— vemos que en los últimos años hubo un decidido avance de la noción de igualdad, el valor igualdad, del principio protectorio y el desarrollo de una gran cantidad de instrumentos de la dogmática jurídica a los fines de hacerlo realidad dentro del ordenamiento. Yo diría que para sintetizar las características principales de este movimiento podríamos decir que ha surgido la noción de vulnerabilidad, debilidad, hiposuficiencia, como se la quiera llamar, pero es alguien al cual se le reconoce que no está en igualdad de condiciones que los demás por distintas razones —y ya veremos algunas de ellas—. Pero esta es una admisión importantísima que contraría una larga tradición jurídica. El segundo elemento es que hemos pasado de admitirlo en sujetos individuales para considerar la posibilidad de que existan grupos, y por eso el título de esta conferencia es sectores vulnerables. Es decir, que hoy se apunta más a los grupos que a los individuos. La idea de que hay grupos identificados por su situación de vulnerabilidad que tienen un elemento homogéneo que los identifica. Esto es importante para la técnica le-

gislativa y también para las sentencias que reconocen efectos expansivos. El tercer elemento, yo diría que es importante para señalar, es la visibilidad. Antes estaban invisibles los vulnerables, los débiles en el sistema. En situaciones históricamente anteriores esta noción no aparecía porque se partía de la igualdad. Y la igualdad formal parte de un presupuesto que es la neutralidad respecto de las asignaciones previas que realiza el mercado en los casos de riqueza o pobreza, que realiza el mercado también en los casos de asignaciones referidas al grado de conocimiento: expertos o profanos. Es neutral respecto de las asignaciones que la filosofía actual llama el sorteo natural, es decir, la capacidad mayor o menor que alguien puede tener, la situación familiar... Neutral respecto de todo. Así se edificó el sistema jurídico. Nuestro edificio normativo está basado siempre en esa neutralidad, y esto es lo que ha ido cambiando. Por lo tanto, podemos hablar de visibilidad de los débiles jurídicos. Aparecen en la escena del ordenamiento jurídico con todo vigor, motivando una enorme cantidad de regulaciones. Pero este es un movimiento que está en plena expansión y no es un movimiento agotado.

Esta idea de visibilidad nos lleva al segundo aspecto que está en el título de la conferencia que es el acceso a la Justicia. Tema también muy tratado en los últimos años pero que es profundamente heterodoxo respecto de la tradición jurídica. Porque se consideró que era innecesario hablar de acceso si la Justicia está abierta para todos. Pero si el sistema jurídico con los servicios que brinda al ciudadano, y el sistema normativo como está estructurado está basado en la noción de mercado y admite como presupuesto la neutralidad respecto de las asignaciones que éste realiza, tenemos un grave problema y es que este edificio jurídico está abierto para todos menos los que pueden pagar por él.. Así se comportaron los sistemas jurídicos y los poderes judiciales respecto del principio de neutralidad del mercado. Esto entró en crisis y comenzó el movimiento de acceso, que es mucho más general que el acceso a la Justicia, porque si el mercado excluye, también excluye el sistema jurídico porque está en una relación homóloga. Las fallas del mercado son también fallas del sistema jurídico. Y entonces, todos aquellos que no tienen acceso a los bienes primarios básicos que el mercado brinda tampoco tienen acceso a los bienes jurídicos básicos que el sistema de derecho ofrece. Y por eso se comenzó a hablar de acceso a la Justicia, pero también de acceso al consumo, de acceso a la propiedad, de acceso a las prestaciones de salud, de acceso al discurso público. En un discurso público muy concentrado en los medios de comunicación se habla de las voces privadas de acceso al discurso público. Y en tantos otros campos esta temática del acceso introduce el umbral, trabaja sobre el umbral del derecho, sobre las fallas estructurales que provoca el derecho en tanto siga siendo asimilado al mercado. Esta noción es muy importante

porque son leyes rampa, que permiten ir introduciéndose en el sistema normativo, que no tienen muchas veces la misma pureza que tiene la dogmática jurídica tradicional en sistemas legislativos evolucionados. Son leyes que a veces son poco puras. Es difícil aplicar aquí la teoría pura del derecho. Son poco puras. Son impuras porque son imperfectas. Son hechas a golpe de martillo estas leyes. Fíjense ustedes, cuando hablábamos de acceso a la Justicia, hay muchos procedimientos que no serían admitidos por los procesalistas clásicos —lo mismo que cuando hablábamos de acceso a la propiedad, al consumo, acceso al contrato y tantos otros temas del acceso—. Es decir, es un movimiento que trata de establecer una rampa para vincular a los que están fuera de los bienes jurídicos con los que están dentro. Y este es un tema esencial para que el ordenamiento jurídico regule toda la sociedad y no sólo una parte de ella, y por lo tanto, disminuya las tensiones que están sustrayéndose a los sistemas y que generan violencia. Las crisis institucionales, los problemas de conflictos que no se resuelven con los mecanismos previstos por el ordenamiento, tienen mucho que ver con esta idea de exclusión social. Por eso es que los dos temas, el acceso a la Justicia y la protección de los vulnerables, son de una extraordinaria importancia en el mundo de hoy, y seguramente, y como están las cosas, lo seguirán siendo en el futuro. Seguimos teniendo muchos problemas de exclusión social en el mundo y mucho más en una economía globalizada porque hay que entender también que estos problemas de acceso en una economía global que carece de instituciones globales eficaces se agudizan, no es que disminuyen. Entonces, el problema del acceso también reconoce hoy una escala internacional porque el movimiento de derechos humanos que ha hecho tanto por la igualdad, para muchos autores sigue estando relacionado con la idea de status y de ciudadanía. Y en tanto los ciudadanos de un país tengan ese status tienen derechos humanos, pero si no están dentro de ese status de la ciudadanía no tienen ninguno: son inmigrantes, son ciudadanos sin identidad. Entonces, aquí viene este segundo muro después del de Berlín que está en el mundo entre aquellos que gozan de los bienes que permite la ciudadanía, propios y ricos en derechos humanos y aquellos que no tienen estos bienes. Entonces, la temática del acceso y de la vulnerabilidad sigue siendo una temática, un tema que motiva el trabajo cotidiano de los juristas y un tema de la mayor importancia.

Si relacionamos el acceso con la vulnerabilidad vamos a ver una gran cantidad de fenómenos que se muestran en la aplicación concreta en nuestros sistemas normativos. Voy a citar algunos ejemplos de cómo ésto ha influido en sentencias judiciales de los últimos años en distintos campos. Me parece que en el campo del acceso puro a la Justicia, no hay duda alguna que la legitimación ha sido el pilar fundamental sobre el cual se asentó el acceso a la Justicia. Y tenemos en

nuestro país una gran cantidad de leyes en distintas áreas y de decisiones judiciales. Nuestra Corte Suprema ha dictado algunas sentencias el año pasado aclarando mucho este concepto de legitimación. Nosotros debemos distinguir los casos en los cuales hay intereses individuales aislados, que naturalmente tienen legitimación para peticionar en la Justicia, cuando hay un derecho subjetivo, cuando hay un interés simple o un interés difuso. Luego tenemos los intereses individuales homogéneos. Es decir, aquellos grupos de sujetos cuyos derechos están afectados por la misma causa y que dan origen a lo que en otros países se denominan acciones de clase, que en el nuestro al no estar reguladas, son casos de intereses individuales homogéneos. Grandes grupos que acceden a la Justicia porque hay una causa común que los afecta. Y finalmente los bienes de incidencia colectiva que dan lugar a supuestos de legitimación extraordinaria, en la cual puede haber un sujeto individual, una organización que represente un interés colectivo o puede estar el Estado. Cualquiera de ellos acciona pero no por un interés propio sino en defensa del bien colectivo, que no le pertenece porque es indivisible. Entonces, tenemos aquí tres categorías diferentes en materia de legitimación que han sido, creo, bien delineadas en la jurisprudencia de los últimos años. Cuando avanzamos, una vez que llega el sujeto a la Justicia, tenemos que ver qué hace el Poder Judicial con sus derechos. En el área del derecho penal, creo que se ha avanzado enormemente en la definición de una gran cantidad de garantías. Tanto la Corte Suprema Argentina como todos los tribunales del país han ido definiendo con mucha claridad las garantías formales y materiales en el proceso penal. Y este es un tema muy conocido sobre el cual no voy a abundar. Pero me parece que es interesante mostrar dos áreas que están cercanas al modelo represivo, que han sido tratadas con una analogía impropia. Una de ellas es el campo de los detenidos. Aquellas personas que están detenidas en las cárceles. La Corte Suprema tuvo ocasión de fallar una causa, Verbitsky, en la cual declaró la aplicación de standards internacionales en materia de derechos de los detenidos, tema conocido y que no necesita ser desarrollado. Pero lo interesante es que se aplicó con un criterio colectivo, grupal. Y este es un concepto importantísimo para el acceso a la Justicia y para la protección de los vulnerables. Al aplicarse de modo grupal, cualquiera de los sujetos afectados puede invocar esta sentencia y lograr una mejora en su posición en el caso en que así lo necesite. Y esto es un mecanismo muy importante para que la accesibilidad y la protección sean efectivas. Otro caso que me parece importante mencionar en esta área es el de aquellas personas que están privadas de su liberad pero que en realidad no debieran estarlo. Son enfermos mentales, declarados incapaces o que por cualquier razón, ni siquiera con declaración de incapacidad, están depositados en hospitales. La Corte ha tenido dos casos. Uno de

ellos es Tufano y el otro Robbio, muy reciente, en los cuales dijo muy fuertemente que aquí también hay que tener mucho cuidado y reconocer garantías de protección de las personas que tienen afectaciones mentales y que están en centros de internación. Y esto también tiene mucho que ver con la protección de la vulnerabilidad.

En el campo de los derechos sociales me parece que hemos avanzado mucho en nuestro país en el área de las sentencias judiciales. Y esto hace que debamos decir, en primer lugar, que nosotros participamos de la idea de que los bienes primarios tienen contenido mínimo. Esta es la gran y antigua discusión en los derechos humanos de carácter social o de segunda generación. Uno puede decir que estos derechos que consagran obligaciones de hacer, desde otros poderes del Estado, no deben ser desarrollados por el Poder Judicial porque esto afecta a la división de poderes. El que decide, el que tiene un ámbito de discrecionalidad es el Poder Político. Y nosotros estamos de acuerdo con esto porque es la división de poderes de nuestro sistema republicano. Pero hay un mínimo que debe ser garantizado. No es una mera declaración abstracta cualquiera de estos derechos. Cuando un juez constata la violación de un derecho consiste en que se ha negado su existencia o que se la ha admitido de modo declarativo y sin contenido alguno. El contenido mínimo de los derechos fundamentales es una afirmación que ha sido sostenida por nuestra Corte en varios precedentes. En uno de ellos, la Corte avanzó sobre el derecho a la alimentación, ordenando que el Estado suministre alimentos a personas que estaban en extrema pobreza, con peligro de subsistencia. Es decir, acá está la amenaza directa y concreta del bien jurídico protegido que es la vida o la salud. No es una enunciación genérica. Es un caso excepcional y concreto. Pero además lo ha hecho con carácter general. Es decir, no sólo en el supuesto de violaciones individuales sino también colectivas. Y es un caso tratado muy públicamente en nuestro país en relación a una provincia, la provincia de El Chaco, en la que existía una población indígena con altos índices de mortalidad y de enfermedades producidas por la desnutrición. Entonces, frente a una presentación hecha por el defensor general, la Corte cita a las autoridades provinciales, a las autoridades de la comunidad indígena, a las autoridades nacionales. Se hace una audiencia pública. Como consecuencia de esa audiencia pública se hace un acuerdo de un programa de alimentación para toda la población — identificación de las necesidades y de alimentación—. Ese programa se suscribe por las partes involucradas y la Corte le da el *enforcement*, lo declara obligatorio. Entonces, este es un buen ejemplo de obligatoriedad de derechos sociales colectivos, para grandes grupos.

También es interesante mencionar el caso de las prestaciones de salud, que en nuestro país tenemos una larga historia, en el que los

tribunales han ordenado a otros poderes del Estado el otorgamiento de prestaciones de salud cuando el derecho fundamental está afectado con riesgo de la vida o la salud, que son los dos bienes jurídicos protegidos. Entonces, se ha ordenado a otros poderes del Estado la provisión de alguna prestación médica en particular. Y finalmente también dentro de los derechos sociales quiero mencionar los previsionales, la protección de la ancianidad, que está reconocida en muchos tratados y también en nuestras constituciones. Pero la Corte ha dictado una sentencia, Badaro, en la que ordenó primero al Congreso que dicte una ley para actualizar los haberes jubilatorios. Es una sentencia de carácter exhortativo. Luego, le da un plazo razonable. El Congreso dicta una ley. Esa ley es cuestionada por el peticionante. Vuelve a la Corte. La Corte dice: "Esta ley no reunió los requisitos mínimos". Dicta una segunda sentencia y dice: "Esto debe hacerse así". Da la solución. Y nuevamente en este caso colectiva, para el grupo. Es decir, para todos los jubilados. El problema de la protección de los vulnerables y su acceso a la Justicia en los derechos sociales es muchísimo más complejo porque involucra la división de poderes. Y entonces, acá lo que tenemos que decir es que los jueces no pueden gobernar. Los jueces no pueden decir a los otros poderes del Estado cómo deben desarrollar sus políticas. Por lo tanto, las decisiones judiciales no deben estar orientadas a los procedimientos. Deben estar orientadas hacia los resultados. ¿Por qué hacia los resultados? Constatar la existencia de la lesión a un derecho fundamental y decir: "Tiene que lograr un resultado que es salir de la situación lesiva", como quiera el otro poder. Pero acá es donde encontramos mejor expresada esta larga batalla que existe en muchos países entre poderes judiciales y la administración. Y el otro campo donde es interesante examinar este problema es en el de las sentencias. Saben ustedes que nosotros que hemos estudiado derecho aprendimos que las sentencias tienen una estructura de lógica normativa muy precisa: una declaración o una condena. Pero ahora tenemos una gran cantidad de sentencias atípicas. No las típicas sino atípicas. Un tipo de sentencia atípica es esta naturaleza exhortativa que le dice a otro poder del Estado: "mire, acá hay una situación de vulnerabilidad o de acceso a la Justicia: haga algo". Exhorta a que haga algo. Él no lo hace. El tribunal puede quedarse ahí porque solamente exhortó. Puede haber sentencias atípicas integrativas. Es decir, que el tribunal, cuando no lo hace otro poder del Estado lo hace él. Nosotros hemos comenzado hace muchos años en Argentina

... En el caso de Millán contra Sofovich, la Corte Suprema dijo que si el Estado, frente a un tratado de derechos humanos que describe de modo razonable un derecho, no lo legisla, el juez puede completar la legislación en el caso concreto y consagró el derecho de réplica que no existía en un caso. Entonces, integra el ordenamiento una decisión

judicial en ausencia de otro poder del Estado. Lo mismo se ha hecho ahora en Badaro Dos. Es decir, frente a la ausencia o incumplimiento insuficiente, la sentencia judicial integrativa busca la solución. Estos son dos modelos en cuanto a las relaciones con los otros poderes. Y tenemos también sentencias atípicas en sentido de sus efectos. Sentencias típicas son las que se refieren a un sujeto que es el que inició la pretensión y esto hace a la constitución de la relación jurídica procesal. Pero tenemos sentencias atípicas cuando se excede y se las hace extensivas a un grupo de sujetos. Y nosotros tenemos en nuestro país unos cuantos precedentes en este sentido. Entonces, estos derechos sociales plantean un área particularmente rica en cuanto a la protección de la vulnerabilidad y del acceso a la Justicia, y que está en plena efervescencia en nuestro país y en muchos otros. Parece que en esta área es donde hoy más se está debatiendo estos dos tópicos.

Me gustaría, para no extenderme demasiado, avanzar a otro tema vinculado con esto. Es decir, hemos hablado de cuál es la aplicación efectiva de los dos principios del acceso y de la protección. Hay muchísimos casos en todos los campos que podríamos seguir mencionando, pero debemos hacer una pregunta desde el punto de vista de la justicia: qué pasa con el exceso en el acceso. Como todos los movimientos tienen su *corsi e ricorsi*. En el derecho, estamos acostumbrados a estudiar la historia que es nuestro laboratorio. Cómo evolucionan los procesos. Qué ha pasado en el derecho comparado? El derecho comparado y la historia del derecho son los laboratorios de experimentación de la ciencia jurídica. Naturalmente, que el movimiento de acceso puede tener un exceso. Yo voy a mencionar dos problemas que me parecen interesantes. El primero es vinculado a la excesiva judicialización. Porque cuando nosotros abrimos las puertas para que todo el mundo acceda, lo que suele pasar es que los otros poderes del Estado tardan bastante tiempo en tomar conciencia de esto. Y entonces, tenemos los jueces y juzgados saturados de expedientes; se demoran las causas y tenemos que comenzar a hablar del derecho fundamental a un tiempo razonable en el proceso. Y el acceso se vuelve una parodia. Porque, ¿de qué sirve garantizar el acceso a la Justicia que demora cuatro, cinco, diez años? Entonces, este es un tema importantísimo. Por eso es que es necesario insistir en mecanismos que permitan que el acceso no signifique una frustración. Lo hemos tratado esto en la Argentina en la Conferencia Nacional de Jueces, y hemos señalado que es muy importante regular el efecto expansivo de las sentencias, regular mejor las sentencias que tienen efectos sobre bienes colectivos, para lograr su implementación, y sobre todo, romper la identidad entre acceso y proceso judicial. Porque el acceso a la Justicia significa el acceso a la solución de un conflicto y no a un juicio. No necesariamente a un juicio. Piensen ustedes que el Poder Judicial puede ser visto como un oferente de servicios. Si noso-

tros pensamos lo que eran los servicios y los productos hace cincuenta años atrás... Había heladeras de un solo color. Hoy hay heladeras de muchos colores. Había zapatillas de una sola clase. Hoy hay zapatillas para correr, para jugar al tenis, muchísimas diferentes. A esto se llama proceso de segmentación de productos y servicios según las necesidades del usuario. El Poder Judicial, examinado desde este punto de vista, tiene un solo modelo para conflictos muy diferentes y que, además, cambian. Los conflictos son nuevos. Entonces, nosotros aplicamos los mismos modelos para casos muy diferentes y no funciona. Por eso es que hay que crear una barrera previa de solución de conflictos, no necesariamente de carácter judicial. No sólo hablamos de la mediación, hablamos de la oficina de violencia doméstica, de la constitución, de los sistemas de casas de Justicia, de todo esto que en la Argentina se está trabajando pero que, sin duda alguna, tiene que ir muchísimo más allá de lo que se está haciendo para que no hablemos de acceso a la Justicia identificándolo con judicialización, porque esto va a conducir a un desprestigio del acceso a la Justicia. Es muy importante que nosotros, que estamos en el Poder Judicial involucrados con este tema, digamos estas cosas a los demás poderes del Estado y a la sociedad para que se entienda que hay que construir un sistema que busque el conflicto, que esté cerca de dónde se genera y que tenga el instrumento apropiado para solucionar el conflicto. Ninguna de estas cosas necesariamente se identifica con un tribunal que está lejos y que tiene un proceso que tampoco se identifica con las necesidades del conflicto. Entonces, este es un tema muy importante que hay que plantear en relación a lo que es el acceso. Este es un problema de organización de la Justicia vinculado al acceso.

Voy a tratar otro tema vinculado a los problemas del acceso que es de carácter más teórico pero que es muy importante. Hay toda una corriente, al mismo tiempo que las que he mencionado, que habla de la persona, de la libertad personal. De la libertad personal como valor, la persona como bien jurídico protegido y la expansión de la autonomía personal. Este es un movimiento muy legítimo en un mundo en el que está en riesgo la autonomía personal. Pensemos lo que significa hoy la información que existe sobre cada uno de nosotros en todo el mundo. Información que está dispersa pero cada vez se está concentrando más y es más manejable. Entonces, el derecho a manejar nuestra propia información y toda la legislación de bases de datos y habeas data es un movimiento importantísimo que trata de favorecer la autonomía personal. La invasión de la persona en el campo de la medicina. Hay todo un movimiento para expandir los derechos de los pacientes y su autonomía. En el campo de la minoridad. Hablábamos del interés superior del niño y la protección del derecho a ser oído. Todo este movimiento va en un sentido y que es favorecer la autonomía personal. Si alguien dijera: "Bueno, vamos a favorecer

la autonomía personal" y por el otro lado esto se contrapone con la idea de protección en base de interés público, ¿o no se contrapone? Bien, una mañana una rica discusión sobre esto porque a veces lo que uno dice en un campo para beneficiar en el otro campo es perjudicial. Por ejemplo, hoy se discutía el problema de la minoridad. Es decir, en algún aspecto reconocer la autonomía de los niños es muy bueno y hay que desarrollarlo, y en otro aspecto bajar la imputabilidad penal puede ser un problema muy serio. Es decir, lo que hay que entender es que la protección de situaciones de vulnerabilidad son decisiones de orden público que deben estar fundadas en valores específicos. Pero tiene que ser constatada una situación de vulnerabilidad muy clara para que podamos sostener, en términos constitucionales, un avance sobre la autonomía de la persona. Y esto no es extendible (sic) como regla general a todas las situaciones, porque hay situaciones en las cuales la protección no es necesaria y por el contrario, lo que hablábamos es de favorecer la autonomía. Entonces, es muy interesante comprender la riqueza que tienen estos temas vinculados a la protección de los vulnerables y al acceso a la Justicia. Como todos los temas del derecho son riquísimos, incansables. Nos cansamos los que trabajamos en estos temas pero no los temas. Los temas se renuevan, se enriquecen, se miran desde distintas perspectivas, como este caso que citaba alguna vez Calabresi y Melamed en un artículo que se llamaba *Another view of the cathedral*, que tomaba el caso de Monet que pintó la catedral de Ruán desde distintos puntos de vista. Conforme va cambiando la luz la catedral parece distinta. Y entonces, están los cuadros comparados y parecen distintas catedrales porque, en definitiva, cada uno de estos temas son mirados desde distintos puntos de vista y son diferentes. Es distinto proteger al niño en una situación que en otra. Entonces, es muy importante que nosotros no tengamos una posición rígida, fundamentalista, sino que veamos en cada caso cuáles son los bienes jurídicos protegidos y cuáles son los instrumentos adecuados para que esa protección sea efectiva.

Y finalmente, para terminar me gustaría señalar que también es importante afirmar que el sistema del Poder Judicial no es la única vía para solucionar todos los problemas. Ni en el derecho penal, ni en el derecho privado, civil, comercial ni en ninguno. Es muy importante que nosotros favorezcamos lo que hoy se denomina las reglas del buen gobierno o de la gobernabilidad, las sociedades bien organizadas. Hoy se habla de *enforcement* y *compliance*, La ejecución de la norma es el *enforcement*. Esta es un área en la cual nosotros hemos trabajado y trabajamos habitualmente y que conocemos. Pero es mucho mejor que las normas se cumplan naturalmente y que trabajemos en base a incentivos para que las normas se cumplan naturalmente. Es mucho mejor hacer políticas sociales para que no exista exclusión social que sancionar la criminalidad que se deriva como consecuen-

cia de la exclusión social. Estos temas que parecieran tan claros no están claros ni en la comunidad, ni tampoco a nivel legislativo ni de políticas sociales. Entonces, no es poco insistir en que debe haber reglas que nosotros difundamos en la comunidad. Recientemente estuvimos con la doctora Stella Maris en la Cumbre Iberoamericana de Presidentes de Cortes de Justicia y de Consejos de Estado, en algunos casos, y de la Magistratura en otros. Estaban presentes todas las cortes iberoamericanas, de Iberoamérica. Y allí se aprobaron cien reglas de acceso a la Justicia en la cual ella tuvo una gran participación en la redacción y ahora integra la comisión de seguimiento. ¿Cuál es el símbolo de esto? Primero, las reglas no son sólo para los jueces. Son un mensaje a los demás poderes del Estado. Porque estas reglas de acceso a la Justicia dicen: "Esto debe ser una política de Estado". Debemos terminar con la idea de que todos los problemas van al Poder Judicial y que la Justicia resuelva porque no funciona así. Tienen que ser políticas de Estado orientadas en un mismo camino. Por eso, estas reglas de acceso a la Justicia están presentes como un mensaje a los demás poderes del Estado. Y el segundo elemento interesante es que hay una comisión de seguimiento. ¿Qué quiere decir esto? Terminemos con este derecho declarativo. Nosotros tenemos una gran inclinación a hacer una ley o una sentencia y olvidarnos de lo que sucede después. Esto forma parte de la cultura latinoamericana y en gran parte del mundo. Entonces, tenemos este derecho declarativo y nuestro pueblo lo sabe. Yo siempre cuento este ejemplo que es: si un antropólogo dentro de doscientos años descubriera los restos de la Argentina que por una catástrofe natural o nuclear hubiera desaparecido, y lo único que hubiera quedado a salvo es el cuerpo de leyes... Como ocurrió. Fíjense en el caso de Hammurabi, un antropólogo, Morgan, descubrió una piedra donde estaban escritas las leyes de Hammurabi, y en base a eso reconstruyó la vida del pueblo. Imagínense si este antropólogo dentro de doscientos años encontrara nuestro digesto legislativo de cualquiera de los pueblos de América y en base a eso intentara reconstruir la vida que efectivamente tenían los ciudadanos de nuestros países. Seguramente hubiera cometido errores científicos graves, porque hay una extraordinaria distancia entre el derecho declarado y el efectivamente gozado. Entonces, es muy importante que nosotros tengamos presente estas cuestiones, que las digamos, que discutamos con los demás poderes del Estado, así generen fricciones, porque las fricciones son buenas. El diálogo de poder no debe asustar; que un poder diga una cosa y que el otro le conteste. Es bueno para la construcción de la democracia. Es bueno que nosotros discutamos entre los distintos poderes en cualquier nivel, sea nacional o local o provincial. Esto es sano. ¿Por qué? Porque va a mejorar la cultura ciudadana en relación a estos problemas. Entonces, es mucho mejor lograr una cultura del cumplimiento, el *compliance* que acudir siempre a la re-

presión y a la sanción y al cumplimiento de sentencias. Cuando uno tiene que hacer cumplir una decisión judicial en un contexto cultural adverso o una ley en un contexto cultural que no la favorece, es como sembrar una semilla en un terreno árido. Es muy difícil. Es mejor que exista confianza en los valores que nosotros proponemos, porque la confianza es el lubricante de las relaciones sociales. Por eso, hoy se le presta tanta atención en la teoría legal a esta área que es el cumplimiento, el diseño institucional de un país, las reglas de buen gobierno. Esto es muy importante que lo tengamos en cuenta, de modo que no sólo trabajemos en la Justicia, trabajemos en los organismos de control, regulatorios, en la cultura, en el mensaje público, porque esto tiene una gran trascendencia. Como ven, estoy muy convencido que este tema del acceso y la vulnerabilidad es un tema que continuará, que se enriquece día a día y que forma parte de nuestra cultura cotidiana. Es algo que nos motiva. Es algo que nos entusiasma. Es algo que le da sentido a lo que nosotros hacemos como abogados, como jueces, como defensores. Es algo que le da una vocación en tanta gente que uno ve que ha olvidado la razón por la cual estudió derecho. Hemos estudiado derecho para hacer Justicia y eso significa que tengamos entusiasmo por eso. Y además entendamos que forma parte de nuestras obligaciones, porque la sociedad espera de nosotros que hagamos, no que demos todas las soluciones, pero sí que nos esforcemos en el sentido de hacer cumplir la ley, de que cuando nosotros enunciamos un concepto jurídico como decir ciudadanía o acceso a la Justicia no sea una parodia, no sea una ofensa, no sea algo que nosotros decimos y en lo cual nadie cree. Esta es nuestra gran pasión y nuestro gran deber. Nada más y muchas gracias.

~

Conferencias

u

La desigualdad ante la justicia penal y la garantía de la defensa pública

Luigi Ferrajoli

1. *Premisa*. Estamos llamados a discutir sobre las dificultades de acceso a la justicia de los sujetos débiles —en pocas palabras, sobre la desigualdad, de hecho, en la tutela y en la garantía de los derechos—; a discutir entre operadores y estudiosos, los defensores públicos, quienes por su experiencia y competencia profesional, por sus específicas funciones y, sobre todo, por la absoluta originalidad, respecto de la experiencia europea, del instituto de la "Defensa Pública", conocen más y mejor que cualquier otro los enormes problemas de desigualdad y discriminación que integran el objeto de nuestro Congreso; problemas a los cuales la Defensa Pública, en tanto que institución de garantía del derecho a la defensa, representa una de las principales y esenciales respuestas. Volveré más adelante sobre esta cuestión, pero quiero subrayar en este momento la enorme importancia de este instituto, desconocido en la experiencia procesal italiana y europea, y que constituye uno de los grandes méritos de la experiencia jurídica latinoamericana y una extraordinaria lección de civilidad que proviene de vuestro continente.

2. *Desigualdades penales*. Para tratar nuestro tema debemos partir de un dato de la realidad: la extrema desigualdad de las personas frente a la justicia. Hablaré, sobre todo, de la desigualdad generada por la pobreza, que es, ciertamente, entre todos los factores de debilidad y vulnerabilidad mencionados en las Reglas de Brasilia, la fuente más grave y vistosa de discriminación. Este es un fenómeno absolutamente evidente en lo que se refiere a la justicia civil, cuyos tiempos larguísimos y costos excesivos se resuelven, para las personas más pobres, en una denegación de justicia. Sin embargo, hoy más que nunca, ello es un rasgo característico también de la justicia penal. Se trata de una desigualdad odiosa, pues ataca el terreno de las libertades fundamentales en todos los momentos decisivos de la intervención penal: desigualdad en la exposición a la intervención punitiva, desigualdad de derechos en el proceso, desigualdad de tratamiento en la ejecución penal.

Distinguiré dos tipos de "desigualdad penal": a) las desigualdades que tienen su origen inmediato en el derecho penal, y b) las desigualdades que tienen orígenes extrapenales, de tipo económico y social.

Ante todo, están las discriminaciones de los pobres originadas directamente por el derecho penal: son todas aquellas generadas por la estructura normativa, antigarantista y discriminatoria de la legislación, de la jurisdicción y de la ejecución penal, y que se manifiestan en las diversas formas de subjetivización de los presupuestos de la pena: ya no el tipo de acción sino el tipo de autor o de imputado o de detenido. Piénsese en los aumentos de pena para los reincidentes, más que nada en lo referente a los delitos patrimoniales de la calle o de subsistencia. Piénsese también en el desarrollo de los ritos alternativos, en virtud de los cuales el debate se ha convertido en un lujo reservado para aquellos que disponen de costosas defensas. En fin, piénsese, en cuanto a la ejecución de la pena, en las desigualdades en la concesión de beneficios —desde el trabajo externo a la semilibertad, desde la suspensión de la condena a prueba a la libertad condicional— ligada, inevitablemente, más que a la buena conducta, a criterios tales como las posibilidades de ocupación, la familia, el nivel de educación y similares, que ciertamente excluyen, por ejemplo, a los inmigrantes clandestinos, y que reproducen y acentúan las desigualdades sociales y de oportunidad.

Luego, están las desigualdades penales que son consecuencia de las desigualdades económicas y sociales. Piénsese sólo en las desigualdades en el derecho de defensa, que en Italia y, más en general, en todos los países privados del instituto de la defensa pública, es el único derecho fundamental costoso para quien es su titular. Piénsese también, por otro lado, en la actitud burocrática de la jurisdicción: rápida y severamente represiva cada vez que debe tratar la pequeña criminalidad de subsistencia; lenta e ineficiente frente a las grandes investigaciones sobre la criminalidad organizada y los delitos económicos, frecuentemente destinados a la prescripción. También en los procesos contra el crimen organizado —desde la criminalidad mafiosa del narcotráfico a la criminalidad terrorista— la represión penal generalmente termina golpeando, únicamente, la mano de obra que es reclutada por las organizaciones criminales entre los sujetos débiles y marginados, cuyas condiciones de miseria y necesidad, de ignorancia y fanatismo, son aprovechadas por aquellas organizaciones. En efecto, también la criminalidad organizada presenta una estratificación de clase, siendo la pequeña criminalidad empleada y explotada por la gran criminalidad, la cual, a su vez, se halla integrada por grupos dirigentes históricamente inmunes a la intervención penal.

Agrego que las dos desigualdades —aquella de derivación directamente penal y aquella de origen extrapenal y social— influyen

sobre las mismas categorías de sujetos, aquellos socialmente más débiles, y son determinadas por un mismo factor: la ausencia o la debilidad —en el primer caso, sobre el plano directamente normativo; en el segundo, sobre el plano de la práctica efectiva— de las garantías penales y procesales y, más en general, la desigualdad en las garantías de todos los demás derechos fundamentales.

El resultado de semejante y creciente desigualdad es el carácter cada vez más clasista de la justicia penal en todos los países occidentales: desde Italia hasta la Argentina y Brasil y a los otros países latinoamericanos; desde Estados Unidos hasta los demás países europeos. Prueba de ello es la composición social de la población carcelaria, formada, si no únicamente, al menos en su mayor parte —tal como muestran las estadísticas judiciales de estos países— por sujetos pobres y marginados: inmigrantes, negros, tóxico—dependientes, detenidos por pequeños delitos contra el patrimonio. En todo el mundo asistimos a un crecimiento exponencial del fenómeno de la prisionización. El fenómeno, como se sabe, ha adquirido dimensiones sin precedentes en los Estados Unidos, donde el número de detenidos es de alrededor de dos millones y medio: uno cada cien habitantes; diez veces mayor que en Europa, ocho veces más que en los Estados Unidos de hace treinta años. Pero la tasa de presos ha crecido también, si bien en medida incomparablemente inferior, en Europa y América Latina. Se trata, como ha sido observado, de una prisionización en masa de la pobreza, generada por una degeneración clasista de la justicia penal y sostenida por una ideología de la exclusión que criminaliza a los pobres, los marginales, o peor aún, a los que son considerados "diferentes" —el extranjero, el islámico, el inmigrante clandestino— bajo la insignia de una antropología racista de la desigualdad.

3. *Criminalización y prisionización en masa de la pobreza. Impunidad de los crímenes del poder.* Evidentemente, en el origen de estos procesos se hallan políticas penales que son tan indiferentes a las causas estructurales de los fenómenos criminales como promotoras de un derecho penal máximo y desigual, que desconoce las garantías. Se trata de políticas interesadas solamente en reflejar y secundar, y por ello mismo en alimentar, los miedos y los humores represivos presentes en la sociedad. El lugar privilegiado de esta política es el de la seguridad. Las estadísticas históricas sobre la criminalidad demuestran que el número de los delitos, especialmente en contra de las personas —homicidios, violencias, violaciones, lesiones— ha disminuido, en proporción a la población, respecto a décadas pasadas y más aún respecto a un siglo atrás. En Italia, por ejemplo, el número de los homicidios, que en la segunda mitad del siglo XIX llegaba a cinco mil al año, y en los años cincuenta a dos mil al año, bajó el año pasado a 601, siendo que la población italiana es casi el doble respecto

al siglo pasado. También las lesiones disminuyeron, en dos tercios, en los últimos cincuenta años, y lo mismo ocurrió con los delitos sexuales, aun cuando en la actualidad seguramente ha disminuido la cifra negra de los ataques sexuales no denunciados. Finalmente, los robos y los hurtos, en Italia, han disminuido radicalmente.

Sin embargo en Italia, como creo también, en Argentina y en los demás países occidentales, creció la percepción de inseguridad y se desarrolló una demanda drogada de seguridad, enfatizada y propagada por los medios de comunicación, en particular por esa fábrica del miedo en que se ha convertido la televisión. Se trata de un miedo que, en gran parte, es construido. En contraste con la disminución objetiva de la criminalidad, las estadísticas nos revelan, de hecho, que el tiempo dedicado por los noticieros a la crónica de los delitos, se ha más que duplicado en los últimos cuatro años, y que la mayor parte de los noticieros comienzan justamente con las crónicas negras. Estos datos crecieron de modo exponencial durante la campaña electoral, ganada no casualmente por la derecha, que cabalgó sin frenos la política del miedo, prometiendo un recrudecimiento de los castigos, orientados únicamente contra la que he denominado "criminalidad de subsistencia".

El mensaje expresado por esta política demagógica es doble. El primer mensaje, en sintonía con los intereses de la criminalidad del poder, es el clasista, según el cual la verdadera criminalidad —la verdadera criminalidad que atenta contra la "seguridad" y que es necesario prevenir y perseguir— es únicamente la criminalidad de la calle; es decir, no las infracciones delictivas cometidas por los poderosos —la corrupción, los balances falsos, los fondos negros y ocultos, los fraudes fiscales, el lavado de dinero, y mucho menos las guerras, los crímenes de guerra, las devastaciones del medio ambiente y los atentados a la salud—, sino solamente las rapiñas, los robos de autos o en propiedades, el menudeo de drogas, cometidos por inmigrantes, desocupados y marginados, identificados todavía hoy en día como las únicas "clases peligrosas". Es un mensaje que tiende a inocular en la opinión pública la concepción clasista y racista de la equiparación de los pobres, de los negros o de los inmigrantes, a los delincuentes y, por lo tanto, a deformar el imaginario colectivo sobre la desviación y el derecho penal: para que la justicia penal deje de perseguir los delitos de las "personas de bien" y se ocupe —cosa además muy fácil— sólo de los delitos que atentan contra "su" seguridad.

Luego, hay un segundo mensaje, aún más regresivo, transmitido por las campañas sobre la seguridad. Este mensaje apunta a cambiar, en el sentido común, el significado mismo de la palabra "seguridad": que no quiere decir más, en el léxico político, "seguridad social" —es decir, garantía de los derechos sociales y, por lo tanto, seguridad en el

trabajo, en la salud, en la previsión social y en la supervivencia—, ni muchos menos seguridad en las libertades individuales frente a las arbitrariedades policiales, sino, solamente, "seguridad pública", realizada únicamente en las formas del orden público de policía, antes que en las formas del Estado de derecho, sea liberal o social.

Habiendo sido agredida la seguridad social por obra de las políticas de reducción del Estado social y de desmantelamiento del derecho del trabajo, las campañas de seguridad sirven para satisfacer el sentimiento difuso de la inseguridad social, con su movilización contra el desviado y el diferente, preferiblemente de color o extracomunitario. Se trata del viejo mecanismo del chivo expiatorio, que permite descargar, sobre el pequeño delincuente, los miedos, las frustraciones y las tensiones sociales irresolutas. Ello, con un doble efecto: por un lado, la identificación ilusoria, en el sentido común, entre seguridad y derecho penal, como si la intervención penal pudiera, mágicamente, eliminar la microdelincuencia, y, por el otro lado, la remoción, del horizonte de la política, de las políticas sociales de inclusión, que ciertamente son más costosas y comprometedoras pero que también son las únicas en condiciones de atacar y reducir las causas estructurales de aquella microdelincuencia.

Este es el doble significado de la palabra de orden "tolerancia cero": expresión insensata, que expresa una utopía reaccionaria, pues la eliminación de los delitos es imposible y sólo puede provocar una involución totalitaria del sistema político. Sobre la base de esta palabra de orden absurda, se promovió, en estos últimos veinte años, el crecimiento exponencial de la prisionización, que afectó exclusivamente a los sectores pobres y marginales. De este modo, el derecho penal —que en su modelo normativo es, al menos, el lugar de la igualdad formal ante la ley— se convirtió en el lugar de la máxima desigualdad y discriminación. No sólo reproduce las desigualdades presentes en la sociedad, introyectando sus estereotipos clasistas y racistas del delincuente "social", además de "natural", sino que ya ha codificado discriminaciones y privilegios jurídicos con políticas legislativas tan severas con la delincuencia de la calle como indulgentes con aquella del poder. Piénsese sólo, en el caso de Italia, en la edificación de un entero *corpus iuris ad personam*, dirigido a paralizar los varios procesos existentes contra el presidente del consejo, en forma simultánea a una campaña de denigración de los jueces, acusados de politización justamente cuando, tomando el principio de la igualdad ante la ley, habían dejado de estar condicionados por la política.

De este modo, se está produciendo, de un modo mucho más marcado que en el pasado, una duplicación del derecho penal: derecho mínimo y tolerante para los ricos y poderosos, derecho máximo e inflexible para los pobres y los marginados. Mientras que, frente a

la delincuencia de cuello blanco, la justicia es muy frecuentemente impotente —piénsese sólo en la prescripción perseguida sistemáticamente en estos procesos por aguerridos defensores—, frente a la delincuencia de la calle y de subsistencia la justicia penal está informada únicamente por la finalidad de exclusión.

El modelo es aquel estadounidense del *three strikes and you're out*, en virtud del cual se aplica un enorme incremento de pena al tercer delito, junto con varias medidas dirigidas a impedir reducciones de pena o el acceso a medidas alternativas. Piénsese, en el caso de Italia, en los grandes aumentos de pena para los reincidentes previstos por la ley Cirielli, sobre la base del ejemplo de los Estados Unidos; simultáneamente, piénsese en la reducción de los plazos de prescripción para los delitos societarios, destinados así a que aquélla ocurra. Piénsese, también, en las penas severísimas —que van de 1 a 4 años de reclusión— para el extranjero que contraviene la orden de expulsión; además, y sobre todo, piénsese en las propuestas actuales del gobierno italiano de derecha, de introducir el delito de inmigración clandestina, lo cual producirá la condición de delincuente en quienquiera que entre ilegalmente al país y que, en su formulación inicial, concebida con referencia a los actuales setecientos mil inmigrantes clandestinos, era directamente concebido como un monstruoso delito de *status*; no obstante que por el principio de irretroactividad no podría aplicarse a quienes ya ingresaron a Italia con anterioridad a la ley.

En todos estos casos tenemos, evidentemente, una subjetivización del derecho penal, mucho más como derecho de autor que como derecho de acto: reincidentes, inmigrantes clandestinos, responsables de delitos societarios camino a la prescripción, corresponden claramente a otros tantos tipos de autor, reconocibles por sus connotaciones inconfundiblemente clasistas. De ello se sigue un fracaso de la racionalidad penal en las dos funciones que forman las razones y justificaciones del derecho penal: ya sea en las funciones de prevención y defensa social en los procedimientos contra los crímenes del poder, ya sea en las funciones de garantía individual en los procedimientos —generalmente sumarios— contra la delincuencia de subsistencia.

Existe, en efecto, un principio teórico elemental en materia de capacidad de prevención del derecho penal, que es convalidado por la experiencia. El efecto disuasorio de las penas y su recrudecimiento es directamente proporcional al grado de exigibilidad de la observancia de las normas violadas: ello es máximo para los delitos como el homicidio, o de violencia contra las personas, o la corrupción y los delitos del poder, mientras que es nulo o casi nulo para los delitos contra el patrimonio, sobre todo si están ligados a la indigencia, a la

tóxico-dependencia o a la marginación. *Ad impossibilia nemo tenetur*: en cuanto más se origina la criminalidad en la miseria, menos resulta ella prevenible con las penas. Por ello, la eficacia disuasoria del derecho penal, mientras que es máxima frente a la criminalidad no necesitada de los "cuellos blancos", que prospera exactamente en la medida de su impunidad, es nula frente a la criminalidad de subsistencia. Este tipo de delincuencia, en la medida en que se origina en la miseria, en la inseguridad de las condiciones de vida o, peor aún, en la tóxico-dependencia, no es seriamente prevenible con las penas, que aun cuando severas tienen un valor poco más que simbólico. Obviamente, la respuesta penal es necesaria, al menos para evitar la venganza privada. Pero es ilusorio confiar a ella la prevención de los delitos que atentan contra la seguridad individual, en vez de confiar tal tarea a políticas sociales dirigidas a reducir las causas de la desviación.

4. *Dos indicaciones garantistas*. Se revelan, de este modo, sobre el terreno del derecho penal, la complementariedad y la convergencia que se dan entre garantismo liberal y garantismo social, entre las garantías penales y procesales y las garantías de los derechos sociales, entre seguridad penal y seguridad social. La ausencia de las garantías sociales de la ocupación y de la subsistencia, es la causa principal de la que he llamado "delincuencia de subsistencia". Por ello, la prevención de este tipo de delincuencia requiere de *políticas sociales*, antes que *políticas penales*: políticas de inclusión, antes que políticas de exclusión. Requiere, precisamente, que se desarrollen efectivas garantías del trabajo, de la educación, de la previsión y, más en general, una política dirigida a "destruir" aquello que Carlos Marx denominó "los lugares antisociales de nacimiento del delito" y a asegurar "a cada uno el espacio social para la manifestación social de su vida". Allí donde no existe garantía de los mínimos vitales, no hay integración, sino más bien exclusión y marginación, y toda forma de exclusión impide la formación y el desarrollo del sentimiento cívico de pertenencia y la comprensión misma, antes que el acuerdo, en torno al valor de la legalidad, que forman los primeros e indispensables factores de prevención de la delincuencia.

Esta es la primera indicación que puede derivarse del análisis de las formas actuales de la criminalidad y del estado actual de la justicia penal en nuestros países. Una política racional, no demagógica, que sinceramente aspire a la prevención de los delitos y, a la vez, a la garantía de los derechos fundamentales de todos, debe considerar la justicia penal como una *extrema ratio*. La verdadera prevención de la delincuencia es una prevención pre-penal, antes que penal. Se produce con el desarrollo de la educación elemental, con la satisfacción de los mínimos vitales, con la construcción —en breve— del entero

sistema de las garantías del cual depende la efectividad de la democracia. De hecho, existe una correlación biunívoca entre garantismo y democracia. El garantismo, como tantas otras veces he sostenido, es la otra cara del constitucionalismo y de la democracia, cuya máxima efectividad asegura. Todos los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos —los derechos políticos, los derechos civiles, los derechos de libertad y los derechos sociales, correspondientes a otras tantas dimensiones de la democracia (la dimensión política, la civil, la liberal y la social)— requieren, para ser efectivos, leyes de actuación que introduzcan las respectivas garantías, en ausencia de las cuales aquéllos permanecen en el papel, como derechos de papel. Los derechos sociales a la educación y a la salud serían meros *flatus vocis* si no estuviesen garantizados por la institución obligatoria de escuelas y hospitales. Hasta el derecho a la vida quedaría inefectivo si no fuesen introducidas la garantía primaria de la prohibición del homicidio y la garantía secundaria de la punición. Por eso, la entera democracia —nuestras democracias nacionales, pero también una posible democracia cosmopolítica— puede ser concebida como una larga, laboriosa, compleja y siempre imperfecta construcción jurídica, además de política y social: una construcción cuyo diseño y proyecto es proporcionado por los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos, pero cuya estructura y muros maestros son proporcionados por el conjunto de las garantías, de funciones y de instituciones de garantía que aseguran el máximo grado posible de efectividad de aquellos derechos.

Todo esto vale también para el derecho penal, que forma una parte importante, esencial, de la democracia constitucional y, precisamente, de su dimensión liberal. Arribo así a la segunda indicación que surge del análisis desarrollado hasta aquí: el nexo entre garantismo penal, igualdad y democracia. Igualdad penal y garantismo penal son valores no sólo conectados entre sí, sino en gran parte equivalentes, en el sentido que se implican mutuamente. Ello vale para todo el garantismo, que generalmente es conjugado con los derechos fundamentales y, en particular, con los derechos de libertad, pero que se conjuga también con el principio de igualdad, que no es otra cosa que la afirmación de la igualdad *en droits* —no sólo en los derechos de libertad, sino también en los derechos sociales—; precisamente, aquellos derechos fundamentales son, a diferencia de los patrimoniales, derechos universales reconocidos a todos en igual forma y medida. Esto vale, en particular, para el derecho penal, donde todas las garantías, sean penales o procesales, pueden ser expresadas en términos de igualdad: precisamente, como garantías de la no punición del inocente y del igual tratamiento del culpable, contra el arbitrio punitivo, que por naturaleza es selectivo y discriminatorio.

Este nexo entre igualdad y garantismo puede ser hallado en los tres elementos de la fenomenología del derecho penal —el *delito*, el *proceso* y la *pena*— y en los tres momentos de la intervención punitiva: el de la *legislación*, el de la *jurisdicción* y el de la *ejecución penal*. Aquél se funda sobre lo que podemos considerar el fundamento del garantismo penal: el principio de "estricta legalidad", en virtud del cual culpabilidad, juicio y pena pueden referirse sólo a *lo que se hizo* y no a *lo que se es*; sólo a los hechos cometidos por la persona y taxativamente previstos como delitos, y no a las identidades desviadas, criminales o peligrosas de sus autores. En suma, todas las personas son iguales penalmente en la medida en que sólo aquello que hacen, y no aquello que son, se halle previsto por la ley y sea comprobado y castigado por el juez como delito. Así, pueden configurarse, en función de este paradigma, sólo acciones a-normales, pero no personas a-normales, sólo tipos penales de acto, y no tipos penales de autor. Sólo de este modo el juicio asume el carácter de un procedimiento cognoscitivo antes que dispositivo, en condiciones de arribar a una verificación o a una refutación de la hipótesis acusatoria.

5. *El rol garantista de la defensa pública*. Si esto es verdad, se entiende el rol esencial, como condición de credibilidad del derecho penal, que tiene el derecho de defensa a la refutación de la acusación. Y se entiende, consiguientemente, el valor de la garantía de tal derecho, constituida por la "defensa pública" de vuestro modelo, experimentado en Argentina y en los demás países de América Latina. Identificaré, brevemente, tres fundamentos teóricos y axiológicos de este instituto.

El primer fundamento es el carácter de *derecho fundamental* y, por ello, universal del derecho de defensa, cuya actuación, justamente porque se trata de un derecho fundamental, no puede ser confiada a las lógicas del mercado como si se tratase de un derecho patrimonial, sino que requiere estar garantizada por la esfera pública. En suma, debe ser asegurada por el Estado, cada vez que el imputado no decida elegir un defensor de confianza.

El segundo fundamento es el *interés público*, que no es sólo el interés en la condena de los culpables, sino también en la protección de los inocentes. Es más, justamente porque el acusado goza de la presunción constitucional de no culpabilidad, es esta presunción la que, hasta prueba en contrario, debe ser garantizada por la esfera pública.

El tercer fundamento reside en la naturaleza *cognoscitiva*, antes que potestativa, del proceso penal, como fundamento de legitimación del poder judicial: la legitimidad de una sentencia, a diferencia de lo que ocurre con respecto a cualquier otro proveído, depende úni-

camente de la verdad procesal de sus presupuestos. Pero la garantía de esta naturaleza cognoscitiva —en breve, la garantía de la correcta comprobación de una verdad semejante— depende de la paridad de las partes en el contradictorio, es decir, de la puesta a prueba de las hipótesis acusatorias, a través de su efectiva exposición a confutaciones y a contrapruebas, producidas por una defensa dotada de poderes análogos a aquellos de la acusación pública.

Es cierto que este instituto tiene un costo para las arcas del Estado. Pero todos los derechos fundamentales cuestan, y es en su tutela que reside la razón social de la esfera pública en la democracia constitucional. Diría que ello vale, todavía más, para los costos requeridos por la garantía de ese especial derecho de todos que es el derecho de defensa, puesto que es el Estado, a través del ministerio público fiscal, el que lleva a un ciudadano a juicio. Por ello, es doblemente inicuo que el ciudadano acusado, y sin embargo presunto inocente, deba no sólo sufrir las penas de un proceso —las incomodidades materiales y morales, la ofensa a la propia reputación— sino que deba además, no obstante su derecho fundamental de defensa, solventar los gastos del juicio, que bien podría concluirse con un pronunciamiento de absolución.

Pues bien, si reconocemos que la defensa de confianza es, de hecho, un lujo reservado a quienes pueden pagar costosos abogados, mientas que la defensa de oficio es inidónea para garantizar efectividad al derecho de defensa, debemos reconocer entonces que la ausencia de la garantía de tal derecho equivale a una laguna insostenible de nuestro sistema procesal. Y debemos reconocer, además, que esta laguna, es decir la falta de defensa, termina por volver vanas todas las otras garantías del correcto proceso. Ello así pues sólo la defensa permite no sólo contradecir las pruebas de la acusación y aducir contrapruebas, sino también denunciar e impedir las incorrecciones y abusos de aquélla, plantear nulidades e irregularidades procesales, en fin, defender al ciudadano de aquel terrible poder, tal como lo llamó Montesquieu, que es el poder judicial. En suma, es en el terreno de la defensa que se mide, más que en cualquier otro, la vigencia de las garantías penales y procesales y, por otro lado, la desigualdad de los ciudadanos frente a la ley penal. Esta es la desigualdad más odiosa, porque se suma a las desigualdades económicas y materiales, porque es un multiplicador de las características clasistas de la justicia penal, orientada, sobre todo, únicamente contra la criminalidad de la calle y de subsistencia. Finalmente, es la desigualdad más odiosa porque se resuelve en una desigualdad en las libertades fundamentales y, por ello, en una discriminación y en una ofensa a la dignidad del ciudadano.

De este modo, se entiende cómo la defensa pública —la presencia de un magistrado del ministerio público de la defensa— representa

una garantía fundamental del correcto proceso, idónea para reducir la desigualdad penal ante la ley, así como para remover la total inefectividad para los pobres del derecho fundamental de defensa y para asegurar lo más posible la paridad entre defensa y acusación y, por ello, el derecho a la refutación, es decir, aquella refutabilidad de la hipótesis acusatoria que representa una condición necesaria del carácter cognoscitivo del juicio.

6. *El futuro del garantismo y del constitucionalismo democrático*. Si todo esto es verdad, debemos reconocer que desde vuestros países —desde Argentina, Brasil, Guatemala, República Dominicana y los demás países latinoamericanos en los que existe el instituto de la defensa pública— llega a Europa una gran lección de civilidad jurídica. En Italia, como en muchos otros países europeos, la garantía de la defensa se limita —para los carenciados por encima del nivel de pobreza que no tienen derecho al "patrocino gratuito"— a aquel simulacro de defensa que es la asistencia de un "defensor de oficio", designado por la oficina judicial y, generalmente, no comprometido y cansadamente dispuesto sólo a una defensa ritual y burocrática, pues no tiene interés alguno en el destino de su defendido. Hacer conocer en Europa el instituto latinoamericano de la defensa pública, documentar su eficiencia y el rol de garantía, sobre la base de vuestra experiencia, representa, creo yo, una de las principales tareas que deben cumplir los penalistas y los procesalistas penalistas europeos. Bajo esta perspectiva, hace dos años organizamos en Roma, junto con Alberto Filippi y María Fernanda López Puleio, un congreso ítalo-argentino sobre el instituto de la defensa pública, en el cual participaron Stella Maris Martínez, Daniel Erbetta, Joaquín Da Rocha, Luis Niño y el diputado Remo Carlotto, a quienes deseo agradecer. Mi esperanza es que la lucha común por el derecho y por los derechos, llevada a cabo por la cultura jurídica progresista tanto europea como latinoamericana, pueda servir para defender y reforzar, también en materia penal, los edificios, todavía muy frágiles e incompletos, de nuestras democracias constitucionales.

La cultura jurídica —de los juristas y de los operadores del derecho— tiene, en efecto, un rol mucho más grande de lo que parece en la construcción de la democracia: un rol, por así decir, preformativo frente al derecho mismo, pues el derecho es un mundo artificial de signos y significados. Es el lenguaje necesario para tematizar los problemas políticos y sociales: para nombrarlos, clarificarlos y precisar sus términos, articular sus múltiples aspectos y proyectar las soluciones concretas y posibles. Y, por ello, el derecho es tal como lo pensamos, lo teorizamos, lo proyectamos, lo interpretamos, lo aplicamos, lo defendemos y lo transformamos, de modo que todos —y nosotros los juristas en primer lugar— llevamos una parte de la responsabilidad por cómo es. Hay una paradoja epistemológica que caracteriza

las disciplinas jurídicas: el horizonte del jurista no es el del simple espectador, formamos parte del universo que describimos y contribuimos a construirlo con nuestras mismas teorías y con nuestras mismas operaciones: con nuestros análisis, con las interpretaciones y las aplicaciones que realizamos de las normas jurídicas, con nuestras críticas y nuestras propuestas.

Todo esto vale hoy no sólo para las democracias nacionales, sino también para la perspectiva de una democracia supranacional y cosmopolita, respecto a la cual es más que fecundo el intercambio y el compromiso común de juristas de diversos países. Por ello, quiero concluir hablando de un último orden de problemas que nuestro Congreso, dedicado a las desigualdades en la garantía de los derechos de las que son víctimas los sujetos débiles, no puede ignorar: las enormes, crecientes, intolerables desigualdades y discriminaciones que se desarrollaron a nivel global, en contraste con aquel embrión de constitución del mundo que está constituido por la Carta de la ONU y las tantas cartas y convenciones sobre derechos humanos. Muchos teóricos y filósofos del derecho y de la política que se autodefinen como "realistas", piensan que estas desigualdades son inevitables e insuperables, que el proyecto de una democracia cosmopolita fundada sobre la igualdad de todos los seres humanos y sobre la garantía de los derechos fundamentales establecidos en tantas cartas internacionales, es una utopía irrealizable.

Yo creo, en cambio, contra el realismo representado por estos filósofos del derecho y de la política, que la verdadera oposición que hoy nos divide no es aquella entre realismo y utopismo, sino entre realismo de los tiempos breves y realismo de los tiempos largos. Estamos frente al desarrollo de una desigualdad que no tiene precedentes en la historia: se ha calculado que la diferencia de riqueza entre países pobres y países ricos, que era de 1 a 3 en 1820 y de 1 a 11 en 1913, se convirtió en 1 a 72 en 1992, y que menos de 300 millonarios en dólares son más ricos que la mitad de la población mundial, es decir, que tres mil millones de personas. Por otro lado, la humanidad es hoy, en su conjunto, enormemente más rica que en el pasado, pero también es mucho más pobre si consideramos masas inmensas y en constante aumento de seres humanos. Por cierto, en el plano jurídico y abstracto los hombres son incomparablemente más iguales que en cualquier otra época, en virtud de las tantas cartas de derechos; pero también son incomparablemente más desiguales en los hechos. El "tiempo de los derechos" —para usar la conocida expresión de Norberto Bobbio— es también el tiempo de su violación masiva y de la desigualdad más profunda e intolerable.

Por ello, la hipótesis más irrealista es que la realidad pueda continuar indefinidamente así como está: que el Occidente rico pueda

continuar indefinidamente basando sus confortables y despreocupados estilos de vida sobre el hambre y la miseria del resto del mundo, que la presión de los excluidos en sus fronteras pueda ser enfrentada con leyes discriminatorias y racistas sin que con ello resulten descalificadas y corrompidas nuestras democracias; que se puede continuar declarando decentemente como "valores del Occidente" los principios indivisibles de la igualdad, de la dignidad de la persona y de los derechos humanos, mientras estos principios continúan siendo clamorosamente violados en gran parte del mundo, de acuerdo a las estadísticas sobre los millones de muertos que se producen por año por falta de agua y de alimentación de base o de fármacos banales salvavidas.

De modo realista, todo esto no puede durar. Aun cuando irrealista en los tiempos breves, como demuestran los tantos fracasos de la ONU en estos últimos años, el proyecto jurídico de un constitucionalismo global, delineado por la Carta de la ONU y las tantas Declaraciones y cartas sobre derechos humanos, representa, a largo plazo, la única alternativa realista a un futuro de guerras, destrucciones ecológicas, fundamentalismos, conflictos interétnicos, atentados terroristas, crecimiento del hambre y de la miseria, que se producirían en caso de que aquel fracasara. Luego de la frustración de las grandes esperanzas y utopías revolucionarias del siglo pasado, fundadas sobre la desvaloración "realista" del derecho, debemos reconocer que no existen alternativas realistas al derecho. Es la misma Declaración de 1948 la que, desde su preámbulo, identifica, de manera realista, en la violación de los derechos humanos, el principal peligro de guerra, terrorismo y violencia.

De ello se deriva una gran responsabilidad para la cultura jurídica y política. De la cultura jurídica depende también el "cómo es" y el "cómo será" del derecho y, sobre todo, que el derecho —tanto el constitucional como el internacional— sea tomado en serio. Por lo demás, la ciencia jurídica jamás se limitó a conocer y comentar el derecho vigente, sino que siempre ha proyectado su desarrollo y diseñado sus estructuras. Así ha sido para el Estado nacional soberano y, luego, para el Estado de derecho y para nuestras aún frágiles democracias. No hay razón para pensar que no será así para el derecho y para las relaciones internacionales: tanto más cuando el paradigma de una democracia cosmopolita, garante de la paz y de los derechos humanos, inscripto en las tantas cartas constitucionales e internacionales, corresponde ya a las expectativas y al sentido común que cada vez se afirman más a medida que crecen las interdependencias del mundo.

Análisis crítico del acceso a la justicia (*)

Diálogo entre *Louk Hulsman y E. Raúl Zaffaroni*

Louk Hulsman

La primera vez que vine a la Argentina —creo que fue en 1986, durante tres meses— advertí que ustedes habían comenzado con un nuevo abordaje a muchos temas legales, entre otros con posterioridad a la dictadura. En mi caso, tiempo antes, en el momento de la ocupación alemana en Holanda, también había experimentado algunas situaciones semejantes a lo vivido por ustedes durante dicha época (1976). Lo que sucedió en ese momento me marcó profundamente, tal como me había marcado en Holanda después de la guerra.

Sin embargo, en Holanda y en 1986, ese tipo de rapidez en el cambio se desaceleró, con lo que nunca más pude hacer esto. Entonces, advertí que aquí en la Argentina sí se podía.

En cuanto a esta conferencia, no hemos convenido con Raúl Zaffaroni sobre qué íbamos a decir cada uno; por ello, será un debate abierto.

Por mi parte, comenzaré el debate contándole algunas cosas sobre la experiencia de Holanda.

Al comienzo, en 1955, en Holanda una de las cuestiones más importante la factibilidad de una justicia acorde a los derechos humanos. La línea básica con la que trabajamos fue hacer que los derechos humanos sean reales, es decir, tener una sociedad próspera que respete los derechos humanos. Naturalmente, en la justicia penal nos encontramos con muchísimas cuestiones que contradicen los derechos humanos, con lo cual es importante revertir dicha situación con el fin de evitar la derogación de los derechos humanos. Eso era lo que buscábamos en Holanda en ese momento.

En este contexto, comenzamos con un movimiento para tratar de mejorar las condiciones de la población carcelaria. En 1955 ha-

(*) El presente diálogo ha sido desgrabado y editado por la Defensoría General de la Nación.

bía cincuenta y cinco personas cada mil habitantes en las cárceles. Veinte años después, en 1975, esa población carcelaria había bajado a dieciocho; sólo un tercio de la gente que estaba en la cárcel en el 1955 aún permanecían allí. En ese momento tuvimos la menor cantidad de población carcelaria en Europa, y probablemente también en el continente americano. Pero, por supuesto que en todas partes del mundo no tenían conocimiento de este impulso y posibilidad muy interesante.

En esta oportunidad, me gustaría trasmitirles algunas de estas cuestiones centrales. Naturalmente, quizás uno no sabe exactamente qué es lo que va suceder en la vida y cómo cambian las cosas. Porque si bien en 1975 logramos disminuir la población carcelaria, luego comenzó a aumentar lentamente, hasta que al comienzo de la década del 80 estaba casi, nuevamente, en cincuenta y cinco.

Más tarde, sucedió algo muy peligroso según mi opinión: asumió en Holanda un gobierno que ya no tenía como objetivo contener a la población carcelaria. Primero, porque naturalmente si uno reduce este número se cierran muchas cárceles —de hecho, muchas cárceles se cerraron—. Así, este gobierno percibió a la prisión como algo realmente normal, por lo cual no se concentró en disminuir la población carcelaria holandesa. Entre 1985 y 2006, esta población aumentó un ciento treinta y siete por ciento. Esto significa que si contamos desde 1975, en 30 años la población creció seis o siete veces más. ¿Cómo podía ser esto así?

Luego de esta historia, quisiera abordar el tema de la defensa pública y el acceso a la justicia. Este significa garantizar el acceso a distintas formas de justicia, no sólo penal, sino también las otras justicias que siempre consideré normales: la civil y la administrativa. Existen, entonces, distintas formas de justicia, cuyos criterios básicos deben buscarse para poder hacer un aporte a una sociedad que vive según los derechos humanos elementales.

Ahora bien, hablamos mucho sobre la justicia penal, porque tiene esta relación tan especial de ser derogativa de los derechos humanos. Pero no debe hablarse de la criminalización de los delitos, sino, tal como ustedes saben que yo denomino, de una situación criminalizada. Debe destacarse que no son lo mismo todas las situaciones criminalizables y todos los tipos de actividades de justicia penal. Por el contrario, hay diferencias muy importantes sobre el tipo de acontecimiento que aborda la justicia penal, y considero muy valedero que hagamos referencia, porque con frecuencia la justicia penal no es asunto de discusión. Debe comprenderse que los datos sobre estas situaciones y las estadísticas son muy diferencias.

En este sentido, creo que se puede hacer una distinción en esta área de la justicia penal, en lo que respecta a los acontecimientos que ocurren entre ciudadanos.

1) Por un lado, están las situaciones de robo o de violencia doméstica, que pueden sucederle a cualquier persona. Muchas cosas les pueden suceder, pero esto es una situación entre los ciudadanos. Se trata de delitos tradicionales que, por lo general, son criminalizables de acuerdo a la denuncia de un ciudadano

2) Por otro lado, tenemos también una especie de rol de la justicia penal en lo que se podría denominar la protección del Estado. Hay diferentes procedimientos por los cuales uno puede tomar control sobre el Estado. Esto sería una nueva área de justicia penal, la protección del Estado como tal.

3) Por último, hay una tercera área que es muy diferente, donde encontramos todo tipo de reglas de Estado o que tratan de tener una influencia sobre la vida ordinaria de las personas o sobre las empresas. Aquí tenemos, por ejemplo, las reglas de tránsito, las normas —que de hecho son muy problemáticas— sobre las drogas, y las normas sobre cómo se deben pagar los impuestos. Vemos así como ésta es un área muy amplia con distintos tipos de relaciones en la que generalmente la policía no actúa de acuerdo a la denuncia que realiza un ciudadano. Me refiero a la policía fiscal, la de distrito que actúan según su propia iniciativa.

Entonces cuando se habla sobre la criminalización específicamente, se tiene que explicar, previamente, a qué campo, o sea, a qué área se está haciendo referencia.

Ahora bien, en relación al supuesto del primer nivel, tenemos datos de los últimos veinte años, o de los últimos diez años o de los últimos cincuenta años, que nos brindan un saber que quizás no poseíamos en el pasado. Es un conocimiento que todavía no ha sido internalizado en nuestras discusiones, en nuestros debates. Nosotros sabemos lo que sucede o lo que sucedió en un momento determinado. Teníamos las estadísticas —que es el principio en este campo— que nos permitían saber sobre quién estuvo en la prisión o quién estuvo en el tribunal. Posteriormente, las estadísticas de la policía mediante las cuales podíamos observar las denuncias realizadas y qué era lo que sucedía. Así, pudimos advertir que sólo el diez o el quince o el veinte por ciento de los eventos criminalizables eran abordados por la justicia penal.

Más tarde, en un momento determinado, se comenzaron a realizar estadísticas sobre quienes cometían los delitos, donde se les preguntaban a los perpetradores con qué frecuencia cometían un de-

lito. Básicamente, estas encuestas eran llevadas adelante en ciertas universidades estadounidenses, con sus equipos de criminalistas y de sociólogos. Dado que estas investigaciones eran muy costosas, y que no había suficiente dinero, estos equipos se abocaban a su investigación sobre los estudiantes, a quienes les preguntaban con qué frecuencia cometían ofensa. A partir de este estudio, los investigadores evidenciaron que la mayoría de los estudiantes encuestados habían cometido más de un delito, es decir, hechos criminalizados, pero que nada les había sucedido. Sobre la base de esto, quedó claro que la intervención de la justicia penal en eventos criminalizados era bastante extraña.

Por otro lado, también estaban las víctimas. La víctima puede ser alguien al que le sustraen la billetera o algo por el estilo; pero esto en realidad no es una víctima, sino que es alguien que realmente tiene un problema más serio. Por ello, entonces, no hablo de "víctimas" sino de personas que han sufrido algún perjuicio serio. Entonces, comenzamos a tener estadísticas sobre este tipo de personas. Y tuvimos una sorpresa, porque en Holanda durante veinticinco años hemos tenido estudios representativos sobre las víctimas en esta primera área de justicia penal. Y lo que surge de esto, es que hay eventos que casi nunca son criminalizados, sino que sólo el dos por ciento lo son. Estos datos se verifican con distintas formas bastante confiables. Pudimos determinar que la razón principal por la cual tantos eventos no son criminalizados es que la gente no realiza la denuncia en la policía. Pero si estos eventos son problemáticos para ellos, naturalmente, hay que abordarlos como tales para tratar de solucionarlos.

Lo extraño de estas investigaciones criminológicas es que se han referido a los perpetradores, y nunca a aquellas personas que han sufrido el perjuicio o que sienten que se les hizo un mal. Naturalmente, traté de hacer un estudio al respecto, pero al ser una investigación cualitativa, tuve que realizar una conceptualización para averiguar qué sucedió, lo cual nos ayudó a comprender las formas en las que estas personas abordaban el problema. Así, se comenzó a tener una mayor información al respecto.

En muchos países comenzó a establecerse un movimiento hacia la justicia restaurativa. Hemos establecido contactos y relaciones con distintas personas, incluidos los perpetradores, lo que nos permitió observar cómo las cosas se pueden comenzar a solucionar.

Además de estas experiencias, se han realizado experimentos fuera de la justicia penal. Por ejemplo, en el caso de Holanda tenemos el siguiente antecedente: en un momento determinado, un oficial de *probation* hizo un acuerdo con un fiscal en Amsterdam mediante el cual se establecía que se podían tomar dos mil casos sobre los cuales

ya se había decidido que se elevarían a la Corte o al Tribunal Penal, y tratar de resolverlos entre las personas involucradas en el conflicto. En más del setenta por ciento de los casos —a pesar de que con frecuencia eran casos de violencia doméstica muy complicados— se pudo llevar a cabo positivamente. Según he podido observar, este antecedente se repitió, en cierto sentido, en casi todos los países.

Ahora le paso la palabra a Raúl Zaffaroni para luego hablar un poco más sobre el acceso a la justicia.

E. Raúl Zaffaroni

Acabamos de escuchar a Louk Hulsman manifestando una cantidad de conceptos sumamente importantes. Primero nos habló de derechos humanos y de realización de derechos humanos. Yo no sé si Louk coincide conmigo, yo creo que los derechos humanos son un programa a realizarse. Pero creo que este programa tiene estándares de realización, se realizan en cierta medida. En definitiva, estoy convencido que si algún día la realización de los derechos humanos pudiese completarse, es decir, pudiese haber un respeto más o menos, no pretendo usar la palabra absoluto, pero en un grado de estándar muy avanzado en la realización de los derechos humanos, el ejercicio del poder punitivo tendría que tener o responder a un movimiento inverso. Creo que por la estructura del ejercicio del poder punitivo, la estructura inevitablemente selectiva, los derechos humanos y el poder punitivo son dos fuerzas contrarias. No creo que haya un sistema penal que respete los derechos humanos, en absoluto: hay sistemas penales que los violan en menor medida, otros que los violan en mayor medida.

Primero veo esta contradicción, que es una dicotomía que creo que obedece incluso a la diacronía de los dos. Los antecedentes de todo esto se pueden buscar mucho antes, pero históricamente hablando, digamos que la importancia primaria del poder punitivo se readquiere en nuestra civilización a partir del siglo XVI, y fundamentalmente con todo el procedimiento inquisitorio. En tanto que el contramovimiento de los derechos humanos empieza a gestarse constitucionalmente con el Iluminismo a partir del siglo XVIII. Entonces, hay un diacronismo en las dos cosas.

Nosotros podríamos ilustrar las cifras citadas por Louk, con cifras locales y con nuestra información folclórica. Tendríamos algunas diferencias, pero la tendencia al aumento de presos es constante en nuestro país, con alguna pequeña variable. En general, en toda la región latinoamericana se puede constatar lo mismo. Pero hay otro dato mucho más lamentable, que es que además de aumentar la población

penal, en general hay una tendencia a que dentro de esta población aumente el número de presos sin condenas, de presos preventivos, y disminuya, correlativamente por supuesto, el número, el porcentaje de presos condenados. Lo cual está revelando que, además del aumento de presos en nuestra región, estamos aplicando más medidas de seguridad de carácter procesal reguladas por el Código de Procedimientos, que penas realmente del Código Penal. Efectivamente, lo que hace variar nuestros índices de prisionización son las regulaciones procesales de la prisión preventiva, y no el *quantum* de penas que hay en el Código Penal.

Si tomamos los datos que brindan cien presos en nuestro país, en la provincia de Buenos Aires de acá a un par de años, ¿qué pronóstico tenemos acerca de ellos? El pronóstico es que unos veinticinco presos, a la hora de la sentencia definitiva, se quedarán un tiempo más presos, otros cincuenta, a la hora de la sentencia definitiva, saldrán, y otros veinticinco, a la hora de la sentencia definitiva, se les dirá que "por más esfuerzo que hicimos por condenarlo, no pudimos". Consecuencia, se irán a su casa.

Esto responde a modificaciones en la ley procesal. Pero también responde —y esto lo señalaba Louk hace un momento— a lo que se llama la inflación de tipos penales, es decir, la superproducción de delitos. Es tan grande el número de tipos penales que directamente hoy no estamos en condiciones de poder agotar el ámbito de conductas tipificadas, ni siquiera los profesores de Derecho penal. Es decir, siempre se nos escapa la alguna. Creo que no tenemos ni siquiera una edición completa del Código Penal con todas las tipificaciones en leyes especiales y sobre todo lo que se nos escapan, son tipos penales contenidos en leyes no penales, lo que los brasileños llaman "legislación extravagante". Es una ley de cualquier cosa con un tipo penal porque es de buen tono terminar una ley de lo que sea con un tipo penal. Y más de una vez ha pasado de dictarse sentencias aplicando una ley penal derogada.

¿A qué se debe esta inflación? Es importante que reflexionemos un momento, porque si nos referimos a acceso a la Justicia sin reflexionar sobre esto daría la impresión de que lo que está fallando es la Ley, la asistencia jurídica, que tenemos que aumentar la asistencia jurídica para poder asistir mejor a la gente y, en consecuencia, que la gente pueda estar mejor atendida jurídicamente. Entonces vamos a tener tribunales en los cuales vamos a procesar toda la conflictividad. Acá hay un desplazamiento, hay varios desplazamientos que creo que hay que tener en cuenta.

Primero hay un desplazamiento de problemas no penales que se vuelven penales. O sea, conflictos o situaciones problemáticas que,

como dice Louk, se pasan al Derecho penal. En cuanto al segundo desplazamiento, si nos salimos del Derecho penal hay una cantidad de conflictos que se derivan al ámbito judicial y que su naturaleza nos hace percibir claramente que no son, en general, solucionables en el ámbito tribunalicio.

Son dos desplazamientos, por un lado, de conflictividades o problemas que se derivan al judicial, pero que el judicial en general muy difícilmente los puede resolver o, directamente, no los puede resolver; por otro, de conflictos de distinta naturaleza, que van a ser jurídicos, pero que en lugar de resolverse en otras ramas del Derecho se derivan al Derecho penal.

¿A qué se debe este fenómeno de doble desplazamiento? A medida que la globalización avanza —no creo que la globalización sea un brote, sino un proceso en el que se va avanzando— se da, entre otras cosas, un debilitamiento de los Estados nacionales. Esto va acompañado de una creciente incapacidad de los poderes políticos de los Estados para resolver conflictos, sobre todo cuando estos conflictos requieren soluciones de carácter estructural.

Entonces, frente a esta reducción de la capacidad de resolver los conflictos en sede política, ¿qué es lo que se hace? Cada conflicto tiene cierta naturaleza; es decir, hay conflictos que tienen que resolverse en el ámbito sanitario, conflictos que tienen que resolverse en el ámbito educativo, conflictos que tienen que resolverse en el ámbito económico, etcétera. Si uno lo saca del ámbito natural, o sea, lo priva al conflicto de lo que es su naturaleza y lo deriva a otra, otorgándole una naturaleza artificial, el conflicto no va a ser resuelto. Si yo quiero curar el cáncer con una ley civil, naturalmente que no lo voy a curar, por supuesto. Es un disparate grande, pero hay otros que nos son tan evidentes. Entonces, se saca el conflicto de lo que es su ámbito natural, su campo natural de soluciones, se lo deriva a un campo de carácter artificial como es el judicial, y mucho más, el penal.

Cuando hay conflictos masivos, fundamentalmente conflictos sociales, la incapacidad, la pérdida de capacidad de los poderes políticos del Estado, hace que se saquen de encima el conflicto, derivándolo al judicial con la creación de la ilusión de que ahí se va a resolver. Naturalmente ahí, por regla general no se resuelve, pero no sólo no se resuelve, sino que eso carga la actividad judicial con una tarea que es absolutamente irrealizable, porque no hay presupuesto que pueda generar los tribunales, los jueces, los fiscales, los defensores necesarios como para tramitar, procesalmente, toda esa inmensa masa de conflictividad de distinta naturaleza que se va derivando. Ello sumado a la naturaleza artificial que se le otorga al conflicto al derivárselo del judicial, cuando se trata de un conflicto social conforme a cuya

naturaleza tiene que ser resuelto en el ámbito de alguna de las políticas del Estado.

Cuando con esto no alcanza para dar la ilusión de que se está haciendo algo, entonces se llega al máximo de ilusión: restarle al conflicto toda su naturaleza y asignarle una naturaleza penal. Es lo que Louk dice: "bueno, no hablemos más de delito, no hablemos más de víctima, hablemos de situaciones conflictivas, etcétera, de situaciones problemáticas". Podemos descolonizar la mente y decir bueno, volvamos a darle al conflicto la naturaleza que tiene. Naturalmente, cuando ya se le otorga esta naturaleza totalmente artificial, ahí no se resuelve nada —sobre todo cuando estamos hablando de conflictos de tipo social—. Es un momento máximo en la que la selectividad del sistema se muestra en toda su magnitud, el conflicto no alcanza ninguna solución, pero se vende la ilusión de que se está resolviendo, y lo más grave es que por regla general el público lo cree. Aquí llegamos al núcleo de la cuestión: se está insistiendo constantemente en esto, los penalistas nos convertimos en vendedores de ilusiones. No diría en vendedores de ilusiones, en empleados de tienda de ilusiones, porque no las fabricamos nosotros a las ilusiones, vendemos ilusiones que fabrica otro; nosotros somos los que las ofrecemos en el mostrador. Somos tenderos, no dueños de la tienda, dependientes de la tienda donde viene alguien —que nos lo traen por otra parte, no son clientes; el problema de la justicia penal es un problema de salida no de entrada, el acceso es fácil, el problema es la salida—, en consecuencia nos traen, entonces sacamos un metro y decimos: "es un hurto, mide tanto; es un robo ya con fuerza en las cosas, mide tanto; tenía un arma, mide tanto; si es un arma de fuego, es tanto".

Entonces con el metro vamos vendiendo nuestros metros de ilusiones. En la realidad, todos seguimos siendo victimizados como antes; es decir, en definitiva, esta habilitación de más y más ejercicio del poder punitivo va haciendo retroceder naturalmente los derechos humanos, conforme a lo que dije al principio. Y no los va haciendo retroceder por efecto del totalitarismo que se instala en el mundo, sino que los va haciendo retroceder porque el propio Estado de Derecho va paulatinamente serruchando la rama sobre la que cual está sentado.

No sé si Louk coincide con el diagnóstico acerca de la causa de este avance, en la pérdida de poder político de solución de conflictos. Pero me pregunto, y aquí viene la cuestión, ¿por qué la gente cree en la eficacia de esto? ¿Qué es lo que canaliza? En esto quizás no nos pongamos de acuerdo. Yo creo que canaliza un grado de violencia desorganizada que hay en una sociedad extremadamente competitiva y en la medida que la canaliza, porque canaliza venganza, va bajando los niveles de violencia social. Cuando pierde la capacidad

de canalizar venganza, esos niveles no bajan y en ese momento desgraciadamente, el que se encarga de llevar a cabo el sacrifico de algún chivo expiatorio para terminar de canalizar la venganza, no es nadie más ni nadie menos, que el propio sistema penal.

Todos los genocidios del siglo pasado han sido cometidos por el sistema penal. El sistema penal ha matado a mucha más gente que todas las guerras juntas. Hubo ejércitos, sí, pero no en función bélica si no en función policial. Es decir, el sistema penal, las agencias del poder punitivo, son algo con lo que siempre estamos jugando con fuego, en la medida en que tiene capacidad de canalización de venganza, convencen a la gente acerca de su eficacia. Cuando se pierde esta capacidad de generación de confianza, al no canalizar el sentimiento de venganza y la violencia difusa en una sociedad competitiva, entonces son ellas las que se encargan del genocidio que canaliza toda esa venganza, y se vuelve sagrado porque la víctima inmediatamente toma un sentido sacralizado debido a que después que se la sacrificó retorna la paz. Esa dinámica creo que es una dinámica tremendamente peligrosa que nos está mostrando constantemente el riesgo, lo riesgoso del material que estamos manejando. Es algo así como un material nuclear. Cuidado que estamos manejándolo en un sentido, pero se nos puede escapar en cualquier momento.

Por otra parte, y aquí si creo que en esto podemos estar de acuerdo, parece que el siglo XXI va ser el siglo, inevitablemente, de la verdad del sistema penal. Este siglo nos exige, dado el avance tecnológico, prevenciones eficaces y no venta de ilusiones. Hasta ahora cada ilusión que se vendía a través del sistema penal costaba algunos cientos de miles de muertos, algunos millones de muertos, pero no ponían en peligro la supervivencia de la especie. Hoy el avance tecnológico pone en peligro la supervivencia de la especie, no ya por una guerra sino directamente porque sigue con el sistema de producción tal cual lo está llevando adelante, y en pocas décadas acabamos con el planeta. Se provocan algunas catástrofes que corren el riesgo de terminar la vida planetaria. Por ello, en el curso de este siglo, lo que se necesita es prevención eficaz y no más venta de ilusiones. Hasta ahora el sistema vendió ilusiones. Pero ahora no puede vender más ilusiones porque se juega la vida de todos. De modo que, en algún momento, va a haber algún cambio cualitativo. Creo que esta es otra de las circunstancias que nos está señalando para dónde vamos. ¿Cuál es la perspectiva? Por supuesto yo creo que la perspectiva se va a interrumpir antes de que llegue, pero esto va a ser un cambio cualitativo que de alguna manera nos va sorprender a todos.

No sé si Louk está de acuerdo con este diagnóstico.

Louk Hulsman

Observo algunas diferencias fundamentales en nuestras opiniones, pero en general estoy muy de acuerdo con lo dicho por Raúl. Simplemente quisiera hacer algún comentario.

De alguna manera usted piensa que las personas creen que al obtener cada vez más situaciones criminalizadas la lucha es peligrosa. Pero por otro lado, las investigaciones muestran que cuando les sucede a ellos no creen en eso, porque no van a la policía y tampoco generan alguna especie de actividad movilizadora. Entonces esta especie de visión de tener más justicia penal y tener más castigos es una especie de sueño, es como una historia, una fantasía, como si la gente estuviera jugando al fútbol y demás. Entonces no se basan en sus propias experiencias personales, en lo que están realmente haciendo. También vemos que mi propia visión sobre la justicia penal se amolda de una manera muy importante, porque en cierto momento, al principio comencé a analizar e identificar a las personas a quienes se les había hecho algo malo, y dado que soy profesor en derecho penal pensé que debería escribir acerca de ellos. Pero en primer lugar debería buscar y analizar mi propia experiencia. Todos debemos hacerlo, no sólo aquellos que enseñan, todos tienen primero que buscar la experiencia propia, y por supuesto que hay muchas personas que tienen bastante experiencia específicamente en lo que es la justicia penal. Entonces, qué es lo que uno hizo mal, que acto penalizado podemos identificar, no sólo diferencias acerca de lo que uno encuentra en los libros sino también en lo que no siempre se redacta en ellos. Aquí vemos también que a través de este proceso me voy a poder convencer un poco más acerca de las grandes posibilidades que existen y que en el área de la criminalización, quizás, no es un área de especialización para ciertas personas, o no es algo distinto de otros eventos o acontecimientos. Hay muchas personas que lo han visto de esta manera, que hay acontecimientos criminalizados en los que la gente realmente sienten que han sido ofendidos y que quizás no son los acontecimientos que más los han lastimado en su vida. En definitiva, ¿qué es lo que a uno lo lastima más en la vida? Quizás aquellos acontecimientos en los que uno siente que ha perdido la confianza plena en los otros, cuando uno tiene un proyecto común y no se hace lo que uno quiere; entonces las personas dejan de compartirse y eso pueden implicar problemas más profundos, y que ciertas veces pueden ser los acontecimientos penalizados para algunos.

Así, no estamos en desacuerdo con Raúl. Naturalmente cuando uno piensa que se debería abolir la justicia penal, por otro lado se puede pensar que la justicia penal es, ciertas veces, ilegítima. Sé que las justicia penal es ilegítima, elegir ciertas personas y lastimarlas y victimizarlas. ¿Cuántas personas han muerto de una manera o de

otra debido a este sistema? ¿Cómo es que el sistema penal nunca ha podido lidiar o tratar las cuestiones de genocidio en tantos continentes y en tantas oportunidades en que pudo haberlo hecho? ¿Por qué es que tanta gente ha sufrido las limpiezas étnicas y demás, y nunca nadie hizo nada al respecto, específicamente de la justicia? Así, que esto también nos parece raro poder creer en este tipo de enfoques. Pero también por otro lado surgir la pregunta natural, de que uno va a intentar impulsar un cambio en la sociedad. ¿Y cómo lo podemos hacer, cuáles son las posibilidades que tenemos?

Naturalmente es importante que aquellos que trabajan en el área de la defensa pública tengan una idea realista acerca de qué es lo que se puede realizar en el tema de la victimización, de aquellos a quienes se les ha realizado una ofensa. Entonces, ¿cuál sería el procedimiento legal? A veces, por supuesto, los problemas tienen que ver con que la situación no es de mayor interés, pero dentro de lo que es la defensa pública, las instituciones y entidades de defensa pública, debe existir el conocimiento de un área de mayor nivel acerca de cómo se pueden resolver los conflictos de una manera simple —que generalmente son cuestiones jurídicas o legales—.

Pero, en definitiva, en el campo de la violencia doméstica, por ejemplo, hay varias abogadas importantes que muchas veces han insistido con la idea de que uno denuncia ante la policía porque se siente sin poderes, impotente; entonces todo queda en manos de jueces que van a buscar soluciones, y se queda con la idea de que va a encontrar así una solución. Pero el problema sería anterior, ¿por qué no se va a exigirle a un juez civil una cierta orden al hombre que quizás está perpetrando la violencia doméstica frente a una mujer? De esta manera se tornaría usual la práctica. La violencia doméstica fue una experiencia, por supuesto. En nuestro caso hicimos una buena investigación en toda Holanda, y básicamente nos dio datos cualitativos que arrojaron que muchas mujeres tenían muchas ganancias a partir de ciertos procesos. Con lo cual, aquí vemos una actitud distinta tomada por los jueces civiles. Incluso los jueces civiles muchas veces se sentían con gran libertad de poder verse en una posición de cambiar la situación. Porque muchas veces el hombre decía "sí, está mal lo que hice" y después decía "es muy difícil para mí poder lograr algún amparo para que me dejen acercar a tal persona" y demás. Podemos observar distintos mecanismos y actitudes.

Este es un ejemplo de Holanda. Básicamente nos lleva a pensar que hay que hablar de un marco en donde, nuevamente, todo se reduce al acceso a la Justicia y a los instrumentos legales y jurídicos. Ahora bien, el acceso al derecho y a la ley ciertas veces tiene obstáculos y hace cosas que no son tan legales y legítimas. Con lo cual debo agregar que la gente que trabaja en el sistema tiene que ser consciente

acerca de todo, tiene que saber las diferencias y las distintas formas que existen para lidiar con los conflictos, para después poder así lograr las distintas formas de mediación. Pero también tenemos que pensar que esta cuestión es importante, con lo cual, si ustedes logran que las personas tengan acceso a la justicia, entonces esto va a tener sentido si algo es justo, que en realidad suceda que la Justicia pueda asistir a la persona que acude a ella.

Ahora bien, yo veo dos tipos de situaciones. Por un lado, en el proceso que mencioné antes del 55 y del 75, en cuanto al descenso de la población en las cárceles. En Holanda no tenemos una Defensa Pública, no existe dicha figura. Por ello, teníamos una especie de servicio de *probation* —que era mucho más antiguo que la institución de *probation* en sí—, creado a mediados del siglo XIX por una organización que comenzó a trabajar para aquellos que entraban en problemas con la justicia. Ese fue el movimiento original, que se relacionó después a los jueces, y luego fue más allá, incluyendo a los socialistas. Así se transformó en una organización independiente que intentó tener influencia en la justicia penal en casos específicos, y también en cuestiones políticas. Si se analiza la historia como una especie de curva vemos que el sistema judicial estaba comenzando a inmiscuirse en problemas de manera reiterada. Al momento en que este proceso de cambio comenzó a suceder vimos un nuevo avance, un desarrollo. Antes, las personas que trabajaban allí eran voluntarios. Sin embargo, luego se comenzó a implementar la asistencia social, y estos asistentes sociales comenzaron a trabajar dentro de las organizaciones y ellos mismos se definieron, en primer lugar, como responsables frente a los clientes. ¿Quiénes eran los clientes? Básicamente las personas que tenían que acceder al sistema judicial. Con lo cual se empezó a tener otro tipo de denuncias en el sistema, no sólo las denuncias de las personas comunes que denunciaban algún tipo de ofensa, sino que ellos mismos comenzaron a aprender de aquellos que denunciaban, y también comenzaron a pedirles a los clientes, a las mismas personas que hacían las denuncias, si ellos podrían aceptar las denuncias, y si no lo hacían no aceptaban las denuncias y ellos ni siquiera las plasmaban como denuncias. Así, terminó ocurriendo en ciertas situaciones de delitos concretos, y aquellos que cambiaron la perspectiva de la situación real acerca de las personas que tenían acceso a la Justicia, comenzaron a forjar un cambio en la perspectiva de los jueces.

Ahora bien, esta organización fue totalmente independiente, al igual que ustedes. Ellos mismos ganan su propio dinero y ese es el dinero que también se utilizó para distintas cosas, entre otras, comenzar a cambiar las opiniones acerca de la justicia penal. Porque, recuerden, que nosotros también tenemos vínculos con muchas or-

ganizaciones alemanas, así que en muchas de esas organizaciones, dentro de otras, la prensa y los periodistas, que comenzaron a tener un rol muy importante porque conocían todo los detalles de lo que sucedía en la justicia penal. En aquellos días, la prensa daba una visión totalmente distinta de lo que sucedía, y esto fue un aspecto muy importante. Sucedió entonces que ellos comenzaron a hacer varias acciones, por ejemplo, en algunos lugares se organizaron incluso "la noche del viernes" adonde invitaban a los jueces, a los fiscales, a aquellos que habían estado también en la cárcel, a los abogados, a reunirse, tratando a todos de la misma manera. Hubo muchísimas cosas que empezaron a implementar y comenzaron a tener un rol muy influyente. Esto es interesante, especialmente en lo que es el mundo de las Defensorías Públicas, porque ustedes mismos lo pueden hacer. Si bien en Holanda se lo toma de otra manera, en ciertos momentos la población carcelaria, como dijimos antes, comenzó a aumentar, lo que condujo a que no todos pudieran luchar con la misma fuerza. Así que éste fue un aspecto muy interesante en cuanto al cambio de las cosas.

También vemos muchas acciones en el mundo que ninguna entidad u organismo oficial puede cambiar. Con lo cual, se necesita un movimiento social, que puede ser en un barrio, o en la ciudad, o en ciertos sectores de la profesión. Es interesante tener movimientos sociales y comprender que se pueden resolver estos problemas a través de la movilización social, dado que de esa forma se puede incluso promover las ideas. Por ejemplo, en Holanda tenemos programas muy especializados de capacitación de asistentes sociales para trabajar en las comunidades, para trabajar en distintas acciones y tareas, donde ellos mismos se organizan para empezar a abordar los problemas.

E. Raúl Zaffaroni

Lo que hablaba Louk y conversábamos hace un momento, acerca de la necesidad de fortalecimiento de la sociedad civil y de la creación de movimientos sociales, estaba motivado en algo que me impactó bastante hace unos días: una entrevista con un grupo de madres del paco. Es decir, de señoras que trabajan en las villas combatiendo el tráfico de paco, cuyas consecuencias todos conocemos. Es curioso esta transferencia a la que me refería, había llegado a un grado tan absurdo que en definitiva lo que venían a plantear era la necesidad de que se siguiese criminalizando la tenencia para consumo de tóxicos. Cuando azorado les pregunto: ¿Pero acaso quieren que metan presos a sus hijos? Y me dijeron que sí, porque sería la única forma de contenerlos. Entonces la transferencia se produce a tal grado que lo que hay es una intervención punitiva o nada, lo que tendría que ser resultado

de una política sanitaria. Hay un vacío total en ese ámbito que lo único es la contención de carácter punitivo.

Obviamente, la solución de un problema como éste debe hallarse en la sociedad civil y debe darse a través de una política sanitaria. Si no hay instituciones, nosotros judicialmente lo que podemos hacer es ordenar la internación, lo van a mandar al manicomio, que no es el lugar donde debe estar porque va ser o contraproducente o absolutamente ineficaz. Esas son soluciones que requieren fortalecimiento de sociedad civil y movimiento social.

Ahora retomo un tema que quedó al principio. Me dice Louk que, efectivamente, la gente cree en el poder punitivo, pero que no cree cuando es afectada personalmente por él. O sea, hay una escisión entre la vivencia del conflicto y la creencia en la eficacia general del ejercicio del poder punitivo. Una suerte de esquizofrenia. Cuando la situación es vivenciada se reacciona de una forma, cuando la situación se percibe a través de los medios masivos se reacciona de otra, y eso decide el voto por Sarkozy, por el PP español, etcétera.

Ahora, ¿por qué tiene este particular éxito político? ¿Por qué Berlusconi, Sarkozy o el PP español, o los que conocemos en el país con nuestros datos folclóricos propios, tienen éxito en esto? ¿Cómo se produce este éxito es el problema? Yo no sé si Louk estaría de acuerdo en la explicación del fenómeno, dado que el delito no existe, es decir lo que existen en la realidad social, lo que él llama situaciones conflictivas o situaciones problemáticas, conflictos digo yo, que se criminalizan, porque la ley los criminaliza. Pero esos conflictos o situaciones problemáticas son de naturaleza totalmente heterogénea, es decir, no hay nada en común entre una y otra, entre una injuria y una violación; lo único que tiene en común es que están en el Código Penal. Pero sociológica y éticamente hablando son dos cosas completamente incomparables como fenómenos. Claro, creo que la publicidad o la propaganda o la incentivación de la canalización de venganza se maneja con algunas de esas conflictividades que comprometen a intereses, derechos, bienes jurídicos o como se llame, que nos interesan a toda la generalidad. En tanto que las situaciones que se vivencian por regla general están lejanas de conflictos tan graves. O sea, no es común que nos veamos envueltos o que tengamos al lado un homicidio doloso. Sí es común que tengamos hurto, que tengamos alguna estafa, que tengamos algún daño, etcétera.

Si la publicidad se maneja de esa manera, hay algo sobre lo cual habría que llamar la atención: cómo maneja la comunicación y cómo genera últimamente este sistema el poder punitivo, esta confianza o esta fe en la eficacia y cómo canaliza venganza. Creo que hay un cambio cualitativo en los últimos años, que también tenemos que tener en

cuenta, quizás no del todo, no es un cambio cualitativo radical pero sí significativo. Y creo que en este cambio cualitativo significativo es donde el poder punitivo muestra el máximo grado de crueldad, que es cuando el poder punitivo capta, se apodera de víctimas y las convierte en héroes. La víctima se convierte en intocable por el hecho de ser víctima. A partir de ahí interrumpe el proceso de elaboración del duelo a la víctima, que si a esto le suma una patología anterior que venía trayendo se le agrava considerablemente. Entonces muestra a la víctima patologizada a través de todos los medios masivos de comunicación social y bueno, en algún caso, llega hasta convertirla en candidato político. Esto es de una extrema crueldad, es de una extrema crueldad porque en realidad lo que hace es explotar, es generar la interrupción de un proceso de elaboración del duelo, que por sí mismo genera una condición patológica no muy saludable, psíquicamente hablando; y por otra parte, explota al máximo esa interrupción del proceso de elaboración del duelo. Y si hay alguna condición patológica anterior, todavía la explota más, es decir, la perversidad del sistema penal llega a un grado tal que utiliza o patologiza directamente a las víctimas en héroes a través de los medios masivos e instrumentos de canalización de sentimientos de venganza pública.

Creo que ese es el fenómeno. Pero es un fenómeno bastante alarmante, es un fenómeno donde ya se han roto todos los frenos éticos, ya no importa la instrumentación, la cosificación del ser humano no interesa en absoluto; ya no es una cosificación del infractor por así decir, del criminal, sino es una mediatización o una instrumentación o cosificación de las propias víctimas. Creo que esto es uno de los datos más terribles, pero es lo que explica este proceso de separación de la vivencia del conflicto, de la reacción ante la vivencia del conflicto y la reacción que se tiene ante la publicidad del sistema. No se vincula el conflicto con lo que se está viendo a través de la publicidad. Es conflicto propio de otra naturaleza y en definitiva sí lo es, generalmente sí lo es. ¿Por qué? Porque es un conflicto que sociológica y éticamente tiene una naturaleza muy distinta a aquel sobre el cual están haciendo la publicidad.

Louk Hulsman

Yo realmente estoy de acuerdo con lo que dice Raúl, en todo lo que tiene que ver con el área de las víctimas. Ahora, ¿de qué forma se puede contribuir a que esto suceda con menor frecuencia? Entonces, por supuesto, hay algo dentro de la justicia penal que nos da algún tipo de legitimación con esto, porque la justicia penal está actuando como si esos eventos estuviesen relacionados con algo en especial, y las personas que están cometiendo esto tienen una posición especial.

Hubo un evento en Holanda —lo menciono porque quizás eso también sea algo que ustedes pueden utilizar—, un movimiento debido a un accidente de tránsito donde una persona perdió la vida o fue seriamente herido. La justicia penal no intervenía en estos casos, porque las personas en la justicia penal o fiscales comprendían que ya era un evento negativo para todo el mundo lo que acababa de suceder, entonces agregarle mayor criminalización a eso no tenía sentido.

Esto ha cambiado en Holanda en los últimos veinte años. Actualmente se procesa a los conductores si, por ejemplo, están involucrados en un accidente en el que uno muere; siempre hay un procesamiento para el otro, para el que queda con vida. Esto por supuesto acarrea muchas consecuencias negativas, porque significa que la otra persona no puede hacer el duelo sobre lo que acaba de cometer y que quizás no podía evitar. Hay una tesis muy interesante en esto, en el que una mujer comparaba una culpa en la justicia civil con la de la justicia penal, que demostraba que las exigencias para hablar sobre esto en la justicia civil eran mucho más altas que en la justicia penal. Entonces, la culpabilidad en la justicia penal comenzó a ser algo más natural.

Esto me lleva a mi punto ahora: lo que ustedes ven obviamente en muchos países y también aquí, en Argentina, es que en algunos accidentes, por ejemplo en un accidente aéreo, existe una comisión que examina este accidente. Esta comisión no está examinando el accidente en primer lugar para indicar quién ha sido culpable, sino que observa si se puede evitar este tipo de accidentes, o al menos para tratar de hacerlos menos graves; es decir, estudia qué se puede hacer para mejorar las cosas. Hace mucho tiempo fui presidente de un tribunal. No sé si todavía se recuerda lo que fueron los tribunales de Russell. Russell era un filósofo británico que estuvo muy involucrado en la guerra de Vietnam. Y como nadie la juzgaba, él decía que nosotros los intelectuales somos quienes tenemos que hacer nuestro propio dios para poder examinar estos casos, y brindar un juicio al respecto. Luego, también, hubo otros tipos de tribunales de Russell en otros temas. En uno de esos tribunales, en Rótterdam, se habló sobre la situación de los indios americanos en América del Norte y también en América Latina, algunos de estos indios traían sus propios casos en los que decían lo que les había sucedido, lo que les estaba sucediendo, y decían que esto era ilegal, y qué era lo que se podía hacer para mejorar la situación. En este tribunal dijimos que deberíamos trabajar de tal forma que podamos pronunciar lo que nosotros queremos decir, si lo que sucedió aquí fue algo ilegal o no, y luego ver así quién podía hacer algo para mejorar la situación, quizás el Fondo Monetario o quizás distintas organizaciones. Pero vamos a ver de esta forma los eventos. Creo que esto también podría realizarse en

una escala menor. En Holanda tenemos una organización oficial de seguridad. Por ejemplo, tuvimos un incendio enorme en una ciudad donde había una fábrica con cosas bastante peligrosas, donde mucha gente murió entonces, y este comité examinó lo que sucedió. Pero no para declarar quién ha sido el culpable de esto, sino que lo examinó para ver de qué manera se pueden evitar estas situaciones y mejorarlo. También se puede imaginar a una escala menor, por ejemplo un accidente aéreo donde alguien muere. Quizás ustedes podrían también tener un procedimiento para observar esto, porque por supuesto están los seguros para la gente, pero eso no es suficiente para ellos; a veces quizás se necesitan luces o señales en los lugares peligrosos. Pero también podrían hacer cosas que quizás tengan sentido para todo este proceso de duelo, para tratar de evitar lo que sucedió y para tratar de ver de qué forma se puede mejorar en el futuro.

I. Pobreza

Acceso a la Justicia: impacto de la pobreza sobre los derechos humanos

Leandro Despouy

Introducción

Quisiera expresar mi agradecimiento a la Asociación Interamericana de Defensorías Públicas (AIDEF) por esta invitación, que me ofrece la oportunidad de exponer ante ustedes algunas actividades relacionadas con mi desempeño como Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la independencia de jueces y abogados, pero que incluye a los fiscales y defensores y se extiende a todos los auxiliares de la Justicia. Por lo tanto, mi mandato está referido también a la actividad que ustedes desarrollan, y mi propósito es, sobre todo en esta oportunidad, referirme a cómo se ve desde la Relatoría la problemática de la defensa y el papel que ustedes desempeñan no solamente a nivel regional, sino también universal y cuáles son los grandes problemas que se presentan.

Correspondo especialmente a la Sra. Defensora General de la Nación y Coordinadora General de AIDEF, doctora Stella Maris Martínez, por su invitación y a la Defensoría Pública en la Argentina. Extiendo el reconocimiento a mi querida colega paraguaya, la doctora Noyme Yore Ismael (Defensora General de Paraguay) que me acompaña en este momento, con quien hemos compartido una larga trayectoria de afectos y actividades en el ámbito de los derechos humanos

En primer lugar, describiré sucintamente las *actividades y objetivos de la Relatoría* **e**n general y cómo se enmarca dentro del trabajo de Naciones Unidas. Luego me referiré a la problemática del *acceso a la Justicia* desde una perspectiva universal y, más tarde examinaré algunos problemas que vinculan el *acceso a la Justicia con la pobreza y en especial la extrema pobreza*, que también se tratará en los paneles de los próximos días. Finalmente querría dialogar con ustedes unos veinte minutos, para poder recoger sus preguntas e intercambiar experiencias.

La actividad de esta Relatoría, las visitas que realiza y los informes que elabora y presenta ante el Consejo de Derechos Humanos y la Asamblea General de las Naciones Unidas conforman un escenario en el que se desarrolla una intensa actividad en torno a situaciones que afectan el sistema judicial, a sus actores y beneficiarios en todas las regiones del mundo. Esto pone de manifiesto hasta qué punto la judicatura y sus actores están constantemente expuestos y con qué frecuencia ven comprometidas su seguridad e independencia. La labor del Relator Especial tiende a ofrecerles protección y, paralelamente, a jerarquizar la labor de la justicia defendiendo su independencia y su importante tarea. Otra actividad clave la constituyen las misiones a países. Dichas visitas son una herramienta sumamente ágil y eficiente para entablar un diálogo directo con todos los actores nacionales que participan de la Justicia y resguardan su independencia.

I. ORIGEN Y ALCANCE DEL MANDATO

El mandato fue formalmente establecido en 1994 por la Comisión de Derechos Humanos (1) —hoy Consejo de Derechos Humanos (2)—. Se trataba de determinar, investigar y registrar cualquier quebrantamiento de la independencia de los magistrados, de los abogados y de los auxiliares de Justicia; y de registrar los progresos realizados en la protección y el fortalecimiento de dicha independencia, en particular, sobre la base del examen de denuncias y de información procedente de distintas fuentes sobre situaciones y cuestiones concretas.

En un comienzo la Relatoría estaba dirigida sobre todo, a defender a aquellos jueces, abogados, fiscales y defensores que eran objeto de intimidación, de atentados o sufrían algún tipo de coacción por el ejercicio de sus funciones. Con el tiempo, el mandato se amplió, al comprobar que se puede condicionar el funcionamiento de la Justicia a través de la presión directa y también de mecanismos de orden presupuestario y económico; y no sólo al Poder Judicial, sino también a los abogados y a los integrantes del Ministerio Público (considerado en nuestra legislación como extrapoder), por lo que se hace necesario examinar las disfunciones que podrían afectar el tema de la independencia. Esto es, a medida que se indaga, el mandato se amplía y hoy esta Relatoría abarca todo lo que es inherente al sistema judicial; no solamente la justicia ordinaria, sino también los tribunales de excepción, militares, administrativos, etc. Es decir, todo aquello que pueda

(1) Resolución 1994/41 de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, de 4 de marzo de 1994.

(2) A/RES/60/251 de la Asamblea General.

afectar la independencia de la Justicia es competencia de la Relatoría. (Ver Anexo I).

Procedimientos especiales de las Naciones Unidas

En el sistema de las Naciones Unidas, todos los Estados partes deben pasar en algún momento una suerte de "examen" en el Consejo de Derechos Humanos. El Consejo prevé la posibilidad de que un experto, o un grupo de trabajo, aborden el tratamiento de temas específicos. Además del concerniente a la independencia de jueces y abogados, existen otros relatores, como el que examina la problemática de la tortura; y otros grupos de trabajo, como por ejemplo sobre detenciones arbitrarias, desaparición forzada de personas, etc. Ellos conforman los llamados "procedimientos especiales" de la ONU (3).

La inmediatez de la noticia que hoy posibilitan las comunicaciones permite que nuestro trabajo se haya agilizado notablemente. En la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos en Ginebra recibimos información y denuncias de todo el mundo, primordialmente a través de Internet. Una vez establecida su pertinencia, se pueden llevar a cabo distintas intervenciones: efectuarse un *llamado urgente a un gobierno*, cuando se trata de una violación que se está configurando o se acaba de configurar; o bien una *carta de alegación*, un tanto más extensa, cuando se trata de una situación jurídica más compleja. Cuando hay inminencia, se actúa a través de un *comunicado de prensa* que se publica en las grandes agencias internacionales desde Ginebra, Nueva York y, frecuentemente, en el propio país, para

(3) La expresión "procedimientos especiales" se refiere a los mecanismos establecidos por la Comisión de Derechos Humanos y asumidos por el Consejo de Derechos Humanos para hacer frente, o bien a situaciones concretas en los países, o a cuestiones temáticas en todo el mundo. Actualmente, hay 29 mandatos temáticos y 9 mandatos por país. La Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos presta apoyo a estos mecanismos facilitándoles el personal y el apoyo logístico y de investigación necesarios para el desempeño de sus mandatos. Los procedimientos especiales pueden estar integrados por una persona (denominada "Relator Especial","Representante Especial del Secretario General", "Representante del Secretario General" o "Experto Independiente"), o por un grupo de trabajo compuesto por lo general de cinco miembros (uno de cada región). Los mandatos de los procedimientos especiales son establecidos y definidos por la resolución que los crea. Los titulares de mandatos de los procedimientos especiales cumplen su función a título personal y no reciben sueldo ni ninguna otra retribución financiera por su labor. El carácter independiente de los titulares de mandatos es fundamental para que puedan desempeñar sus funciones con total imparcialidad. Ver información completa en URL: http://www2.ohchr.org/spanish/bodies/chr/special/

tratar de incidir de una manera específica (4). El resultado de este trabajo se cristaliza en distintos informes con las características que se describen en el Anexo I. En el Anexo II me refiero a algunos casos que tuvieron mucha trascendencia, como el de Guantánamo, el de la Republica del Ecuador y el de Italia.

La importancia de esta tarea es que el material resultante de las intervenciones del Relator, de las visitas a países, de los informes generales que produce cada año y los informes especiales, es traducido y editado en las distintas lenguas de trabajo de Naciones Unidas, y sometido a tratamiento público tanto en el Consejo de Derechos Humanos como en la Asamblea General. Vale decir que, además de tratarse de un procedimiento que permite realizar un debate interactivo entre el Relator, los Estados, los representantes de Estados y las ONGs, ofrece la posibilidad de que ciertos temas de fondo como la lucha contra la impunidad; el derecho a la verdad; la problemática de la justicia en transición; la protección de los derechos humanos bajo los estados de excepción; la justicia militar; etc. sean objeto de un desarrollo particular en los informes generales que, con frecuencia, se convierten en verdaderos aportes en materia jurídica. Tal es el caso del derecho de acceso a la justicia, al que me referiré en particular en esta exposición.

II. CONTENIDO Y ALCANCE DEL DERECHO DE ACCESO A LA JUSTICIA

En junio de 2008 presenté un Informe General ante el Consejo de Derechos Humanos (5), profundizando en su capítulo III la temática específica del acceso a la justicia. En esta ocasión se me ha pedido que preste particular atención al fenómeno de la pobreza y su impacto sobre el acceso a la justicia, para lo cual habré de referirme, previamente, a las modalidades con que esta cuestión es receptada por

(4) Con relación a la Relatoría a mi cargo, durante 2006 se realizaron 100 llamamientos urgentes, de los cuales 98 se hicieron conjuntamente con otros relatores y 46 cartas de alegación (25 en forma conjunta con otros relatores) que comprendieron a situaciones en 63 países. En 2006 el número de intervenciones realizadas se incrementó en un 67 por ciento con respecto a 2005. Desde el 1º de enero de 2007 hasta el 29 de febrero de 2008 se han enviado 136 comunicaciones, 91 de las cuales fueron llamamientos urgentes (3 del mandato del relator y 88 en conjunto con otros mandatos) y 45 fueron cartas de alegación (11del mandato del Relator y 34 en conjunto con otros mandatos). Desde el 16/01/07 al 15/03/08 se enviaron comunicaciones a 51 países.

(5) Informe A/HRC/8/4 de 13 de mayo de 2008. párrafos 15 a 54.

el derecho internacional y las directivas jurídicas que éste da a los Estados para su tratamiento.

Desde esta perspectiva, el acceso a la justicia, *en tanto derecho humano fundamental*, representa para las personas la puerta de entrada a los distintos cauces institucionales provistos por los Estados para la resolución de sus controversias. Ello implica que, además de abstenerse de incurrir en violaciones, los Estados tienen la obligación positiva de remover los obstáculos que impiden o limitan el acceso a la justicia. *Como medio para exigir el goce o restablecimiento de otros derechos* (civiles, políticos, económicos, sociales, culturales, etc.) el acceso a la justicia no se agota con el ingreso de las personas a la instancia judicial, sino que se extiende a lo largo de todo el proceso, que debe sustanciarse de conformidad con los principios que sustentan el estado de derecho (juicio justo, garantías procesales, etc.) y se prolonga hasta la ejecución de la sentencia. Ello implica que el principio de igualdad, y las condiciones de accesibilidad y efectividad que deben reunir los medios establecidos por los Estados para el tratamiento de las controversias deben darse no sólo al inicio sino a lo largo de todo el proceso de su resolución. La ausencia de medios idóneos para el acceso a la justicia, en última instancia, priva a las personas del "derecho al derecho", al negarle los medios reales para su efectivo ejercicio.

Desde una perspectiva jurídica, la complejidad y riqueza del acceso a la justicia reside en que es un *derecho en sí mismo* y, a la vez, *el medio* que permite restablecer el ejercicio de aquellos derechos que hubiesen sido desconocidos o quebrantados. Al mismo tiempo, lo primero remite al complejo tejido de derechos con que se relaciona el acceso a la justicia; lo segundo, a las condiciones institucionales y materiales en que se desarrollan las actividades del sistema de administración de justicia y los factores que inciden en su funcionamiento. Esto último, siguiendo el camino iniciado por la jurisprudencia europea (6) y las modernas tendencias que amplían el concepto de acceso a la justicia a "la disponibilidad efectiva de cauces institucionales destinados a la protección de derechos y a la resolución de conflictos de variada índole, de manera oportuna y con base al ordenamiento jurídico" (7). Esta concepción, al referirse a cauces tanto institucio-

---

(6) Para el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el acceso a los tribunales comprende diversos derechos en favor de las partes y que se relacionan tanto con la organización y composición de las instituciones judiciales, como con la sustanciación de los procesos. ECHR, Case Brualla de la Torre v. Spain, 19/12/1997, 155/1996/774/975.

(7) J. M. Casal et al., Derechos humanos y acceso a la justicia, Caracas: Instituto Latinoamericano de Investigaciones Sociales, 2005, pág. 11.

nales como judiciales, incorpora los mecanismos alternativos de resolución de controversias que resultan de creciente importancia en ciertos contextos y con relación a algunos derechos y determinados grupos sociales.

Es importante reiterar que una de las particularidades del acceso a la justicia es su vinculación con el conjunto de los derechos y, en particular, con tres de ellos identificados como fundamentales. Nos referimos al *derecho a la tutela judicial* (juicio justo o debido proceso), al *derecho a un recurso efectivo* (8) y al *derecho a la igualdad* (9).

Derecho a un juicio justo

Está reconocido en el artículo 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; en el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y en los tratados de los diversos sistemas regionales de protección de los derechos humanos (10). Se refiere al acceso a un órgano jurisdiccional predeterminado, independiente e imparcial, que decida basándose en derecho tras un proceso que respete las garantías procesales. Como afirma el Comité de Derechos Humanos en su Observación General Nº 32, el artículo 14 es de naturaleza particularmente compleja y en él se combinan diversas garantías con diferentes ámbitos de aplicación: a) igualdad ante los tribunales; b) derecho a ser oído públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley; c) garantías procesales; d) derecho a una indemnización en caso de error judicial; y e) derecho a no ser juzgado o sancionado por un delito ya juzgado (*non bis in idem*). En el marco del acceso a la justicia resultan particularmente relevantes las tres primeras garantías.

Derecho a un recurso efectivo

Refuerza las condiciones de acceso a la justicia, en la medida en que suma garantías procesales efectivas como el amparo o el hábeas

---

(8) Artículo 2.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

(9) "En la medida en que la legitimidad del estado de derecho se apoya en una implementación efectiva del principio de igualdad ante la ley, las desigualdades para acceder a la justicia comprometen esa legitimidad que el Estado democrático tiene la necesidad de preservar y nutrir constantemente. La falta de igualdad de posibilidades de los ciudadanos en la defensa de sus derechos socava la legitimidad del Estado y las instituciones democráticas." A. M. Garro, "El acceso a la justicia y el 'derecho de interés público'", *Justicia y Sociedad*, vol. 2, 1999, pág. 52.

(10) Artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el artículo 6 de la Convención Europea de Derechos Humanos.

corpus a las exigencias y los requisitos de un juicio justo o del derecho a la tutela jurisdiccional. Esta última se aplica a las controversias que surgen del conjunto de derechos, mientras que el recurso efectivo está referido a la protección de algunos derechos específicos, reconocidos como fundamentales e identificados como tales en la constitución, la ley o los tratados internacionales. Así, por ejemplo, el párrafo 3 del artículo 2 del Pacto reconoce el derecho a este recurso, pero sólo con relación a los derechos que consagra. El artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos contempla el "derecho a un recurso sencillo y rápido" ante la violación de derechos "reconocidos por la constitución, la ley o la presente Convención". Vale decir que, en todos los casos, se refiere a un reconocimiento expreso. Sin embargo, la jurisprudencia ha realizado una interpretación armónica de ambos derechos al establecer que en las tramitaciones del recurso efectivo deban respetarse las garantías generales del debido proceso; además exige que el recurso disponible sea sencillo y rápido. Los órganos de control, en ocasión del examen de la admisibilidad de las comunicaciones y en la determinación del agotamiento —o no— de los recursos internos, definieron que el recurso debe: tener una existencia real y no sólo teórica; estar a disposición del afectado; ser adecuado para restablecer el goce del derecho lesionado; y asegurar la eficacia de la sentencia. En el sistema interamericano existe una importante jurisprudencia en materia de protección de las garantías procesales a favor de los derechos inderogables durante los estados de excepción. Algo similar sucede con el Comité de Derechos Humanos y la extensión de la inderogabilidad de las garantías del debido proceso recogidas en el artículo 14 del Pacto. De esta forma, el requisito de la competencia, independencia e imparcialidad de un tribunal es un derecho absoluto que no puede ser objeto de excepción alguna.

Derecho a la igualdad ante los tribunales

Este derecho lo consagra en forma genérica el párrafo 1 del artículo 14 del Pacto. El acceso debe garantizarse a todas las personas con independencia de su nacionalidad y condición administrativa para asegurar el derecho a exigir justicia. Esta garantía prohíbe también toda distinción relativa al acceso a los tribunales y cortes de justicia que no se base en derecho y no pueda justificarse con fundamentos objetivos y razonables, por lo que se prohíbe cualquier limitación por razones de raza, sexo, idioma, religión, opinión, origen nacional o social, posición económica, nacimiento u otra condición, por ejemplo estado civil (11). El acceso a la justicia debe ser libre y efectivo.

---

(11) Comité de Derechos Humanos, comunicación Nº 202/1986, *Alto del Avellanal c. el Perú*, párr. 10.2 (otorgando al marido el derecho a representar el

La primera característica remite a la prohibición de discriminación, de coacción y a una disposición favorable para con la admisión de la acción. Que sea efectivo significa que los cauces procesales deben ser los adecuados para que se pueda contar con asistencia legal precisa y que las acciones disponibles puedan realmente alcanzar el objetivo pretendido. Además de garantizar la entrada al proceso judicial, se trata de que esta igualdad en el acceso guíe la conducción de todo el proceso. El Comité de Derechos Humanos ha establecido que una situación en la que los intentos de acceder a los tribunales competentes se vean sistemáticamente frustrados *de jure* o *de facto* va en contra de la garantía reconocida en la primera oración del párrafo 1 del artículo 14 (12).

Igualdad de medios procesales (13)

La igualdad abarca también los derechos en materia de procedimiento y los medios procesales al alcance de las partes durante todo el proceso, salvo que la ley prevea distinciones justificadas por causas objetivas y razonables, sin que comporten desventaja efectiva para el procesado (14). Una importante jurisprudencia internacional cristaliza este derecho. Para el Comité, por ejemplo, no hay igualdad de medios procesales si el fiscal puede recurrir a una determinada decisión pero el procesado no (15).

Asistencia letrada

Es un elemento fundamental del acceso a la justicia. Según el Comité (16) debe reunir una serie de requisitos; entre otros, ser rápida,

---

patrimonio conyugal ante los tribunales, excluyendo así a la mujer casada del derecho de legitimación activa). *Vid.* también Comité de Derechos Humanos, Observación general Nº 18. No discriminación, párr. 7.

(12) Comité de Derechos Humanos, comunicación Nº 468/1991, *Oló Bahamonde c. Guinea Ecuatorial*, párr. 9.4.

(13) Ibíd., párr. 8.

(14) Consejo de Derechos Humanos, comunicación Nº 1347/2005, *Dudko c. Australia*, párr. 7.4; comunicación Nº 846/1999, *Jansen-Gielen c. los Países Bajos*, párr. 8.2; comunicación Nº 779/1997, *Äärelä y Näkkäläjärvi c. Finlandia*, párr. 7.4.

(15) Consejo de Derechos Humanos, comunicación Nº 1086/2002, *Weiss c. Austria*, párr. 9.6. También comunicación Nº 223/1987, *Robinson c. Jamaica*, párr. 10.4 (suspensión de audiencia).

(16) Consejo de Derechos Humanos, comunicación Nº 646/1995, *Lindon c. Australia*, párr. 6.5; comunicación Nº 341/1988, *Z. P. c. el Canadá*, párr. 5.4; comunicación Nº 985/2001, *Aliboeva c. Tayikistán*, párr. 6.4; comunicación Nº 964/2001, *Saidova c. Tayikistán*, párr. 6.8; comunicación Nº 781/1997, *Aliev c. Ucrania*, párr. 7.3; comunicación Nº 554/1993, *LaVende c. Trinidad y Tabago*, párr. 58; comunicación Nº 383/1989, *H. C. c. Jamaica*, párr. 6.3; comunicación

obtenerse en privado, ser confidencial y gratuita cuando no se cuente con medios para sufragarla. Otras cuestiones económicas han sido abordadas en reiteradas ocasiones por el Comité (17) como la imposición de las costas procesales y su influencia negativa sobre el ejercicio efectivo de este derecho (18).

Prestaciones positivas del Estado

El Estado debe abstenerse de realizar acciones que dificulten el acceso a la justicia o que imposibiliten la labor de los actores del sistema judicial: jueces, abogados y fiscales (19). El acceso a la justicia requiere el establecimiento de un sistema judicial que permita la garantía de derechos y de otras medidas paralelas, como mecanismos y programas para facilitar la asistencia legal gratuita, tanto en causas penales como en el ámbito civil (20). Esta dimensión positiva de las obligaciones del Estado, también fuertemente reconocida por el sistema europeo (21) y el sistema interamericano (22), debe analizarse con relación a las condiciones socioeconómicas y otras como la edad, la orientación sexual, las condiciones físicas y psíquicas de las personas, etc. que tienen gravitación decisiva en acceso efectivo a la justicia.

Nº 253/1987, *Kelly c. Jamaica*, párr. 9.5; comunicación Nº 705/1996, *Taylor c. Jamaica*, párr. 6.2; comunicación Nº 913/2000, *Chan c. Guyana*, párr. 6.2; comunicación Nº 980/2001, *Hussain c. Mauricio*, párr. 6.3; comunicación Nº 917/2000, *Arutyunyan c. Uzbekistán*, párr. 6.3

(17) Consejo de Derechos Humanos, comunicación Nº 377/1989, *Currie c. Jamaica*, párr. 13.4; comunicación Nº 704/1996, *Shaw c. Jamaica*, párr. 7.6; comunicación Nº 707/1996, *Taylor c. Jamaica*, párr. 8.2; comunicación Nº 752/1997, *Henry c. Trinidad y Tabago*, párr. 7.6; comunicación Nº 845/1998, *Kennedy c. Trinidad y Tabago*, párr. 7.10.

(18) Consejo de Derechos Humanos, comunicación Nº 646/1995, *Lindon c. Australia*, párr. 6.4; comunicación Nº 779/1997, *Äärelä y Näkkäläjärvi c. Finlandia*, párr. 7.2.

(19) Esta dimensión negativa es la que aborda más específicamente la legislación británica. *Vid.*, M. Penfold Schoenborn, "The Access to justice Bill and Human Rights Act of 1998: Britain's legislative overhaul leaves the system scrambling to mend the safety net", *Buffalo Human Rights Law Review*, vol. 6, pág. 201.

(20) *Vid.* TEDH, *Airey c. Irlanda*, sentencia del 9 de octubre de 1979.

(21) Del razonamiento del tribunal en ese asunto se deduce que el Estado no sólo tiene la obligación de abstenerse de interferir el ejercicio del derecho al acceso a la justicia, sino también la obligación de adoptar acciones positivas y remover los obstáculos materiales que impiden su ejercicio efectivo. TEDH, *Airey c. Irlanda*, sentencia del 9 de octubre de 1979.

(22) Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión consultiva Nº 11/90, del 10 de agosto de 1998. Excepciones al agotamiento de los recursos internos; Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Fairen Garben y Solis Corrales*, ST de 15 de marzo de 1989, serie C, Nº 6, párr. 93.

III. INCIDENCIAS SOBRE EL ACCESO A LA JUSTICIA DE LA ESTRUCTURA Y EL FUNCIONAMIENTO DEL SISTEMA JUDICIAL

El acceso a la justicia está condicionado no sólo por la existencia de una estructura judicial sino por la forma en que la ésta funciona y está organizada.

1. Naturaleza y características de la jurisdicción

Tribunales ordinarios

Además de sus funciones jurisdiccionales, el Comité de Derechos Humanos ha puntualizado las cualidades que deben reunir los tribunales como, por ejemplo, ser establecidos por ley (23). Es condición *sine qua non*, para preservar su independencia e imparcialidad, no estar sometido a influencias o presiones externas, lo cual exige resortes institucionales que garanticen ambos requisitos (24). Retomando lo establecido en los Principios básicos sobre la independencia de la judicatura (25) el Comité afirma que toda situación en la que las funciones y competencias del poder judicial y del poder ejecutivo no estén claramente diferenciadas, o en la que el ejecutivo pueda controlar o dirigir al poder judicial, es incompatible con el concepto de un tribunal independiente (26). Desde su creación, la actividad de esta Relatoría demuestra, precisamente, que la percepción de la falta de independencia e imparcialidad incide negativamente en el ejercicio del derecho de acceder a la justicia. Aparte de generar desconfianza y hasta temor, empuja a las personas a no recurrir a la justicia. Dicha situación puede acarrear trabas de tipo estructural, aún mayores en países con altos índices de corrupción.

Instancias de mediación o arbitraje

Determinadas formas alternativas de resolución de conflictos administradas por órganos distintos a los tribunales de justicia

---

(23) Consejo de Derechos Humanos, comunicación Nº 263/1987, *González del Río c. el Perú*, párr. 5.2.

(24) Basic Principles on the Independence of the Judiciary, adopted by the Seventh United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders, Milan, 26 August to 6 September 1985, endorsed by General Assembly resolutions 40/32 of 29 November 1985 and 40/146 of 13 December 1985. Vid., en particular principios 2, 3 y 5.

(25) *Basic Principles on the Independence of the Judiciary, op. cit.*, en particular principios 1, 3 y 4.

(26) Comité de Derechos Humanos, comunicación Nº 468/1991, *Oló Bahamonde c. Guinea Ecuatorial*, párr. 9.4.

convencionales, pueden facilitar el acceso a la justicia ahorrando tiempo y dinero a sus destinatarios. La mediación y el arbitraje, por ejemplo, son cauces jurisdiccionales que admiten una mayor flexibilidad en cuanto a los procedimientos y la normativa aplicable, puesto que sus actores no tienen que ceñirse exclusivamente a derecho. Sin embargo, el recurso a mecanismos alternativos no debe conducir a una justicia subestándar ni tampoco obstruir el derecho a obtener el pronunciamiento de un tribunal. Así, es preciso regular estos cauces emergentes, a la par que delimitar sus competencias ya que no pueden sustituir siempre a la administración de justicia por parte de un órgano judicial y, en todo caso, deben respetarse los elementos fundamentales del debido proceso y preservarse la independencia e imparcialidad de quienes administran tales cauces.

Tribunales especiales

En diversos países se han establecido tribunales especiales integrados por jueces anónimos en el marco de la lucha contra el terrorismo. Estos tribunales cercenan elementos básicos del derecho a un juicio justo. Por ejemplo, la publicidad del proceso es muy limitada o nula, al extremo de que muchas veces tienen lugar sin que estos se conozcan. Además, suelen excluir de la sala de vistas al propio acusado y a su abogado (27) y sus propias actuaciones tendientes al supuesto esclarecimiento del caso (28). La información se restringe también entre las partes y se suele denegar el derecho del acusado a comunicarse con sus abogados, en especial cuando se encuentra en situación de detención incomunicada (29); y se adoptan graves restricciones sobre el derecho a citar e interrogar o pedir que se interrogue a testigos (30).

Comisiones administrativas con rango de tribunales militares o de excepción

Anteriores informes de esta Relatoría denunciaron las graves violaciones a los derechos humanos, en particular a un juicio justo, acae-

---

(27) Comité de Derechos Humanos, comunicación Nº 1298/2004, *Becerra Barney c. Colombia*, párr. 7.2.

(28) Comité de Derechos Humanos, comunicaciones Nos. 577/1994, *Polay Campos c. el Perú*, párr. 8.8; 678/1996, *Gutiérrez Vivanco c. el Perú*, párr. 7.1; 1126/2002; *Carranza Alegre c. el Perú*, párr. 7.5.

(29) Comité de Derechos Humanos, comunicaciones Nos. 577/1994, *Polay Campos c. el Perú*, párr. 8.8; 1126/2002, *Carranza Alegre c. el Perú*, párr. 7.5.

(30) Comité de Derechos Humanos, comunicaciones Nos. 678/1996, *Gutiérrez Vivanco c. el Perú*, párr. 7.1; 1126/2002, *Carranza Alegre c. el Perú*, párr. 7.5; 1125/2002, *Quispe Roque c. el Perú*, párr. 7.3; 1058/2002, *Vargas Mas c. el Perú*, párr. 6.4.

cidas en los últimos años como consecuencia del establecimiento de tales instancias en el contexto de la lucha contra el terrorismo o la aplicación de leyes de seguridad nacional, o bien durante la vigencia de estados de excepción. Ejemplo de lo primero es el informe sobre la situación de los detenidos en la bahía de Guantánamo (31). El requisito de competencia, independencia e imparcialidad de un tribunal en el sentido del párrafo 1 del artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos es un derecho absoluto que no puede ser objeto de excepción alguna, y cualquier proceso que no cumpla estas exigencias vulnera el derecho de acceso a la justicia.

2. Condiciones para el ejercicio de la profesión y la función de los actores en el sistema judicial

Jueces: Para garantizar la plena independencia de la judicatura, el Comité de Derechos Humanos se ha referido a los procedimientos y las calificaciones para el nombramiento de los jueces y demás garantías relacionadas con su seguridad en el cargo (32), las condiciones que rigen los ascensos, traslados, la suspensión y el cese en sus funciones. Entre las cuestiones que pueden condicionar, no sólo la función jurisdiccional sino el ejercicio del derecho de acceso a la justicia, se destacan la escasez de jueces o su inaccesibilidad por las razones de distancia ya expuestas, y las circunstancias materiales en las que se ejerce la magistratura, la formación que han recibido los jueces y los mecanismos y leyes instituidos para preservar su independencia e imparcialidad. A modo de ejemplo, me remito a mi informe sobre una misión al Kazajstán (E/CN.4/2005/60/Add.2).

Abogados: Aunque no integran la estructura judicial, los abogados juegan un rol esencial en el derecho a la justicia, en el acceso a la justicia y, especialmente, en el derecho a la defensa. Para cumplir su función necesitan un marco jurídico e institucional que posibilite el libre ejercicio de su labor profesional y la existencia de una cultura judicial que les permita reunirse con sus clientes en privado y comunicarse con los acusados en condiciones que garanticen plenamente el carácter confidencial de sus comunicaciones. Sin embargo, la experiencia de esta Relatoría prueba la frecuencia con la que se encuentran sometidos a presiones, intimidaciones y condicionamientos, que

---

(31) E/CN.4/2006/120.

(32) Así, por ejemplo, ha mantenido que la destitución de jueces por el poder ejecutivo, por ejemplo antes de la expiración del mandato para el que fueron nombrados, sin que se les dé ninguna razón concreta y sin que dispongan de una protección judicial efectiva para impugnar la destitución, es incompatible con la independencia del poder judicial. Comité de Derechos Humanos, comunicación Nº 814/1998, *Pastukhov c. Belarús*, párr. 7.3.

muchas veces se traducen en detenciones, atentados, desapariciones, etc. En muchos países, su trabajo se ve condicionado por complejos regímenes normativos que regulan la concesión y renovación de las licencias para el ejercicio profesional; en ocasiones se da el extremo, por ejemplo, de que sea el ministerio fiscal el que decide o aconseja al ejecutivo acerca de su pertinencia. Directa e indirectamente, todas estas circunstancias afectan seriamente el acceso a la justicia. Por otro lado, son numerosos los cauces instituidos para proporcionar asistencia letrada a aquellos que carecen de los recursos económicos necesarios (33). En algunas ocasiones, el Estado acuerda con abogados particulares o colegios de abogados la prestación de servicios que luego son reembolsados por el Estado (34). En otros casos, el abogado ejerce su función como si se tratara de un funcionario remunerado por el Estado para prestar asistencia jurídica gratuita (35); estos son los "defensores oficiales". La institucionalización de la defensa pública en el ámbito del Estado ofrece distintas modalidades, estructurándose dentro de los poderes judiciales, los ministerios de justicia o como entidades con autonomía funcional y autarquía financiera; esta orientación se acrecienta en América Latina. Suele preverse también la contratación de abogados externos. En algunos países se han desarrollado iniciativas por parte de ONG y universidades, como las clínicas jurídicas y otras modalidades de provisión del servicio. En algunos casos particularmente sensibles o que afectan a un gran números de personas (medio ambiente, protección de los consumidores o de la salud pública, lucha contra la impunidad), la representación de las víctimas es ejercida por ONG o por abogados que representan intereses sociales más amplios. El objetivo es conseguir salvar las barreras que determinados grupos encuentran para el acceso a la justicia: falta de información, temor, altos costos del litigio, o el hecho de que, consideradas individualmente, las violaciones resultan de poca entidad. Las reclamaciones colectivas tienen efectos positivos sobre la duración y los costos del proceso, y agilizan también el operar de la administración de justicia. Además, puede verse en estas acciones un saludable mecanismo para incidir en la agenda política y social, y

---

(33) *Vid*, por ejemplo E. Blankenburg, "Comparing Legal Aid Schemes in Europe", *Civil Justice Quarterly*, vol. 11, 1992, págs. 106 a 114; H. Hirte, "Access to courts for indigent persons: a compartive analysis of the leagal framework in teh United Kingdom, United States and Germany", *Civil Justice Quarterly*, vol. 11, 1992, ps. 92 a 123.

(34) Caso de Francia, *vid*., F. Tietgen, "The Paris Bar: Access to justice and access to legal advise", *Fordham International Law Journal*, vol. 24, 1999-2000, pág. 220.

(35) En el caso del Canadá se combinan ambos sistemas. *Vid.,* http://www.canlaw.com/ legalaid/aidoffice.htm.

para salvar también la endeble calidad de determinadas instituciones y regímenes democráticos (36).

Ministerio público: El buen funcionamiento de esta institución participa de las condiciones de ejercicio del derecho de acceso a la justicia. Los Principios para su buen funcionamiento contienen directivas a los gobiernos para garantizar su desempeño, tanto en su principal función de ejercer la acción pública, como en las de garantizar la legalidad, preservar los derechos humanos y desarrollar labores investigativas cuando estas funciones les son también atribuidas. Sin embargo, como Relator Especial me he visto obligado a intervenir en numerosas oportunidades donde la labor de los fiscales se veía interferida, o bien veían afectados sus derechos debido a su desempeño. Fruto de una reciente evolución, los fiscales han visto ampliar sus funciones y consolidar mayores márgenes de independencia funcional, con más posibilidad de actuación en pos del acceso a la justicia.

Defensores públicos: Hasta que el Estado empezó a asumir los costes de la asistencia jurídica a personas sin suficientes recursos para costeársela, eran las universidades o los colegios de abogados los que asumían la provisión de la ayuda legal; a través de los bufetes populares en el primer caso, o por sistema de listas o turnos rotatorios en el segundo, bajo el entendimiento de que se encontraban frente a una obligación moral (37). Sin embargo, en la actualidad los Estados han asumido internacionalmente la obligación de garantizar el acceso a la justicia y el derecho de defensa, para lo cual deben adoptar políticas públicas e instrumentar, en su caso, servicios sociales. Como resultado también de una evolución reciente, algunos países han conferido a los defensores públicos atribuciones de verdaderos magistrados. En América Latina, los porcentajes de representación de casos penales por parte de los defensores públicos, suelen superar el 80% de los casos totales del sistema. En Argentina, el 60% de las personas en los juicios orales son defendidos por defensores oficiales (38).

---

(36) En mis informes de las misiones que he realizado, por ejemplo, en países de la ex Unión Soviética —Kirguistán, Kazajistán, Tayikistán—, he podido comprobar que el proceso está sometido a la presencia dominante —todavía como herencia del antiguo régimen— de la Procuraduría. Esta representa el interés del Estado tanto en la acusación como en la investigación y difícilmente arbitra justicia de una manera distinta a como lo solicita el procurador. Es decir, que el juez y el abogado aparecen de una manera muy desdibujada en la administración de justicia, y el derecho de defensa muy debilitado

(37) F. Tietgen, "The Paris Bar: Access to justice and access to legal advise", *Fordham International Law Journal,* vol. 24, 1999-2000, pág. 219.

(38) López Puleio, María Fernanda (2002), "Justicia penal y defensa pública" y Martínez, Stella Maris, "Defensa pública, derecho del pueblo" en *Defensa*

3. Impacto de la corrupción y la morosidad de la justicia

Es consustancial a una administración de justicia eficiente su transparencia y ágil expedición. Como Relator Especial he tenido oportunidad de referirme en profundidad a estas cuestiones en diversos informes por lo que el señalamiento está dirigido a reiterar que el flagelo de la corrupción y de la morosidad de la justicia constituyen dos de los factores que mayor incidencia negativa tienen sobre todo el sistema judicial.

IV. Acceso a la justicia con relación a los derechos económicos, sociales y culturales

Como resultado de diversos factores políticos e ideológicos, los derechos económicos, sociales y culturales tuvieron desde su consagración un desarrollo normativo y jurisprudencial sensiblemente menor al experimentado por los derechos civiles y políticos. Esta disparidad obedece, en lo fundamental, a las limitaciones impuestas a la exigibilidad jurídica de los primeros, de allí la importancia crucial que reviste hoy el acceso a la justicia para esta categoría de derechos. Al respecto, resulta alentadora la evolución jurisprudencial y doctrinaria que ha tenido lugar en los dos últimos decenios. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, por ejemplo en su Observación general Nº 3 (1990), sobre la índole de las obligaciones de los Estados Partes, señala que los derechos reconocidos en el Pacto conllevan obligaciones inmediatas no sujetas a la disponibilidad de recursos ni a su desarrollo progresivo (39), y en su Observación general Nº 9 (1998) sobre la aplicación interna del Pacto subraya que los medios utilizados por los Estados para hacer efectivos dichos derechos son ineficaces si no se refuerzan o complementan con recursos judiciales; y si bien el derecho a un recurso efectivo no debe interpretarse necesariamente como una exigencia permanente o exclusiva a un recurso judicial, es conveniente establecer un derecho último de apelación judicial ante los órganos jurisdiccionales (40).

Pública, Revista Latinoamericana de Política Criminal Nº 5, Buenos Aires, ps. 23 a 48 y 49 a 58.

(39) *Vid*. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación general Nº 3: La índole de las obligaciones de los Estados Partes, HRI/GEN/1/Rev.7, 12 de mayo de 2004.

(40) Comité Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación general Nº 9: La aplicación interna del Pacto, E/C.12/1998/24, 3 de diciembre de 1998.

En materia de *exigibilidad*, un paso decisivo representa el proyecto de protocolo adicional al Pacto (41) ya que permitirá presentar al Comité quejas individuales contra violaciones de los derechos económicos, sociales y culturales (42).

Uno de los problemas más álgidos que presenta esta categoría de derechos es la escasa *ejecutoriedad de las sentencias*, hecho que afecta el acceso a la justicia, cuando no se cuenta con medios para ejecutar las decisiones. En esta intersección entre el acceso a la justicia y el derecho a un recurso efectivo es donde los derechos económicos, sociales y culturales apuntan a su exigibilidad (43). El poder judicial desempeña un importante rol en este contexto. Así, los operadores judiciales, no sólo pueden estimular, a través de sus sentencias, políticas públicas que repercutan en beneficio de los colectivos a los que van dirigidas, sino que pueden prever cauces para garantizar su implementación (44).

El sistema interamericano (45) ha fijado los principios y estándares que deben guiar la tutela judicial de los derechos económicos sociales y culturales, estableciendo:

a) La obligación de los Estados de remover los obstáculos económicos y financieros para garantizar el acceso a los tribunales. Los criterios para conceder la asistencia gratuita incluyen la disponibilidad de recursos de los afectados, la complejidad

---

(41) *Vid*. Documentos de la Coalición para la adopción de un protocolo adicional al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y http://www.opicescr-coalition.org/ y documentos del Grupo de Trabajo de Naciones Unidas para un protocolo adicional al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, http://www.ohchr.org/english/issues/escr/intro.htm; el borrador del protocolo está disponible en A/HRC/6/WG.4/2, de 3 de abril de 2007.

(42) Cabe insistir en el hecho de que este instrumento no crearía nuevas obligaciones ni extendería las obligaciones ya existentes que los Estados Partes aceptaron al ratificar el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Únicamente se establecería un nuevo mecanismo de exigibilidad para que, en efecto, se cumplan las obligaciones ya existentes por los Estados. El artículo 2 del Pacto establece la obligación de tomar las medidas necesarias para que con el máximo de los recursos disponibles del Estado se logre progresivamente la efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales. Los Estados, al adoptar el posible protocolo estarían tomando una nueva medida para lograr la realización de dichos derechos en el plano internacional.

(43) *Vid*. Leandro Despouy, informe A/HRC/4/25, 18 de diciembre de 2006, pág. 8, párr. 21.

(44) V. Abramovich, "Acceso a justicia y nuevas formas de participación en la esfera pública", *Acceso a la justicia como garantía de igualdad*, Buenos Aires, Ed. Biblos, 2006, pág. 66.

(45) Estudio sobre el acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales, OEA/Ser.L/II.129, 4 de septiembre de 2007.

del caso (por ejemplo acciones de inconstitucionalidad) y la importancia de los derechos afectados.

b) La vigencia de las reglas del debido proceso en los procedimientos administrativos relativos a estos derechos. El recurso judicial para revisar el actuar de la administración, no sólo debe ser rápido y efectivo, sino también económico o asequible. Los componentes del debido proceso en la materia incluyen el principio de igualdad de armas ante la notoria desigualdad en que suelen encontrarse las partes en este tipo de litigios (trabajadores y empleadores, beneficiarios y Estado prestador) y la necesidad de contar con garantías adicionales a las establecidas en los instrumentos internacionales para compensar o reparar toda desventaja real con relación a un juicio justo, al principio de igualdad ante la ley y a la prohibición de la discriminación.

c) El derecho a contar con una decisión fundada relativa al fondo del asunto, en un plazo razonable, y los criterios para su determinación: complejidad del asunto, actividad procesal del interesado, conducta de las autoridades judiciales, finalidad del procedimiento, naturaleza de los derechos en juego. Además, el plazo debe contarse desde el inicio de las actuaciones administrativas y no desde la llegada del caso a la etapa judicial, y debe incluir los trámites de ejecución de sentencia.

d) Los componentes del Derecho a un Recurso Efectivo de esta categoría de derechos, tanto en su dimensión individual como colectiva. Ello implica que sin perjuicio del análisis prolongado sobre el fondo de la cuestión se provean las medidas procesales que permitan el resguardo inmediato e incluso cautelar o preventivo de los derechos sociales. Estas medidas deben consistir en recursos sencillos, urgentes, informales, accesibles, de escasa exigencia probatoria, tramitados como acciones individuales o colectivas (lo que implica una legitimación activa amplia), por órganos independientes.

e) El derecho a la Tutela Judicial Efectiva. Se ha establecido que requiere del acatamiento de las decisiones judiciales tanto cautelares como definitivas entendiendo que la ejecución de estas últimas forma parte integrante del mencionado derecho. Esto reviste particular importancia frente al hecho de que generalmente son entes estatales los que deben ejecutar las sentencias y de ordinario cuentan con privilegios procesales como la inembargabilidad o simplemente invocan normas de emergencia, de índole presupuestaria, para incumplir o diferir su ejecución, particularmente en materia de seguridad social.

V. EL IMPACTO DE LA POBREZA, LA EXTREMA POBREZA Y DEMÁS FACTORES SOCIO ECONÓMICOS SOBRE EL ACCESO A LA JUSTICIA

Los factores económicos suelen tener un enorme impacto en el acceso a la justicia. Su vertiente estructural se relaciona con la escasa dotación presupuestaria de los ministerios de justicia, la insuficiente formación de los profesionales de la justicia, la precariedad de las instalaciones, las dilaciones de los procesos, la obsolescencia de instrumentos para realizar peritajes y análisis técnicos, la insuficiencia de las partidas destinadas a la asistencia jurídica gratuita, etc. Son temas que directa e indirectamente afectan el acceso a la justicia y que como Relator Especial abordo particularmente en las visitas a países.

Para las personas, los procesos judiciales pueden ser muy gravosos económicamente. Los costos incluyen el inicio del procedimiento, su mantenimiento y posibles dilaciones. A ellos se suman los honorarios de los abogados y otros gastos como los de transporte y la disminución de la actividad laboral que puede conllevar un proceso judicial. Diversos estudios indican que los costos pueden llegar al 30, 50 y hasta 60% del valor de disputas por causas patrimoniales con montos reclamados poco importantes (46). Proporcionalmente, afectan más a los sectores sociales con menores recursos, y la jurisprudencia y la doctrina han llegado a considerar que la imposibilidad de pagar la asistencia legal o cubrir los gastos derivados del proceso configura una verdadera discriminación (47) cuando la posición económica de una persona la coloca en condiciones de desigualdad ante la ley. Los instrumentos y la jurisprudencia internacionales receptan esta realidad y prevén una serie de exigencias directamente relacionadas con el acceso a la justicia. Es así como los Principios básicos sobre la función de los abogados, además de la gratuidad de la asistencia letrada en los procesos penales, exigen que los gobiernos aseguren financiación suficiente y otros recursos (por ejemplo servicios legales) para personas en situación de pobreza o desfavorecidas (48). El inciso d) del párrafo 3 del artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos garantiza el derecho de los acusados a que se les nombre un defensor de oficio siempre que el interés de la justicia lo exija y, gratuitamen-

---

(46) A. M. Garro, "Acceso a la justicia y el 'derecho de interés público'", revista *Justicia y Sociedad*, vol. 2, 1999, pág. 50.

(47) H. Birgin, B. Kohen, "El acceso a la justicia como derecho", H. Birgin, B. Kohen (Comp.), Acceso a la justicia como garantía de igualdad, Buenos Aires, Biblos, pág. 17.

(48) Principios básicos sobre la función de los abogados, aprobados por el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, La Habana, 27 de agosto a 7 de septiembre de 1990, Ppo. 3.

te, cuando se trata de personas carenciadas. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que el proceso debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia. Más aun, la existencia de condiciones de desigualdad real obliga a adoptar medidas compensatorias para reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impiden o reducen la defensa eficaz de los propios intereses (49). Además, la Corte dictaminó que toda persona cuya situación económica le impida pagar la asistencia legal necesaria o cubrir los costos del proceso, "queda discriminada por motivo de su posición económica y colocada en condiciones de desigualdad ante la ley" (50).

Extrema pobreza: Los condicionantes económicos adquieren una dimensión superlativa cuando se suman a otros de naturaleza social, cultural, laboral, etc., y conducen a la marginación y exclusión social. Aquí, la problemática del acceso a la justicia reviste un carácter totalizador pues se extiende al ejercicio efectivo del conjunto de los derechos humanos. En realidad, nada es más revelador de la indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos que la extrema pobreza, ya que quienes viven en ella ven comprometidos cada uno de los aspectos de su propia existencia (51): pésimas condiciones de vida, hábitat insalubre, ausencia de domicilio, falta de inscripción en los registros civiles, desempleo, mala salud, educación insuficiente, marginación, etc. Cada una de estas precariedades incide negativamente sobre las otras conformando así una suerte de círculo vicioso de la miseria, que se agrava por una fuerte tendencia a la perpetuación, configurando un engranaje infernal que priva a las personas de ejercer de forma efectiva el conjunto de sus derechos humanos. En mi anterior condición de Relator Especial de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección de las Minorías, analicé esta temática en el informe: E/CN.4/Sub.2/1996/13. Los motivos de mayor gravitación por los que los más pobres ven obstaculizado su acceso a la justicia incluyen: a) la situación de indigencia; b) el analfabetismo o la falta de instrucción e información; c) la complejidad de

---

(49) Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión consultiva Nº 16/99 de 1º de octubre de 1999, Derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal, párr. 119.

(50) Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión consultiva Nº 11/90, de 10 de agosto de 1998, Excepciones al agotamiento de los recursos internos, párr. 22.

(51) Leandro Despouy, Relator Especial sobre la extrema pobreza, Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías. Informe final sobre los derechos humanos y la extrema pobreza, E/CN.4/Sub.2/1996/13, 28 de junio de 1996, párrs. 3, 4, 5, 7 y 8, aprobado por la Comisión de Derechos Humanos, http://www.unhchr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/0/3b8458e534d255b58025669e0050ce6e?Opendocument.

los procedimientos; d) la desconfianza, incluso el miedo, debido a su negativa experiencia con la justicia, sea porque a menudo se encuentran en situación de acusados, sea porque sus denuncias se vuelven contra ellos; e) la lentitud de la justicia, a pesar de que sus denuncias se refieren a menudo a aspectos muy delicados de la vida que exigirían una solución rápida, como la devolución de los hijos; f) el hecho de que en muchos países no les está permitido hacerse acompañar o representar por asociaciones de solidaridad, que podrían también constituirse en parte civil. Vale insistir sobre el hecho que la temática y sus implicancias sobre los derechos humanos, si bien han sido abordadas esencialmente con relación a las garantías que tutelan el derecho de defensa (nombramiento de un abogado de oficio o defensor oficial, gratuidad del patrocinio letrado, etc.) y en salvaguarda del principio de igualdad ante la ley, son mucho más complejas, como lo señaló el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial. Baste sumar al extenso catalogo de derechos humanos afectados la absoluta impunidad con que pueden ser violados, tal como lo ilustran los asesinatos impunes de niños de la calle y vagabundos por parte de "escuadrones de la muerte" en diversos países de América Latina. Cuando las autoridades pretenden identificarlos advierten que muchos de ellos no figuran en los registros oficiales, es decir, que incluso carecen de existencia jurídica.

Dificultades experimentadas por grupos específicos

Bajo el paraguas del principio de igualdad, la ley debe tratar no sólo de equiparar jurídicamente a todos los ciudadanos, sino de considerar también la diversidad entre los sujetos. En atención a esta diversidad, garantizar a todos el derecho de acceder en condiciones de igualdad a tribunales independientes significa atender a ciertos grupos poblacionales de modo específico, ofreciendo una protección diferenciada (52). La ausencia de políticas públicas para eliminar los obstáculos que dificultan el acceso a la justicia para todas las personas, tiene una incidencia mayor en aquellos sectores que se encuentran en situación de vulnerabilidad, extrema pobreza (53) y desventaja cultural, económica o social (54).

---

(52) J. M. Casal, y otros, *Derechos humanos, equidad y acceso a la justicia,* Ed. Instituto latinoamericano de Investigaciones, Caracas, 2005, pág. 114; N. Gherardi, "Notas sobre acceso a la justicia y servicios jurídicos gratuitos en experiencias comparadas: ¿un especio de asistencia posible para las mujeres?", *Acceso a la justicia como garantía de igualdad,* Buenos Aires, Ed. Biblos, 2006, pág. 9

(53) *Vid*. Informes sobre "Los derechos humanos y la extrema pobreza", E/CN.4/Sub.2/1994/19; E/CN.4/Sub.2/1995/15, E/CN.4/Sub.2/1996/13.

(54) J. H. Lam, "The rise on the NGO in Bangaldesh: lesson on improving access to justice for women and religious minorities", *George Washington Law Review*, Nº 38, págs. 121 y 122.

No desarrollaré en esta oportunidad las dificultades que afectan a los pueblos indígenas; a la mujer; a apátridas, migrantes (55) y victimas de discriminación racial; y a niños, niñas y adolescentes, temas que están desarrollados en el Informe (56). Al respecto evoco y recomiendo vivamente la adopción y difusión de las *"Reglas de Brasilia"*, adoptadas en la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, en marzo de 2008, por los presidentes de las cortes y tribunales superiores de justicia de los consejos de la judicatura de Iberoamérica,.

Las *"100 Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condiciones de vulnerabilidad"* (57) enumeran las medidas aconsejables para garantizar el acceso a la justicia de las personas más vulnerables por razones de edad, discapacidad, pertenencia a comunidades indígenas o minorías, victimización, migración o desplazamiento interno, pobreza, género o privación de libertad. Su importancia reside en que tienen como destinatarios a todos los actores del sistema de justicia y a quienes intervienen de una u otra forma en él. De esta manera el propio sistema de justicia puede contribuir sustancialmente a la reducción de las desigualdades, favoreciendo la cohesión social.

Anexo I

Mandato del Relator Especial sobre la independencia de los jueces y abogados

El 14 de agosto de 2003, el Presidente de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas me nombró Relator Especial sobre in-

---

(55) Con posterioridad a esta Conferencia se conoció la "Directiva de Retorno" del Parlamento Europeo que trató el 24 de julio en Consejo de la Unión Europea y que se refiere a los inmigrantes. Esta resolución ha suscitado un creciente rechazo en la comunidad internacional. Las duras restricciones a la inmigración que está introduciendo la Unión Europea representan un severo retroceso, una negación de la realidad y una trasgresión a derechos y garantías consagradas por acuerdos internacionales. En mi condición de Relator Especial de la ONU, junto a otros ocho relatores y el Grupo de trabajo sobre Detenciones Arbitrarias rechazamos enérgicamente esta Directiva. Ver texto completo en URL: www.oacnudh.org.gt/documentos/comunicados/2008722175630.Directiva%20de%20Retorno%20UE%20(18jul08).doc

Ver también artículo de Leandro Despouy "Europeos, no levanten ese muro", publicado en el diario "Clarín" de Buenos Aires, el 24 dio de 2008. URL: http://www.clarin.com/diario/2008/07/24/opinion/o-01721741.htm

(56) "Dificultades experimentadas por grupos específicos" en Informe A/HRC/8/4, párrafos 48 a 53

(57) 100 reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en Condición de vulnerabilidad XIV Cumbre Judicial Iberoamericana. Disponible en URL: http://www.mpd.gov.ar/imagenes/sdooren/100reglasaccesojusticiavulnerables.pdf

dependencia de los jueces y abogados. Asumí entonces un mandato que con el tiempo se había consolidado y ampliado a partir de decisiones y pedidos sucesivos de la Comisión. Mi predecesor fue el magistrado malayo Param Cumaraswamy que tuvo nueve años de excelente desempeño.

A medida que la actuación de la Relatoría se extendía, en función de pedidos que se formulaban a la Comisión de Derechos Humanos —hoy Consejo de Derechos Humanos—, el mandato se iba consolidando y ampliando. Actualmente abarca el conjunto de los aspectos estructurales y funcionales del poder judicial y disfunciones como, por ejemplo, la corrupción en el propio sistema o la discriminación en el acceso a la Justicia que, en contextos extremadamente diversos, pueden afectar a los derechos humanos. Incluye la administración de justicia tanto en situaciones ordinarias como en períodos de conflicto o de transición. Abarca la Justicia civil y la militar, las jurisdicciones ordinarias y las excepcionales, así como las novedades relacionadas con la Corte Penal Internacional y los demás tribunales penales internacionales. Incluye asimismo el estudio temático de derechos como el derecho a la verdad, o el de acceso a la justicia en el contexto de la lucha contra la impunidad, la situación de la justicia en los periodos de transición.

La amplitud actual del mandato obedece tanto a la evolución de la agenda internacional como al hecho de que, siendo la Justicia una de las bases del sistema democrático y del estado de derecho, la independencia de los magistrados y de los abogados no puede examinarse sin prestar atención al contexto institucional más amplio y a los diversos factores que influyen en el funcionamiento del Poder Judicial.

Actividades de la relatoría

Desde lo operacional, las actividades ordinarias del Relator Especial revisten distintas modalidades:

- Transmitir a los Estados las alegaciones que se reciben sobre violaciones de la independencia del poder judicial y de los derechos de sus miembros y de los abogados, con miras a establecer la verdad y, en su caso, a obtener reparación. Ello, a través de llamamientos urgentes, cartas de alegación y comunicados de prensa sobre la base de la información recibida por parte de ONGs, entidades profesionales, etc.

- Visitar determinados países sobre la base de invitaciones de sus gobiernos para analizar la situación estructural y funcional del poder judicial y demás actores nacionales interesados, con el fin de formular recomendaciones destinadas a reforzar su independencia.

- Promover la aplicación de normas y principios relativos al funcionamiento independiente del Poder Judicial y a la elaboración de las normas complementarias que se requieran.

- Analizar todas aquellas cuestiones que, en principio, puedan afectar la administración de la justicia con miras a formular, cuando proceda, recomendaciones encaminadas a salvaguardar y fortalecer la independencia de la magistratura y la abogacía.

- Promover el conocimiento y el respeto de los principios del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario por el Poder Judicial.

- Participar en reuniones y actos internacionales, regionales y nacionales sobre temas afines al mandato.

- Promover la prestación de servicios de asesoramiento o de asistencia técnica destinados a fortalecer la independencia de la magistratura y la abogacía a los Estados interesados.

Elaboración y presentación de informes

De acuerdo con la práctica ya señalada, los insumos provenientes de la actividad del Relator Especial sirven de sustento a la redacción de tres tipos de informes cuyas características y alcance se explican a continuación. Esos informes eran examinados anualmente por la Comisión de Derechos Humanos. Desde 2006 son examinados por el Consejo de Derechos Humanos y también se elevan a la Asamblea General, en el contexto de un debate público, a través de un procedimiento interactivo con intervención de los distintos Estados y de las organizaciones no gubernamentales. Una vez concluido ese proceso, se adoptan resoluciones y, a veces, la ampliación temática del mandato.

a. Informes generales

Los informes generales están destinados no sólo a dar cuenta del conjunto de las actividades del Relator Especial a lo largo del año concluido, sino también a destacar el análisis de temas de particular relevancia y actualidad. Se trata, por ejemplo, del impacto sobre el goce de los derechos humanos de las distintas medidas adoptadas por los países en la lucha contra el terrorismo, los múltiples desafíos que enfrenta la Justicia durante los períodos de transición, las actividades que desarrolla la Corte Penal Internacional, los progresos en el conocimiento del derecho a la verdad, del acceso a la justicia, entre otras temáticas.

b. Informes sobre casos específicos en distintos países o territorios

Estos informes se publican tradicionalmente como Anexo 1 al informe general bajo el título "Country report". Incluyen una com-

pilación de todas las gestiones realizadas ante los Estados a raíz de alegaciones recibidas sobre situaciones que presuntamente afectan o podrían afectar a la estructura o el funcionamiento del Poder Judicial o a la labor de abogados víctimas de atentados, amenazas o injerencia en sus funciones y en el ejercicio de sus derechos. Igualmente, cuando se violan las garantías del debido proceso o se establecen regímenes especiales o regulaciones específicas durante estados de excepción, que violen los derechos humanos. Las intervenciones se concretan, como se dijera, a través de comunicaciones, cartas de alegación o llamamientos urgentes así como de comunicados de prensa. Los informes resumen las respuestas de los gobiernos y, cuando corresponde, presentan pedidos adicionales y recomendaciones destinadas a solucionar el tema de preocupación.

La experiencia indica que los llamamientos urgentes muchas veces desempeñan un papel preventivo o disuasivo de ciertas violaciones. Por otro lado, las cartas de alegación son una herramienta sumamente útil para solicitar información precisa y detallada a los gobiernos sobre aspectos jurídicos complejos, o situaciones de hecho de difícil determinación y, al mismo tiempo, facilitan el diálogo con los gobiernos. Los comunicados de prensa pueden desempeñar idéntico papel, aunque muchas veces su principal objetivo es alertar a la opinión pública sobre la gravedad de ciertas violaciones que ya se están cometiendo o a punto de cometer.

c. Informes sobre visitas in situ

Una de las actividades importantes de la relatoría incluye la realización de visitas a países para examinar la situación del Poder Judicial, el ejercicio de la profesión de abogado y todas las cuestiones vinculadas a la Justicia. Ofrecen como ventaja la posibilidad de dialogar en el terreno en forma provechosa con las autoridades nacionales, con las organizaciones no gubernamentales, las asociaciones de jueces y de abogados y demás actores del ámbito jurídico del país y de propiciar así avances decisivos.

Las visitas son objeto de un informe particular que incluye una descripción del sistema judicial del país, las principales verificaciones realizadas y las observaciones, conclusiones y recomendaciones formuladas, que más tarde serán sometidas a consideración del Consejo de Derechos Humanos. Claramente, cobra suma importancia la actividad de seguimiento ya que constituye el procedimiento necesario para incentivar, facilitar y supervisar que el gobierno y demás actores apliquen las recomendaciones que se formulen.

Buenos Aires, setiembre de 2008.

Anexo II

I. Informe Especial sobre la situación de los detenidos en la bahía de Guantánamo

La preocupación de la comunidad internacional por la situación de los detenidos en la bahía de Guantánamo y de quienes se encontraban en las cárceles administradas por las fuerzas de la Coalición en Iraq y Afganistán motivó que varios titulares de mandatos de la Comisión de Derechos Humanos solicitaran, infructuosamente, visitar dichos establecimientos. Durante la XI Reunión Anual de los Procedimientos Especiales, en junio de 2004, todos los titulares de mandato confiaron a cinco Relatores Especiales —Presidenta-Relatora del Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria, Leila Zerrougui; Relator Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados, Leandro Despouy; Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Manfred Nowak; Relatora Especial sobre la libertad de religión o de creencias, Asma Jahangir; y Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, Paul Hunt— la elaboración de un informe y solicitaron a los gobiernos que fueran "autorizados a visitar, conjuntamente y a la mayor brevedad posible, a las personas detenidas, encarceladas o procesadas por delitos de terrorismo u otras presuntas violaciones en Iraq, Afganistán, la base militar de Guantánamo, con el fin de garantizar, cada uno de ellos en el marco de su mandato, que las normas internacionales de Derechos Humanos se respetaban debidamente en relación con esas personas". A pesar de las numerosas comunicaciones enviadas e intercambiadas con el Gobierno de los Estados Unidos para visitar a los detenidos en la cárcel de Guantánamo, los expertos decidimos no realizar la visita proyectada, por cuanto las condiciones ofrecidas por los Estados Unidos, además de limitarse a tres expertos y un solo día de estadía en el centro de detención, excluían la posibilidad de entrevistar en forma privada a los detenidos, en evidente contravención de las condiciones en que deben realizarse las misiones de las Naciones Unidas. No obstante ello, los expertos llevaron a cabo su cometido.

El informe E/CN.4/2006/120 consta de un estudio profundo basado en las respuestas del Gobierno de los Estados Unidos a un cuestionario que le remitiéramos los titulares de mandatos, en las entrevistas que realizamos a ex detenidos que en la actualidad residen o están detenidos en España, Francia y el Reino Unido, y en las respuestas de los abogados, en nombre de algunas personas detenidas en la bahía de Guantánamo. Así también, en información de dominio público, en particular, informes elaborados por ONG e información contenida en documentos oficiales de los Estados Unidos que han sido descla-

sificados o difundidos por los medios de comunicación. El informe plantea una serie de importantes y complejas cuestiones de Derechos Humanos en el ámbito internacional.

En síntesis, nuestro informe E/CN.4/2006/52 ratifica las afirmaciones contenidas en el informe anterior E/CN.4/2005/60, en cuanto a la aplicabilidad a los detenidos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario. Confirma que las Comisiones Militares han violado numerosos derechos fundamentales, particularmente los artículos 9° y 14 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, y cuestiona el funcionamiento del Tribunal de Determinación del Estatuto de los Combatientes y las Juntas Administrativas de Revisión.

Con respecto a las condiciones de detención, el informe censura las técnicas de interrogatorio, particularmente si se emplean de manera simultánea, pues constituyen tratos degradantes, en quebrantamiento de los artículos 7° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 16 de la Convención contra la Tortura. Más aun, si la víctima padeció grandes dolores o sufrimientos, ello constituye tortura tal como está definida en el artículo 1° de la Convención. Confirma que los detenidos han sido víctimas de violaciones al derecho a la libertad de religión en violación del artículo 18 de Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y de la Declaración de 1981. Reitera que las condiciones de detención constituyen una violación del derecho a la salud. Y expresa preocupación por los eventuales incumplimientos de las normas éticas por los profesionales de la salud del centro de detención, en particular, durante los interrogatorios.

El informe recomienda al Gobierno de los Estados Unidos:

- Enjuiciar con prontitud a todos los detenidos, de conformidad con el párrafo 3° del artículo 9 y con el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, o ponerlos en libertad sin más demora, así como considerar la posibilidad de enjuiciar a los sospechosos de terrorismo ante un tribunal internacional competente.

- Clausurar el centro de detención de la bahía de Guantánamo sin más demora.

- Abstenerse de toda práctica que constituya tortura, u otro trato o pena cruel, inhumano o degradante, discriminación fundada en la religión, o violación de los derechos a la salud y a la libertad de religión.

- Revocar inmediatamente todas las técnicas especiales de interrogatorio autorizadas por el Departamento de Defensa.

- Abstenerse de expulsar, devolver, extraditar o entregar a los detenidos a Estados donde hay motivos fundados para pensar que correrían el riesgo de ser torturados.

- Garantizar a cada detenido el derecho a presentar una queja sobre el trato que se le haya dispensado.

- Garantizar que todas las denuncias de tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes sean objeto de una minuciosa investigación por una autoridad independiente, y que sean enjuiciadas todos los responsables.

- Asegurar que todas las víctimas obtengan una indemnización justa y adecuada, incluidos los medios para su rehabilitación.

- Asegurar que no se alimente a la fuerza a ningún detenido.

Luego de la publicación del Informe, hubo un fuerte apoyo al pedido de cierre de Guantánamo por figuras e instituciones altamente influyentes, como el Secretario General de la ONU, la Alta Comisionada para los Derechos Humanos y organizaciones regionales como el Parlamento Europeo y la Presidencia de la Unión Europea.

Una anécdota ilustra las expectativas que generó este informe. En febrero de 2006, sorprendentemente, un borrador del informe se publicó como trascendido y fue portada de los principales diarios del mundo —entre ellos el New York Times—. Esta inusual propagación de un borrador de la ONU da cuenta de la sensibilidad e interés en un tema crucial que fue noticia en el mundo incluso antes de que lo tratara el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. (Ya en enero de 2005 se habían conocido los terribles abusos cometidos en la prisión iraquí de Abu Ghraib que también fueron objeto de reclamo de esta Relatoría).

En junio de 2008 y a pesar del rechazo del Informe por el gobierno de los EE UU, un fallo ejemplar de la Corte Suprema de ese país respaldó estas premisas y reconoció a los detenidos en Guantánamo el derecho de habeas corpus que la Constitución norteamericana reconoce a todos sus ciudadanos (58).

---

(58) "La Corte Suprema de los EE UU ha emitido un fallo (12/06/08) que reconoce el derecho de habeas corpus para los detenidos en la base militar de la Bahía de Guantánamo —sospechosos de terrorismo— y que deja muy atrás aquella antigua jurisprudencia que les negaba ese derecho por considerarlos "extranjeros en territorio extranjero". Se trata del tercer fallo que contradice la voluntad de la administración Bush, de impedir la aplicación de la ley norteamericana a las personas identificadas como "enemigos combatientes". Los fallos anteriores ya habían declarado la ilegalidad de las comisiones especiales creadas para juzgar a los detenidos en Guantánamo por ser violatorias de los Convenios de Ginebra y del Código de Justicia Militar estadounidenses. El fallo actual, sustentado en los casos de Boumedienev/Bush y Al-Odah v. Estados Unidos avanza sobre un tema crucial como es admitir la jurisdicción de los tribunales estadounidenses para que esos detenidos —actualmente unos 270— puedan invocar ciertas garantías,

II. El caso del Ecuador

El caso del Ecuador no sólo constituye un ejemplo acabado de la labor de la Relatoría sino que es, además, una muestra palpable de la importancia que tiene el Poder Judicial para la vida democrática de un país. La actividad desplegada por la Relatoría en el caso del Ecuador se trata en dos informes. Haré un sucinto relato:

Como se recordará, a fines de 2004, el Poder Judicial del Ecuador se encontraba en una grave crisis a consecuencia de la destitución inconstitucional de la Corte Suprema de Justicia, precedida de una medida similar con respecto a los miembros del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo Electoral. La situación política y social que se desencadenó a partir de estos acontecimientos generó un clima de inestabilidad institucional de tal magnitud que culminó con la destitución del Presidente de la República, Lucio Gutiérrez.

Apoyado en mi mandato y en respuesta a una invitación cursada por el Gobierno, visité el país en tres oportunidades. Tras la primera misión, elaboré el "Informe preliminar sobre la misión al Ecuador (E/CN.4/2005/60/Add.4) que fue presentado a la Comisión de Derechos Humanos el 29 de marzo de 2005, días antes de la caída del presidente Gutiérrez. Allí se insta a las autoridades a restablecer el estado de derecho y se formulan recomendaciones para constituir una Corte Suprema de Justicia independiente. En julio de 2005, visité el país por segunda vez, a fin de hacer un seguimiento de las recomendaciones formuladas en el Informe preliminar. La visita se llevó a cabo luego de la asunción del presidente Alfredo Palacio. El Congreso Nacional había aprobado la reforma de la Ley Orgánica de la Función Judicial que establecía un mecanismo *ad hoc* de selección de los miembros de la Corte Suprema, a través de un Comité de Calificación.

A fin de conferir mayor transparencia al proceso de selección de magistrados, se promovió, de conformidad con la legislación ecuatoriana y con los tratados internacionales, el establecimiento de veedurías nacionales e internacionales. El proceso de selección, que culminó con la designación de 31 jueces y 21conjueces de la Corte Suprema de Justicia, contó, por primera vez en la historia del Ecuador, con audiencias públicas y transparentes bajo el control ciudadano, en las que impugnantes e impugnados presentaron oralmente sus argumentos. Mi informe "Misión de seguimiento al Ecuador" de 31 de enero de 2006 (E/CN.4/2006/52/Add.2) da cuenta, detalladamente, de

---

como el hábeas corpus, que la Constitución norteamericana reconoce a todos sus ciudadanos". Leandro Despouy, "Un Fallo ejemplar y trascendente", artículo publicado en el diario La Nación, Buenos Aires, 13 de junio de 2008. Disponible en URL: http://www.lanacion.com.ar/exterior/nota.asp?nota_id=1021120.

las actividades que llevé a cabo para ayudar a resolver la crisis y que va desde la destitución inconstitucional de los miembros del Tribunal Constitucional, del Tribunal Supremo Electoral y de la Corte Suprema de Justicia ocurridas en noviembre y diciembre de 2004, hasta la integración de una nueva Corte Suprema de Justicia, acaecida el 30 de noviembre de 2005. En mi última visita, a pedido del gobierno, presencié la asunción de funciones de la nueva Corte Suprema.

Cabe destacar la originalidad de esta experiencia: el proceso se caracterizó por la transparencia, el control ciudadano, la supervisión por parte de observadores nacionales e internacionales y la participación de jueces de otros países de la región y de instancias internacionales de la órbita judicial. Asimismo, la presencia de las Naciones Unidas en el proceso de integración de la nueva Corte y la forma en que se articularon los distintos componentes del sistema de las Naciones Unidas constituyen una verdadera innovación en las actividades de esta relatoría y de la ONU y, a su vez, sienta un precedente de la positiva articulación que puede establecerse entre las Naciones Unidas y otros organismos, como son la OEA, la CAN y las asociaciones de abogados y magistrados del ámbito nacional e internacional, como es el caso de la Unión Internacional de Magistrados.

III. El caso de Italia

A fines de 2004 el Parlamento italiano aprobó una ley de reforma del Poder Judicial, que amenazaba con limitar las garantías de independencia de ese poder y del Ministerio Público. Antes de su aprobación había enviado al Gobierno de Italia una carta de alegación expresando mi preocupación por las implicancias de la reforma sobre el rol del Fiscal General, el debilitamiento de las prerrogativas del Consejo Superior de la Magistratura y por los poderes atribuidos al ejecutivo por sobre el poder judicial, sobre todo que podrían resultar en una indebida interferencia del ejecutivo, en todo el proceso disciplinario judicial. Luego que la ley fue adoptada por el Parlamento, envié al entonces Presidente de Italia Carlo Ciampi una nota solicitando su veto e hice público el reclamo a través de un comunicado de prensa que tuvo una enorme repercusión en los medio de comunicación italianos. El presidente Ciampi procedió de esta manera, vetó la ley y la envió al Congreso para su revisión.

~

Acceso a la justicia de los excluidos (en lo social, cultural y económico)

Gustavo Maurino

Es un gusto estar acá con todos ustedes, y compartir este encuentro con gente que conozco, respeto y aprecio mucho por su trabajo y su contribución intelectual. Estoy en algún sentido todavía conmovido por el comienzo y el final de la presentación de Gustavo Moreno, sus imágenes y evocaciones.

Esta conversación será un poco más general y teórica, relativa a mi faceta más académica que activista en la defensa de derechos económicos, sociales y culturales. La idea es comenzar por compartir cierta generalización acerca de cómo vemos el acceso a la Justicia, tal como está en cierta manera presupuesto en nuestras tradiciones jurídicas —y creo que las tradiciones jurídicas latinoamericanas son, en este sentido, homogéneas—. Intentaré aislar algunos de estos elementos que, si bien pueden ser obvios, vale la pena tener en cuenta, pues sobre ellos se han venido produciendo algunas transformaciones que vale la pena registrar. En tales transformaciones, voy a sugerir se abren oportunidades para una promoción diferente del trabajo del Poder Judicial en la efectiva vigencia de los derechos de los grupos más vulnerables. Si tenemos tiempo, plantearé algunos casos puntuales sobre esto o en todo caso podemos discutirlo luego.

En términos generales, el acceso a la Justicia ha quedado definido en nuestra práctica jurídica sobre la base de tres características fundamentales:

1) *Ha sido concebido tradicionalmente como un instrumento,* como parte de las herramientas que se otorgan a los ciudadanos de la modernidad para defender los "verdaderos" "derechos" sustantivos; que son los clásicos: los derechos civiles y políticos. El acceso a la Justicia es sólo, en esta mirada tradicional, la herramienta neutral, para proteger derechos.

2) *A su vez, tradicionalmente entendemos el acceso a la justicia con una mirada defensiva;* es una herramienta de defensa, una especie de escudo cuando nuestros derechos son afectados, una forma de buscar algún remedio particular. Y una vez que subsanamos en alguna medida —si tenemos éxito con la Justicia— la afectación de un derecho puntual, el acceso a la Justicia no tiene ninguna otra función.

3) *Y en tercer término, es concebido en términos estrictamente individuales*. Es una de estas herramientas defensivas de los individuos —sobre todo— frente al Estado, especialmente cuando nos persigue para privarnos de nuestra libertad en relación a la comisión o no de algún delito.

En este sentido, el acceso a la Justicia o la garantía de defensa de los derechos, en el modelo clásico, está inspirado o construido a partir de estos tres presupuestos *instrumental defensivo e individual.*

Este paradigma conceptual se explica en el marco de ciertas características del Estado, los derechos y el juego político y, por lo tanto, del rol de quienes actúan los derechos llevando reclamos a la Justicia o resolviéndolos.

En primer lugar, esta forma de entender el acceso a la Justicia es consistente con la idea de Estados pequeños que no gestionan las políticas públicas. El Estado clásico era visto sencillamente como un poder que ordenaba la convivencia entre los ciudadanos-propietarios-varones; y la promoción de la calidad de vida de los excluidos no parecía ser cuestión de obligaciones políticas estrictas. Así como el Estado era pequeño*, los derechos que fundaron el liberalismo constitucional eran también pequeños*, *escasos (tanto que bien podían ser formulados en unas pocas cláusulas constitucionales)*. En este Estado pequeño, de ciudadanos con pocos derechos, el juego político posible era el de una democracia débil; en particular un sistema democrático (en el mejor d los casos) que no se auto-imponía la obligación de garantizar la participación genuina y efectiva de todos en el juego político. Una democracia entendida más con la idea del que gana los votos gobierna básicamente con todo el poder del Estado. Los sistemas políticos no eran vistos, en términos constitucionales, como comprometidos a reconocer a las minorías la posición de ser una parte en la aventura social común de construir el Estado de Derecho, sino el de una oposición rival, que había sido derrotada y debía esperar su turno, en el mejor de los casos por las buenas (y en el peor de los casos, como la triste historia argentina lo muestra, arrebatando el poder con golpes de Estado).

En esa idea del juego político el Poder Judicial tampoco tenía ningún rol relevante que jugar; solamente es requerido para proteger

algunos de estos pocos derechos frente a alguna intromisión hostil hacia ellos, tal como el paradigma clásico del acceso a la justicia presupone, según he comentado.

Voy a tratar ahora de aprovechar la presentación de Gustavo Moreno para reseñar brevemente las transformaciones de que debemos dar cuenta a fin de analizar nuevas perspectivas en el acceso a la justicia. En términos muy simples, diría que el Estado ha cambiado, los derechos han cambiado y la democracia ha cambiado. Por ello, el acceso a la Justicia puede pensarse de otra manera (creo que es mejor pensarlo de otra manera).

El Estado actual es un poderoso gestor de políticas públicas, no hay prácticamente ámbito de la vida social donde el Estado no intervenga, regulando más o menos intensamente nuestra vida cotidiana; y no sólo el Estado nacional, sino las organizaciones supranacionales que también tienen un nivel de injerencia y de definición sobre nuestras vidas como no registra precedente en la historia de la humanidad. Tenemos un Estado omnipresente en algún sentido.

Así como se ha agrandado el Estad, también se han agrandado (robustecido) los derechos; como lo ilustra la gran cantidad de declaraciones de derechos, y en particular aquellas destinadas, en todo caso, a la situación especial de las personas y grupos más desaventajados de la sociedad. Derechos económicos, sociales y culturales, derechos de específicos como el de las personas con discapacidad, las personas con padecimientos mentales, cosas que todos sabemos, que forman parte ya de nuestros sistemas jurídicos, tanto nacionales como de nuestros compromisos internacionales.

Tenemos un Estado enorme que interviene en nuestras vidas todo el tiempo, estamos llenos de derechos, se nos caen de los bolsillos, y ahora, nuestras democracias comienzan a ser repensadas, ya no basta reproducir los experimentos (sin duda valiosos y llenos de desafíos) soñados por el liberalismo del siglo XVIII y XIX. La legitimidad de los sistemas políticos está ahora asociada con la promesa de constituir experimentos genuinamente participativos, inclusivos, abiertos, basados en la búsqueda de oportunidades para el consenso y el diálogo de todos los afectados, sujetos a reglas que hacen que nadie pueda perder todo como resultado del juego democráticos.

Estas democracias han dado lugar a un rol del Poder Judicial mucho más sofisticado y complejo que en nuestras prácticas constitucionales también empiezan a incorporar. Sabemos que el Poder Judicial suele obstaculizar y actuar de manera hostil hacia los reclamos basados en derechos económicos, sociales y culturales; pero cuanto estas reservas no funcionan el rol del Poder Judicial también registra

alternativas sin precedentes en nuestra práctica: desde la justicia se ordena que se cumplan leyes que prevén la construcción de escuelas, el Poder Judicial ordena que una población de millones de personas reciba tratamientos médicos, dispone que se reformulen las condiciones en las cuales las personas privadas de su libertad cumplen su condena, o las condiciones en las cuales reciben asistencia médica las personas con padecimientos mentales. Es otro mundo, es otro Estado, hay otros derechos, hay otro juego democrático y un Poder Judicial que cuando se anima, tiene una cantidad de herramientas también muy poderosas.

Sobre esta base, el acceso a la Justicia puede ser repensado conceptualmente en base a presupuestos diversos a los clásicos, dando lugar a nuevas dimensiones que complementen y enriquezcan su función constitucional.

1) *El primer punto sería pensar la dimensión sustantiva y no instrumental del acceso a la Justicia*. En este nuevo juego institucional, que une legitimidad política con inclusión y participación, la "presencia" en la justicia, el "reconocimiento" de ciertas problemáticas en el seno del poder judicial resulta valiosa en términos sustantivos, más allá de la tutela mayor o menor a ciertos derechos que se obtenga. Ser capar de estar —efectivamente, estar— en la (ante la) Justicia no debería ser, sobretodo pensando en las personas y grupos más vulnerables, sólo una herramienta para algo más; sino que merece ser entendida como una forma de presencia ciudadana. La posibilidad efectiva de que los grupos postergados accedan a la Justicia no es sólo un medio para que otro derecho sea protegido o no, sino que constituye en sí misma un elemento que permite juzgar o evaluar la legitimidad de un sistema institucional.

2) *En segundo término, creo que a la concepción defensiva se le debe añadir lo que podríamos llamar la dimensión emancipatoria del acceso a la Justicia.* El recurso al Poder Judicial en este contexto de inflación de derechos, de Estados que intervienen todo el tiempo en las políticas públicas, puede ser visto como un fenómeno emancipatorio, tendiente a la adquisición de condiciones de igual ciudadanía para todos.

Esta garantía no debería agotarse en dar una respuesta a quien afirma "yo tenía un derecho y me fue afectado", sino que también debe unirse al reclamo de condiciones de ciudadanía legítima a través del acceso a la Justicia. En ese caso, todas aquellas condiciones que empecemos a considerar como parte de una idea decente de ciudadanía —entre ellas, obviamente, la satisfacción de las necesidades básicas bajo cualquier parámetro que tengamos de necesidades básicas— integran el universo de condiciones actual de la ciudadanía.

3) *El tercer elemento que creo se conjuga con esto es la dimensión colectiva del acceso a la Justicia.* Hay herramientas actuales en muchos sistemas jurídicos, y obviamente el sistema argentino ofrece una gran cantidad de variables o de posibilidades en este aspecto, tanto a nivel federal como en varias jurisdicciones locales, en la cual el acceso a la Justicia puede ser pensado como una práctica de dimensión colectiva, donde lo que está en juego no es la protección de un individuo sino la mejora en las condiciones de vida estructurales de un grupo. En los últimos años, los derechos sociales, los derechos relativos al medio ambiente y a la tutela de los consumidores han dado lugar a numerosos procesos colectivos de impacto estructural.

Si incorporamos estas dimensiones al acceso a la Justicia —una dimensión sustantiva, emancipatoria y colectiva— la oportunidad para defensa de los derechos o la mirada sobre cómo podríamos trabajar en la defensa de los derechos de los más excluidos adquiere nuevas y estimulantes posibilidades, que la defensa pública debería considerar institucionalmente —como lo ha hecho, por ejemplo, en la Provincia del Chubut en Argentina, donde la Defensoría ha generado una serie de procesos y regulaciones para llevar adelante este tipo de casos en tutela de los derechos económicos y sociales—. Ciertamente el modelo de trabajo que estas nuevas perspectivas demandad merece ser discutido con detenimiento, pero creo que ofrece una identidad diferente y una agenda de trabajo nueva y tal vez prometedora.

Obviamente no son sólo las Defensorías Oficiales y Pública quienes puedan asumir esto. Las ONG's, como eventualmente otros sectores de la profesión jurídica, podrían reformular su forma de trabajar con los derechos, si abrimos nuestra concepción de lo que está en juego en el acceso a la Justicia.

Cuando uno piensa, por ejemplo, en la posibilidad de que las condiciones de vida en una villa de emergencia puedan ser estructuralmente subsanadas o controladas a través de una intervención judicial, o que las prácticas, por ejemplo, de contratación pública que violan reglas de protección a las personas con discapacidad pueden ser reformuladas estructuralmente a través de una acción donde se involucren los grupos afectados, etcétera, se advierte el enorme abanico de posibilidades para que el acceso a la justicia funcione en nuestros sistemas políticos como una práctica sustantiva de emancipación colectiva.

Creo que el camino se hace al menos prometedor, y en algún sentido sin abrazar estas dimensiones del acceso a la Justicia, la promesa de los derechos y de estas generosas declaraciones de derechos es imposible que sean satisfechas.

Efectivamente, la dimensión individual defensiva que pueda operar la defensa individual con los incentivos suficientes como la defensa pública. Sin embargo, en algún sentido creo que una de las cosas que podemos hacer para alivianar esa carga es incorporar a nuestra agenda estas dimensiones colectivas del acceso a la Justicia, y en todo caso establecer de esa manera un puente entre aquellos pocos individuos que, además de ser vapuleados por el sistema institucional y por un sistema social intrínsecamente injusto, como suelen ser nuestras democracias latinoamericanas, esos pocos individuos que alcanzan a llegar a algún ámbito institucional donde pueden llevar su reclamo para que puedan ser procesados, tal vez podamos facilitar también su defensa en la medida en que nuestras agendas institucionales, tanto en la sociedad civil como en la defensa pública, incluyan otras herramientas que históricamente no estamos acostumbrados a utilizar, en buena medida por los preconceptos y las tradiciones que arrastramos acerca de cómo ver esta clase de fenómenos como el derecho o garantía de acceso a la Justicia.

Obviamente pensar el acceso a la Justicia en términos estructurales, colectivos, emancipatorios abre una enorme cantidad de problemas y de discusiones. Pero que creo vale la pena abordar, hay más para ganar que para perder en esto, y estas cuestiones tienen que ver con cómo los grupos más vulnerados pueden procesar sus reclamos, cómo los actores sociales pueden coordinar su trabajo para que la defensa se haga estructural y no individual, caso por caso, cómo a su vez incentivar a que el Poder Judicial vaya debilitando sus resistencias a este tipo de casos. Efectivamente, la propia percepción del Poder Judicial de que todo aquello que tenga que ver con la gestión estructural es algo ajeno a su competencia es muy arraigada. Sin embargo, en la medida en que nuestros sistemas jurídicos incluyan cada vez más derechos de incidencia colectiva o derechos cuyo objeto de protección sean los grupos vulnerables y postergados (y ya no el individuo aislado de la modernidad), necesariamente el Poder Judicial deberá cambiar su percepción acerca de su rol institucional.

Si esta presentación pudiera provocar su interés en comenzar una discusión acerca de nuevos paradigmas con los cuales podemos pensar nuestro trabajo en el acceso a la Justicia para las personas de grupos más vulnerables habrá logrado su objetivo.

~

Pobreza y derechos humanos: el papel de la Defensoría Pública en la lucha para la erradicación de la pobreza (*)

Cleber Alves

1. Introducción

En el año que se celebra el 60º aniversario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos no se puede ignorar que una significativa parte de la población mundial —particularmente de los pueblos latinoamericanos—, aún enfrenta, en su vida cotidiana, innumerables situaciones de graves violaciones y privaciones de los derechos inherentes a la dignidad humana.

En estos primeros años del siglo XXI, en que la gran mayoría de los países de nuestro continente parece estar avanzando en los procesos de consolidación de regímenes políticos que pueden ser calificados como democráticos, aún hay un largo camino para ser recorrido en dirección de la efectiva democratización de las estructuras y bases de nuestras sociedades.

Es preciso alcanzar niveles más representativos de igualdad material en el campo económico y cultural, que posibilite a aquellos quienes se encuentran comprendidos en las clases más pobres, la efectiva inclusión social y el pleno ejercicio y goce de los derechos civiles y políticos ya consolidados en el campo formal, la ciudadanía jurídica y política, y en este sentido, el pleno disfrute de condiciones de vida más compatibles con el estadio de desenvolvimiento y progresos alcanzados por las sociedades contemporáneas. La exclusión económica y social (y por qué no decir, incluso la exclusión tecnológica) de una parte significativa de la población latinoamericana coloca en jaque las conquistas de libertades civiles y políticas de nuestras frágiles democracias.

En efecto, durante los regímenes dictatoriales que deshonraron la reciente historia de varios países de este continente, la pregunta de

(*) Traducción al español del original en portugués efectuada por la Defensoría General de la Nación.

la defensa de los derechos humanos estuvo enfocada principalmente en la lucha por el respeto a la vida y a la integridad física y por los derechos de libertad no contemplados por el orden político establecido. Los agentes estatales eran, entonces, los grandes responsables por las violaciones de los derechos humanos. Los clamores contra tales violaciones ganaron repercusión y visibilidad, sobre todo, en la medida en que sus víctimas eran también los integrantes de la clase media y, en particular, de las elites intelectuales y culturales.

En cuanto a los integrantes de las clases populares, especialmente los trabajadores rurales y las grandes masas de desempleados y subempleados (1) que se concentraban en las periferias de las grandes ciudades, siempre tuvieron sus derechos humanos sesgados, sin que eso suscitase mayores repercusiones en la esfera jurídica interna e internacional.

Con los procesos de consolidación democrática y de superación de los regímenes políticos autoritarios, un nuevo escenario se presentó en nuestro continente. En ese contexto, el flagelo de la pobreza y de las precarias condiciones de vida de las poblaciones situadas en los estratos sociales inferiores aparece dentro de los principales desafíos a ser vencidos en la lucha por la efectivización de los derechos humanos. Esto ocurre tanto en la perspectiva interna, en que los derechos fundamentales ganan destacada significación en las Constituciones —expresión jurídico-política de los nuevos regímenes—, como en la perspectiva internacional, en el contexto de los fenómenos de globalización (donde los avances tecnológicos facilitan el flujo de comunicación y de intercambio entre los pueblos) y de la integración regional que despiertan la atención para la importancia de las instancias supranacionales en el alcance de los deseos de efectivizacion de los derechos humanos.

---

(1) En el caso de los integrantes de las clases trabajadoras urbanas, insertadas en el sistema económico mediante vínculo laboral formal, aunque hayan sido contemplados significativamente un abanico de derechos sociales, en especial los de orden laboral y previsional, varios autores (sólo para ejemplificar, citamos dos autores Carvalho, 2004 y Santos, 1979) apuntan para la ocurrencia de situación peculiar en el contexto latino americano, en que —diferentemente del que se dio en otros países, principalmente en las sociedades industriales del hemisferio norte, como relatado en el célebre estudio del sociólogo T. H. Marshall (1967) — la expansión de esos derechos laborales y sociales ni siempre se situó en el desdoblamiento de un ciclo de implantación integral de los derechos civiles y políticos, sobre todo en razón de la predominancia de regímenes populistas/clientelistas (y a la veces autoritarios), como fue el caso, por ejemplo de los gobiernos de Getúlio Vargas en Brasil y de Perón en Argentina. Para profundización en esa temática, se recomienda el texto escrito por Elizabeth Jelin (2006), bajo el título “Cidadania Revisitada: Solidariedade, Responsabilidade e Direitos”, publicado en el libro “Construindo a Democracia: Direitos Humanos, Cidadania e Sociedade na América Latina”.

Realizadas esas consideraciones preliminares, podemos pasar a la discusión específica propuesta para nuestro debate en el Congreso de la Asociación Interamericana de Defensorías Públicas, es decir, una reflexión acerca de las temáticas de pobreza y de los Derechos Humanos, vinculándolas al tema general del Congreso "Defensa Pública: garantía de acceso a la Justicia". En principio, propongo en el presente posibilidades de vinculación entre los temas arriba mencionados.

Podemos enunciar la primera de esas posibilidades del siguiente modo: la garantía de *acceso a la justicia* es un *derecho humano* consagrado en los principales documentos internacionales que tratan el tema. Sin embargo, su efectividad en la práctica, se revela bastante limitada, particularmente en el caso de las camadas sociales más *pobres*. En esa perspectiva, la pobreza es vista como una verdadera *barrera*, que impide o dificulta el pleno acceso a la justicia.

La otra posible articulación entre los temas se enumeraría en los siguientes términos: la situación de *pobreza* en que se encuentra una gran parte de la población de los países latinoamericanos, por sí solo, implica casi siempre una situación de *violación de derechos humanos*, no solamente sociales y económicos, sino también civiles y políticos, y, en la lucha por la erradicación de la pobreza, la garantía de *acceso a la justicia* debe ser vista como un instrumento indispensable. He aquí otra perspectiva en que el acceso a la Justicia es visto como un *medio* o un instrumento para la superación de la pobreza.

Confrontadas estas dos afirmaciones, la impresión que nos deja es que se está frente a una paradoja: si la pobreza es una barrera para el alcance del acceso a la justicia no se puede pretender que éste sea el medio para la superación de aquélla. La realidad, sin embargo indica que ello es sólo aparente.

Creemos que para una adecuada reflexión en torno a esas dos diferentes perspectivas, resulta oportuno discurrir sobre algunas cuestiones conceptuales y terminológicas que podrán ayudar a una mayor precisión en la exposición de las ideas.

2. Premisas conceptuales

Es necesario definir el sentido de la palabra "pobreza" (2), que no puede ser comprendida estrictamente en la perspectiva económica,

---

(2) Como referencia bibliográfica para una breve sistematización acerca de los varios sentidos de la palabra pobreza y su relevancia para el derecho, se recomienda el libro "Les Pauvres et le Droit", de autoría de la Prof. Sophie Dion-

como sinónimo de carencia de bienes materiales, aunque ésta sea la manera más fácil de delimitar objetivamente su significado. Factores como el analfabetismo, dolencias crónicas y deficiencias (físicas o mentales), inseguridad y vulnerabilidad a la violencia, susceptibilidad a desastres o adversidades naturales, aislamiento físico o social a veces también deben considerarse para configurar la noción de pobreza.

Por ello, es preciso tener presente que no es exclusivamente la condición económica la que explica la mayor o menor incidencia de obstáculos para el acceso a la justicia por parte de las personas menos favorecidas, aunque ese problema sea más grave en las clases de menores ingresos. Igualmente, no se puede ignorar que la garantía de acceso a la justicia contribuye no sólo para la superación de las desigualdades económicas, sino también para la inclusión social de los diversos grupos que sufren algún tipo de marginación. Por tal motivo, cuando se discute la problemática del acceso a la justicia para los pobres, es preciso incluir en esa categoría ciertos grupos considerados socialmente hipo-suficientes y/o víctimas de discriminación, como sería el caso de poblaciones indígenas y minorías étnicas, las mujeres, los niños y adolescentes, los mayores, los discapacitados, entre otros.

También es preciso definir lo que se entiende por "acceso a la justicia". En una concepción más estricta, se puede entender el acceso a la justicia como un conjunto de acciones y procedimientos destinados a la resolución de los conflictos/controversias que puedan comprometer la paz y la armonía social, valiéndose de los medios propios previstos y, de hecho, disponibles en un determinado ordenamiento jurídico. Esto corresponde básicamente a la actividad jurisdiccional inherente a la soberanía de los Estados. Esta perspectiva, que equivale a la noción de "acceso a los tribunales" (correspondiente a la expresión en ingles "*access to courts*"), se trata de una obligación de los Estados consagrada en varios documentos integrantes del ordenamiento jurídico internacional. Es preciso resaltar que tal obligación no se da por cumplida, sólo en una óptica formal o simbólica, por la simple creación y funcionamiento de órganos judiciales. Lo más importante

---

Loye (1997), integrante de la colección "Que sales-je?" publicada por PUF-Presses universitaires de France. En una perspectiva más técnica, cabe consultar los documentos publicados por el PNUD, especialmente la edición de Diciembre de 2006 de la Revista "Poverty in Focus", dedicada al tema "What is Poverty? Concepts and Measures" disponible en: http://www.undp-povertycentre.org/pub/IPCPovertyInFocus9.pdf. Para una reflexión específica sobre la confiabilidad de las estimaciones de pobreza en América Latina, ver el artículo "Las estimativas de pobreza en América Latina son confiables?", disponible en http://www.undp-povertycentre.org/pub/port/IPCOnePager52.pdf

es la efectiva aptitud de esas acciones y procedimientos para resolver conflictos de modo "definitivo" (3), llevando la paz social y la seguridad jurídica. Y siendo una cuestión de interés público, no se restringe a la actividad exclusivamente estatal, siendo que puede implicar en algunos casos ciertas modalidades extrajudiciales de solución de litigios, como es el caso del arbitraje o de la mediación.

La complejidad de las relaciones sociales y, en consecuencia, de los conflictos que de ellas emergen, son de tal orden que se exige cada vez más la sofisticación y perfeccionamiento de los aparatos estatales y paraestatales destinados a solucionar los litigios. Innumerables son los obstáculos que se interponen, impidiendo o dificultando el acceso igualitario de todos a la justicia, entendida en el sentido arriba expuesto. Varios estudios vienen siendo publicados, especialmente en las últimas décadas, respecto de esa cuestión (4). Mas no se puede perder de vista otra perspectiva de la cuestión del "acceso a la justicia" en que se considera no tanto el aspecto institucional de la actividad y de los procedimientos direccionados a la resolución de conflictos, pero sí el aspecto material de lucha por el establecimiento de relaciones sociales que puedan ser calificadas como "justas", o que implica el acceso y goce de los derechos no sólo en la dimensión individual sino también colectiva, sobre todo aquellos derechos de impronta social,

---

(3) Acerca de esa noción de "definitiva" de la resolución de conflictos, en un estudio patrocinado por el Banco Interamericano de Desarrollo y por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos, publicado el año 2000, bajo el título "Acceso la Justicia y Equidad", José Thompson enumera los siguientes elementos que idealmente deben ser estar presentes para que efectivamente se configure la resolución de conflictos con carácter de "definitivo": "la oportunidad, para tener la capacidad de respuesta suficientemente ágil para que la solución sea temporalmente apropiada; la certeza, para que su relación con las pretensiones encontradas sea clara, directa y definitiva; la idoneidad, para poder cabalmente asumir y dirimir el conflicto en su forma y contenido; el acatamiento, es decir, que sea susceptible de aceptación por las partes, independientemente de conformarse o no con las disposiciones de la decisión; y la ejecutabilidad, si las pretensiones son efectiva o eventualmente cuantificadas.

(4) La obra clásica de referencia sobre el tema de la serie de publicaciones denominada "Access to Justice" en el ámbito del denominado "Proyecto Florencia" en cinco volúmenes, coordinados por el italiano Mauro Cappelletti. En Brasil fue publicado un fragmento de esa colección, que consiste exactamente en el texto de introducción a los trabajos que forman parte de esos cinco volúmenes. Se trata de la obra titulada "Acceso a la Justicia", cuya autoría es de Mauro Cappelletti y Briant Garth, publicada en Porto Alegre por Sergio Antonio Fabris Editor. Respecto del Acceso a la Justicia para los pobres, el trabajo pionero y que se tornó en referente mundial consiste en el libro "Towards Equal Justice: A comparative study of legal aid in modern societies" (1975), que tuvo como autores al propio Mauro Cappelleti junto con James Gordly y Earl Johnson Jr.

económica y cultural (5). Aunque, en el pasado, tales perspectivas se revelaran como una disyuntiva, visto que las acciones direccionadas a la realización de la justicia social eran consideradas ajenas a la actividad jurisdiccional del Estado, en el presente se verifica una convergencia en las concepciones del significado del "acceso a la justicia", eclosionando el fenómeno que se convino en denominar "judicialización" de las relaciones sociales y políticas, en que los tribunales pasan a desempeñar un nuevo papel en el escenario institucional de los Estados Democráticos de Derecho.

Importa aún tejer algunas reflexiones conceptuales preliminares sobre la expresión "derechos humanos". Originariamente, la formulación de la idea de derechos humanos acostumbra ser situada en el contexto de las revoluciones liberales que marcaron la cultura occidental moderna, con sus raíces en concepciones filosóficas humanistas de la antigüedad clásica y del judaísmo-cristianismo. Sin embargo, los ideales humanitarios que inspiran los derechos humanos son considerados un auténtico valor universal, presentes en las más variadas culturas y religiones (6). Se puede decir que la temática de los derechos humanos emerge en el debate internacional, de modo más incisivo, después de la Segunda Guerra Mundial. La Declaración Universal de los Derechos Humanos, proclamada por la Asamblea General de la ONU (Organización de las Naciones Unidas) el 10 de diciembre de 1948 se convirtió en una referencia fundamental en el nuevo orden jurídico global que se configuró en la segunda mitad del siglo XX. A los pocos años, esa idea pasó a ser adoptada también en las esferas de las organizaciones internacionales regionales, como el caso del continente americano con la aprobación de la Convención Americana de Derechos Humanos, en 1969, que es conocida como Pacto de San José de Costa Rica. En los últimos tiempos, cada vez más se abandona una visión retórica y simbólica de los derechos humanos en pro de una lucha concreta por su efectivización, inclusive con la creación de instancias institucionales dotadas de fuerza suficiente

(5) En el año 2007 la Organización de los Estados Americanos, a través de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, publicó un documento de gran relevancia para el tema cuyo título fue "El acceso a la Justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales – estudio de los estándares fijados por el sistema interamericano de derechos humanos", disponible en: http://www.cidh.org/pdf%20files/ACCESO%20A%20LA%20JUSTICIA%20DESC.pdf

(6) Para un estudio panorámico acerca del proceso de afirmación y positivización de los derechos humanos, en el orden internacional se recomienda el artículo "Derechos Humanos", tomado del consagrado Diccionario de Política organizado por los profesores italianos Norberto Bobbio, Nicola Matteucci y Gianfranco Pasquino (en Brasil, fue publicada una versión en portugués, por la Editora de la Universidad de Brasilia).

para hacer valer los preceptos consagrados en los diversos documentos internacionales.

3. El Acceso a la Justicia como Derecho Humano: su alcance y sus efectos

Hecha esa breve digresión conceptual, podemos retomar el análisis de las interpretaciones y vinculación entre pobreza, acceso a la justicia y derechos humanos, en la forma anteriormente indicada. La primera consiste en la premisa de que el *acceso a la justicia* es un *derecho humano*, consagrado en los principales documentos internacionales que disponen sobre el tema. Comencemos por el artículo VIII de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de la ONU, que establece: "Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley". Ese mismo precepto, con expresiones más detalladas, aparece en el art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la ONU, el que dispone: "1. Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil". La norma positiva establecida en el art. 8º, ap. 1° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, correspondiente a las disposiciones enunciadas anteriormente es aún más pormenorizada: "Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter".

Las normas enunciadas consagran de modo explícito el derecho de acceso a la justicia como un derecho humano inderogable, que debe ser asegurado a todos los ciudadanos, indiscriminadamente. Y lo consagran no sólo en el campo de la jurisdicción criminal, para defensa de los derechos clásicos de libertad y preservación de la integridad física, sino también para resguardo de derechos e intereses en cualquier instancia jurídica sea cual fuere la naturaleza de los derechos bajo litigio. Y, de hecho, eso no podría ser diferente bajo pena de comprometer gravemente los postulados que fundamentan la propia noción de Estado de Derecho y de Democracia que se traducen en

importantes conquistas de la civilización contemporánea. En efecto, si en el Estado de Derecho solamente el Poder Judicial detenta el monopolio de la jurisdicción en todas las áreas jurídicas (no sólo en la jurisdicción criminal), el acceso al Poder Judicial, para ser justo, necesita ser garantizado a todos por igual (pobres y ricos), superando cualquier barrera u obstáculo económico o social, en todas las áreas del derecho (7).

Para una interpretación más acertada de las normas de los documentos internacionales que consagran el acceso a la Justicia como derecho humano, es preciso tener presente lo que dicen los demás preceptos de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de la ONU, principalmente el art. 2º (que veda discriminaciones de cualquier naturaleza, inclusive en razón de diferencias de riqueza), el art. 3º (que resguarda la vida, la libertad y la seguridad personal) y el art. 7º (que resguarda la igualdad jurídica). El derecho de acceso a la justicia sería en la realidad una "garantía", en primer plano, para la protección de esos derechos elementales de las personas, que son verdaderos presupuestos indispensables para los demás derechos que acostumbran ser calificados como de segunda, tercera y hasta de cuarta generación (8).

En ese sentido, se impone una reflexión acerca de la clasificación más apropiada para el derecho de acceso a la justicia: ¿sería un derecho humano de primera, de segunda o de tercera generación? Parece inexorable la calificación como derecho de primera genera-

---

(7) Eso es importante que sea dicho en un Congreso Interamericano de Defensorías Públicas pues en muchos de nuestros países las Defensorías tienen actuación limitada a cuestiones criminales (alcanzando, a veces, cuestiones "casi-criminales" como sería el caso de la defensa de niños y adolescentes infractores). Nos parece que esa es una visión distorsionada del papel del Estado en la garantía del acceso a la justicia. Aun entre los propios defensores públicos se acostumbra ver un énfasis desproporcionado en atención a la problemática criminal, olvidándose las violaciones de derechos patrimoniales, contractuales, laborales, administrativos, previsionales, de familia, sucesorios y sobre todo, los derechos sociales (educación y salud), colectivos que alcanzan amplios grupos de personas en estado de pobreza (casos que, cuantitativamente son mucho más elevados del que los que sufren violaciones de sus derechos en el ámbito penal).

(8) Esa clasificación habría sido utilizada por primera vez por el jurista checo Karal Vasak, naturalizado francés, en una conferencia pronunciada en 1979 en el Instituto Internacional de los Derechos del Hombre, en Estrasburgo, en Francia. A pesar de su innegable carácter didáctico, diversos autores pasaron a continuación esa clasificación que observa un criterio de naturaleza histórico-cronológica en que normalmente fueron introducidos en los ordenamientos positivos de las principales sociedades occidentales. Sin embargo, muchos pensadores presentan críticas a la idea de "generaciones" de derecho, prefiriendo utilizar, en su lugar, la expresión "dimensiones" de los derechos fundamentales.

ción. Tanto que su positivización se dio de un modo más detallado en el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de la ONU y no en el Pacto de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

La correcta comprensión del pleno significado de ese derecho de acceso a la justicia no puede limitarse, sin embargo, a la mera existencia de normas jurídicas formales en la legislación de cada país, previendo la posibilidad hipotética de que todos los ciudadanos puedan valerse del aparato judicial para solucionar litigios y controversias. Es preciso considerar que los sistemas de administración de justicia asumen cada vez formas de complejidad más sofisticadas, con procedimientos y formalidades de cuyo manejo exigen especialización técnica, tornando indispensable la asistencia de profesionales habilitados y calificados (abogados o defensores públicos) para que los planteos formulados puedan recibir la debida atención y curso. Innumerables son las barreras y obstáculos, ya mencionados, que precisan ser traspuestos para que el derecho de acceso a la justicia no sea un privilegio apenas para una minoría de ciudadanos. La falta de condiciones económico-financieras para asumir los gastos de contratación de profesionales capacitados para presentarse ante las diversas instancias jurisdiccionales y manejar adecuadamente los recursos y procedimientos legalmente establecidos para la defensa de intereses en juicio, representa una de las más graves barreras para el efectivo acceso a la justicia.

En efecto, la complejidad de los sistemas de administración de justicia exige que no sólo se garantice el acceso a los tribunales, sino principalmente sea garantizada la calificación "igualdad de armas" e igualdad de condiciones efectivas de acceso, superadas todas las barreras, inclusive las económicas. En ese sentido, no basta que los Estados aseguren la existencia de tribunales imparciales para el juzgamiento de los conflictos, que sean formalmente accesibles / abiertos a todos (9). Es igualmente indispensable que ponga a disposición de los ciudadanos menos favorecidos los medios prácticos y concretos, necesarios para que puedan litigar en igualdad de condiciones como los de poder adquisitivo más elevado. Esto debe efectivizarse ya sea exonerándolos de los gastos y costas judiciales, ya sea asegurándoles los medios para disponer de defensa y asistencia técnica de calidad suficiente para la protección de sus intereses. Esa dimensión

---

(9) Para expresar, de modo irónico, esa accesibilidad —¡sólo teórica!— de los tribunales a todas las personas, ricos y pobres, hay un conocido proverbio inglés: "The Courts are open to all – like the Ritz Hotel". La frase "Curia Pauperibus clausa est" (el tribunal está cerrado para los pobres), de Ovidio, expresa la misma idea dicha de forma más directa.

del derecho de acceso a la justicia no puede ser restringida a las defensas en el campo de la jurisdicción criminal, como entienden muchos de nuestros países, incluso algunos que son considerados en un avanzado estadio de desarrollo económico-social, como es el caso de los Estados Unidos (10).

En suma, aun en una perspectiva que comprende que la finalidad del derecho de acceso a la justicia sería garantizar sólo la igualdad jurídica de orden formal entre los ciudadanos, parece indiscutible que tal garantía incluye la obligación de los Estados de asegurar Defensa Pública de calidad y especializada (como, además, defender las reglas de Brasilia (11), conforme a lo establecido en los ítems 28 y 29 de aquel documento) no limitado a las cuestiones criminales, mas abarcando todas las áreas del Derecho, inclusive en cuestiones civiles —mismo las de orden patrimonial— en los litigios de familia y en el área admi-

---

(10) Los Estados-Unidos solamente, en el año 1964 reconocieron, por decisión de la Suprema Corte, que todo ciudadano procesado criminalmente debe tener derecho a recibir asistencia jurídica gratuita costeada por el poder público, con nombramiento de un defensor público, en los casos en que no disponga de condiciones económicas para afrontar la contratación de un abogado particular. Sin embargo, la cultura jurídico-política norteamericana, marcada por el liberalismo y por el pragmatismo, resiste hasta el presente en reconocer que la igualdad jurídica de los ciudadanos establecida en la Constitución de 1787 impone a los poderes públicos la obligación de proveer la asistencia de un abogado también para la defensa en juicio de los intereses de naturaleza no criminal (civil, familia, administrativo, etc.) de aquéllas personas que no disponen de recursos para enfrentar los costos de contratación de un profesional. En un artículo publicado en el año 2004, el jurista norteamericano Earl Johnson Jr. (uno de los compañeros de Mauro Cappelletti en la edición de las obras sobre el Acceso a la Justicia, del Proyecto Florencia, mencionado en la nota nº 4, *supra*, relata esa increíble resistencia de los tribunales norteamericanos de reconocer la asistencia jurídica gratuita en causas civiles como derecho constitucional fundamental de las personas pobres. El título del artículo es *"Access to Justice: Will Gideon´s Trumpet Sound a New Melody? The Globalization of Constitutional Values and Its Implications for a Right to Equal Justice in Civil Cases"*, en *"Seattle Journal for Social Justice"*, Otoño, 2003/Invierno, 2004. Para una visión más completa del modelo norteamericano de asistencia jurídica gratuita a los pobres, cf. Alves, Cleber Francisco (2006). *Justiça para todos1 A Assistência Jurídica Gratuita nos Estados Unidos, na França e no Brasil*. Río de Janeiro, Lumen Juris.

(11) Los días 4, 5 y 6 de marzo de 2008 se reunieron, en Brasilia, los dirigentes de los más importantes órganos del Poder Judicial de los países latinoamericanos e ibéricos, con la participación también de representaciones de la Defensoría Pública, del Ministerio Público y de la abogacía, integrantes de la "XIV Cumbre Judicial Ibero-americana". En ese encuentro, los participantes deliberaron por la aprobación de las llamadas "Reglas de Brasilia sobre el Acceso la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad", cuyo texto está disponible en la siguiente dirección electrónica: http://www.cumbrejudicial.org/eversuite/GetDoc?DBName=dPortal&UniqueKeyValue=2383&ShowPath=false.

nistrativa (sobre todo en los litigios en los que se encuentran involucrados intereses de los ciudadanos ante el propio Estado).

Del mismo modo que la participación en el proceso político electoral es reconocida como un derecho humano de "primera generación", también el acceso a la Justicia (¡sobre todo para los pobres!), inclusive en las cuestiones no criminales, precisa ser visto primordialmente como instrumento de garantía de los derechos civiles y políticos (dicho de primera generación) (12). En cuanto a los efectos posibles que serán alcanzados en el ámbito de la efectivización de los derechos sociales, económicos y culturales, contribuyendo para la mejora de las condiciones de igualdad material entre los ciudadanos, sin negar su importancia, serían tales efectos de naturaleza fundamentalmente refleja, y no principal. Lo que está en juego, en verdad, no es la realización de la igualdad en la distribución de las riquezas, sino de la igualdad "de participación" en el proceso establecido por el Estado para dirimir los conflictos sociales.

¿Cuál sería, entonces, la consecuencia de esa premisa? Es que el Estado no puede condicionar o "agrupar" (13) la efectivización del derecho a defensa pública de calidad especializada para los pobres, inclusive en las cuestiones no criminales, subordinándolo a prioridades presupuestarias variables de los humores de la política partidaria e ideológica de un determinado gobierno. Para enfatizar el sentido y las implicancias de esa aseveración, podemos recurrir a ejemplos análogos que sirven para reforzar la tesis aquí sostenida: ¿podría el Estado suprimir gastos de organización de las elecciones, comprometiendo su equidad y efectivo acceso de los electores al ejercicio del derecho al voto, dejando, por ejemplo, de instalar secciones de votación en ciudades pequeñas, bajo argumentos del que el costo sería demasiado elevado? ¿O podría el Estado suprimir las remuneraciones de los parlamentarios, dejando tal actividad para la dimensión de la "caridad pública", en una especie de régimen *pro bono* (tal como se exi-

---

(12) Esa afirmación no excluye, naturalmente, la posibilidad de que sean utilizados los mecanismos de acceso a la justicia para asegurar la efectividad de los llamados derechos de segunda generación, de orden económico, social y cultural y de dimensión meta-individual.

(13) Es consenso en la doctrina que los Derechos Civiles y Políticos constantes del Pacto Internacional, aprobado por la Asamblea de la ONU en 1966, tienen carácter auto-aplicable debiendo ser asegurados de inmediato por los Estados para todos los ciudadanos. Ya con relación a los derechos económicos, sociales y culturales, por el principio de la progresividad, establecido en el art. 2º, § 1º, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, su realización puede ser implementada de modo diferido, con miras a las limitaciones de recursos económico-financieros disponibles, atendidas prioridades a ser definidas en la agenda política nacional.

ge, a veces, del abogado matriculado cuando no existe la defensoría pública estatal)? ¿Será que eso no acabaría por tornar en la práctica la actividad política exclusivamente viable para los más ricos, excluyendo a los más pobres de la posibilidad de dedicarse a la vida pública? Finalmente, ¿será que el Estado podría suprimir el funcionamiento de órganos judiciales y policiales en las zonas menos populosas (por considerar que no se justifica el costo-beneficio) o dejar de instalarlos donde fuese necesario, librando a que cada una ejerza la auto-tutela de los derechos, atento la falta de órgano público? La respuesta de estas preguntas es, necesariamente, *no*, puesto que se trata de obligaciones estatales ligadas a la concreción de los derechos civiles y políticos conocidos como de "primera generación", donde la omisión del Estado configuraría una efectiva violación de los derechos humanos reconocidos como tales.

Así, parece inequívoco que el acceso a la justicia se traduzca en un derecho humano, no susceptible de contingencia: los Estados tienen la obligación de remover los obstáculos económicos (principalmente) y también los obstáculos culturales/educacionales/sociales y proveer el instrumental apropiado, inclusive la asistencia jurídica gratuita, que se revela indispensable a fin de que los pobres puedan tener acceso efectivo a prestaciones jurisdiccionales en los casos en que fuera necesario para la defensa de sus intereses legalmente protegidos. En resumen, es preciso remover las barreras resultantes del estado de pobreza que impiden la efectivización del derecho humano de acceso a la justicia.

4. La lucha por la erradicación de la pobreza y el papel de la Defensoría Pública

Ha llegado, finalmente, el momento de desarrollar algunas reflexiones sobre la segunda hipótesis del análisis de las intersecciones y vinculaciones entre los temas de la pobreza, del acceso a la justicia y de los derechos humanos, buscando ahora un posible nexo con el papel institucional de las Defensorías Públicas en nuestro continente latinoamericano.

Como he afirmado anteriormente, la pobreza está muchas veces directamente asociada a innumerables modalidades de violaciones y privaciones de los derechos humanos básicos. Y, en la lucha por la erradicación de la pobreza, un posible camino a ser instrumentado consiste exactamente en la utilización de las vías judiciales, en particular, y de cambios en el orden jurídico, como en un todo. Por lo tanto, no se puede prescindir de la colaboración de los órganos estatales integrantes del sistema de administración de justicia siendo que las Defensorías Publicas pueden prestar colaboración decisiva.

Parece posible indagar, de inicio, acerca de la viabilidad de tal empresa: ¿sería, realmente, posible la erradicación de la pobreza? Tuvimos oportunidad de discurrir anteriormente al respecto de las diversas acepciones de la noción de pobreza. Ante las limitaciones de la condición humana, es difícil no admitir que, en alguna medida, la pobreza siempre existirá. Y utópico pensar que la pobreza será totalmente eliminada. Ese fue, de hecho, el proyecto que inspiró a muchos idealistas que pugnaban por la universalización de los regímenes comunistas, cuyos postulados —al ser aplicados en sociedades reales— acababan haciendo nacer otros problemas y distorsiones tan graves como la propia pobreza, sin conseguir erradicarla totalmente, aunque hayan sido ideas consideradas progresistas en este sentido.

En la actual coyuntura que se revela hegemónica en la comunidad internacional, lo que se busca hacer es luchar, al menos, para disminuir las desigualdades y tornarlas compatibles con la dignidad humana. Lo que se pretende erradicar es, por lo menos, las situaciones que suelen ser designadas como de "pobreza extrema"o "pobreza absoluta". Tal como ya ha sido consignado anteriormente, es preciso tener en claro que el concepto de pobre es relativo: depende de circunstancias culturales y se sujeta a modulaciones que varían de acuerdo con el estado de desarrollo económico-social de cada sociedad. La noción de quién es pobre en Finlandia difiere significativamente del que se caracteriza como pobreza en Nigeria, sólo para indicar situaciones bien extremas.

Establecida la premisa, de que en las sociedades humanas siempre se hace presente la posibilidad del establecimiento de la línea divisoria entre los ricos y los pobres, mas admitiéndose también que el estado de civilización actual de la humanidad es capaz de suscitar una concientización acerca de las posibilidades de eliminación de situaciones más dramáticas de personas subsistiendo en condiciones incompatibles con la dignidad humana, surgen las siguientes inquietudes: ¿a quién le cabe la lucha por la erradicación de la pobreza y cuáles son los medios que deben ser empleados para alcanzar ese objetivo?

Es pacífico el reconocimiento de que la erradicación de la pobreza está ligada al alcance de las prácticas más avanzadas del desarrollo económico y social, paralelamente a la distribución más equitativa de las riquezas. Hay, también, una dimensión moral y ética que no puede ser negada, en la búsqueda de soluciones para esa problemática.

Mas, enfocando apenas la dimensión pragmática, tradicionalmente las acciones que se revelan más aptas para el combate de la pobreza consisten en la implementación de derechos sociales, sobre todo aquellos relativos a la alimentación, salud, educación y vivien-

da. Esa es una tarea que cabe, primordialmente, a quienes ejercen funciones gubernamentales en cada Estado, principalmente en los Poderes Legislativo y Ejecutivo, mediante la formulación y ejecución de políticas públicas y programas sociales compatibles con los niveles de desarrollo de las respectivas sociedades. Tales acciones varían de acuerdo con las concepciones ideológicas, especialmente en lo que se refiere a los medios para alcanzar los fines proyectados. Algunos optan por políticas intervencionistas y asistencialitas de retribución. Otros creen que el fortalecimiento de los fundamentos de un sistema económico regido por las leyes de mercado sería más eficaz. En los países occidentales que hoy en día son considerados más desarrollados, un paso decisivo para la superación de las profundas desigualdades sociales fue la expansión del derecho a la educación, aun en el siglo XIX.

Estadísticas recientes demuestran que, felizmente, el porcentaje de la población viviendo en estado de pobreza está reduciéndose en varios países de Latinoamérica. Tales hechos resultan de políticas públicas retomadas para el mejoramiento de las condiciones de vida que se han visto bien reveladas, atadas a las estabilidad económica, social y política alcanzadas en los últimos tiempos, con iniciativas eficaces de la distribución de la renta. Sin embargo, el ritmo de esos posibles avances se muestra bastante lento.

Frente al cuadro de urgencias en el abordaje de cuestiones coyunturales de escandalosa desigualdad social y económica que aún se hacen presentes en nuestro continente, y considerando la notoria omisión de muchos de los agentes gubernamentales que debieran tomar iniciativas concretas y adecuadas para la superación de ese cuadro, la búsqueda de soluciones a través del acceso a la justicia se revela como un posible camino a ser necesariamente instrumentado.

En ese sentido, es importante recordar la relevante experiencia vivida en los Estados Unidos de América a mediados de la década de los años sesenta, del siglo XX, en que el gobierno federal lanzó un ambicioso programa de acciones denominado *"War on Poverty"* (Guerra contra la Pobreza) que incluía, dentro de los diversos programas de acciones destinados a luchar contra la pobreza, exactamente la implementación de servicios de asistencia jurídica gratuita en cuestiones de naturaleza civil para las personas pobres, subsidiados con recursos financieros del tesoro nacional (14).

---

(14) La inspiración, en el campo teórico, para la inclusión de los servicios de asistencia jurídica para los pobres de entre las acciones del programa gubernamental denominado "*War on Poverty*" tendría resultado de un artículo escrito por los hermanos Edgar y John Cahn, publicado en el "*Yale Law Journal*" en 1964, bajo el título: "*The War on Poverty – A civilian perspective*". Ese trabajo tuvo influencia

Es cierto que innumerables problemas que afectan lo cotidiano de las personas que se encuentran en estado de pobreza pueden ser resueltos —o por lo menos minimizados— a través de la facilitación en el acceso a la justicia. Algunos ejemplos que pueden ser citados: la defensa de la vivienda en litigios que involucran cuestiones de posesión o de arrendamiento; la revisión de cláusulas contractuales abusivas que perjudican al consumidor endeudado; la investigación de paternidad y cobro de alimentos contra padres biológicos que se rehúsan a contribuir para la crianza de sus hijos privándolos de los alimentos necesarios para su supervivencia, etc. Esto sin hablar de las acciones judiciales que pueden ser propuestas contra órganos gubernamentales, con el objetivo de compeler a los poderes públicos a prestar servicios y beneficios asegurados por ley, sobre todo en materia de salud y de educación. Finalmente, se hace necesario un conjunto acciones y medidas estratégicamente planeadas direccionadas a la promoción de los derechos de la ciudadanía, que no se reducen a las políticas de carácter asistencial o filantrópico (15). Y, en esa línea de acción, las Defensorías Públicas cumplen un papel indispensable. Sin embargo, creemos que no se puede esperar que ese tipo de iniciativa sea suficiente para alcanzar el objetivo de erradicación de la pobreza.

La judicialización de los conflictos y de las relaciones sociales no puede, sin embargo, ser vista como la panacea para todos los males. Es preciso evitar el "exceso de acceso" a la justicia, como advirtió el ilustre Presidente de la Corte Suprema de Justicia de la República Argentina, Dr. Ricardo Lorenzetti, en su conferencia de marzo de 2008,

---

decisiva en la configuración del modelo norteamericano de Asistencia Jurídica Gratuita de los pobres en cuestiones civiles. Para un estudio pormenorizado de la trayectoria del sistema norteamericano se recomienda el libro "*Justice and Reform*", Earl Johnson Jr. (1974, 2ª ed. 1978). Igualmente se puede consultar en la dirección electrónica http://www.clasp.org/publications/legal_aid_history_2007.pdf para descarga del documento "*Securing Equal Justice for All – A brief history of civil legal assistance in the United States*" de autoría de Alan W. Houseman y Linda E. Perle. En lengua portuguesa puede consultarse el libro de nuestra autoría mencionado en la nota n° 10.

(15) Como dice Carlos Filguera (1997), en América Latina la superación de la pobreza pasa por el desarrollo de los derechos ciudadanos, destacando que "la filantropía no concede derechos, sino que es simplemente un beneficio para aquellos grupos a quienes va dirigida. Tampoco constituyen derechos legales las políticas asistencialistas que se orientan a corregir las condiciones que sufren los sectores llamados vulnerables, sin eliminar las causas estructurales de su vulnerabilidad y por lo tanto, las barreras que limitan el desarrollo de sus derechos ciudadanos". (Cf. Filgueira, Carlos. "Bienestar, ciudadanía y vulnerabilidad en Latinoamérica", en: Perez Baltodano, Andrés (ed.). *"Globalización, ciudadanía y política social en América Latina: tensiones y contradicciones*". Caracas, Editorial Nueva Sociedad, 1997, pág. 145).

durante el encuentro preparatorio de este Congreso de AIDEF (16). El acceso a la justicia no puede convertirse en frustración. No se puede perder de vista que la Judicatura es un poder estatal que tiene por misión ejercer la función jurisdiccional destinada a la aplicación de la ley en el caso concreto, primordialmente en la perspectiva individual, materializando los derechos y garantías fundamentales del ciudadano. Aunque en los tiempos recientes el Poder Judicial es llamado cada vez más a dirimir conflictos del ámbito meta-individual, volcándose para la protección de los intereses colectivos y difusos, la dinámica del funcionamiento de los órganos jurisdiccionales muchas veces carecen de elementos para sopesar los desdoblamientos de sus decisiones en un escenario más amplio. Además de eso, aunque no se pueda negar su dimensión de carácter político, por tratarse de una actividad primordialmente del orden técnico, la actuación jurisdiccional no posee el grado de legitimidad democrática que, en teoría, en regímenes representativos democráticos, se hace presente en las actuaciones de los demás poderes estatales. Así, muchos estudiosos afirman que el Poder Judicial no estaría plenamente capacitado para la toma de decisiones que configura la realización de elecciones y opciones fundamentales que tengan las políticas públicas de ámbito colectivo. Esto porque la implementación de tales decisiones, al repercutir mediante la imposición de cargas en el tesoro público, considerándose que las fuentes de financiamiento son limitadas, ante el principio fundamental de la legalidad que rige la cobranza de los tributos, pueden acabar inviabilizando la ejecución de otros proyectos democráticamente considerados prioritarios por las instancias encargadas de definir la administración de los recursos públicos. De ahí que, el facilitar el acceso a la justicia a través del Poder Judicial, por intermedio de las Defensorías Públicas, no puede ser visto como una vía exclusiva y ni principal para la erradicación de la pobreza.

Sin perder de vista esas limitaciones de la vía del acceso a la justicia en la lucha por la erradicación de la pobreza, el hecho es que en el régimen democrático las tensiones y enfrentamientos son legítimos y pueden contribuir para el perfeccionamiento de las instituciones. Por

---

(16) He ahí lo que dijo el Dr. Ricardo Lorenzetti: *"Naturalmente, que el movimiento de acceso puede tener un exceso. Yo voy a mencionar dos problemas que me parecen interesantes. El primero es vinculado a la excesiva judicialización. Porque cuando nosotros abrimos las puertas para que todo el mundo acceda, lo que suele pasar es que los otros poderes del Estado tardan bastante tiempo en tomar conciencia de esto. Y entonces, tenemos los jueces y juzgados saturados de expedientes; se demoran las causas y tenemos que comenzar a hablar de derecho fundamental a un tiempo razonable en el proceso. Y el acceso se vuelve una parodia. Porque, ¿de qué sirve garantizar el acceso a la Justicia que demora cuatro, cinco, diez años? Entonces, este es un tema importantísimo"*.

tal motivo así como lo hacen los profesionales que ejercen la abogacía en forma privada, en pro de los intereses sectorizados de grupos económicos y sociales más privilegiados, es plenamente legítima y necesaria la actuación de las Defensorías Públicas en la lucha por la mejoría de las condiciones de vida de los destinatarios de sus servicios, o sea, de la población menos favorecida, especialmente en la lucha por la efectivización de derechos sociales que contribuyen para la superación de las desigualdades y reducción de la pobreza. En resumen, aunque la judicialización no pueda ser efectivamente considerada el mejor camino para el alcance de tales objetivos, en nuestros países latinoamericanos eso ha sido inevitable.

5. Consideraciones finales

Teniendo presente las consideraciones arriba indicadas, parece que la contribución de la Defensoría Pública en la lucha por la superación de la pobreza se revela más expresiva, sobre todo, mediante la utilización de instrumentos procesales de carácter colectivo. Para mayor éxito en esa empresa, es de gran importancia una actuación estratégicamente ordenada, buscando identificar casos paradigmáticos (los llamados "*leading cases*" en la consagrada expresión en inglés) que puedan producir impacto significativo no sólo en la dimensión concreta, también en la perspectiva simbólica de cambio de mentalidad.

Para concluir estas reflexiones, queremos enfatizar, como nos enseña el eminente jurista Antonio Celso Alves Pereira (17), que el acceso a la justicia constituye una de las formas más eficientes de materializar los derechos humanos. Y, en caso de las poblaciones integrantes de los estratos sociales y económicos menos favorecidos, es indispensable contar con la asistencia jurídica integral y gratuita a ser prestada por el Estado a través de la Defensoría Pública, bajo pena de afrontar los principios de la no discriminación, que es parte integrante de la idea de derechos humanos.

6. Referencias bibliográficas

ALVES, Cleber Francisco (2006). *Accesso a la Justicia, Estado de derecho y consolidación democrática en América Latina. El papel de la*

(17) Ver: Pereira, Antonio Celso Alves. "El acceso a la justicia y los Derechos Humanos en el Brasil", en "Revista IIDH", Nº 20, San José de Costa Rica, IIDH, Julio-Diciembre de 1994, pág. 23.

Defensoría Pública, en *Revista del Ministerio Público de la Defensa*. Buenos Aires, Defensoría General de la Nación Argentina, Año 1, Nº 1, Noviembre 2006.

ALVES, Cleber Francisco (2006). *Justiça para todos! A assistência jurídica gratuita nos Estados Unidos, na França e no Brasil*. Rio de Janeiro, Lumen Juris.

ALVES, Cleber Francisco & PIMENTA, Marilia Gonçalves (2004). *Acesso à Justiça em Preto e Branco – Retratos Institucionais da Defensoria Pública*. Rio de Janeiro, Lúmen Juris.

BALSA, Casimiro e outros (2006). *Conceitos e Dimensões da Pobreza e da Exclusão Social – uma abordagem transnacional*. Ijuí, Editora Unijuí.

BANCO INTERAMERICANO DE DESAROLLO & INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS (2000). *Acceso a la justicia y equidad: estudio en siete países de América Latina*. Jose Thompson (coordinador académico). San José de Costa Rica, IIDH.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola & PASQUINO, Gianfranco (1995). *Dicionario de Política*. Trad. Carmen C. Varrialle e outros. 8ª ed. Brasilia, Editora UnB.

CAHN, Edgard S. & CAHN, John C. (1964). *The War on Poverty: A civilian perspective*, en *The Yale Law Journal*. Vol. 73, págs. 1317-1352.

CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant (1988), Acesso à Justiça. Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris Editor.

CAPPELLETTI, Mauro; GORDLEY, James & JOHHNSON Jr., Earl (1981) *Toward Equal Justice: a comparative study of legal aid in modern societies*. Milano, A. Giuffrè Editore, 1981 (reprint).

CARVALHO, José Murilo de (2004). *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. 5ª ed. Rio de Janeiro, Civilização Brasileira.

DION-LOYE, Sophie (1997) *Les Pauvres et Le Droit.* Paris, PUF (*collection: Que sais-je?*)

FILGUEIRA, Carlos (1997). *Bienestar, ciudadanía y vulnerabilidad em Latinoamérica*, en Andrés Perez Baltodano (ed.). *Globalización, ciudadanía y política social en América Latina: tensiones y contradicciones*. Caracas, Editorial Nueva Sociedad.

GARRO, Alejandro M. (2000), *Acesso à Justiça para os pobres na América Latina*, en*:* J. Méndez, G. O'Donnel e P. S. Pinheiro (org.). *Demo-*

cracia, Violência e Injustiça: o Não-Estado de Direito na América Latina. São Paulo, Paz e Terra, págs. 307-335.

HERSHBERG, Eric & Elizabeth Jelin (orgs.) (2006). *Construindo a Democracia: Direitos Humanos, Cidadania e Sociedade na América Latina*. Trad. de Ana Luiza Pinheiro. São Paulo, Edusp.

HOUSEMAN Alan W. & PERLE, Linda E. *Securing Equal Justice for All – A brief History of Civil Legal Assistance in the United States* (2007). Washington: Center for Law and Social Policy. (disponível em: http://www.clasp.org/publications/legal_aid_history_2007.pdf)

JELIN, Elizabeth (2006). "Cidadania Revisitada: Solidariedade, Responsabilidade e Direitos", en Elizabeth Jelin e Eric Hershberg (orgs.), *Construindo a Democracia: Direitos Humanos, Cidadania e Sociedade na América Latina*. Trad. de Ana Luiza Pinheiro. São Paulo, Edusp.

JOHNSON Jr., Earl (1978). *Justice and Reform – the formative years of the American Legal Services Program,* New Brunswick, Transaction Books.

JOHNSON Jr., Earl (2004). *Access to Justice: Will Gideon´s Trumpet Sound a New Melody? The Globalization of Constitutional Values and Its Implications for a Right to Equal Justice in Civil Cases",* en *"Seattle Journal for Social Justice*", Fall, 2003/Winter, 2004.

MARSHALL, T. H. (1967). *Cidadania, Classe Social e Status*. Tradução de Meton Porto Gadelha. Rio de Janeiro, Zahar (específicamente el capítulo "Cidadania e Classe Social").

INTER-AMERICAN COMMISSION ON HUMAN RIGHTS (2007). *El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales – Estudio de estándares fijados por el sistema interamericano de derechos humanos.* Disponible para *download* en: http://www.cidh.org/pdf%20files/ACCESO%20A%20LA%20JUSTICIA%20DESC.pdf

PEREIRA, Antonio Celso Alves (1994). *El acceso a la justicia y los Derechos Humanos en el Brasil,* en *Revista IIDH*, Nº 20, San José de Costa Rica, IIDH, Julio-Diciembre de 1994.

PIOVESAN, Flavia (2008). *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo, Saraiva, 9ª ed.

SANTOS, Wanderley, Guilherme dos (1979). *Cidadania e Justiça,* Río de Janeiro, Campus.

SUTIL, Jorge Correa (2000), *"Reformas Judiciárias na América Latina: boas notícias para os não-privilegiados"*, en J. Méndez, G. O'Donnel y P. S. Pinheiro (org.). *Democracia, Violência e Injustiça: o Não-Estado de Direito na América Latina*. São Paulo, Paz e Terra, págs. 281-305.

Pobreza y derechos humanos (*)

Roberto Saba

Me gustaría hacer una invitación a pensar en una pregunta que se refiere al tema más general de pobreza y Derechos Humanos, más en particular pobreza y el derecho a la igualdad.

En muchos de nuestros países de América Latina —Argentina no es una excepción, por supuesto—, se han constituido grandes porciones de la población en situaciones de "pobreza estructural". Ello quiere decir que hay sectores de la población que están en situaciones de pobreza, combinado con otros factores, como la concentración geográfica y la exclusión de estos sectores de otras actividades y derechos —por ejemplo, la inclusión en el mercado, en actividades educativas, culturales—. Esta situación de pobreza estructural se caracteriza por una reproducción generacional: las familias que componen estos grupos que han caído en esta situación de pobreza estructural ven enormes dificultades para poder salir de ella, es decir que de algún modo las generaciones que vienen en el tiempo se encuentran prácticamente determinadas, si nada cambia, a reproducir esa situación.

La pregunta sobre la que los invito y las invito a pensar se relaciona con existencia o no de una obligación constitucional por parte del Estado —basada en los derechos constitucionales y el derecho internacional de Derechos Humanos reconocidos en nuestros sistemas jurídicos—, de desmantelar esas situaciones de pobreza estructural.

Una cuestión que voy a ver al final, es el lugar del Poder Judicial en ese rol del Estado, si podemos reclamarle un trato igualitario tendiente a ese objetivo, cuestión que tiene mucho que ver con la última parte de la presentación de Cleber Francisco Alves.

La primera cuestión que parece importante poner sobre la mesa es una distinción entre dos diferentes ideas de igualdad que están

---

(*) La presente conferencia ha sido desgrabada y editada por la Defensoría General de la Nación.

presentes en nuestro debate jurídico, no mucho, lamentablemente, pero hay un debate jurídico en torno a estas dos ideas de igualdad, y también en los sistemas jurídicos positivos, por lo menos la Constitución argentina, donde emergen estas dos ideas de igualdad que tenemos que hacer algunos esfuerzos para conciliar o quizá no sean conciliables.

La primera idea de igualdad tiene que ver con lo que llamamos la igualdad como no discriminación. Quiere decir que la obligación del Estado de tratar igual a las personas en función de su derecho a la igualdad, reconocido prácticamente en todas las constituciones occidentales, se relaciona con no tratar a las personas de un modo diferente sobre la base de lo que generalmente se conocen como criterios razonables. Entonces que el estado no puede tratar a las personas de un modo diferente de acuerdo a un criterio que no responda a una relación de medio a fin o si quieren algunos lo llaman de funcionalidad, que no haya una relación entre el criterio que escojo y el fin que busco. Por ejemplo, el ingreso a la Universidad de Buenos Aires, este es un caso hipotético o ficticio, si estableciera como criterio para diferenciar los que ingresan de los que no ingresan, el ser varón, los varones entran, las mujeres no —esto sería por un colegio secundario de la Universidad de Córdoba, es un caso que llegó a la Corte Suprema—. Este es un criterio irrazonable porque el criterio no tiene ninguna relación de funcionalidad con el fin buscado, con la regulación que es seleccionar los mejores estudiantes o cualquier finalidad que también es un debate que tenga la Universidad. La igualdad como no discriminación parece imponerle al Estado exclusivamente que no sea irrazonable en la identificación de los criterios que establecen las diferencias entre las personas.

Una segunda idea de igualdad tiene que ver con que las personas en su condición de pertenencia a grupos no resulten sometidas, excluidas, sojuzgadas, segregadas por otros grupos. Por ejemplo, el caso de la segregación racial en los Estados Unidos hasta el caso Brown contra el Board de Educación en el año 1954. Sistemas escolares divididos para blancos y para negros, baños en espacios públicos para blancos y para negros, etcétera. Un sistema de segregación racial por ejemplo genera un sistema en el que un grupo, en este caso los afroamericanos, se encuentran en situación de sometimiento, de exclusión, pónganle el nombre que quieran, por otro grupo, los blancos. El principio de igualdad desde esta perspectiva exige evitar esa situación de exclusión de ese grupo, de sometimiento, de segregación, etcétera.

Veamos algunas diferencias entre estos dos conceptos de igualdad para darles más contenido. Como dijimos antes, la igualdad como no discriminación en principio, exige razonabilidad en las

distinciones. En segundo lugar es un criterio, es una forma de ver la igualdad que algunos autores llaman 'individualista' en el sentido de que no es, no se detiene en el dato de la pertenencia a un grupo de la persona discriminada. Si las mujeres en la Argentina no ocupaban cargos en los órganos legislativos, sólo una pequeña porción de los legislativos tenía mujeres hasta que se implementó un sistema de cuotas, esto no se daba por situaciones de prohibición legal, se daba por prácticas que excluían a ese grupo de personas de una actividad crucial, como es la actividad política. Y el criterio, la idea de igualdad como no discriminación que exige razonabilidad, no necesita tener en cuenta la pertenencia de la persona al grupo. Finalmente, para esta idea de igualdad es importante lo que la ley dice, que la ley no sea irrazonable en el establecimiento de distinciones entre las personas.

La idea de igualdad como no sometimiento es algo muy distinto. Por un lado, como dijimos antes, tiene en cuenta o se considera trato desigual la exclusión o segregación estructural de un grupo. Y digo grupo, por lo tanto no digo individuo, segunda diferencia. Y tercero, para esa idea de igualdad como no sometimiento es muy importante tener en cuenta lo que pasa en la realidad, por eso algunos autores lo llaman una idea de igualdad sociológica: no quiero que me digas qué dice la ley, quiero que me digas qué pasa. Yo sé que la ley en la Argentina no les prohibía a las mujeres a ingresar al Parlamento, pero de hecho no ingresaban. ¿Qué pasa? ¿se está violando la igualdad cuando de hecho ese grupo está siendo excluido de esa actividad? Un ejemplo real: había una vez una orquesta municipal en un municipio de algún estado en Estados Unidos cuyo comité seleccionador de integrantes de la orquesta quería ser perfectamente respetuoso de la igualdad ante la ley y ¿cómo se logra eso? Bueno, consideraban que la igualdad era la igualdad como no discriminación, y que el modo de lograrla era poner entre el panel que seleccionaba a los músicos y a las músicas, una mampara opaca, una mampara, un biombo, para que el jurado no sepa quiénes se están postulando. Es muy interesante porque la igualdad como no discriminación valora el carácter ciego de la ley ¿vieron las imágenes de la Justicia ciega? Tiene mucho que ver con esta idea de igualdad como no discriminación. En la medida en que el jurado sea ciego a las diferencias está haciendo un buen trabajo seleccionando sólo a los mejores músicos. Lo que sucedía es que las orquestas parece tenían sólo varones blancos adultos y nunca había afroamericanos, mujeres. Entonces, para evitar que esto pase ponían una mampara. Y sucedió algo muy curioso para el jurado que quería ser ciego a las diferencias, que cuando corrió la mampara y había seleccionado a los músicos todos eran otra vez blancos varones adultos. Y la pregunta que queda es, bueno quizás la ceguera a las diferencias, en este caso no funcionó porque había, está sucediendo algo en las

prácticas sociales que está haciendo que no lleguen a postularse buenos y buenas candidatos para la orquesta, afroamericanos, mujeres, etcétera, latinos. Entonces, ¿cuál es la moraleja de este caso? Que la obligación del Estado de tratar a las personas de acuerdo al principio de igualdad parece que no puede ser ciego a las situaciones que de hecho se dan de exclusión de grupos, es posible que las mujeres no fueran a competir por un lugar en la orquesta, porque la práctica social les indicaba que las mujeres no van a las orquestas. Acá un ministro de Economía dijo que los científicos tienen que ir a lavar los platos. Digamos, hay ciertas ideas de bueno, a las mujeres no les toca ir a las orquestas y las mujeres incluso pueden entender que su lugar no es el de estar en las orquestas y por eso no postulan. Entonces es muy importante para el jurado que no quiere perpetuar una situación de discriminación de ese grupo, correr la mampara y ver quiénes se están postulando, porque si no se postula ninguna mujer quizá lo que hay que hacer es tomar alguna medida para que los grupos que no llegan a esa competencia puedan participar de ella.

Ahora bien, las responsabilidades del Estado que se desprenden de una u otra idea de igualdad son muy distintas, como ustedes podrán percibir. La igualdad como no discriminación parece que al Estado sólo le exige ser ciego a las diferencias y razonable en las distinciones. La igualdad como no sometimiento o no exclusión o la igualdad entendida como que ningún grupo puede estar mejor que otro grupo en el sentido de excluir al otro grupo de ciertas actividades, le exige al Estado acciones positivas, tendientes a desmantelar la situación de exclusión de ese grupo. Voy a dar los ejemplos concretos. En muchos de nuestros países ya hoy se reconocen la posibilidad de establecer acciones afirmativas o acciones positivas, o de discriminación inversa. La idea es básicamente que el Estado trate diferente a las personas justamente por pertenecer a grupos históricamente vulnerables y segregados o excluidos. En este caso, por ejemplo, si en la administración pública nacional en la Argentina no hay personas con discapacidad y, sin embargo, un alto porcentaje de la población argentina son personas con discapacidad, esto parece que la igualdad como no sometimiento, no exclusión, le exige al Estado implementar un sistema de acción afirmativa, una cuota por ejemplo para personas con discapacidad a fin de revertir la exclusión de ese grupo que se viene dando históricamente. En la Argentina existe un porcentaje mínimo de contratación en el sector público para personas con discapacidad. Las acciones afirmativas son justamente un trato desigual basado en un "criterio", irrazonable, porque estamos poniendo la discapacidad, por ejemplo, como el criterio relevante para contratar personas en el gobierno, en la función pública. Eso no parece razonable desde el punto de vista de la funcionalidad. Pero sí resulta sumamente justificado con la finalidad

de revertir una situación de exclusión de ese grupo. Otro ejemplo es el del modo en que por ejemplo se desarrollan las políticas públicas que les otorgan a las personas ciertos beneficios y ciertos goces. La ciudad de Buenos Aires, en términos muy generales, es muy distinto el norte de la ciudad que el sur de la ciudad. En el norte de la Ciudad es donde estamos ahora, el sur de la ciudad se ve bastante diferente. Es posible que el diseñó de algunas políticas públicas esté olvidando el principio de igualdad de trato del sur y del norte de la ciudad. Si la ciudad de Buenos Aires recibe donación una enorme flor muy bonita que está en la otra cuadra, se la regaló un arquitecto argentino que vive en el exterior, y el Gobierno de la Ciudad tiene que decidir dónde la pone; esa decisión de política pública, de cultura y de paisaje urbano, puede estar justificada en la idea de igualdad, en el sentido de si ponemos todas las esculturas en el norte de la ciudad va a estar peor siempre el sur de la ciudad, si el dinero para parques va a parar a un sector de la ciudad y no al otro La igualdad como no sometimiento le exige al Estado un tipo de política pública que tenga en cuenta estas situaciones de diferencia y segregación.

La Constitución en la Argentina, por ejemplo, en el año 1994 incluyó el artículo 75 inciso 23, que reconoce abiertamente la obligación del Estado de realizar acciones afirmativas con el fin de darle igualdad de oportunidades a grupos vulnerables, como por ejemplo, mujeres, personas con discapacidad, ancianos. Esto quiere decir que el derecho positivo argentino ha receptado, de algún modo, la idea de igualdad como no sometimiento al reconocer que existen grupos que necesitan un trato preferencial. La igualdad como no sometimiento, entonces, le exige al Estado obligaciones positivas. Y aquí viene la relación con la última parte de la presentación anterior: ¿es posible reclamarle al Estado la realización de acciones positivas tendientes a desmantelar situaciones de exclusión de grupos estructuralmente discriminados? Parece que si, desde el punto de vista de la igualdad como no sometimiento. ¿Es posible reclamar por estos tratos ante la Justicia? Y en un sistema de control judicial de constitucionalidad, donde cuando un derecho es violado son los jueces los responsables de restablecer la vigencia de ese derecho, parece que sí. Entramos en una serie de dificultades para ver cómo lo hacemos, si es cierto. Aquí hay cuestiones acerca de cómo evitar que los jueces decidan dónde poner la flor de la otra cuadra. Quizás no sean ellos o ellas los que tengan que decidir eso. Incluso legislativamente en la Argentina, y en muchos países que hay ciertos grupos que coinciden aparte, desgraciadamente, son estos grupos vulnerables que requieren este trato diferente. Estamos hablando de mujeres, de personas con discapacidad, grupos raciales, grupos religiosos. Yo creo que el desafío es, y esto es algo que les propongo trabajar y pensar, si es posible pensar que los pobres estructurales forman parte de este grupo,

que requieren de un trato muy particular por parte del Estado para salir de esa situación. Existe del lado del Estado una obligación constitucional, no una política pública de asistencia, sino una obligación constitucional de desmantelar situaciones de pobreza estructural porque constituyen discriminación estructural.

Persecución penal de la pobreza (1)

Gustavo L. Vitale

1. Realidad operativa del sistema penal

La persecución penal de la pobreza como actividad prioritaria del sistema de persecución penal es, ante todo, un dato de su realidad operativa.

1. a. Irracionalidad selectiva

Por un lado, la selectividad propia de todo sistema penal adquiere, en nuestros territorios, niveles enormes de irracionalidad. La mera observación de la realidad no muestra que los sectores sociales que se encuentran criminalizados son —en su amplia mayoría- los excluidos por las políticas de estado: los pobres. La constatación de este dato es bien fácil: basta con recorrer las cárceles, los lugares de detención de contraventores o los llamados "hogares de menores". Allí encontramos y encontraremos el común denominador que caracteriza a la gran mayoría de la población carcelaria: la pobreza, el abandono, el olvido (es decir, la enorme vulnerabilidad al sistema de persecución penal que es propia de la enorme mayoría de personas encarceladas). El sistema penal, entonces —en una gran medida—, viene funcionando en los hechos como un factor de re-victimización de la pobreza.

1. b. Irracionalidad de la cárcel

Por otra parte, la pena carcelaria (como prototipo de sanción penal argentina) produce efectos deteriorantes terribles en los que la sufren.

---

(1) Este trabajo tomó como base la conferencia pronunciada por el autor en el *"Primer Congreso de Derecho Penal Mínimo (La desesperanzadora evolución de la política criminal y el derecho penal en Argentina)",* que tuvo lugar en la ciudad de Córdoba, en la Universidad Blas Pascal, durante los días 24, 25 y 26 de abril del año 2008.

La cárcel —al separar, a quien la padece, de la vida en sociedad y obligarlo a soportar una vida de privaciones, de inseguridad personal y de sufrimientos permanentes— produce efectos desgarradores en la personalidad humana, contribuyendo (en los hechos) al aumento de los niveles de "inseguridad" ciudadana (entendida esta última en términos de "inseguridad de los derechos" —para usar la terminología de Baratta—).

La reclusión carcelaria separa al condenado de la familia, impide el mantenimiento de la fuente laboral remunerada, obstaculiza la formación educativa, funcionando —en la vida real— como un factor de aumento de la criminalidad, fijando el rol de criminalizado en quien la cumple y creando, en suma, condiciones adecuadas para la reiteración de conductas lesivas para terceros.

Si sumamos ambas irracionalidades (la selectiva —persecución prioritaria de pobres— y la de la cárcel —reproducción del delito—) advertimos que la respuesta punitiva funciona, sobre todo en los países más pobres, como un multiplicador de la violencia (y al mismo tiempo de la pobreza).

2. Respuestas posibles frente a la realidad operativa

Entre las posibles respuestas estatales frente al funcionamiento real del sistema penal, pueden destacarse dos ámbitos de acción: el político y el jurídico (académico y judicial).

2. a. Políticas

En el ámbito político debe actuarse a través de las políticas públicas, a efectos de disminuir las enormes cuotas de desigualdad social, a fin de lograr la mayor igualdad posible de oportunidades para vivir con dignidad. Aquí cobran singular importancia las políticas vinculadas con el salario, vivienda, alimentación, trabajo, educación, salud. Una mayor equidad social contribuirá, sin duda, a reducir también las cuotas de desigualdad del sistema de persecución delictiva.

2. b. Jurídicas (académicas o judiciales)

Las respuestas jurídicas (a través de las propuestas en el plano académico y de las decisiones de los jueces en los casos concretos de la vida diaria) juegan aquí un papel relevante.

Es que, frente a los desgarradores efectos de la pena de encierro (en instituciones totales) —y reconociendo las consecuencias deterio-

rantes señaladas—, surge la propuesta reduccionista del uso del aparato penal del Estado y, por ende, del uso de la cárcel, propiciándose su utilización prioritaria para los autores de los hechos más aberrantes (fundamentalmente para los delitos cometidos desde el poder o con el apoyo o aquiescencia del aparato estatal —terrorismo de estado; genocidio; desaparición forzada de personas; ataque a una población civil; delitos económicos—).

3. Función política de la teoría penal

Mientras el poder penal crece, la teoría penal procura (o debe procurar) limitarlo. Es decir, el discurso penal (la teoría penal) debe servir de instrumento para *revertir la creciente expansión de la intervención punitiva* (procurando disminuir los niveles de irracionalidad selectiva —lo que necesita de una persecución penal planificada sobre la base de la exigencia republicana de racionalidad de los actos de gobierno— y reduciendo drásticamente el uso de la pena carcelaria y de sus efectos negativos).

Este compromiso reductor de la violencia punitiva —y de la discriminación con que se la administra en los hechos— es manifestación directa de la función política que la teoría penal debe cumplir en un Estado Constitucional y Democrático de Derecho. En este último, el discurso jurídico—penal debe estar al servicio de las *garantías individuales*, previstas en las normas supremas *para poner una firme barrera al poder punitivo* (que busca expandirse a costa de los derechos más elementales de los seres humanos).

4. El abolicionismo de instituciones inhumanas

Este compromiso político—constitucional de la teoría penal de un Estado Constitucional y Democrático de Derecho va de la mano de los *postulados de un abolicionismo parcial o restringido*, en cuanto este último lucha contra instituciones que —importando un sufrimiento humano desmedido— no encuentran justificación racional alguna (es decir, no con un *abolicionismo radical de todo el sistema penal*, sino con uno que pretenda terminar definitivamente con ciertos institutos insoportablemente lesivos de derechos humanos).

4. a. La denominada "pena de muerte"

Es así como un derecho penal de mínima intervención debe lograr la abolición, la eliminación total, de la llamada *"pena de muerte"* (en los países en los que, injustificadamente, perdura como acto de poder a favor del exterminio humano programado por el aparato estatal).

4. b. "Tortura"

Igualmente ocurre con la lucha por la desaparición de la *tortura* como instrumento para la investigación delictiva (lucha que se ha entablado exitosamente, aunque persisten en nuestro sistema formas de tormento veladas y sutiles, entre las que cabe citar el caso de la *incomunicación de detenidos* —prohibida en una serie de textos legales precisamente por inhumana, cfr. art. 63 de la Constitución de Neuquén, B.O., 3/3/2006: "quedando rigurosamente prohibida toda incomunicación")—; la inentendible admisión en algunos ámbitos de la *declaración policial del imputado* —y mucho más del detenido—, que opera como una coacción insoportable para lograr el reconocimiento de los hechos imputados o, al menos, para conseguir ciertas cuotas de "eficacia" de la investigación a través de los dichos así obtenidos; la *ejecución administrativa de la pena carcelaria*, en la que existen ámbitos de indefensión absoluta de los recluidos, como es el caso de los "buzones" o "celdas de castigo" en los que padecen sufrimientos terribles a veces incluso durante tiempos prolongados; la previsión del *juicio abreviado con posibilidad de recuperación de la libertad rápida a costa de la admisión de la responsabilidad penal*, como opción que hace perder toda posibilidad de absolución o de recibir una pena menor o la misma pero sin confesión o admisión de los hechos imputados).

4. c. "Penas corporales"

Tan necesario como lo anterior es el empeño firme por eliminar todo tipo de *penas corporales* (como los suplicios, azotes, amputaciones), aunque hay países que desgraciadamente todavía las aceptan —sin contar con que hoy mismo no están del todo desterradas como consecuencias propias o ínsitas en el cumplimiento de nuestras penas carcelarias en instituciones cerradas—.

4. d. "Prisión sin sentencia firme de condena"

Un derecho penal que pretenda obtener una mínima intervención punitiva debe luchar fervientemente por la eliminación de toda forma de prisión para aquellas personas que, imputadas de delito, se presumen inocentes por nuestras reglas constitucionales; es decir, por la abolición de la mal llamada *"prisión preventiva"*, es decir de la *prisión para no condenados* o del *encarcelamiento de presuntos inocentes*.

Este encierro carcelario importa siempre un uso anticipado de la pena privativa de la libertad, que debe reservarse para el momento en el cual una sentencia de condena adquiere firmeza y no puede ser, por ello, modificada (salvo los excepcionales supuestos de un eventual recurso de revisión posterior a favor del condenado).

El compromiso político y constitucional por la reducción del empleo de la pena (básicamente de la carcelaria) debe incluir, necesariamente, la enérgica condena a los niveles de prisionización hoy existentes en nuestro país (y en el mundo en general) y, en particular, al fenómeno mismo del *preso sin conden*a, que en nuestro medio supera normalmente —y a veces en mucho— la mitad de la población carcelaria.

Si tomamos en cuenta los enormes niveles de irracionalidad selectiva con los que opera el sistema de persecución penal (como dijimos, se persigue más que nada a los pobres), queda claro que *el encarcelamiento sin condena es el fenómeno de criminalización de la pobreza más terrible con el que opera nuestro sistema penal*.

5. La teoría penal como límite a los poderes estatales

De esta manera, *la construcción de un discurso penal de mínima intervención* (la lucha contra el expansionismo penal) *debe partir, como única opción, de las normas supremas del Estado* (de la Constitución Nacional y de las Declaraciones y Convenciones de Derechos Humanos; cfr. art. 75, inc. 22, Constitución Nacional).

El derecho penal mínimo —así elaborado— (un derecho penal entendido como dogmática penal; como construcción de una teoría penal) debe servir como instrumento republicano para limitar el poder estatal; para hacer realidad, en la materia, el principio de "división de poderes".

En tal sentido, la *teoría penal* debe servir, en primer término, para poner un *límite al legislador* (para que no se legisle —como se lo viene haciendo en nuestro país, sobre todo a través de legislaciones de pretendida "emergencia"— desconociendo los presupuestos constitucionales de la pena estatal).

En segundo lugar, debe cumplir con una función de *limitación del poder de los jueces* (obligándolos a interpretar la ley en concordancia con el bloque de constitucionalidad y, si ello no es posible —y aunque nadie se los pida—, a declarar la inconstitucionalidad de las leyes que no pasen por el filtro de las normas supremas).

Al mismo tiempo, debe permitir el *cuestionamiento constitucional de los actos del poder administrador*, cuando estos no respetan la normativa de mayor jerarquía.

Es decir, la teoría penal debe construirse desde las normas supremas, a partir de ellas, y con el objetivo político de servir de instru-

mento de *control de constitucionalidad* de las leyes, de las decisiones judiciales y de los actos del poder administrador.

6. BASE *CONSTITUCIONAL* DE LA FUNCIÓN POLÍTICA REDUCTORA DEL PODER PUNITIVO

La teoría penal al servicio de la mínima intervención punitiva, entonces, deber cumplir la función político—constitucional de limitar, de reducir el poder penal. Esta función no es una mera expresión de deseos, sino que tiene una clara base normativa y, fundamentalmente, constitucional.

6. a. Principios supremos limitadores de la pena estatal.

El *principio de mínima intervención penal* surge de la exigencia constitucional de racionalidad de los actos de gobierno (que implica racionalidad de las penas); de proporcionalidad entre la sanción y el hecho al cual se aplica (ínsito en el anterior y en el principio de *culpabilidad por el hecho*); del principio de *estricta necesidad de las penas* (art. 8 de la Declaración de los Derechos y Deberes del Hombre y del Ciudadano, de 1789); de la *prohibición de penas crueles, inhumanas y degradantes;* así como del principio de *humanidad* y de *intrascendencia* de las penas. Estas son mínimas condiciones —la mayoría reconocidas ampliamente— a las que se encuentra *legalmente* supeditada la pena estatal y que, por ello mismo, limitan su intervención.

6. b. Principios constitucionales que limitan la caracterización del delito y el contenido del proceso penal.

Además de ello, la injerencia penal está subordinada al respeto de los límites impuestos por los principios constitucionales que deben ser respetados para la configuración del delito como hecho punible y para la realización del juicio previo a la imposición de cualquier pena estatal.

6. b. 1. Caracterización del delito

6. b. 1. a. Necesidad de acción

Por un lado, rige el principio constitucional de *necesaria acción* ("no hay delito ni pena sin acción"). Ello surge claramente del texto del artículo 18 de la Constitución Nacional, al exigir una serie de condiciones para poder llevar adelante un juicio previo al "hecho" del proceso. Igualmente se desprende de la mención expresa a las "acciones" de los hombres en el artículo 19 de nuestra Carta Magna.

Sin embargo, contamos inentendiblemente con *delitos de mera asociación* (como la *asociación ilícita*) o de *simple tenencia* (como la tenencia de drogas), que no cumplen con las exigencias del enunciado principio. El solo ser miembro de una organización o la mera relación de hecho entre una persona y una cosa, no alcanzan para cumplir con esta exigencia suprema de intervención penal mínima (y ello al margen de que la ley ni siguiera exige —en el segundo caso— la prueba de su adquisición o recepción o la comprobación del conocimiento de ellas, así como tampoco requiere la prueba de la omisión de entrega a la autoridad correspondiente). Podemos resaltar, en tal sentido, cómo *el delito de asociación ilícita fue utilizado para perseguir a los huelguistas y a las organizaciones obreras en la Europa del siglo XIX* (2) y cómo sirve, entonces, como medio de persecución penal de los sectores excluidos.

6. b. 1. b. Legalidad penal

Nuestra ley suprema demanda también *legalidad penal* ("no hay delito ni pena sin ley previa que las describa"). La alusión a la ley "anterior" al hecho del proceso, que hace el artículo 18 constitucional, resulta suficiente para admitir la consagración suprema de este principio.

No obstante ello, el legislador penal (limitado por la necesaria *exhaustividad* con la que debe encontrarse descripta en la ley la conducta delictiva, para poder ser comprendida por el destinatario de la prohibición o del mandato de acción —y desconociendo tal requerimiento de la ley suprema—) ha incrementado severamente ciertas escalas penales con *imprecisiones tremendas* e incomprensibles, como es el caso de la referencia a los *abusos sexuales "gravemente ultrajantes"* (que, como la recordada "secuela de juicio" como pretendida causal interruptiva de la prescripción de la acción penal, constituye una categoría verdaderamente indescifrable).

Imprecisiones análogas se dan en el caso de la jurisprudencia que —contra toda exigencia de legalidad estricta— penaliza por robo "*en banda*" a la mera actuación de tres personas en el hecho; o el de aquella jurisprudencia (tan inentendible como mayoritaria) que aplica extensivamente el delito de robo *con armas*, creando un concepto de *"arma impropia"* y criminalizando a los sectores de mayor pobreza —con elevadas penas carcelarias—, *como si robaran con armas*. Para este irrazonable parecer, todo lo que no es arma es tratado como tal, en la medida que aumente el poder ofensivo del autor de cualquier

(2) "La criminalización de la protesta social —El debate Zaffaroni-Pitrola—", Rumbos, Bs. As., 2008, pág. 30.

delito de robo. Es así como no aceptan límite racional alguno al concepto de arma: todo es arma (hasta el celular que tiene hoy en su poder un vastísimo sector de la población).

Del mismo modo, parte de la teoría penal ha sido construida desde la analogía y, por ende, al margen de la exigencia de legalidad penal. Es lo que ha sucedido con la construcción teórica inentendible de la denominada *"omisión impropia"* o de los llamados *delitos "impropios de omisión"* en las legislaciones que —como la nuestra— no contienen cláusula alguna de equiparación entre acción y omisión (a diferencia de otras). Se ha postulado, fuera de toda lógica, que una norma penal prohibitiva (que por ejemplo prohíbe *matar* y que por ello sólo es base de los delitos de acción —y no de omisión—) puede ser violada precisamente *no matando*. *La mujer que no mata, pero omite hacer algo tan grave como matar* (no evita una muerte, como sucede en el conocido ejemplo de la madre que no amamanta a su bebé para que éste se muera), *pretende ser tratada "como si" lo hubiera matado,* sobre la base de entender que, en tal caso, no amamantar o no salvar al bebé es *valorativamente equiparabl*e a la acción positiva de causarle la muerte (se postula que no amamantar al bebé debe ser tratado como típico de homicidio del mismo modo que si le hubiera destrozado el cráneo con un hierro). Hay aquí una flagrante lesión a la legalidad penal, proveniente de cierta construcción teórica desconocedora de los límites impuestos por las normas supremas.

De forma semejante se han importado construcciones foráneas alejadas de nuestro texto legal, restringiendo derechos del imputado en forma igualmente lesiva del principio de legalidad penal. Ello ha sucedido con la distinción que suele hacerse entre la llamada *tentativa acabada* y la *inacabada,* a los efectos de recortar el efecto liberador de pena del *desistimiento voluntario de la tentativa* (previsto en el artículo 43 del Código Penal). Es así como, siguiendo postulados teóricos creados sobre la base de otras legislaciones, se ha sostenido que el autor de una tentativa acabada sólo queda eximido de pena cuando, además de desistir de su plan de acción ya comenzado a ejecutarse, se arrepiente activamente evitando el resultado lesivo de su acción (por ejemplo llevando a la víctima a un hospital para ser asistido). En verdad, nuestra ley penal no exige tanto, pues para ella sólo basta con el desistimiento voluntario para liberar de pena al autor de cualquier tentativa (aunque fuera acabada), sin requerir conducta activa alguna que demuestre su "arrepentimiento" o que evite el resultado. Quien dispara contra una zona mortal de otra persona con el propósito de matarla (sin lograr la producción de la muerte), queda liberado de pena por tentativa de homicidio con sólo no seguir disparando su arma contra la víctima con intención homicida, siempre que sea posible continuar con dicha acción (por ejemplo: siempre

que al arma le queden proyectiles disponibles), de modo tal que, pudiendo seguir con la ejecución de su acto, abandona el plan de acción como consecuencia de su propia voluntad. El autor quedaría eximido de pena por tentativa de homicidio aunque, luego del primer disparo, huyera definitivamente del lugar. Este caso, en cambio, sería punible por intento de homicidio si se aplicara la tesis aquí cuestionada, por cuanto para ella no sería suficiente el desistimiento voluntario (de nuestro artículo 43), sino que haría falta un recaudo no previsto en la ley penal argentina: el "arrepentimiento activo". Distinto sería el caso de la equiparación —*por analogía en favor del imputado*— de un *arrepentimiento activo* con un mero *desistimiento*, para liberar de pena al autor de tentativa en la que el autor no sólo hizo ya todo lo *suficiente* para producir el resultado típico (para matar, por ejemplo), sino que *no tiene posibilidad alguna de seguir ejecutando el plan de acción* (por ejemplo porque su arma de fuego no tiene más proyectiles). En este último caso, la admisión liberadora de pena de la conducta tendiente a evitar el resultado típico (en este ejemplo tendiente a evitar la muerte), pese a haber efectuado ya todos los tramos de acción suficientes y posibles para consumar su hecho, importa la aplicación de la ley a un supuesto análogo pero en favor del imputado —por darse en él razones semejantes a las tomadas en consideración para ofrecer la no punibilidad a quien abandona voluntariamente su plan de acción—.

Algo parecido se ha presentado con la defensa de la extraña categoría del denominado *"dolo eventual"*, el cual no puede ser construido conceptualmente a partir del artículo 42 del Código Penal (que es la disposición legal de la cual suele ser deducido), ya que esta norma requiere el obrar con el "fin" de cometer un delito determinado, utilizándose el término "fin" como sinónimo de "intención" o "propósito". Tampoco puede ser elaborado tal concepto a partir del texto del artículo 34 inc. 1 del Código Penal, como reverso del error o ignorancia de hecho, pues la contrapartida de estos errores es el conocimiento de la efectiva concurrencia de una circunstancia fáctica descripta en el tipo penal, no bastando con el conocimiento de la mera *posibilidad* de que se produzca tal circunstancia como consecuencia de la acción. Por el contrario, una teoría penal que parta del texto de nuestras normas supremas y, a partir de ellas, del de la ley penal de inferior jerarquía, debe considerar (como exigencia de legalidad penal) el texto del artículo 278 inc. 2 del Código Penal argentino relativo al encubrimiento (texto vetado por el decreto Nº 370/2000, B. O. 10/5/2000), en cuanto hace expresa mención a la categoría de la "temeridad o imprudencia grave", que comprende lo que usualmente se presenta hoy como "dolo eventual". Más allá del veto del Poder Ejecutivo, su sola mención en el texto inicial de la ley 25.246 (B. O. 10/5/2000) muestra la voluntad del legislador de acuñar, con una es-

cala penal mucho menor a la prevista para el mismo acto doloso, una categoría comprensiva de aquella cuestionable clase de "dolo" considerada aquí como "culpa grave". Lo que no puede discutirse es, como mínimo, la mayor cercanía del llamado "dolo eventual" con la *culpa* que con el *dolo*, por cuanto en él el autor no busca el resultado típico, sino que este último se produce por haber actuado el autor a pesar de representarse como *posible* dicho resultado (que para el autor podía ocasionarse o no) sin hacer nada para evitarlo. Para el autor, el resultado típico *podía o no darse*, representándose en la mente la mera *posibilidad* de su producción. Tanto se parece más a la *culpa* que al *dolo* que, aún para los partidarios de la categoría del "dolo eventual", siempre resultó enormemente dificultosa su diferenciación con la culpa conciente o con representación. Precisamente por su difícil e imprecisa distinción entre "dolo eventual" y culpa con representación es que, como mínimo por aplicación del principio *pro homine* (art. 29, CADH), el llamado "dolo eventual" debe ser tratado como un supuesto de *culpa grave*. Es que, de otro modo, se llega al absurdo de tratar un caso limítrofe con la culpa con una escala penal *demasiado superior* a la prevista para la forma culposa de comisión del hecho, mientras que, al mismo tiempo, otro caso también ubicable en esa zona gris, por ser calificado como culposo, resulta punible de un modo *demasiado* menor que el primero. Para dar un ejemplo: si el homicidio es doloso puede ser penado con privación de libertad de 8 a 25 años o con pena carcelaria perpetua; si es culposo con pena privativa de libertad mínima de 6 meses. ¿Puede entenderse que dos casos no demasiado distintos sean sancionados con penas tan diferentes? ¿Puede entenderse que uno sea condenado a la pena mínima de 6 meses de cárcel, mientras que otro, en un supuesto muy similar pero calificado como doloso con "dolo eventual", resulte condenado al mínimo de 8 años de la misma pena? Los casos son *muy* parecidos pero las penas *demasiado* diferentes. En suma, aceptar la posibilidad de un resultado típico lesivo implica permitir que dicho resultado se produzca o no, lo que es *bien* diferente a *buscar* o *perseguir* la producción de ese daño. Esa marcada diferencia demanda, en la ley, la aplicación de penas bien distintas. Por el contrario, la aceptación de una posibilidad *mayor* de producción de un resultado típico requiere una pena algo más severa que la aceptación de una posibilidad *menor*, pero siempre dentro de la escala penal prevista legalmente para la producción *culposa* de dicho resultado. Las penas no pueden ser aquí demasiado distintas. La construcción *contra legem* de la categoría del llamado "dolo eventual" importa, entonces, tratar con la pena mucho más severa del *dolo* a quien obra *culposamente* o, como mínimo, de un modo más cercano a la *culpa* que al *dolo* (esta es, al menos, la situación punitiva actual en la legislación penal argentina).

La *imputación penal de verdaderas formas de manifestación de la protesta social* (ej. casos de cortes de ruta), es otro modo de criminalización inaceptable de la pobreza, en la cual *la mayor violencia la constituye* el propio proceso penal (en el que se utiliza *la llamada "prisión preventiva"* —el encarcelamiento de no condenados, de presuntos inocentes— como medio de penalización efectiva de pobres e inocentes). En este ámbito se advierte nítidamente la discriminación con la que opera el sistema de persecución penal, que conculca básicamente el derecho a la protesta, a la libertad de expresión, de opinión, de reunión, de asociación, de los sectores sociales más postergados que reclaman mejores condiciones de vida (mientras no hace lo mismo, ni de la misma manera, frente a protestas —incluso más enérgicas— protagonizadas por los sectores de mayor poder económico —como ha sucedido en nuestro país con los reclamos efectuados por los sectores del campo en el presente año 2008, que no se han limitado a cortar rutas, muchas veces en forma violenta, sino que lo han hecho con el objetivo político de crear una sensación de caos que pudiera servir para debilitar o para hacer caer al gobierno constitucionalmente elegido).

6. b. 1. c. Principio de reserva

El principio de *reserva* —consustancial con el reclamo de mínima intervención penal— asegura una zona de imposible intervención punitiva estatal para todo aquello que no se encuentre expresamente prohibido. El artículo 19 de la Constitución Nacional concluye admitiendo la reserva de un ámbito de permisión de todo aquello no prohibido expresamente por las normas jurídicas del Estado *(lo no prohibido en forma expresa por el Estado, le está permitido al individuo)*.

A pesar de fijarse allí la *norma general de la permisión de acciones a los seres humanos y, consecuentemente, la prohibición excepcional de sus conductas (y excepcionalísima cuando nos encontramos en el ámbito penal)*, nos invade una *onda expansiva* que parece tergiversar el principio. *Ya es difícil encontrar acciones dañosas no delictivas* (e incluso advertimos la existencia de muchas acciones calificadas de delito que son verdaderamente inofensivas). *Hay, desgraciadamente, una inflación penal contraria al principio de intervención penal mínima*, que se ha venido asentando de la mano de importantes cuotas de demagogia sobre todo de nuestros políticos, que han echado mano al aumento de las penas para dar respuesta a cualquier crítica circunstancial de ciertos grupos comunitarios, dando la seria impresión de responder a un interés sobre todo electoralista. El ejemplo de Blumberg —padre de un joven brutalmente asesinado en el contexto de un secuestro extorsivo—, sentado en el Congreso de la Nación, prácticamente dictando el contenido de una de las tantas reformas represivas

efectuadas a nuestro Código Penal (que, por ejemplo, aumentaron la pena del abigeato por encima, en ciertos casos, de la tentativa de homicidio), es un fenómeno vergonzoso que muestra la degradación que se produce en un Estado Constitucional y Democrático de Derecho cuando no se adopta una política criminal (pero, sobre todo, cuando no se adopta una política criminal comprometida con la exigencia constitucional de mínima intervención punitiva).

6. b. 1. d. Principio de lesividad

El artículo 19 de la Constitución Nacional consagra, sabiamente, el principio de *lesividad* o de *ofensividad*, según el cual las acciones delictivas, susceptibles de ser atrapadas por la autoridad de los magistrados, son aquellas que ofenden al orden y a la moral pública, perjudicando a un tercero. No hay delito ni pena sin acción humana perjudicial para un tercero.

Si bien nuestra Ley Fundamental acuñó el señalado principio limitador al poder punitivo, a fin de no penalizar meras infracciones a las normas del Estado (que pudieran no contener necesariamente conductas dañosas para terceros), el legislador penal ha pretendido convertir en delito y, en consecuencia, en conducta punible (en la mayoría de los casos con pena privativa de la libertad) los que denomina *"delitos imposibles"* —artículo 44 del Código Penal—, que son entendidos —en general— como supuestos en los cuales la lesión o la efectiva puesta en peligro de un bien jurídico (entendido como el ámbito de disponibilidad de un derecho por parte de un tercero) no son posibles de alcanzar. Si bien se discute el alcance de tal categoría "delictual", se consideran comprendidos en ella los casos de acciones humanas comenzadas a ejecutarse de tal modo o en tales circunstancias que es posible afirmar que nunca pudieron haber dado lugar a la consumación; nunca pudieron haber generado un real peligro de afectación del ámbito de disponibilidad de un derecho ajeno, ni tampoco, obviamente, pudieron producir daño alguno a terceras personas. Son supuestos "delitos" sin daño posible. Son, en definitiva, casos de punibilidad previstos en la ley sin lesividad alguna y, por ello, supuestos de punibilidad inconstitucionales, por contrarios a la exigencia constitucional de lesividad. La única vía de salvar la constitucionalidad de los "delitos imposibles" sería interpretarlos como casos en los que el delito nació posible y luego, durante la ejecución, se volvió de imposible consumación (como lo hacen Zaffaroni, Alagia y Slokar, aunque no pareciera concordar su postura con los ejemplos que brindan, que más bien parecen ser casos de imposibilidad de lesión alguna desde el comienzo de los actos ejecutivos y, por ello, de previsión legal de delitos sin daño —de inconstitucionalidad por trasgresión al principio constitucional de lesividad—.

Algo similar ocurre con los denominados *"delitos de peligro abstracto"*, que son aquellos en los cuales el legislador quiso penalizar peligros de lesiones a bienes jurídicos de terceros pero en forma presumida —es decir, sin necesidad de prueba acerca de la concurrencia de dicho peligro—. Es lo que sucede con la punición de la tenencia de ciertos objetos, ya que la sola prueba de la tenencia hace presumir, para la ley, su lesividad (en este caso el peligro de daño a terceros). Si se invoca la falta de lesividad para terceros de una tenencia, habría que probarla, con lo cual se produce una ilegítima inversión de la "carga de la prueba", haciendo pesar sobre el imputado la prueba de la falta de lesividad (la inexistencia de peligro de cierta y determinada tenencia, por ejemplo de drogas), cuando el principio constitucional de presunción de inocencia demanda precisamente lo contrario (es decir, reclama —como presupuesto necesario para destruir la presunción de inocencia— la prueba por parte del persecutor de todas y de cada una de las condiciones de la pena estatal, de forma tal que la falta de prueba de alguna de ellas exige necesariamente la absolución del imputado).

También afectan el principio de lesividad los *delitos de opinión*, como es el caso de la *injuria, calumnia* o *apología del crimen*. Ellos describen el ejercicio del derecho a opinar, que es consustancial con el pluralismo propio de un Estado Constitucional y Democrático de Derecho que respete la libertad de expresión y que prevea —como lo hace nuestra Constitución Nacional— el derecho a réplica (para neutralizar cualquier posible ofensa por medio de la palabra).

6. b. 1. e. Principio de responsabilidad subjetiva

En el ámbito penal rige el principio de *responsabilidad subjetiva*, según el cual no hay delito ni pena sin dolo o, al menos, culpa. No hay responsabilidad penal por la mera producción del resultado lesivo previsto en el tipo.

Pese a la claridad del referido principio político limitador de la pena estatal —y de las razones de justicia en las que se funda—, la ley penal argentina ha descripto ciertos tipos penales como si estuvieran referidos a la mera producción de un resultado lesivo no buscado ni aceptado como posible por el autor.

Eso ocurre, por ejemplo, al describir la ley argentina el delito de *homicidio preterintencional*, en el artículo 81, inc. 1, b del Código Penal, que penaliza a quien, "con el propósito de causar un daño en el cuerpo o en la salud, *produjere la muerte de alguna persona, cuando el medio empleado no debía razonablemente ocasionar la muerte*". De allí que habitualmente se ofrezcan ejemplos de homicidios preterintencionales que, en verdad, son claramente atípicos, importando la

afirmación de la tipicidad una aplicación de la proscripta responsabilidad penal objetiva o por la mera producción de un resultado. Uno de esos ejemplos es el de quien, en una pelea callejera, aplica un golpe de puño a otro, de modo tal que este último cae al piso y muere al golpearse con una piedra. Ese ejemplo es, precisamente, muy lejano al homicidio preterintencional, pues, sea cual sea la descripción legal que se haya utilizado, la muerte fue, en el caso dado, producida por caso fortuito (fue imprevisible). La muerte siempre debe ser atribuida al obrar *culposo* del autor (ella no puede ser la mera consecuencia de la "mala suerte"). Hubiera sido más claro acudir, en estos casos, a la aplicación de las reglas del concurso (en este supuesto en particular entre lesiones dolosas y homicidio culposo). Sin embargo, la señalada descripción legal del homicidio preterintencional crea el peligro de interpretación literal contraria al principio constitucional de responsabilidad penal subjetiva (tal como lo demuestra el ejemplo citado, en el que suele aplicarse mal la figura en cuestión).

Lo mismo ocurre con todos los *delitos agravados por la producción de un resultado más grave que el buscado* ("si se produjere la muerte…"). En ellos se crea el riesgo de interpretación literal lesiva de este principio, que prohíbe la responsabilidad penal meramente objetiva. Igualmente aquí bastaba con dejar que dichas situaciones sean resueltas por aplicación de las reglas concursales (abandono de personas y homicidio culposo; envenenamiento de aguas y homicidio culposo; etc.).

También se violenta el principio de responsabilidad penal subjetiva con la admisión de la categoría de la llamada *culpa inconsciente*, en la cual el autor ni siquiera se representa la posibilidad de producción del resultado típico. Sin dicha representación, se termina atribuyendo al autor la producción objetiva del resultado lesivo (algo que no se representó mentalmente no pudo evitarse). Por ello, una teoría penal al servicio de la mínima intervención punitiva debe restringir la punibilidad a los casos de culpa consciente, que es la única culpa admisible en un derecho penal constitucional que respete el límite de la responsabilidad subjetiva.

6. b. 1. f. Principio de culpabilidad por el hecho

Rige en nuestro derecho penal el principio constitucional de *culpabilidad por el hecho*. La ley penal debe ser anterior al hecho del proceso para permitir su conocimiento y comprensión, como un modo de posibilitar que los destinatarios de las prohibiciones y mandatos se contra—motiven en ellos. No hay delito ni pena sin posibilidad de contra—motivación en las normas penales; sin un mínimo de libertad exigible; sin que al autor de un hecho ilícito penal le haya sido exigible un obrar diferente.

Mientras ello se repite incansablemente —con base en el artículo 18 de la Constitución Nacional—, inentendiblemente se desconoce en general la *no exigibilidad de otra conducta como causa general, supralegal y constitucional de inculpabilidad*.

También de modo incomprensible se sigue aplicando masivamente la "*reincidencia*" como agravante de la situación punitiva del autor (reprochándole su vida anterior al hecho y no su acción, además de reprochar dos veces el hecho anterior por el cual ya cumplió su respectiva penalidad).

Con igual falta de justicia todavía se pretende —en una buena medida— desconocer el necesario efecto excusante del *error de derecho*, en la medida en que éste impida, en el caso concreto, comprender la criminalidad del acto o dirigir las acciones.

De un modo semejante se desconoce la culpabilidad por el hecho cuando se reprocha la acción que se vio obligado a realizar, en estado de necesidad, quien sin embargo antes provocó no intencionalmente tal situación (es lo que ocurre cuando, contra el texto legal, se exige que la inculpabilidad por *estado de necesidad disculpante* se encuentre supeditada a la falta de provocación del estado de necesidad por quien luego pretende invocarlo [debe advertirse, en tal sentido, que el artículo 34 inc. 2, segunda parte, del Código Penal —*no es punible el que obrare violentado por amenazas de sufrir un mal grave e inminente*— no exige la falta de provocación de quien luego debe obrar en un real estado de necesidad]. Por ello, el estado de necesidad como causa de inculpabilidad —a diferencia del estado de necesidad justificante— no requiere, en el texto legal, que el autor sea ajeno a la situación de necesidad en la que luego obra no quedándole otra alternativa que defenderse de ese modo). Por ello es que parte de la teoría penal elaborada, en relación a este tema, desconoce las exigencias mínimas del principio constitucional de culpabilidad por el hecho, exigiendo, además, condiciones que ni siquiera demanda nuestro texto legal (poniéndose en juego también la ya señalada legalidad penal).

6. b. 1. g. Principio de responsabilidad penal personal

Paralelamente al reconocimiento indiscutido del principio constitucional de *responsabilidad personal por el hecho propio y no por el hecho ajeno* (derivado tanto del texto del artículo 18 —habitante penado por el hecho— como del artículo 19 —acciones de los hombres—), existen descripciones legales que han dado lugar a desconocimientos groseros del mentado principio.

Es lo que ha ocurrido en Argentina —y en parte sigue sucediendo— con el *delito de "homicidio en ocasión del robo" o también deno-*

minado "robo con homicidio", previsto en el artículo 165 del Código Penal. Tal disposición penaliza el caso en el cual, con motivo u ocasión de un robo, "resultare un homicidio". Más allá de que los homicidios no "resultan", sino que se "cometen", lo grave de la cuestión es que ha existido —y existe todavía— jurisprudencia bochornosa para la cual el autor del homicidio (atribuido por la ley al autor del robo) no debe ser necesariamente el autor del robo, sino que basta con que, en el contexto de un robo, alguien (cualquier persona) mate a otro, aunque el autor del robo no haya siquiera comenzado a realizar acción alguna dirigida a terminar con la vida de un tercero. Se ha dicho, aunque parezca una broma de mal gusto, que los autores de un robo deben cargar con el homicidio que haya cometido cualquier tercero con motivo u ocasión del primero de los delitos mencionados. Por ejemplo, si varias personas se encuentran robando en una estación de servicio y llega la policía al lugar, produciéndose un tiroteo, a tales autores (de robo) debe imputarse la muerte que un policía ocasionó a un transeúnte que pasaba por el lugar. También se ha sostenido que todos los autores de robo responden no sólo por el robo ejecutado en común, sino también por la acción homicida que uno solo de ellos realizó contra la víctima del robo, aunque los otros no hayan participado en tal realización. Cualquiera de estos criterios lesiona en forma evidente el principio constitucional de responsabilidad penal por el hecho propio y no por la acción ajena, permitiendo una expansión ilegítima de la respuesta punitiva estatal. (Esta violación constitucional fue cometida, incluso, por altos tribunales de nuestro país, como es el caso de la *Suprema Corte de la provincia de Buenos Aires* [al menos hasta el *caso Méndez, G. N., causa P. 74.499, del 17 de marzo del 2004; Acuerdo 2078*, en el cual absolvió a la imputada en relación al homicidio, por haber sido sólo coautora de un robo en cuya ocasión otro coimputado —del mismo robo— cometió un homicidio]).

6. b. 1. h. Punibilidad por estricta necesidad de la pena

El principio de *estricta necesidad de la pena*, como presupuesto de imposición de una pena legítima, está contenido ya en el art. 8 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, del 26 de agosto de 1789, según el cual *"la ley no debe establecer más penas que las estricta y evidentemente necesarias"*. Esta declaración ha sido una de las fuentes del constitucionalismo moderno, que la comprende en las propias exigencias de racionalidad de los actos de gobierno —como uno de los principios básicos de una república—.

Sin embargo, las leyes penales argentinas establecen numerosas penas desproporcionadamente severas e innecesarias, constituyendo en muchos casos verdaderas sanciones crueles, inhumanas o degradantes. Piénsese, entre los numerosos casos, en las gravísimas penas

carcelarias previstas para el que mata a un miembro de una fuerza de seguridad (prisión perpetua —cfr. art. 80 inc. 8, del Código Penal, incorporado por ley 25.601, B.O.: 11/6/2002—) o para el que roba ganado (4 a 10 años de prisión —cfr. art. 167 quáter, inc. 1, del Código Penal, agregado por ley 25.890, B.O.: 21/5/2004—) o hurta ganado participando 3 o más personas en el hecho (cfr. art. 167 quáter, inc. 6, del Código Penal, según ley 25.890). En verdad, en la mayoría de los casos este principio sirve para *fijar judicialmente una pena menor al mínimo de la escala legal,* toda vez que la mínima establecida en la ley no sea estricta y evidentemente necesaria, pudiendo recurrirse a una menos severa. También permite, entre tantos ejemplos, *excluir la punibilidad de los casos de la llamada "pena natural"* en los que se demuestre que el daño o el sufrimiento causado por el delito al autor mismo es ya suficiente pena (lo que hace innecesaria la imposición de la legal).

6. b. 2. Contenido del proceso penal

Lo mismo ocurre con todos los principios que condicionan la legitimidad constitucional del necesario *juicio previo* a la imposición de una pena *("nadie puede ser penado sin juicio previo";* cfr. art. 18, Constitución Nacional).

6. b. 2. a. Prisión sin condena

Ya, desde el vamos, si el juicio necesario para justificar la pena debe ser llevado a cabo *antes* de la imposición de esta última, lo primero que violenta esta exigencia constitucional es la admisión —tan masiva como preocupante— del instituto de la *engañosamente denominada "prisión preventiva"* (categoría con la que se designa al fenómeno de la *anticipación del cumplimiento de la pena de encierro carcelario* o, como lo hemos denominado en varias ocasiones, el *encarcelamiento de personas que la ley presume inocentes*). El instituto, como dijimos antes (cfr. 4.d.), violenta el sistema de garantías ya desde el momento en que importa el cumplimiento de una pena carcelaria (aunque se la denomine de otro modo) sin que haya concluido el juicio que, por imposición constitucional, debe ser "previo" a su imposición. Es precisamente la *prisión durante el proceso penal* lo que más claramente y de manera indiscutida importa brindar a un imputado un trato de culpable, a pesar de que el discurso jurídico viene afirmando que nos rige el principio constitucional de *presunción de inocencia* (al menos así, como *presunción*, se encuentra previsto el principio de inocencia en las Declaraciones y Convenciones Americanas e Internacionales de Derechos Humanos). La terrible nocividad del encierro carcelario de seres humanos hace que este instituto, además de distorsionar el contenido constitucional del juicio previo

fundado en ley, constituye un factor altamente perturbador del sistema de garantías penales —que atenta mortalmente contra las políticas de intervención penal mínima—.

6. b. 2. b. Incongruencia

Existe otro enfrentamiento entre las demandas de mínima intervención penal y la realidad operativa del sistema de enjuiciamiento en materia de *congruencia entre acusación, defensa, prueba y sentencia*.

Mientras se afirma la base constitucional de tal principio procesal (como parte inescindible del debido proceso legal —art. 18, Constitución Nacional—), *se vienen imponiendo*, permanentemente, *penas más severas que las requeridas por el fiscal*, afectándose la imprescindible congruencia aludida y, como parte de ella, la garantía de la defensa en juicio. Es claro que respecto de penas más graves que las peticionadas por el acusador no pudo haberse ejercido la defensa, entendida como refutación de la hipótesis acusatoria. La imposición de una pena mayor a la reclamada por el fiscal es violatoria del nombrado principio y, como tal, debe ser severamente cuestionada en el contexto de una teoría penal propia de un Estado Constitucional de Derecho.

6. b. 2. c. "Jueces sin garantías de imparcialidad"

Es común en el estado actual de la teoría procesal la exigencia de *separación entre el órgano investigador y eventual acusador*, por un lado, *y el juzgador*, por el otro. Ella es consustancial con un proceso penal de corte acusatorio, respetuoso de la imparcialidad del juzgador y de la defensa en juicio. Sólo se puede ser imparcial cuando no se recolectó la prueba en base a la cual ha de basarse la sentencia. Sólo se puede ejercer la defensa en juicio, con mínima eficacia, frente a un juez que no comandó la investigación en base a la cual se formula la acusación.

Si bien esta separación aparece como imprescindible en el marco del proceso penal de un Estado Constitucional de Derecho, inentendiblemente existen todavía —en ciertos ámbitos— los llamados *"jueces de instrucción"*, a quienes se les exige legalmente el cumplimiento de funciones incompatibles entre sí (investigar y resolver al mismo tiempo), por lo cual la constitucionalidad de los procesos penales así llevados a cabo se encuentra herida de muerte y debe ser seriamente puesta en cuestión.

Tampoco se entiende que aún existan *órganos judiciales* (aunque cada vez menos) *que intervengan en todas las etapas del proceso*

(tanto en la investigación como en el debate oral de la causa), pues la imparcialidad propia de los jueces de juicio aparece aquí como inalcanzable, por encontrarse contaminados o condicionados por su actuación en la etapa anterior. La Corte Suprema de Justicia de la Nación —en su actual composición— ha puesto, al respecto, las cosas en su lugar (CSJN, "Venezia, Daniel Alberto s/ asociación ilícita en calidad de jefe u organizador", del 19 de octubre de 2004).

6. b. 2. d. Violaciones a la defensa en juicio

Entre las transgresiones a la inviolabilidad de la defensa en juicio pueden mencionarse las siguientes:

Desconocimiento de los recursos "in pauperis". Mientras la garantía de *inviolabilidad de la defensa en juicio* ha sido consagrada constitucionalmente tanto en su aspecto *técnico* (actuación de un defensor penal a favor del la persona sometida a proceso) como *personal* (actuación del propio imputado en el proceso), todavía existen situaciones de verdadera indefensión en los casos en los que la defensa técnica (oficial o particular) no presenta los recursos legales contra las sentencias condenatorias o contra los rechazos de los recursos interpuestos. Ello tiene lugar cuando el imputado —notificado personalmente de las decisiones adversas— manifiesta su voluntad de recurrirlas a pesar de la falta de impugnación por parte de la defensa técnica, y los jueces rechazan su recurso por considerar que ha sido presentado fuera de término, como si ellos no tuvieran su propio plazo para recurrir —independiente del de la defensa—. Lo mismo ocurre cuando el imputado no ha sido notificado nunca de tales resoluciones en forma personal y manifiesta del modo que puede su voluntad recursiva. En tal sentido, ha sido también la Corte Suprema de Justicia de la Nación —en su actual composición— quien ha puesto remedio a la cuestión, admitiendo la *interposición de recursos sin exigencia de forma alguna —en forma pauperis*— mientras las decisiones que afectan a los imputados no les hubieran sido notificadas en forma *personal* (o luego de ello), con independencia de la notificación al defensor técnico (CSJN, Dubra, David D. y otro, del 21/09/2004). Los plazos para interponer recursos, entonces, comienzan a correr, para el imputado, desde que se les notificó *personalmente* las decisiones adversas. La defensa técnica tiene, en cambio, su propio plazo. A pesar del aludido criterio del más alto tribunal del país, existen aún decisiones judiciales que —con notoria injusticia— pretenden seguir manteniendo al imputado en la situación de indefensión que la Corte procura subsanar, rechazando los recursos *in pauperis*.

Violación al "ne bis in idem" y a la naturaleza del recurso contra la sentencia como derecho del imputado. Por otra parte, no obstan-

te la previsión constitucional de los *recursos* contra la sentencia de condena como *derechos del imputado frente al poder de persecución penal del Estado* (arts. 75 inc. 22 de la CN, 8 de la CADH y 14 del PIDC y P) y no como instrumentos del poder penal persecutorio para volver a intentar la condena del imputado o para lograr una más severa, las leyes procesales en general —y una buena parte del pensamiento procesal penal actual— reconocen recurso al acusador en contra de la sentencia absolutoria o en contra de la condena con el fin de lograr una pena mayor. Este criterio —seguido todavía por la mayoría de la jurisprudencia argentina— no sólo lesiona la caracterización de los recursos contra las sentencias definitivas como *derechos del imputado*, sino que afecta directamente el principio constitucional del *ne bis in idem*, por permitir que —en base a tales medios de impugnación— los imputados vuelvan a ser juzgados tantas veces como lo permita la extensión de su vida (pues luego de anulada una sentencia en virtud de un recurso del fiscal, y luego de dictado un nuevo fallo en otro enjuiciamiento oral, procedería un nuevo recurso también del acusador, con el fin de anular la sentencia dictada en ese segundo juicio, lo que provocaría un tercer juicio oral y una nueva decisión definitiva, con el consiguiente recurso de las partes y así sucesivamente). Cabe aclarar que cada nuevo juicio oral no es, en verdad, una simple nueva instancia del mismo proceso, sino que constituye directamente un nuevo juzgamiento (un nuevo proceso), con el consiguiente renacimiento de sucesivos riesgos de condena (que sólo serán suspendidos por cada una de las sentencias hasta el momento de la eventual interposición de un nuevo recurso, de la realización del correspondiente juicio oral y del pronunciamiento de una nueva sentencia—. Si la sentencia absolutoria, en lugar de ser anulada en base al recurso del acusador, fuera transformada en una condena, siempre tendrá el imputado derecho a recurrirla, a fin de obtener su absolución, de modo tal que, si ella es obtenida, podría ser nuevamente impugnada por el acusador, *asegurándose al imputado la tranquilidad de la cosa juzgada conjuntamente con el momento de su muerte*.

Los aspectos señalados son sólo algunos de los tantos ejemplos de discordancia entre la teoría comprometida con el sistema de garantías supremas, por un lado, y, por otro, la posición represiva de aquellos que pretenden expandir la respuesta punitiva del Estado hasta límites inalcanzables.

7. LAS DOS CARAS DEL DISCURSO PENAL DE GARANTÍAS

Para contrarrestar la criminalización masiva de la pobreza (propia de nuestros sistemas penales) debe prestarse atención a las *dos caras o dos facetas en las que debe manifestarse un sistema de perse-*

cución penal que responda al principio de mínima intervención punitiva —en defensa de los sectores excluidos—: 1º) una se manifiesta en el ámbito de los *delitos convencionales, tradicionales o de persecución cotidiana* y 2º) otra en la esfera de los *delitos no convencionales o de persecución excepcional*.

7. a. Delitos convencionales

En el ámbito de los *delitos convencionales* el poder penal se ejerce del modo más represivo, pues en él se manifiesta más terriblemente la irracionalidad selectiva con la que opera el sistema penal. Aquí se pone en evidencia el funcionamiento discriminatorio del poder de persecución penal, que se dirige fundamentalmente contra los sectores sociales más desfavorecidos.

De allí que, en este ámbito, se hacen necesarias en muchos casos *medidas menos severas que las penas carcelarias*.

Una de ellas es la *descriminalización* de conductas que no se justifican como delitos o que, como mínimo, resultan sumamente problemáticos desde el punto de vista constitucional (como es el caso, entre otros, del daño, las amenazas, la injuria, la calumnia, la apología del crimen, la desobediencia a una orden judicial, la asociación ilícita o la tenencia de drogas para consumo personal).

Igualmente ocurre con la *despenalización* de ciertos actos, entendiéndose por tal el reemplazo de penas más severas por otras más leves (revistiendo particular importancia la sustitución de las penas privativas de la libertad, para numerosos delitos, por otras menos dramáticas —por ejemplo por penas pecuniarias para delitos patrimoniales o por penas terapéuticas para delitos contra la salud o integridad corporal o para delitos sexuales sobre todo cometidos en el ámbito familiar).

Aquí cobra particular vigor el reclamo constante del pensamiento penal a favor de la implementación de *medidas de enfrentamiento de conflictos alternativas al proceso penal tradicional, a la condena y a la pena carcelaria*.

Entre ellas se destacan:

- la previsión legal de *criterios de oportunidad procesal* que permitan optimizar los recursos penales de un modo planificado (en forma mucho más amplia a la prevista en algunos códigos procesales penales de la actualidad argentina);

- la aplicación de la *suspensión del proceso penal a prueba* con la mayor amplitud posible (sobre todo a partir del fallo Acosta

de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que adoptó la tesis amplia, que reconoce en el cuarto párrafo del artículo 76 bis del Código Penal un supuesto independiente de admisibilidad del instituto —A.2186, XLI, Recurso de hecho, Acosta, Alejandro Esteban s/infracción art. 14, 1° párrafo, ley 23.737, Causa N° 28/05, del 23 de abril de 2008—);

- la implementación de mecanismos de gran utilidad como la *mediación*, la *conciliación*, la *reparación del daño* o el *aumento de la cantidad de delitos de acción privada y de acción pública dependientes de instancia privada*.

7. b. Delitos no convencionales

En la esfera de los *delitos no convencionales*, la cuestión es diferente, por cuanto aquí la puesta en marcha del aparato punitivo estatal no resulta cotidiana, sino que, por el contrario, aparece en general como algo excepcional, a tal punto que, cuando sucede, se ponen en evidencia las regulaciones legales más benignas que paradójicamente rigen en esta materia. Es que los autores de estos delitos pertenecen a los sectores más cercanos al poder, por lo que resultan ser altamente invulnerables al sistema de persecución punitiva. Todo ello ocurre a pesar de que éstos sean, en general, delitos sumamente graves, como el caso de los delitos económicos —normalmente vinculados a la actividad empresaria—, los delitos relacionados con el terrorismo de Estado (desaparición forzada de personas; genocidio; ataque a una población civil; provocación de guerra), para dar algunos ejemplos.

Por ello es que, a diferencia de la faceta anterior, aquí hace falta recurrir a la *creación de ciertos tipos penales* (paralela a la mencionada descriminalización de los del primer ámbito). Es el caso del delito de desaparición forzada de personas o del genocidio, no previstos en el texto actual del Código Penal argentino.

También es conveniente aquí *acentuar el recurso a la pena privativa de la libertad respecto de los delitos más aberrantes* cometidos con la aquiescencia del poder estatal (en forma paralela a la citada despenalización de los delitos convencionales).

Igualmente deben preverse, para estos delitos, *plazos legales más extensos de prescripción de la acción penal o de la pena* e, incluso, *en algunos casos, la imprescriptibilidad* (de conformidad con la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de lesa humanidad, Naciones Unidas, 1968).

Por otra parte, resulta propia de este ámbito la previsión legal de *reglas procesales que permitan mayor eficacia en la persecución y penalización de esta criminalidad* (como es el caso de los plazos más

extensos de duración de la etapa investigativa o de la prohibición de salir del domicilio como medida cautelar de los fines del proceso penal —medida esta última que no se identifica sustancialmente con la pena carcelaria de posible aplicación luego de culminado el proceso—).

Estas demandas, que producen cierta "contra—selectividad", hacen posible la mínima intervención penal tan reclamada, permitiendo que el sistema penal dirija sus esfuerzos a investigar y, eventualmente, penalizar a los autores de los delitos más graves, crueles y aberrantes, disminuyendo el peso punitivo que viven soportando los sectores sociales más excluidos.

8. El discurso de garantías como discurso de resistencia

El enfrentamiento de un sistema que —prioritaria y masivamente— criminaliza la pobreza (debido, sobre todo, a la discriminación con la que funciona) necesita de un discurso penal garantista (construido desde las supremas garantías ciudadanas) que opere como un verdadero *discurso de resistencia*.

Cabe preguntarnos, entonces: *¿es un discurso de resistencia frente a quién o frente a qué?*

8. a. En primer lugar, la teoría penal constitucionalmente elaborada es un discurso de resistencia *frente a los medios masivos de comunicación* (que suelen responder a intereses empresariales). Es éste un gran desafío de los juristas, sobre todo por el desmedido poder de los medios en la configuración social de la llamada "inseguridad" ciudadana. Ellos crean, en enormes capas de la población, sensaciones tremendas de temor a la delincuencia de los criminalizados (de los pertenecientes al primero de los ámbitos: al de los delitos convencionales, de persecución cotidiana —al que pertenece la mayoría de los consumidores de la "opinión publicada"—). Pero, además, es un gran desafío que los juristas dejemos de preocuparnos *sólo* por la lucha *académica* (que es necesaria y provechosa, pero que sin embargo no es para nada *suficiente* para la eficacia de un programa de intervención penal mínima). Es hora que pensemos en el modo de llegar a la gente "común", a los que no son estudiantes de abogacía ni abogados penalistas, con un discurso humanitario que proponga enfrentar los problemas sociales con las más diversas medidas (sobre todo relativas a las políticas públicas —de educación, salud, vivienda, alimentación, trabajo—), reservando la violencia punitiva para los hechos más crueles e insoportables. Para eso es necesario efectuar un trabajo de base (que comprenda charlas y debates en las escuelas primarias,

en las secundarias, en los centros barriales, sobre los derechos que la gente tiene para reclamar al Estado, sobre el funcionamiento real del sistema penal, sobre su irracionalidad selectiva, sobre el sector social en el que recae el peso del poder punitivo, entre tantos otros temas). Claro que el desafío comprende la necesidad de ocupar espacios en los medios masivos de comunicación, para intentar ofrecer a la población una voz diferente, la que los medios masivos no hacen escuchar como regla: la de los que reclaman políticas públicas más racionales y más derechos y garantías ciudadanas frente a la violencia (irracionalmente selectiva) del poder penal —que recae fundamentalmente sobre los sectores sociales más castigados—.

8. b. Al mismo tiempo, el fortalecimiento del sistema de garantías constitucionales —que limita la constante expansión del poder punitivo— debe operar como *resistencia frente a importantes sectores de la sociedad* que —recibiendo la presión permanente de los medios masivos de comunicación— vienen reclamando mayor violencia punitiva para los mismos de siempre, para los sectores criminalizados por este sistema penal caracterizado por sus enormes cuotas de irracionalidad selectiva (e, incluso, no sólo para los *autores* de ciertos delitos, sino también para los meramente *sometidos a proceso*).

Es así como sirve de *resistencia frente a fenómenos como el de Blumberg* —que ya hemos mencionado en el punto 6. b. 3.—, que generó una movilización desenfrenada de importantes sectores sociales arrastrados por la tristeza, el dolor y la bronca ocasionados por un hecho puntual, en reclamo de una supuesta "mayor seguridad" (propuesta —paradójicamente— por medio del aumento desmedido e inarmónico de la severidad represiva legal).

Este discurso de resistencia también se justifica *frente a ciertas agrupaciones que bregan por los derechos de las víctimas de delitos o de algunos delitos en particular.*

Es el caso de aquellos que pugnan por una severísima pena carcelaria para los autores del tristemente conocido *caso del recital en Cromagnon* (en el cual, probablemente por negligencia grave, murieron casi 200 personas). Por lo que conozco, se reclama en general la imposición de severas penas carcelarias presentando las muertes como si hubieran sido causadas en forma intencional. Un discurso penal al servicio de la mínima intervención punitiva demanda no ceder ante las presiones de aquellos que —desde el legítimo dolor— exigen respuestas punitivas extremas, sobre todo en razón de parecer clara la posibilidad —como máximo— de actuaciones *culposas* y nunca *dolosas* y tomando en cuenta que en muchos casos la pena carcelaria no encontraría justificación constitucional alguna por constituir una prohibida pena cruel —en razón, precisamente, de haber sufrido, al-

gunos posibles autores, una terrible *pena natural*, consistente en el enorme sufrimiento padecido como consecuencia del fallecimiento de sus seres queridos a causa del hecho—.

También sucede algo similar con las *agrupaciones que propugnan severas penas para los autores de muertes o lesiones producidas en accidentes de tránsito*, pretendiendo valorar los hechos, en general, como cometidos con el llamado "dolo eventual" (que en verdad es, en nuestro derecho, un supuesto de culpa grave), cuando en rigor —salvo algún caso excepcional— tales consecuencias lesivas son ocasionadas en el peor de los casos por un obrar culposo. Estas posiciones (que podemos entender, humanamente, por el sufrimiento que padecen quienes las sustentan) generan, sin embargo, el riesgo de una expansión punitiva incontrolable —el que debe neutralizarse con un militante apego al sistema de garantías ciudadanas—.

En el marco de los procesos por delitos sexuales obran numerosos grupos de presión que reclaman a gritos la imposición de las penas carcelarias más drásticas para sus autores, acudiendo muchas veces a recursos desmedidos y fuera de lugar, sobre todo cuando se trata de movimientos extremos (como es el caso de ciertas agrupaciones feministas) que han llegado incluso a reclamar la destitución de los fiscales que no acusaron en algún caso o que no interpusieron recursos contra sentencias absolutorias o de condena, o de los jueces que absolvieron a un imputado o lo condenaron a una pena que ellos no comparten, por el solo hecho de disentir con la justicia de las mencionadas decisiones. Una teoría jurídica comprometida con la mínima intervención punitiva debe aplicarse, también, al margen de tales presiones [respetando la autonomía funcional de los fiscales (cfr. art. 120, CN), absolviendo o condenando cuando corresponda, evitando incluso que los recursos contra las sentencias (que son sólo derechos del imputado —arts. 75 inc. 22, 8 de la CADH y 14 del PIDC y P—) sean utilizados como nuevas chances de la acusación para lograr una condena a cualquier costo]. Debe obrarse, en fin, siempre de acuerdo con las reglas de garantía que rigen en un modelo de proceso penal constitucional.

También *se escuchan firmes reclamos contra la llamada "impunidad", no siempre entendida correctamente,* pues ésta se presenta —en rigor— cuando la justicia penal, frente a graves hechos delictivos, no juzga o no puede juzgar —por ejemplo debido a normas que impiden su juzgamiento—. Ello es lo que sucedió en Argentina con los terribles crímenes del terrorismo de Estado, en relación a los cuales existió una provocativa impunidad (leyes que impidieron juzgar o condenar e indultos que extinguieron las pocas penas impuestas). A diferencia de ello, ciertos grupos suelen ejercer una firme presión para lograr, de cualquier modo, condenas o penas más graves para

quienes ya fueron juzgados, afirmándose la "impunidad" del proceder estatal cuando absuelve o impone penas que ellos consideran bajas, cuando —en realidad— los hechos fueron juzgados de acuerdo a derecho —más allá de que se comparta o no el resultado de tal o cual juicio—. Esto último no es impunidad: es juicio y sentencia. La expansión del poder penal llega a extremos absurdos, cuando se propugna la realización de tantos juicios como sean necesarios para lograr la condena que se entiende justa —lo que pretende conseguirse por medio de tantos recursos del acusador como se necesiten para arribar al resultado deseado— (como vimos, esto sólo puede lograrse violentando el sistema de garantías ciudadanas —entre las que ocupa un lugar destacado la que prohíbe juzgar a una persona más de una vez por el mismo hecho: *ne bis in idem*—).

8. c. La mínima intervención punitiva es igualmente un discurso de resistencia *frente a la comunidad educativa en general* (en sus niveles primario, secundario y universitario), en razón de que *ella trata normalmente el problema de la criminalidad como propio de seres anormales* que responden al estereotipo del delincuente latinoamericano (generalmente pobres y socialmente excluidos), a los que debe apartarse de la sociedad por medio del encierro carcelario prolongado. Es necesario hacer frente aquí a las ideologías autoritarias que reniegan del sistema de garantías, explicando a este último como una suerte de obstáculo al funcionamiento de la justicia. De allí que los programas de enseñanza debe contemplar el tratamiento del sistema de garantías constitucionales en el proceso penal y la función que éste cumple en la vida democrática.

8. d. La reducción punitiva permite, a su vez, resistir *contra el discurso autoritario de las fuerzas de seguridad*, que suelen denostar el sistema de garantías y presentarlo como enemigo de la justicia y reducto de la delincuencia.

8. e. *La preocupante expansión legislativa* pone en evidencia el valor de la resistencia que, frente a ella, opone el discurso penal reduccionista. Al efecto, las reformas operadas en la legislación penal argentina ponen al descubierto la incomprensible inflación penal que ha hecho un verdadero descalabro con el texto de nuestro código penal de 1921/1922. Se han agravado las penas de tantos delitos (culposos, robos, abusos sexuales, secuestro extorsivo, encubrimiento, entre otros) que ya de la sistemática del código penal originario queda bien poco. Con sólo recordar la motivación demagógica y electoralista de algunas de esas reformas (como es el caso de la operada como consecuencia del mencionado fenómeno Blumberg) se comprende la razón meramente represiva del aumento irracional de las penas y su conocido grado de ineficacia para controlar la problemática delictiva (a tal punto que el propio secuestro extorsivo que tuvo al hijo del ci-

tado empresario como víctima sucedió incluso *después* del aumento de la pena carcelaria para dicho delito —lo cual fue una muestra más que clara de su falta de efecto disuasivo—).

8. f. El discurso minimalista ofrece resistencia frente a los *criterios judiciales cerrados y represivos* (que, obviamente, no son todos, aunque sí muchos y variados). De acuerdo con una línea punitivista, la interpretación judicial de las leyes penales ha procurado aplicar —en la mayoría de los casos— la alternativa hermenéutica que mayor punibilidad permite.

Para mencionar algunos casos, sobre la derogada *"secuela de juicio"* muchos dijeron que era prácticamente cualquier acto impulsor del proceso, aún desde la primera etapa, por lo cual los plazos de prescripción eran extendidos indebidamente en forma ilimitada.

La *suspensión del proceso a prueba* fue reconocida, por una parte de la jurisprudencia (aunque no mayoritaria), sólo para un grupo reducido de supuestos, al entender que la ley penal la reserva sólo para los casos de delitos reprimidos con pena carcelaria máxima no mayor a tres años, ignorando directamente la disposición legal contenida en el cuarto párrafo del artículo 76 bis del Código Penal.

El *error excusable* fue reconocido por algunos sólo cuando hubiera recaído sobre los hechos, pero nunca sobre las normas —y menos penales—, en flagrante violación al principio constitucional de culpabilidad por el hecho.

La *"reincidencia"* como agravante de la situación punitiva fue concebida por muchos aún en los casos de cumplimiento anterior de la pena sólo en "prisión preventiva", manteniéndose hoy su general justificación constitucional, a pesar de que el sistema de "reincidencia real" sólo toma en cuenta la pena efectivamente cumplida como tal y no obstante que la "reincidencia" en sí misma importa una clara violación a los principios constitucionales de culpabilidad por el hecho, de inocencia y *ne bis in idem*.

La *"reclusión por tiempo indeterminado"* como accesoria de la última condena (del artículo 52 del Código Penal) fue concebida por muchos como una pena adecuada al sistema de garantías constitucionales, a pesar de su incomprensible lesión a los citados principios supremos de culpabilidad por el hecho y *ne bis in idem*, sin contar con la trasgresión flagrante de toda exigencia de racionalidad de los actos de gobierno (art. 1º, CN).

Se han admitido numerosas condenas sin acusación del fiscal en el debate oral, a pesar de la manifiesta violación de las reglas del debido proceso legal.

Se han tolerado condenas penales a mayor pena que la requerida por el fiscal, desconociendo la evidente lesión que ello implica para la garantía constitucional de inviolabilidad de la defensa en juicio.

Se viene admitiendo el encierro carcelario del meramente sometido a proceso penal, a pesar de reconocerse vigente el principio de presunción de inocencia —que es notoriamente incompatible con dicho adelantamiento de la pena privativa de la libertad—.

Se vienen aplicando penas por tenencia de drogas para propio consumo, a pesar de admitirse la vigencia del principio constitucional de lesividad (art. 19, CN).

Ha sido la *Corte Suprema de Justicia de la Nación* la que ha corregido muchas de las aludidas interpretaciones extensivas de la ley penal y procesal penal, siguiendo en muchos casos los reclamos del pensamiento penal comprometido con el principio de mínima intervención punitiva (así ha sucedido al declararse la inconstitucionalidad de la tenencia de drogas para propio consumo —CSJN, Bazterrica y Capalbo, del 29/8/1986—; al exigirse acusación del fiscal en los alegatos del debate oral como condición de validez de cualquier sentencia de condena —CSJN, Tarifeño, del 28/12/89—; al declararse la inconstitucionalidad de la reclusión accesoria por tiempo indeterminado prevista en el artículo 52 del Código Penal —CSJN, Gramajo, del 5/9/2006—; al adoptarse la tesis amplia en materia de suspensión del proceso penal a prueba —CSJN, Acosta, 23/4/2008—).

8. g. El derecho penal mínimo como discurso de resistencia ofrece un ámbito de *lucha contra la demagogia general de los políticos*, que abordan en numerosas ocasiones la problemática de la criminalidad con motivaciones fundamentalmente electoralistas, en lugar de mostrar fortaleza republicana en defensa de un sistema de garantías que la ley suprema consagra para limitar la irracionalidad punitiva.

8. h. Por fin, el reclamo de mínima intervención penal es un *discurso de resistencia también ante las teorías jurídico—penales autoritarias y expansionistas del poder punitivo*.

8. h. a. Sirve para enfrentar el discurso peligrosista del *positivismo criminológico italiano* (de Garófalo, Ferri y Lombroso).

8. h. b. También contribuye a combatir el *positivismo legal* acrítico y apegado más a la letra de la ley que a principios de justicia consagrados en la normativa suprema.

8. h. c. Constituye una valiosa herramienta para hacer *frente al subjetivismo descarnado*, que ha construido un concepto de delito cuyo contenido esencial es un acto de mera *imaginación* humana,

para el cual sólo basta con la voluntad contraria a derecho manifestada por el autor en su acto (bastaría, por ejemplo, con la presencia de un "dolo" entendido como la mera creencia del autor de encontrarse frente a elementos objetivos de un tipo penal, aunque tales elementos no existan más que en su mente). Conforme a esta posición, sería una tentativa de homicidio —obviamente punible como tal— el caso de quien coloca una bomba en un cine, antes de una función, con el propósito de matar a un número elevado de personas, a pesar de haberse luego suspendido esa función, lo que hace que la explosión se produzca, entonces, cuando el cine estaba completamente vacío. En este ejemplo, el autor imagina que su acto producirá la muerte de muchas personas. Sin embargo, al no haber habido nadie en la sala al momento de la explosión, no corrió peligro ninguna vida, pues el peligro y el daño a la vida sólo existieron en la mente del autor. Lo mismo sucedería con el que mete su mano en un bolsillo ajeno vacío, imaginando que tiene dinero. La punición de estos hechos violentaría el principio constitucional de lesividad, según el cual no hay delito ni pena sin lesión o peligro concreto a un bien jurídico ajeno al autor del hecho. Esta es una de las consecuencias del discurso minimalista, frente a concepciones subjetivistas como la descripta.

8. h. d. En tal sentido, violenta la necesaria lesividad *la concepción del ilícito como mera infracción al deber*, que aborrece toda referencia a un sustrato óntico verificable como daño o perjuicio a terceras personas (como elemento del ilícito), sobre la base de la supuesta justificación de la pena como instrumento necesario para mantener la vigencia de las normas penales.

La trasgresión al principio constitucional de lesividad (que demanda perjuicio a terceros como condición de la pena estatal; cfr. art. 19, CN—) resulta evidente, por cuanto la infracción a la norma —así concebida— carecería de todo sustrato material propio del juicio de tipicidad penal y pasaría a significar una mera entelequia inofensiva (o, al menos, no necesariamente lesiva). La pretendida justificación de la pena por la necesidad de mantener la vigencia de la norma —que de otro modo perdería su valor preventivo— contrasta ostensiblemente con la comprobada circunstancia del juzgamiento de un porcentaje demasiado mínimo del reducidísimo número de casos que ingresan a la justicia penal. Esto último demuestra que, aunque tuviera que condenarse a todos lo que realizan las conductas prohibidas por las normas *con independencia de los perjuicios que dichos actos provocaron a terceras personas* (e, incluso, independientemente de su capacidad lesiva para terceros), sería de cumplimiento imposible la pretendida ratificación de la vigencia de las normas, precisamente porque ellas no han sido ratificadas ya (ni lo serán) en

la enorme cantidad de casos que no ingresaron (ni ingresarán) a la justicia penal (cifra negra o dorada de la criminalidad) ni tampoco en la mayoría de los que sí tuvieron entrada y fueron desechados por oportunidad procesal, suspensión del proceso penal a prueba, mediación, reparación del daño, prescripciones, nulidades, absoluciones o cualquier otra forma de culminación del proceso que no sea incluida en la minoritaria hipótesis de sentencia condenatoria. En suma, además de inconstitucional por desconocimiento de la lesividad como condición de la sanción penal, la justificación de la pena por la mera necesidad de ratificar el valor de la norma penal no es más que una ingenua ilusión (represiva), que utiliza al ser humano como medio para cumplir un mensaje comunicacional que se considera propio de un supuesto fin del Estado.

8. h. e. Para terminar, el programa de mínima intervención punitiva se enfrenta a las *concepciones que pretenden fundar la punibilidad en la mera creación de un riesgo o peligro abstracto*, el cual en muchos casos ni siquiera es representado mentalmente por el autor. Con esta idea se han propuesto ilegítimos adelantamientos de la punibilidad a estadios anteriores al comienzo de ejecución de un hecho delictivo (ej.: asociación ilícita; conducción en estado de ebriedad), desconociendo de ese modo la exigencia constitucional de lesividad (de daño o peligro concreto, que están ausentes en las situaciones antes descriptas). Podemos decir, de algún modo, que existe hoy el riesgo del derecho penal del riesgo, cuya neutralización requiere la construcción de discursos limitadores de la respuesta punitiva, a fin de preservar el Estado Constitucional de Derecho.

9. Actualidad del reclamo de intervención penal mínima

Como surge de lo dicho, continúan hoy vigentes y con buena salud las concepciones que enarbolan las banderas de un derecho penal justificador de un enorme margen de intervención punitiva. Ello es lo que acuerda mayor justificación a los esfuerzos teóricos para limitar, en la mayor medida posible, la violencia propia del uso de la pena.

10. Reflexión final

Si reconstruimos nuestro derecho penal, corrigiendo los aspectos aludidos (en los que, de un modo u otro, se vulneran garantías constitucionales) y si, sobre esta base, logramos elaborar una teoría

penal que parta directamente de nuestro texto constitucional para respetar el contenido de esas garantías, no habremos acabado con la intervención punitiva (ni mucho menos; es decir, queda todavía demasiado poder penal), pero, al menos, habremos sentado las bases para la obtención de un diseño *constitucional* del tan mentado derecho penal de mínima intervención punitiva, y, con ello, habremos avanzado enormemente en el camino hacia la disminución del peso que, tan terriblemente, recae a diario sobre los sectores sociales más desfavorecidos.

La relación del orden social y la criminalización de los pobres

Juan S. Pegoraro

En primer lugar quiero agradecer a la Defensoría que me ha invitado para participar en este evento, en el cual me siento, y espero no desilusionarlos, como ajeno, como ajeno al oficio que tiene ustedes. Yo no soy jurista, no soy operador jurídico, soy profesor de Sociología, de Sociología del Sistema Penal, y por lo tanto, no sé si mis reflexiones pueden servir para el oficio de ustedes, para el *métier* cotidiano, pero voy a intentarlo formulando algunas ideas que me parecen que importantes como para tratar también aquí, aunque un poco alejados como les decía, del oficio particular de ustedes.

Este tema de la criminalización de la pobreza es un título que a mi me parece no solamente ambivalente, sino que me sorprende un poco que vuelva a aparecer en un evento de este tipo. Porque históricamente es un tema que no creo que la Defensoría o los defensores hayan descubierto ahora, de que se criminaliza a los pobres, no a la pobreza. Primero es eso, se criminaliza a los pobres, no a la pobreza. ¿Por qué se criminaliza a los pobres? Porque cuando los pobres violan la ley se los criminaliza. ¿Y qué otra forma si no? ¿De qué otra forma se puede hacer si no? Si un pobre comete un delito, hay que castigarlo como a cualquiera.

Claro, me dirán ustedes: también hay que castigar a otros que no son pobres cuando violan la ley. Bueno, ese es el problema que tenemos. Y por eso el título de este panel tiene una cierta ambivalencia, se criminaliza a la pobreza, nada más. Por otro lado no creo que alguno de ustedes haya descubierto esto de que el sistema penal actúa selectivamente recién ahora. Pero de alguna manera es bueno que lo traigan aquí a la mesa. Por lo tanto voy a presentar algunas ideas a las que titulé así, "La relación del orden social y la criminalización de los pobres".

Y voy a empezar con una frase de Jorge Luis Borges, que me parece muy ilustrativa para esto, más que eso, iluminadora. "*Bienaven-*

turados los que padecen persecución por causa de la Justicia porque les importa más la Justicia que su destino humano". Repito: "Bienaventurados los que padecen persecución por causa de la Justicia porque les importa más la Justicia que su destino humano". Esto es del Evangelio Apócrifo de Borges, y suena más como un desafío que como una afirmación.

Bueno el interrogante es ¿por qué se dice que se criminaliza la pobreza? Y por eso me parece que la relación entre el Orden Social (vulgarmente llamado "sociedad") y la criminalización de los pobres puede alumbrar un poco esta problemática. De todas maneras tenemos imaginarios distintos de la criminalización de los pobres o de la pobreza. Y una de estas es que existe una naturalización de los pobres y por lo tanto de la pobreza y de la creación de pobreza y se tiene una idea piadosa (y resignada) de los pobres: *pobres pobres: son pobres.* Así esto de que se los criminalice nos inquieta y hasta nos puede parecer mal; pero nos parece mal hasta cierto punto ya que son, somos, defensores de la ley, porque sin la ley no se puede vivir.

Lo que pasa es que hay leyes, no solamente que hay leyes, sino que hay posibilidades de que existan otras leyes, otras leyes más justas, más apegadas al Derecho, a la Justicia diría yo. Y aquí me parece que es importante distinguir entre ley y derecho. He advertido antes de que no soy jurista, aclaro, pero tengo una idea de que me parece que cuando uno piensa en el derecho piensa en la justicia, pero cuando piensa en la ley, se puede pensar: ¿es justa, la ley?

Si es justa la ley, ¿por qué estamos preocupados porque se criminaliza la pobreza? Entonces, me parece a mí, que tenemos problemas con las leyes, porque son las leyes las que contribuyen a crear la pobreza. No solamente las leyes criminalizan a los pobres, sino que las leyes contribuyen a la constitución de la pobreza. No hay ley que diga "No, no se puede crear pobreza, está prohibido y penalizado crear pobres". No, al contrario, las leyes ayudan a crear o apoyan o sostienen un sistema social que crea pobres y por tanto, es la propia ley o leyes la que los criminaliza. La ley nos tranquiliza, la ley los criminaliza; ustedes, nosotros, no tenemos nada que ver con eso, es la ley. Y la ley por supuesto, no está creada por nosotros, está creada por el poder, por los poderosos. Y además el sistema penal en su conjunto, en su funcionamiento está al servicio no de la ley, sino del orden social. Sí? Al servicio del orden social, no de la ley. La ley se puede cambiar, porque el orden social cambia las leyes. Entiendo así que el sistema penal está al servicio del orden social, y que el orden social no es un orden moral, no es un orden justo, ético, basado en la piedad, el altruismo, la solidaridad, es un orden social; y, por lo tanto establece desigualdades, jerarquías, dominaciones, sometimientos. Entonces me parece que esta relación entre el orden social y la sociedad y su relación con

la ley y con las leyes, pero fundamentalmente con la política penal, -y aquí me parece que los involucra, no sé si a todos, pero a algunos de ustedes seguramente- los involucra, porque lo que existe en la realidad es la política penal. Digo, ¿por qué? Porque entre el derecho penal y la política penal hay *mediaciones*.

¿Qué quiere decir mediaciones? Quiere decir que el juez, el fiscal, el sistema penal en su conjunto interpreta el hecho (con todas las implicancias de tal acto de interpretar), considera la naturaleza de la víctima, la naturaleza del victimario, el clima cultural de la época, ideologías penales en juego y obviamente está sujeto, o por lo menos asediado, por las presiones de los medios de comunicación, y también por la preservación del cargo en función de las relaciones que pueden ser afectadas por su decisión, en fin, una serie de mediaciones entre el derecho penal y su decisión punitiva o no punitiva. Y esas mediaciones son las que, en definitiva, se expresan en la política penal. No es automático: al delito, una pena. No. Según quién lo comete, además. Y entonces diría que la criminalización de la pobreza es simplemente un resultado de la política penal. Y más que un resultado de la política penal, más aún, es un resultado del orden social. Y no solamente del orden social, sino del Derecho Civil que es sustento jurídico.

Porque el "problema" que tenemos es el derecho civil, no el derecho penal. El Derecho penal está al servicio del Derecho civil, ¿no? O sea ¿qué hace el Derecho penal? custodia el Derecho civil, custodia los valores jurídicos que están expresados ¿dónde? en el Derecho civil. Fundamentalmente los derechos del acreedor y del deudor; perdón, los derechos del acreedor y las obligaciones del deudor.

Al margen de consideraciones éticas, morales o piadosas, el que debe, debe pagar, al margen de que tenga problemas personales que podrían justificar éticamente "no, no puedo pagar" ("¿una libra de carne?").

Ahora bien, yo creo que la sociología, que es lo que yo trabajo, en especial con Durkheim, ha contribuido fuertemente a crear esta idea de que la sociedad se expresa en (o tiene) una conciencia moral colectiva cuyo observable es la ley. ¿Pero es cierto que la conciencia colectiva de la "sociedad", del orden social, es moral, es ético? ¿Y que la ley es moral, es justa? Consideramos que es sólo a partir de la ley existe lo que es justo y lo que es injusto, ¿no? Pero esto requiere olvidar cómo fue el "nacimiento" de la ley, o sea el poder de dictarla.

¿Es moral el Código Civil? Digo esto, porque una primera apreciación que podemos hacer es esta, ¿es moral el Código Civil? ¿es ético, es justo el derecho civil? ¿el Código Civil expresa la justicia?

Dije que no soy jurista, por lo tanto me permito poner en duda de que la ley es justa *per se*. Digo, no sé si es justa, y me parece que es bueno reflexionar acerca de si es justa la ley civil, si es justo el Código Civil, si son justos los derechos del acreedor para que le cobre al deudor, cualquiera sea la circunstancia en que el deudor se encuentre.

La relación entre el derecho penal y la política penal, decía, está "mediada", y está mediada porque por la necesidad de la defensa del orden social, del derecho civil. ¿Y qué hace la política penal? Dice Michel Foucault que el sistema penal "administra de manera diferencial los ilegalismos": persigue a unos, tolera a otros, participa en otros, encubre a otros, sí, esa es la política penal, el observable de la política penal, la realidad de la política penal. Hay que considerar no lo que dice la ley, sino cómo funciona realmente y a nosotros en el campo de la Sociología nos interesa el funcionamiento, no lo que dice ser, lo que dice ser será cuestión de los filósofos, de los juristas, de aquellas personas que trabajan en este campo tan particular: hacer operar el "derecho", la ley. Y además me parece que históricamente el Poder Judicial ha sido y es muy débil frente al poder político, social, económico. Cuando digo muy débil, quiero decir que actúa débilmente, no tiene en su caso el poder para hacer justicia porque el mandato superior que los poderosos le encomiendan es defender el orden social, del cual el Poder Judicial forma parte. Porque si se hiciera justicia no estaríamos hablando de criminalización de la pobreza. Y además, una cuestión que me imagino que todos ustedes saben: la presencia en la realidad social del *mercado*, la vigencia de las relaciones mercantiles, ¿sí? También ella impregnan el Poder Judicial. Quiero decir: no son jueces todo el día y a toda hora, son también padres de familia, parientes de otros, amigos de otros, juegan al golf, navegan, juegan a las cartas o van al casino, son hinchas de un club de fútbol, en suma son seres humanos y los seres humanos están, estamos, absolutamente marcados, quiere decir, cruzados, por las relaciones mercantiles.

Entonces, se podría decir, o yo podría referir la necesidad de un discurso histórico-político y no filosófico-jurídico acerca de la ley, de la creación de leyes y que la ley está creada por el conquistador, por los conquistadores que han establecido las grandes leyes constitutivas de la nación (mejor dicho de un orden social en un determinado territorio) o del orden social en todos los países. Esta es la historia de la ley. No me refiero a cualquier ley como ser aquella que prohíbe cruzar un semáforo en rojo. Me refiero a las grandes leyes constitutivas de este país, como de todos los países; ellas fueron leyes dictadas por conquistadores, en gran medida genocidas, como pasó por lo menos en Argentina con la población originaria, la población indígena. Me refiero en especial a la Pampa húmeda que no era propiedad de los señores que ahora lo son; pero también me refiero a las leyes que es-

tablecen la relaciones financieras de los grandes grupos económicos, en suma las leyes que constituyen, reproducen y amplían el poder económico-social, y obviamente, el poder político. Y éstas son las leyes constitutivas de este país, las leyes que constituyeron la estructura social de este país.

Volviendo a Durkheim, él decía que las sociedades humanas han evolucionado y han pasado de la relación social principal, del lazo social principal basado en un derecho represivo, punitivo, a un derecho restitutivo. ¿Pero es cierto que el derecho civil, comercial, administrativo es un derecho restitutivo? ¿restitutivo de qué? ¿De derechos anteriores al conquistador? No. El derecho civil lo que hace es reificar el poder que el conquistador conquistó y el orden social que estableció ese conquistador, o los conquistadores. Creo en que tomando conciencia de esta realidad, se puede apelar a la sensibilidad de los operadores jurídicos que podrían reducir esta tautología entre pobreza y criminalización usando algunas alternativas en el uso del derecho.

En el cuadro que se está exhibiendo, se puede observar un aspecto muy importante del Orden Social:

Cuadro de Distribución de Ingresos de Argentina

Deciles	May-98	1º Semestre 2006	Variación
1	1,6	1,2	-25,0%
2	2,9	2,6	-10,3%
3	3,9	4	2,6%
4	5	4,9	-2,0%
ESTRATO BAJO	**13,4**	**12,8**	**-4,5%**
5	6,2	6,3	1,6%
6	7,5	8	6,7%
7	9	9,8	8,9%
8	11,6	12,1	4,3%
ESTRATO MEDIO	**34,3**	**36,2**	**5,5%**
9	15,9	16,6	4,4%
10	36,4	34,4	-5,5%
ESTRATO ALTO	**52,3**	**51**	**-2,5%**
Brecha de Ingresos (decil 10 / decil 1)	22,8	27,7	21,5%
Brecha de Ingresos (estrato alto / estrato bajo)	3,9	4	2,6%
Total	**100**	**100**	**0,0%**

Fuente: en base a datos de INDEC.

Este es el orden social en Argentina. Si ustedes miran el cuadro pueden leer cómo es la distribución de ingresos en Argentina, en el año 2006, ¿sí? Y este es el observable más claro del orden social, lo demás son palabras. Es el Estado de Derecho? Sí éste es el Estado de Derecho: una distribución desigual de ingresos: el diez por ciento se apropia o recibe el 1,2 de los ingresos-bienes producidos en el país. El diez por ciento de la población, alrededor de tres millones seiscientas mil personas se apropian del 1,2 por ciento de todos los ingresos del país. Este es el orden social, donde existe un 20% (los llamados estratos altos) que se apropian de más del cincuenta por ciento de todos los ingresos, mientras el otro diez por ciento, el 1,2.; esto hace dos años, en el 2006. Ustedes pueden decir que, bueno, pero puede haber cambiado en estos dos años. Sí, puede ser que haya cambiado, quizás un poco para mejor, o quizás un poco para peor. Algunos indicadores muestran que es peor todavía. Claro, ustedes pueden decir que Argentina es un país un tanto singular, y que seguramente esto va a cambiar para parecerse a otros países menos desiguales.

En este sentido quizás sea necesario considerar también aspectos del orden social mundial. Y aquí se puede ver otro cuadro que muestra la distribución de ingresos por regiones a nivel mundial:

Cuadro de Distribución de Ingresos en regiones del mundo

Región	Africa del Norte y Medio Oriente	América Latina	Sur de Asia	Sudeste Asiático	Europa Oriental	OCDE y países con ingresos altos
Quintil 1	6,90	4,52	8,76	6,84	8,83	6,26
Quintil 2	10,91	8,57	12,91	11,30	13,36	12,15
Quintil 3 y 4	36,84	33,84	38,42	37,53	40,01	41,80
Quintil 5	43,35	52,94	39,91	44,33	37,80	39,79

Fuente: Deininger Klaus and Lyn Squire, *New ways of looking at old issues: inequality and grouth*. World Bank, 1996.

Como pueden advertir, la distribución de ingresos desigual y el orden social implícito en esto no es un problema sólo de Argentina, es un problema del orden social mundial, el orden mundial es así. Fíjense ustedes, aún en los países de la OCDE y otros que son los más desarrollados, en ellos el veinte por ciento se apropia del 6,25% ¿no?

Y el nivel más alto, de mayores ingresos, el otro veinte por ciento se apropia casi del 40 %. Esto en los países desarrollados. No digamos en América Latina que es la región con más desigual distribución de ingresos. Disculpen que les muestre una realidad negra, pero peor es que no la vean (como decía el poeta Antonio Machado) o que no la veamos. Entonces, diría para terminar, disculpen que me pasé unos minutos, si no será hora de preguntarse acerca de la posibilidad de que en las facultades de Derecho se privilegie la enseñanza del derecho y la justicia y no tanto de la ley. Quizás así tengamos mejores abogados al servicio de la justicia y menos abogados al servicio de la ley.

Criminalización de la pobreza

Elías Carranza

La presentación que se me solicitó desarrollar es una de varias que en el programa de estas jornadas tienen estrecha relación entre sí.

La conferencia de apertura, que tuvo a su cargo el Profesor Luigi Ferrajoli, fue sobre el "Acceso a la justicia de las personas vulnerables". Ferrajoli se refirió al "acceso a la justicia". A mi me toca referirme a una forma específica de dicho acceso, el acceso a la defensa y al respeto de las garantías penales, procesales y de ejecución de las sanciones, en cuanto a las personas pobres que son perseguidas o criminalizadas por la justicia penal.

Por otra parte la disertación del Profesor Ferrajoli tuvo como sujeto principal las personas vulnerables. En el lenguaje de la lógica de clases, la disertación que a mi me toca se refiere a una subclase dentro de la clase de los sectores vulnerables: la de las personas pobres, subclase muy numerosa, que intersecta con todas las otras subclases vulnerables en su acceso a la justicia, tales las personas migrantes, las pertenecientes a determinadas etnias, y las de determinadas nacionalidades, que son vulnerables en su acceso a la justicia en determinados países, pero cuya vulnerabilidad se reduce o supera si tienen poder económico, y que, por el contrario, se agrava o hace insuperable si, además, son pobres (100 Reglas: 1.3. y 1.4.). Pobreza y clase social (1) intersectan con todas las otras subclases de vulnerabilidad. Y vale la pena tomar nota de que, como lo informa la Comisión Económica de las Naciones Unidas para América Latina y el Caribe CEPALC en su Panorama Social 2007, las personas pobres son, en promedio en la región, nada menos que el 37 % de los habitantes de los países, y en números absolutos 194.400.000 habitantes (dato al año 2006).

Asimismo, también en este congreso, paralela a nuestra sesión, tiene lugar una mesa de debate sobre "Acceso a la justicia de los ex-

(1) En lógica de clases, pobreza como subclase de clase social.

cluidos". También en un análisis de lógica de clases analizamos a los excluidos como una subclase de los vulnerables. La exclusión social es uno de los fenómenos generados por la economía de la globalización de las últimas décadas, posiblemente el más grave e importante: enormes sectores poblacionales que son definidos ya no por ser pobres, o por ser explotados económicamente, o por ser ejército de reserva laboral, sino por ser "excluidos", es decir, descartables, por no ser parte del sistema económico-social, porque en la lógica del sistema sería mejor que no existieran. Los excluidos, además de no ser parte del sistema son, también, pobres, y vulnerables no sólo en relación con su grado de acceso a la justicia, sino también en relación con todos o casi todos los órdenes sociales.

El día jueves tendrán también lugar dos mesas de debate íntimamente relacionadas con la nuestra, una sobre "Niñez y adolescencia no punible" y otra sobre "Niñez y adolescencia en conflicto con la ley penal". Ambas tienen estrecha relación con nuestro tema, por cuanto las personas menores de 18 años en los países de América Latina son nada menos que 193.611.665, el 35,4% de la población total, (CELADE), y los menores de edad constituyen asimismo —con diferencias entre países— el porcentaje más alto de pobres, vulnerables y excluidos de la región. Somos un continente muy joven, que tenemos la suerte de poseer un "bono demográfico" como dicen los demógrafos, es decir, un plus de población joven, que sana, bien alimentada, y bien capacitada, es un potencial extraordinario de mano de obra para el desarrollo de nuestros países; pero que en lugar de darles ese lugar en nuestras sociedades, los tenemos en gran número sumidos en la pobreza, la mala alimentación, mala salud, mala educación, mal acceso a la justicia. En materia de educación un reciente informe de CEPAL, UNICEF, UNESCO, FAO, OIT, y otros organismos de las Naciones Unidas, trece en total, nos advierte con alarma que, según sus proyecciones, de continuar las tendencias actuales ningún país de América Latina, ni países ricos como Argentina, Chile, Colombia o Venezuela, ni Costa Rica que se enorgullece de poseer en lugar de un ejército militar un ejército de maestros, ningún país de la región —repito— cumplirá con el "objetivo del milenio" que se fijaron los presidentes de todos los países del mundo en la sede de las Naciones Unidas en Nueva York en el año 2000. El objetivo no fue excesivamente ambicioso: alcanzar la plena escolaridad en materia de enseñanza primaria para el año 2015 (2). Y en cuanto a la escuela secundaria, a la

(2) En 10 de un total de 18 países el porcentaje que no completaría la escuela primaria sería cercano al 5% (Argentina, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, México, Panamá, Perú, Uruguay y Venezuela). En 4 países el porcentaje se elevaría a una cifra entre el 7% y el 12% (Bolivia, Brasil, Paraguay y República Dominicana), y en El Salvador, Guatemala, Honduras y Nicaragua no la com-

que van los adolescentes, la situación como era de prever es muchísimo más grave.

Las y los menores de 18 años deben acceder a la educación porque es su derecho fundamental establecido en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño. Pero además de los beneficios directos para ellos y para la sociedad que derivan del cumplimiento de esta obligación estatal, acceder a la educación es un factor de protección que reduce su vulnerabilidad y probabilidad de ser criminalizados por la justicia penal. En una investigación comparada del ILANUD sobre los diecinueve países de América Latina más España e Italia, verificamos que en los veintiún países del estudio —en Argentina, en Italia, en Guatemala, en España, o en cualquier otro— las y los menores de edad privados de libertad por delito tenían entre 3 y 5 años de retraso escolar. La escolaridad a su vez, es un indicador que, sumado a otros, verifica que más del 90% de las personas menores de edad comprendidas en nuestro estudio pertenecían a la clase baja o a poblaciones excluidas, y en cuanto a la materia que en este congreso nos interesa, todos ellos necesitados de la defensa pública.

Por último, también este primer día del congreso, tuvimos una conferencia a cargo del Dr. Leandro Despouy y una mesa de debate paralela a la nuestra, ambas sobre el tema "Pobreza y derechos humanos". Sería innecesario referirnos a la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos económicos, sociales y culturales" y a la justicia como derecho fundamental de todo ser humano, para advertir la estrecha relación que ambas actividades tienen también con nuestra mesa de debate.

En fin, como podemos ver, el programa preparado por las autoridades de la AIDEF se aboca de lleno a plantear la fundamental función de la defensa pública en su relación con la posiblemente más grave amenaza que cierne sobre los países de la región, como asimismo sobre los países de bajos y medianos ingresos de todas las regiones del mundo como lo vienen alertando la Organización Mundial para la Salud, la FAO y otros organismos de las Naciones Unidas: el aumento de la pobreza y del hambre, ocasionados por la inequidad del comercio mundial que provocó la reducción de la producción de alimentos básicos en numerosos países de bajos y medianos ingresos al par que aumentó dicha producción en los países de altos ingresos al amparo de subsidios otorgados por sus gobiernos a sus productores, que

---

pletarían entre el 18% y el 31% de los niños y niñas (Documento "Objetivos del desarrollo del milenio una mirada desde América Latina y el Caribe", elaborado por los organismos de las Naciones Unidas con presencia en la región: CEPAL, FAO, UN-HABITAT, OIT, OPS/OMS, PMA, PNUD, PNUMA, UNFPA, UNESCO, UNICEF Y UNIFEM).

ahora producen alimentos que exportan a nuestros países a precios altísimos o bien los destinan para producir combustibles.

El otro término o variable que se me solicitó analizar en nuestra presentación es "criminalización", concretamente la criminalización de la pobreza.

Tal palabra no existía hasta avanzada la mitad del siglo XX. La introduce la criminología crítica para explicar el hecho sociológico de la sobrerrepresentación de la clase baja —en su mayoría de los que hoy llamamos grupos vulnerables— en el accionar de la justicia penal, y sirve para interpretar adecuadamente las cifras de la criminalidad registrada, poniendo de manifiesto el efecto del llamado "embudo de la justicia penal", como resultado del cual a lo largo de las sucesivas etapas del proceso van escapando a la acción de la justicia numerosas personas pertenecientes a los estratos medio y alto, de mayor poder, y van quedando en el cedazo, sobrerrepresentadas, las personas de los estratos medio bajo y bajo. El vocablo también sirve, utilizado *a contrario sensu,* para explicar parte del fenómeno de la cifra negra, y tiene también otros usos, como cuando se lo utiliza para referirse a la tipificación (criminalización) de nuevas conductas en la ley penal.

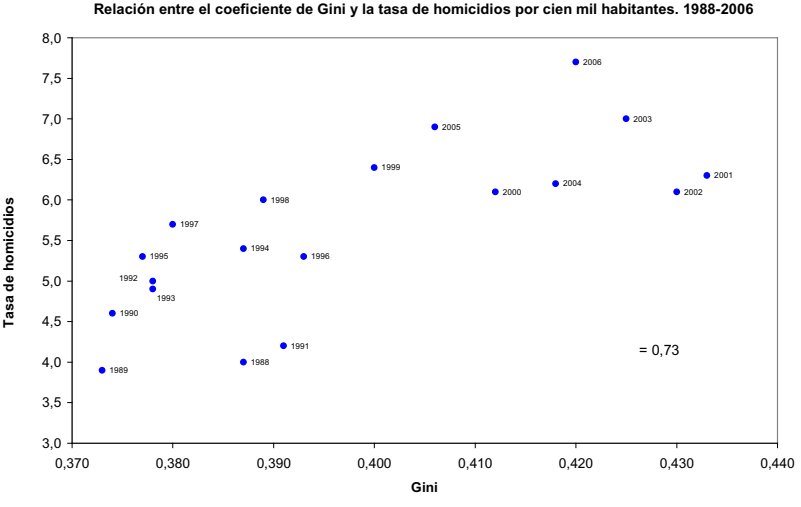
La situación es que los países de medianos y bajos ingresos de las diversas regiones del mundo, entre ellas América Latina y el Caribe, eufemísticamente llamados "en vía de desarrollo", que participan frugalmente en la distribución *internacional* del ingreso, y que con poco control sobre sus economías tienen asimismo muy inequitativa distribución *nacional* del ingreso, tienen también, como característica, una muy inequitativa distribución de la criminalización, con gran impunidad para las "cifras doradas de la criminalidad" particularmente delitos de criminalidad económica, y por el contrario sobrerrepresentación de personas de clase baja incursas en delitos contra la propiedad y otras formas de criminalidad ordinaria.

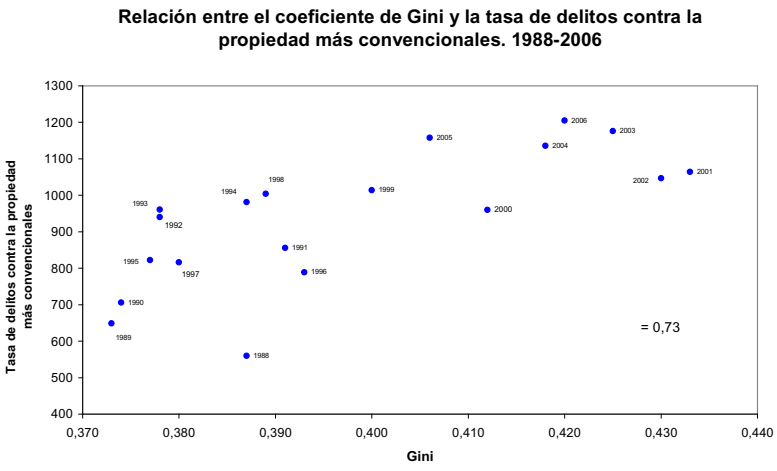
La criminología exhibe que los efectos del embudo de la justicia penal y la criminalización diferencial ocurren y han ocurrido en todas las sociedades conocidas —de altos, medianos y bajos ingresos— pero en las últimas décadas se ha verificado también, que al igual que la criminalidad, ocurren en mayor grado en las sociedades que tienen alta *inequidad* en la distribución del ingreso. No en las sociedades pobres o de bajos ingresos con su pobreza repartida con poca o sin inequidad, sino en las sociedades *inequitativas*. Esto ha sido medido matemáticamente en numerosos países obteniendo el coeficiente de correlación entre las tasas oficiales de criminalidad y el coeficiente de Gini que mide la distribución del ingreso, y hay publicaciones de or-

ganismos especializados como el ILANUD sobre esto. Inclusive hay publicaciones del Banco Mundial que lo explican, si bien el banco y el FMI con sus políticas contribuyeron en mucho a la construcción de la grave situación que confrontamos, como nos lo refiere su exvicepresidente y premio Nobel de Economía Joseph Stiglitz (2002).

La correlación entre la inequidad de la distribución del ingreso y los delitos de homicidio y contra la propiedad ha sido medida rigurosamente en por lo menos 39 países, en el caso de los homicidios en diez de ellos de América Latina y el Caribe: Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Dominica, México, Panamá, Perú, Trinidad y Tobago, y Venezuela, y en seis en el caso de los delitos de robo: Costa Rica, Chile, Jamaica, Perú, Trinidad, y Venezuela (Fajnzilver y otros 2002:7, 25; Carranza y Solana 2007). La correlación ha sido medida entre países y al interior de los países.

Para la cabal comprensión de lo que decimos veamos dos recientes gráficos preparados en el ILANUD para el Proyecto Estado de la Nación de Costa Rica. Los gráficos exhiben cómo, a medida que aumenta la inequidad de la distribución del ingreso, se elevan, correlativamente, las tasas de los delitos de homicidio y de los delitos contra la propiedad.





Como es fácil comprender, y tal vez innecesario decir, la alta inequidad de la distribución del ingreso incide no sólo en el delito y en la criminalización, sino también en todos los órdenes de la sociedad, en materia de salud, de educación, de cultura, laboral, de vivienda, etcétera.

¿Y qué nos dice CEPAL respecto de la distribución del ingreso en los países de América Latina?

Nos dice textualmente, en su Panorama social 2006, que *"Una de las características sobresalientes de América Latina ha sido la elevada inequidad de la distribución del ingreso, así como su rigidez al cambio... Esta desigualdad no solamente excede la de otras regiones del mundo, sino que además permaneció sin modificaciones sustanciales durante la década de 1990 e incluso empeoró en el inicio de la presente década (de los años 2000)"*. Más adelante nos dice que *" ... en los últimos años varios países lograron mejoras distributivas que, aunque pequeñas, al menos representan un avance ... (pág. 84). Pero completa luego agregando que* ***"Pese a los alentadores resultados de los últimos años (2002-2005) el balance de un plazo más largo 1990-2005 indica que la desigualdad en América Latina sigue caracterizándose por un estancamiento. El promedio simple de los coeficientes de Gini de 13 países con información comparable... es igual a la de 1990*** (hace quince años: 0,523 y 0,526) (págs. 92-93).

El panorama regional que nos describe CEPAL debemos completarlo con el panorama internacional que nos presentan los anuarios del Banco Mundial sobre la inequidad de la distribución del ingreso entre los países de altos ingresos, y los de bajos y medianos ingresos,

categoría esta última a la que pertenecen todos los de América Latina. Sobre esto James Wolfensohn, quien dirigiera el banco durante tantos años, sintetizó lo que ocurre en el mundo diciendo textualmente que *"el promedio del ingreso en los 20 países más ricos es 37 veces más alto que en los 20 países más pobres; una brecha que se ha* ***duplicado*** *en los últimos 40 años"* (World Bank, 2000: 3).

En síntesis, la tendencia es que a lo largo de los años se agiganta la inequidad de la distribución internacional del ingreso, y se agiganta también, o se mantiene estancada, la inequidad de la distribución al interior de los países de América Latina, con efectos deletéreos en materia de criminalidad, como asimismo en otras áreas sociales. Por su parte, a los gobiernos cada vez con menor control sobre sus economías en un mundo en el que se han abierto los mercados de capitales, todo o casi todo ha devenido financiero y las decisiones sobre sus economías se toman muy lejos de sus fronteras, se les hace muy difícil revertir la situación redistribuyendo el ingreso con menor inequidad, salvo que tengan gran decisión política y coyunturas favorables. Pero aún así, hay que prever que los resultados de las acciones en políticas sociales suelen no verse de inmediato. La situación en esta materia para los países de bajos y de medianos ingresos de las diversas regiones del mundo, y de América Latina en nuestro caso, es muy difícil. La región es parte de un sistema social y económico mundial que distribuye inequitativamente, tanto los beneficios del desarrollo, como la criminalidad y la consecuente victimización por delito.

El fenómeno que vimos en los gráficos anteriores funciona como una suma de vectores, en la que otro gran vector son las políticas de mayor rigor prevalecientes en materia de justicia penal, políticas que, a su vez, son resultado no sólo de la criminalidad, sino también, en gran medida, de factores tales como el terrorismo informativo, la alarma social, las medidas de política criminal tomadas sin conocimiento e información ciertas sobre la criminalidad y el funcionamiento de los sistemas, y la negativa incidencia de las decisiones de pequeña política, que especulan con la opinión pública, y muchas veces con la "opinión publicada". El resultado de la conjunción de estos vectores es el panpenalismo que predomina en general en los países, y la hiperutilización de la justicia penal, con crecimiento desmesurado de las poblaciones penitenciarias y el consiguiente hacinamiento.

El hacinamiento carcelario ha sido definido por la Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos como una pena cruel, inhumana y degradante, en los mismos términos que utiliza la convención de las Naciones Unidas contra la Tortura. Veamos el panorama regional penitenciario y de hacinamiento en los cuadros siguientes:

AMÉRICA LATINA: TASAS PENITENCIARIAS X 100.000 HABITANTES															
	92	**93**	**94**	**95**	**96**	**97**	**98**	**99**	**00**	**01**	**02**	**03**	**04**	**05**	**06**
Arg	63	64	68	74	97	96	99	106	118	126	141	157	163	164	152
Bol						79	85	101	109	96					73
Bra	74	80	81	107		119		131	133	132	133	169	182	193	195
Col	92	96	96	97	119	128	127	137	155	167	154	174	194	202	178
CR	104	105	109	121	133	160	162	169	168	183	187	190	196	196	
Chi	154	153	148	153	161	170	179	203	215	216	221	228	226	228	254
Ecu	74	81	81	85	95	81	79	70	65	63	69	77	87	91	
ElS	101	103	109	124	138	157	136	112	130	158	177	180	188	186	
Gua					62			75			101	101	96	87	84
Hon	110	113	138	158	163	150	155	172			174			159	
Méx	100	103	97	100	108	115	127	142	152	162	168	174	180	190	
Nic	81	82	95	102	115	110	137	148	132	126	133	113	116	116	
Pan	176	215	221	229	269	282	292	294	293	320	341	361	360	359	
Par					69	74	73	76	65	71	82	89	102	103	
Perú	77	80	83	88	96	100	104	108	107	102	103	106	114	120	
R.D.	147	137	155	165	133	144	170	173				195	154	147	
Uru	96	99	100	99	101	106	119	121	128	146	166	198	208	205	203
Ven					101	111	106	97	85	104	104	103	98	76	96

E.Carranza, ILANUD 2006. Elaborado con información oficial verificada en talleres de trabajo con los directores de los sistemas penitenciarios de cada país. Siempre que se pudo se adicionaron las cifras de presos y presas alojados en comisarías policiales, fenómeno creciente en los países de la región por la falta de espacio en las prisiones.

El cuadro precedente exhibe el acelerado crecimiento de las tasas penitenciarias en los países de América Latina. Veamos ahora otro cuadro sobre los efectos que produce este acelerado crecimiento:

AMÉRICA LATINA: HACINAMIENTO PENITENCIARIO				
	1999-2002		2005-2006	
	PRESOS	DENSIDAD	PRESOS	DENSIDAD
Arg (02)(06)*	37.543	118	9.516	99
Bol (99)(06)	8.057	162	7.682	207
Bra (02)(06)	240.107	**132**	371.482	**173**
Col (01)(06)	54.034	**136**	61.133	**117**
CRica (02)(05)	6.613	**110**	7.862	**99**
Chile (01)	33.635	**141**		
Ecu (01)(05)	7.859	**115**	12.061	**160**
ElSal (02)(05)	10.278	**167**	12.581	**162**
Gua(99)	8.169	**113**		
Hond (99)(05)	10.938	**209**	11.691	**141**
Méx (00)(05)	151.662	**126**	204.130	**128**
Nic (02)(05)	5.555	**104**	5.672	**104**
Pan (02)(05)	9.607	**137**	11.617	**161**
Par (99)(05)	4.088	**151**	6.238	**128**
Perú (02)(05)	27.493	**138**	33.471	**154**
RDom(99)(05)	11.416	**256**	12.708	**138**
Uru(01)(06)	5.107	**151**	7.042	**145**
Ven (00)(06)	23.147	**113**	19.047	115

Elías Carranza, ILANUD. Elaborado a partir de la información penitenciaria proporcionada por la autoridad penitenciaria de cada país, y los datos de población del Centro Latinoamericano de Demografía CELADE.

*Argentina: El dato 2005/2006 corresponde sólo al Sistema Penitenciario Federal, no incluye las provincias.

El acelerado crecimiento de las tasas de encierro produce sobrepoblación. Las cifras más recientes del cuadro precedente exhiben que la mayoría de los países presentan situación de sobrepoblación crítica o hacinamiento (densidad igual o superior a 120 %) (3). En

(3) Las palabras "sobrepoblación", "superpoblación", y "hacinamiento" son utilizadas indistintamente por diversos autores. Preferimos utilizar "sobre-

rigor la densidad carcelaria real es aún más alta que la que exhibe el cuadro, por cuanto las cárceles se construyen con una capacidad determinada, pero posteriormente, ante la urgencia de resolver las necesidades de mayor espacio, se colocan camas camarote para ubicar un mayor número de personas en los dormitorios, se destinan a dormitorios ambientes que tenían otro destino, v.gr. aulas o talleres, se construyen nuevos módulos en espacios verdes o en canchas de fútbol, y se redefine la capacidad de la cárcel, que ahora pasará a ser una unidad para un mayor número de personas. Con todo lo cual se resuelve la urgencia del espacio, pero a costa de reducir gravemente la calidad de vida de las personas privadas de libertad.

Veamos ahora otro cuadro sobre el crecimiento de las poblaciones penitenciarias.

En este último cuadro las columnas cuarta y quinta indican el aumento habido en el número de presos y presas en cada país suponiendo que la tasa de encierro de 1995 se hubiese mantenido constante hasta el 2005. Pero como ello no fue así, y las tasas de encierro se elevaron, vemos en las columnas sexta y séptima la gran cantidad de presos y presas originados por el mayor uso de la prisión.

POBLACIONES PENITENCIARIAS EN AMÉRICA LATINA 1995-2005
CRECIMIENTO POR AUMENTO DEMOGRÁFICO
Y CRECIMIENTO POR MÁS USO DE LA PRISIÓN

			Por aumento demográfico		**Por más uso de la prisión**	
	1995	2005	f	%	f	%
Argentina	25.852	63.357	2.834	8	34.671	92
Brasil	173.104	420.544	27.332	11	220.108	89
Colombia	37.428	93.018	7.281	13	48.309	87
Costa Rica	4.200	**8.453**	**1.024**	**24**	**3.229**	**76**
Chile	22.023	37.033	2.865	19	12.145	81
Ecuador	9.646	12.081	1.968	81	467	19

población" para referirnos a cualquier densidad carcelaria superior a 100%, y, adoptando el criterio del Consejo de Europa (Comité 1999), utilizar las palabras "sobrepoblación crítica" para referirnos a los casos en que existe una densidad penitenciaria igual o superior a 120%. La palabra "hacinamiento" la utilizamos como sinónimo de sobrepoblación crítica.

			Por aumento demográfico		Por más uso de la prisión	
	1995	2005	f	%	f	%
El Salvador	7.013	12.766	1.492	26	4.261	74
Guatemala* (1996)	6.387	11.066	1.537	33	3.142	67
Honduras	8.933	11.691	2.675	97	83	3
México	92.623	203.686	15.245	14	95.818	86
Nicaragua	4.586	6.382	1.396	78	400	22
Panamá	6.108	11.602	1.013	18	4.481	82
Paraguay* (1996)	3.427	6.432	870	29	2.135	71
Perú	21.057	33.478	3.631	29	8.790	71
R. Dominicana	12.663	13.182				
Uruguay	3.192	7.069	235	6	3.642	94
Venezuela	22.791	20.249				

Elías Carranza, ILANUD. Elaborado a partir de la información penitenciaria proporcionada por la autoridad penitenciaria de cada país, y los datos de población del Centro Latinoamericano de Demografía CELADE.

* En los casos de Guatemala y Paraguay la cifra de personas presas de la primera columna es de 1996.

Con frecuencia la opinión publicada en los medios de comunicaciones de masa en los diversos países dice que se utiliza poco la prisión, y que su reducido uso es causa de la delincuencia. Sin embargo el panorama regional exhibe una tendencia altamente creciente en el uso de la prisión.

Veamos ahora algo muy interesante sobre el crecimiento de las poblaciones penitenciarias en los países de altos ingresos. Antes dijimos que los fenómenos del embudo y de la criminalización diferencial de la pobreza y los grupos vulnerables tienen lugar no sólo en los países de medianos y bajos ingresos, sino, en mayor o en menor medida, en todas las sociedades, según la distribución más o menos equitativa que existe en ellas del poder. El cuadro siguiente exhibe el altísimo crecimiento de las poblaciones penitenciarias habido en los países de Europa Occidental en el curso de diez años, 1995 - 2005. A primera vista el fenómeno es similar al que presenciamos en los países de América Latina.

AUMENTO DEL USO DE LA PRISON EN LOS PAISES DE EUROPA OCCIDENTAL				
	Total personas presas y tasa 1995	Total personas presas y tasa 2000	Total personas presas y tasa 2005	Variación en la población 1995-2005
AUSTRIA	6.180 (77)	6.896 (86)	8.883 (108)	+ 43,7%
ALEMANIA	66.146 (81)	78.707 (96)	80.413 (97)	+ 21,6%
BÉLGICA	7.561 (75)	8.671 (85)	9.375 (90)	+ 24,0%
DINAMARCA	3.438 (66)	3.279 (61)	4.198 (77)	+ 22,1%
ESPAÑA	40.157 (102)	45.044 (112)	61.246 (142)	+ 52,5%
FINLANDIA	3.018 (59)	2.703 (52)	3.954 (75)	+ 31,0%
FRANCIA	51.623 (89)	44.618 (77)	52.908 (88)	+ 2,5%
GRECIA	5.887 (56)	8.038 (74)	8.760 (82)	+ 48,8%
HOLANDA	10.249 (66)	13.847 (87)	20.747 (127)	+ 102,4%
HUNGRÍA	12.703 (124)	15.110 (148)	16.543 (164)	+ 30,2%
IRLANDA	2.054 (57)	2.887 (75)	3.417 (85)	+ 66,4%
ITALIA	49.642 (87)	53.481 (94)	56.530 (97)	+ 13,9%
LUXEMBURGO	469 (114)	394 (90)	653 (143)	+ 39,2%
MACEDONIA	1.132 (58)	1.394 (69)	2.256 (111)	+ 99,3%
MALTA	196 (53)	257 (65)	298 (74)	+ 52,0%
NORUEGA	2.398 (55)	2.643 (59)	3.167 (68)	+ 32,1%
POLONIA	62.719 (163)	56.765 (147)	80.368 (211)	+ 28,1%
PORTUGAL	12.343 (124)	13.106 (128)	12.929 (122)	+ 4,7%
SUECIA	5.767 (65)	5.678 (64)	7.054 (78)	+ 22,3%
SUIZA	5.655 (80)	6.390 (89)	6.111 (83)	+ 8,1%
R.U. ING. GALES	50.962 (99)	64.602 (124)	76.190 (143)	+ 49,5%
R.U. ESCOCIA	5.657 (111)	5.855 (116)	6.794 (134)	+ 20,1%

Elías Carranza. Elaborado a partir de Roy Walmsley, "International key issues in crime prevention and criminal justice", HEUNI Publication Series No. 50, pages 161-167 (2006).

Pero veamos otro cuadro más, que nos proporciona información sobre el número y porcentajes de los presos extranjeros en los mismos países:

PRESOS EXTRANJEROS EN PAÍSES DE EUROPA, 2005*		
PAÍS	NÚMERO	% DE PRESOS EXTRANJEROS
LUXEMBURGO	495	71,4
CHIPRE	241	45,6
AUSTRIA	3.979	45,4
GRECIA	3.990	41,6
BÉLGICA	3.860	41,2
HOLANDA	5.818	32,9
ITALIA	19.656	33,0
MALTA	91	30,5
ESPAÑA	18.436	30,1
ALEMANIA	22.095	28,0
SUECIA	1.475	20,9
FRANCIA	11.820	20,5
PORTUGAL	2.386	18,5
DINAMARCA	754	18,2
INGLATERRA Y GALES	9.650	12,7
IRLANDA	3.080	9,0
REPÚBLICA CHECA	1.652	8,7
FINLANDIA	286	7,5
HUNGRÍA	631	3,8
ESCOCIA	71	1,0
POLONIA	750	0,9

Elías Carranza. Elaborado a partir de "Foreigners in European Prisons" by Anton van Kalmthout, Femke Hofstee-van der Meulen and Frieder Dünkel (eds.), Chapter 1, Table 1, Wolf Legal Publishers, 2007.

* La palabra presos comprende la totalidad de presas y presos sentenciados, en prisión preventiva, y en detención administrativa (solicitantes de asilo denegado, y migrantes irregulares privados de libertad a la espera de su deportación).

Es increíble la proporción de extranjeros presos en los países de Europa Occidental, y similar es el caso en los Estados Unidos de América. Se trata de países de altos ingresos —dentro de la clasificación que utiliza el Banco Mundial— que son polo de atracción de migrantes que, desesperados, llegan en búsqueda de trabajo provenientes del Este de Europa, de Asia, de África, y de América Latina, terminando muchos de ellos en la cárcel. Las cifras de presos del cuadro precedente comprenden la totalidad de presas y presos sentenciados, en prisión preventiva, y en detención administrativa (solicitantes de asilo denegado, y migrantes irregulares privados de libertad a la espera de su deportación).

En los países de América Latina y el Caribe, como asimismo en Europa del Este, Asia y África, se encierra en gran desproporción casi exclusivamente a personas de nuestros grupos poblacionales excluidos y de clase baja. En los países de altos ingresos de Europa y América del Norte, también encierran primordialmente a personas de clase baja, pero con el agregado interesante de que un gran número de ellas son también latinoamericanas y caribeñas, de países del Este de Europa, asiáticas, y africanas, que emigran viajando de las maneras más riesgosas a esos países en búsqueda de trabajo sea éste lícito o ilícito. Los medios de comunicaciones de masa informan —cada vez con letra más pequeña— sobre los cientos y miles de emigrantes de ese origen que mueren en la travesía sin lograr su objetivo (4). Los que no mueren en el camino ni son capturados, y tienen la suerte de llegar a la tierra de promisión, producen el fenómeno más fantástico de la economía globalizada: haciendo los trabajos peor pagados y más difíciles de sus países de destino, ahorran viviendo frugalmente, y envían a sus familiares remesas de dinero que en conjunto conforman el porcentaje más alto del ingreso nacional anual de muchos de sus países de origen.

Muchos emigrantes de nuestros países de América Latina se dirigen a Europa, otros, la mayoría, se dirige a los Estados Unidos. Los que son apresados en sus países de destino por su condición de ilegales o por infracción a la ley penal sufren un cambio de estatus en su condición de mercancía en la sociedad capitalista, ya no serán "mer-

---

(4) En diciembre 2007 estuvimos en Tijuana, Baja California, frontera entre los Estados Unidos Mexicanos y los Estados Unidos de América. Nos llamó la atención ver, clavadas a lo largo de la empalizada, numerosas pequeñas cruces de madera, y una sumatoria de ellas –tres mil seiscientas y pico en ese entonces- con el dato de la fecha, que van actualizando día a día. Pregunté, y me explicaron que las cruces recordaban los migrantes muertos en su travesía ingresando a los Estados Unidos de América. Pregunté nuevamente si la sumatoria de las cruces correspondía a las personas muertas a todo lo largo de la frontera, y me explicaron que no, que eran las personas muertas solamente en ese tramo de frontera.

cancía trabajo", mano de obra barata. Pasan a ser "presos mercancía", que generan renta per cápita en las cárceles y centros privados de detención de grandes empresas que cotizan sus acciones en Wall Street, y generan también trabajo y renta a los abogados defensores del sistema de "outsourcing" o "tercerización" como se ha denominado en español al sistema empresarial que en los Estados Unidos sustituye la defensa pública estatal que conocemos en América Latina, y que ha encontrado en las poblaciones carcelarias migrantes y de menores recursos una importante fuente de ingresos en ese país.

Esto último nos lleva al tema final que quisiéramos tratar en esta presentación: el del *modelo* de la defensa pública, modelo que a lo largo de los más de treinta años del ILANUD como instituto de las Naciones Unidas trabajando en criminalidad y justicia penal en la región, y otros tantos conociendo y participando también en alguna medida de las experiencias de los países de otras regiones del mundo, cada vez más hemos ido fortaleciendo el convencimiento de que debe ser estatal, porque la defensa es un derecho fundamental que el Estado debe garantizar a toda persona, particularmente a pobres y excluidas, y que no puede delegarla ni mucho menos organizarla como un negocio, porque se trata nada menos que de la administración de justicia y el ejercicio del poder punitivo estatal.

Además de la naturaleza estatal que define a la defensa pública, medimos la bondad del modelo en función de la calidad profesional de la defensa, y de su costo o eficiencia.

La defensa de tercerización o "*outsourcing*", al igual que la negociación del delito y de la pena ("*plea bargaining*"), y las cárceles privadas, son tres de las formas comerciales que los Estados Unidos de América ha ido introduciendo en su sistema de justicia penal, y que ahora difunde, por medio de programas de muchísimo dinero, en América Latina y en otras regiones del mundo.

El resultado de las privatizaciones en la justicia penal y del funcionamiento de ésta como negocio en los Estados Unidos ha sido el crecimiento aceleradísimo desde 1980 del número de casos tratados por el sistema, y el también aceleradísimo crecimiento de sus tasas penitenciarias, que son las más altas del mundo y constituyen una gran fuente de ganancias para un reducido grupo de empresas penitenciarias transnacionales que cotizan en la bolsa de comercio de Nueva York.

En muchas materias —sin ninguna duda en diversas ciencias y en tecnología en general— es mucho lo que los otros países del mundo podemos aprender y beneficiarnos del desarrollo alcanzado por los Estados Unidos. Pero éste no es el caso en materia de justicia penal.

En esta materia específica es mucho más lo que los Estados Unidos de América deberían aprender de otros países, y tenemos que ser muy prudentes evitando trasladar acríticamente cosas que nos harían mucho daño, uno de ellos el aumento en la criminalización de la pobreza.

Dijimos que la defensa pública, al igual que las cárceles, debe ser estatal. Con ello no queremos decir que el sistema estatal esté funcionando bien en todos los países. Sin duda hay mucho que corregir y mejorar. Pero no es cierto que las cárceles privadas y la defensa pública privatizada sean mejores y más baratas, que son los argumentos principales que se esgrimen para privatizarlas. En igualdad de condiciones, si se les asignan los mismos recursos humanos y materiales a ambas, son peores, y más caras. Muchísimo más caras, como el ILANUD lo ha verificado rigurosamente, razón por la cual estas empresas no pueden resolver, para la totalidad del sistema, las grandes necesidades de espacio y trato digno penitenciario, y de buena defensa legal para tantas personas de los sectores de menores recursos que tienen nuestros países. Antes bien, el negocio que ellas pueden hacer atendiendo de manera privada con costos más altos para el erario público a un grupo reducido de población penal, impide al Estado destinar los ingentes recursos que se necesitan para resolver el problema de la totalidad del sistema, y establece una situación en la que se viola de manera oficial y sistemática el principio de igualdad ante la ley: mientras un sector reducido del sistema, con costos excesivamente altos, funciona relativamente mejor, el grueso del sistema se deteriora, y la mayoría de las personas procesadas y condenadas ven mermado su acceso a la buena defensa técnica y su derecho a una privación de libertad en condiciones de dignidad. Esto lo saben perfectamente las empresas que están en ese negocio; y hay muchos funcionarios y operadores de la justicia que de buena fe —algunos con las mejores intenciones de establecer una justicia más justa, pero sin la información necesaria y no conociendo los verdaderos costos comparativos— caen en el error de introducir la privatización de las cárceles o de la defensa pública. Por supuesto también hay funcionarios que lo hacen por corrupción. Pero el mercadeo de la privatización de la justicia penal se hace de manera muy inteligente, que permite convencer, sin necesidad de ilicitudes, a personas de buena fe que no conocen en profundidad la materia. En cuanto a la calidad y costo de la defensa *outsourcing* en los Estados Unidos, país que equivocadamente suele ponerse como ejemplo en esta materia, una muy reciente investigación publicada por el Departamento Nacional sobre Investigación Económica de dicho país comparando el trabajo profesional de los defensores públicos asalariados estatales y los del sistema *outsourcing* concluye que los estatales realizan un trabajo profesional significativamente mejor medido en términos de lograr un menor nú-

mero de condenas y condenas menos largas, y dice textualmente que *estas diferencias afectan a las comunidades de minorías y de inmigrantes y que por lo tanto constituyen una violación de sus derechos civiles protegidos por el título VI del Acta de Derechos Civiles* (5).

En América Latina tenemos ejemplos de defensa pública estatal que son ejemplares a nivel mundial y son un importante parámetro de referencia para cualquier país que seriamente desee establecer un buen sistema de defensa: dos de ellos que conocemos bien y podemos citar —sin demérito de otros que no citamos en este momento— son la Defensa Pública de Costa Rica, y la Defensa Pública de la Nación Argentina. Ambas son del modelo estatal, aunque tienen algunas diferencias entre sí, y son un ejemplo de la calidad profesional, amplia cobertura y eficiencia que puede lograr el modelo estatal cuando se le asignan los recursos humanos y materiales indispensables y se profesionaliza un cuerpo de defensores y defensoras con estabilidad laboral y el estatus que le corresponde dentro de la justicia penal. Ambas se distinguen por su independencia, que se corrobora por haber defendido con éxito casos ante la Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos; y son muchísimo menos caras que el modelo de outsourcing, modelo que, además de ser más caro, establece dos clases de defensa, de primera calidad para quienes pueden pagar y contratan ellos mismos la defensa privada, y de segunda calidad para quienes son defendidos por la defensa pública tercerizada.

Con el auge del mercado globalizado, que intenta penetrar todos los órdenes de la sociedad y transformar en mercancía negociable todos los objetos, funciones, derechos, y hasta las personas, era previsible que también llegaran a los países de América Latina empresas

---

(5) ABSTRACT: The right to an equal and fair trial regardless of wealth is a hallmark of American jurisprudence. To ensure this right, the government pays attorneys to represent financially needy clients. In the U.S. federal court system, indigent defendants are represented by either public defenders who are salaried employees of the court or private attorneys, known as Criminal Justice Act (CJA) attorneys, who are compensated on an hourly basis. This study measures differences in performance of these types of attorneys and explores some potential causes for these differences. Exploiting the use of random case assignment between the two types of attorneys, an analysis of federal criminal case level data from 1997-2001 from 51 districts indicates that public defenders perform significantly better than CJA panel attorneys in terms of lower conviction rates and sentence lengths. An analysis of data from three districts linking attorney experience, wages, law school quality and average caseload suggests that these variables account for over half of the overall difference in performance. These systematic differences in performance disproportionately affect minority and immigrant communities and as such may constitute a civil rights violation under Title VI of the Civil Rights Act. (NATIONAL BUREAU OF ECONOMIC RESEARCH, An Analysis of the Performance of Federal Indigent Defense Counsel Radha Iyengar NBER Working Paper No. 13187 June 2007http://www.nber.org/papers/w13187.

transnacionales y agencias de cooperación ofreciendo establecer la negociación del delito y de la pena (6), la privatización de las cárceles, y la privatización de la defensa pública. El ofrecimiento suele hacerse proponiendo grandes paquetes con financiamiento de la banca internacional para la "modernización" de los sistemas de justicia, ofrecimiento que ante la mala situación de los sistemas de justicia penal —especialmente de las cárceles— y el asedio de la "opinión publicada" frente a la criminalidad, suele ser aceptado, no obstante que el financiamiento por medio de la banca nacional es menos gravoso y no condicionado, y que los paquetes que se ofrecen contienen intereses ajustables en dólares, y subordinan o ignoran las reales necesidades de los países y el criterio de los funcionarios y expertos nacionales, sujetando todos los detalles técnicos y las contrataciones a la aprobación de costosas consultorías de "expertos" designados por las agencias, pero pagados por los mismos países con el dinero del préstamo.

Ante la situación que describimos, constantemente muchos países solicitan asesoramiento al ILANUD en estas materias, que el ILANUD por su naturaleza de instituto regional de las Naciones Unidas brinda sin lucro, con la cooperación horizontal de expertos y países de nuestra misma región, y también con la cooperación de expertos de países de altos ingresos que han alcanzado niveles de excelencia en justicia penal y prevención del delito.

Como bien lo previeron en la programación de estas jornadas los organizadores, el análisis en sus grandes números de la gestión de nuestros sistemas de justicia penal y la experiencia de todos nosotros como operadores en ellos, nos obliga a reconocer que a pesar del esfuerzo denodado de muchos de los funcionarios y funcionarias desde sus posiciones en las policías, los ministerios públicos, las judicaturas, las defensas públicas y las cárceles, nuestras sociedades producen una justicia sesgada, con gran impunidad para algunos delitos, y criminalización de la pobreza en el otro extremo. (Todo esto como es lógico, con diferencias y particularidades entre países, en una región muy extensa con realidades diversas).

En cuanto a la criminalización de la pobreza, una investigación exploratoria del ILANUD en la región revela que la institución del estado de necesidad y las causales de atenuación de la pena en delitos contra la propiedad serían letra muerta o bien no existen, a pesar de que el promedio de personas pobres definidas así por no poder satisfacer sus necesidades básicas es de casi el 37%, habiendo diez países con porcentajes de pobreza superiores al 40%, varios superando el 60,

---

(6) Nos referimos a la *"plea bargaining",* no a la utilización sensata del principio de oportunidad reglado.

y otros hasta superando el 70% de su población nacional, personas todas éstas que según la definición socioeconómica (no jurídicopenal) utilizada por CEPAL (2007, 2006) y otros organismos, se encuentran en estado objetivo de necesidad, por cuanto su ingreso no les alcanza para suplir sus necesidades básicas.

Muchas personas pertenecientes a este gran segmento poblacional en caso de cometer ciertos delitos, sobre todo ciertos delitos contra la propiedad, se encontrarían en situación socioeconómica objetiva de estado de necesidad, o podrían considerarse amparadas por causales de atenuación de la pena. Los códigos penales de los países de la región prevén el estado de necesidad como causa de justificación, y algunos establecen diversas causales de atenuación de la pena, sin embargo sus definiciones no parecen aplicables a la situación de estado de necesidad socioeconómico utilizada por los organismos citados, y recorriendo la jurisprudencia y las cárceles de los países no se encuentra que tales institutos legales se utilicen en estos casos, pero sí se verifican los efectos del embudo de la justicia penal, con altísimos porcentajes de pobres en cárceles mucho más altos que los porcentajes que constituye este segmento dentro de la población nacional.

Una labor de las defensas públicas podría ser reinterpretar los artículos pertinentes de los códigos penales, o, eventualmente, promover su reforma, para que la definición del estado de necesidad sea compatible con la utilizada por los organismos especializados en economía y ciencias sociales para medir los niveles de pobreza y de pobreza extrema. Quienes trabajamos en la justicia penal, y en las defensas públicas específicamente, debemos empeñarnos en cambiar esta realidad de criminalización de la pobreza.

Termino estas palabras reiterando que el ILANUD está a disposición de los países para colaborar, en toda la medida de nuestras posibilidades, en la tarea de alcanzar mejores niveles de justicia. En definitiva el potencial del ILANUD lo proporcionan nuestros mismos países, ya que el ILANUD es un instituto regional de las Naciones Unidas cuyo mandato abarca exclusivamente a América Latina y el Caribe. Posiblemente lo más valioso que puede aportar el ILANUD es esa visión global regional, que nos permite determinar problemas comunes, detectar soluciones eficaces en los países que producen avances, y nos ayuda a evitar soluciones equivocadas. Ofrecemos esa colaboración a los gobiernos y países, instándolos respetuosamente a que, en su legítimo afán de producir cambios, no se precipiten aceptando soluciones que no lo son, y que por el contrario agravarían aún más la situación de nuestros sistemas de justicia. En cuanto al caso específico de la defensa pública, expresamos ya nuestro criterio, que

surge de la excelente labor de los países que durante muchos años han venido trabajando con el modelo que proponemos.

Gracias por haberme escuchado.

CITAS

100 REGLAS DE BRASILIA

XIV Cumbre Judicial Iberoamericana

CARRANZA, Elías y SOLANA, Emilio, 2007

Seguridad frente al delito en Costa Rica. Magnitud y manifestaciones de la violencia delictiva en las dos últimas décadas. Documento preparado para el Programa Estado de la Nación. Costa Rica.

CELADE

Boletín Demográfico No. 71. América Latina: Población por años calendario y edades simples, 1995 – 2005

CEPAL 2007

Panorama Social de América Latina 2007

CEPAL 2006

Panorama Social de América Latina 2006

CEPAL Y OTROS

"Objetivos del desarrollo del milenio una mirada desde América Latina y el Caribe", elaborado por los organismos de las Naciones Unidas con presencia en la región: CEPAL, FAO, UN-HABITAT, OIT, OPS/OMS, PMA, PNUD, PNUMA, UNFPA, UNESCO, UNICEF Y UNIFEM).

COMITÉ EUROPEEN 1999

Comité Europeen pour les problemes criminels. Projet de rapport sur le surpeuplement des prisons et l'inflation carcérale. (cdpc plenary/docs 1999/18F Add I - Rec CP Surpeuplement)

FAJNZILVER, Pablo y otros, 2002

Inequality and Violent Crime. Journal of Law and Economics, vol. XLV, April.

IYENGAR Radha 2007

An Analysis of the Performance of Federal Indigent Defense Counsel NATIONAL BUREAU OF ECONOMIC RESEARCH NBER Working Paper No. 13187 June 2007http://www.nber.org/papers/w13187.

STIGLITZ, Joseph, 2002

"El malestar en la globalización", Taurus, Madrid.

WORLD BANK 2000

"World Development Report 2000/2001: Attacking Poverty", Oxford University Press, New York.

II. Género

Género y Acceso a la Justicia (1)

Cecilia Medina Quiroga

Me han pedido que hable sobre género y acceso a la Justicia y la verdad es que el tema es mucho más amplio que eso. Se habla de género y acceso a la Justicia porque obviamente hay un problema con las mujeres y éste es bastante mayor que el mero acceso a la Justicia. En otras palabras, el acceso a la Justicia posibilita tantos otros derechos que el tema es de todas maneras abarcador de muchas cuestiones. Quisiera partir de algunas premisas generales.

La primera premisa es que hay en nuestro sistema, tanto universal como regional, catálogos de derechos que representan el conjunto de derechos que se supone son necesarios para enfrentar los atropellos a la dignidad de una persona. O sea, el catálogo es algo que se imaginaron los que elaboraron la lista pensando de qué modo se afecta la dignidad humana, para luego conceder un derecho para enfrentar eso. Junto con eso, naturalmente, el catálogo responde a lo que los Estados estaban dispuestos a aceptar en términos de compromiso. Y cualquiera que sean estos catálogos, el principio que los uniforma a ellos es el de la universalidad.

Los Derechos Humanos son universales, es decir, se tienen por el solo hecho de ser un ser humano. Por lo tanto, el principio que subyace a todos los Derechos Humanos es el principio de no discriminación, que se plasma en los tratados, más allá de establecerse expresamente, en el hecho de que los Estados se obligan no sólo a respetar los Derechos Humanos sino a garantizar su goce. Y garantizar su goce para todos sin discriminación, implica que los Estados tienen que mirar a quiénes están garantizando para ver cómo los garantiza. Esto puede observarse, por ejemplo, en los artículos 1.1 y 2 de la Conven-

---

(1) La presente conferencia ha sido desgrabada y editada por la Defensoría General de la Nación. Si bien la versión final no fue revisada por su autora, cuenta con su autorización para la publicación en el presente libro.

ción Americana de Derechos Humanos y en el artículo 2 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos.

Ahora bien, ¿qué significa garantizar? Garantizar significa que el Estado tiene que emprender todas las acciones necesarias para que todos gocen de sus Derechos Humanos. Y la obligación de garantizar está muy bien conceptualizada en la primera sentencia de la Corte Interamericana, en el caso "Velásquez- Rodríguez", algunos de cuyos párrafos han sido citados, diría yo, en todo el mundo. Y ciertamente son afirmaciones que han sido tremendamente útiles en la lucha de las mujeres por su incorporación al goce de los Derechos Humanos. Esta idea de que el Estado está obligado a hacer, no sólo a abstenerse sino que a hacer, a tomar acción con el fin de garantizar el goce de los derechos a todos sin discriminación.

La otra premisa básica para poder desarrollar el tema es: ¿cuál es la responsabilidad del Estado? Lo que habría que decir aquí es que cualquier agente del Estado puede hacer incurrir en responsabilidad internacional a éste, ya sea por acción o por omisión. Es decir, desde el cartero de un correo estatal hasta el presidente de la República, los legisladores, los jueces, los defensores públicos, el fiscal, cualquiera de ellos puede hacer incurrir al Estado en responsabilidad internacional por acción u omisión.

En este sentido, podemos hablar de responsabilidad internacional que se hace efectiva en el ámbito internacional, a través de un órgano internacional. En nuestro sistema regional, esos órganos son la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana. Ahí se hace efectiva la responsabilidad del Estado. Ahora, cuando un Estado se hace responsable de la violación de un derecho humano nacen para él nuevas obligaciones. La primera obligación va a ser, naturalmente, hacer cesar la violación. La segunda, reparar la violación y la tercera, garantizar la no repetición de la violación. Garantía que, naturalmente, abarca mucho más que a la mera víctima y que ciertamente no es para la víctima sino que en definitiva es una garantía para todos los demás. Desde este punto de vista, yo tengo que decir que este Estado, Argentina, ha ejercido un liderazgo en materia de hacer frente a sus obligaciones internacionales. Junto con otros países de la región, lidera el cumplimiento cabal de las responsabilidades internacionales cuando ellas se han hecho efectivas ante la Comisión y la Corte.

¿Y para qué sirve entonces la Justicia internacional? La Justicia internacional tiene un papel muy importante porque es la que da la interpretación auténtica y vinculante del alcance y contenido de los derechos y de las obligaciones de los Estados. Por lo tanto, no necesito decir que todos los agentes estatales deben conocer el derecho inter-

nacional y conocer la jurisprudencia de los órganos de supervisión. Y entre la jurisprudencia, naturalmente, la vinculante es aquella de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. De aquí parto, entonces, éste es el cuadro general que me lleva a ver los problemas en el acceso a la Justicia.

¿Y por qué género y acceso a la Justicia? Porque hay muchos otros que no acceden a la Justicia. Por ejemplo, la gente pobre y las poblaciones indígenas, entre muchos otros actores, no acceden a la Justicia. Entonces, ¿por qué mujeres? ¿Por qué género? Yo creo, primero, porque somos la mitad de la humanidad y entonces estamos en todos estos otros rubros, o sea, estamos entre los pobres, los indígenas, los discapacitados, estamos en todas las categorías en que se pueden agrupar los seres humanos. Por lo tanto, el acceso de las mujeres a la Justicia es también el acceso de todos estos otros grupos. O sea, la lucha contra la discriminación de la mujer es una lucha contra toda discriminación. No hay que pensar que ésta es una lucha de un grupo. Y las mujeres que no lo entiendan así están mal, esto no es "ahora nos toca a nosotras", sino que simplemente hay que luchar contra la discriminación porque ésta impide el acceso de muchos grupos a los Derechos Humanos y a la Justicia y esta discriminación impide que una sociedad llegue a ser completamente democrática.

Entonces primero porque somos la mitad de la humanidad. Segundo, porque pobres o ricas, indígenas o no indígenas, estamos sometidas a un estereotipo, a una construcción cultural que establece que debemos ser de determinada manera y nos identifican a las mujeres con una serie de características, así como a los hombres se los identifica también con una serie de características, olvidándose que cada ser humano es único y que por lo tanto no todos los hombres son iguales y no todas las mujeres son iguales tampoco. No obstante ello nos han asignado culturalmente un rol a ambos sexos y un rol en el que la mujer aparece subordinada. El Derecho parece de algún modo haber sido construido con un modelo ideal de ser humano que tiene más bien las características del hombre y las víctimas de los atropellos tienen también, diría yo, un rostro masculino. De modo que el primer problema de las mujeres para el acceso a la Justicia es que se reconozca que lo que les pasa a ellas son violaciones a sus Derechos Humanos y que por lo tanto tienen derecho a protección. Porque de este desconocimiento yo podría elucubrar y decir que las características de las mujeres asignadas culturalmente son, primero, que es un ser débil y que, por lo tanto, necesita protección. Piensen en los convenios de la OIT ya del 1919 para adelante, las mujeres no pueden trabajar en las minas, no pueden hacer trabajos nocturnos, o sea, las mujeres no son capaces, primero deben ser protegidas. No sucede así con los hombres, los pobres hombres pueden ir a las minas y hacer cualquier cosa, el

derecho protege sólo a las mujeres y, como nos protege, no somos capaces de decisión porque cómo es posible que una mujer débil pueda saber qué es lo que le conviene. Entonces no sólo necesitamos protección sino que necesitamos que alguien nos dirija, o sea, necesitamos ser subordinadas y obedientes y luego, los que necesitan los Derechos Humanos, porque son los que salen al mundo, son los hombres.

Esa es la construcción que yo podría hacer, y no estoy hablando de hoy día sino de los tiempos en los cuales no había ninguna discusión respecto a que las mujeres deberían tener Derechos Humanos. Y esto tiene innumerables ejemplos, el más típico es naturalmente la violencia, la violencia doméstica. ¿Cuándo empieza el Derecho y el Estado a reconocer que el hecho de que un hombre le pegue a una mujer es una violación de la integridad física de la mujer, y por lo tanto, exige una intervención del Estado a través de la Justicia? No hace mucho. Hace tan poco que recién en 1994 se realiza una convención y un tratado para hablar del tema de la violencia contra la mujer y decirles a los Estados algo que aquellos deberían haber sabido desde que tenían los tratados generales. Es decir, si usted tiene que garantizar el derecho a la integridad personal tiene que garantizárselo a todos sin discriminación. Y si un hombre le pega a una mujer, es indiferente que sea el marido, la pareja, el padre, el hermano, eso es una violación de un Derecho Humano.

Nos hemos demorado siglos en esto. Para qué hablar de no hace mucho si en Chile hasta el día de hoy existen ciertos regímenes patrimoniales del matrimonio en que la mujer también deja su destino financiero, económico, en manos del marido que es el administrador de la sociedad conyugal. No hace tanto que María Eugenia Morales demandó a Guatemala por las normas del Código Civil que no le permitían ni siquiera trabajar sin permiso del marido y éste se lo podía prohibir en desmedro de su casa y de sus niños.

Por otro lado, tenemos los derechos sexuales y reproductivos, en particular, la esterilización. Si una mujer quería esterilizarse no podía, el Estado le decía "mire tiene que tener equis cantidad de hijos, tiene que tener equis cantidad de años, recién entonces yo le puedo permitir que se esterilice". Pensemos sino en el embarazo forzado con riesgo de muerte o de enfermedad que existe hasta hoy en Chile, ya que todo aborto es penalizado incluso aquel necesario para salvar la vida de la madre. O sea, hoy estamos en una situación más desfavorable que en 1935 cuando existía el permiso o la no penalización de un aborto cuando estaba en juego la vida o la suerte de la salud de la mujer. Esto fue derogado en 1988 y no se ha podido reestablecer.

Y ¿qué pasaba hasta hace poco cuando las mujeres eran víctimas de los delitos? Para la violación había que probar la resistencia. Nadie

le pide a uno que pruebe la resistencia para que le roben la cartera. Nadie le dice "mire, cuánto le pegó al otro hasta que le robó su cartera?" En la violación había que probar la resistencia porque si no se presumía el consentimiento. En la violación había penas diferentes hasta no se hace mucho, y en algunos Estados, según la calidad de la mujer que era violada. O sea, una prostituta: una multa. Una mujer soltera, pero no virgen, un poco más de pena. Una soltera pero virgen, más pena. Una mujer casada, más pena todavía porque además se había violado el honor del marido. O sea, hay infinitos ejemplos de cómo las mujeres no accedían al goce de sus beneficios.

En el Comité de Derechos Humanos se hizo una experiencia interesante. Con motivo de las luchas de las mujeres, se firmó primero la Convención de Viena en 1993, una convención que galvanizó a las mujeres y que se dice es la que declaró los Derechos Humanos de las mujeres, lo que tampoco es verdad en un sentido estrictamente jurídico. A lo mejor en un sentido social es verdad. Con motivo de los cinco años de la Conferencia de Beijing, el Comité de Derechos Humanos se propuso introducir la perspectiva de género, imagínense, estamos hablando del año 1996. Y entonces lo que se hizo fue releer todos los Derechos Humanos y pensar qué interpretación se había dado que dejaba fuera del amparo a las mujeres.

Una de ellas, para que ustedes se den cuenta de la potencialidad de los Derechos Humanos, fue el artículo 9 sobre la libertad personal. Cuando uno habla de la libertad personal la asocia con la cárcel, en tal sentido que la libertad personal supone a la cárcel. En efecto, los artículos de los tratados lo que hacen es decir que toda persona tiene derecho a su libertad personal y acto seguido comienza a regular la detención. De esta forma, el Comité se cuestionó qué pasa con las mujeres en ciertos países africanos que están confinadas en su casa y no pueden salir de allí sin permiso del marido. ¿No es esa una violación de la libertad personal?

Y, claro, las primeras veces que se planteó esto a algún Estado, todos estaban muy sorprendidos. ¿Qué pasa con la penalización completa del aborto, qué pasa con la vida de las mujeres, qué pasa con la salud de las mujeres, qué pasa con la capacidad de las mujeres de decidir su proyecto de vida? Entonces en esa relectura que hizo el Comité de Derechos Humanos salió una observación general nº 28, que yo les recomiendo porque tiene el propósito de decirles a los Estados que deben informar respecto de cada derecho, cómo pueden los Derechos Humanos ser violados para las mujeres de maneras que nunca se habían advertido. No era que se negaran, no se habían advertido siquiera. No se habían dado cuenta que la libertad personal podía usarse para estas mujeres.

Entonces un primer punto es que se reconozcan los problemas de las mujeres como problemas de derecho y de Derechos Humanos, y por lo tanto como problemas que deben tener alguna respuesta del Estado. Cuando existe ese reconocimiento emerge la posibilidad del derecho a la reflexión judicial, que está naturalmente en los tratados, está en el artículo 25 y en el artículo 8 que consagra el acceso a la Justicia, está en el artículo 14 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos. Pero sólo cuando se reconocen los problemas de las mujeres en este sentido aparece, de repente, este derecho al acceso a la Justicia.

¿Y qué pasa con el acceso a la Justicia? También tienen obstáculos las mujeres. Y el primer gran obstáculo es uno que no tiene que ver con el Poder Judicial, y es el hecho de que en muchos casos llegar a juicio es infringir reglas básicas del género. Porque el género dice a las mujeres que ellas no deben reclamar, les dice que reclamar trae consecuencias graves. No sólo con relación al marido, los hijos, a veces con el resto de la familia. En este sentido, se quiebra la norma que impone a las mujeres una cierta posición en la vida que no se puede infringir.

Entonces éste es el primer gran obstáculo que se advierte muy claramente ahora que se ha desarrollado la idea de los Derechos Humanos de las mujeres. Un ejemplo de esto es lo que sucede en los casos de violencia contra las mujeres. En muchas ocasiones las mujeres inicialmente se animan a denunciar y luego retiran las denuncias. Frente a ello los fiscales reclaman y, yo lo he visto en Chile, dicen que no vale la pena iniciar la investigación y tratar de llegar a juicio en estos casos de violencia doméstica porque las mujeres se arrepienten. En verdad se arrepienten por esto. Porque la norma de género les dice que no deben hacerlo. Entonces ese es el primer gran obstáculo, que debe solucionarse con mucho apoyo psicológico. Hay que apoyar a la mujer para que haga esto, hay que apoyarla frente a ella misma y frente a toda su familia. Hay países en Asia y África, donde una mujer que se atreve a reclamar es asesinada por sus parientes, por su padre, su hermano, asesinada porque quebró la norma. Esto es muy potente, es muy fuerte y esto es un tremendo obstáculo.

Pero cuando la mujer se decide a hacer esto viene el segundo obstáculo, que es el sesgo de género en todas las instancias judiciales y prejudiciales. Hay un problema cuando una mujer va a la policía a declarar y la policía le pregunta "¿Qué hizo usted señora? ¿Qué hizo usted señora para merecer esto?" De ahí para adelante. O sea, la capacitación de la policía, la sensibilización, porque no es lo mismo enseñar que el artículo dice tal cosa o que tal otra, sino que hay que llegar a la persona detrás del policía para que internalice y haga propio su deseo de no ser discriminatorio. Esta es una tarea esencial, desde la policía para adelante. Sin embargo, la mujer llega a la policía y le pasa

esto. Llega a la fiscalía y le dicen "pero señora si usted se va a arrepentir, para qué hago nada"? Y hay muchísimos casos en los que surge esto. Yo recuerdo algunas sentencias que leí de jueces del distrito de Washington DC. Por ejemplo, un caso en el cual un hombre violó a una empleada suya en una reunión en la que ella se había desmayado y éste la llevó al dormitorio para finalmente violarla ahí. El juez, tras dictar una condena de sólo tres meses, dijo "pero si esto es el sueño de todo hombre, encontrarse una mujer joven, bonita, indefensa". Si uno encuentra estas cosas, en los tribunales y en las sentencias, entonces este es el segundo gran obstáculo.

Se advierte también desde ya en el ingreso de la mujer a la Justicia. ¿Qué piensan los hombres de las mujeres que acceden a la Justicia? Yo leí un libro interesante que se llama "Iguales en mérito, desiguales en oportunidades" donde se da cuenta de las reacciones de los jueces, de los hombres, respecto a cómo se comportan las juezas. Y ahí están todos los estereotipos. Entonces si piensan así de sus compañeros, cómo pensarán o qué pensarán de las víctimas o de las denunciantes.

Ahora cómo puede ayudar la Justicia internacional en esto. Primero la Justicia internacional fija estándares. Ayuda también con su legitimidad: la Justicia internacional y el Derecho internacional legitiman la posibilidad de reclamar. Porque uno reclama con la ley en la mano y con la jurisprudencia en la otra, y esa es una posición mucho más fuerte para reclamar. Entonces da legitimidad y fija estándares que pueden ser útiles y que son indispensables para los jueces, los defensores, y los fiscales. Hay que aplicar esto. Porque además para llegar a la justicia internacional hay que agotar los recursos internos y entonces en ese proceso se observa la acción de la Justicia nacional. Si fallan los resortes internos entonces existen dos consecuencias en el plano regional: por un lado, es mal visto ser condenado por la Corte Interamericana y por otro, existe una reparación. Una de ellas es la indemnización, la cual puede ser ejecutada en el país de acuerdo al procedimiento que cada jurisdicción tenga ejecutar las sentencias contra el Estado.

Pero claro, las mujeres tampoco tuvieron un camino fácil en el sistema internacional. En este sistema las mujeres han pasado de tener convenciones específicas a tratados generales. Uno dice ya con esto se termina la fijación de estándares y ahora vamos a fijar estándares particulares. Sin embargo, hubo que elaborar tratados específicos. ¿Y por qué pensar que los tratados generales son para los hombres y las mujeres necesitan otros tratados? No tiene sentido eso desde un punto de vista jurídico. Si los Derechos Humanos son universales, entonces son para todas las personas.

Obviamente el problema eran quienes aplicaban el Derecho, ellos estaban generando esta discriminación no la norma misma. Entonces se crea una convención para las mujeres que es la "Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer", que se conoce por CEDAW, que en realidad no crea derechos nuevos sino que especifica las obligaciones de los Estados respecto de las mujeres, las cuales podían ser desarrolladas desde los tratados generales. Sin embargo, se necesitó que un tratado dijera "mire, cuando yo digo garantizar esto, implico respecto de las mujeres" y eso es lo que hace la CEDAW. Pero el hecho de que existan tratados específicos y comités específicos también lleva de alguna manera a generar un ghetto. Si uno mira el comité de la CEDAW siempre son mujeres. El Comité de Derechos Humanos la mayoría son hombres, el comité de las mujeres la mayoría son mujeres. Ha habido en toda la historia de la CEDAW dos hombres que han sido miembros, todo el resto han sido mujeres. Y yo podría decir que en la historia del Comité de Derechos Humanos, debe haber habido cuatro o cinco mujeres, no más. Entonces las Naciones Unidas empezaron esta tarea que se llama el *Gender mainstreaming*, que consiste en introducir a las mujeres "en el curso general del río". Es decir, en el curso general de los tratados generales que era lo que nunca debió haber dejado de ser. Y hemos estado entonces pasando de la separación a la integración, de la separación a la integración, y nuevamente en la integración, pero yo diría que la integración depende del tiempo y del lugar. Uno puede integrar y hacer el *gender mainstreaming* cuando la sociedad está madura para eso y si no, hay que seguir teniendo regimenes especiales hasta que la cultura cambie.

En el sistema interamericano la historia no es muy diferente. La Comisión Interamericana nació en 1960/fines de 1959. La Convención Americana se adoptó en 1969 y entró en vigencia en 1978. La Comisión desde el año sesenta empezó a desarrollar un procedimiento para hacer informes sobre países, que ha sido un instrumento de trabajo importantísimo de difusión de las violaciones que se cometen en los Estados. Desde 1960 hasta 1995, jamás un informe de algún país hecho por la Comisión Interamericana nombró a las mujeres. En circunstancias que existía la sociedad conyugal, la incapacidad relativa de la mujer que se casaba, el régimen patrimonial, la prohibición de las mujeres de salir del país sin permiso del marido, la patria potestad sólo para el padre, etc.; nunca la Comisión nombró estos temas como problemas que tuvieran alguna relación con los Derechos Humanos.

Tras la Conferencia de Viena en 1993, repentinamente la Asamblea General de la OEA dice "hay que preocuparse de las mujeres" y le pide a la Comisión que se preocupe de ellas. Entonces se nombra un Relator y se empieza a nombrar a las mujeres en los informes de

países. Y el primero es Haití y naturalmente la violencia, en forma de violación sexual. Pero la Comisión, esto es un lento avance, sólo habla de la violación cometida por agentes del Estado en una situación de conflicto armado. No cualquier violación, sólo esa. Y de ahí empieza a ampliarse hasta que ahora hay claridad en el hecho de que la violación sexual es una violación de Derechos Humanos, la violación marital es una violación de Derechos Humanos.

Hay una serie de estándares que se han fijado en materia de discriminación que ustedes obviamente deberían conocer por ser muy interesantes. Pero naturalmente todas estas son medidas de emergencia en términos de la violencia, porque lo que se necesita es cambiar la percepción de la sociedad y de las mujeres mismas sobre su rol. No somos débiles, no debemos ser subordinadas, tenemos capacidades, somos tan buenas o tan malas como los hombres. Ni más ni menos. Yo recuerdo que Virginia Woolf dijo "Yo quisiera ver escritoras malas, porque escritores malos hay muchos, escritoras malas ninguna. Las únicas escritoras que logran publicar son las buenas". Y eso muestra muy claramente qué es lo que pasa. Podemos encontrar una Jane Austen o una Virginia Woolf, pero escritoras malas, dónde? En su época, ¿dónde? Y esto muestra que para que una mujer logre salir adelante se requiere una cantidad de méritos absolutamente descomunales en relación con los hombres. Entonces eso es lo que se necesita cambiar, la percepción de la sociedad respecto de las mujeres, y eso, probablemente, si no va a disminuir la violencia, por lo menos va a permitir que las mujeres se defiendan mucho mejor. De ahí para adelante.

Finalmente, quiero referirme en los cinco minutos que me quedan, a la Corte, porque ella ha hecho pocas incursiones en los derechos de las mujeres. La Corte sólo puede examinar los casos que recibe. Y los casos son recibidos desde la Comisión Interamericana o desde los Estados. Los Estados jamás han recurrido a la Corte, salvo una vez, que es un caso entre Nicaragua y Costa Rica, aunque no sé qué sucederá y aun está en la Comisión. Pero en un caso reciente donde la abogada de las víctimas planteó el tema de género, la Corte lo tomó de inmediato. Se trata del caso "Castro- Castro" y ahí dijo ya un par de cosas interesantes en términos, por ejemplo, de la definición del concepto de violación sexual. Tomando el derecho penal internacional y la jurisprudencia de las cortes penales internacionales para sostener que la violación sexual no exigía penetración, por ejemplo. Y dijo otra cosa que también es importante y que hace al hecho de que la garantía es una garantía concreta no una garantía a un ser abstracto. Hay que mirar qué tipo de persona se está garantizando para ver si las garantías que el Estado le da son suficientes, son adecuadas. Y fue una cosa menor, diría yo de alguna manera, pero la Corte decidió que en una cárcel no podía haber normas uniformes de entrega de pro-

ductos de toilette y de otras cosas, porque las necesidades fisiológicas de hombres y mujeres eran diferentes y entonces debía haber dos reglamentos. Tenía que haber un reglamento o una norma que permitía esto para las mujeres y otra para los hombres. Esas son dos cosas importantes que dijo la Corte en esa sentencia "Castro-Castro".

En el caso "Yatama", por ejemplo, la Corte dijo "mire usted puede organizar su sistema electoral como quiera pero, si su sistema electoral es de tal naturaleza que impide que todos los grupos indígenas o el grupo de los misquitos, era en ese caso, y los zumas, en Nicaragua, no puedan participar, entonces sus sistema electoral es incompatible con la Convención". O sea le dijo que el Estado es libre de hacer un sistema electoral pero cuando lo implementa debe hacerlo de modo que todos puedan gozar de ese derecho. Si ustedes ven la observación general 25 del Comité sobre los Derechos Políticos, ahí aparece también la necesidad de permitir realmente el voto y la posibilidad de ser elegido. Entonces, en suma, yo les diría que los tratados generan obligaciones que deben ser cumplidas por los agentes del Estado. Estas obligaciones son interpretadas en su alcance y contenido por la jurisprudencia. Ambas cosas deben ser aplicadas y deben ser reconocidas en el Estado y principalmente les diría que no va a haber democracia si no se termina la discriminación. No se puede hablar de democracia sin el término de la discriminación. Y la lucha de las mujeres contra la discriminación, particularmente, lo que lleva al acceso a la Justicia, es una lucha que va directamente a la eliminación de toda discriminación.

~

Género y derecho

Clara M. Leite Alvez

En tanto que el concepto de sexo alude a lo biológico, es natural, el concepto de género es una construcción cultural —conformada por ideas, valores, estereotipos, relaciones de poder— que caracteriza a lo "masculino" y lo "femenino", atribuyendo roles a hombres y mujeres en la sociedad; es una construcción social puesta de relevancia a partir del análisis que se ha hecho y se hace sobre el pensamiento, la ciencia, las instituciones..., también sobre el derecho.

Las personas que actúan en el campo de lo jurídico (aprobando normas, decidiendo o resolviendo controversias, asistiendo a sus defendidos, etc.) poseen una identidad construida en un contexto cultural determinado, por lo que es inevitable que su modo de comprensión de los hechos tengan como sustento esa normatividad social que transita, discurre y se impone en nuestras vidas, en particular, su modo de ver la relación de géneros.

Dicho de manera más sencilla: la cultura ha construido la relación entre hombres y mujeres sobre la base biológica de la diferencia sexual y esa construcción social de identidades diferentes se ha proyectado inevitablemente en el Derecho.

Por ello, frente a los reclamos de los movimientos vinculados a la promoción de los derechos de las mujeres por las prácticas discriminatorias, el Derecho no ha permanecido al margen.

Hablar, por ejemplo, de derechos humanos con perspectiva de género es una actitud reciente en el ámbito internacional y podemos notar que se está produciendo un lento pero firme despojamiento del carácter androcéntrico de los derechos humanos; sin embargo las mujeres seguimos sintiendo la frustración ante la escasa respuesta que el ordenamiento jurídico interno da a los requerimiento de cambiar sustancialmente una forma de vida y de ideología que han sustentado los hombres por miles de años.

El género es una categoría que permite analizar roles, posibilidades diferentes de hombres y mujeres en distintos ámbitos, pero, como bien se ha dicho, también constituye *una dimensión de las desigualdades sociales* que se generan a partir de las diferencias entre hombres y mujeres, desigualdades que generalmente no son consideradas.

Para poner tan solo un ejemplo (de la infinidad que existen): en el ámbito laboral el Derecho se ha elaborado desde el modelo del trabajador varón, con normas que se aplican también a las mujeres, y en una concepción supuestamente neutral e imparcial (las normas son iguales para todos) subyacen elementos discriminatorios: así ciertas condiciones para el ascenso, como la antigüedad o el presentismo pueden significar, de hecho, elementos discriminatorios para las mujeres que han accedido menos tempranamente al trabajo o han tenido períodos de inactividad debido al cumplimiento de responsabilidades familiares.

Igualdad formal y no discriminación no significan lo mismo; la mera igualdad formal, como igualdad ante la ley, como reconocimiento de un derecho fundamental basado en el trato igual a dispensar a los desiguales se demuestra insuficiente.

"Si conceptualizamos al derecho no sólo como el conjunto y contenido de las normas, sino como una práctica social conformada por las normas y la aplicación de ellas, debemos concluir que la vigencia real del principio de igualdad exige como complemento de la igualdad formal el logro de la *igualdad sustancial*, en los hechos no es suficiente con prohibir la discriminación, la *prohibición de discriminación* debe consistir no sólo en establecer sanciones a las conductas discriminatorias sino que debe incluir también acciones que persigan consecuentemente la gradual erradicación de las causas que provocan la discriminación sistemática respecto de ciertos colectivos" (1), como lo es —por ejemplo— el caso de la mujer actuando en política.

En el tema de la construcción de la ciudadanía, las mujeres uruguayas hemos avanzado, se ha reconocido a la mujer el derecho a no ser golpeadas o maltratadas, se ha aprobado la ley de violencia doméstica tanto en el marco del derecho de familia, como en derecho penal; pero, cuando queremos impactar en aspectos del orden social que pueden ser más estratégicos, se ven las dificultades.

Así, ante la insuficiente representación de las mujeres en los ámbitos de decisión que constituye el resultado de una discriminación

---

(1) Márquez Garmendia, M., "Derecho Laboral ¿Igualdad y no discriminación?", Jornadas sobre normas discriminatorias de las mujeres. FCU , 1ra.edición,2003, pág. 29.

inaceptable en un país donde las uruguayas fuimos de las primeras en el mundo en obtener la ley de divorcio, los derechos civiles y el derecho al voto (2), en el año 2006 se presentó en mi país un proyecto de ley con exposición de motivos por el que se declaraba de interés general la promoción de la participación equitativa de personas de ambos sexos en la vida política del país.

Sistema electoral

Uruguay, país con 3.420.000 habitantes, de los cuales el 52 % son mujeres, jamás tuvo una Presidenta ni una Vicepresidenta de la República.

El tema del sistema de cuota política está muy vinculado a nuestro sistema electoral: poseemos un Poder Legislativo bicameral, con una cámara de Senadores compuesta por 30 miembros y una Cámara de Diputados de 99 miembros. Nuestro sistema electoral es de representación proporcional integral; sin embargo el número de mujeres parlamentarias es ínfimo: las mujeres representamos el 11,1% (once con uno por ciento) en momentos que la media mundial llega al 16,4% (dieciséis con cuatro por ciento). Y según la Unión Interparlamentaria Mundial, Uruguay ocupa el puesto 93 de 185 en el *ranking* de naciones con participación femenina en el parlamento (3).

En la exposición de motivos se expresaba que "la insuficiente representación de las mujeres en los ámbitos de decisión constituye el resultado de una discriminación inaceptable…". La diferencia entre la igualdad "formal" y la igualdad "real" en el acceso a la representación política de hombres y mujeres en mi país es palpable.

Tal es así que, fíjense Uds. , mientras muchos parlamentarios votaron la ley de violencia doméstica, *cuando se plantea la cuota política,* estratégica para conseguir posiciones de poder donde las mujeres pueden empezar a incidir en la toma de decisiones, *no están los votos de la mayoría de nuestros parlamentarios varones* (4).

Cuando se comenzó a debatir (el pasado mes de mayo) en Cámara de Senadores el proyecto de ley que obliga a los partidos políticos a incluir en sus listas a una mujer cada tres candidatos, durante dos períodos electorales consecutivos, a partir de las próximas elecciones que se realizarán en el 2009, las discrepancias y dudas filosóficas sobre la cuotificación abundaron y el debate se instaló en la sociedad.

---

(2) Extraído del Proyecto de Ley. Participación política.

(3) I dem

(4) Filgueira, Nea, "Construcción de ciudadanía y cambios en el orden social", II Curso para graduados, FCU, 1ª edición 2005, pág.14.

Así dentro de la línea argumental contraria a la ley, se sostiene que viola el art. 8 de la Constitución de la República[5] (todas las personas son iguales ante la ley...) y han dicho que "*toda limitación al ejercicio de los derechos cívicos en función de cuotas por sexo es frontalmente inconstitucional* (Ignacio de Posadas. El País 18.4.08), también que "*nadie tiene derecho a ser parlamentario...en el mejor de los casos, están allí porque otros ciudadanos decidieron que eran las personas adecuadas...*" (Dr. Hoenir Sarthou. Brecha 4.4.08*), por supuesto las respuestas no se hicieron esperar y frente a esos planteamientos se alzan las voces manifestando que: en primer lugar se omite considerar que nos son los ciudadanos quienes configuran las listas que luego se votan, sino que las listas son confeccionadas por una estructura de poder que en general deja fuera no sólo a las mujeres, sino también a los jóvenes y a los afrodescendientes* (Cotidiano mujer, transcripto en Brecha 18.4.08), *y que lo que existe es un debate filosófico: Si das el mismo trato a una situación desigual reproducirás la desigualdad.*

Nuestra Constitución consagra la Justicia, y no es justo tratar de igual manera a dos personas que no están en las mismas condiciones (Niké Johnson. Politicóloga UdelaR).

Lo cierto es que resulta claro que hay una contradicción evidente entre el principio de igualdad que establece nuestra Carta Magna, el principio de no discriminación que establecen los Pactos y Declaraciones Internacionales y la realidad de un país donde las diferencias en la presencia de participación política son tremendas.

Esta desigualdad ha sido intrínseca al desarrollo de la ciudadanía moderna —la podemos ver en todos nuestros países— y es una desigualdad que surge de la profunda inequidad de tratar a los diferentes como desiguales, es la vieja discusión, de si lo que se busca es la igualdad de derechos o si lo que se busca es contemplar la diferencia y desde la diferencia alcanzar la igualdad.

Este falso dilema de igualdad versus diferencia se derrumba si comprendemos que no existe una identidad homogénea "varón" enfrentada a una identidad homogénea "mujer", sino una multiplicidad de relaciones sociales en las cuales las diferencias están siempre en proceso de construcción de muy diversos modos.

Así, si reivindicamos fundamentalmente la igualdad formal con los hombres en términos del orden tal como se encuentra actualmente, la igualdad sólo podrá ser conseguida con los defectos que la propia igualdad entre los propios hombres tiene hoy en día (6).

---

(5) "Todas las personas son iguales ante la ley, no reconociéndose otra distinción entre ellas sino la de los talentos o las virtudes"

(6) Filgueira. Nea, II Curso para Graduados. FCU 2003.

Sobre el tema por el cual se me ha convocado: "Igualdad y no discriminación" creo que estamos en un momento histórico parecido al de la revolución francesa y comienzos de la revolución industrial, un momento en que asistimos a un cambio de los paradigmas de orden social, *cambios en las estructuras sociales por cambios tecnológicos*, del orden social y de las personas, lo que somos, no somos y qué lugar ocupamos.

Este cambio de paradigmas produce modificaciones en lo social, en lo político, en lo laboral..., en nuestras propias identidades. Hay todo tipo de cambios que se entrelazan, así por ejemplo: les decía que las mujeres uruguayas representamos el 52% de la sociedad, y este dato estadístico nos lleva a otros datos: los de las migraciones (problema que ha pasado a ser mundial), y las migraciones nos llevan a la incidencia del grupo poblacional en cuanto a las edades y así sucesivamente.

Pero aún atados a un viejo orden social predominantemente hecho por los hombres, de a poco las identidades de las mujeres van cambiando, en términos de verse de otra manera, recordando que todas las diferencias entre hombres y mujeres son construcciones sociales, producto de la interacción y que varían por factores de tiempo y cultura.

Estos cambios se traducen también en cómo ven las mujeres su propia ciudadanía, con las dificultades que sigue habiendo para su efectiva incorporación igualitaria, la no meramente formal —como ya lo expresara— sino la igualdad sustancial.

No sólo el difícil acceso a espacios de toma de decisiones, sino también el trabajo doméstico, el trabajo invisible, la doble jornada, la desautorización, el sometimiento, la violencia doméstica; todos factores que dificultan la inserción en la estructura social para las mujeres, pero ya se ha comenzado el trabajo para que se revierta (7).

Lo vemos a diario, con dificultad, pero se va avanzando.

Las 100 Reglas de Brasilia Sobre Acceso a la Justicia de las Personas en condición de vulnerabilidad, jornadas como las que estamos compartiendo y... sobre todo el compromiso que asumimos para eliminar la discriminación contra la mujer.

Para finalizar, unas palabras de Luis Pérez Aguirre quien en su libro "Desnudo de Seguridades" (8) nos dice:

---

(7) Rodríguez Techera, "Conclusiones Jornadas sobre normas discriminatorias...", FCU 2003, pág. 70.

(8) Pérez Aguirre, Luis, "Desnudo de seguridades", Ed. Trilce, Montevideo, 2001.

"Porque es necesario interrogarse para no despojarse de lo último humano que nos queda. Hay que asumir con radical sinceridad la crisis de valores y de los paradigmas teóricos. Para enderezar este planeta torcido y acallar el llanto de dolor de los excluidos es preciso revisar con profundidad esos paradigmas...".

Y en ello estamos.

Estándares en materia de igualdad y no discriminación

Inmaculada Montalbán Huertas

1. Introducción

La violencia contra las mujeres es una forma de discriminación que vulnera los derechos humanos; por ello los Estados tienen la obligación de prevenirla y de facilitar el acceso de las mujeres a las instituciones judiciales para obtener la reparación del daño y la sanción del culpable.

En la mayoría de los países se han adoptado medidas destinadas a mejorar la situación de personas situadas en una posición de desventaja y vulnerabilidad dentro de la sociedad, como es el caso de las mujeres víctimas de violencia y sus hijos e hijas menores.

A pesar de los esfuerzos institucionales, la criminalidad contra la mujer y los menores es un fenómeno delictivo difícil de combatir y de reducir. Las mujeres perciben una justicia que falla en la prevención y en la evitación de nuevos hechos violentos por parte del agresor. Existe una sensación generalizada de ineficacia de los instrumentos penales y procesales que habitualmente se emplean para hacer frente a la violencia en el ámbito familiar.

En la primera parte de este trabajo se explicará la posición de la Comunidad Internacional en la cuestión, con una breve referencia al marco europeo. Estos antecedentes permitirán conocer el diagnóstico de los organismos internacionales sobre las causas de esta clase de violencia, y las propuestas realizadas para conseguir una disminución del número de mujeres que la sufren.

Tras la exposición de la normativa internacional, resulta necesaria una previa delimitación de los "términos y conceptos" utilizados en nuestro lenguaje y de sus contenidos. Son varios los términos lingüísticos utilizados para señalar el problema social de la violencia y

muerte de las mujeres o sus hijos en las sociedades actuales; y algunos de estos términos o categorías han sido desconocidos en los ámbitos jurídicos hasta fechas muy recientes. Por ello es importante delimitar el campo de nuestra reflexión, que será el de las mujeres que sufren violencia en el ámbito de la pareja.

A continuación, expondremos las estrategias legales internas de algunos países europeos frente a este tipo de violencia, más detallada en el caso de España que posee una Ley Integral contra la Violencia de Género desde el año 2004.

Finalmente, el presente trabajo se centrará en los apartados relativos a tutela penal, que entraron en vigor el día 29 de junio de 2005, con exclusión de las medidas de protección cautelares de las víctimas, que será objeto de otro estudio. La necesidad y justificación de esta ley en el momento histórico actual es objeto de otra ponencia; así como la actuación prioritaria de la ley que nos ocupa en materia de educación, sensibilización, información y asistencia a las víctimas, con medidas positivas para permitir que estas consigan "salir" de las situaciones de violencia que se ocultan entre las paredes del domicilio familiar o fuera de éste por la vinculación entre víctima y agresor.

La violencia contra las mujeres, en el ámbito doméstico, se caracteriza por las siguientes notas: se produce en el ámbito privado o doméstico; son acciones violentas equiparables a modelos de conducta y de comunicación propias de una relación asimétrica de dominio; el agresor tiene o ha tenido una relación de afectividad con la víctima.

Reconocer y comprender el fenómeno criminal como un problema estructural y social que responde a relaciones de desigualdad y asimetría es tanto como enfocar la violencia desde la *perspectiva de género*: esto es, tratando a las víctimas como personas que se encuentran en situaciones de desventaja de posición económica, educacional y social.

En este sentido, la declaración institucional del Consejo General del Poder Judicial del día 8 de marzo del año 2000 —máximo órgano de gobierno de los jueces españoles— declaró que la violencia contra las mujeres se ha convertido:

"en un problema social y público que constituye un señalado obstáculo en el desarrollo real del derecho de igualdad por razón de sexo recogido en nuestra Constitución, y revela la incapacidad del Estado para asegurar a todos sus miembros, por lo que es determinante para combatir la acción de los gobernantes y del conjunto de la ciudadanía".

2. La respuesta de la comunidad internacional frente a la violencia contra las mujeres

2.1. Década de los años ochenta

La violencia contra las mujeres es una realidad en todos los países del mundo y un grave problema para los Estados porque atenta contra los Derechos Humanos e impide el desarrollo de los pueblos.

La *Declaración Universal de los Derechos Humanos,* de 10 de diciembre de 1948 proclama, en su artículo 5º, el derecho inalienable a no ser sometido a torturas, ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes.

El carácter universal de los derechos humanos compromete su aplicación en todos los países y en toda circunstancia; por tanto, los atentados contra la vida, integridad corporal o psicológica o limitaciones a la libertad de las mujeres, también en el ámbito de las relaciones de pareja, han de ser valorados como vulneración de los derechos fundamentales y especialmente de los siguientes derechos:

- derecho a la vida
- derecho a la libertad y seguridad personal
- derecho a la integridad mental y psicológica de la persona.
- derecho a no ser sometidos a tortura ni a tratos inhumanos o degradantes.
- derecho a una protección igual ante la ley.
- derecho a la igualdad en el seno de la familia.
- derecho a la protección de la dignidad personal.

En la década de los años ochenta, resulta decisivo que los foros internacionales comiencen a manifestar su preocupación por los actos y comportamientos violentos en el ámbito de las relaciones privadas. En esta primera etapa, la posición internacional se caracteriza por el hecho de abordar la violencia en el seno de las relaciones familiares desde una perspectiva uniforme, evitando identificar quiénes, dentro del grupo familiar, ejercen la violencia y quiénes son los destinatarios de la misma.

Las primeras Resoluciones y Recomendaciones se justifican por la protección y defensa de la unidad e interés familiar, y omiten toda consideración acerca de los *derechos individuales de los componentes del grupo familiar*; en concreto, omiten una valoración de las conse-

cuencias de la violencia sobre las mujeres o sobre las causas de esta violencia.

A esta etapa pertenece la Resolución 40/36 sobre la violencia en el hogar, aprobada el 9 de noviembre de 1985 por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas en su 96ª sesión plenaria (en adelante ONU).

En el ámbito de las Unión Europea responden a la misma filosofía la Recomendación n. R (85) 4 del Comité de Ministros, de fecha 26 de marzo de 1985, titulada *Sobre la violencia en el seno de la familia*; así como la Resolución del Parlamento Europeo de 11 de junio de 1986, que supone el primer paso en la identificación de las víctimas, con el título *Agresiones contra la Mujer o Sobre la Violencia a las Mujeres*, en la cual se reconoce que "las mujeres y muchachas están sometidas a formas específicas de violencia que atentan contra su libertad individual y derecho a disponer de ellas mismas" (punto C de la Resolución).

Estas primeras resoluciones coinciden en exhortar a los Estados:

- A la investigación del fenómeno de las agresiones a las mujeres.
- A la creación de redes asistenciales de ayuda a las victimas.
- A la formación de los profesionales que pueden intervenir en el proceso.
- A la revisión de las legislaciones nacionales para que contemplen y prevean medidas específicas de regulación tanto en el ámbito civil como penal de la violencia familiar.
- A la necesidad de activar el papel central que contra la violencia desempeñan la justicia penal y civil.

2.2. Década de los años noventa. Un problema de derechos humanos

La reafirmación de los derechos de las mujeres como Derechos Humanos se hizo necesaria en la década de los noventa. En la reunión del Grupo de Expertos sobre la violencia en el hogar y sus efectos en las mujeres, celebrada los días 8 y 12 de diciembre de 1986 en Viena, bajo el auspicio de Naciones Unidas, se fijan las bases para un futuro análisis del problema desde una perspectiva de género; esto es, atendiendo al colectivo esencialmente afectado por dicha violencia; que son las mujeres y sus hijos e hijas menores de edad.

Entonces se diagnosticó que la violencia contra las mujeres tiene *orígenes estructurales*, que es problema global que se da en todas

las partes del mundo, sin distinción de clases, fortuna, cultura o religión... *En el fondo las auténticas respuestas están en la noción global de igualdad de hombres y mujeres y en la forma en la cual cada sociedad respeta esta igualdad fundamental, la protege y valora.*

En atención a estos presupuestos estructurales, la Organización de Naciones Unidas (ONU) ha aprobado importantes documentos con compromisos jurídicos y políticos para los Estados. Son los siguientes

2.2.1. La Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Mujeres, de 18 de diciembre de 1979

Ratificada por España en 1983 es el marco jurídico básico para las políticas estatales de erradicación de la discriminación por razón de sexo. Obliga a los Estados a adoptar medidas para:

"a) Modificar los patrones socioculturales de conducta *de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres"* (art. 5º).

El Protocolo Facultativo de la Convención —aprobado en el año 1999 y ratificado por el Estado español en julio de 2001— reconoce el derecho de las mujeres a solicitar por sí, individual o colectivamente, la reparación de la violación de sus derechos, incluyendo la violencia de género. Les reconoce legitimación para presentar demandas ante el Comité de la Convención (en adelante CEDAW) a las "*personas o grupos de personas que se hallen bajo la jurisdicción del Estado Parte y que aleguen ser víctimas de una violación, por ese Estado Parte de cualquiera de los derechos encunados en la Convención, o en nombre de esas personas o grupos de personas"* (art. 2º), una vez agotadas las posibilidades de protección ante las jurisdicciones estatales.

La Conferencia Mundial de Derechos Humanos del mismo año —celebrada en Viena los días 14 a 25 de junio— aprobó la Declaración y Programa de Acción de Viena (A /CONF.157/23) con tres presupuestos de acción básicos:

a) Los derechos de las mujeres y las niñas forman parte inalienable, integral e indivisible de los Derechos Humanos Universales. La igual participación de las mujeres en todos los ámbitos de la vida y la erradicación de toda forma de discriminación, constituyen uno de los objetivos prioritarios de la comunidad internacional.

b) Toda clase de violencia de género es incompatible con la dignidad de la persona humana y debe ser eliminada. Con esta finalidad,

los Estados y la Comunidad internacional han de adoptar medidas legales.

c) La violencia de género debe eliminarse de la vida pública y privada. Los prejuicios de género se han de erradicar también de la administración de justicia.

2.2.2. *La Declaración de Naciones Unidas sobre la Eliminación de la Violencia contra las Mujeres de 1993*

Esta Declaración es fruto de los anteriores consensos internaciones. Sintéticamente expondremos su alcance, contenido y las orientaciones que ofrece a los Estados:

En su artículo 1º dispone:

"A los efectos de la presente Declaración, *por "violencia contra la mujer" se entiende todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o sicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la vida privada".*

En su artículo 2º añade que "Se entenderá que la violencia contra la mujer abarca los siguientes actos, aunque sin limitarse a ello:

a) La violencia física, sexual o psicológica que se produce en la familia, incluidos los malos tratos, el abuso sexual de las niñas en el hogar, la violencia relacionada con la dote, la violación por el marido, la mutilación genital femenina y otras prácticas nocivas para la mujer, los actos de violencia perpetrados por otros miembros de la familia y la violación relacionada con la explotación.

b) La violencia física, sexual y psicológica perpetrada dentro de la comunidad en general, inclusive la violación, el abuso sexual, el acoso, la intimidación sexuales en el trabajo, en instituciones educacionales y en otros lugares, la trata de mujeres y la prostitución forzada.

c) La violencia física, sexual y psicológica perpetrada o tolerada por el Estado, dondequiera que ocurra".

La Declaración de 1993 compromete a los Estados Partes en obligaciones concretas, como las siguientes:

1º. Adopción de medidas legislativas y procedimientos eficaces en todos los ámbitos —civil, penal, laboral o administrativo— para la prevención y sanción de los actos de violencia contra las mujeres.

2º. Garantizar, a la luz de los recursos de que se dispongan, que las mujeres víctimas de violencia y sus hijos dispongan de asistencia es-

pecializada: como servicios de rehabilitación, ayuda para el cuidado y manutención de los niños, tratamiento, asesoramiento, servicios, instalaciones y programas sociales, de salud y estructuras de apoyo.

3º. Acoger medidas jurídicas, políticas y culturales con enfoques de tipo preventivo, y evitar eficazmente la reincidencia en la victimización de la mujer a consecuencia de la aplicación de la ley y otras intervenciones que no tengan en cuenta la discriminación contra la mujer.

Desde esta importante Declaración Internacional:

- La violencia que sufren las mujeres en el ámbito de la vida pública resulta equiparada a la violencia en el ámbito de la vida privada.
- La violencia contra las mujeres perpetrada o tolerada por el Estado es un acto de violencia.
- Los actos de violencia perpetrados en el entorno de la vida familiar, no quedan sustraídos a la intervención del Estado; ni la intimidad familiar, ni la privacidad autorizan ni sirven ya de justificación a los poderes públicos para abstenerse de intervenir frente a la violencia contra las mujeres.

2.2.3. Conferencias Mundiales de Mujeres auspiciadas por la ONU

Simultáneamente a la aprobación de documentos con compromisos jurídicos para los Estados firmantes, la ONU ha organizado Conferencias mundiales sobre las Mujeres, que han actuado como motores y revulsivos en la activación de las políticas de los Estados en esta materia.

En el año 1995 se celebró en Beijing (China) la IV Conferencia Mundial sobre la Mujer, en la cual se comprueba que la violencia en el seno de la familia y en el hogar es muy tolerada: no suele denunciarse el maltrato causado por el marido o padre; y cuando se denuncia, las víctimas no son protegidas y los agresores no son castigados. Se llamó la atención sobre la falta de datos estadísticos, desglosados por sexo, que impide cuantificar el fenómeno y realizar un diagnóstico para diseñar los programas sobre violencia doméstica.

En la Conferencia mundial sobre las mujeres en el año 2000 —celebrada en Nueva York— se realiza una revisión del grado de cumplimiento de los compromisos conseguidos tras la Conferencia de Beijing.

En la Unión Europea se considera prioritario avanzar en la materialización del principio de igualdad y no discriminación por razón

de sexo; al tiempo que, como medidas más eficaces en orden a la prevención de nuevos riesgos para las víctimas, postula el alejamiento inmediato del agresor del domicilio, medidas de rehabilitación y reinserción de los agresores, así como la sensibilización de la sociedad.

3. DELIMITACIÓN DE TÉRMINOS Y CONCEPTOS

En la mayoría de los documentos aprobados por organismos internacionales, se utiliza el término "Violencia contra las mujeres" para tratar este problema social. Será a partir de la Conferencia Mundial de Mujeres en Beijing, en 1995, cuando comienza a generalizarse el término "Violencia de Género" como una categoría instrumental para explicar que la violencia es un mecanismo social que fuerza a las mujeres a una situación de subordinación.

En España se utilizan ambos términos y también el de "Violencia Doméstica" para referir cualquier tipo de acción u omisión vejatoria o similar de uno o varios miembros de la familia contra los otros; en éste caso comprendería los supuestos de violencia contra esposas, menores, ancianos y otras personas con minusvalías o incapacidades que convivan con el agresor.

En España las leyes han asumido el término de Violencia de Género y a partir de la entrada en vigor de la Ley Integral del año 2004, se ha extendido la utilización de esta expresión, para identificar todas aquellas situaciones de amenazas, malos tratos físicos o psíquicos y agresiones sexuales ocasionadas a la esposa o mujer dentro del ámbito de pareja, con o sin convivencia. En realidad, la ley debió llamarse *"Violencia de Género en el ámbito de la pareja",* para identificar con mayor precisión su campo de actuación; pues la criminalidad contra las mujeres fuera del ámbito familiar, y por el hecho de ser mujeres, también es violencia de género.

En esta exposición se utilizará el concepto instrumental de Violencia de Género en el ámbito de la pareja. Este concepto instrumental, si bien excluye otros supuestos de violencia sobre la mujer, tiene la virtualidad de cumplir un doble objetivo:

a.- En primer lugar, tiene siempre presente los presupuestos sociológicos de este tipo de criminalidad, y mantiene la vinculación entre la noción de "*violencia*" y la noción de "*discriminación*". Vinculación que aparece por primera vez en la Declaración de 20 de diciembre de 1993, sobre la Eliminación de la violencia contra la mujer, en cuyo preámbulo se dice:

"reconociendo que la violencia contra la mujer constituye una m*anifestación de relaciones de poder históricamente desiguales entre*

el hombre y la mujer, que han conducido a la dominación de la mujer y a la discriminación en su contra por parte del hombre e impedido el adelanto pleno de la mujer, y que la violencia contra la mujer es uno de los mecanismos sociales fundamentales por los que se fuerza a la mujer a una situación de subordinación respecto del hombre".

b.- En segundo lugar, el concepto instrumental de violencia de género de la ley integral, permitirá un análisis más sistemático y coherente de las respuestas legales e institucionales frente a las violencias que se ejercen sobre las mujeres en el entorno familiar, y de la que son víctimas indirectas los hijos e hijas menores de edad.

Todo ello sin perjuicio de que numerosos criterios de actuación o buenas prácticas son igualmente aplicables a la actuación de los órganos judiciales en los casos de violencia sobre las hijas o bien sobre otras mujeres que convivan en el domicilio familiar y que sufren violencia.

4. Estrategias legales internas de los Estados. Especial referencia a la experiencia española

4.1. Aproximación a las respuestas legales

En ejecución de los compromisos adquiridos por cada Estado en sus respectivas organizaciones supraestatales —como la Organización de Estados Americanos y la Unión Europea— las estrategias legislativas internas de los distintos países han de respetar los contenidos programáticos y líneas de actuación internacionales; no obstante, los instrumentos normativos que utilizan se pueden manifestar de diversas formas: unos países optan por leyes especiales, otros por leyes integrales y otros por Planes de actuación periódicos.

El factor más decisivo para una primera aproximación al estudio de derecho comparado, lo encontramos en la decisión política de algunos Estados de residenciar los primeros hechos de violencia doméstica en el ámbito de la jurisdicción civil o bien en el ámbito penal. La decisión estatal por una u otra opción es sumamente importante, porque pone de manifiesto y revela el enfoque y comprensión de la violencia doméstica por los poderes públicos. En caso de elegir la jurisdicción civil se estará primando la visión del problema como síntoma de un conflicto familiar, en el cual el agresor es una persona inmersa en dicho conflicto: a esta idea responden las leyes especiales con naturaleza exclusivamente civil que admiten la conciliación. La otra opción es la percepción de los hechos como constitutivos de infracciones criminales que demandan la intervención punitiva del Estado.

En el marco de la Unión Europea algunos países han aprobado normas concretas en esta materia —como Austria, Alemania, Irlanda del Norte, Reino Unido e Italia— y sólo España ha aprobado una Ley Integral contra la violencia de género, como tendremos ocasión de exponer más adelante.

La mayoría de las legislaciones internas de la Unión Europea tienen unos presupuestos muy claros, como los siguientes:

a) Las personas maltratadas son las que deben ser protegidas, sin que tengan que huir. Han de sentirse protegidas y libres para adoptar las decisiones necesarias para reconstruir su vida familiar.

b) Las personas que maltratan son las que deben sufrir las medidas de prevención y coerción, incluida la expulsión del domicilio.

4.2. Respuesta del Estado español contra la violencia de género

4.2.1. Antes de la Ley Integral contra la violencia de género

La Constitución de España de 1978 (en adelante CE) es el punto de arranque de numerosas reformas legales, algunas decisivas para la progresiva implantación de nuevos modos de relación igualitaria entre hombres y mujeres. Como lo fue la supresión del *"deber de obediencia al marido"* en el ámbito matrimonial y familiar.

En España, los primeros datos estadísticos sobre malos tratos se publican por el Ministerio del Interior en el año 1984 y se refieren a denuncias por malos tratos en las Comisarías de la Policía Nacional. No obstante, a partir del año 1998 el problema comienza a ser una prioridad en las agendas de los políticos. Esto sucede porque en diciembre de 1997, la opinión pública conoció un hecho de violencia doméstica, con resultado de muerte, que hizo saltar las alarmas de asociaciones de mujeres y medios de comunicación. Se conoce como el asesinato de Ana Orantes. Una mujer que fue quemada viva por su ex esposo tras haber relatado en la televisión los malos tratos sufridos.

Las notas del hecho que hicieron despertar a la opinión pública fueron dos: en primer lugar, se trataba de un caso paradigmático de violencia de género, en tanto que la muerte de la mujer fue la respuesta de "género" del despechado agresor, que no soportó la posible deshonra pública, ni la disminución de su rol de masculinidad, cuando su anterior esposa hizo pública su vida matrimonial de malos tratos en una televisión pública. En segundo lugar, comenzó a discutirse la idoneidad de las decisiones judiciales, pues el juzgado había aprobado el convenio de mutuo acuerdo de división de la casa común, en la cual habitaban víctima y agresor, a pesar de la existencia de una larga historia de malos tratos.

A partir de este suceso, los movimientos y asociaciones de mujeres —respaldadas por los medios de comunicación— comenzaron a exigir a los poderes públicos el cumplimiento de las Declaraciones Internacionales suscritas por el Estado español en materia de Derechos Humanos. La violencia contra las mujeres se enfocó como un atentado a los derechos constitucionales —conforme a las orientaciones internacionales— y se postulaba una visión del problema que estuviera despojada de los mitos de privacidad y de no injerencia en *"cuestiones de familia"*.

Los medios de comunicación difundieron los nuevos mensajes y la relevancia pública y social del problema quedaba de manifiesto, diariamente, con la aparición pública de numerosas víctimas de malos tratos que se quejaban del sistema judicial, las demoras en los procesos, la falta de medidas preventivas en caso de amenazas y las dificultades que encontraban para ser creídas cuando acudían a policías y tribunales.

Los primeros datos estadísticos rigurosos aparecen en España en un informe publicado en abril 2000 por el Ministerio de Asuntos sociales e Instituto de la Mujer —tras una macroencuesta a 20.552 mujeres realizada en 1999— en la cual se concluye que más del setenta por ciento de las mujeres maltratadas en su hogar, casi siempre por su pareja, lleva sufriendo este tipo de agresión desde hace al menos cinco años y más de dos millones de mujeres españolas han sufrido malos tratos. De un total de 15.028.000 mujeres mayores de 17 años, el 4,2% declara haberlo sido en el último año (640.000 mujeres) y el 12,4% no lo declara, pero han sido consideradas "técnicamente" como maltratadas (1.865.000 mujeres), aunque apenas se presentaron 20.000 denuncias por estos hechos en el año 1999.

La gravedad cuantitativa del problema y su repercusión sobre la economía de los países, son otros factores que justifican el tratamiento del fenómeno de la violencia contra la mujer como un problema social, necesitado de la intervención del Estado, que aprobó *dos Planes de Actuación, de cinco años cada uno,* dentro de los cuales se adoptaron medidas procesales tan importantes como la orden judicial de alejamiento o prohibición de acercamiento al denunciado; la orden judicial de protección a la víctima, que pueden contener decisiones que afectan al ámbito civil —como es el uso de la vivienda familiar, régimen de visitas de hijos, pensión por alimentos— y le faculta para acceder a ayudas sociales y económicas del Estado.

La afirmación de que la violencia contra la mujer en el ámbito familiar es un hecho público perseguible de oficio por los agentes de la policía, no privado, se consolidó tras las reformas procesales del año 1999, que eliminan el requisito de la denuncia previa para perse-

guir los hechos violentos cometidos contra alguno de los miembros del círculo familiar señalados por la ley penal; salvo caso de faltas de injurias leves y delitos de violaciones, agresión sexual y abuso sexual, en los que la ley sigue exigiendo previa denuncia de la ofendida o sus representantes legales, por regla general.

La jurisprudencia española ha reafirmado la naturaleza pública del fenómeno, entre otras, en la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 17 de junio de 2000. Al analizar el derecho protegido por el delito de maltrato habitual, afirma que estamos ante un problema de primera magnitud y no ante un *"mero problema que afecta a la intimidad de la pareja";* porque además de afectar al derecho a la integridad personal, afecta a valores de primer orden, como es el derecho a la dignidad de la persona o libre desarrollo de su personalidad (artículo 10 CE).

4.2.2. La Ley Orgánica 1/2004, de Medidas de Protección Integral contra la violencia de género

4.2.2.1. Ambito de aplicación

La Ley Orgánica 1/2004, de Medidas de Protección Integral contra la violencia de género (en adelante LIVG), recogió los términos de "*género*" y *"perspectiva de género*", contribuyendo así a su generalización y difusión. Esta ley orgánica se publicó en el Boletín Oficial del Estado el día 29 de diciembre del año 2004; tras ser aprobada por unanimidad en el Parlamento español. Entró en vigor a los treinta días de su publicación, salvo lo dispuestos en los títulos IV y V que entraron en vigor a los seis meses (el día 29 de junio de 2004), conforme a su Disposición Final Séptima.

El artículo 1.1º de la LIVG resulta de especial relevancia, en cuanto que sirve para delimitar el objeto de la ley. Por su interés se reproduce literalmente su primer apartado:

"La presente Ley tiene por objeto actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia".

De esta redacción se deducen varias cuestiones susceptibles de reflexión:

A.- La ley sólo se refiere a la violencia que ejercen *los hombres sobre las mujeres que sean o hayan sido sus cónyuges o estén o hayan*

estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia.

Ofrece un concepto instrumental de Violencia de Género, referido a la violencia que se ejerce dentro del ámbito de relación matrimonial o análoga, contra las mujeres y de la que son víctimas directas o indirectas los hijos.

B.- La frase contenida en el actual art. 1.1 "*como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres"* implica la asunción de la "perspectiva de género" por la normativa. Es una referencia sociológica y más concretamente una referencia a las construcciones sociales desigualitarias, como causa de la violencia contra la esposa o análoga, tal y como dicen las Declaraciones Internacionales antes citadas,

Esta nota de dominación y de desigualdad ha sido apreciada por nuestro Tribunal Supremo en numerosas Sentencias, como la sentencia de fecha 26-12-2002 (número 2197/2002. Recurso número 1693/2001. Magistrado Ponente: Giménez García, Joaquín) que dice:

"En el presente caso, los hechos que lo integran constituyen, por encima de las concretas calificaciones jurídicas, un hecho típico de violencia familiar caracterizado por una situación de dominación, o intento de dominación del recurrente sobre su mujer que tiene su origen en la separación existente y en la no aceptación de esta situación por aquél, lo que se ha diversificado en diversos ataques a bienes jurídicos con el denominador común de victimización de aquélla".

En la actualidad, las sentencias de los órganos judiciales españoles han incorporado con normalidad el término de Violencia de Género. Otro ejemplo es la Sentencia de fecha 28-02-2005 (número 2/05) dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, que dice:

"El acusado se prevalió de su condición masculina, peyorativamente machista, para atemorizar y tener sometida a su voluntad a la víctima que, por causa del miedo que tenía al agresor nunca tuvo el valor que debería para denunciar formalmente los malos tratos, las amenazas de que era objeto y las continuas coacciones a que era expuesta por el acusado para que no hiciera uso de su condición de igualdad de género respecto al varón y poder desarrollar su vida con plena libertad de elección de pareja. Nos hallamos ante una víctima más de la violencia de género ejecutada por el acusado, que no quería que la víctima desarrollara todas sus capacidades como mujer en igualdad de condiciones que el hombre".

4.2.2.2. Fortalecimiento de la respuesta penal

En la Violencia de Género en el ámbito de la pareja existe un factor que hace especialmente difícil la respuesta institucional en esta materia. Se trata de la vinculación o relación, presente o pasada, que mantuvieron víctima y agresor. La vinculación personal se traduce, en numerosos casos, en dependencia emocional, económica y sumisión por miedo al dominante; de manera que, sin ayudas externas, difícilmente se puede romper la relación. Esta vinculación victima-agresor es una característica especifica de esta violencia, y explica en gran medida, las "renuncias, perdones, retractaciones o contradicciones" que a veces se reprochan a las víctimas, como indicativos de falta de personalidad o de seriedad en sus denuncias.

Conforme a estos antecedentes el legislador optó por establecer un "plus de protección" para estas mujeres y establece penas más graves en el caso de lesiones (art. 148 Código Penal, en adelante CP); malos tratos no habituales (153 CP) amenazas (171 CP) y coacciones (172 CP), cuando el autor es el marido y la víctima la esposa o mujer vinculada al hombre por análoga relación de afectividad. Esta decisión responde a que el legislador entiende que los ataques contra la integridad corporal (malos tratos y lesiones) y contra la libertad (amenazas y coacciones) que antes se reputaban leves, ahora se califican como graves.

4.2.2.3. Reforzamiento de las instituciones

La LIVG crea varios organismos para mejorar su respuesta institucional ante la violencia de género; y todos ellos integran la tutela institucional en violencia de género. Además de las Unidades de Valoración Forense y de la creación de Fiscales especializados en esta materia, mencionaremos los siguientes:

A) La Delegación Especial del Gobierno contra la Violencia sobre la Mujer

Es un organismo adscrito al Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales *legitimado ante los órganos jurisdiccionales* para intervenir en defensa de los derechos y de los intereses tutelados en esta Ley en colaboración y coordinación con las Administraciones con competencias en la materia.

También le corresponde, en colaboración con las Comunidades Autónomas, realizar un informe de evaluación de los efectos de la aplicación de la LIVG a los tres años de la entrada en vigor de ésta. Este informe se remitirá al Congreso de los Diputados.

B) El Observatorio Estatal de Violencia sobre la Mujer.

Le corresponde el *asesoramiento, evaluación, colaboración institucional, elaboración de informes y estudios, y propuestas de actuación; incluyendo las necesidades de reforma legal*. Estos informes, estudios y propuestas considerarán de forma especial la situación de las mujeres con mayor riesgo de sufrir violencia de género o con mayores dificultades para acceder a los servicios.

C) *Unidades Policiales especializadas en la prevención de la violencia de género y en el control de la ejecución de las medidas judiciales adoptadas, como son las Ordenes de Alejamiento o Prohibiciones de Acercamiento a la víctima y a sus hijos.* Se establece que existe una vinculación a los Protocolos de Actuación con los Organos Judiciales.

D) Planes de colaboración y protocolos de coordinación institucional.

Los poderes públicos elaborarán Planes de Colaboración que garanticen la ordenación de sus actuaciones en la prevención, asistencia y persecución de los actos de violencia de género, que deberán implicar a las Administraciones sanitarias, la Administración de Justicia, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y los servicios sociales y organismos de igualdad.

E) *Juzgados de Violencia sobre la Mujer.*

La LIVG creó los Juzgados de Violencia sobre la Mujer (en adelante JVM) que tienen competencia para conocer de los asuntos penales y civiles; siempre y cuando el delito o falta hubiese sido cometido contra quien sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada al autor por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia. También conocen de la violencia cometida sobre los descendientes, menores e incapaces que convivan con el autor cuando haya existido un acto de violencia de género.

Los objetivos de este diseño institucional son los siguientes:

a) Asegurar que el juez conocedor de las situaciones de violencia en la pareja sea el mismo que decida las consecuencias personales y patrimoniales de la desaparición del vínculo conyugal.

b) Evitar la victimización secundaria que produce el contacto con la Administración de Justicia, evitando que hayan de realizarse diligencias reiteradas y repetitivas ante distintos funcionarios.

c) Mejorar la coordinación institucional entre los diversos agentes que trabajan la violencia de género. Los criterios de actuación de un solo juez serán más fáciles de conocer, en cada localidad, por fuerzas

y cuerpos de seguridad, servicios sanitarios, asistenciales y de atención a la víctima.

d) Evitar la dispersión de denuncias de la misma mujer por hechos violentos cometidos por la pareja.

e) Fomentar la formación específica del juez o jueza en esta materia, así como del personal auxiliar; de suerte que, junto a la figura del Fiscal contra la Violencia sobre Mujer, puedan ofrecer una respuesta más acertada y ajustada a las circunstancias del caso.

La bondad de los objetivos que justifican la creación de los JVM no impide que, en la práctica, hayan aparecido problemas de funcionamiento que han de resolverse.

La LIVG dispuso que en cada partido judicial existiera un Juzgado que se ocupara de toda la violencia de género en el ámbito de la pareja. Pero con dos modalidades:

1º.- Juzgados de Violencia sobre la Mujer Exclusivos, para los lugares con mayor número de asuntos en esta materia, como las grandes ciudades. En el mes de marzo del año 2006 existían 40 entre distintas ciudades españolas.

2º.- Juzgados de Violencia sobre la Mujer Compatibles, que han de conocer de tal materia y de otros asuntos ordinarios penales y civiles no relacionados con la violencia de género. En marzo del año 2007 existían 417 JVM con competencias compartidas con otros asuntos.

Los datos del Observatorio Judicial del Consejo General del Poder Judicial permiten afirmar que los "*exclusivos*" están funcionando razonablemente bien. Existe una rápida respuesta a las peticiones de Ordenes de Protección de las víctimas —en 72 horas—; y, caso de acordar Orden de Alejamiento, se comunica por vía informática a un Registro Central para que los órganos judiciales y la policía puedan conocer de su existencia y vigencia y proceder a la detención de quienes incumplan la orden judicial.

Los datos del Observatorio Judicial contra la Violencia Doméstica y de Género confirman que cada vez existen más denuncias y más condenas en los casos que llegan a juicio: siete de cada 10 denunciados son declarados culpables.

En el año 2006 los JVM Exclusivos y Compatibles han recibido 13.038 asuntos civiles y 158.883 asuntos penales. Han acordado 27.078 Ordenes de Protección (75% de las solicitadas). Tres de cada diez solicitantes eran extranjeras. La medida cautelar más frecuente fue la orden de alejamiento: se dictaron casi 30.000 el año pasado. Estas medidas son las que menos se respetan: en 2006 hubo 2949 in-

cumplimientos. Cuando existe sentencia también se producen quebrantamientos, un total de 3536.

De los asuntos recibidos han terminado por sentencia 68.010 (15.706 condenatorias: 23%). Un total de 18.786 (28%) asuntos se han elevado al órgano competente para enjuiciamiento por llevar aparejada pena grave, superior a 5 años de prisión, como el caso de delitos de homicidio, lesiones graves o determinadas agresiones sexuales. El resto de asuntos penales, 29.323 (43%) no han llegado a juicio y han terminado en archivo por no existir indicios suficientes del hecho o por otra de las causas previstas en la ley.

Debe señalarse que los JVM sentencian faltas leves de injurias o vejaciones injustas; así como aquellos casos en los que el acusado se conforma con la pena que le pide la acusación en el caso de delitos menos graves.

En los Juzgados Compatibles se presentan importantes problemas a la hora de programar la agenda del juez o jueza y estas disfunciones, de manera inevitable, repercuten negativamente sobre los usuarios y usuarias de la justicia. El problema detectado es que los JVM funcionan sólo por la mañana —en horario de audiencia— y de lunes a viernes; y además de su agenda diaria de asuntos ordinarios no relacionados con esta materia, han de atender con carácter preferente a las peticiones de ordenes de protección o a la preparación de juicios rápidos por delitos relacionados con la violencia de género. Esto provoca demoras y esperas no deseadas. La superación de este problema se conseguiría con la implantación de Juzgados Exclusivos que abarquen más de un partido judicial, como ya está proyectando el Ministerio de Justicia.

5. Seguimiento de la respuesta judicial de la violencia de género por el observatorio del CGPJ

Con la finalidad de analizar el tratamiento de la violencia doméstica dentro de la Administración de Justicia y contribuir a la disminución de este grave problema, el día 26 de septiembre del año 2002 se creó el Observatorio del Consejo General del Poder Judicial —presidido por la Excma. Sra. Dª Monserrat Comas D'Argemir, vocal del mencionado Consejo y Magistrada— con la participación del Ministerio de Justicia y el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Posteriormente se unieron la Fiscalía General del Estado, y una representación de las Comunidades Autónomas con competencia en Justicia: País Vasco, Andalucía, Canarias, Cataluña, Galicia, Madrid, Navarra y Valencia.

Desde su creación el Observatorio Judicial ha desarrollado numerosas actividades. Entre todas ellas, hoy me corresponde exponer las relativas a la recogida de datos y estadísticas de la actividad de los órganos judiciales en materia de violencia doméstica.

Es importante señalar que, en los inicios de este trabajo, el Observatorio tuvo la necesidad de adoptar una categoría instrumental del concepto de Violencia Doméstica. En el Acuerdo del Pleno de fecha 19 de noviembre de 2002 asumió el concepto de la Instrucción número 1/1998 de la Fiscalía General de Estado, que utiliza un concepto amplio de violencia doméstica, en cuanto que incluye las acciones u omisiones penalmente sancionables cuando se cometen por cualquier miembro de la familia contra cualquier otro miembro que convive en el mismo domicilio.

Este concepto instrumental de Violencia Doméstica se ha utilizado hasta la entrada en vigor de la LIVG, que ha introducido en el ordenamiento jurídico español la categoría instrumental de "violencia de género en el ámbito de la pareja". Esta novedad terminológica y conceptual, obliga a diferenciar los datos relativos a la violencia que se ejerce dentro del ámbito de relación matrimonial o análoga, por los hombres contra las mujeres con las que haya existido o no convivencia, y de la que son víctimas directas o indirectas los hijos e hijas menores de edad.

Gracias a la actividad de este Observatorio, desde el año 2002 disponemos de datos estadísticos sobre denuncias presentadas en esta materia, muertes de mujeres a manos de sus maridos y otras variables del tratamiento judicial que permiten un conocimiento más fiable del tratamiento judicial del problema.

Actualmente existen dos canales de información acerca del tratamiento judicial de la Violencia de Género: en primer lugar, los Boletines de Estadística que trimestralmente confecciona y remite el Secretario de cada órgano judicial al CGPJ tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/2002 de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. En segundo lugar, los informes que realiza el Servicio de Inspección del CGPJ, a instancias del Observatorio, sobre datos estadísticos relativos al número de denuncias y Ordenes de Protección que adoptan los órganos judiciales e Informes Anuales sobre muertes de mujeres a manos de sus maridos o parejas.

Los datos estadísticos concretos se pueden obtener en la página web del Consejo General del Poder Judicial, en el apartado dedicado al Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género (www.poderjudicial.es y www.observatorioviolencia.org).

Me remito a esta página web dada la imposibilidad de exponer el contenido de los distintos informes.

5.1. Boletines de estadística de los órganos judiciales

Con ocasión de la entrada en funcionamiento de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer el día 29 de junio de 2005 —creados por la LO 1/2004 en su modalidad de Exclusivos o Compatibles— el CGPJ ha confeccionado un modelo de Boletín de Estadística Judicial que ha de completar el Secretario Judicial con los datos del concreto órgano judicial que tiene asumida la competencia en violencia sobre la mujer.

Este Boletín de Estadística de los JVM se refiere a los asuntos penales y civiles competencia de los mismos —esto es, violencia de género en el ámbito de la pareja— y contiene los siguientes apartados relevantes:

1.- Ingreso y movimiento de Asuntos Penales, con distinción entre diferentes tipos de procesos —Procesos por Delitos y Juicios de Faltas— con indicación del estado de los mismos.

2.- Datos relativos a "Actos de Violencia", con indicación de los tipos penales, diferenciando entre "Malos Tratos Físicos o Psíquicos" —habituales (del art. 153 CP), amenazas (art. 173 CP) y coacciones (art. 148 CP)— y personas "Muertas con Protección o sin Protección".

3.- Datos relativos a las Ordenes de Protección del Trimestre, distinguiendo entre que la Víctima sea mujer española o extranjera, mayor o menor de edad; y entre el Denunciado hombre español o extranjero. Se recogen datos segregados sobre la "relación de victima y denunciado, según que sea cónyuge, ex cónyuge, con o sin relación afectiva actual.

4.- Existe un apartado dedicado a las Medidas Judiciales de Protección y Seguridad de la Víctima, distinguiendo entre las de naturaleza penal y civil.

5.- Datos relativos a los "Incumplimientos de las medidas acordadas"; número de personas enjuiciadas, distinguiendo entre varones y mujeres; así como número de quebrantamientos de condena.

6.- Número de sentencias condenatorias y absolutorias dictadas.

Los Boletines Estadísticos de los 452 JVM de toda España (entre los que se encontraban 21 con competencias exclusivas) correspondientes al Primer Trimestres de 2006 indican que los JVM tramitaron 37.504 denuncias, lo que supone un aumento de 2058 respecto de la media del trimestre anterior —35.445— es decir de un 5,8 por ciento. Fueron juzgadas 4752 personas a nivel nacional: 4671 eran hombres (el 98%) y el resto mujeres (2%). El 75% de tales personas fueron condenadas. (Informe del Observatorio Judicial).

En los Boletines Estadísticos del resto de órganos judiciales que conocen del enjuiciamiento o las apelaciones de los asuntos de los JVM también se han realizado las incorporaciones necesarias para recoger los datos relativos a procesos sobre violencia doméstica.

5.2. Datos de los servicios de inspección del CGPJ

Antes de la entrada en vigor de la LIVG, el Observatorio Judicial recogía datos de los procedimientos judiciales a través de los Servicios de Inspección del CGPJ, que tienen encomendada la comprobación del funcionamiento de los órganos judiciales. Por esta razón disponemos de datos relativos al año 2003.

5.2.1.- Los datos estadísticos relativos al número de *denuncias y órdenes de protección* que han adoptado los órganos judiciales —a partir de su entrada en vigor el 1 de agosto de 2003— permite observar lo siguiente:

a) El índice de denuncias aumenta cada año, aunque se aprecian diferencias significativas entre las diferentes Comunidades Autónomas.

En el 2003 se presentaron 76.732 denuncias; en el 2004 ascendieron a 99.111 (un incremento del 29,17%); en el año 2005 se presentaron 122.247 (un incremento del 23,37%).

Existe una reducción progresiva del número de denuncias retiradas y una estabilidad en el porcentaje del sexo de las personas denunciadas y enjuiciadas (en torno al 90% son hombres).

El aumento de denuncias ha venido acompañado de un incremento similar de las medidas de protección adoptadas, sea como Medidas Cautelares o como Ordenes de Protección acordadas en sentencias.

b) En relación a las *"órdenes de protección"* el Servicio de Inspección ha obtenido el total de las solicitadas; acordadas y no acordadas. Distingue en sus informes entre las que se refieren a *Medidas Penales Adoptadas* - Privativas de Libertad: Orden de Alejamiento; Prohibición de Comunicación; Prohibición de Volver al Lugar, respecto de las que consisten en *Medidas Civiles,* como atribución de la vivienda, custodia, visitas y comunicación con los hijos; Prestación de alimentos; Protección del menor para evitar un peligro o perjuicio.

También se desagregan los datos relativos a las víctimas, distinguiendo entre Hombres; Mujeres; Nacionalidad española y Nacionalidad extranjera.

El examen evolutivo y comparativo de los datos obtenidos en Denuncias y Ordenes de Protección desde el año 2004 permite extraer, en mi opinión, una serie de conclusiones:

1.- Las mujeres (en torno al 93% de las víctimas) están más informadas y acuden en mayor número a la Administración de Justicia para solicitar protección y actuación institucional. Las campañas de información y sensibilización contra la violencia de género constituyen un importante instrumento para conseguir el objetivo de "correr el velo", y pone en evidencia la denominada cifra oculta de violencia no denunciada.

2.- Los datos sobre Ordenes de Protección concedidas (78%) ponen de manifiesto que estos asuntos, hoy día, son de atención preferente para la magistratura; que, en el corto plazo de 72 horas, ha de atender la demanda de numerosas mujeres. En no pocas ocasiones con gran esfuerzo para poder recabar y poseer los datos mínimos para poder decidir sobre el riesgo de nuevas agresiones, sobre el régimen de visitas más adecuado para los menores y sobre la cuantía de la pensión alimenticia.

5.2.2.- Informes sobre muertes violentas en el ámbito de la violencia doméstica y de género, elaborados por el Servicio de Inspección del Consejo General del Poder Judicial.

La finalidad principal de estos informes sobre muertes violentas en el ámbito de la violencia doméstica es conocer aquellos casos en los que los órganos judiciales tenían constancia previa de alguna denuncia por malos tratos y a pesar de ello se produce la muerte de la persona denunciante. El análisis se verifica desde un prisma estrictamente jurídico y con todos los datos ofrecidos por los órganos judiciales.

Se han realizado Informes de *los fallecimientos de los años 2001 a 2007.* Se encuentran publicados en el Portal Web del Consejo General del Poder Judicial y proporcionan datos de interés para el tratamiento de la violencia de género en el ámbito de la pareja.

Según el Informe sobre muertes violentas en el ámbito de la violencia doméstica y de género, elaborado por el Servicio de Inspección del Consejo General del Poder Judicial, durante el año 2007, se produjeron 118 muertes por violencia doméstica y de género, lo que supuso un incremento de un 22,9 por ciento con relación al año 2006 (91 muertes). En esta cifra se incluyen todas las víctimas, tanto las de violencia doméstica —hijos, hijas, madres, padres, abuelos, abuelas...— como las específicas de violencia de género, es decir, en el ámbito de la relación de pareja o ex pareja, mujeres con vínculo matrimonial o análoga relación de afectividad, presente o pasado.

Las conclusiones del estudio de las muertes violentas del año 2007 son las siguientes, en cuanto a las mujeres muertas en el ámbito de la pareja:

a) En el año 2007, las mujeres muertas en el ámbito de la pareja fueron 75 (en el año 2006 fueron 77**)** *y el 81 % mantenían la situación de convivencia con la pareja***.** 19 de ellas eran *parejas en crisis o en las que no se mantenía la relación* en el momento de producirse los hechos (un porcentaje sobre el total del 20,9 por ciento (en el año 2005 fueron 13, un porcentaje sobre el total de 14,4 por ciento).

Según la Macroencuesta realizada en marzo de 2000 por el Instituto de la Mujer del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, el número de mujeres españolas mayores de 18 años fue de 15.028.000 en el año 1999.

Los órganos judiciales *no tienen constancia de la situación de malos tratos previa en el 70,9% (en el 2006 era el 72,7 por ciento de los casos). Esto es en 7 de cada 10 muertes no existía conocimiento previo por las instituciones de la situación de maltrato.* Este índice porcentual es similar al obtenido en años anteriores, aunque supone un incremento de los casos conocidos en un 12% en relación con el año 2005 (En el año 2005 era en el 80% de los casos sin denuncias previas y en el año 2004 el porcentaje era del 73,6%.).

b) En el año 2007 de los procedimientos seguidos por violencia doméstica con anterioridad al fallecimiento, en el 52 % (en el año 2006 el 42% y en el año 2005 fue el 35,3 %) se acuerda la adopción de medida cautelar. En todos los casos que se solicitó se adoptó la Orden de Protección, excepto en una que fue denegada un año antes de producirse la muerte violenta. En otro caso la víctima renunció a la protección y continuó el procedimiento hasta dictar sentencia condenatoria.

Consta la renuncia a la medida por parte de la víctima en el 4,8 %, y una vez adoptada la medida, consta la renuncia a la continuidad de la misma, casi en un 30% (3 de cada 10).

En el 83% de los casos se adoptó *la medida en el mismo día,* o al siguiente en que se solicita su adopción.

d) En el año 2007 el *perfil de la víctima* continúa siendo el siguiente: mujer, mayor de edad, española (en un 65,1% en el 2006), que en el momento de ocurrir el hecho estaba o había estado unida a su agresor por vínculo matrimonial, relación de hecho asimilable o relación afectiva estable.

En su comparecencia está asistida por Letrado en el 52,2% (47,4 % en el año 2006). Este es un dato que evoluciona favorablemente con relación a los años anteriores.

Renuncia a la continuación del procedimiento en el 43,4% (28,6% en el año 2006). Prácticamente en la mitad de los casos se continúa la tramitación (47,8 por ciento). En el 2006 en el 41,7% de los casos

se continúa la tramitación. (En el año 2005, todos los casos en que renuncia la víctima se continúa la tramitación del procedimiento por el Juez).

Por grado de parentesco: el 65,3% de las víctimas tenía o había tenido relación de pareja con su agresor/a. En el año 2006 fue el 79,1 % y en el 2005 fue el 65,6 por ciento.

e) En el año 2007 *el porcentaje de casos en que agresor/a y víctima son extranjeros supone el 30% (en el 2006 fueron 18,2 por ciento del total). Un incremento de 12 puntos. En el 58,2 % por ciento tanto agresor como víctima son de nacionalidad española (en el 2006 era el 65,1 %).*

Según los datos proporcionados por el Instituto Nacional de Estadística en el Censo de Población a 1º de enero de 2006 la población total en España es de 44.395.286 habitantes. De ellos 3.884.573 habitantes son extranjeros. Suponen por tanto el 8,7 por ciento de la población total.

f) Duración de los procedimientos judiciales.

En el año 2006, el 58,1 % de los procedimientos finalizaron por sentencia, que en el 50 por ciento de los casos fue dictada en el mismo día de su incoación (en el año 2005 fueron el 80% y el 40% el mismo día de su incoación).

La media de duración de los procedimientos es de 139 días (53 días en el 2005) y en el 50% de los procedimientos de Juicios de Faltas la sentencia se dicta el mismo día de su incoación (76 por ciento en el período 2003-2005).

El 50% de las sentencias dictadas en las causas por delito fueron de conformidad. Es de reseñar que en los procedimientos por delito en que se celebró juicio (rápido) la media de duración está situada en cinco meses (quince días en 2005).

Los procedimientos que terminaron en inhibición o archivo tuvieron una media de duración de 8 meses (60 días en el 2005).

Entre otras actividades del Observatorio Judicial mencionaremos las siguientes:

1) Trabajo de investigación de seguimiento de las Sentencias y Resoluciones Judiciales dictadas por los Jueces, a fin de conocer de qué forma se aplican las leyes que las Cámaras Legislativas aprueban y para evaluar la eficacia de las reformas legislativas.

Incluye el análisis de Resoluciones de Juzgados de Instrucción, Juzgados de lo Penal, Audiencias Provinciales, Tribunal Supremo y

Tribunal de Jurado. Una vez hecho el trabajo y establecidas las conclusiones por una Comisión de Expertos, se trata de elaborar propuestas de actuación y sugerencias legislativas.

2) Propuesta de creación de un Registro Central para la protección de las víctimas de la Violencia doméstica.

Este es un objetivo alcanzado. El Parlamento Español incluyó la creación del Registro en la Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de Protección (Disposición Adicional Primera) y el Consejo de Ministros del 5 de marzo aprobó el Real Decreto regulador. Se trata de facilitar la labor de Jueces, Fiscales y Policía Judicial en la investigación de los delitos relacionados con la violencia doméstica y para la adopción de las medidas cautelares de protección a las víctimas.

Constituye un sistema de información relativo a penas y medidas de seguridad impuestas en sentencias por delito o faltas; medidas cautelares y órdenes de protección acordadas en procedimientos penales contra las personas del art. 173.2 del Código Penal. Asimismo, regula el acceso a la información contenida en el mismo a los órganos judiciales del orden penal, Ministerio Fiscal y a los órganos judiciales del orden civil que conozcan de procedimientos de familia, a los efectos de su utilización en los procesos ó actuaciones en los que intervengan. También podrá acceder la policía judicial para el desarrollo de las actuaciones que les estén encomendadas en relación con la persecución y seguimiento de las conductas que tienen acceso a este Registro.

3) Reuniones del Observatorio ampliado.

Se realizan reuniones periódicas del Observatorio con Abogados y Directoras de los Institutos de la Mujer de los distintos gobiernos de las CCAA, representantes de los colectivos de mujeres maltratadas y de las asociaciones de mujeres que históricamente vienen defendiendo los derechos de las mujeres, a fin de tener en cuenta sus opiniones, aportaciones y sugerencias para la solución de este gravísimo problema.

4) Trabajo de divulgación.

Se han celebrado dos Congresos Nacionales y los trabajos se han publicado posteriormente. La denominación "Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Genéro" se debe a una de las conclusiones del primer Congreso.

5) Premio anual de reconocimiento a la labor más destacada, a criterio del Observatorio, en la erradicación de la Violencia doméstica y de género, dirigido a personas, instituciones, asociaciones del ámbito jurídico, social, político, cultural y de medios de comunicación.

6) Se aprobaron diversos Protocolos, como el *"Protocolo para la implantación de la orden de protección de las víctimas de violencia doméstica",* que recoge los criterios de coordinación entre el Poder Judicial, los Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y el resto de Administraciones Públicas llamadas a dar las respuestas que en el terreno de la seguridad, asistencia jurídica, psicológica, sanitaria y social precise la víctima.

También se aprobó el Protocolo de Coordinación Jurisdicción civil y penal: establece unos criterios para la adecuada coordinación de ambas jurisdicciones al objeto de proteger eficazmente a las victimas de violencia doméstica.

7) Elaboración de un programa específico de formación de jueces y magistrados en materia de Violencia Doméstica, que se concretan en cursos de formación que además de incluir las ponencias relativas a las modificaciones legislativas y jurisprudenciales, tratan el problema de forma multidisciplinar y se invitan como ponentes a personas de la carrera judicial, fiscal, abogacía, universidad, administraciones públicas, médicos forenses.

6.- Reflexiones finales

Para proyectar medidas preventivas y de respuesta más eficaces es necesario investigar en profundidad el fenómeno social y sus distintas manifestaciones.

Desde su creación el Observatorio Judicial contra la Violencia Doméstica y de Género ha impulsado y promovido la recogida de datos y estudios de los casos judiciales de violencia en el ámbito familiar.

Estos datos permiten comprobar cual es la respuesta judicial y permite formular propuestas para corregir las deficiencias observadas. Por ejemplo, los informes anuales sobre fallecimientos revelan que el riesgo para la vida de la mujer aumenta cuando presenta la denuncia o bien obtiene una orden de protección. De otro lado, los Boletines Estadísticos de los órganos judiciales con competencia en Violencia sobre la Mujer, deja conocer el volumen de trabajo de estos órganos y el número de sentencias condenatorias o absolutorias dictadas en los procesos penales, lo que permitirá decidir si el número de juzgados es suficiente o no; así como la eficacia de las órdenes judiciales a la vista de los incumplimientos.

Resulta imprescindible conocer y manejar con rigor los conceptos teóricos básicos que hemos de utilizar para abordar el fenómeno de la violencia sobre la mujer y sus hijos e hijas en el ámbito familiar.

Resulta necesario unificar los conceptos y categorías utilizados por las distintas Administraciones e instancias oficiales. Si las Administraciones utilizan categorías conceptuales distintas será muy difícil obtener datos estadísticos plenamente fiables, y no podremos obtener pleno conocimiento de la envergadura del problema, sus variables y la incidencia de las medidas legales y sociales que se adopten.

Violencia de Género: normativa internacional para combatirla y propuestas legales en España

Montserrat Comas de Argemir

I. Radiografia internacional de la violencia de género

Respecto a los fenómenos delictivos de orden internacional que atentan a la libertad y a la seguridad de las personas se ha de resaltar como uno de los más graves el de la violencia de género, entendiendo como tal la violencia que ejercen hombres contra mujeres, fruto de las relaciones de poder, de dominio, y de posesión que han ejercido históricamente aquellos sobre éstas, fundamentalmente en el ámbito de la pareja. El origen de este tipo de violencia, entre otros factores se encuentra, en la historia y en la cultura. En la historia de la estructura familiar patriarcal basada en la supuesta superioridad del hombre sobre la mujer. Un problema atávico que responde a una construcción social que ha potenciado un reparto desigual de las actividades productivas, creando unos roles sociales asignados en función del sexo. Es en el marco de la cultura patriarcal donde se ha desarrollado además la violencia masculina, al ser ésta el instrumento más expeditivo para controlar las relaciones de poder. Son los patrones culturales machistas —de discriminación hacia la mujer—, profundamente enraizados en la sociedad, los que explican la permisividad social durante décadas de la violencia masculina.

Transcurridos casi sesenta años desde que la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó el 10 de Diciembre de 1948, *la Declaración Universal de los Derechos Humanos*, que en sus artículos primero y segundo se establece el valor supremo de la igualdad de todas las personas en dignidad y derechos, sin que pueda hacerse distinción alguna en función del sexo (1), la realidad social demuestra que dia-

---

(1) Art. 1º de la Declaración Universal Derechos Humanos de 1948: "Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos...". Art. 2º: "Toda

riamente se violan en el mundo los derechos humanos de millones de mujeres, al persistir en todas las sociedades situaciones discriminatorias por razón de sexo en todos los ámbitos, entre los cuales se significan los siguientes:

• *Educación*: 1 de cada 5 niñas de los países en desarrollo no terminan la educación primaria y sólo un 43% acuden a la escuela secundaria. En Europa o en países desarrollados las desigualdades se demuestran en la llamada segregación ocupacional: sólo 1 de cada 10 diplomadas lo es en estudios técnicos. Y más de la mitad de las mujeres se concentran en la enseñanza, humanidades y salud.

• *Empleo*: En el 2005 las mujeres constituían el 40% de la población económicamente activa, aunque las tasas de empleo varían de forma muy significativa según el grado de desarrollo de los países: en los países árabes sólo un tercio de las mujeres son económicamente activas y en América Latina y Asia meridional menos de la mitad.

• *Trabajo productivo no remunerado en el hogar*: En la India las mujeres le dedican 35 horas semanales mientras que los hombres 4. El desequilibrio del reparto de las tareas domésticas y familiares conlleva que en Europa muchas mujeres trabajen a tiempo parcial (32,9% en 2006 frente al 7,7% de los hombres) y opten por modalidades de trabajo flexible.

• *Retribución*: El salario mínimo de la mujer es inferior en un 20% al del hombre en varios países. En Europa el salario de las mujeres supone un 80% del que perciben los hombres por igual trabajo.

• *Ambito social:* el riesgo de pobreza de las mujeres mayores de 65 años es del 20% en Europa, 5 puntos más que en los hombres, mientras que el de las familias monoparentales (la gran mayoría mujeres) es del 34%.

Además, como una de las manifestaciones más brutales de situaciones de discriminación, millones de mujeres sufren violencia de género: física, sexual y psicológica. Ello acontece en todos los ámbitos: en el familiar (homicidios, malos tratos físicos y psíquicos, coacciones, amenazas, abuso sexual de las niñas), en el cultural-religioso (mutilación genital femenina, exclusión social) y socio-económico (explotación laboral y sexual).

Estamos ante un problema de carácter universal, que afecta a todos los países y culturas. UNICEF sitúa en un 20% la población femenina que sufre algún tipo de violencia, incluyendo en este porcentaje

---

persona tiene los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo,...".

además de las muertes y de los malos tratos físicos y psíquicos, las agresiones sexuales y las ablaciones de genitales. Por eso la Conferencia Mundial sobre la Mujer celebrada en Beijing en septiembre de 1995 afirmó que la violencia contra la mujer es el crimen más encubierto y más numeroso del mundo. Según el Consejo de Europa cada 18 minutos una mujer es maltratada en el mundo (2). Unas breves pinceladas de la radiografía de este problema demuestran que:

- Para las mujeres entre 15 y 44 años de edad, la violencia constituye una importante causa de muerte y discapacidad (3).
- En todo el mundo 1 de cada 5 mujeres es víctima de *violación* o de intento de violación en el transcurso de su vida.
- Hasta 2006, 93 países habían estipulado la prohibición de la *trata* de personas (4), que afecta fundamentalmente a niñas y mujeres.
- Más de 130 millones de niñas y mujeres han sufrido "Mutilación Genital Femenina", principalmente en Africa y algunos países de Oriente Medio, y cada año dos millones de niñas corren el riesgo de sufrirla.
- Más de 5.000 mujeres en el mundo han sido asesinadas por sus propios familiares-hombres por haber "agraviado el honor de la familia" acusadas de adulterio o por sospecha de haber mantenido relaciones sexuales prematrimoniales.
- El 70% de las bajas en los últimos conflictos armados han sido de no combatientes, en su mayoría mujeres, niños y niñas. Además, las mujeres se han convertido en una táctica de guerra siendo violadas, sometidas a embarazos forzados, abusos y esclavitud sexuales (5).

---

(2) Discurso del Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa en la Conferencia de Lanzamiento de la Campaña para combatir la violencia contra las mujeres, incluida la violencia doméstica. Madrid, 27 de noviembre de 2006.

(3) Estudio sobre datos del Banco Mundial de 1994: de los 10 factores de riesgo que enfrentan las mujeres de esta franja de edad, la violación y la violencia doméstica se ubican antes que el cáncer, los accidentes de tráfico, la guerra y la malaria. Además estudios más recientes de Naciones Unidas indican una alta correlación entre sufrir violencia con el riesgo de infección del VIH/SIDA.

(4) Según el Estado de la Población Mundial de la ONU, publicado en 2006, se calcula que el número de personas víctimas de trata oscila entre 500.000 y dos millones por año, mientras que algunas organizaciones calculan que alcanza a 4 millones.

(5) En Ruanda hasta medio millón de mujeres fueron violadas durante el genocidio de 1994 y 60.000 en la guerra en Croacia y Bosnia-Herzegovina, 64.000 en Sierra Leona, etc.

II. CONVENCIONES INTERNACIONALES

A la vista de esta deplorable situación la ONU, a lo largo de su historia, ha acordado distintas Convenciones Internacionales, para promover el avance en la igualdad de las mujeres y la lucha contra la violencia de género. Su importancia reside en los efectos jurídicos vinculantes que despliegan, una vez ratificadas por los Estados Parte. Las dos más importantes en esta materia son:

II.1. La Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer

Aprobada por la Asamblea General en su Resolución A/RES/48/104, de 20 de diciembre de 1993.

Ya en la Tercera Conferencia Mundial sobre la Mujer, celebrada en Nairobi en 1985, se reconoció que uno de los obstáculos para el logro de la igualdad, el desarrollo y la paz es la violencia que se ejerce sobre las mujeres, por lo que se recomendó el impulso de una serie de medidas que combatieran este tipo de violencia. De esta forma, el 20 de diciembre de 1993 se aprobaba esta Declaración (6). En su preámbulo se afirma que la violencia contra la mujer *"constituye una violación de los derechos humanos y libertades fundamentales"* y se reconoce también *"que la violencia contra la mujer constituye una manifestación de relaciones de poder históricamente desiguales entre el hombre y la mujer, que han conducido a la dominación de la mujer y a la discriminación en su contra por parte del hombre, e impedido el adelanto pleno de la mujer, y que la violencia contra la mujer es uno de los mecanismos sociales fundamentales por los que se fuerza a la mujer a una situación de subordinación respecto del hombre"*. Reconoce que la violencia contra la mujer "*trasciende las diferencias de ingresos, clases sociales y culturas",* aunque algunos grupos de mujeres son particularmente vulnerables como *"las mujeres pertenecientes a minorías, indígenas, refugiadas, emigrantes, rurales, indigentes, detenidas o recluidas en instituciones, niñas, mujeres con discapacidad, ancianas y las que están en situaciones de conflicto armado"*.

Como se desprende del texto, este tipo de violencia se produce en todos los ámbitos: en el doméstico (en el seno de la familia), en la

---

(6) El artículo 1º de la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer, define la "violencia contra la mujer" como "todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la vida privada".

comunidad y allá donde es tolerada, o incluso ejercida por el propio Estado. Exige a los Estados que apliquen una política encaminada a eliminarla y enumera formas para lograrlo:

- prevenir, investigar y sancionar los actos de violencia, facilitando el acceso de las mujeres a la Justicia y a un resarcimiento justo y eficaz por el daño padecido;
- sanciones penales, civiles, laborales y administrativas;
- formación de los funcionarios que los sensibilice respecto de las necesidades de la mujer;
- medidas educativas para modificar las pautas socioculturales de comportamiento y los prejuicios y prácticas basadas en la superioridad e inferioridad de cada sexo, y evitar la victimización secundaria de las mujeres (7);
- ofrecer a las mujeres y a sus hijos asistencia especializada (rehabilitación, ayuda al cuidado y manutención de los niños, tratamiento, asesoramiento, servicios, instalaciones y programas sociales y de salud), medidas para fomentar su seguridad y rehabilitación física y psicológica.

Se debe fomentar la cooperación entre los órganos y organismos de las Naciones Unidas para definir las estrategias de lucha contra la violencia, intercambiar experiencias y financiar los programas relativos a la eliminación de la violencia contra la mujer. Asimismo deben incorporar la cuestión de la violencia de género en sus programas, cooperar con organismos no gubernamentales, promover actividades para crear conciencia sobre la cuestión, etc.

II.2 Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, Declaración y Plan de Acción. Beijing, 1995

Si en la Conferencia de Nairobi de 1985 se apuntaba ya la importancia de la presencia y decisiones de las mujeres en todas las instancias, en Beijing se logra un cambio fundamental: los Gobiernos se comprometían a incluir de manera efectiva una dimensión de género en todas sus instituciones, políticas legislativas, procesos de planificación; y ello requiere una reconstrucción del sistema que tenga en

---

(7) Los docentes de la nueva asignatura de "educación para la ciudadanía **y** *los derechos humanos*", establecida en España por la reciente Ley Orgánica de Educación, no deberán olvidar que las medidas educativas, establecidas ya desde las mismas prácticas de convivencia en la escuela infantil, constituyen un instrumento esencial para conseguir esta positiva modificación de las pautas socioculturales de comportamiento.

cuenta por igual las necesidades de los hombres y las mujeres. Por eso algunos consideran que esta Conferencia supuso el triunfo del "feminismo de Estado" (8). En la Conferencia se reafirma el compromiso de los Gobiernos en la plena implementación de los derechos humanos de las mujeres y niñas, como parte indivisible de los derechos humanos y libertades fundamentales, igualdad de derechos y dignidad humana, y el "empoderamiento de las mujeres".

La participación fue un éxito: 17.000 personas en representación de 189 Gobiernos. El Foro de ONGs que se celebró paralelamente contó con la asistencia de 35.000 personas más. Tanto la Declaración como la Plataforma de Acción, fueron aprobadas por unanimidad y se convirtieron en un programa para la potenciación del papel de la mujer, decisivo para el siglo XXI. Los principales objetivos estratégicos acompañados de las respectivas medidas se centraron en:

- la adopción de medidas integradas para prevenir y eliminar la violencia contra las mujeres;
- estudiar las causas y consecuencias de la violencia y la eficacia de las medidas de prevención;
- eliminar la trata de mujeres y prestar asistencia a las víctimas de la violencia derivada de la prostitución y la trata de mujeres;
- medidas de acción positiva para favorecer la presencia de mujeres en el poder y en la toma de decisiones.

La expresión *"violencia de género"* es gramaticalmente controvertida porque es una palabra exportada del inglés *"gender",* que quiere decir sexo. Sin embargo, no cabe obviar que el *género* no es sólo un término gramatical; es también una construcción o instrumento intelectual de análisis de la realidad. Así es: a diferencia del término *sexo*, que se refiere únicamente a las diferencias biológicas entre hombre y mujer, el vocablo *género* sirve de base para mostrar que las desigualdades entre ambos sexos se han construido históricamente como consecuencia de la estructura familiar-patriarcal y no como fruto de la naturaleza biológica de los sexos (9). De esta suerte, las expresiones

---

(8) lousada arochena, José Fernando en "El principio de transversalidad de la dimension de género". Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Madrid, 2008, pág. 10.

(9) Vid. Montalbán Huertas, Inmaculada. *Perspectiva de Género: criterio de interpretación internacional y constitucional*, Centro de Documentacion Judicial. Madrid, 2004, pág. 31. En sentido parecido Alberdi, Inés. *Violencia: tolerancia cero*. Obra Social Fundacion La Caixa. Barcelona, 2005, págs. 17 y sigtes.

de género y *perspectiva de género* comienzan a generalizarse tras su aprobación con esta significación en esta Conferencia Mundial.

III. Respuestas en España: la Ley de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género

En España la sociedad ha ido tomando conciencia de esta grave situación, gracias al enorme esfuerzo de las asociaciones de mujeres, al trabajo de los medios de comunicación que han sacado del silencio estas situaciones. También desde los Poderes Públicos se han venido ofreciendo, desarrollando diferentes niveles de actuación: reformas legislativas, medidas asistenciales y de intervención social y planes de actuación. La última medida legislativa aprobada por unanimidad en el Parlamento Español es la Ley Orgánica 1/2004, de Medidas de Protección Integral contra la violencia de género (LIGV), que se aprobó el día 28 de Diciembre del 2004, y que en su totalidad entró en vigor el día 29 de junio de 2005. Transcurridos más de dos años de su aplicación en el momento de celebrar este Congreso, puede ya efectuarse un primer balance provisional en la aplicación de la misma.

Como cuestiones previas significativas a destacar, antes de entrar en su análisis, destacaría seis:

1) Es la primera ley aprobada en la anterior legislatura. Por eso es la LO 1/2004.También fue el primer anteproyecto de ley que el nuevo Consejo de Ministros, configurado después de las últimas elecciones generales, remitió a las Cortes. La significación de esta cuestión radica en que la lucha contra la violencia de género ha de ser una prioridad política.

2) Su aprobación por unanimidad en las dos Cámaras. La significación de este hecho es también importante: al tratarse de un problema social de compleja solución, es necesario alcanzar el máximo consenso político para afrontar sus soluciones.

3) El gran debate social y jurídico que se ha generado en la fase de tramitación parlamentaria y en sus primeros meses de aplicación, situando la reflexión del problema de la violencia contra las mujeres en el corazón de la sociedad española, distinguiendo las causas y soluciones de este tipo de violencia respecto a la violencia doméstica.

4) Que sea la primera vez que se haya aprobado en España una ley de carácter integral, es decir, concentrando en un único texto legal todas aquellas soluciones que deben desplegarse desde distintos ámbitos de la sociedad, al ser éste un problema multidisciplinar, que no lograremos erradicar sólo con medidas penales o judiciales. Es por

eso que la ley incorpora medidas de ámbito educativo, de prevención, sanitario, contra la publicidad ilícita, medidas sociales, asistenciales, de recuperación psicológica de las víctimas, derechos laborales y económicos.

5) Junto con las mujeres víctimas, se han incluido los menores —hijos o hijas de aquéllas— por ser victimas indirectas o inmediatas de este tipo de violencia. La Ley contempla su protección, no sólo para la tutela de los derechos de los menores, sino también para garantizar de forma efectiva las medidas de protección adoptadas respecto de la mujer.

La LIGV parte de la base de que éste es un problema de carácter transversal que afecta a todos los sectores de la sociedad y precisa soluciones que incidan en la multiplicidad de sus causas y efectos (10). Por esto la respuesta institucional quiere ser global (11), y con decisiones que tengan fuerza de Ley, estableciendo medidas educativas, de sensibilización, contra la publicidad ilícita, de prevención, de protección social y económica, de tutela institucional, penal y judicial.

Sin embargo, la estructura y el contenido de la Ley no responden con exactitud a su título (12). Así es: no se abordan todas las manifestaciones de violencia que sufren las mujeres en la actualidad y si únicamente las que suceden en el ámbito de la pareja o ex pareja, por ser éste en el que existen las mayores cifras mortales y de actos violentos, aprovechándose algunos hombres la situación de superioridad que tal relación les comporta.

El Título Preliminar se ocupa en sus dos artículos del objeto de la Ley, de los fines y principios que la inspiran.

El Título I, por su parte, regula las medidas de sensibilización tratando en sus tres Capítulos, el ámbito educativo, el ámbito de la

---

(10) Vid. los precedentes legislativos e institucionales en Montalbán Huertas, *Perspectiva de género,* cit., 2003, págs. 52 y sigtes., con abundante información.

(11) Las medidas legislativas de carácter civil, de indudable interés, no pueden ser, lógicamente tratadas aquí; cfr., con todo, por ejemplo, Caso Señal, *El tratamiento de los malos tratos desde el ámbito de la jurisdicción de familia*, en *La violencia en el ámbito familiar cit.*, 2001, págs. 41 y sigtes.; Delgado Martín, *La violencia doméstica. Tratamiento jurídico: problemas penales y procesales; la jurisdicción civil*, 2001; el mismo, *Soluciones de la Ley de Enjuiciamiento civil a la violencia doméstica*, en *Estudios sobre violencia familiar y agresiones sexuales*, II-2002 (Segunda reunión de Fiscales encargados de servicio de violencia familiar), 2002, pág. 43; Montalbán Huertas, *Perspectiva de Género,* cit., 2003, págs. 59 y sigtes.

(12) Comas D'Argemir en mi *Comparecencia* (*supra* n. 24, p. 4) propuse, que el entonces Proyecto pasara a denominarse de *Ley de Violencia de género en el ámbito de la pareja*.

publicidad y de los medios de comunicación y el del ámbito sanitario. En el Título II se recogen los derechos de las mujeres víctimas de violencia, de tal forma que en el Capítulo I se regula la garantía de los derechos de las víctimas, el derecho a la información, el derecho a la asistencia social integral y la asistencia jurídica gratuita; el Capítulo II regula los derechos laborales y de seguridad social y el Capítulo III se ocupa de los derechos de las funcionarias públicas. Por último el Capítulo IV regula los derechos económicos en los que se incluyen ayudas sociales y prioridad para el acceso a la vivienda.

El Título III se refiere a la tutela institucional y en él se prevé la creación de la Delegación Especial del Gobierno contra la violencia sobre la mujer y el Observatorio Estatal de violencia sobre la mujer, a la vez que la creación de unidades especializadas en las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y la colaboración de las Policías locales, elaborando planes de colaboración entre las distintas administraciones con competencias en la materia.

En el Título IV, se regula la tutela penal modificando varios preceptos del Código Penal y establece la obligación de los Centros Penitenciarios de realizar programas específicos para internos condenados por este tipo de delitos. A su vez, el Título V se ocupa de la tutela judicial dividiéndose en cinco Capítulos con el siguiente contenido: de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer (organización territorial, competencia, recursos en materia penal, recursos en materia civil, formación, planta inicial de los juzgados de violencia sobre la mujer); normas procesales civiles (pérdida de competencia objetiva cuando se produzcan actos de violencia sobre la mujer); normas procesales penales (competencia territorial, competencia por conexión); medidas judiciales de protección y de seguridad de las víctimas (13) (disposiciones generales, orden de protección, protección de datos y limitaciones a la publicidad, medidas de salida del domicilio, alejamiento (14) o suspensión de las comunicaciones, medidas de suspen-

---

(13) Sobre el estado inmediatamente anterior a la LO 1/2004 vid., *in extenso*, Montalbán Huertas, *Perspectiva de Género,* cit., 2003, sobre derechos de información y ayuda económica las víctimas (págs. 125 y sigtes.), medidas penales y civiles de protección (págs. 131 y sigtes.), con especial referencia la orden de protección, introducida por la L 27/2003 (págs. 141 y sigtes.).

(14) Esta medida, introducida por primera vez en la LO 14/1999, antes de la reformas operadas en virtud de las L 27/2203 y LO 1/2004, ya empezaba a ser aplicada por los órganos judiciales; cfr. Corcoy Bidasolo, *Delitos contra la integridad personal y contra la libertad*, en *La violencia en al ámbito familiar,* cit., 2001, págs. 189 y sigtes., con información jurisprudencial. Así, se invierte la deprimente realidad retratada en el estudio del Laboratorio de Sociología de la Universidad de Zaragoza; en efecto, vid. Calvo García, *El tratamiento de la Violencia Doméstica cit.*, 2003, pág. 243.

sión de la patria potestad o la custodia de menores, del régimen de visitas, del derecho a la tenencia, porte y uso de armas, garantías para la adopción de las medidas y mantenimiento de las medidas cautelares), y del Fiscal contra la Violencia sobre la Mujer.

IV. MEDIDAS DE SENSIBILIZACIÓN, EDUCATIVAS Y CONTRA LA PUBLICIDAD ILÍCITA

La LO 1/2004 comprende en su parte más esencial una serie de mecanismos legales, institucionales y económicos (15) de largo alcance a fin de iniciar con perspectivas de éxito el cambio del paradigma de civilización, tan poco considerado, cuando no abiertamente denigratorio para la mujer. Así, en el Capítulo I del Título I de la LO 1/2004 se introducen una batería de medidas referidas a los principios y valores del sistema educativo, fomento de la igualdad, formación inicial permanente del profesorado y participación, destinadas a impulsar la adopción de estas medidas en los Consejos Escolares. Se introduce en el sistema educativo una formación específica para la resolución pacífica de conflictos y la eliminación de obstáculos que dificultan la plena igualdad de sexos, así como la formación en el respeto de los derechos y libertades fundamentales y en el ejercicio de la tolerancia y de la libertad dentro de los principios democráticos de convivencia.

La erradicación de la violencia sobre la mujer exige la adopción decidida y masiva de medidas educativas, que fomenten la igualdad de sexos y que eliminen los roles sociales establecidos como naturales. La sensibilización social y la potenciación de la importancia del papel de la mujer en la vida diaria es fundamental para contribuir a cambiar la imagen actual generalmente aceptada como subordinada al hombre y a la familia y para construir su verdadera posición, esto es, la que le corresponde como ser humano. Así, la educación debe acabar con la cultura sexista que lleva consigo el sentido de supremacía del hombre sobre la mujer a la que se le asignan cualidades como la docilidad y el sometimiento al varón, especialmente dentro

---

Vid., además, las Conclusiones del Curso de formación continuada sobre violencia doméstica (13/14-6-2000) en Comas D'Argemir, Novedades legislativas introducidas por la LO 14/1999, de 9 de junio, en materia de protección a las víctimas de malos tratos: las faltas penales, penas accesorias y medidas cautelares, en *La violencia en el ámbito familiar* cit., págs. 205 y sigtes.

(15) Por primera vez una memoria económica acompañaba al Anteproyecto de Ley; vid. en www.ub.edu/dpenal/Viol_Gen_MemoEco.pdf. De todos modos, no está claro cuál ha sido el destino de la misma, al no haberse tramitado conjuntamente con la LO 1/2004.

del matrimonio o de la convivencia en pareja. La clave del cambio que se debe operar en este problema está en una firme y decidida apuesta por la plena eficacia de las medidas educativas propuestas.

La educación basada en la igualdad resulta, además, fundamental en el terreno de la prevención del maltrato dirigido a la mujer. Esta educación no debe finalizar sólo en los niños; sin solución de continuidad prosigue con los mayores, por lo que se hace necesario el establecimiento de planes formativos según los distintos niveles de intervención del personal que coordinadamente trabajan para combatir este problema social. De esta forma, se pone el acento en la adecuada preparación de los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, personal sanitario, equipos técnicos asistenciales, pero también en una formación especifica de aquellos miembros de la Carrera Judicial que se van a especializar dada la dificultad de comprensión de todos los aspectos personales y sociales que subyacen en este problema.

La educación y formación tienen que propiciar la concienciación social que implique todos los ámbitos de la sociedad, encarándola con el problema. Al mismo tiempo debe lucharse denodadamente por una educación general en valores y principios propios de una sociedad democrática como la española, que reconoce como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político y que contempla la dignidad de la persona como base del sistema tal como expresamente afirma en el art. 10 CE. El objetivo a alcanzar en el terreno de la seguridad de los ciudadanos es la resolución pacífica de cualquier tipo de conflicto y eliminando la agresividad latente y palpable en muchos ámbitos sociales, en concreto en el que afecta las relaciones interpersonales, especialmente las basadas en la afección.

Las medidas de sensibilización en el ámbito de la publicidad y de los medios de comunicación, que contiene el Capítulo II, son acertadas en tanto deben promover y velar por determinados contenidos realmente dañinos y peligrosos para la igualdad de sexos y para el respeto a los derechos y a la dignidad humana en todos los aspectos (16). La educación, y más en el mundo actual, no acaba en las aulas y en las praxis terapéuticas. Los mass media, con todo su poder de convocatoria, deben quedar implicados muy directamente en esta Política social de fomento de la igualdad y de prevención de la violen-

(16) Cfr. Subirats Martori, *Comparencia*, www.congreso.es/public_ficiales/L8/ CONG/ CO/ CO_069.PDF, pp. 4 ss., donde abogó extensamente por un cambio de paradigma en los medios de comunicación, hoy instrumentos de sumo poder.

cia. La consecución de estos fines, de los que hoy andamos exageradamente lejos, reducirá sensiblemente las dramáticas cifras actuales de criminalidad en la esfera que nos ocupa.

V. DERECHOS DE LAS MUJERES VÍCTIMAS DE LA VIOLENCIA: INFORMACIÓN, ASISTENCIA JURÍDICA Y DERECHOS LABORALES

No basta, con ser lo importante lo anterior, un diseño político-criminal de largo alcance, cuya finalidad última es erradicar, o cuando menos reducir muy sensiblemente, la violencia más grave contra las mujeres. Es necesario, además, crear un sistema de auxilio no dependiente de las instancias Públicas que permitan a la víctimas acceder a la debida protección, tanto de carácter preventivo, como, llegado lamentablemente el caso, reparativo o paliativo (17).

Aunque muy someramente, debo exponer el listado de estas iniciativas que contempla la LO 1/2004. Así, en primer término, en su art. 18 se establece el derecho de las víctimas de violencia de género a recibir plena información de las medidas contempladas en la Ley y el asesoramiento adecuado a su situación personal, a través de los organismos u oficinas que dispongan las Administraciones Públicas a tales efectos.

Por su parte, en el artículo 19.4 se establece una legitimación especial de los servicios sociales de atención, de emergencia, de apoyo y de recuperación integral de la mujer, para solicitar del juez las medidas urgentes que considere necesarias. Ello es más que decisivo, pues la protección que se brinda, en consonancia con la estructura del estado, es policéntrica; de ahí que se haya considerado con acierto esta posibilidad que, en la inmensa mayoría de supuestos, corresponde a los servicios dependientes de las Comunidades Autónomas y a las Corporaciones Locales (18).

El art. 20 LO 1/2004 se ocupa de la asistencia jurídica, precepto que debe ponerse en relación tanto con el art. 119 CE como con la L

---

(17) El sociólogo Amando De Miguel, en su Comparecencia ante la Comisión de Trabajo y Asuntos sociales del Congreso de los Diputados, vaticinó, sin aportar dato o estudio de ningún tipo, que con el entonces proyecto, ahora ley, se iba a generar más violencia doméstica (vid. *supra* n. 23, pág. 13).

(18) A este respecto, vid. las modélicas comparecencias de las alcaldesas de Navarcles (Barcelona), Maria Carme Alós i Pintó, y de San Fernando de Henares (Madrid), Montserrat MUÑOZ DE DIEGO, ante la Comisión de Trabajo y Asuntos Sociales del Congreso de los Diputados; vid. www.congreso.es/public_oficiales/L8/CONG/CO/CO_069.PDF, págs. 43 y sigtes. y www.congreso.es/public_ oficiales/L8/CONG/CO/CO_070.PDF, págs. 38 y sigtes., respectivamente.

1/1996 de Asistencia Jurídica Gratuita. Supone un importante paso el que la víctima de la violencia sobre la mujer, ya con anterioridad víctima de un estado de cosas lamentable y apartada de recursos tanto materiales como psicológicos, tenga derecho a la defensa y representación gratuita de forma inmediata, aún no siendo legalmente preceptiva. Claro está, ha de carecer de medios, extremo que se ha de comprobar con posterioridad.

Sin embargo, en esta conexión lo decisivo es que tal asistencia jurídica gratuita lo será en todos los procesos en que sea parte y en los procedimientos administrativos, así como el que una misma dirección letrada asuma la defensa de la víctima en todos los procesos y reclamaciones que tengan causa directa o indirecta en la violencia padecida.

Ha de calificarse como positiva, en fin, la concesión de los derechos laborales y de seguridad social que se conceden a las trabajadoras y funcionarias públicas víctimas de violencia que se contemplan en los arts. 21 al 26: reducción de la jornada de trabajo, movilidad geográfica, cambio de centro de trabajo, suspensión de la relación laboral con reserva de puesto de trabajo y extinción del contrato, con derecho al seguro de desempleo en las dos últimas situaciones. La concurrencia de las circunstancias que dan lugar al reconocimiento de tales derechos se acreditará con la orden de protección a favor de la víctima o, de forma excepcional hasta tanto se dicte la resolución judicial, mediante el informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios de que la demandante es víctima de violencia de género.

VI. La seguridad de las víctimas

Este no puede ser ciertamente un capítulo menor, singularmente, cuando la víctima denuncia los hechos. En estos momentos la intervención policial, pues implica su auxilio, se presenta crucial. Por ello, el art. 31 LO 1/2004 impone la creación de unidades especializadas en las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en la prevención de la violencia de género y en el control de la ejecución de las medidas judiciales adoptadas. En su apartado 2 establece la incorporación de las Policías Locales a estas vitales misiones, en el marco de la colaboración con las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, en la tarea de cooperar en el seguimiento y cumplimiento de las medidas cautelares de protección previstas en el artículo 544 bis LECr o, en su caso, de las penas de alejamiento del artículo 57 CP.

Asimismo, el art. 31. 3 LO 1/2004 establece "las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado adoptarán las medidas adecuadas para

garantizar una protección individual y personalizada de las mujeres víctimas de violencia de género". Ello sigue la vía iniciada en su día con el "Protocolo de Actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y de Coordinación con los Órganos Judiciales para la protección de las víctimas de la violencia doméstica y de género". Dicho protocolo fue elaborado y aprobado por la Comisión de Seguimiento para la implantación de la Orden de Protección, en sesión de 10 de junio de 2004. En el mismo se contienen los criterios de actuación policial según la situación de riesgo en la que se encuentre cada víctima (19). Tiene sumo interés que la Ley haga una referencia explícita al primer y único protocolo en el que se establecen criterios de actuación concretos y en cuya redacción participó activamente el CGPJ a través del Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género, junto con la Secretaría de Estado del Ministerio del Interior.

VII. TUTELA JUDICIAL: CREACIÓN DE LOS JUZGADOS DE VIOLENCIA SOBRE LA MUJER Y VALORACIÓN DE SU FUNCIONAMIENTO

En el Título V de la LIVG, cuya entrada en vigor se efectuó el pasado día 29 de Junio del 2005, se crean los Juzgados de Violencia sobre la Mujer (JVM) como órganos judiciales especializados dentro del orden jurisdiccional penal, con una *vis* atractiva hacia determinados asuntos de familia propios del orden jurisdiccional civil.

En mi opinión la gran apuesta del legislador en el terreno de la actuación del Poder Judicial es precisamente la de especializar los Juzgados que han de asumir las competencias de esta ley, del mismo modo que ya los hay para la familia, menores, o vigilancia penitenciaria. Conforme a la tradición jurídica española, se ha optado por una fórmula de especialización dentro del orden penal de los Jueces de Instrucción, creando dichos Juzgados, excluyendo la posibilidad de creación de un orden jurisdiccional nuevo o la asunción de competencias penales por parte de los Jueces Civiles.

La opción de la especialización responde a la necesidad de conseguir una respuesta judicial más eficaz y de mayor calidad, pretendiéndose varios objetivos, los dos primeros ya conseguidos en este año y medio de funcionamiento:

---

(19) Cfr. Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género, Protocolo de Actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y de Coordinación con los órganos judiciales para la protección de las víctimas de la violencia doméstica y de género, 2004; vid. http://www.observatorio contralaviolenciadomesticaydegenero.es.

a) evitar la dispersión judicial, que tan enemiga es de la eficacia judicial, concentrando en un único Juez la resolución de todos los procedimientos penales que atañen a la misma víctima y que derivan de una situación de malos tratos,

b) evitar la descoordinación de la jurisdicción civil y penal,

c) facilitar la coordinación de los Jueces con los Fiscales, Policía Judicial y el resto de Administraciones Públicas.

d) crear equipos psicosociales en torno a estos Juzgados especializados para coadyuvar a la labor judicial (20).

e) conseguir una formación más especializada de Jueces, Fiscales, funcionarios, para el tratamiento de este tipo de delincuencia y su repercusión en las víctimas.

Desde los Juzgados Exclusivos de Violencia sobre la Mujer se ha conseguido en estos dos primeros años:

1) Facilitar la especialización real de los operadores no sólo técnica sino en violencia de género e igualdad de género**.** En este sentido, cabe recordar que la especialización exige una formación específica y adicional sobre la preexistente y que no se cubre por la mera adscripción de una persona a un determinado puesto de trabajo. La especialización efectiva de funcionarios, por su parte, permite una mejor distribución de los asuntos a equipos determinados así como una mejor comprensión del sentido del trabajo que realizan.

2) Asegurar la presencia siempre del Fiscal y de los Letrados de oficio**.** El reciente Protocolo firmado por el Ministerio del Interior con el Consejo General de la Abogacía en julio del 2007 este año, de actuación y coordinación de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y Abogados ante la Violencia de Género garantiza la plena disposición permanente de los letrados de este turno durante la guardia, sin que pueda atender otras actividades, es una mejora.

3) Garantizar que el Mapa de servicio complementario al Juzgado funcione en todos los órganos judiciales**:** Oficinas de Atención a las Víctimas, de equipos psicosociales, de Unidades de Valoración Forense Integral y de Puntos de Encuentro.

4) Conseguir que en las Dependencias judiciales se garantice en la totalidad de edificios judiciales la necesaria separación entre víctima e imputado que evite la confrontación visual.

---

(20) El médico forense Miguel Lorente Acosta puso de relieve esta necesidad proponiendo la creación de unidades clínicas de medicina forense. Comparecencia ante la Comisión de Trabajo y Asuntos Sociales del Congreso de Diputados (www.congreso.es/public oficiales /L8/CONG/CO/CO 067.PDF, pág. 9).

VIII. VALORACIÓN DE LOS DATOS ESTADÍSTICOS JUDICIALES (DESDE EL 29/06/2005 HASTA EL 29/06/2007)

De la valoración de los datos estadísticos judiciales en los dos primeros años de aplicación de la Ley Integral se derivan dos conclusiones que comportan un importante avance: 1) ha desaparecido la sensación de impunidad que había en torno a este tipo de delitos, y 2) se dictan todos los días medidas de protección a las víctimas desde el inicio del procedimiento penal, cuando existe una situación de riesgo para ellas. Ello se deduce de los siguientes datos expuestos de forma muy resumida:

1) De los procedimientos penales incoados en estos dos años es fácil deducir la progresión ascendente en cada trimestre del número de procedimientos penales abiertos y que permite establecer como conclusión que hemos conseguido día a día aflorar casos de violencia de género. El número de procedimientos penales anuales está en torno a los 120.000 procedimientos.

2) En cuanto a órdenes de protección incoadas por los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, se mantiene una progresión ascendente en todos los trimestres desde Junio/2005. El porcentaje actual de adoptadas está en un 75,55%. El total de solicitadas en estos dos años es de 71.897 y, de ellas se han adoptado 54.320**.**

3) Respecto a la nacionalidad de las víctimas: crece el porcentaje, trimestre a trimestre, de las víctimas extranjeras. Hemos pasado de un 30,19 a un 35,3%, al igual que sucede con la nacionalidad de imputados de nacionalidad extranjera que ha pasado de un 30% a un 35%.

4) El número de procedimientos civiles en los JVM en estos dos últimos años ha ido paulatinamente creciendo. El número total de procedimientos civiles incoados en los dos años es de 24.634.

5) En cuanto a las personas juzgadas**:** se ha producido un número total de condenados en estos dos años de 50.086, un 72,17% de las 69.400 personas juzgadas.

IX. ULTIMAS REFLEXIONES

A pesar de los logros que han sido ya objeto de comentario, en su aplicación nos falta ser todavía más efectivos. Los derechos de información y asistencia social integral para las supervivientes de la violencia de género deben llegar a todos los rincones, a la vista del dato de que en un 75% (media anual de los últimos seis años) las mujeres asesinadas previamente no habían formulado ninguna denun-

cia por malos tratos. Los planes y campañas de sensibilización tienen que multiplicarse para no demorar el cambio de comportamientos como resultado de una nueva educación en valores de igualdad y corresponsabilidad en las tareas domésticas. Han de desarrollarse los derechos laborales reconocidos por la Ley a las mujeres trabajadoras que sufren violencia de su pareja, a través de la negociación colectiva, involucrando a las organizaciones sindicales y patronales. Y, se ha de lograr también que los centros de acogida para mujeres maltratadas funcionen como centros de recuperación integral de las víctimas y sus hijos.

Igualmente ha de profundizarse en la formación especializada de todos los sectores y operadores implicados en la erradicación de esta lacra social. Han de otorgarse los mismos medios a los Juzgados compatibles que a los exclusivos para que exista una respuesta más homogénea en todos los partidos judiciales. Y, se ha de dar un impulso al tratamiento y rehabilitación de los agresores, ingresen o no en prisión, para conseguir el fin constitucional de su reinserción social, intentando que asuman nuevos valores y pautas de comportamiento igualitarias en sus relaciones con las mujeres.

Es verdad que las mujeres están pagando un precio muy caro por su libertad y dignidad**,** a la vista de las cifras mortales que cada año se producen. Las leyes, también ésta, suelen ser buenos instrumentos para modificar las realidades sociales, aunque los resultados suelen ser lentos pero estables e irreversibles. No se puede pretender que en dos años de vigencia de la Ley pueda resolverse un problema con el que llevamos décadas al estar muy enraizados los patrones culturales machistas de discriminación hacia la mujer. Sin embargo, si se puede afirmar que con ella se han abierto nuevas vías y nuevos instrumentos para poder modificar nuestra realidad social. No es una utopía creer que un día será posible construir un modelo de sociedad con igualdad y sin violencia. Para ello hace falta un gran cambio cultural que ponga en cuestión la pervivencia de los patrones culturales machistas, de discriminación y dominio de las mujeres. Es una tarea de los poderes públicos y de toda la sociedad. Es una tarea de todos: de hombres y de mujeres, porque la lucha contra la violencia de género deber ser una lucha de toda la sociedad contra la injusticia y la discriminación.

~

Acción de la Defensa Pública en el acceso a la salud

Patricia Azzi

Es un gran honor integrar este panel con tan distinguidos expositoras, presidenta, secretaria, relator, estimados colegas y todos los aquí presente, en este importante Congreso, que organiza la Asociación Interamericana de Defensorías Públicas Oficiales.

El tema asignado lo abordaré desde la tarea a nuestro cargo; es decir, desde los planteos concretos que hemos realizado.

Debo aclarar, en primer lugar, y antes de entrar específicamente en el tema, esto con el objeto, insisto, de hablar desde una perspectiva netamente práctica, que como Defensora Pública Oficial ante los Juzgados Federales de Primera Instancia de Mar del Plata, hasta mediados de 2001 intervenía fundamentalmente en causas penales, en la función específica de defensa técnica de personas imputadas de la comisión de delitos, en menor medida como Ministerio Pupilar —tanto en materia penal como civil— y en una proporción inferior al 10% en materia civil, ya sea en representación de pobres como de ausentes.

A partir del año 2001, y como consecuencia de la grave crisis que atravesó nuestro país, comenzamos a recibir demandas de patrocinio jurídico especialmente ante la eventual promoción de acciones de amparo. En un principio, los participantes de argentina recordarán, a raíz del recorte del 13% impuesto a los haberes de los jubilados. Posteriormente, con motivo de las restricciones impuestas a los depósitos bancarios, suceso ampliamente conocido y que trascendió las fronteras —en este caso nuestra actuación se ciñó a garantizar el acceso a la justicia de las personas carentes de recursos ya que una vez obtenida la medida cautelar cesaba nuestra intervención—. Y, por último, y a raíz del quiebre registrado en el sistema de salud, comenzamos a recibir cada vez una mayor demanda tanto de evacuación de consultas como de patrocinio jurídico, creciendo a niveles antes impensados, calculo, aproximadamente, en un 1.000%. Esto implicó

para el equipo de trabajo que conformábamos la Defensoría Pública mencionada una reestructuración en la organización del trabajo y un enorme esfuerzo para dar una adecuada respuesta a tal demanda, como aconteció en otras Defensorías Públicas.

A partir del año 2006 pase a desempeñarme en la Defensoría ante los Tribunales Federales de Primera y Segunda Instancia de Mar del Plata, verificando también un alto requerimiento de nuestro servicio público en la materia.

En ese marco realizamos numerosas gestiones extrajudiciales, de conformidad con las facultades atribuidas por la Ley Orgánica de Ministerio Público (ley 24.946). Siempre, repito, en el caso de las personas carentes de recursos. Dichas gestiones extrajudiciales tienen un resultado satisfactorio en una altísima cantidad de supuestos, con una respuesta al reclamo y una solución del conflicto a todas luces más conveniente, no resultando necesario llegar a judicializarlo. En otros casos ante la negativa o silencio debemos recurrir a la promoción de acciones de amparo para garantizar el derecho a la salud.

Por otra parte, quiero comentarles que tuve el honor de presenciar reuniones del Comité Ejecutivo de la AIDEF y que, a propuesta de la Sra. Coordinadora General, se tomaran como ejes de este Congreso ciertos grupos, que encuentra dificultades en el acceso y el ejercicio de los derechos que les asisten, beneficiarios de las "Reglas Básicas relativas al acceso a la justicia de las personas que se encuentran en condiciones de vulnerabilidad".

Ahora bien, después de este paréntesis y entrando ya en el tema que nos convoca haré un recorrido por las normas que consagran el derecho a la salud en nuestra Constitución Nacional, los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos —y pese a que se trata de un Congreso Interamericano, consideré de todos modos pertinente aludir a nuestra legislación nacional, para que se pueda comprender el planteo— también algunos precedentes de nuestro Máximo Tribunal así como el aporte realizado por prestigiosos especialistas y a la misión, llamados a cumplir en este contexto, siempre desde la producción y reflexión que la tarea nos generó.

Corresponde, entonces, comenzar por recordar que es con el Estado de Derecho que el ciudadano pasa a ser titular "de derechos ya no sólo 'naturales' sino 'constitucionales'..." (1). En esta concepción prevalecen "los derechos de libertad" (2). La evolución hacia un Esta-

---

(1) Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón*, Ed. Trotta, Madrid, 3ª edición, 1998, pág. 860.

(2) Idem, pág. 861.

do de Derecho Social ha llevado a incorporar en los textos constitucionales del siglo pasado (siglo XX) a otros derechos esenciales —los llamados "derechos sociales" o de "segunda generación"— y ya no como prohibiciones sino como *obligaciones* o prestaciones del Estado. Y, justamente, el derecho a la salud se inscribe dentro de estos derechos sociales.

El tratamiento del tema, e insisto de modo práctico, pues tomaré, reitero, fundamentalmente como base los planteos que hemos efectuado, impone definir qué se entiende por "salud".

La Constitución de la OMS la ha definido como un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades y, entre sus principios básicos, declara que el goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano, sin distinción de raza, religión, ideología política o condición económica o social.

La Organización Mundial de la Salud, organismo de las Naciones Unidas especializado en salud, se creó en 1948. Tal y como establece su Constitución, su objetivo es que todos los pueblos puedan gozar del grado máximo de salud que se pueda lograr.

Ahora bien, ha tenerse en claro —como ha dejado sentado nuestro Supremo Tribunal de la Nación— que debe entenderse el derecho a la salud "como una derivación del derecho a la vida y, en palabras de Morello, a la vida digna. La Corte Suprema sostuvo que la autoridad pública tiene el deber impostergable de garantizar con acciones positivas el derecho a la preservación de la salud, comprendido en el derecho a la vida, más allá de las obligaciones que pesan sobre las obras sociales públicas o privadas y en virtud de los deberes que imponen los tratados con jerarquía constitucional" (3). La Corte Suprema de Justicia ha dicho también que "la vida de los individuos y su protección —en especial, el derecho a la salud— constituyen un bien fundamental en sí mismo que, a su vez, resulta imprescindible para el ejercicio de la autonomía personal (art. 19, Constitución Nacional). El derecho a la vida, más que un derecho no enumerado en los términos del art. 33 de la Constitución Nacional, es un derecho implícito, ya que el ejercicio de los derechos reconocidos expresamente requiere

---

(3) Gelli, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y Concordada*, La Ley, 3ª edición, Buenos Aires, 2005, pág. 388, con cita de Morello, Augusto M., "El derecho fundamental a la vida digna", El Derecho, 24/11/2000 y considerando 6 de la mayoría en "Campodónico de Beviacqua, Ana Carina c/ Ministerio de Salud u Acción Social" C.S.J.N, octubre 24 de 2000, con nota de Morello, Augusto, "El derecho fundamental a la vida digna", El Derecho, 24/11/2000.

necesariamente de él. A su vez, el derecho a la salud, máxime cuando se trata de enfermedades graves, está íntimamente relacionado con el primero y con el principio de la autonomía personal (art. 19, Constitución Nacional), toda vez que un individuo gravemente enfermo no está en condiciones de optar libremente por su propio plan de vida..." (4).

El derecho a la salud, la vida y a la dignidad e integridad personal se encuentran consagrados en los artículos 33, 42 y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional.

Entre los instrumentos internacionales de derechos humanos incorporados con jerarquía constitucional la consagran los artículos:

- XI y XVII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre;
- 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos;
- 2º, 4º, 5º, 26, 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos – Pacto de San José de Costa Rica;
- 2º y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales;
- 6º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos;
- 24 de la Convención sobre los Derechos del Niño;
- 12 y 16 de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer; y
- 5º de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas formas de Discriminación Racial.

Así, a modo de ejemplo, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su art. 12 inciso d), impone entre las medidas que los Estados Partes deben adoptar a fin de asegurar la plena efectividad del derecho de salud física y mental, la creación de condiciones que aseguren a todos asistencia y servicios médicos en caso de enfermedad.

Por su parte, los arts. 2º y 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, establecen el compromiso de los Estados Partes de adoptar disposiciones de carácter interno que sean necesarios para

---

(4) CSJN, 1/6/00, "Asociación Benghalensis y otras c/ Estado Nacional", La Ley, Suplemento de Derecho Constitucional, 12/3/01, pág. 15, del dictamen del Procurador General al que se remitió el voto concurrente mayoritario del Alto Tribunal.

efectivizar los derechos reconocidos por dicho Tratado, agregando en sus arts. 5.1. y 11.1 normas relativas a la protección de la integridad física y psíquica y de la dignidad personal y en el art. 4 el derecho a la vida, reconociendo implícitamente en el art. 29 inc. c) el derecho a la salud, por ser éste inherente al ser humano.

También hay tratados que en nuestro país no poseen tal jerarquía —pero sí superior a las leyes— como la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad —aprobada por ley 25.280—.

En el ámbito infraconstitucional, se encuentran las leyes federales 23.660 y 23.661, sus normas reglamentarias y complementarias.

El art. 3° de la ley 23.660, establece que: "las obras sociales destinarán sus recursos en forma prioritaria a prestaciones de salud", y agrega: "en lo referente a las prestaciones de salud formarán parte del Sistema Nacional del Seguro de Salud —en calidad de agentes naturales del mismo— sujetos a las disposiciones y normativas que lo regulan".

A su vez, el art. 2° de la ley 23.661 establece que: "el seguro tendrá como objetivo fundamental proveer al otorgamiento de prestaciones de salud igualitarias, integrales y humanizadas (...) que respondan al mejor nivel de calidad disponible y garanticen a los beneficiarios la obtención del mismo tipo y nivel de prestaciones eliminando toda forma de discriminación en base a un criterio de justicia distributiva".

Sin perjuicio de las obligaciones puestas a cargo de las Obras Sociales u otros agentes de salud, el Estado también ha asumido concretas cargas públicas en orden a la satisfacción de los derechos a la salud, a la calidad de vida digna y a la integridad física y psíquica.

Por eso, "La ley que instituye el sistema nacional de salud (ley 23.661) tiene la finalidad de procurar el pleno goce del derecho a la salud para todos los habitantes del país sin discriminación social, económica, cultural o geográfica... La propia ley fija como autoridad de aplicación de las políticas sanitarias del sistema y de las políticas de medicamentos al Ministerio de Salud y Acción Social, a través de la Secretaría de Salud (...). El Estado Nacional ejerce su función rectora en este campo y compete al Ministerio de Salud y Acción Social, como autoridad de aplicación, 'garantizar la regularidad de los tratamientos coordinando sus acciones con las obras sociales y los estados provinciales, sin menoscabo de la organización federal y descentralizada que corresponda para llevar a cabo tales servicios' (consid. 27)" (5).

---

(5) Abramovich, Víctor y Courtis, Cristian "El derecho a la atención sanitaria como derecho exigible", nota a fallo C.S.J.N. "C. de B., A.C. c/Secretaría de

Es decir que el Estado, habida cuenta de la condición de garante del sistema integrado de salud no puede desentenderse de las obligaciones que en tal carácter le incumben, a fin de procurar que la prestación se efectúe por los canales adecuados, en primer lugar, por la propia obra social u otros agentes de salud, demandando la responsabilidad de estos en el cumplimiento de la obligación de salud puesta a su cargo, pero en todo caso asumiendo la satisfacción inmediata del derecho por la repartición o dependencia competente, sin perjuicio de las acciones legales y/o administrativas que resultaren procedentes contra aquellos cuando no brindan la cobertura solicitada a la que se encuentran obligados.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido que tiene categoría constitucional el principio *in dubio pro justitia socialis* según el cual las leyes deben ser interpretadas a favor de quienes, al serles aplicadas con ese sentido, consiguen o tienden a alcanzar el bienestar, esto es, las condiciones de vida mediante las cuales es posible que la persona humana viva y se desarrolle conforme a su excelsa dignidad (6).

En el año 2006 la CSJN en el caso "R, N. N. c/ INSSJyP s/ amparo", remitiéndose —salvo una disidencia parcial— al dictamen del Procurador Fiscal, hizo lugar íntegramente a la demanda. En la acción de amparo promovida, se reclamó la provisión a la amparista de insulina humana 100V dos dosis diarias, cintas reactivas y jeringas descartables y, asimismo, la cobertura al 100% de la medicación "Ampliactil" y de pañales descartables. Se trataba de una anciana de 75 años, que se desplazaba en una silla de ruedas, que presentaba demencia senil e incontinencia como complicaciones directas del estado avanzado de diabetes, y a cuyo respecto tramitaba un juicio por insania y curatela, resultando, conforme a los certificados médicos, que los medicamentos le eran absolutamente indispensables, así como los pañales descartables por carecer de autosuficiencia, y como única forma de continuar con una vida mínimamente digna. No tenía ninguna posibilidad de acceso a dichos fármacos e insumos, debido a sus escasos ingresos, que consistían en ese momento en una mínima pensión de $ 241 y la ayuda de su hija que sólo percibía $ 150 del Programa Jefes/as de Hogar. La parte actora, como en muchos otros casos, estuvo representada desde el comienzo del juicio por la Defensa Pública Oficial; en el supuesto por la Defensoría Pública Oficial mencionada de Mar del Plata.

Programa de Salud y otro", 24/10/2000, en La Ley, Suplemento de Jurisprudencia de Derecho Administrativo, 25/6/2001, págs. 9/21.

(6) CSJN, Fallos 289:430.

Retomando, ahora nuevamente, la definición de salud de la Organización Mundial de la Salud como el estado de completo bienestar físico, psíquico y social de una persona, cabe remarcar, que el concepto de salud no se refiere exclusivamente a la ausencia de enfermedades, sino a un nivel de calidad de vida que permita la satisfacción de las necesidades básicas y el ejercicio de los derechos humanos elementales.

Se desprende de las normas invocadas que el Estado Nacional ha suscripto obligaciones específicas en materia del derecho a la salud que, en tanto no sean satisfechas por otros agentes públicos o privados, se encuentra obligado a hacer efectivas (7).

En Argentina al entrar en vigencia el Programa Médico Obligatorio de Emergencia (P.M.O.E.) se excluyeron prestaciones que se valen del desarrollo de la tecnología y que han servido para mejorar la calidad de vida de los pacientes. El Decreto Nº 486/02, que indica justamente la necesidad de elaborar un P.M.O.E., desde los considerandos que le sirven como fundamento alude a la salvaguarda patrimonial de los actores del sistema de salud y pone el acento en la esencialidad de las prestaciones, antes que enfatizar su integralidad; después el P.M.O.E. fue prorrogado, modificado y ampliado por otras normas que sí las han tomado en cuenta.

Supeditar el derecho a la salud a limitaciones de orden económico en lugar de tener en cuenta las necesidades concretas de cada paciente —en particular— y la salubridad de la población —en general— es uno de los indicios de inconstitucionalidad —que en nuestro parecer y así se ha planteado— se detecta en el contenido del P.M.O.E.

Cabe destacar que el Estado no puede empeorar el contenido de los servicios y prestaciones de salud, tal como los brindaba —y obligaba a brindar a los agentes de salud— al momento de firmar y ratificar los tratados internacionales. Esta noción garantista, que se ha denominado "prohibición de regresividad", surge del Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales (PIDESC).

El art. 2.1 del PIDESC establece que: "cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas (...) hasta el máximo de los recursos de que se disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos".

---

(7) En este sentido, CSJN, 24/10/2000, "C. de B., A.C. c/ Secretaría de Programas de Salud y otro", La Ley, 2001-C, 32, consid. 21, no obstante estar referenciado el caso a un menor con discapacidad.

La noción de progresividad abarca dos sentidos complementarios: por un lado, el reconocimiento de que la satisfacción plena de los derechos establecidos en el Pacto supone una cierta gradualidad. En esa línea, el Comité, órgano encargado de la aplicación e interpretación del PIDESC expresa en su Observación General Nro. 3 que "(el) concepto de realización progresiva constituye un reconocimiento del hecho de que la plena realización de los derechos económicos, sociales y culturales generalmente no podrá lograrse en un período corto de tiempo. En este sentido la obligación difiere significativamente de la contenida en el artículo 2 del PIDCP, que supone una obligación inmediata de respetar y asegurar todos los derechos relevantes". "Sin embargo" —continúa la Observación General— "el hecho de que el Pacto prevea que la realización requiere un cierto tiempo, o en otras palabras sea progresiva, no debe ser malinterpretada en el sentido de privar a la obligación de todo contenido significativo... La frase debe ser leída a la luz del objetivo general, que constituye la *raison d´être* del Pacto, es decir, el establecimiento de obligaciones claras a los Estados Partes al respecto de la plena realización de los derechos en cuestión. Por ende, impone la obligación de moverse tan rápida y efectivamente como sea posible hacia la meta" (punto 9).

De allí que la noción de progresividad implique un segundo sentido, es decir, el de progreso, consistente en la obligación estatal de mejorar las condiciones de goce y ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales. El Comité recalca que las medidas que el Estado debe adoptar para la plena efectividad de los derechos reconocidos "deben ser deliberadas, concretas y orientadas hacia el cumplimiento de las obligaciones reconocidas en el Pacto" (O.G. Nº 3, punto 2).

La obligación mínima asumida por los Estados al respecto es la obligación de no regresividad, es decir, la prohibición de adoptar políticas y medidas, y por ende, de sancionar normas jurídicas, que empeoren la situación de los derechos económicos, sociales y culturales de los que gozaba la población al momento de adoptado el tratado internacional respectivo, o bien en cada mejora "progresiva".

Dado que los Estados se obligan a mejorar la situación de estos derechos, simultáneamente aceptan la prohibición de reducir los niveles de protección de los derechos vigentes o de derogar los derechos ya existentes (8).

---

(8) En sentido similar Fabre, C., *Social Rights under the Constitution. Government and Decent Life*, Oxford (2000), págs. 53-55, quien, sin embargo, considera que la prohibición sólo alcanza las medidas que empeoren la situación del derecho con el efecto de llevar a su titular debajo del umbral mínimo necesario para llevar una "vida decente".

La obligación asumida por el Estado es ampliatoria, de modo que la derogación o reducción de los derechos vigentes contradice claramente el compromiso internacional asumido.

Se trata de una garantía sustancial, es decir, "de una garantía que tiende a proteger el contenido de los derechos vigentes al momento de la adopción de la obligación internacional, y el nivel de goce alcanzado cada vez que el Estado, en cumplimiento de su obligación de progresividad, haya producido una mejora" (9).

En la Observación General Nº 14, el Comité ha señalado sobre el alcance del derecho a la Salud que "entre las violaciones resultantes de actos de comisión figura la revocación o suspensión formal de la legislación necesaria para el continuo disfrute del derecho a la salud, o la promulgación de legislación o adopción de políticas que sean manifiestamente incompatibles con las preexistentes obligaciones legales nacionales o internacionales relativas al derecho a la salud" (10).

Hasta aquí he hablado en el acceso a la salud de acuerdo con la demanda del servicio que tenemos dado que hay sectores de la población con serias dificultades de acceso.

En el campo de las políticas públicas en salud falta el diseño —salvo excepciones (11)— con perspectiva de género que, como señala la Prof. Tajer, "incorporen el modo en que las asimetrías sociales determinan diferencialmente el proceso de salud-enfermedad-atención tanto de los varones como de las mujeres. Asimetrías jerárquicas entre los géneros que articuladas con otras diferencias entre las personas son fuentes de inequidad en las sociedades: edad, etnia y clase social..." (12).

---

(9) Conf. Abramovich V. y Courtis Ch., *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Ed. Trotta, 2002, pág. 95.

(10) Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, Observación General Nº 14 "El Derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud", del 11 de agosto de 2000. E/C 12/2000/4, párrafos 43 y 48.

(11) El Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable (ley 25.673 y decretos reglamentarios) ha constituido en avance. Atiende la salud sexual y reproductiva como integrante del derecho a la salud, y se basa en la autonomía.

(12) Tajer, Debora "Construyendo ua agenda de género en las políticas públicas en salud" en *Políticas Públicas, Mujer y Salud*, Ed. Universidad Nacional del Cauca y RSMLAC, Popayánm, Colombia, 2004, págs. 27-39; al que tuve acceso —entre otro material de excelencia— en el Seminario "Construyendo Políticas Públicas en Salud con perspectiva de género; de las teorías a las prácticas", que coordina la citada autora Profesora Debora Tajer, dictado por PRIGEPP-FLACSO (abril-junio de 2008).

Por otra parte, las aludidas asimetrías sociales entre varones y mujeres "en el proceso de salud-enfermedad-atención de cada género como colectivo" establecen "vulnerabilidades diferenciales relativas a los roles sociales que mujeres y varones pueden y deben cumplir en el marco del patriarcado. Lo cual determina modos diferentes de vivir, enfermar, consultar, ser atendidos…" (13).

Dentro de los obstáculos para acceder al derecho a la salud podemos mencionar, por ejemplo: la pertenencia a determinados sectores sociales, las inadecuadas condiciones de vida y/o de trabajo, el género, etc.

Así, entonces, entre los grupos con dificultades para el acceso a la salud se encuentran las mujeres. La Recomendación General Nº 24 del Comité de la CEDAW, relativa al artículo 12 de la Convención, destacó que: "El deber de velar por el ejercicio de los derechos impone a los Estados Partes la obligación de adoptar medidas de carácter legislativo, judicial… y de otra índole en el mayor grado que 'permitan los recursos disponibles para que la mujer pueda disfrutar de los derechos de atención médica'".

Y en la línea que venimos tratando, recalcó que "preocupa al Comité el hecho de que cada vez se da más el caso de que los Estados renuncian a cumplir esas obligaciones, ya que transfieren a los organismos privados funciones estatales en materia de salud. Los Estados Partes no pueden eximirse de su responsabilidad en esos ámbitos mediante una delegación o transferencia de esas facultades a organismos del sector privado" (consid. 17).

Frente a lo hasta aquí relatado, ha de tenerse en claro, en primer lugar, que son, justamente, los Estados Nacionales quienes deben respetar y garantizar el cumplimiento de los derechos humanos. El servicio de administración de justicia juega en este campo un papel preponderante. La protección internacional es siempre subsidiaria de la nacional. Esta última, insisto, es la que debe garantizar y resguardar los derechos de fuente convencional, pero agotada las gestiones en el ámbito interno para reestablecer derechos conculcados es posible reclamar en la sede internacional por la responsabilidad del Estado.

El derecho internacional de los derechos humanos otorgó un gran impulso a los humanos y humanas al reconocer el carácter de denunciante en los sistemas internacionales de protección. Es importante remarcar que tanto la *normativa local* como también las *sentencias de los órganos jurisdiccionales nacionales* pueden constituir infrac-

(13) *Idem.*

ciones a los compromisos de fuente convencional (14). Introduzco estas reflexiones debido al tema en tratamiento —los derechos sociales y específicamente el derecho a la salud, integridad y calidad de vida digna— ya que el Estado tiene las obligaciones referidas.

El Estado es responsable por los actos y omisiones de sus agentes, pero además también lo es por la de los particulares ya que es responsable asegurar los derechos humanos, como surge de los artículos 1º y 2º C.A.D.H.

Finalizando entonces, debe tenerse presente que los instrumentos internacionales y los mecanismos de protección citados constituyen, en definitiva, herramientas de acción para garantizar también los derechos sociales.

Retomando la introducción, es claro que el Ministerio Público de la Defensa tiene un rol de relevancia —ya que somos operadores de derechos humanos— pues el servicio que brindamos a los habitantes del país, que, en definitiva, son los titulares del derecho del servicio de la defensa pública, garantiza a los sectores carentes de recursos, y más vulnerables, en los supuestos de afectación a los derechos sociales, como es el caso del derecho a la salud, la protección de sus derechos a través de los medios más apropiados en cada supuesto. Esto, sin dudas, constituye un notable avance para el respeto y aseguramiento de sus derechos. Además de, por un lado, contribuir a la pacificación social y a la consolidación del sistema democrático y, por el otro, de alimentar el derecho a la esperanza que podemos construir sociedades más humanas, con verdadera equidad y con mayor justicia social.

~

(14) Cançado Trindade, 1998: 583/584; el énfasis me pertenece.

Políticas de acceso a la salud

Hilda Kogan

"La mortalidad materna ha sido una tragedia descuidada,
y se ha descuidado porque las que sufren son personas ignoradas,
con menos fuerza e influencia sobre cómo se emplean
los recursos nacionales, son pobres y por encima de todo,
son mujeres" (Halfdan T. Mahler, Nairobi, 1987).

El reconocimiento de los derechos humanos implica para el Estado distintos niveles de obligaciones, que le son exigibles, pero la vigencia de los mismos no lo son sólo en el ámbito público, sino que deben estar ligados a las violaciones que se producen en el ámbito privado.

Uno de los motivos del reconocimiento de derechos plasmados en tratados internacionales o establecidos en las constituciones locales consiste en la posibilidad de reclamos de cumplimiento de esos compromisos por parte de las personas.

Sobre cada uno de los derechos reconocidos es posible identificar distintos niveles de obligaciones:

- De respetar: deber del Estado de no injerir, obstaculizar o impedir el acceso o el goce de los bienes que constituyen el objeto del derecho.
- De proteger: consiste en impedir que terceros injieran, obstaculicen o impidan el acceso a esos bienes.
- De garantizar: supone asegurar que el titular del derecho acceda al bien cuando no puede hacerlo por sí mismo.
- De promover: caracterizado por el deber de desarrollar condiciones para que los titulares del derecho accedan al bien (*Derechos humanos y sexualidad*, CEDES, 2007).

Con el objeto de que cada Estado cumpla con esas obligaciones, desde la arena internacional a través de numerosos Tratados y Convenciones se ha intentado por medio del compromiso asumido por los países miembros impeler a la realización de aquéllas.

Como ejemplo de ello, el Pacto de San José de Costa Rica en su art. 4º, inc. 1º, bajo el título Derecho a la vida establece: "Toda persona tiene derecho a que se respete su vida, este derecho estará protegido por la Ley y en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente".

En consonancia con dicha declaración la Constitución de la provincia de Buenos Aires en su art. 10 declara: "Todos los habitantes de la Provincia son, por su naturaleza, libres e independientes y *tienen derecho perfecto de defender y de ser protegidos en su vida"...*

La trascendencia de la consagración de este derecho supremo, es sin dudas inobjetable e imprescindible, pues es el bien jurídico que merece el mayor de los resguardos por ser indiscutiblemente el más valioso; pero lamentablemente no obstante la multiplicidad de Pactos, Tratados, Convenciones y leyes que lo reconocen y amparan continúa siendo en cierta medida el más vulnerable.

Los factores de riegos que atentan contra el ejercicio y la consagración plena de aquél son múltiples y básicamente encuentran su causa en la pobreza y la desigualdad. Entre las causas que derivan del tratamiento desigual deben contarse aquéllas que se sustentan en la diferencia de género, ya que crean el marco a través del cual *la vida de las mujeres por el solo hecho de serlo se halla en ciertas circunstancias frente a un más alto grado de vulnerabilidad.*

Para dimensionar esta realidad y hablar de hechos concretos, es preciso mencionar un estudio realizado por la ONU en el año 2005 sobre el estado de la población mundial, en el que esta organización destacó como dato relevante y preocupante que: *"cada minuto muere una mujer por causas relacionadas con el embarazo". La causa de mayor injerencia en estas muertes evitables radica en los 19 millones de abortos en malas condiciones que se realizan".*

Un diagnóstico sobre la situación de la mortalidad materna realizado en el año 2004 por el CEDES en seis provincias argentinas: Chaco, Formosa, Mendoza, San Juan, San Luis y Tucumán, determinó que el nivel de subregistro de defunciones maternas fue de 9,5% para el conjunto de las seis provincias y que *de 95 defunciones maternas ocurridas, las complicaciones de aborto fueron la primera causa: 27,4%;* ubicándose en segundo lugar las que reconocen su causa en hemorragias: 22,1%.

Frente a la urgente necesidad de diseñar una política integral para reducir las muertes maternas en nuestro país, es preciso que los diferentes actores políticos se empapen en esta problemática, involucren y adquieran un compromiso activo para desarrollar las intervenciones necesarias, alentando cada uno desde sus lugares la generalización del nivel de conscientización social requerido para que la prevención obtenga resultados y para que ante la situación concreta de vulneración de derechos las víctimas de esa conculcación reciban amparo.

Es de cara a estas situaciones cuando el Estado debe encaminar todos los medios de los que pueda servirse para cumplir con las obligaciones antes enunciadas de: promover, respetar, proteger y garantizar el ejercicio de los derechos, sin importar en qué ámbito se produzcan las violaciones a los mismos (público o privado) ya que las potenciales víctimas están legitimadas para reclamar el cumplimiento de esos compromisos asumidos.

Caso

La Suprema Corte de Buenos Aires tuvo oportunidad de ser testigo directo y presencial de esta realidad, convirtiéndose en la artífice y protagonista de la puesta en funcionamiento del cumplimiento de las obligaciones asumidas por el Estado en relación a esta problemática precisa en dos casos concretos:

1) *P. 86.052 del 7 de junio de 2006: autoincriminación forzada (caso perejil):* mujer que fue a un hospital para que la atendieran por los dolores que estaba padeciendo en virtud de la realización de una práctica abortiva, fue denunciada por los médicos y condenada por la Cámara al considerarla penalmente responsable del delito de aborto.

Hechos: La causa tuvo inicio con la recepción de un certificado médico en las oficinas de guardia de la seccional policial, que daba cuenta del ingreso de una mujer que refería maniobras abortivas.

Como consecuencia de ello comienza la investigación penal. El juez de primera instancia absuelve a la mujer por considerar que la prueba aportada no tenía entidad suficiente como para incriminarla, en virtud de que no se podía inferir que las maniobras que pusieron fin a la vida del feto se las hubiera provocado ella misma.

El pronunciamiento fue revocado por la alzada que la condenó al tenerla como autora responsable del delito de aborto.

La defensa de la mujer condenada interpuso recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley.

La Corte de la Provincia de Buenos Aires al tomar conocimiento del recurso interpuesto, estableció que en el caso el punto crucial a deliberar y establecer era si los órganos encargados de la persecución penal podían iniciar válidamente un proceso criminal contra la acusada, ello en razón de que el único cauce de investigación fue la prueba involuntariamente producida por la denunciada al exhibir su propio cuerpo y referir maniobras abortivas al profesional de la salud en procura de auxilio médico, esto es para preservar su integridad física. Lo cual implicaba que ella era la única fuente de transmisión de conocimiento de la actividad ilícita.

En tal sentido se consideró que no era la denuncia del profesional la reprobable, sino cualquier avance procesal que el juez o el fiscal anoticiado implementaran sobre la base de ella contra la persona obligada por las circunstancias. Así, se señaló que el artículo 18 de la CN y el art. 29 de la Const. provincial, y numerosas convenciones internacionales indican que: "nadie puede ser obligado a declara contra sí mismo". En razón de ello se concluyó que la circunstancia de que la mujer imputada hubiera presuntamente cometido un delito, no implicaba en modo alguno que quedase desprovista de la protección otorgada por la Constitución.

En virtud de que se consideró que en el caso no estaba en juego la decisión legislativa de sancionar el aborto, ya que la cuestión a dilucidar versaba en relación a si el proceso de naturaleza penal podía validamente tramitarse en las condiciones en que se lo hizo, fue que *se resolvió por la Suprema Corte a través de la mayoría de sus miembros: declarar que correspondía anular de oficio el procedimiento en razón de sus insalvables vicios de origen, por haberse configurado una trasgresión al principio de no declarar contra sí mismo, consagrado por el art. 18 de la CN y en consecuencia se decidió absolver a la imputada.*

2) *Ac. 98.830 sentencia del 31 de julio de 2006: menor con retraso mental moderado que queda embarazada al ser violada presuntamente por su tío (art. 86 inc. 2º CP)*

Hechos: la madre de la menor se presenta ante la justicia para denunciar que su hija de 19 años de edad, quien padece un retraso mental moderado con un nivel madurativo de una niña de 8 años, se encontraba embarazada, producto de un hecho de violación, ocurrido presuntamente en el ámbito intrafamiliar.

La asesora de Menores e Incapaces es puesta en conocimiento a través del titular del Centro de Atención a la Víctima de que la madre y la menor habían manifestado que en virtud de su situación económica y la discapacidad de la misma deseaban interrumpir el embarazo.

La titular a cargo de la investigación de la denuncia de violación, remitió con carácter urgente copias de la IPP al juzgado de menores y a la UFI en turno.

La jueza de menores decidió no hacer lugar al pedido de autorización (nunca realizado) para efectuar prácticas abortivas sobre la menor. En oportunidad de fundar su decisión expresó: "no hay dudas que la joven…es víctima de un abuso sexual, pero la agresión injusta sufrida no se repara con otra agresión injusta contra la nueva víctima inocente".

La Cámara interviniente confirmó el pronunciamiento de origen y sostuvo que pese a lo afirmado por la Asesora de la víctima —que no se había pedido ninguna autorización para llevar adelante la práctica en cuestión—, existía una expresa solicitud por parte de la madre de interrumpir el embarazo, denegándose en virtud de ello la realización de la misma.

La asesora de menores interpuso ante la Suprema Corte recurso de inaplicabilidad de ley y señaló que la Cámara vulneró el art. 86 inc. 2º del CP, pues pese a reunir la menor los requisitos exigidos por la norma para la realización de un aborto de acuerdo a sus términos, el Tribunal negó la práctica de un acto permitido expresamente por la ley. Sostuvo además, que nunca se formuló ante la autoridad judicial ningún pedido de autorización para abortar y que el mismo no puede ser condicionante del actuar médico.

Para resolver la Corte tuvo en especial consideración que el art. 86 inc. 2º establece: "El aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer en cinta, no es punible: si el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor de una mujer idiota o demente. En este caso el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido para el aborto".

A partir de ello ponderó que en el caso particular la discusión doctrinaria sobre la interpretación del artículo analizado no tenía relevancia, dado que las circunstancias de hecho, esto es: que la menor padecía un retraso mental moderado y que el embarazo había sido concebido a través de una violación, no estaban cuestionados y por tanto se estaba frente al supuesto contemplado en el art. 86, 2º párrafo.

En virtud entonces de las conclusiones arribadas sobre la causa sometida a su análisis, la Suprema Corte por votación mayoritaria de sus miembros declaró: *la aplicación del art. 86, inc. 2º del CP no requiere de autorización judicial; ya que encuadra en un supuesto objetivo no incriminado por el ordenamiento jurídico, por lo que no corresponde expedir un mandato de prohibición a la práctica de interrupción del embarazo sobre la joven, en tanto esa intervención se decida llevar a*

cabo por profesionales de la medicina en función de su reglas del arte de curar. Son los médicos intervinientes quienes se encuentran capacitados para realizar las prácticas médicas que resulten más adecuadas, pues cotejadas las circunstancias de hecho que requiere el art. 86 inc. 2º, así como la autorización de la representante de la mujer embarazada, es innecesaria la autorización judicial previa.

Conclusión: Es muy importante resaltar que a partir de la sentencia del tribunal supremo de la provincia de Buenos Aires, el Ministerio de Salud de la provincia el 29-01-07, aprobó la resolución nº 304/07 a través del cual se aprobaba el Protocolo de detección y asistencia a mujeres víctimas de maltrato, de aborto no punible y de acción ante víctimas de violación que declara en su parte pertinente:

... "la interrupción del embarazo en los casos mencionados en los incisos 1º y 2º del artículo 86 del CP no requieren autorización judicial.

Todo personal de los efectores de salud afectados a temáticas de salud sexual y reproductiva debe conocer las instancias para la atención y contención y/o eventual derivación a hospital de referencia para la solicitud (o práctica) de aborto no punibles".

Esta resolución fue derogada por otra posterior del Ministerio de Salud, publicada el 26-11-2007, en la cual nada se establece respecto al Protocolo de aborto no punible sobre el cual la anterior resolución hacía expresa mención.

De tal modo y aunque la Corte de la Provincia de Buenos Aires ya manifestó su postura a través del caso citado precedentemente, hemos desandado camino en relación a esta problemática, ya que la resolución 304/07 era contundente y no daba lugar a una interpretación diferente en cuanto al procedimiento a seguir en caso de que una situación de estas características volviera a presentarse.

SALUD EN GENERAL

No caben dudas en relación a que el derecho a la vida constituye la base sobre la que se edifican, consagran y amparan el resto de los derechos, cuyo fin primero en definitiva no es otro que asegurarlo.

Bajo esta perspectiva es posible afirmar que el derecho a la vida necesita del establecimiento de otros derechos para ser garantizado, entre los cuales debe contarse por ser imprescindible para su realización: *el derecho a la salud.*

El derecho a la salud es definido por la Organización Mundial de la Salud (O.M.S.) como el *estado completo de bienestar físico, psíquico y social, y no sólo la ausencia de afecciones y enfermedades.*

A su vez, la Convención Americana de Derechos Humanos (P.S.J.C.R.) declara: "Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral" (art. 5º).

En tal sentido, el derecho a la salud se inserta en este plexo de derechos cuya satisfacción puede alcanzarse a través de la defensa de los derechos humanos que se encuentran involucrados.

En relación a la comprobación de los niveles de resguardo y acceso a la salud con los que cuentan las mujeres a nivel mundial *un estudio realizado por la ONU en el año 2005 muestra que las complicaciones de salud durante el embarazo y el parto son responsables del 18% de la carga global de enfermedad de las mujeres entre 15 y 44 años de edad en el mundo entero.* En América Latina y el Caribe, más de 500.000 mujeres padecen problemas crónicos de salud como consecuencia de una inadecuada atención del embarazo, parto y puerperio. Los factores que contribuyen a las muertes maternas son múltiples y en su gran mayoría evitables. La prevención de las muertes maternas se reconoce como una prioridad internacional y su reducción en ¾ para el 2015 es un compromiso asumido por la Argentina en las Metas del Milenio.

De acuerdo con este informe sobre el "Estado de la Población Mundial 2005" de las Naciones Unidas*: "cada año, solamente en el mundo en desarrollo hay 76 millones de embarazos no deseados que podrían prevenirse de haber un mejor acceso a los servicios de planificación familiar, reduciendo además las defunciones maternas entre un 20 y 35 por ciento".*

En nuestro país el derecho a la planificación familiar y salud sexual han encontrado amparo legal a partir de la sanción de la ley nacional 25.673 (año 2002) a través de la cual se crea el Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable cuyos fines principales son evitar embarazos no deseados y enfermedades de transmisión sexual. La provincia de Buenos Aires se hizo eco de esta tendencia legislativa y promulgó la ley 13.066 (año 2003) sobre salud reproductiva, la cual se ha convertido en la herramienta principal con la que cuenta el gobierno local para instalar en la agenda pública esta problemática.

Con el fin de asegurar aun más los postulados tenidos en miras en el ámbito internacional y nacional para garantizar el ejercicio pleno de este derecho, para abarcarlo y comprenderlo desde todos los supuestos que lo puedan vulnerar, el Poder Legislativo Nacional, como correlato lógico de la sanción de la ley de Salud Reproductiva y Procreación Responsable, sancionó la *ley 26.130 (2006) de contraconcepción quirúrgica, que establece en su art. 1º: "Toda persona mayor de*

edad tiene derecho a acceder a la realización de las prácticas denominadas "ligadura de trompas de Falopio" y "ligadura de conductos deferentes o vasectomía" en los servicios del sistema de salud". El requisito que dicha ley impone para que puedan ser llevadas a cabo estas prácticas es únicamente: el consentimiento informado.

A su vez, la provincia de Buenos Aires con el objeto de alcanzar y darle apoyatura a ese emprendimiento legislativo, adhirió a la ley nacional que permite la práctica de ligadura de trompas en forma gratuita en todos los hospitales del país.

Es importante resaltar que a partir de entonces y hasta el 31-08-2007 fueron efectuadas 1.603 ligaduras de trompas y tres vasectomías en este territorio. Los datos son demostrativos de la cantidad de casos de embarazos no deseados que han sido evitados a través del dictado y puesta en marcha de esta norma.

Es evidente que los alcances prácticos de la misma no se agotan en la posibilidad por parte de las parejas de planificar la constitución y conformación de su núcleo familiar, sino que su fin principal es: *la protección a la salud de la mujer.* Ello es así, ya que, la ley ha tenido en miras evitar los casos en que la concepción por la edad o por el padecimiento de patologías específicas pueda provocar la muerte de la mujer que no se encuentra en condiciones físicas de afrontar un embarazo.

La Suprema Corte ha tenido oportunidad de conocer un ejemplo contundente sobre esta problemática a través de la causa:

Ac. 95.464 del 27 de junio de 2005: Riesgo de vida para la madre embarazada: mujer que solicita la interrupción del embarazo en razón de correr serios riesgos su vida si continuara con el mismo.

Hechos: La actora requirió por sí y en representación de sus hijos autorización judicial para interrumpir su embarazo con motivo de padecer miocardiopatía dilatada con deterioro severo de la función ventricular.

El tribunal de familia mantuvo la decisión del juez de trámite y declaró que se encontraban facultados los profesionales correspondientes para realizar la práctica médica más adecuada destinada a interrumpir el embarazo.

El asesor de incapaces interpuso ante la Corte de la provincia de Buenos Aires recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley en representación de la persona por nacer.

En virtud de ello la Corte declaró que al encontrarse comprobadas las circunstancias de hecho establecidas en el art. 86 inc. 1º del CP, es

decir cuando se halla acreditado el riesgo para la vida o para la salud de la madre, habiendo prestado la misma su consentimiento debidamente informado, la única conclusión a la que debe arribarse es que la actuación de los profesionales de la salud autorizados debe dirigirse a adoptar las intervenciones médicas aconsejadas sin necesidad de requerimiento de autorización judicial.

Conclusión sobre el caso: más allá de que la Corte, con mayoría que integré, haya decidido sobre el caso en cuestión que es innecesaria la autorización judicial para el supuesto comprendido en el art. 86 inc. 1º del CP, es posible afirmar que de haber existido la ley de ligadura de trompas con anterioridad, la puesta en riesgo de la vida de esta mujer a causa de su embarazo, el posterior aborto y los consecuentes daños psíquicos derivados de aquél se habrían evitado de haber tenido la posibilidad esta justiciable de efectuar la práctica a la que la ley le permite acceder sin más requisito que su consentimiento informado.

Como se ha dicho hasta aquí, el avance a este respecto en nuestro país es bienvenido, necesario y significa una muestra contundente de los vientos de cambio que soplan en relación a esta temática; de todas maneras y a pesar del esfuerzo asumido, los casos de riesgos para la salud a causa de embarazos mal asistidos, embarazos peligrosos o por interrupción de embarazos no deseados continúan sucediéndose en nuestro país.

Las consecuencias inmediatas de los mismos pueden ser visualizadas en estadísticas y datos numéricos de manera más o menos precisa, pero su alcance en relación al daño psicológico sufrido por las víctimas es imposible de graficar y conmensurar. Por tanto, no debe perderse de vista que es también tarea del Estado propender a su eliminación, ya que el cuidado y preservación de la salud mental de las mujeres forma parte, integra y hace a su salud y por tanto las políticas que se encaren en relación al aseguramiento de este derecho deben tener, en especial consideración, su cuidado.

En tal sentido y como ya se ha referido, la *OMS* define a la *salud como el estado completo de bienestar físico, psíquico y social, y no sólo la ausencia de afecciones y enfermedades.*

A su vez, la Convención Americana de Derechos Humanos (P.S.J.C.R.) declara: *"Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral"* (art. 5º).

Caso

La Corte de la Provincia de Buenos Aires tuvo oportunidad de entender y propender a asegurar el derecho la salud psíquica cuando se está frente a una circunstancia traumática en la causa:

Ac. 91.478 del 5 de mayo de 2004: anencefalia: mujer embarazada que solicita una inducción al parto para adelantarlo ya que el feto padece anencefalia e indefectiblemente al nacer morirá.

Hechos: la madre solicita autorización para inducir su parto en razón de padecer el feto anencefalia, patología que le provocará la muerte apenas nazca.

El tribunal de familia deniega la autorización y la accionante interpone recurso de inaplicabilidad de ley ante la Suprema Corte.

El tribunal de la provincia de Buenos Aires a través de la mayoría de sus integrantes resuelve: hacer lugar a la acción tendiente a que se autorice adelantar el alumbramiento de un niño anencefálico, ya que no se trata de un caso de aborto, ni de aborto eugenésico, ni de un ser —para excluir la protección de su vida— que no es persona, ni de la libertad de procreación para fundar la interrupción de su vida, pues tales acciones aparecen identificadas como una acción humana enderezada a provocar la muerte del niño, y por el contrario, lo que aquí se autoriza es la inducción de un nacimiento con gestación de plazo suficiente, cuyo resultado —el fallecimiento del niño— no depende la acción humana, sino de la trágica conducción de este último que, al carecer de cerebro, no puede subsistir con autonomía.

Concluyó que el simple objetivo de prolongar la vida del nasciturus, no puede prevalecer ante el daño psicológico de la madre que lleva en su seno un ser con viabilidad nula en la vida extrauterina, por lo cual, para poner fin a ese intenso sufrimiento corresponde autorizar la inducción del parto prematuro, de acuerdo a las reglas del lex artis y con el mayor respeto a la vida embrionaria.

VIH-SIDA

Otro de los grandes problemas que pone en jaque al Estado en relación al aseguramiento del ejercicio irrestricto del derecho a la salud, es el impacto que provoca la epidemia del VIH/SIDA y que genera que su eliminación y control esté catalogado como uno de los retos más formidables para la vida y la dignidad humana por afectar el ejercicio pleno de los derechos.

Los trastornos producidos por esta pandemia pone nuevamente en el tapete la necesidad de eliminar las diferencias existentes respecto al género y la vinculación directa que esa desigualdad genera en relación al acceso a una vida saludable por parte del sexo femenino.

En tal sentido, la Declaración de Compromiso contra el VIH/SIDA de la Asamblea General de la ONU del año 2001, llama a propender la

igualdad de género y al fortalecimiento de la mujer en ese sentido, por considerar que la desigualdad de poder en las relaciones entre hombres y mujeres es un obstáculo para "el sexo seguro" cuya eliminación constituye un elemento esencial para la reducción de la vulnerabilidad de las mujeres y niñas, entre quienes el número de casos nuevos ha ido aumentando más rápidamente.

Así, un informe realizado en el año 2004 por la ONU, señala que las mujeres son las más perjudicadas por el virus y refiere que constituyen algo menos de la mitad de todas las personas que conviven con el VIH. Concluye el informe, que la diseminación cada vez más pronunciada del virus entre ellas no sólo halla su razón en que en una relación heterosexual tienen dos veces más riesgo de contraer la infección que el varón, sino en la *carencia de estrategias que aborden las desigualdades existentes en virtud del género.*

Cabe afirmar entonces, que toda norma o política que tenga por fin propender a la igualdad entre hombres y mujeres tendrá injerencia directa en la disminución de casos de mujeres infectadas.

En nuestro país el mayor avance a este respecto lo conforman las ya citadas leyes de salud reproductiva, en virtud de que no sólo establecen en su articulado que el objeto de las mismas es la prevención y detección de patologías genitales y mamarias y enfermedades de transmisión sexual (E.T.S.), especialmente del VIH/SIDA, sino que coloca en un pie de igualdad a hombres y mujeres en relación a prácticas sexuales y responsabilidades derivadas de las mismas, lo cual crea un ámbito tendiente a la eliminación de las desigualdades existentes entre ellos en razón del género.

La importancia de hallar políticas adecuadas para la disminución de casos de mujeres infectadas, cobra especial relevancia en virtud de la transmisión vertical que se da a través del embarazo —transmisión del virus al feto—, por esa razón la detección del estado de portadora del virus del VIH en la embarazada es el primer evento en la sucesión de estudios y decisiones para disminuir el riego de transmisión.

Caso

En relación con este aspecto concreto sobre esta temática particular, la Cámara Civil y Comercial de esta provincia, integrada por los Dres. Roncoroni-Perez Crocco en la causa caratulada "R.N.A. s/ Autorización judicial para ligamento de trompas" (año 1998) ante la solicitud de llevar adelante esa práctica por una mujer que padecía VIH falló: "Si bien las prácticas que conlleven la esterilización de una persona están prohibidas, tal prohibición desaparece frente a una indicación terapéutica perfectamente determinada. Y no podía ser menos,

tanto cuando no existe otra posibilidad de terapia que garantice con idéntica o similar eficacia la vida actual del paciente, como cuando, *es necesario erradicar la temida muerte futura que podrá provocar otro embarazo de esta mujer, que (madre ya de seis hijos y esperando el séptimo) se encuentra afectada por el virus HIV, en un estadio III del SIDA, con una marcada inmunodepresión que se acentúa en situación de embarazo, con todo el cuadro de patologías secundarias que desembocan en el síndrome de desgaste que detalla la historia clínica y que, en íntima decisión, ha elegido no tener más prole, no sólo en resguardo de su propia vida (esterilización preventiva), sino, por negarse a traer al mundo nuevos hijos afectados por el mismo mal (esterilización eugenésica) que ya transmitiera a sus dos últimos descendientes".*

En relación a esta enfermedad, es claro que lo trascendental para alcanzar el control de esta epidemia y conseguir que las personas infectadas puedan tener una vida digna, es buscar la implementación absoluta de las leyes sobre salud reproductiva —en pos de detectar los casos y prevenirlos— y apuntalar todos los recursos económicos y humanos necesarios para la incorporación dentro de los sistemas de cobertura de salud —públicos y privados— de las prestaciones médicas y farmacológicas referidas al VIH/SIDA con el fin de brindar atención completa a los ya infectados.

Caso

Sobre esta cuestión específica he tenido oportunidad de conocer y sentenciar en el año 1997 sobre la obligación de las empresas o entidades que presten servicios de medicina prepaga de otorgar como mínimo la misma cobertura dispuesta para las Obras Sociales en las leyes 23.660 y 23.661.

Expte. 18.855/97 "Hospital Británico de Buenos Aires c/ Estado Nacional (Ministerio de Salud y Acción Social) s/ Amparo".

Hechos: El Hospital Británico interpuso acción de amparo solicitando la declaración de inconstitucionalidad de la ley 24.754 que establecía que las medicinas prepagas debían cubrir como mínimo las mismas prestaciones dispuestas por ley para las Obras Sociales.

La amparista sostenía que la aplicación de la ley vulneraba su derecho a la propiedad y a la igualdad consagrados por la CN y a tal fin argumentaba que la implementación de tratamientos en casos de SIDA y drogadicción implicaría obligatoriamente elevar los costos de los planes de asistencia médica, lo cual llevaría al abandono del servicio por parte de los asociados.

Al resolver el planteo se dijo: la atención a personas infectadas de VIH tiene un profundo sentido ético social que conlleva la posibilidad y hasta la necesidad de que la Nación elabore planes y políticas tendientes a afianzar la salubridad, la moral y la conveniencia colectiva de la comunidad por encima de los intereses particulares de las medicinas prepagas.

Los derechos a la salud, en contraste con el resto de los derechos humanos, exigen del Estado una actividad positiva, en salvaguarda de los derechos de los ciudadanos, evitando todo tipo de discriminación respecto de los mismos. Es por ello que el derecho a la salud se encuentra jerárquicamente por sobre el derecho a la propiedad.

Trastornos alimentarios: anorexia y bulimia

Al hablarse de salud y las políticas tendientes a asegurarla enfocada desde la perspectiva de género, los trastornos alimentarios son un tema obligado.

Ello en virtud de que a las puertas del siglo XXI una nueva epidemia amenaza la salud e incluso la vida de todas las mujeres: la anorexia y la bulimia.

Esta enfermedad cobra cada vez mayor extensión entre las sociedades industrializadas, y afecta sobre todo a adolescentes. El incremento en la generalización de casos comienza a alarmar a especialistas en medicina, sociólogos, e incluso llega en forma de advertencia de su magnitud al Congreso.

Su causa principal radica en la importancia concedida al aspecto físico en la cultura occidental, circunstancia que influye sobre muchas personas que se sienten descontentas con su imagen, o a las cuales en realidad la imposición de los estereotipos de belleza hacen sentir descontentas.

Así, los medios de comunicación tienen mucho que ver con todo esto: constantemente nos llueven mensajes acerca de lo que constituye ser una persona atractiva y de éxito, *especialmente dirigidos a las chicas*. La belleza física aparece siempre asociada al éxito social y profesional. Todos conocemos los nombres de las "modelos", pero a casi nadie le suenan los nombres de mujeres con logros personales tan importantes como descubrir tratamientos eficaces para una enfermedad o defender los derechos humanos. Las librerías, los programas de televisión, las películas nos ofrecen abundantes modelos de cuerpo ideal que no son de ningún modo ideales.

De ese modo para alcanzar el ideal físico que al parecer abre automáticamente todas las posibles puertas de entrada al éxito, la felicidad e incluso a la salud, se nos sugiere cuál sería la receta para conseguirlo: dietas milagrosas, operaciones de cirugía estética, productos de belleza y *ropa de esa que llevan las escuálidas modelos que vemos en los desfiles.*

En definitiva se trata de una obsesión moderna por la perfección del cuerpo, es la nueva "epidemia del culto al cuerpo".

Las estadísticas demuestran que estamos frente a una epidemia y son alarmantes: *en el mundo, tienen anorexia y bulimia 7 millones de mujeres* y un millón de hombres. La anorexia nerviosa es la tercera enfermedad crónica más común entre las mujeres adolescentes, y se calcula que ocurre en 0.5% a 3% de todos los adolescentes. Aparece generalmente en esa etapa de crecimiento, aunque todos los grupos de edad son afectados, incluyendo las personas ancianas y los niños de hasta seis años de edad. Entre mediados de los años cincuenta y los años setenta, la incidencia de la anorexia aumentó cerca de un 300%.

La Argentina es, después de Japón, el país con mayor incidencia de bulimia y anorexia, de acuerdo con un estudio de la Red Interhospitalaria de Trastornos de la Alimentación (Rihta), que depende de la Secretaría de Salud de la Ciudad de Buenos Aires. El informe señala que los índices de estas enfermedades *triplican aquí a los de los EE.UU y se dan especialmente entre adolescentes y jóvenes de 14 a 20 años.* Actualmente son atendidos unos 400 pacientes por año pero la incidencia aumenta. *Según el informe, una de cada 10 adolescentes argentinas sufre un desarreglo alimenticio.* Hoy en día, se registran 4 casos de anorexia por cada mil personas. Esta obsesión es similar a una adicción a cualquier tipo de droga o sustancia ya que a través de ella: *el individuo llega al borde de la inanición con el objetivo de sentir dominio sobre su propio cuerpo.*

Desde muy jóvenes las representantes del sexo femenino están sometidas a una gran presión para satisfacer cierto ideal de belleza que la moda impone con rigor y sin consideraciones. Para los varones esto ocurre en menor medida. Esta especie de dictadura de la moda exige máxima delgadez, la cual debe ser alcanzada sin reparar en los costos.

Esta plaga de la búsqueda de la perfección hace que los cánones de belleza actuales y el rechazo social a la obesidad femenina haga que las adolescentes sientan un impulso irrefrenable de estar tan delgadas como las modelos que la publicidad y medios de comunicación presentan a diario.

La proliferación y consolidación de esos estándares halla su logro a través de la inserción social que de los mismos se alcanza. De tal manera el germen no habita sólo en el enfermo sino en la sociedad que se encuentra enferma y además genera enfermedad actuando como máquina multiplicadora de casos.

Ejemplo claro del nivel de arraigamiento y expansión social de esta epidemia se percibe en un acto tan cotidiano como es el ir a comprar ropa. La indumentaria que se diseña y exhibe en su gran mayoría está hecha para cuerpos delgados a pesar de que en realidad pocas mujeres podrían llevarlas con éxito. Aunque corren mayor riesgo las personas cuyo sentido de la autoestima se basa en su totalidad en la aprobación externa y apariencia física, *pocas mujeres son inmunes a estas influencias.*

En relación a este factor específico que forma parte de la estructura que fomenta y perpetúa los trastornos alimentarios que afectan principalmente a las mujeres, la provincia de Buenos Aires ha decido por medio de la ley 12.665 (año 2001, reglamentada por decreto 866 en el 2005) denominada "de talles" poner cierto coto a los mismos.

Así a través de dicha ley se establecen pautas con carácter obligatorio que desde el sentido común deberían aparecer como obvias pero que la realidad demuestra que evidentemente no lo son. En tal sentido en su *art. 1º establece: "Los comercios que vendan ropa de mujer deberán tener en existencia todos los talles correspondientes a las medidas antropométricas de la mujer adolescente, de las prendas y modelos que comercialicen y ofrezcan al público".* Asimismo y para asegurar que la directiva sea cumplimentada en el art. 2º dispone: "aquellos comerciantes que no den cumplimiento a lo dispuesto en los artículos anteriores se les impondrá una mulita y en casos de incumplimiento reiterados, se dispondrá la clausura de hasta 5 días".

Como se alcanza a ver la ley provincial "de talles" intenta disminuir la injerencia de una de las causas generadoras de la enfermedad y a su vez proteger la franja social más afectada por ella*: las adolescentes.*

Caso

El ataque sobre uno de los centros expansivos de la enfermedad no fue bien recibido por todos los sectores, la Corte de la Provincia de Buenos Aires ha tenido oportunidad de conocer este descontento:

Causa I-68.449 "IGT 33 S.A. s/ inconstitucionalidad": solicitud de medida de no innovar (operó la caducidad de instancia).

Hechos: La firma IGT 33 S.A. solicita la declaración de inconstitucionalidad de la ley 12.665 juntamente con sus normas derivadas.

Tacha de arbitraria la imposición obligatoria de las medidas predeterminadas de la indumentaria y solicita medida cautelar "de no innovar", consistente en la suspensión de la aplicación a la actora de las normas atacadas.

Funda su recurso en la afección de los derechos constitucionales a ejercer la industria y el comercio lícito así como el de la propiedad.

En el presente caso fue decretada la caducidad de instancia. Hay ante la Suprema Corte dos causas de las mismas características tramitando actualmente, sobre las cuales aún no se ha decidido.

III. Edad

Derechos humanos de los niños y adolescentes (1)

Sergio García Ramírez

1. Introducción. La defensa pública

Agradezco a los organizadores de este encuentro internacional la invitación que me hicieron para compartir con los asistentes al Congreso algunas reflexiones sobre derechos humanos de los niños y adolescentes. Este reconocimiento es aún mayor si se advierte que no se requería mi participación, tomando en cuenta que Argentina ha producido una notable doctrina sobre la materia, recibida con interés y provecho en los países de nuestra América. En las filas de los tratadistas argentinos contemporáneos figuran eminentes profesores, que también asisten a nuestro encuentro, como Emilio García Méndez y Mary Beloff, a quienes menciono como ejemplo de esta dedicación y citaré en mi breve exposición del tema.

Por otra parte, me complace reunirme de nuevo con quienes militan en las filas de la defensa pública, un quehacer que honra a quienes lo desempeñan, abogados al servicio de la gran mayoría de los inculpados en los países americanos, que se acogen a esa expresión del servicio de justicia. No es ésta la primera vez que acudo a una reunión de los defensores públicos. En otras oportunidades he contado con el privilegio de acompañarles, lo mismo en México, mi país, que en Argentina. Me reencuentro con amigas y amigos apreciados, entre ellos la doctora Stella Maris Martínez, que sirve con devoción a la causa de la defensa pública y cuya actividad inteligente y diligente es garantía de éxito de las jornadas que ahora nos congregan.

Creo firmemente —y la realidad sustenta esta creencia— que los defensores públicos están llamados a cumplir una tarea de primera

---

(1) El presente texto corresponde a la exposición del autor, reconstruida por éste para fines de publicación, en el III Congreso de la Asociación Iberoamericana de la Defensa Pública, Buenos Aires, Argentina, 12 de junio de 2008.

importancia en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, al que durante mucho tiempo no accedieron y que ahora les abre sus puertas. Con ello, el Sistema franquea con mayor amplitud y acierto el acceso a la justicia de un gran número de personas, que sólo podrían llegar a las instancias internacionales de tutela conducidas y apoyadas por defensores públicos de sus países. Como se sabe, aún no existe una instancia de defensa pública internacional, independiente y razonablemente dotada. La creación de esa instancia ha sido propuesta en múltiples ocasiones. Lo ha hecho, por ejemplo, la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Conozco los argumentos que en ocasiones se expresan en torno a la presencia de los defensores públicos nacionales ante las instancias internacionales. Se cuestiona porque el defensor público forma parte del Estado que concurre al régimen internacional de control en calidad de presunto responsable de las violaciones cometidas. De esta manera se plantea —dicen los críticos— una paradoja: el Estado litiga contra sí mismo.

No comparto ese punto de vista, como tampoco recojo los motivos semejantes que se quiere oponer a la presencia del ombudsman en este ámbito. Tanto el defensor público como el ombudsman han recibido, de sus propios órdenes constitucionales, en una decisión soberana, el encargo de velar por los derechos de las personas a las que brindan asistencia, precisamente frente o contra órganos y agentes del Estado que afectan esos derechos. Este encargo se mantiene en todo tiempo y hacia todo el horizonte. Si el propio Estado lo previene, no tendría por qué detenerse ante las fronteras nacionales. La tutela al derecho humano trasciende fronteras. En el plano internacional constituye una expresión magnífica de unas convicciones y unos medios de protección que inician en el plano interno de nuestras repúblicas. Por supuesto, la función del ombudsman y de la defensa pública arraigará con beneplácito en la medida en que su independencia se halle bien acreditada.

El sistema interamericano de protección de derechos humanos, cuyas características he analizado con frecuencia, se instala sobre determinadas ideas atentas a la dignidad suprema del ser humano; toma "escudo y espada" en el *corpus juris* de esta especialidad, construido en el hemisferio y concertado con el *corpus juris* mundial; y actúa de la mano de protagonistas diversos, que son los agentes o los actores del sistema y, por ello, de la defensa de los derechos.

Hay personajes tradicionales bajo estas banderas: los Estados mismos, la organización que los reúne —Organización de los Estados Americanos—, la sociedad civil, es decir, el pueblo o los pueblos americanos, con las organizaciones que aquélla produce. Y también hay

nuevos actores, emergentes, que acuden a la escena de la tutela internacional desde diversas perspectivas y con fuerza pujante: la academia, los comunicadores sociales, el ombudsman —personaje recientemente instalado en varias Constituciones de países americanos—, los defensores públicos, otros grupos profesionales, todos ellos con el aporte de su preparación específica y el vigor de su solidaridad.

2. Los derechos humanos y el quehacer de la Corte Interamericana

Según nuestro programa, mi intervención tiene que ver con la consideración de edad en el reconocimiento y el ejercicio de los derechos humanos. Esto supondría hablar, sobre todo, de quienes se hallan por debajo de ciertas líneas de edad: por una parte, los menores, niños y adolescentes, que no ingresan todavía al ancho mundo de los jóvenes y adultos para quienes parecen concebidos los derechos del más amplio espectro, y por otra parte, los "muy mayores", universo menos numeroso, al que pertenezco, que también son destinatarios de reconocimientos de derechos y de acciones específicos.

En función del tiempo —y de mi propia preferencia en este momento, que no quiero invertir en reflexiones "personales" o "autobiográficas"— me limitaré a hablar de los derechos humanos de los niños y adolescentes, que son un número de gran alcance en los países americanos, cuya población infantil y juvenil constituye todavía —y constituirá mucho tiempo— una parte sustancial de la pirámide demográfica, aun cuando la tasa de fertilidad ha declinado moderadamente en los últimos lustros y todo hace suponer que continuará descendiendo.

Debo destacar que la Asociación Interamericana de Defensorías Públicas ha llamado la atención sobre los derechos de los niños y adolescentes, en los términos de las denominadas *"100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad"*, propiciadas por la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana. Bajo esa condición, que promueve atenciones especiales, las Reglas consideran diversas situaciones que implican vulnerabilidad, entendida como "especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico".

Pueden constituir causas de vulnerabilidad la edad —y en este sentido se analizan tanto la situación del niño, la niña y el adolescente, como el envejecimiento—, la discapacidad, la pertenencia a comunidades indígenas o a minorías, la victimización, la migración

y el desplazamiento interno, la pobreza, el género y la privación de libertad (Regla 1ª, Sección 2ª, 1 y 2). Señalemos —recogiendo la observación de Federico Andreu-Guzmán y Christian Courtis—, que la protección que estas reglas quieren proveer no se contrae a los asuntos penales: "la existencia de formas de asistencia legal adecuada a las necesidades de los grupos vulnerables debe extenderse a todas las áreas en las que peligre la vigencia de un derecho fundamental –civil, político, económico, social o cultural".

Me permitiré decir que estamos en un campo de construcción o reconstrucción jurídica; no que sea inexplorado: ha sido muy transitado. Sucede, si embargo, que en época reciente —medio siglo, más o menos— se ha iniciado o llevado a cabo una profunda operación de progreso, que remueve ideas, sugiere ordenamientos y altera prácticas tradicionales. Por supuesto, es largo todavía el camino de la recepción nacional, sembrado de obstáculos y reticencias. Con razón se ha referido Ferrajoli, que participa en estas jornadas de estudio y proyectos, a "la refundación de un derecho de la infancia basado en la garantía de sus derechos". Lo mismo se podría decir, por cierto, en mayor o menor proporción, de la refundación general del orden jurídico a partir de los derechos humanos, o bien, de la revisión integral de ese orden con perspectiva de derechos humanos.

Ni las normas ni las decisiones jurisdiccionales sobre esta materia han logrado pacífico consenso. Hay discusión y crítica acentuadas. Quisiera sustraerme, en lo que respecta a mi propia posición y a la exposición que ahora intento, de expresiones dogmáticas. Sólo presentaré mis puntos de vista, coincidentes con muchos, diferentes de algunos. Lo hago con modestia y respeto. Por otro lado, me referiré a los criterios que ha expuesto la Corte Interamericana de Derechos Humanos —de la que formo parte desde hace más de diez años, y que presidí durante cuatro— en torno a la situación jurídica y los derechos humanos de los niños y adolescentes, tema que frecuentemente llega al conocimiento de ese tribunal.

A mi modo de ver, los pronunciamientos de la Corte Interamericana, a través de opiniones consultivas y sentencias en casos contenciosos, son la base o el peldaño para proseguir la elaboración de una jurisprudencia internacional más abundante y mejor. Habrá que correr la frontera y entender que cada paso adelante es sólo uno en la sucesión de progresos que el futuro demanda. Ningún avance marca la frontera definitiva. Siempre día hay nuevos territorios por alcanzar.

La Corte ha examinado el tema que nos interesa en dos opiniones consultivas y en varias sentencias, e incluso, alguna vez, en resoluciones relativas a medidas provisionales y a ejecución de sentencias. La primera y más relevante opinión —digo más relevante, porque se

refirió precisa y directamente a la situación jurídica y los derechos humanos de los niños— es la *Opinión Consultiva OC-17/99*, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y adoptada el 28 de agosto de 2002 por mayoría de votos (el voto en contra consideró que la Corte no debía pronunciarse sobre el planteamiento formulado: "es una invitación a efectuar una especulación puramente académica").

En este planteamiento se recabó la consideración de la Corte sobre la afectación de derechos contenidos en los artículos 8 ("Garantías judiciales") y 25 ("Protección judicial") de la Convención Americana, a través de criterios y actuaciones de los Estados —fundamentalmente en el desarrollo de procedimientos judiciales o similares— que menoscaban garantías de los menores. El planteamiento advirtió que esto vulnera otros derechos: integridad, libertad, honra y dignidad y protección a la familia. Este planteamiento y la formulación de algunas cuestiones específicas por parte del autor de la solicitud influyeron, desde luego, en el ámbito y la orientación temática de la opinión.

En el marco de esta opinión número 17, la Corte destacó el "círculo de protección del niño", producto de la actividad normativa del siglo XX a partir de la Declaración de los Derechos del Niño (Ginebra, 1924). Mencionó ochenta instrumentos que se refieren exclusivamente a los menores de edad o abordan la materia en relación con otros temas. Para su análisis, la Corte trajo a colación la Convención de 1989 —que no aplica directamente, pero utiliza como indispensable instrumento de interpretación— y otros documentos de Naciones Unidas a los que aludo en esta exposición.

Recordaré ahora que el tribunal interamericano sólo aplica en forma directa los instrumentos que le atribuyen competencia material, pero ha puntualizado que puede valerse —y lo ha hecho constantemente— de otros textos para establecer la circunstancia cultural y jurídica en la que se plantean los temas que analiza y acoger estándares internacionales que permitan interpretar las normas que aplica. En este campo figuran la Convención de 1989 y los otros documentos a los que haré referencia.

La segunda opinión, *Opinión Consultiva OC-18/03,* requerida por México y emitida el 17 de septiembre de 2003, abordó tangencialmente el tema de los menores de edad. Se trataba de una consulta sobre derechos humanos de trabajadores migrantes. En este marco, la Corte Interamericana consideró la especial vulnerabilidad de los niños y adolescentes migrantes, sobre todo cuando se trata de indocumentados o cuando sus familiares se hallan en situación irregular —por falta de documentación migratoria— en el país en que residen y trabajan.

3. LAS NORMAS Y LOS HECHOS

Obviamente, el gran problema de fondo es la necesidad de zanjar la compleja relación entre el poder (político o social) y el niño. Esta relación conflictiva cuenta con larga historia y arraiga muy hondamente en convicciones y tradiciones, tabúes, rebeliones, liberaciones. Nada de esto corre apaciblemente, ni las costumbres ceden con facilidad. Existe, pues, una ardua lucha por el derecho y los derechos, también en este espacio particular. El santo y seña de la tarea ha sido la restitución —o mejor dicho: la primera entrega— de derechos a los menores, bajo criterio de juridicidad, sin perder de vista las exigencias especiales que plantea esa etapa del desarrollo del ser humano.

Los hechos resisten a las normas. El propio Ferrajoli advierte que "el problema más serio que se presenta hoy en materia de derecho de la infancia es el de la efectividad de las leyes aprobadas". Y Mary Beloff observa las contradicciones entre la esperanza cifrada en los cambios legales y la realidad estricta: "la confianza en que las modificaciones legales, por su mera ocurrencia, iban a transformar la condición material de la infancia fue excesiva". El "desafío sigue siendo cómo traducir derechos en hechos".

Cuando examina el caso de Brasil —a propósito del Estatuto del Niño y el Adolescente—, García Méndez observa una doble crisis: por una parte, de implementación; por la otra, de interpretación. En esta segunda dimensión el problema no se plantea por la complejidad del ordenamiento, sino por la disminución del subjetivismo y la discrecionalidad de los aplicadores, acostumbrados a manejar otras referencias. Frente a la difícil circunstancia, es preciso conservar —recurro de nuevo a palabras de este tratadista argentino, que cita a Lewin— una "modesta utopía". Esta tenaz expectativa debiera caracterizar los afanes de progreso, en este campo como en todos los restantes. El destino mengua, se oscurece, cuando el caminante pierde la utopía y se atiene al rigor, tan disuasivo, de los hechos.

Por supuesto, hay avances apreciables, así sean insuficientes y se hallen en constante riesgo, como todo el régimen de los derechos humanos. Es preciso reconocerlos, para no derogar el esfuerzo de quienes los han alcanzado. Esto no significa desconocer los errores y las carencias, ni desvanecer la exigencia de nuevos desarrollos. Hay que afianzar, en suma, los territorios conquistados, que ciertamente no corresponden a las pretensiones cifradas en los grandes proyectos destinados a trazar el futuro deseable, como lo fue el *Plan de Acción* de 1990, que debemos cotejar permanentemente con los datos de la realidad.

El tema de los derechos humanos de los niños y adolescentes se suscita con frecuencia a partir del conflicto con la ley penal. Por ello

deseo insistir ahora en que la justicia penal, tan "copiosamente" aplicada a niños y adolescentes, no puede colmar las lagunas de la justicia social. Sobre este último punto, vale la pena destacar la tendencia —en ocasiones moderada; en otras, desbordante— a poner sobre los hombros de los menores la culpa de la delincuencia agresiva y desmesurada. Con ello se ha generado otra figura del "enemigo" en Derecho penal —o parapenal—, que permite al Estado de policía reaparecer periódicamente desde el abismo al que lo ha querido arrojar el Estado de derecho, nuestra garantía contemporánea.

El Estado de policía vela en la sombra, dispuesto a reaparecer, como ha observado el profesor Eugenio Raúl Zaffaroni. Bien que traigamos a colación estas cuestiones, que invitan a recordar —desde una perspectiva más amplia, claro está— la vinculación entre democracia y derechos de los niños y adolescentes. Dice bien Alessandro Baratta: "La democracia es una ocasión favorable para reforzar los derechos de los niños y los derechos de los niños son o pueden ser una ocasión favorable para reforzar la democracia".

Al abordar este tema acudo a un concepto central: derechos humanos. No pretendo entrar en el deslinde entre aquéllos y los derechos fundamentales, derechos básicos, libertades, prerrogativas. Me refiero, lisa y llanamente, a los derechos de los que son titulares los niños y adolescentes bajo una doble condición: su calidad inamovible de seres humanos, sin otra investidura, y su calidad transitoria de menores de edad, sujeta al paso de los años. Esos derechos —que en tal sentido pueden ser concebidos como humanos, fundamentales, básicos, esenciales, aunque en otros sentidos existan fronteras entre aquellas voces— son el baluarte de la dignidad humana, la garantía de vida y calidad de vida, libertad y desarrollo de potencialidades, justicia y desarrollo personal.

4. ¿Niños, adolescentes, menores de edad?

Mencionaré otra cuestión terminológica, que ha llegado al tema de los niños y adolescentes, quizás más en América Latina que en Europa, como señala el *III Informe sobre Derechos Humanos. Niñez y Adolescencia* de la Federación Iberoamericana de Ombudsman (2005), un valioso panorama coordinado por el profesor Guillermo Escobar desde la Universidad de Alcalá. En estas precisiones dejo a salvo preferencias válidas, que respeto y que suelen identificar diversas corrientes de pensamiento.

¿Hablaremos de niños, niñas y adolescentes? ¿Sólo de adolescentes, en el ámbito del conflicto con la ley penal? ¿Lo haremos de menores de edad, o más concisamente, de menores? Ya dije que los

derechos de estas personas atienden a su irrevocable y universal condición humana, pero también a un dato específico que introduce exigencias características: son seres humanos que aún no han alcanzado cierta edad, a la que se reconoce determinada relevancia para efectos jurídicos.

Hagamos una rápida relación acerca del empleo de voces. El artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos —a la que también me referiré como CADH— habla de la protección de los niños, pero no define este concepto. Alude a "las condiciones de protección que (la) condición de menor requiere". El precepto 5.5 del mismo instrumento se refiere a menores. La Convención sobre los Derechos del Niño, de Naciones Unidas (1989), se refiere al niño, "ser humano menor de dieciocho años". Esta caracterización no prevalece cuando el sujeto "haya alcanzado antes (de cumplir dieciocho años) la mayoría de edad". Leída la expresión desde otro ángulo, digamos que el mayor de edad cesa de ser niño; termina así, obviamente, su condición de menor. He aquí una fuente para la equivalencia de conceptos. En las Reglas de Beijing, las Reglas de Tokio y las Directrices de Riad se alude tanto a niño como a menor. Dice la regla 2.2 de Beijing que "menor es todo niño o joven que, con arreglo al sistema jurídico respectivo, puede ser castigado por cometer un delito en forma diferente a un adulto".

Sucede que la noción de niño y adolescente se halla vinculada a determinada ideología —y práctica— acerca de esta materia, en tanto que la de menor lo está a otra, contrapuesta. Se ha considerado, inclusive, que esos términos abarcan, en sus casos respectivos, diversas concepciones o situaciones concernientes a los sujetos que designan. En efecto —dijo el Instituto Interamericano del Niño en su presentación ante la Corte Interamericana a propósito de la *OC-17*— "la llamada doctrina de la situación irregular considera que son 'niños' quienes tengan sus necesidades básicas satisfechas, y 'menores', quienes se encuentren marginados socialmente y no puedan satisfacer sus necesidades básicas".

La Corte Interamericana de Derechos Humanos no desconoció la noción jurídica sobre la mayoría de edad, vinculada a la capacidad de actuar, esto es, a la capacidad de ejercicio. Al hacer este reconocimiento, afirmó lo que es indispensable asegurar: todas las personas, independientemente de aquella capacidad, "son sujetos de derechos, titulares de derechos inalienables e inherentes a la persona humana". En la *OC-17*, la Corte sostuvo, sin entrar innecesariamente en el debate terminológico, que "para los fines que persigue esta opinión consultiva, es suficiente la diferencia que se ha hecho entre mayores y menores de 18 años". En diversos pasajes de la opinión, el Tribunal alude al menor o a los menores.

Proyectemos la denominación de los sujetos hacia el ámbito de las transgresiones a la ley penal, en el que también existen conceptos discrepantes o, en todo caso, diferentes. Una apreciable corriente, que aborda estos temas bajo el rubro de delincuencia de adolescentes, responsabilidad penal de éstos o derecho penal aplicable a dichos sujetos, no soslaya, sino admite, el empleo de las expresiones que adjudican a los jóvenes la condición de delincuentes.

Por su parte, las Directrices de Riad advierten: "La política y las medidas (de prevención de la delincuencia) deberán incluir: (...) f) La conciencia de que, según la opinión predominante de los expertos, calificar a un joven de 'extraviado', 'delincuente' o 'predelincuente' a menudo contribuye a que los jóvenes desarrollen pautas permanentes de comportamiento indeseable". He aquí, una vez más, la preocupación por el peso de las palabras en el marco de cierta circunstancia.

5. Derecho y justicia para menores

Se ha construido un ordenamiento, una disciplina o una rama del orden jurídico concerniente a los niños y adolescentes o menores de edad. Es así que el Derecho objetivo rescata las especificidades de estos sujetos en el marco de las prevenciones generales: políticas, civiles, familiares, mercantiles, laborales, agrarias, procesales, penales, etcétera. Se trata de un Derecho "para" los niños y adolescentes, pero también "para" los adultos y "hacia" el Estado, que deben respetar y garantizar sus mandamientos y actuar en consecuencia.

Los juristas que elaboraron este sector del Derecho objetivo defendieron su autonomía normativa y científica, que no podría desentenderse de conceptos generales e ideas de alcance universal que gravitan sobre todas las ramas del Derecho. No es posible construir el sistema jurídico *ex novo*, so pretexto de especialidad. Semejante construcción puede generar soluciones extravagantes y alterar la seguridad jurídica. Mucho menos se debe pretender que la autonomía extraiga del orden constitucional (que aloja valores y principios supremos) a los sujetos y a las relaciones jurídicas que les atañen. De ahí la crítica severa de García Méndez: "la tal mentada autonomía" del derecho de "menores en realidad constituía una autonomía (total) del derecho constitucional".

Si reprobamos y excluimos la pretensión de construir un orden especial para determinada categoría de sujetos al margen del orden general que previene la Constitución —salvedad inadmisible—, podremos convenir en que la regulación destinada a determinado conjunto de personas, para normar ciertas relaciones jurídicas, con un designio específico y bajo reglas particulares, posee características

especiales que la distinguen de otros sistemas o subsistemas normativos. En este sentido, que no implica rechazo de los valores y principios constitucionales, se puede hablar, con cautela, de cierta autonomía normativa, jurisdiccional y científica.

¿Dónde ubicar la justicia para menores, como función del Estado y expresión de política, o como servicio público? Por supuesto, este emplazamiento se conecta con las características del Estado y de la sociedad en los que aquélla se erija, desarrolle y ejerza: para perfilar la justicia de menores habrá que ver a qué Estado y a qué sociedad nos referimos: si Estado social y sociedad democrática o Estado de policía y sociedad autoritaria.

Las Reglas de Beijing consideran que la justicia para menores "se ha de concebir como una parte integrante del proceso de desarrollo nacional de cada país y deberá administrarse en el marco general de la justicia social para todos los menores, de manera que contribuya a la protección de los jóvenes y al mantenimiento del orden pacífico de la sociedad" (Regla 1.4). Una vez más: la justicia penal no podría suplantar a la justicia social en la conducción y el amparo de la vida comunitaria, y tampoco podría asumir o absorber la justicia para menores, si entendemos ésta como lo proponen aquellas Reglas. Es natural, por lo tanto, que la administración de la justicia de menores se pliegue a los designios plausibles del desarrollo: "La prestación de servicios en la administración de justicia de menores —disponen las Reglas— se preparará y ejecutará de modo sistemático como parte integrante de los esfuerzos de desarrollo nacional".

6. Acceso a la justicia

Es preciso ir más allá de las proclamaciones sobre justicia en general y derecho individual a la justicia. No bastan. Existe el apremio, ampliamente reconocido y trabajosamente servido, con resultados que suelen ser modestos, de asegurar el acceso a la justicia. Se debe garantizar que quien invoca un derecho pueda lograr, efectivamente, que la promesa de justicia arraigue en la realidad: "su" realidad personal y concreta. En otros términos, es preciso resolver ese "agujero negro del sistema judicial", como lo ha llamado la magistrada Alicia E. Ruíz; enfrentar ese "espacio —invoco palabras de la misma magistrada argentina— 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".

Por supuesto, la convocatoria a superar los problemas del acceso a la justicia —y, en fin de cuentas, los de justicia en general— no puede reducirse a la "administración de justicia" en sentido estricto —or-

gánico, funcional—, sino extenderse a todos los ámbitos del Estado. Los postulados contenidos en las Reglas debieran traducirse, como indica Ricardo Lorenzetti, presidente de la Corte Suprema de Argentina, en "políticas de Estado orientadas en un mismo camino (son) un mensaje a los demás poderes del Estado".

En el caso de los menores, el acceso a la justicia significa, entre otras cosas, que el niño o adolescente justiciables accedan a la jurisdicción que resolverá sus pretensiones (o las que otros formulen en su nombre) y a la práctica de los derechos que reúne o resume su "interés superior", entendido en la forma que luego referiré: suma de derechos. Obviamente, esto último posee una gran amplitud, que desborda los temas estrictamente jurisdiccionales.

Mauro Cappelletti sostuvo, con absoluta razón, que el acceso a la justicia es "el más fundamental de todos los derechos". Relaciónese esta afirmación con el perfil que Bobbio encuentra en el llamado Estado de Derecho: calificamos de esta manera a los Estados "en que funciona regularmente un sistema de garantías de los derechos humanos". Vincúlense estas expectativas con el establecimiento y la operación del debido proceso, "piedra angular del sistema de protección de los derechos humanos", como dice Cecilia Medina Quiroga, actual presidenta de la Corte Interamericana. Cuando Pedro Bertolino, apreciado procesalista argentino, se refiere al derecho al proceso y a la jurisdicción, entendido como derecho humano, sostiene enfáticamente que no se trata de cualquier acceso a los tribunales, sino viene al caso la "efectiva vigencia de las funciones democráticas del Estado de Derecho (...) en cuanto éste no sólo 'debe' al ciudadano un proceso penal, sino que asimismo ese '*debitum*' incluye el ser tramitado dicho proceso con todas las garantías".

Al examinar la situación de los niños y adolescentes o menores de edad desde la perspectiva de los derechos humanos, reiteremos que la justicia especializada en aquellos justiciables no debiera ser —pero suele ser— una justicia de "segunda", despojada de recursos, desviada de su naturaleza y de sus propósitos, encomendada a cualesquiera órganos y personas, en forma tal que consume, aunque no se lo proponga, una irritante discriminación que victimiza de nueva cuenta al justiciable. Tampoco el derecho aplicable a los menores debiera tener carácter marginal, residual, casi simbólico, elaborado con impericia o negligencia.

7. Constitución y derecho internacional. Ambitos mundial y americano

Si se habla de protección o tutela de los derechos humanos de los menores de edad, hay que aludir tanto a los instrumentos nacionales

como a las regulaciones internacionales. La primera línea de defensa —y, lamentablemente, de ofensa— reside en los Estados, obligados por sus propias normas —tradiciones e ideologías— a reconocer y garantizar los derechos primordiales de los sujetos que se encuentran bajo su jurisdicción. Las Constituciones reconocen que los niños y adolescentes son titulares de los derechos generales que proclaman. Algunas contienen, asimismo, mandamientos específicos de protección. Estos corresponden a la categoría de los derechos que "deben ser garantizados como fundamentales" —señala Ferrajoli—, a la luz de "criterios axiológicos sugeridos por la experiencia histórica del constitucionalismo, tanto estatal como internacional". En este sector aparecen las "leyes del más débil".

Hoy día existe, además, un vasto conjunto de protecciones internacionales: declaraciones, tratados y garantías (jurisdiccionales y no jurisdiccionales) en torno a los niños y adolescentes. Veamos algunas de sus principales expresiones en los órdenes mundial y regional americano. En aquél rige la Convención de Derechos del Niño, de Naciones Unidas, de 1989, que ya mencioné. Suscrita por casi todos los Estados de la comunidad internacional —con dos salvedades—, ha significado un parteaguas, punto de arribo para los trabajos del pasado y de partida para los afanes del futuro, en la historia del reconocimiento internacional de los derechos de los menores de edad, con fuerte proyección nacional. Instituye una instancia de supervisión: el Comité de Derechos del Niño.

La Convención pone a cargo de los Estados ciertos deberes de respeto y garantía de derechos: "los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción" (artículo 2). Igualmente, adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención" (artículo 4). La atención a los derechos económicos, sociales y culturales —sujeta a la acostumbrada regla de progresividad— obliga "hasta el máximo de los recursos de que dispongan" los Estados.

La Convención, que ofrece excelencias, también presenta flancos para la crítica, como suele ocurrir en tratados que congregan múltiples puntos de vista, intereses, pretensiones, costumbres, tensiones nacionales, y que son el producto, por lo tanto, de una negociación y un consenso, laboriosos y complejos, encauzados hacia la búsqueda de coincidencias y la superación o exclusión de discrepancias.

Mary Beloff advierte que las deficiencias de la Convención favorecieron el consenso de los Estados: reservas incompatibles con el objeto y el fin del tratado; limitaciones a derechos arraigadas en con-

ceptos tradicionales; débil exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales; insuficiente mecanismo de control frente a la actuación de los Estados; ausencia de temas polémicos y adopción de estándares imprecisos. Entre otros puntos cuestionables, menciona que la Convención fue "planteada como techo (de los derechos de los niños) y no como piso"; que ocupó "la centralidad del debate en torno de la protección de la infancia" y que "lleva lo políticamente correcto a extremos paradigmáticos".

En el ámbito americano hay espacios pendientes de ordenamientos regionales que enriquezcan, con datos específicos, el *corpus juris* de los derechos humanos. Tienen que ver con ciertos temas y determinados grupos, a los que hasta ahora se han referido, en mayor o menor medida, los organismos de protección regional: indígenas, migrantes, debido proceso, identidad, bioética y menores de edad. Habría que avanzar en la precisión de los derechos del "niño americano" o del "niño en las Américas", con todos los problemas que ello entraña, pero también con todas las ventajas que este tratamiento especial pudiera traer consigo.

La existencia de normas mundiales —si las hay— no excluye la emisión de disposiciones regionales, como se advirtió al tiempo de elaborar el proyecto de Convención Americana sobre Derechos Humanos, posterior a los Pactos Internacionales de Naciones Unidas. La normativa interamericana relevante para nuestro tema abarca tanto las disposiciones de observancia general, es decir, las que consagran los "derechos de todos", inclusive menores de edad, y las normas relacionadas explícitamente con derechos de estos sujetos.

Esa normativa inicia en el artículo VII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, de 1948, que se refiere, bajo el epígrafe de los derechos concernientes a la maternidad y a la infancia, al derecho de todo niño a "protección, cuidados y ayuda especiales". En el *corpus juris* regional de los derechos humanos, el tema que ahora nos interesa figura tanto en la Convención Americana, de la que deriva la jurisprudencia de la CorteIDH, como en el Protocolo de San Salvador, en torno a derechos económicos, sociales y culturales.

En el Pacto de San José, la materia se aloja en un precepto específico, el artículo 19, concentrado en los "Derechos del Niño", y en varias disposiciones que aluden a la situación y los derechos de los menores de edad, a propósito de otras cuestiones con variado alcance objetivo o subjetivo: pena de muerte (artículo 4.5), integridad personal, o mejor aún, proceso y tratamiento (artículo 5) y libertad de expresión (artículo 13).

Es crucial el artículo 19: "Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su fa-

milia, de la sociedad y del Estado". Esta disposición tiene precedente en el artículo 24 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. En el proyecto que culminó en la Convención de 1969, el artículo 18 —que al cabo de las deliberaciones sería 19— contaba con dos incisos, inspirados en el Pacto de Naciones Unidas. El inciso a) se convertiría en artículo 19, y el b), sobre derecho a la nacionalidad, se trasladaría al 20.2, ya no como derecho del niño, sino de cualquier persona.

La Comisión I de la Conferencia de San José conoció el proyecto. La deliberación fue breve. Sólo hubo una sugerencia de cambio. El delegado de Uruguay, Julio César Lupinacci, propuso un giro diferente para el precepto cuyo proyecto se consultaba: "La maternidad, la niñez, la invalidez y la vejez tienen derecho a una protección social adecuada". El delegado de Brasil, Carlos A. Dunshee de Abranches, propuso la consideración de estos temas al examinar los derechos económicos y sociales. Así se acordó, sin mayor debate.

El artículo 19 contiene referencias de suma importancia, alguna de las cuales va más allá —en cuando a los sujetos obligados— del punto al que explícitamente llegan los restantes derechos previstos en el Pacto de San José. Efectivamente, hay un amplísimo conjunto de obligados a proveer medidas de protección en favor de los niños: familia, sociedad y Estado. En otros términos, existe un deber universal de tutela o de cuidado, que no se plantea en el supuesto de otros derechos y libertades. Además, la inclusión del precepto abre la puerta al control de convencionalidad por parte de la jurisdicción interamericana en la vía contenciosa (además, obviamente, de la consultiva), por lo que toca a la conducta de agentes públicos y privados (estos últimos, según la obligación de vigilancia, diligencia o garantía del poder público).

Dije que la Convención Americana contiene, por otra parte, alusiones relevantes a la situación de los menores incluidas en preceptos de tema general. Tales son los casos, según el orden de aparición en la escena, del artículo 4.5, que proscribe la imposición de la pena de muerte en determinadas hipótesis asociadas con la edad; el artículo 5.5, que examina, bajo el rubro del "Derecho a la integridad personal", una materia que debió quedar alojada en otro lugar de la Convención: características del enjuiciamiento de los menores procesables, y el artículo 13.4: censura de espectáculos "para la protección moral de la infancia".

El Protocolo de San Salvador, de 1988, retoma directamente el derecho de la niñez, además del impacto que otros derechos económicos, sociales y culturales puede tener —y tiene— sobre la situación jurídica de los menores de edad: en cuestiones de la familia y el traba-

jo, por ejemplo. El artículo 16 del Protocolo, alusivo al derecho de la niñez, no figura entre los preceptos que abren la puerta a la justiciabilidad de derechos de segunda generación. No obstante, la Corte puede conocer —y ha conocido— de conflictos entre el poder público y el menor que pudieran interesar a los derechos económicos, sociales y culturales, en situaciones analizadas bajo otras disposiciones de la Convención Americana, en concordancia —para reconocer la especificidad del caso— con el artículo 19 de ésta. Existe, pues, un medio para reforzar la protección del menor.

8. Premisa: el menor, sujeto de derechos. Principio de juridicidad

Del conjunto normativo sobre la materia que estoy examinando —como aparece recogido y analizado por la jurisprudencia de la Corte Interamericana— se desprenden una premisa y ciertos principios acuñados por el Derecho nacional de factura reciente y por el Derecho internacional de los derechos humanos, bajo determinadas modalidades y matices.

La premisa que se debe mencionar aquí, claramente invocada por la Corte, señala que los niños son titulares de derechos y no objeto de protección. Esta es una referencia de primer orden. En torno a ella se desarrolla el Derecho actual de la infancia. Al examinar este punto, la Corte se refirió al acento que pusieron los redactores del artículo 19 de la CADH en "asegurar la debida protección mediante mecanismos estatales orientados al efecto". Hoy día, afirmó el tribunal en la *OC-17*, "debe darse una interpretación dinámica de este precepto que responda a las nuevas circunstancias sobre las que debe proyectarse y atienda a las necesidades del niño como verdadero sujeto de derecho y no sólo como objeto de protección" (párr. 28). Sobre este punto existe amplia doctrina. En ella mencionaré, por lo que toca al sector que sostiene la persistente admisión histórica del menor (infractor) como sujeto de derechos, sin reducirlo a ser objeto de protección, la reivindicación que hace mi compatriota doctora Ruth Villanueva.

En el contexto de las afirmaciones de la Corte, que traen a cuentas la relectura de normas de la Convención, resulta interesante señalar que la jurisprudencia interamericana, atenta a los pronunciamientos de otros órganos de la justicia internacional, se ha ocupado en señalar que los tratados internacionales son "instrumentos vivos", cuya interpretación debe atender a la evolución de la materia sobre la que versan y de las circunstancias en las que se aplican.

Establecido, pues, que el menor es titular de derechos y que éstos no pueden significar reducción en la tutela de bienes jurídicos, si

se compara con el régimen de protección instituido para los adultos, parece natural afirmar el imperio del principio de juridicidad en esta materia, entendido como subordinación de la conducta (del Estado, la sociedad, la familia y otros sujetos de relaciones jurídicas o agentes del poder) a la normativa plena de los derechos humanos. La vigencia del principio de juridicidad no descarta el vigor de otro principio, del que adelante me ocuparé, que confiere sentido preciso, natural, genuino, a la proclamación de los derechos y de sus beneficios: el principio de especificidad.

9. Interés superior

A la cabeza de los principios que rigen esta materia se halla el denominado "interés superior" del niño, la niña, el adolescente, el menor de edad. Se trata del principio garantista por excelencia, regla sustantiva proyectada sobre todos los extremos de la cuestión: la tarea legislativa, el desempeño jurisdiccional, la aplicación administrativa, las políticas públicas. Aparece con frecuencia en los documentos concernientes al menor. Así, en el principio 2 de la Declaración de los Derechos Humanos del Niño, de 1959, a título de consideración fundamental para la protección especial y la dotación de oportunidades y servicios. En el punto 7 de la misma Declaración se le concibe como principio rector de la responsabilidad de los encargados de educar y orientar al niño.

La Convención de Naciones Unidas, de 1989, invoca con gran frecuencia el interés superior del menor: por lo menos ocho veces, en los artículos 3.1, 9.1, 9.3, 18.1, 20.1, 21.1, 37.c, y 40.2 b.III. Este tratado ampara la consideración primordial del principio en las "medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos" (artículo 3.1). Lo atrae como preocupación fundamental de los padres a los fines de la crianza y el desarrollo del niño (artículo 18.1). Lo destaca en el régimen de la adopción (artículo 21). A su vez, el Comité de los Derechos del Niño lo aprecia como principio "rector-guía" de la Convención de 1989.

Con las mismas o semejantes expresiones, que es posible interpretar dentro del "espíritu" de este principio, hay referencias en otros ordenamientos, que destacan para la atención de las conductas contraventoras de la ley penal. Por ejemplo, las Reglas de Beijing: "El procedimiento favorecerá los intereses del menor (...)" (Regla 14.1). "En el examen de los casos se considerará primordial el bienestar del menor" (Regla 17.1,d).

La idea de un "interés superior del niño" suscita cuestiones importantes. Ante todo, ¿en qué consiste ese interés? ¿Quién lo pondera?

¿Cómo repercute sobre los derechos fundamentales reconocidos? En un interesante ensayo de caracterización, Miguel Cillero Bruñol señala que el interés superior del niño significa "nada más pero nada menos que la satisfacción integral de sus derechos". Bajo este concepto, el principio orienta la solución de los conflictos de derechos. Ruh Villanueva escribe que "el interés supremo del menor se entiende dentro de un marco jurídico correspondiente a un principio de equidad que hace referencia al derecho subjetivo del menor, en tanto cumple una función correctora e integradora de las normas legales, concepto que muestra (...) una notoria vinculación con el papel reservado a la equidad como moderadora de la aplicación de la ley en el caso específico".

Inevitablemente, el interés superior del niño no se aprecia, pondera o actualiza desde el niño mismo —como pudiera suceder en el caso de otras categorías de sujetos, con poder propio en el debate social y en las decisiones legislativas—, sino desde fuera: el sujeto responsable del menor, la sociedad o la autoridad llamados a subordinar su conducta y sus decisiones al interés superior del niño. Esto lleva a conclusiones siempre opinables. Es explicable que se quiera corregir esta "debilidad política" del menor. Entre los correctivos figura la recepción del derecho del niño y el adolescente a expresar su parecer —que deberá ser tomado en cuenta seriamente— en supuestos de elección, duda o controversia.

En la *OC-17*, la Corte Interamericana se refirió al interés superior como "principio regulador de la normativa de los derechos del niño", fundado "en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades, así como en la naturaleza y alcances de la Convención sobre los Derechos del Niño" (párr. 59).

10. Protección integral

Veamos otro principio, estrechamente relacionado con el anterior, como sucede con todo el haz de normas que rigen esta materia. Me refiero a la protección integral del sujeto, que apunta hacia su desarrollo pleno, el más amplio desenvolvimiento de sus potencialidades. Ocurre, asimismo, que el desarrollo integral se aprecia y mide desde fuera del niño, conforme a ciertos patrones o referencias culturales, siempre controvertibles.

Es interesante la crítica que en este punto externa Mary Beloff: "no sabemos —dice— qué significa 'protección integral', ni siquiera la Corte Interamericana de Derechos Humanos lo ha podido definir a

la fecha". Prosigue: "La expresión ha sido tomada a partir de los años 90 para evidenciar el contraste con el modelo legislativo anterior, denominado (aun por mí misma) también con algo de ligereza, de 'situación irregular'. Estas categorías fueron trasladadas, a los fines explicativos, del contexto brasileño al resto del continente pero, en rigor, tal desplazamiento es susceptible de varias críticas".

En todo caso, podemos sostener que la protección integral se traduce en el encauzamiento de la regulación y de las acciones, es decir, de las normas y las políticas, a la atención de niños y adolescentes conforme al interés superior de éstos. Implica una regla de múltiple alcance: sustantiva, orgánica y adjetiva, que también compromete a los diversos obligados que menciona el artículo 19 de la Convención Americana: familia, sociedad y Estado. Los Estados deben adoptar medidas para la plena protección de los derechos de los niños, inclusive, por supuesto, los derechos económicos, sociales y culturales, "evitando retrocesos y demoras injustificadas y asignando a este cumplimiento los mayores recursos disponibles" (párr. 111).

Una importante vertiente de este deber se proyecta en el derecho a la vida, que la Corte Interamericana analiza con un alcance mucho mayor que el correspondiente a la prohibición de privación arbitraria de la existencia: abarca también el derecho del sujeto a "que no se le impida el acceso a las condiciones que le garanticen una existencia digna" (caso *Niños de la Calle*, sentencia de fondo, párr. 144). El Estado se halla obligado a "adoptar medidas especiales de protección y asistencia a favor de los niños bajo su jurisdicción" (id., párr. 146). Las medidas de que habla el artículo 19 —puntualizó el tribunal interamericano en la sentencia del caso *Instituto de Reeducación del Menor*— "exceden el campo estricto de los derechos civiles y políticos (...) abarcan aspectos económicos, sociales y culturales que forman parte principalmente del derecho a la vida y del derecho a la integridad personal de niños" (párr. 149).

La obligación estatal de protección no se reduce, desde luego, a la conducta de los agentes del Estado: activa u omisiva. Este debe proteger al niño de malos tratos en su relación con las autoridades públicas y en las relaciones interindividuales o con entes no estatales. La ausencia de medios y remedios de tutela, el desentendimiento sobre la suerte de los menores, la abstención pública frente a abusos particulares entrañan otras tantas formas de violación de los derechos de niños y niñas, que pueden traer consigo responsabilidad internacional del Estado. En la *OC-18*, a la que ya me referí, y en diversas sentencias sobre asuntos contenciosos la Corte ha analizado la responsabilidad estatal por conductas de terceros, tema relevante de la jurisprudencia interamericana.

En el espacio de la protección integral y de los agentes idóneos para brindarla, destaca la presencia de la familia. El Derecho nacional y el Derecho internacional de los derechos humanos han cargado el acento sobre el papel del agregado familiar en el cuidado y el desenvolvimiento de los niños. En la *OC-17,* La Corte Interamericana puntualizó que el Estado debe "resguardar el rol preponderante de la familia en la protección del niño " (párr. 88); que "la familia debe proporcionar la mejor protección contra el abuso, el descuido y la explotación" (párr. 103); que el proceso administrativo de protección "debe apuntar a que el niño continúe vinculado con su núcleo familiar, si esto es posible y razonable" (párr. 103); y que el niño "debe permanecer en su núcleo familiar, salvo que existan razones determinantes, en función del interés superior de aquél, para optar por separarlo de la familia" (párr. 72).

11. Igualdad y especificidad

En este campo se debe analizar el principio de igualdad ante el derecho, con sus implicaciones en la titularidad y el ejercicio de los derechos. Ahora bien, igualdad no supone exclusión de regímenes particulares que se proponen mejorar la situación de sus destinatarios y, en fin de cuentas, proveer a la mayor igualdad material posible. A los derechos "de todas las personas" se añaden los "derechos de los niños", como de los integrantes de otros grupos humanos, abarcados por el proyecto de igualación, equidad, compensación, etcétera.

La Corte Interamericana cuenta con pronunciamientos numerosos y directos acerca de la igualdad y de los correctivos especiales plausibles, que no significan discriminación. Esto conduce a la admisión de otro principio, que posee especial gravitación en el régimen de los niños y los adolescentes —como también en los sistemas o subsistemas atinentes a miembros de otros grupos, sectores o conjuntos de población—, el principio de especificidad.

Especificidad significa provisión de medios especiales para el menor de edad, en procuración de su interés y de su desarrollo y protección integral. Bajo esta regla —también con alcances sustantivo, orgánico y adjetivo— no basta la adopción de medidas generales, como las correspondientes a los titulares de derechos humanos en general. Hay diferencia entre adultos y menores: no porque éstos queden sustraídos de las defensas y garantías que amparan a aquéllos, sino en el sentido de que reclaman medidas adicionales, instrumentales, igualadoras, prácticas, que permitan el logro verdadero de los objetivos propuestos y el ejercicio efectivo de los derechos reconocidos. La igualación formal entre adultos y menores —todos los individuos

son iguales ante la ley— puede generar condiciones de injusticia e inequidad que pongan en predicamento los derechos de los menores de edad, o los lleven al naufragio.

Se impone el reconocimiento y la aplicación de un *plus* —nunca un *minus*— que reconozca la realidad de niños y adolescentes y coloque a éstos en situación de disfrutar de derechos que, en otro caso, serían proclamas en el vacío. Como señala Mary Beloff, "en un modelo de protección integral la circunstancia de estar creciendo no implica perder la condición de sujeto. Por el contrario, estos sujetos precisamente por esta circunstancia cuentan con algunos derechos extra además de los que tienen todas las personas".

Hay estipulaciones que conviene recordar a este respecto. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos obliga a "adoptar medidas especiales de protección y asistencia a favor de todos los niños y adolescentes", y la Convención de Naciones Unidas dispone promover "siempre que sea apropiado y deseable la adopción de medidas para tratar a esos niños (infractores de la ley penal) sin recurrir a procedimientos judiciales, en el entendimiento de que se respetarán plenamente los derechos humanos y las garantías legales" (artículo 40.3,b).

En la *OC-17* —que por supuesto no es el único texto alusivo a esta materia—, el tribunal puntualiza la necesidad de "reconocer y respetar las diferencias de trato que corresponden a diferencias de situación, entre quienes participan en un procedimiento" (párr. 96). Asimismo, observa que el ejercicio de los derechos procesales, en el caso de los niños, "supone, por las condiciones especiales en que se encuentran los menores, la adopción de ciertas medidas específicas con el propósito de que gocen efectivamente de dichos derechos y garantías" (párr. 98). La protección del niño y el adolescente "debe brindarse con la intervención de instituciones debidamente calificadas para ello" (párr. 78), es decir: especiales. El enjuiciamiento de quienes incurran en conductas penalmente típicas incumbe "sólo a órganos jurisdiccionales específicos distintos de los correspondientes a mayores de edad" (párr. 109).

En casos contenciosos hay resoluciones que apuntan en la misma dirección. Veamos sólo algunas. En la sentencia del famoso caso de los *Niños de la Calle* (1999) la Corte destacó medidas especiales cubiertas por el artículo 19 de la Convención Americana: "merecen ser destacadas las referentes a la no discriminación, a la asistencia especial a los niños privados de su medio familiar, a la garantía de la supervivencia y el desarrollo del niño, al derecho a un nivel de vida adecuado y a la reinserción social de todo niño víctima de abandono o explotación" (párr. 196). Se dijo en la sentencia del caso de la *Comu-*

nidad Sawhoyamaxa (2006) que de los artículos 1.1 y 2 de la CADH "derivan deberes especiales, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentra, como pobreza extrema, marginación o niñez" (párr. 154). Y en la sentencia del caso de las *Masacres de Ituango* quedó establecido que "el artículo 19 de la Convención Americana debe entenderse como un derecho complementario que el Tratado establece para seres humanos que por su desarrollo físico y emocional necesitan medidas de protección especial" (párr. 244).

A esta altura de la exposición podríamos hacer referencia al trato que se debe a los niños y adolescentes —éstos, principalmente— que incurren en conductas previstas como delictuosas por la ley penal, es decir, hechos típicos. Esta materia ha promovido intensos debates. Es, probablemente, la que suscita mayores encuentros y desencuentros: ora en pro de la admisión de los menores en el ámbito —modificado— del ordenamiento penal, a título de responsables de delitos, ora en favor de la sustracción completa de esos sujetos del ámbito del Derecho penal.

No pretendo examinar con detalle estas cuestiones. Me concentraré en la posición adoptada por la Corte Interamericana en la opinión consultiva *OC-17*. Previamente, creo necesario recordar que el artículo 40 de la Convención de Naciones Unidas estatuye que "los Estados tomarán todas las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes", y en particular se establecerá una edad por debajo de la cual se presume la incapacidad del sujeto de infringir la ley penal (que no deberá ser "demasiado temprana": Regla 4.1 de Beijing), así como medidas para "asegurar que los niños sean tratados de manera apropiada para su bienestar y que guarde proporción tanto con sus circunstancias como con la infracción".

Digamos, ante todo, que existe una rotunda afirmación del principio de legalidad. No es admisible reaccionar frente al menor —o contra el menor— a partir de conductas que no se hallen previstas en la ley. En este sentido es uniforme el pronunciamiento internacional: Convención de Naciones Unidas y Directrices de Riad, por ejemplo. La Corte Interamericana, que examinó los temas de la tipicidad, la imputabilidad y la culpabilidad, rechazó claramente cierta solución tradicional que ha declinado: "Es inadmisible que se incluya en esta hipótesis la situación de los menores que no han incurrido en conducta penalmente típica, pero se encuentran en situación de riesgo o peligro (...) y menos aún la de aquellos otros que sim-

plemente observan un comportamiento diferente del que caracteriza a la mayoría (...)".

En todos los casos —esto es, los de comisión de una conducta típica o los que sugieren, fuera de este supuesto, la protección del Estado— es indispensable observar el debido proceso legal, que extiende sus reglas a los procedimientos jurisdiccionales y administrativos. La posición de la Corte es enfática: "Las reglas del debido proceso y las garantías judiciales deben aplicarse no sólo a los procesos judiciales, sino a cualesquiera otros procesos que siga el Estado, o bien, que estén bajo la supervisión del mismo" (párr. 117). En el punto del debido proceso, la Corte sigue las orientaciones derivadas de las Reglas de Beijing (caso *Instituto de Reeducación del Menor*, párr. 211). La consideración se extiende al menor y a las personas de las que éste depende: también los responsables legales pasan a cumplir una función en la escena del juicio. Es claro, sostiene la Corte, que los niños que se hallan en situación de riesgo o daño "no quedan inmediatamente privados de derechos y sustraídos a la relación con sus padres o tutores y a la autoridad de éstos. No pasan al 'dominio' de la autoridad (...)" (*OC-17*, párrs. 112-114).

Entre las reglas del debido proceso cuenta la defensa, y en ésta figura la audiencia al propio adolescente. Hay matices al respecto: "El aplicador del derecho —entiende la Corte— debe tomar en consideración las condiciones específicas del menor" "La capacidad de decisión de un niño de 3 años no es igual a la de un adolescente de 16 años. Por ello debe matizarse razonablemente el alcance de la participación del niño en los procedimientos" (*OC-17*, párrs. 101-102). Subrayaré, sin embargo, que la tendencia dominante favorece la participación del menor en el conocimiento de su propio caso. Esta debiera tener, en concepto de Baratta, el alcance más amplio, "abarcando todas las interacciones formalizadas, semiformalizadas y hasta las informales, entre cualquier funcionario público o autoridad administrativa y el ciudadano-niño".

Si bien existe discontinuidad entre las corrientes tradicionales y las contemporáneas sobre el trato jurídico de los menores, e incluso cortes tajantes, rupturas radicales, sucede que en el polémico asunto de la infracción penal, donde el debate es enconado, también hay líneas constantes que plantean, quizás, "lo que podría considerarse —en palabras de Mary Beloff— como 'cierta' continuidad entre el antiguo modelo de la situación irregular y el de la protección integral". En concepto de la autora mexicana Ruth Villanueva, existe "la necesidad de fortalecer un procedimiento especial para los menores infractores, no un procedimiento penal (...) sino un real procedimiento especializado de conformidad con la legislación nacional e interna-

cional, que verdaderamente responda a principios propios que privilegien el interés supremo del menor".

En mi voto razonado a propósito de la *OC-17*, sostuve la posibilidad y pertinencia de una tercera vía que acoja las ventajas del antiguo proyecto tutelar y de la doctrina de la protección integral. Me permitiré reiterar, sin más comentario, lo que expuse sobre este punto polémico, siempre dentro de la hipótesis, por supuesto, de que trabajaremos con las mejores ideas y las intenciones más justicieras y generosas, no con los deslices y desaciertos que han menudeado en diversas trincheras de ayer y de ahora.

En ese voto señalé, pues, que "si se toma en cuenta que la orientación tutelar tiene como divisa brindar al menor de edad un trato consecuente con sus condiciones específicas y darle la protección que requiere (de ahí la expresión "tutela"), y que la orientación garantista tiene como sustancial preocupación el reconocimiento de los derechos del menor y de sus responsables legales, la identificación de aquél como sujeto, no como objeto del proceso, y el control de los actos de autoridad mediante el pertinente aparato de garantías, sería posible advertir que no existe verdadera contraposición, de esencia o de raíz, entre unos y otros designios. Ni las finalidades básicas del proyecto tutelar contravienen las del proyecto garantista, ni tampoco éstas las de aquél, si unas y otras se consideran en sus aspectos esenciales".

La "oposición real existe entre lo tutelar y lo punitivo, en un orden de consideraciones, y entre lo garantista y lo arbitrario, en el otro. En fin de cuentas, donde parece haber contradicción puede surgir, dialécticamente, una corriente de síntesis, encuentro, consenso (...) Por una parte, la síntesis retendría el designio tutelar del niño, a título de persona con específicas necesidades de protección, al que debe atenderse con medidas de este carácter, mejor que con remedios propios del sistema penal de los adultos. Esta primera vertebración de la síntesis se recoge, extensamente, en la propia Convención Americana, en el Protocolo de San Salvador y en la Convención sobre los Derechos del Niño, que insiste en las condiciones específicas del menor y en las correspondientes medidas de protección, así como en otros instrumentos convocados por la Opinión Consultiva (*OC-17*): Reglas de Beijing, Directrices de Riad y Reglas de Tokio (párrs. 106-111). Y por otra parte, la síntesis adoptaría las exigencias básicas del garantismo: derechos y garantías del menor. Esta segunda vertebración se aloja, no menos ampliamente, en aquellos mismos instrumentos internacionales, que expresan el estado actual de la materia.

"En suma, el niño será tratado en forma específica, según sus propias condiciones, y no carecerá —puesto que es sujeto de derecho, no

apenas objeto de protección— de los derechos y las garantías inherentes al ser humano y a su condición específica. Lejos de plantearse, pues, la incorporación del menor al sistema de los adultos o la reducción de sus garantías, se afianzan la especificidad, de un lado, y la juridicidad, del otro".

12. MEDIOS ALTERNATIVOS

Con frecuencia creciente se plantea, así para los menores como para los adultos, la posibilidad de resolver controversias a través de medios alternativos de la solución judicial tradicional: recursos compositivos que ponen en el centro de la escena la voluntad de los contendientes y su capacidad para hallar, juntos, una salida mejor que la sentencia imperiosa del tribunal. La Corte Interamericana se ha pronunciado a favor, pero con cautela, prudencia que no debiera ser ajena a las composiciones entre adultos: lo mismo las verticales, que provienen del "acuerdo" entre la autoridad y el infractor, que las horizontales, que surgen del "entendimiento" entre los litigantes.

Si es preciso actuar con cuidado —mucho cuidado— en el escenario de los adultos, no es posible hacer otra cosa, sino más, mucho más, en el de los menores. De ahí el pronunciamiento del tribunal supranacional: son "plenamente admisibles los medios alternativos de solución de las controversias (...), siempre sin menoscabo de los derechos de las personas. Por ello es preciso que se regule con especial cuidado la aplicación de estos medios alternativos en los casos en que se hallan en juego los intereses de los menores de edad" (párr. 135).

13. GARANTÍA PROCESAL

Considero que otro principio del moderno ordenamiento sobre los menores de edad podría recogerse bajo el rubro de "garantía procesal" o régimen de garantías. También posee dimensiones sustantiva, orgánica y adjetiva. Implica la provisión de medios, instrumentos, recursos, instituciones, figuras jurídicas y de otro carácter que se hallen a la mano de los niños y adolescentes —o de quienes están a cargo de ellos— para recuperar sus derechos, lograr el reconocimiento de éstos, evitar su mengua, hacerlos efectivos.

El Derecho internacional de los derechos humanos, que administra a favor del hombre el delicado encuentro entre la dignidad humana y sus razones y exigencias, por una parte, y el poder público, por la otra, contiene dos espacios de tutela, mutuamente condicionados: el reconocimiento de los derechos y las libertades, y la garantía de unos y otras, generalmente a través de organismos y procedimientos.

Se requiere, por supuesto, el amplio reconocimiento social, que es la circunstancia tutelar de los derechos; pero es preciso disponer de medios claramente establecidos, funcionales, a la altura de las necesidades y de las expectativas, para que ese reconocimiento cale en la vida cotidiana y se traslade al ejercicio efectivo de los derechos y las libertades. Aquí cobran presencia los medios y remedios procesales y la calidad, oportunidad y energía de la jurisprudencia.

14. Interpretación

El principio de interpretación de normas posee enorme relevancia en esta materia. Se trata de la regla que permite una lectura pertinente —"finalista", si cabe la expresión— de las normas tutelares de los derechos humanos. Añadiré, en forma paralela y coincidente, la regla de integración cuando se enfrenta el vacío normativo y viene al caso regular la solución del conflicto en la forma en que lo hubiera hecho el legislador (pero en la circunstancia en que lo debe hacer el aplicador) si hubiese tenido a la vista la relación *sub judice*.

En el sistema internacional, los tratados deben interpretarse conforme a su letra, recurriendo al sentido común de las palabras, y considerando el objeto y fin de la convención. Alejarse de éstos, soslayarlos, ignorarlos, es subvertir el sistema y extraviar el camino. Si no es posible plantear reservas al tratado que pugnen con el objeto y el fin de éste, tampoco lo es proveer interpretaciones o llevar adelante integraciones que incurran en el mismo despropósito.

Cuando se trata de tratados de derechos humanos, el objeto y el fin se concentran en la mejor protección del individuo. Estos instrumentos —ha sostenido la jurisprudencia internacional, acogida por la Corte Interamericana— no se limitan a normar intereses y relaciones entre los Estados que pactan, sino incorporan en el espacio de la norma a otro sujeto, que prevalece al tiempo de interpretar o integrar: el ser humano. De ahí la calidad específica de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, cuya opción jerárquica es inequívoca: el ser humano, no el Estado.

Las reglas generales para la interpretación de estos instrumentos se hallan en el artículo 29 de la Convención Americana, que puede concentrarse en una proposición: *pro homine* o *pro persona*, como se prefiera. En otros términos, ampliamente frecuentados por la jurisprudencia: en favor del ser humano. Por cierto, *pro homine* no debiera verse solamente como regla de interpretación, sino como principio de formulación de normas, aplicación de éstas, adopción de políticas: en fin, como referencia que materialice la antigua y magnífica vocación de la sociedad política, conforme a los documentos germinales de la

era moderna —los *bills of rights*, la Declaración de Independencia de los Estados Unidos, la *Déclaration* francesa de 1789—, que entendieron que la protección de los derechos básicos del individuo constituye el fin, la razón de ser, de la sociedad política.

El artículo 41 de la Convención de Naciones Unidas, de 1989, señala que nada de lo dispuesto en éstas "afectará las disposiciones que sean más conducentes a la realización de los derechos del niño", y que se hallen en el Derecho interno o en el Derecho internacional vigente para un Estado parte. Baratta expone con estas palabras el objetivo de la regla invocada: "permite que prevalezcan todas las normas nacionales o internacionales —anteriores o posteriores a la Convención— aplicables en un Estado parte que sean más favorables al niño". En la especie que nos ocupa, *pro persona* o *pro homine* tiene un desarrollo puntual: *pro niño*.

15. Reparaciones

La lógica de la norma jurídica asocia cierta consecuencia a determinada hipótesis normativa: En nuestro caso, diremos que reclama la reparación del agravio. En pocos años, la Corte Interamericana ha elaborado una amplia y notable doctrina en materia de reparaciones, a partir de un precepto nuclear, escueto, el artículo 63.1 de la Convención Americana. Desde este punto, el tribunal construyó —y lo sigue haciendo— a través de un número relativamente reducido de sentencias, un sistema de reparaciones que merece cuidadoso análisis, en tanto exhibe el progreso alcanzado en esta materia trascendente y prefigura el modelo del futuro. La reparación pretende restablecer el orden jurídico quebrantado y afirmar la seguridad, la paz y la justicia en las relaciones sociales, pero también, obviamente, atender el derecho y el interés del individuo afectado.

En una primera etapa de la jurisprudencia de la Corte Interamericana, la reacción a la conducta ilícita se cifró en indemnizaciones, esto es, correspondencias patrimoniales por el daño material e inmaterial causado. En la hora actual, a esa reacción patrimonial se ha sumado un conjunto de medidas reparatorias, fruto de la jurisprudencia diligente y evolutiva, que va a la fuente misma de las violaciones y procura tanto la correspondencia económica como la prevención de nuevas violaciones y la satisfacción de derechos e intereses afectados: de la víctima y de quienes se hallan en torno, los allegados, la familia, la sociedad en su conjunto. Esto no altera la naturaleza de la reparación ni desconoce el marco normativo en que se mueve; engrandece aquélla y aprovecha éste. A través del derecho subjetivo sometido al tribunal, se afianza el derecho objetivo y se avanza en el fortalecimiento del sistema de protección de los derechos humanos. Contri-

buye al resarcimiento, de manera inmediata, y promueve la cultura de los derechos, en forma mediata.

Las reparaciones poseen un diseño general, que no distingue entre categorías de beneficiarios. Se aplican indistintamente, según el carácter de la violación cometida, en relación con adultos y menores. Cabe decir, sin embargo, que no han sido pocas las resoluciones de reparación informadas por la condición de las víctimas como niños o adolescentes: condiciones, circunstancias, requerimientos presentes, futuro previsible.

Sería imposible mencionar ahora todas las reparaciones previstas por la Corte en casos que atañen a niños y adolescentes. La relación es larga y obligaría a ingresar en precisiones que ocuparían más tiempo del que disponemos. Sólo me permitiré mencionar la naturaleza de algunas reparaciones ordenadas por aquel tribunal a título de condena por violaciones probadas y declaradas.

Esas reparaciones tienen que ver con el daño causado al proyecto de vida, que se quiere rescatar con facilitación de estudios (caso *Gómez Paquiyauri*), reforma legislativa (*casos Niños de la Calle* y *Bulacio*), investigación seria y acuciosa de las violaciones perpetradas (caso *Servellón García*), esclarecimiento, a través de información genética, de la filiación de niños desaparecidos (casos *Hermanas Serrano Cruz* y *Molina Theissen*), construcción de monumentos, denominación de calles y edificios públicos o colocación de placas (diversos casos), consagración de un día del año a la recordación de niños desaparecidos (caso *Hermanas Serrano Cruz*), protección de la integridad de indemnizaciones (caso *Aloeboetoe*), desarrollo de programas especiales de desarrollo social (casos *Aloeboetoe* y *Plan de Sánchez*), adopción de una política de Estado en materia de niños en conflicto con la ley (caso *Instituto de Reeducación*), asistencia vocacional y educación especial a ex internos (caso *Instituto de Reeducación*), programa de capacitación a servidores públicos relacionados con la atención a menores de edad (caso *Bulacio*), inscripción en el registro civil (caso *Gómez Paquiyauri*), nacionalidad y registro (caso *Yean y Bosico*), registro de detenidos (caso *Juan Humberto Sánchez*), registro unificado y coordinado sobre muertes violentas de menores de 18 años (caso *Servellón*), dotaciones de emergencia (caso *Yakye Axa*), medidas de protección de víctimas y familiares (caso *Instituto de Reeducación*), campaña de sensibilización para la protección de niños y jóvenes (caso *Servellón García*), restricciones al reclutamiento de niños en las fuerzas armadas (caso *Vargas Areco*).

La Defensa Pública en los casos de niñez y adolescencia no punible

Fernando García Rubí

El sistema judicial se está configurando, como un instrumento para la defensa efectiva de los derechos de las personas en condición de vulnerabilidad. Si un titular de derechos no puede acceder de forma efectiva al sistema de justicia para obtener la tutela de dicho derecho *se estima en condiciones de vulnerabilidad*.

Por ello, debe llevarse a cabo una actuación más intensa para vencer, eliminar o mitigar dichas limitaciones y es el propio sistema de justicia el que debe y puede contribuir de a la reducción de las desigualdades sociales, favoreciendo la cohesión social tantas veces discutida en foros jurídicos y sociales

Son causas de vulnerabilidad, sin ser limitativos las siguientes: la edad, la discapacidad, la pertenencia a comunidades indígenas o a minorías, la victimización, la migración y el desplazamiento interno, la pobreza, el género y la privación de libertad.

Los Defensores Públicos de Latinoamérica y del mundo somos los principales actores en el tema de observar y velar porque los demás actores del sector justicia enfrenten su rola y lo hagan efectivo con la idea de eliminar las condiciones de vulnerabilidad y permitir el acceso a la justicia de todas las personas sin limitación alguna, es menester promover la asistencia técnico jurídica de las personas en condiciones de vulnerabilidad en los ámbitos de asistencia legal, y principalmente en el ámbito de la defensa, para defender derechos en el proceso ante todas las jurisdicciones y en todas las instancias judiciales;, por supuesto que la premisa de dicha atención descansa en la *gratuidad* de la asistencia técnico-jurídica de calidad a dichas personas.

Conforme a las Cien Reglas de Brasilia: “En los actos judiciales en los que participen menores se debe tener en cuenta su edad y desarrollo integral, y en todo caso deberá celebrarse las audiencias o

actuaciones en una sala adecuada, se deberá facilitar la comprensión, utilizando un lenguaje sencillo y se deberán evitar todos los formalismos innecesarios, tales como la toga, la distancia física con el tribunal y otros similares, pero lo mas importante deberá prestarse especial al tema de la *protección a la intimidad de los menores* observando la reserva de actuaciones judiciales, la imagen, y cualquier otro dato personal del menor.

La Convención sobre los derechos del niño es clara al disponer que : "se entiende por niño todo ser humano *menor de dieciocho años de edad,* salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad y que en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño y por último que debe mantenerse incólume el derecho de todo niño de quien se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes a ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tengan en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad.

a) Que no se alegue que ningún niño ha infringido las leyes penales, ni se acuse o declare culpable a ningún niño de haber infringido esas leyes, por actos u omisiones que no estaban prohibidos por las leyes nacionales o internacionales en el momento en que se cometieron, tomando en cuenta los principios de garantía siguientes:

- se le presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley;
- que será informado sin demora y directamente o, cuando sea procedente, por intermedio de sus padres o sus representantes legales, de los cargos que pesan contra él y que dispondrá de asistencia jurídica u otra asistencia apropiada en la preparación y presentación de su defensa;
- que la causa será dirimida sin demora por una autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial en una audiencia equitativa conforme a la ley, en presencia de un asesor jurídico u otro tipo de asesor adecuado y, a menos que se considerare que ello fuere contrario al interés superior del niño, teniendo en cuenta en particular su edad o situación y a sus padres o representantes legales;

- que no será obligado a prestar testimonio o a declararse culpable, que podrá interrogar o hacer que se interrogue a testigos de cargo y obtener la participación y el interrogatorio de testigos de descargo en condiciones de igualdad;
- si se considerare que ha infringido, en efecto, las leyes penales, que esta decisión y toda medida impuesta a consecuencia de ella, serán sometidas a una autoridad u órgano judicial superior competente, independiente e imparcial, conforme a la ley;
- que el niño contará con la asistencia gratuita de un intérprete si no comprende o no habla el idioma utilizado;
- que se respetará plenamente su vida privada en todas las fases del procedimiento.

Fortalezas y debilidades del litigio estratégico para el fortalecimiento de los estándares internacionales y regionales de protección a la niñez en América Latina (1)

Mary Beloff

1. El sentido de esta presentación es contribuir al conocimiento de los avances que se han logrado —y pueden lograrse— a partir de un uso estratégico y creativo del sistema regional —coordinado con el sistema universal—, de protección de derechos humanos de la niñez.

Plantearé brevemente de dónde venimos, dónde nos encontramos actualmente y hasta dónde se podría llegar mediante una utilización original de los sistemas de protección de derechos humanos a partir de la idea fuerza de que *no todos los problemas vinculados con la protección, promoción y defensa de los derechos humanos de niños y niñas se resuelven necesariamente y de forma adecuada con un enfoque sólo concentrado en el litigio estratégico* ante el sistema regional de protección de derechos humanos.

2. La primera cuestión que quiero plantear a manera de introducción trata de la relación paradójica entre la infancia y la ley en nuestra región a lo largo del siglo XX.

Esta relación paradójica se puede explicar de manera sencilla. La idea de que los niños tienen derecho a una protección especial existe prácticamente desde que se fundaron nuestros países. También está instalada en el derecho internacional desde las primeras normas pro-

---

(1) Esta presentación retoma de manera coloquial los temas desarrollados en Beloff, Mary, *Derechos económicos, sociales y culturales de los niños: las paradojas de la ciudadanía* en "Revista Jurídica de Buenos Aires", Facultad de Derecho/UBA, 2008, págs. 69/88; y en la versión actualizada de *Quince años de vigencia de la Convención sobre Derechos del Niño en la Argentina* en Kemelmajer de Carlucci, Aída (comp.), *Homenaje a Cecilia Grosman*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, en prensa.

ducidas por la Liga de Naciones (2). En este sentido, la idea de que los niños son sujetos de derecho internacional no comienza con la Convención sobre Derechos del Niño. Este tratado es, hasta la fecha, su expresión más acabada, más completa, un hito en un largo proceso jurídico-cultural, ejemplo de un *continuum* en la historia de la protección jurídica a la infancia más que ejemplo de una ruptura (más allá de lo relacionado con la mayor exigibilidad que implica el tratado como norma convencional respecto de normas no convencionales).

Esta idea de protección especial a la niñez desde el punto de vista jurídico en sentido fuerte —esto es, con status convencional—, existe en el sistema interamericano antes que en el sistema universal. Efectivamente, el artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos fue aprobado en el año 1969 en tanto que la Convención sobre Derechos del Niño fue aprobada en 1989, veinte años después. De todos modos, el grado de desarrollo de esa idea básica de "protección especial de la niñez" en la Convención sobre Derechos del Niño no tuvo precedentes en normas internacionales anteriores.

El problema —analizado desde un marco teórico actual— radicaba en que esa idea de protección especial era decodificada en una clave filantrópica, asistencialista y por lo tanto al margen de los derechos de primera generación, de ciudadanía; no obstante, estaba fuera de discusión, sobre la base de un paternalismo que entonces se creía justificado, que los niños se alimentaran, fueran a la escuela, recibieran vacunas, crecieran al amparo de una familia, tuvieran casa y todo lo que hoy, en el lenguaje moderno de los derechos humanos llamaríamos derechos económicos, sociales y culturales. Ciertamente, el precio que la infancia pagaba por que se garantizara esa protección era altísimo (3).

Lo curioso —que aquí llamo paradójico— que ha tenido lugar en el proceso de reformas legales relacionadas con la introducción de estándares de derechos humanos de la niñez en las últimas dos décadas en América Latina es que esta profunda intuición cultural y legal de "protección especial a la niñez" —que, vale la pena recordar, está presente con una centralidad que hace imposible ignorarla en todas las normas internacionales y regionales de derechos humanos— parece haberse perdido o al menos debilitado considerablemente, y haber sido sustituida por un enfoque liberal clásico, centrado en las garan-

---

(2) Los cinco principios de Ginebra sobre Derechos del Niño de 1924 son un ejemplo claro de ello.

(3) Una caricatura de un dibujante argentino resume extremadamente bien el punto. Se trata de la imagen de unas niñas institucionalizadas a las que les están afeitando la cabeza. En un cartel de la pared se lee: "Necesitamos que nos protejan de los que nos protegen".

tías y derechos de primera generación. Un ejemplo emblemático de lo que se afirma es la forma en la que la discusión sobre la respuesta estatal al delito de los jóvenes domina y fagocita la agenda de los derechos humanos de toda la infancia en general.

3. En otro orden de ideas, esta paradoja da cuenta de una característica distintiva de este proceso de dos décadas que puede ser resumida como de un reduccionismo doble: legal y penal. Ello está comenzando a ser señalado por algunos autores de otras regiones (4) sobre la base de investigaciones que constatan la enorme distancia entre la exitosa instalación de una narrativa de derechos humanos de los niños y las condiciones concretas de vida de la infancia en el continente.

El mencionado reduccionismo se advierte en la presentación de la introducción de estándares de derechos humanos de la niñez sólo en confrontación con los sistemas tutelares clásicos para menores de edad marginalizados o infractores de la ley penal instalados en la región a partir de la tercera década del siglo XX (los consejos tutelares o juzgados de menores); *no como la discusión de la reformulación, en general, de la relación entre los adultos y la infancia en el continente, o bien entre los niños y el Estado con sus políticas y leyes.*

Este fenómeno estrictamente latinoamericano (en ninguna otra región del mundo la introducción de la Convención sobre Derechos del Niño fue planteada de esta forma de ruptura con el pasado y predominantemente legal-penal) de traducir la incorporación de tratados de derechos humanos sólo como un ejercicio de reinvención o la reconstrucción del sistema de protección legal a la niñez en clave filantrópico-tutelar se explica por diversos motivos. En especial, debe tenerse presente que al momento de ratificarse los tratados de derechos humanos con relevancia en la materia —en particular la Convención sobre Derechos del Niño—, este sistema de protección para una parte de la infancia marginalizada se encontraba en una crisis terminal avanzada; una profunda crisis teórica, porque las teorías de la explicación etiológica de la desviación criminal y de la resocialización habían sido deslegitimadas en gran parte del mundo desarrollado más de veinte años antes; y una profunda crisis empírica

---

(4) Philippe de Dinechin ha criticado fuertemente lo que él denomina "la proposición teórica de los doctrinarios latinoamericanos", "fundada sobre el concepto de un derecho utópico" y que "no resuelve la cuestión de la efectividad de la CIDN en países donde la condición de los niños es a menudo dramática" en su tesis doctoral *La réinterpretation en droit interne des conventions internationales sur les droits de l´ homme. Le cas de l´ intégration de la Convention des droits de l´enfant dans les droits nationaux en Amérique latine*, defendida el 10 de mayo de 2006, *Institut des Hautes Études de l´Amérique latine*, Université de Paris 3.

expresadas en críticas tales como: los menores delincuentes "entran por una puerta y salen por la otra", o bien "los reformatorios fabrican delincuentes". Desde este punto de vista, el operador del sistema tutelar de menores (judicial o administrativo) estaba completamente en crisis por la falta de sentido de sus prácticas, a lo que se sumaba la ausencia de legitimación del marco conceptual que había sostenido esas prácticas por décadas.

El vacío generado por la crisis descripta más arriba fue llenado por un instrumento internacional con una enorme fuerza performativa: la Convención sobre los Derechos del Niño, tratado que lleva lo políticamente correcto en materia de derechos humanos al paroxismo. El *timing* fue ideal para transformar la crisis del tutelarismo en la oportunidad para introducir exitosamente en los diferentes países esta Convención en particular —y en general el derecho internacional de los derechos humanos en cuanto tenían que ver con la niñez—, con un impacto inusitado en términos políticos y comunicacionales si se lo compara con la incorporación de otras normas internacionales aún de derechos humanos.

4. Una de las críticas que se hacía al sistema tutelar en esos primeros años se relaciona con la ausencia de estándares legales-constitucionales tanto en sus marcos teóricos cuanto en las normas específicas. Para ponerlo más claro: más allá de que este dispositivo estuviera creado por ley, la práctica tutelar —fuera judicial o administrativa—, no partía de una preocupación planteada como necesidad de satisfacer derechos de los niños en sentido general (incluidos los de ciudadanía) sino en ayudar a esos niños a salir de su "situación de riesgo", marginalidad o cualquiera que fuera la situación problemática que hubiera dado origen a las actuaciones administrativas o judiciales.

De este modo, la intervención tutelar no consideraba necesario detenerse en "formalidades legales" en razón de que el paternalismo que justificaba esa intervención prevalecía sobre argumentos procesales formales (en rigor, hasta bien avanzada su crisis, ni siquiera se formulaban los planteos) (5). De ahí la idea de que el complejo tutelar operaba "al margen de la ley" constitucional.

---

(5) En el fondo esto fue lo que se discutió en el famoso caso de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, in re Gault (1967). Es notable cómo los sistemas procesales se asociaron o disociaron de las ideas tutelares clásicas. El sistema adversarial anglosajón focalizado intensamente en una lectura constitucional liberal del proceso penal, rápidamente determinó la ilegitimidad de los procedimientos tutelares; en cambio los sistemas inquisitivos latinoamericanos acompañaron y potenciaron las intervenciones tutelares al estar, ambos dispositivos, "al margen" de una intensa preocupación por la vigencia de las garantías

Con ese presupuesto, una concepción idealista/liberal —y por cierto muy resistida en los primeros años de este proceso tanto por sectores identificados con el pensamiento político "progresista" (asociado con los movimientos de base y en general con la izquierda política en los diferentes países) cuanto por sectores "conservadores" (tutelaristas clásicos)— planteó la necesidad de la reforma legal no sólo como un imperativo de justicia —repugnaba a cualquier reflexión humanista el hecho de que un menor sufriera las consecuencias de una pena sin ser juzgado con garantías de debido proceso o bien fuera tratado del mismo modo que un infractor cuando ni siquiera se le imputaba un delito, sólo para ayudarlo—, sino como herramienta que efectivamente iba a impactar en la realidad del problema de forma eficaz. Si la ley tutelar era parte del problema, una ley que se opusiera radicalmente a la anterior debía razonablemente ser parte de la solución. Los debates en torno de la reforma legal en Paraguay con importantes referentes del movimiento de defensa de derechos de los niños reflejan claramente esta cuestión.

La predominancia de un enfoque meramente legal en la agenda de promoción y defensa de los derechos humanos en la niñez en América Latina —o en la decodificación de lo que significa hoy la protección a los niños en clave de derechos humanos o con un enfoque de derechos o con cualquiera de las expresiones que ahora se estila usar—, cobra así sentido. Por cierto, la idealización de la capacidad de la ley para producir cambios sociales responde a un enfoque liberal clásico no explicitado en esos primeros años de propuestas de transformaciones.

Por otro lado, a la centralidad de la reforma legal penal en la reformulación de la agenda de protección a la niñez debe agregarse la falta de una discusión e implementación posterior de una ingeniería institucional adecuada para soportar la nueva legalidad. Aún a partir de un enfoque legal penal podría haberse previsto la necesidad imperiosa de asociar las reformas legales a reformas institucionales concretas (más allá de su enunciación en la ley) que incluyeran presupuesto, perfiles profesionales, capacitación, infraestructura, prácticas sistematizadas y protocolos de actuación, recursos técnicos y materiales, etc. Gran parte de las dificultades que hoy se advierten en la implementación de las nuevas leyes penales para adolescentes latinoamericanas se explica por este motivo.

---

procesales. En este sentido, el enorme proceso de transformaciones de las prácticas y jurisprudencia de la justicia nacional y federal de menores en la República Argentina así como en las jurisdicciones provinciales que tienen sistemas procesales adversariales modernos, con independencia del cambio del régimen de fondo en lo penal de menores, confirma lo expuesto.

Casi veinte años de reformas legales permiten concluir que, más allá de la trascendencia en todo sentido de cambiar leyes obsoletas, ese enfoque en América Latina —planteado como predominante— no fue del todo adecuado si lo que se pretendía era realmente impactar en las condiciones efectivas de vigencia de los derechos de los niños del continente. Las colegas de Paraguay tenían razón en su intuición política de fondo, ello con independencia de que tener leyes adecuadas a la Constitución y a la época sea un imperativo elemental de justicia (6).

5. Me concentraré ahora en los problemas derivados del doble reduccionismo legal y penal característico de la discusión sobre protección y defensa de los derechos humanos de la niñez al que acabo de referirme. Este enfoque supone un modelo de Estado liberal que curiosamente, no es el que puede reconocerse en el derecho internacional (y regional) de los derechos humanos de la infancia. Este *corpus juris* plantea un modelo de Estado que tiene fuertes deberes de prestación positiva, al igual que las Constituciones de todos los países de la región, esto es, la garantía de derechos económicos, sociales y culturales de la niñez.

La dificultad comunicacional surge como consecuencia de haber promovido la reforma de la respuesta al delito de los jóvenes en América Latina no como un programa liberal tradicional sino como una agenda vinculada con la promoción y defensa de los derechos humanos de la niñez en general. Los mecanismos liberales clásicos de punición creados para la infancia en el continente eran necesarios en tanto el modelo anterior avanzaba por razones paternalistas sobre esas garantías básicas; sin embargo el modelo derivado de los tratados implica un paternalismo justificado y complementario de esas garantías procesales y civiles fundamentales, como se verá más adelante. La prevalencia del primer enfoque sobre el segundo implicó, junto con otras razones, que no hubiera espacio para avanzar respecto del contenido de la protección, aún para la protección de los infractores (7).

---

(6) Sería muy importante que desde las diferentes ciencias sociales en el ámbito científico universitario se comenzara a documentar sistemáticamente y a analizar por qué el proceso que se describe tuvo estas características. Ello introduciría una mirada independiente y externa a los actores que participaron en él ausente hasta la fecha. Ver sobre el punto de Dinechin, Philippe, cit. *supra* y la nota al pie 7 de Beloff, Mary, *Quince años de vigencia de la Convención sobre Derechos del Niño en la Argentina* en Kemelmajer de Carlucci, Aída (comp.), *Homenaje a Cecilia Grosman*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, en prensa.

(7) La Opinión Consultiva n° 17 de la Corte Interamericana, que se analiza más adelante, es un buen ejemplo de lo aquí planteado: entender la respuesta penal diferenciada al delito del menor de edad como parte constitutiva de la protección especial derivada del art. 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y demás normas internacionales.

En la frase que tomo prestada y me permito reformular de nuestro colega de Chile, Julio Cortés, ¿Qué se ha logrado en América Latina con la forma en la que se introdujo la cuestión de los derechos humanos de los niños en el continente mediante reformas legales? Criminalizar con garantías procesales a los menores de dieciochos años de edad. ¿Esto es un avance? Evidentemente lo es, y muy importante; pero no es una victoria completa y final como a veces se la presenta, un logro, una meta que alcanzamos y que ahora nos permite descansar tranquilos con la sensación del deber cumplido. El hecho de que un adolescente al que se imputa un delito (sobre todo si es grave) sea juzgado y eventualmente sancionado con todas las garantías de las que por su edad es titular constituye un estándar mínimo elemental en cualquier nación civilizada. La paradoja —contenida en el artículo 4º de la Convención de los Derechos del Niño— es que la infancia, para ser reconocida en sus derechos de primera generación, en sus derechos de libertad y debido proceso, perdió en sus derechos de sobrevivencia o económicos, sociales y culturales. Obtener garantías procesales frente a la imputación de un delito fue indudablemente una victoria, pero una victoria pírrica del mismo modo que lo fue en los Estados Unidos en los años '60 (8).

Planteada de este modo, una agenda de promoción y protección de los derechos humanos de la infancia cuyo obstinatto es cómo se responde al delito de los jóvenes con garantías, requiere ser actualizada y renovada con el objetivo de *lograr la garantía concreta de los derechos económicos, sociales y culturales de la niñez y los derechos de primera generación de la niñez*. Se trata de aquellos derechos que, respecto de la infancia, nunca estuvieron en discusión. Ni siquiera se los planteaba de la forma que los introduce la Convención sobre los Derechos del Niño en el art. 4º, "hasta la medida de las posibilidades" del Estado-Parte, con el mismo estándar que utilizan los tratados generales de derechos humanos cuando se refieren a estos derechos (9).

El análisis y puesta en práctica de dispositivos renovados de protección a la niñez —infractores incluidos— es hoy el nudo crítico en la región para evitar retrocesos autoritarios en el tema.

(8) Una funcionaria muy comprometida y destacada de la justicia comentaba hace un tiempo que se sorprendía y preocupaba enormemente al escuchar que algunos funcionarios y magistrados de la nueva justicia especializada de la Provincia de Buenos Aires afirmaban que no les importaba lo que sucediera con el joven imputado una vez dictada la sentencia. Es interesante este nuevo perfil profesional en tanto aún en la justicia penal general, donde no rigen derechos de protección especial (salvo respecto de minorías específicas), siempre se ha valorado negativamente al magistrado que se desentiende de las consecuencias concretas de las condenas que emite sobre la vida del condenado.

(9) Aun desde el punto de vista penal esa actualización tendría impacto en el funcionamiento de los nuevos sistemas de justicia para adolescentes creados

6. En lo que sigue me concentraré en el proceso histórico de ingreso de la cuestión de la protección a la niñez al sistema interamericano de derechos humanos que, por las razones que espero puedan comprenderse luego de la introducción precedente, reprodujo este doble reduccionismo (legal y penal). De no poder andar ahora se anda, pero con una enorme dificultad en ese caminar que eventualmente podría conducirnos al punto de partida.

En los comienzos de la década del '90 todavía en América Latina era posible distinguir, en las coaliciones sociales y en los movimientos que involucraban a actores gubernamentales y de la sociedad civil, dos sectores o grupos claramente diferenciados: el de las organizaciones que tenían que ver con la militancia en derechos humanos concentrada en el continente en lo que era el trabajo ante el sistema interamericano, con un enfoque profesional legal de litigio; y otro grupo de entidades e instituciones que trabajaban con diferentes enfoques en terreno e intentaban introducir una mirada renovadora de las prácticas a partir de la Convención sobre los Derechos del Niño. En esa época, por ejemplo, era importante acercarse a las experiencias europeas de transformación de los sistemas asistenciales en sistemas de protección promotores de los derechos fundamentales de la niñez (10). Se trataba de grupos que trabajaban de manera aislada: el de protección a los niños de alguna forma perpetuaba lo que yo llamo el "autismo auto-inducido" del derecho tutelar de menores clásico; el de defensores de derechos humanos, con una agenda muy marcada por la tragedia política de América Latina vinculada con el terrorismo de estado de los años ´70.

Por otro lado, la Convención sobre Derechos del Niño impactó en América Latina en un momento en el que había una discusión importante sobre los alcances y potencialidades de las nuevas democracias latinoamericanas. Con inteligencia se presentó entonces la incorporación de los tratados al derecho interno —en particular en materia de niñez que es lo que aquí se está analizando—, conectada con el proceso de ampliación y fortalecimiento del Estado de Derecho y de la ciudadanía plena.

Sobre el tema hubo un artículo clave que fue muy difundido en la región del profesor italiano Alessandro Baratta que contiene una

---

en la región en las últimas dos décadas al permitir el desarrollo de políticas preventivas, tema al que me referiré más adelante.

(10) La cooperación italiana y la española desarrollaron muchos programas de apoyo a niños en circunstancias especialmente difíciles (como se los denominaba entonces) en diferentes países del continente en esos años que permitieron la circulación de expertos e información sobre las experiencias europeas en la región.

sabia intuición al conectar el proceso italiano de una década atrás con lo que estaba pasando en América Latina en ese momento; esto es, plantear la reconstrucción de las políticas y legislaciones de niñez a partir de un enfoque vinculado con el fortalecimiento del estado de derecho, la democracia y la ciudadanía.

Por otro lado, los organismos y el sistema de protección de derechos humanos requerían una renovación de su agenda tradicional por diversos motivos, entre los cuales no fue menor el relacionado con el financiamiento. El propio sistema burocrático y de la cooperación internacional también necesitaba tomar aire nuevo sin que ello significara que los reclamos de justicia por las atrocidades del pasado se hubieran extinguido.

Esta necesidad burocrático-institucional de renovación coincide con la introducción de la Convención sobre los Derechos del Niño en la región y con la traducción, en contenidos de los tratados internacionales, de la protección a la niñez en términos de derechos humanos. Unos necesitaban a otros y, de alguna manera, como subproducto de los procesos de modernización del Estado y reforma legal que ya venían dándose en el continente sobre todo en el tema de la justicia penal, se celebra una alianza exitosa entre el movimiento de derechos humanos y quienes tradicionalmente habían trabajado temas de protección de la niñez.

Hay algunos ejemplos de lo conciente que fue esta estrategia. En el año 1999 tuvo lugar, luego del tradicional Curso interamericano de derechos humanos organizado por el IIDH, otro curso apoyado por UNICEF centrado en temas de protección de derechos humanos a la niñez, con el mismo formato que el Curso anual del IIDH, que por primera vez de manera focalizada reunió en esa institución temas la de niñez como temas de derechos humanos. La sentencia de fondo en el caso Villagrán Morales y otros *vs.* Guatemala (11) de noviembre de ese año puede ser interpretada como el primer producto de esa confluencia de actores sociales que hasta entonces tenían agendas y habían trabajado de forma separada.

7. Una vez que se sentaron las bases conceptuales del tema en el sentido de que ya nadie discute en América Latina que la protección a la niñez debe plantearse a partir de un enfoque de ciudadanía y de protección de derechos humanos de niños y niñas, y de que las instituciones encargadas de defender los derechos humanos y los derechos de los niños en el continente se pusieron de acuerdo para trabajar en

(11) Corte IDH. Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63.

forma conjunta, se comenzó a percibir la riqueza del uso del sistema interamericano de protección de derechos humanos para avanzar en esta agenda común (si bien había actores que, con mirada anticipatoria, habían advertido esta posibilidad e iniciado sus experiencias más tempranamente, como ocurrió con el litigio relacionado con el caso "Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay" conocido como "Panchito López") (12).

En poco menos de una década se produjeron una serie de casos y de resoluciones que consolidó lo que hoy es posible llamar —en un sentido más amplio que el utilizado por la Corte Interamericana en el caso "Villagrán Morales y otros vs. Guatemala" (13)— el *corpus juris* de protección de derechos humanos de la niñez en el continente. *Corpus juris* es una expresión en latín simple y elocuente para aludir no sólo a las normas, a los tratados y declaraciones, sino también a las interpretaciones que se han hecho sobre esas normas.

Hoy se cuenta con más de lo que se contaba hace veinte años cuando se inició este proceso gracias al uso inteligente y creativo que se ha hecho del sistema interamericano de protección de derechos humanos para la defensa de los derechos de niños y niñas (también ciertamente del Comité de Derechos del Niño de Ginebra). Las normas existen desde hace muchas décadas pero además hoy se cuenta con interpretaciones que se han hecho sobre esas normas, aporte fundamental porque en muchos casos se trata de disposiciones bastante genéricas y ambiguas.

8. A los fines de que esta presentación esté completa, voy a repasar brevemente los hitos del sistema interamericano en el proceso que se relata.

8.1. La primera sentencia que se emitió sobre la cuestión de los derechos humanos de la niñez contenida en el artículo 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969 fue la sentencia de fondo en el caso Villagrán Morales y otros vs. Guatemala (14). Esta sentencia tuvo lugar treinta años después de aprobada la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Nadie había litigado en el sistema un caso sobre la base del artículo 19 de ese tratado (medidas especiales de protección a los niños por su condición de tales), más

---

(12) Corte IDH. Caso "Instituto de Reeducación del Menor" *vs.* Paraguay. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112.

(13) Corte IDH. Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63.

(14) Corte IDH. Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63.

allá que fuera invocado en algunas resoluciones e informes previos de la Comisión Interamericana (15).

Aquí hubo una estrategia, una voluntad de tener un caso sobre "niños" (adviértase que además del nombre de las partes el caso tiene sobrenombre). Se lo quería presentar como un caso de niños para que la Corte se pronunciara expresamente sobre el artículo 19 de la CADH.

El asunto básicamente trata de los vejámenes, torturas y asesinatos de los que fueron víctimas muchachos mayores y menores de 18 años. Recuerda episodios que lamentablemente tienen lugar con cierta periodicidad en países latinoamericanos, en particular en América Central.

Desde el punto de vista fenomenológico las víctimas no eran "niños de la calle" o lo que en América Latina se considera un "niño de la calle" (16). Sin embargo, más allá del dato fenomenológico o perceptivo, se construyó y litigó el caso para exigir al sistema que se pro-

---

(15) Ver, entre otros, el Informe sobre la situación de los derechos humanos en Brasil, OEA/Serv.L/V/II.97, Doc. 29 rev. 1 del 29 de septiembre de 1997, el Tercer Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Colombia, OEA/Serv.L/V/II.102, Doc. 29 rev. 1 del 29 de septiembre de 1997. También el Cuarto Informe sobre la situación de los derechos humanos en Guatemala donde se menciona el caso seguido por la muerte del joven Anstraum Villagrán Morales, si bien no contiene una referencia específica al art. 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en OEA/Serv.L/V/II.83, Doc. 16 rev., 1 de junio 1993. Hay no obstante informes de país sobre la situación de los derechos de los niños que no mencionan el art. 19 de la Convención Americana (por ejemplo, el informe sobre la República Dominicana de 1999).

Por otro lado, el Informe sobre la situación de los derechos humanos de los solicitantes de asilo en el marco del sistema canadiense de determinación de la condición de refugiado invoca el art. VII de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre que establece las medidas especiales de protección para los niños en OEA/Serv.L/V/II.106, Doc. 40 rev., 28 de febrero de 2000.

(16) Hace quince años aproximadamente el fenómeno del "niño de la calle" como problema originado en los años '80 se estaba transformando desde el punto de vista conceptual. El "niño de la calle" como construcción problemática estaba desapareciendo y comenzaba a instalar un enfoque orientado a de-construir al "niño de la calle" como un niño que, eventualmente, como cualquier otro niño sobre todo perteneciente a sectores en situación de desventaja social y económica, puede tener dificultades con el ejercicio de sus derechos (a la salud, a la educación, etc.). Esto es lo que de forma simplificada se conoce como "enfoque de derechos". Por eso llama la atención el énfasis del caso en reivindicar la categoría de "niños de la calle". Actualmente en Europa tiene un lugar un proceso inverso. Se esté re-conceptualizando la cuestión de los niños que viven en las calles a partir de lo que se conoce como el fenómeno de las "poblaciones callejeras". Este enfoque curiosamente parece mucho más cercano al caso Villagrán Morales y otros vs. Guatemala que el superado de los "niños de la calle".

nunciara sobre el artículo 19 de la CADH ya no tan joven, de más de treinta años. ¿Qué mejor caso que uno que tuviera por protagonistas a personas que, técnicamente, legalmente eran niños, conforme la CDN? (17). Así se litigó este caso gracias al buen criterio de dos organizaciones que pertenecían a dos ámbitos entonces bien diferenciados: la que fue, por años, la principal institución especializada en litigio ante el sistema interamericano (CEJIL) y una organización muy importante de atención directa a niños en Centroamérica (Casa Alianza). Fue un consorcio muy fructífero. Si bien la idea de protección a la niñez estaba instalada, por primera vez se interpretó el artículo del tratado de derechos humanos regional más importante que establece que los niños tienen derecho a medidas especiales de protección. La sentencia reconoce que los Estados latinoamericanos tienen el deber de asegurar estas medidas. Desde este punto de vista, el intento por dar visibilidad al artículo 19 de la Convención Americana resultó fundamental en lo que tiene que ver con litigio estratégico en cuestiones de promoción y defensa de los derechos humanos de la niñez (18).

i. La importancia de la sentencia de fondo en el caso "Villagrán Morales y otros v. Guatemala" —más allá del acto de justicia extraordinario que significó—, radica entre otros factores, en la afirmación fuerte (al estar contenida en una sentencia de un tribunal internacional) de que los niños tienen derecho a medidas especiales de protección en América Latina. La Corte Interamericana de Derechos Humanos está defendiendo la idea de especialidad, de protección especial; pero no en la concepción del tutelarismo clásico de especialidad como autonomía científica. La Corte Interamericana defiende la *especialidad en el sentido de que el niño tiene protección adicional a la que las leyes aseguran a todas las personas* en general. Esto representa para mí (y para la Corte Interamericana de Derechos Humanos) el artículo 19 de la Convención Americana. De allí se desprenden todos los deberes de prestación positiva del Estado respecto a la infancia, en particular en materia de derechos de tercera generación que no han sido aún considerados en sentido fuerte en el proceso que vengo relatando.

ii. El segundo estándar importante de esta sentencia muy relacionado con lo anterior está contenido en el párrafo 144 dentro del capítulo referido al derecho a la vida. Allí la Corte Interamericana fija un estándar trascendental. Dice que el derecho a la vida no sólo debe ser

---

(17) Cf. Art. 1° CDN: "Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad".

(18) Un análisis de esta sentencia se encuentra BELOFF, Mary, *Los derechos del niño en el sistema interamericano*, Buenos Aires, del Puerto, 2004, Cap. III.

interpretado en la forma liberal clásica (los Estados deben abstenerse de interferir y de privar a sus habitantes arbitrariamente de la vida —por ejemplo, está prohibida la pena de muerte—), sino que agrega que los Estados están obligados —tienen un deber de prestación positiva— a *garantizar la vida en condiciones dignas*. En otras palabras, *garantizar las condiciones que permitan vidas dignas de ser vividas*.

Este párrafo es estremecedor y, a la vez, de una potencialidad poco habitual en decisiones del sistema. En este sentido llama poderosamente la atención que no se haya desarrollado una línea de litigio estratégico sobre la base de este estándar. Es extraordinario que una sentencia internacional establezca que los Estados están obligados a garantizar condiciones para permitir vidas dignas; pero la sentencia no determinó cómo se pone contenido a "vida digna" ni cuáles son esas condiciones. Es un enorme avance jurídico-cultural complementario y superador del enfoque sólo concentrado en la responsabilidad internacional del Estado por violación del derecho a la vida en los casos en los que agentes estatales privaban arbitrariamente de la vida a los habitantes (tema del que centralmente trata el caso en análisis).

Esta sentencia tiene ya diez años: ¿de quién es la responsabilidad de no haber exigido que la Corte Interamericana ponga contenido cierto a este deber de prestaciones positivas dirigido a garantizar "condiciones para una vida digna"? En este punto vuelve a ser un dato llamativo el hecho de que el litigio estratégico ante el sistema interamericano de derechos humanos haya priorizado las cuestiones relacionadas con los adolescentes infractores respecto de otros temas de protección de derechos humanos de niños y niñas.

iii. El tercer punto central en la sentencia del caso "Villagrán Morales y otros v. Guatemala" que se comenta está contenido en el párrafo 194. Desde el punto de vista jurídico es el párrafo más importante. Aquí por primera vez la Corte Interamericana de Derechos Humanos, mediante la aplicación de una regla de derecho internacional, resolvió que en el sistema regional se pueden interpretar tratados del sistema universal. Si bien es una regla de enorme complejidad (porque el reconocimiento de la jurisdicción de la Corte Interamericana es un acto soberano expreso y está limitado por la CADH) su incorporación al sistema es un avance fuera de serie porque permite incorporar un tratado del sistema universal íntegramente dedicado a la niñez al sistema interamericano de protección de derechos humanos que no cuenta con muchos artículos que regulen específicamente el tema; en rigor, sólo uno en la CADH: el art. 19, el art. VII de la Declaración Americana y el art. 16 del Protocolo de San Salvador.

Concretamente la Corte Interamericana dijo que para saber qué significan las "medidas especiales de protección" a un niño derivadas

del art. 19 de la CADH es preciso recurrir al amplio *corpus juris* universal de protección de derechos de la niñez, por excelencia la Convención sobre los Derechos del Niño. No restringió la interpretación del art. 19 que enmarcaba el caso sólo en las normas del sistema sino que la amplió a todas las normas internacionales útiles para defender los derechos humanos de la niñez. Definitivamente es un logro muy importante. De todos modos el problema radica en que, sentado lo anterior, cuando la Corte Interamericana intentó poner contenido a la Convención sobre Derechos del Niño (bastante genérica y vaga en muchos aspectos) simplemente transcribió los artículos, sin interpretarlos.

iv. Para concluir con los temas importantes derivados del caso "Villagrán Morales y otros v. Guatemala" debe destacarse la sentencia de reparaciones, donde la Corte fijó algunos criterios que trascendieron el de la reparación meramente económica e ingresaron en un plano de reparación simbólica. Como ejemplo puede citarse el de poner los nombres de las víctimas a la escuela más cercana al lugar donde ocurrieron los hechos.

Las sentencias de este caso no son un producto jurídico complejo, con argumentos sofisticados ni con desarrollos argumentales memorables, y superponen argumentos relacionados con la protección a la niñez (deberes de prestación positiva del Estado) con libertades negativas y garantías procesales; sin embargo, el caso "Villagrán Morales y otros v. Guatemala" estableció por primera vez una relación de integración entre el sistema regional y el universal en materia de protección de derechos humanos de la niñez y fijó criterios muy importantes para la defensa de los derechos humanos de la niñez.

La referencia a estándares en materia de justicia juvenil no agregó nada nuevo ya que a esa altura éstos estaban fuera de discusión —teórica— en el continente y habían sido incorporados por gran parte de las legislaciones latinoamericanas en la materia. Tampoco respondió esta sentencia a la pregunta que todos se hacían desde entonces: ¿cómo se protege a los niños —sobre todo a los más desaventajados—, una vez que se reemplaza legislativamente el sistema tutelar clásico?

8.2. A partir de esta dificultad en la competencia contenciosa de la Corte basada de la falta de definición del concreto contenido de la protección a la niñez surgió la idea de pedir al Tribunal, en su competencia consultiva, que definiera cuáles eran los límites del paternalismo justificado (19) hacia la niñez en América Latina. Esa es la pregun-

(19) Garzón Valdés, Ernesto, *¿Es éticamente justificado el paternalismo jurídico?,* en Revista "DOXA" nro. 5, 1988, págs. 155/173.

ta que originalmente motivó la Opinión Consultiva nº 17 "Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño", si bien el desarrollo del proceso de consulta y emisión de la decisión derivó luego hacia otro camino más centrado en la cuestión de la justicia juvenil —lo que por otro lado verifica la afirmación precedente relacionada con la forma en la que los temas relacionados con los menores de edad y el delito han absorbido toda la agenda relacionada con la protección y defensa de los derechos humanos de la niñez en general—.

Lo que está detrás de esa pregunta es el tipo de Estado que puede sostener y dar cumplimiento a los tratados de derechos humanos relacionados con la niñez. Un modelo sólo concentrado en derechos y garantías de ciudadanía entendida de la forma clásica responde a un modelo de Estado liberal o gendarme (20) sólo preocupado por el deber de no interferir ni dañar (libertades negativas en la formulación de Berlin (21). Un enfoque del caso "Villagrán Morales vs. Guatemala" o de la Opinión Consultiva nº 17 podría haber respondido a esta idea: asociar marginalidad y pobreza con delincuencia y discutir los alcances de las garantías procesales para los menores de dieciocho años de edad; sin embargo, la Corte Interamericana esboza un enfoque superador que, como se planteó, ingresa en los deberes de prestación positiva de los Estados latinoamericanos y sienta las bases para preguntarse: ¿Qué modelo de Estado debe existir en América Latina de conformidad con las exigencias de los tratados de derechos humanos de la niñez? ¿Un modelo de Estado más cercano a la órbita anglosajona o más de tipo social-democrático característico de la Europa continental, de donde en definitiva deriva nuestra herencia política y jurídico-cultural?

Una lectura integral de los tratados de derechos humanos en cuanto se refieren a la protección de la niñez destacan claramente la necesidad de que el Estado trascienda su rol gendarme y avance con políticas sociales concretas sobre grupos que requieren protección especial. Los tratados definitivamente autorizan una cuota de paternalismo hacia la infancia pero ¿cuánta? ¿cuál es el paternalismo justificado frente a la infancia en el continente? ¿con qué límites? ¿cómo se implementa? ¿por qué poder del Estado?

Desde hace tiempo es claro que el paternalismo del modelo tutelar clásico no estaba justificado porque privaba de garantías fundamentales, de primera generación, a niños y jóvenes; pero la alternativa en el derecho internacional de los derechos humanos no es un

---

(20) Nozick, Robert, *Anarquía, estado y utopía*, México, Fondo de Cultura Económica, 1974.

(21) Berlin, Isaiah, *Cuatro ensayos sobre la libertad*, Madrid, Alianza, 1998.

enfoque liberal que haga de cuenta que los niños son adultos (22). El derecho internacional de los derechos humanos asume un Estado con intensos deberes de prestación positiva hacia la niñez (paternalismo justificado). En definitiva, cuáles son entonces los deberes de prestación positiva que los Estados latinoamericanos tienen respecto de la infancia y qué límites se tienen que auto-imponer cuando cumplen con esas prestaciones positivas fueron las preguntas que condujeron, originalmente, a la Opinión Consultiva 17.

Las complejidades de estos procesos determinaron que el pedido que finalmente formulara la Comisión Interamericana se distanciara de esta precisa inquietud inicial y quedara como una petición bastante confusa de aspectos mayormente penales con aspectos de protección en una medida menor. Como consecuencia de ese pedido que no logró remontarse a lo largo del trámite ni siquiera por los aportes de los otros participantes en el proceso, la Opinión Consultiva n° 17 básicamente es un texto referido a la cuestión penal de los menores de edad, que reitera estándares ya consagrados y reconocidos en el derecho interno de gran parte de los países, que no agrega ningún criterio nuevo y, por lo contrario, a algunos fuera de discusión los presenta de forma confusa o lo que es aún más grave, los debilita (23).

La Opinión Consultiva n° 17 es un texto jurídicamente pobre; ha tenido no obstante una enorme fuerza política, performativa, casi mítica y comparable con el impacto de la CDN en América Latina. En términos ideales habría sido mejor, desde el punto de vista jurídico, esperar un pedido mejor formulado (24); pero eso es historia ficción. La Corte Interamericana, por amplia mayoría, consideró necesario pronunciarse sobre el tema. Por eso su valor es más político que jurídico; más aún, para sorpresa de un positivista lógico, su invocación provoca resultados casi por un efecto mágico. Se la hace decir más o menos lo que cada uno quiere que diga por lo que se la puede invocar genéricamente para sostener posiciones de lo más diversas. Por eso ahora es bastante frecuente leer sentencias que citan a la Convención sobre Derechos del Niño, al interés superior del niño y a la Opinión

---

(22) Parafraseo la frase de Massimo Pavarini y Matilde Beti al analizar críticamente el proceso de des-manicomialización que tuvo lugar en Italia en los años ´80 cuando afirman: "Hicimos de cuenta que los locos estaban cuerdos" en Pavarini, Massimo y Beti, Matilde, La *tutela social de la locura. Notas teóricas sobre la ciencia y la práctica psiquiátricas frente a las nuevas estrategias de control social*, en "Revista Delito y Sociedad", Buenos Aires, Año 8, nro. 13, 1999, págs. 93/112.

(23) Ver sobre el punto Beloff, Mary, *Los derechos del niño en el sistema interamericano*, Buenos Aires, del Puerto, 2004, Cap. IV.

(24) El voto del juez Jackmann que rechazó el pedido demuestra estas deficiencias.

Consultiva nº 17 sin ningún análisis, como si todas estas herramientas normativas de diferente rango fueran lo mismo y no requirieran explicaciones o desarrollos específicos. Las mismas conclusiones a las que anteriormente se arribaba con menos invocación normativa, ahora son sostenidas con mayor mención de normas pero sin modificar o derivar razonablemente de los supuestos del caso algunas conclusiones en función de los nuevos elementos jurídicos que se incorporan al sistema legal.

La Opinión Consultiva 17 intentó resolver un problema complejo pero no lo logró, probablemente por una dificultad que trasciende al Tribunal y lo meramente jurídico. Me parece que el hecho de que no lo haya resuelto no fue sólo una dificultad del tribunal sino el reflejo de un obstáculo cultural que existe en América Latina: *no sabemos cómo se hace para proteger a un niño —particularmente al que está en seria desventaja familiar y social— en un sentido diferente al tutelar clásico.* Frente a la falta de definición del contenido concreto de la protección especial de la niñez, del contenido concreto de sus derechos, todos pierden. Pierde el Estado porque no tiene claridad sobre qué es lo que va a proteger ni cómo y pierde la sociedad civil porque no sabe qué ni cómo exigirle al Estado que haga lo que debe hacer.

Esto nos lleva al punto inicial relacionado con el reduccionismo legal-penal característico de este proceso latinoamericano de incorporación de tratados de derechos humanos de la niñez al derecho interno. Los juristas no están entrenados para poner contenido a la protección especial, más allá de las intuiciones correctas que cualquier persona pueda tener sobre el tema. El contenido de la protección —ya sea para definir una política pública o bien para definir el contenido concreto de una sentencia que ordena proteger a un niño—, debe ser desarrollado por disciplinas no jurídicas relacionadas con la intervención psico-social, aquéllas a las que en portugués se alude con la expresión pedagogia (25).

Quizás por la concentración de la discusión en cuestiones legales no se ha dedicado tiempo a pensar la reconstrucción de la protección desde todos los otros puntos de vista de las diferentes disciplinas no jurídicas. Hay muchos especialistas talentosos en la región preparados y dispuestos a trabajar en este tema pero en general no son convocados a las reuniones sobre "derechos del niño". Si se organiza una reunión sobre educación, van los expertos en educación; si se organiza una reunión sobre temas de salud, asisten los expertos en salud; pero en las reuniones de protección a la niñez nos reunimos los

(25) Gomes da Costa, *Pedagogía de la presencia*, Buenos Aires, Losada, 1997.

especialistas "en derechos del niño". Parece una profecía autocumplida que perpetúa el autismo autoinducido del derecho tutelar de menores pero en lenguaje de derechos humanos. Si en las reuniones sobre "niños" participaran expertos en educación, salud, urbanismo, economía, derecho, etc., quizás se quebraría esta característica autoreferencial de los especialistas en infancia que tantos problemas trajo al tutelarismo clásico (¡y a los niños!).

La razón adicional a la ya explicada es que el complejo tutelar, por su encuadre etiológico-positivista, no se preocupaba por la legalidad de sus intervenciones. La idea de que era preciso "legalizar" el tema permitía considerar que ello resolvería los problemas (si la ley tutelar los crea por estar al margen de las garantías, si se la cambia los problemas se resolverán); pero no se pensó o bien no se concentró suficientemente la energía en cómo renovar a todas las otras disciplinas desde un enfoque centrado en la promoción de los derechos de niños y niñas. Por eso es muy frecuente en nuestros países, por ejemplo, que cuando un juez ordena una medida para un joven adicto a la pasta base (problema, al igual que el de las pandillas, que hace diez años no tenía en la región ni remotamente las dimensiones que tiene hoy), se desconoce cómo abordarlo eficientemente con un enfoque nuevo desde el ámbito público y a la larga se genere una dinámica de no intervención con una retórica de respeto a la autonomía y a los derechos del niño o niña.

8.3. La siguiente sentencia de la Corte Interamericana que debe ser mencionada es "Instituto de Rehabilitación del Menor *vs.* Paraguay" (26) —caso conocido como "Panchito López"—, emitida luego de más de diez años de ocurridos los hechos que originaron el litigio.

Se trata de un caso directamente relacionado con la justicia juvenil, de menores de edad detenidos en condiciones deplorables en un establecimiento de la ciudad de Asunción. "Panchito Lopez" era conocido en toda América Latina por sus lamentables características. La sentencia llegó después de varios intentos fallidos de soluciones amistosas (un procedimiento que el sistema tiene para no llegar a la condena al Estado) probablemente por varios incendios que hubo y que provocaron la muerte de varios jóvenes allí alojados.

La sentencia condenó a Paraguay como responsable de la violación de una cantidad de derechos, entre otros del artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y sostiene que el deber de prestación positiva que la Corte Interamericana había establecido en "Villagrán Morales y otros v. Guatemala" se acentúa res-

---

(26) Corte IDH. Caso "Instituto de Reeducación del Menor" Vs. Paraguay. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112.

pecto de niños que están bajo la custodia del Estado —regla general de la jurisprudencia del sistema— y además que se encuentran en especial situación de vulnerabilidad como quienes estaban detenidos en "Panchito Lopez". De alguna forma esa Corte crea un sistema que agrega niveles de protección especial, como las capas de una cebolla si se me permite la metáfora (27).

Para concluir con este caso debe mencionarse que a pesar de que ha pasado bastante tiempo desde el dictado de la sentencia, sorprendentemente todavía se encuentran en proceso de pago las reparaciones pecuniarias.

Nótese hasta ahora cómo el sistema interamericano trata con gran preocupación la cuestión penal juvenil: "Villagrán Morales y otros v. Guatemala" se litiga como un caso relacionad con la justicia penal de menores y "Panchito López" es claramente un caso penal —se trata de menores de edad privados de la libertad—.

8.4. Luego se emite una sentencia en el "Caso de las niñas Dilcia Yean y Violeta Bosico *vs.* República Dominicana" (28), conocido como caso de las niñas haitiano-dominicanas. Fue planteado por una clínica legal (29) de los Estados Unidos y ello probablemente haya influido en las diferentes características del caso respecto de los presentados hasta ese momento por litigantes latinoamericanos. Fue el primer asunto resuelto con una sentencia que incorporó al sistema una agenda diferente que rompió con la centralidad de lo penal juvenil en el reclamo por los derechos humanos de niños y jóvenes en el sistema interamericano.

El caso se relaciona con los conocidos problemas de discriminación de la población haitiana en la República Dominicana que aquí se tradujo en la falta de inscripción, reconocimiento de nacionalidad, documentación, educación y también acceso a la salud de niñas de padres haitianos y madres dominicanas. Es un caso orientado a que el Estado cumpla con sus obligaciones de prestación positiva respecto de estas niñas. Conforme el último informe del Comité de Ginebra sobre la República Dominicana existen algunos problemas con las

---

(27) En otras palabras, la Corte estaría afirmando, en este caso, que el deber de protección especial de un Estado hacia un niño que no está en situación de desventaja social en el continente es menor que el que tiene respecto de un niño marginalizado y que, además, se encuentra bajo la custodia del Estado.

(28) Corte IDH. Caso de las Niñas Dilcia Yean y Violeta Bosico vs. República Dominicana. Interpretación de la sentencia sobre excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas (artículo 67 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 23 de noviembre de 2006 Serie C No. 156.

(29) *"Legal clinic"* es el nombre que tienen los cursos de enseñanza práctica con casos reales en las Facultades de Derecho de los Estados Unidos.

reparaciones derivadas de la sentencia, sobre todo en lo relacionado con las reformas legales e institucionales que deben implementarse para resolver el tema de fondo.

8.5. El último caso que mencionaré en este breve repaso se relaciona con las medidas provisionales adoptadas respecto de Brasil llamado "Asunto de los Niños y Adolescentes Privados de Libertad en el *Complexo do Tatuapé* de la FEBEM (30). Es la primera vez que se hace lugar a una medida cautelar vinculada con derechos de la niñez y condiciones de detención. El proceso se encuentra en pleno trámite.

8.6. Hay otros casos en los que niños y niñas son víctimas pero no han sido planteados como casos relacionados directamente con los alcances del art. 19 de la CADH. De alguna manera la Corte Interamericana ha cesado en su interés de poner contenido cierto a ese artículo, quizás conciente de las dificultades señaladas más arriba. A lo sumo se considera que se trata de una garantía transversal que agrega exigibilidad al resto de los derechos. En esta inteligencia no se trataría de un derecho específico sino que la condición de ser niño agregaría exigibilidad a todos los derechos en general.

El enfoque actual de la jurisprudencia de la Corte Interamericana es caso por caso, por lo que quizás se pueda encontrar otro asunto que sí permita discutir específicamente los alcances de este art. 19 de la CADH en función de todo el resto de normas internacionales de protección de derechos humanos de la niñez, que contribuya a vencer el profundo obstáculo cultural y conceptual que entraña.

9. Luego de este resumen respecto de cómo ingresa al sistema interamericano de protección de derechos humanos la cuestión de la protección de los derechos humanos de los niños junto con las normas del sistema universal me gustaría formular algunas conclusiones —sin pretensión de que se constituyan en certezas definitivas— relacionadas con la agenda de promoción y defensa de los derechos humanos de niños y niñas en el continente latinoamericano.

9.1. La primera cuestión se relaciona con la necesidad de que otras disciplinas ocupen el centro en las acciones vinculadas con la promoción, protección y garantía de los derechos fundamentales de la niñez en América Latina además de la jurídica, sobre la base de los argumentos enunciados más arriba.

---

(30) Resoluciones sobre medidas provisionales respecto de Brasil en el asunto de *los Niños y Adolescentes Privados de Libertad en el "Complexo do Tatuapé" de la Fundação Casa*, de fechas 17 de noviembre de 2005, 30 de noviembre de 2005, 4 de julio de 2006, 3 de julio de 2007 y 10 de junio de 2008.

En esta línea es una misión imposible pedir principalmente a los abogados que contribuyan a superar el legalismo punitivista que por momentos domina a nuestras sociedades. Creo que el proceso relatado en estas páginas lo demuestra cabalmente. Si se pretende superar ese enfoque es preciso que participen otros profesionales y otras disciplinas.

9.2. La segunda se relaciona con la necesidad de coordinar el trabajo y las agendas de las diferentes instituciones que pertenecen en ocasiones aún a la misma órbita institucional con el objetivo de optimizar recursos y conseguir resultados concretos. En definitiva, se trata de organismos públicos financiados por los Estados (incluido el Comité de Derechos del Niño de Ginebra) por lo que habría que aplicarles las reglas de *accountability*, transparencia y coordinación exigibles a organismos públicos en otras instancias.

En la OEA existe desde hace muchas décadas un instituto especializado dedicado a la protección de los derechos del niño. Se trata del Instituto Interamericano del Niño. A lo largo de todo el proceso al que me referí el Instituto Interamericano del Niño perdió su visibilidad y su incidencia en la región, básicamente por la crisis del modelo tutelar que históricamente había guiado su agenda. El proceso de pérdida de identidad institucional que obviamente implicó una pérdida de espacio fue lógicamente ocupado por el organismo rector en materia de derechos humanos de la región.

En particular y con el sentido que se viene desarrollando —aplicación de estándares internacionales—, el artículo 19 de la CADH no guiaba la agenda del Instituto Interamericano del Niño. El Instituto tenía un enfoque diferente al de los tratados de derechos humanos; básicamente, se trataba de una agenda vinculada al minorismo clásico y, desde el punto de vista del derecho internacional, preocupada por temas de derecho internacional privado. De hecho, existen cuatro tratados de derecho internacional privado en los que el Instituto Interamericano del Niño intervino en la década del ’80 (31). En esos años no se conectó la discusión de estas normas de niños del derecho internacional privado con el proceso que se estaba dando de incorporación de la Convención sobre Derechos del Niño al derecho lati-

(31) La Convención interamericana sobre conflictos de leyes en materia de adopción de menores fue aprobada el 24 de mayo de 1984 y entró en vigor el 26 de mayo de 1988; la Convención interamericana sobre restitución internacional de menores fue aprobada el 15 de julio de 1989 y entró en vigor el 4 de noviembre de 1994; la Convención interamericana sobre obligaciones alimentarias fue aprobada el 15 de julio de 1989 y entró en vigor el 6 de marzo de 1996; y la Convención interamericana sobre tráfico internacional de menores fue aprobada el 18 de marzo de 1994 y entró en vigor el 15 de agosto de 1997.

noamerica.erir, reclamar y trabajar en lo mejor que tiene para dar a los niños, niñas y adolescentes de la región.

En este tema el rol que las coaliciones no gubernamentales de protección de derechos humanos de niños y niñas pueden cumplir para que la aludida articulación y coordinación entre los diferentes organismos del sistema sea exitosa es crítica, en la medida en que las organizaciones de la sociedad civil son en gran medida reguladores de la demanda y deciden la agenda de los organismos. Del mismo modo lo es respecto de la debilidad basada en los mecanismos de designación de integrantes de estos cuerpos internacionales. Las coaliciones cumplen un rol crítico en exigir que sean verdaderos expertos quienes ocupen estos lugares —además de por las razones obvias relacionadas con la mejor calidad del trabajo resultante— de modo de contribuir al fortalecimiento del valor simbólico de estas instituciones y sus miembros.

9.3. Otro tema importante se relaciona con el tiempo, con los tiempos del sistema y los tiempos de los niños.

Hace unos años se ha comenzado a plantear en algunos talleres la cuestión de la utilización de las medidas cautelares del sistema en casos que involucran derechos de niños (32). Esta sería una alternativa al litigio mediante peticiones individuales más eficiente cuando se trata de estos derechos por el efecto inmediato que las caracteriza. El litigio de casos en el sistema interamericano lleva mucho tiempo; es muy lento y es razonable que así sea porque se supone que antes deben haberse agotado los recursos internos del país demandado. Si no hay una situación de excepción, en los estados democráticos es razonable el procedimiento que reclama que se cumplan todas las etapas del proceso que implican que transcurra mucho tiempo hasta que el caso llega al sistema regional.

Este es uno de los temas donde más claramente se puede percibir la especificidad de la niñez como sujeto diferenciado de un adulto. El tiempo es diferente para unos y para otros. No es lo mismo un año en la vida de un niño de 14 o de 16 como quizás sí lo es en un adulto de 40 o 50. Territorio de la subjetividad y de la sensibilidad, el tiempo da sentido concreto a la idea de protección especial de la niñez, de considerar que los niños son niños. Más allá de los eventuales narcisismos, intereses políticos o agendas circunstanciales, un uso del sistema que se tome en serio la protección especial a la niñez debe preocuparse por utilizar alternativas a la vía lenta (peticiones individuales).

---

(32) Beloff, Mary, *Los derechos del niño en el sistema interamericano*, Buenos Aires, del Puerto, 2004, Cap. V.

Desde este punto de vista el litigio de caso es casi contra-intuitivo respecto de la condición de ser un niño porque el efecto que va a tener —de llegarse a una sentencia— va a ser para un adulto.

Por eso es preciso imaginar otras formas de usar el sistema —aún desde el punto de vista legal— tales como las medidas cautelares de la Comisión o eventualmente de la Corte Interamericanas. La Comisión Interamericana puede adoptar medidas cautelares "En caso de gravedad y urgencia y toda vez que resulte necesario de acuerdo a la información disponible" (...) "para evitar daños irreparables a las personas" (33). Estas medidas son algo diferentes de las medidas cautelares que puede adoptar la Corte Interamericana, llamadas medidas provisionales. Éstas consisten en que en "cualquier estado del procedimiento, siempre que se trate de casos de extrema gravedad y urgencia y cuando sea necesario para evitar daños irreparables a las personas, la Corte, de oficio o a instancia de parte, podrá ordenar las medidas provisionales que considere pertinentes, en los términos del artículo 63.2 de la Convención". Si se trata de asuntos aún no sometidos a su conocimiento, "la Corte podrá actuar a solicitud de la Comisión" y si los casos ya se encuentran en conocimiento de la Corte, "las víctimas o las presuntas víctimas, sus familiares o sus representantes debidamente acreditados, podrán presentar directamente a ésta una solicitud de medidas provisionales en relación con los referidos casos" (34).

Sobre el uso de estas medidas por la Comisión se ha comenzado a discutir bastante ya que hasta hace poco tiempo la regla era que se utilizara con frecuencia para casos relacionados con libertades civiles, por ejemplo de periodistas amenazados, pero que se rechazara respecto de pedidos vinculados con derechos económicos, sociales y culturales aunque la víctima fuera un niño (por ejemplo, un caso de riesgo de vida por falta de un tratamiento médico en los servicios públicos de un país). La razón por la que en general no se admiten estos pedidos de medidas cautelares se relaciona con la delgada línea que separa a este tipo de medidas y la injerencia directa en las políticas públicas de los Estados vedada al sistema. A ello se suma la creencia de que estos pedidos generarían un efecto catarata y un saturamiento y posterior debilitamiento general del sistema por usarlo "para todo".

---

(33) Conforme el art. 25 del Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Aprobado por la Comisión en su 109º período extraordinario de sesiones, celebrado del 4 al 8 de diciembre de 2000, y modificado por última vez su 132º período ordinario de sesiones, celebrado del 17 al 25 de julio de 2008.

(34) Conforme el art. 25 del Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, aprobado por la Corte en su LXI período ordinario de sesiones celebrado del 20 de noviembre al 4 de diciembre de 2003.

Existen otras alternativas en el "menú de opciones" del sistema que se están utilizando recientemente en cuestiones vinculadas con derechos de niños y niñas como las visitas *in loco* y las audiencias temáticas. El impacto de la utilización de estas herramientas es muy difícil de determinar (35).

9.4. A fin de poner contenido concreto al art. 19 de la CADH de modo de saber cuál es el alcance legal de la protección de niños y niñas en el continente un litigio estratégico en casos de DESCs muy específicos por cierto enriquecería considerablemente el sistema (36).

Esto nos conduce a otro tema que es el del reclamo de DESCs de niños ante el sistema. Podría construirse un argumento sobre la base de reconocer la objeción recién planteada del siguiente modo: es razonable una posición restrictiva del sistema interamericano en materia de DESCs en general, pero la regla que establece el derecho a protección especial de niños habilita una excepción. De este modo se establecería una diferencia con el estándar que se usa con adultos; caso contrario, aplicar la misma regla para adultos y para niños vaciaría de contenido la regla de protección especial (adicional) prevista por el "amplio *corpus juris*" internacional de protección de derechos humanos de la niñez.

---

(35) Es complejo estimar para cuánto sirve una audiencia o una visita *in loco*. Las audiencias son muy complicadas de preparar, involucran a muchísimos actores, demoran mucho tiempo y duran unos minutos. Actualmente hay mucho entusiasmo con las audiencias pero en rigor se hacen presentaciones que podrían remitirse por escrito, compiten entre sí diferentes actores por tener un espacio que en definitiva todos merecen para ser oídos (por tomar sólo un ejemplo véase el caso reciente de México con los diferentes pedidos de diferentes organizaciones por diversos problemas vinculados con violaciones a derechos humanos en el país: con qué reglas priorizar los pedidos o quién debe tener audiencia en detrimento de otra solicitud? Casos generales de violaciones sistemáticas de derechos humanos de una población pueden involucrar también a niños.

Me da la impresión de que el gran entusiasmo que se percibe en este momento con esta modalidad es un poco desproporcionado y que el cálculo costo-beneficio no cierra bien en estos casos. A lo mejor habría que pensar en otras instancias más económicas tales como conferencias virtuales y ciertamente explorar las potencialidades de las visitas *in loco* al aprovechar los desplazamientos de los comisionados a los países.

(36) Por las razones expuestas sumadas a la centralidad que los temas de seguridad tienen en las agendas políticas de los países del continente, en la pasada década desde los organismos internacionales se dio una alta prioridad a la reforma del sistema juvenil penal y poca prioridad a la institucionalización de los mecanismos de defensa de los derechos de la infancia. Como se señaló antes, razones de principios exigen una inversión de esas prioridades, aún también para satisfacer exigencias relacionadas con la seguridad.

Esta tarea se facilita con el tratado adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos conocido como Protocolo de San Salvador, que es una convención adicional sobre derechos económicos, sociales y culturales. En ese tratado hay algunos derechos con los que se puede también litigar ante el sistema y uno de esos derechos es el derecho a la educación, derecho de niños por excelencia. También podría utilizarse la Convención de *Belém do Pará* cuando se trate de niñas.

Quizás como efecto espejo del reduccionismo legal y penal de las reformas latinoamericanas en temas relacionados con los derechos de la niñez antes mencionado, el litigio ante el sistema se ha concentrado, directa o indirectamente, en la justicia juvenil. Por ello una forma de completar esta agenda liberal clásica con un enfoque orientado a la exigencia de los deberes de prestación positiva a los que los Estados latinoamericanos están obligados por los tratados requiere inteligencia estratégica e institucional para superar un tipo de utilización del sistema que podría, más allá del acto absoluto de justicia que significan cada una de las sentencias que han recaído en los diferentes casos llevados al sistema, ser leído como un avance limitado en la promoción y defensa de los derechos humanos de los niños, en general y en sentido positivo (no lo que el Estado tiene que dejar de hacer para no interferir ni dañar sino lo que tiene que hacer para generar las condiciones que permitan que los niños vivan vidas dignas de ser vividas, en palabras de la Corte Interamericana de Derechos Humanos). Es preciso insistir en la generación de mensajes claros y mecanismos precisos para que los agentes estatales sepan lo que tienen que hacer para garantizar esos derechos que ya no hay duda de que están reconocidos.

En general y en ámbitos serios, ya no hay más debate conceptual ni jurídico en nuestros países respecto a cuáles deben ser los estándares referidos a la justicia juvenil, más allá de la eventual reacción represiva de endurecimiento de las leyes penales expresada en un reclamo de rebaja de edad de imputabilidad que sigue en el continente a hechos violentos perpetrados por jóvenes; sin embargo hay muy pocos programas exitosos, sostenidos en el tiempo, eficientes en términos de reducción de la violencia y del reingreso de los jóvenes al sistema (especializado o ya penal general).

Por otro lado, debe señalarse que el litigio estratégico en general ha sido bastante pobre en relación con los derechos de niños y niñas, aún respecto de la cuestión penal juvenil. Que los estándares legales estén claros no significa que no se sigan violando derechos humanos de los adolescentes infractores de la ley penal del mismo modo como se violan los derechos de los adultos procesados o condenados con independencia de que no se discute cuáles derechos deben serles re-

conocidos frente a una imputación penal (37). En rigor, luego de casi veinte años de reformas legales en América Latina hoy los sistemas penales juveniles tienen los mismos problemas que los sistemas penales de adultos, básicamente la distancia enorme entre la declaración retórica de derechos y garantías y su vigencia efectiva (falta de defensores o técnicamente deficientes, ausencia de programas, superpoblación en los centros de detención, etc.). Por eso ya no resulta necesario litigar para que se determine que un niño tiene derecho a un abogado defensor —todas las legislaciones lo reconocen expresamente— sino ver qué se hace a nivel interno para asegurar que el chico tenga efectivamente un abogado defensor idóneo y adecuado. Más allá del valor de una sentencia que condena al Estado y establece reparaciones para la víctima (en el sentido kantiano de valor absoluto de la sentencia en este caso), desde una perspectiva estratégica deberían medirse costos y evaluar qué es más conveniente en cada situación concreta en particular.

9.5. Otro punto que debería considerarse es el de la concreción de políticas públicas orientadas a la restitución de los derechos de niños y niñas (38).

No puedo desarrollar este punto que evidente y principalmente requiere de un enfoque no jurídico. Sólo voy a hacer un comentario respecto de la política criminal como política pública en su punto de contacto con la política social no represiva. Es preciso volver a debatir y concretar políticas preventivas. Hasta ahora de lo que se ha hablado es de lo que el Estado tiene/puede/debe hacer una vez que un joven cometió o se le imputa haber cometido un delito. Los penalistas se dedican a justificar y limitar esa reacción estatal. Como el tutelarismo focalizaba en la prevención, su desplazamiento implicó borrar la prevención de la agenda de temas relacionados con la protección de la niñez y la delincuencia juvenil. Por otro lado, su eliminación también implicó borrar —o en el mejor de los casos postergar— cualquier indagación teórica sobre los niños víctimas de delitos que requirieran protección especial como niños y como víctimas.

---

(37) Debe de todos modos insistirse con el hecho de que a pesar de todas las reformas legales no fueron creados las instancias de verificación y exigibilidad de esos nuevos marcos jurídicos, lo que determina que niños, niñas y adolescentes continúen encerrados en condiciones deplorables, no tenga acceso real a un debido proceso, los niños víctimas no sean tratados de una manera acorde a su dignidad y a sus derechos, etc.

(38) Sin dudas haber logrado el estándar del párrafo 144 respecto de la "vida digna" en la sentencia del caso Villagrán Morales y otros vs. Guatemala es parte de la riqueza del sistema; pero debería insistirse en el tipo de políticas públicas que los Estados deberían implementar para no solamente no violar los derechos sino restituirlos a aquellos que no los han vivido.

Debe reconocerse que la prevención fue un invento del positivismo al instalar la idea de que era importante intervenir antes de que se cometiera el delito. El problema fue el marco que sostuvo esa posición y las consiguientes políticas que se implementaron que tuvieron consecuencias terribles para la humanidad. No obstante la idea no es desatinada a punto tal que todas las normas internacionales que tratan del tema priorizan el factor preventivo sobre los aspectos represivos. Por lo tanto, recuperar esa correcta intuición reconocida normativamente como base de una política criminal en materia de menores de edad y dotarla de un sentido diferente en un marco de promoción de derechos humanos de la infancia debería guiar el trabajo de los actores relevantes. Prevención debería ser leído hoy como garantía de derechos económicos, sociales y culturales de la niñez.

Algo parecido sucede con la idea de especialidad que también es preciso recrear. Se supone que los nuevos sistemas de justicia juvenil latinoamericanos son sistemas especiales para niños pero en la práctica funcionan igual que los sistemas penales para adultos con excepción de las penas reducidas que se aplican y alguna opción adicional de solución procesal anticipada.

El tutelarismo clásico inventó la especialidad entendida como autonomía científica. Fue una intuición correcta sostener que los niños requieren mayor protección que los adultos; de hecho, más allá de los excesos conocidos de este paternalismo injustificado, los tratados internacionales no abandonan una concepción paternalista sobre la infancia. Si no se preserva, profundiza y desarrolla la idea de especialidad y protección especial se corre el riesgo de repetir la experiencia norteamericana en el sentido de que el precio de las garantías liberales, procesales, sea el de ser tratado como un adulto (incluida hasta hace algunos años la pena de muerte) (39).

En resumen, las ideas de prevención y especialidad fueron dos intuiciones correctas del tutelarismo positivista que hay que reinventar a partir de un enfoque actual e integral de protección de derechos humanos. En este sentido no puede pedirse al derecho penal que ponga contenido a estas ideas porque la disciplina opera sobre los límites y para limitar, no para poner contenido.

9.6. Por otro lado, deben tenerse presentes los riesgos que desarrolla Stanley Cohen en su libro extraordinario *Estados de negación* (40)

---

(39) Ver *supra* nota 20.

(40) Cohen, Stanley, *States of Denial. Knowing about atrocities and suffering*, Polity Press, 2001; en español *Estados de negación. Ensayo sobre atrocidades y sufrimiento*, Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, 2005.

respecto de la narrativa de derechos humanos: el de la banalización, el de la auto-referencia y la fatiga de compasión. Recursos limitados de todo tipo exigen una definición precisa de los objetivos de litigar ante el sistema interamericano que condicionarán los casos que se litiguen; de otro modo se puede generar el efecto de banalizar la discusión de los derechos, de provocar el desgaste de los problemas y su empobrecimiento en la agenda del movimiento de derechos humanos en términos de visibilidad y relevancia, y el de contribuir al funcionamiento auto-referencial de la burocracia.

Otro problema de la relación entre objetivos y resultados es lo que podríamos llamar el efecto no deseado o "rebote" *(backlash)* del caso. Con algunas decisiones está ocurriendo en muchos países que generan un efecto completamente contrario al que se buscaba y que reafirma una concepción muy autoritaria. Hay un caso en Perú muy emblemático sobre este punto.

En cuestiones vinculadas con derechos económicos, sociales y culturales una sentencia podría significar una camisa de fuerza para avanzar en la agenda de los actores sociales sobre el tema. Este *corset* podría ser una variante del efecto "backlash". ¿Cuánta presión pueden soportar el sistema y los Estados con un escenario de intenso litigio sobre derechos económicos, sociales y culturales? Por estas razones también el litigio estratégico tiene que considerar con inteligencia el contexto nacional y político.

9.7. Sobre el litigio estratégico me gustaría sólo problematizar el modelo norteamericano tal como es presentado en América Latina. Éste cautiva a muchos abogados en la región que lo incorporan acríticamente cuando ha sido muy criticado aún por los propios profesores en los Estados Unidos. La forma en la que las jóvenes generaciones de los mejores abogados que hay en la región concentran toda su energía en el litigio estratégico es muy importante pero me parece que no conduce necesariamente a transformaciones estructurales porque nuestros países no se transforman —por su historia y por sus características legales—, por decisión de los jueces. Nuestros países se transforman por decisiones de los actores políticos. Los jueces son actores políticos, pero con una incidencia muy pequeña comparada con la que tienen en el ámbito anglosajón.

Si se comparan las grandes transformaciones en la relación del derecho con la vida social en la Europa continental y en el mundo anglosajón, los grandes cambios en temas críticos de la vida social en Europa continental se dieron por una discusión intensamente política en las legislaturas; no fueron debidas a decisiones de los tribunales, como ocurrió principalmente en los Estados Unidos. Curiosamente, como ya mencioné nuestra herencia jurídico-cultural es de la

Europa continental por lo que debería considerarse realizar algunos ajustes al enfoque tradicional de la clínica legal norteamericana en los abordajes de problemas complejos de la región.

Desde este punto de vista no trasladar automáticamente el modelo norteamericano y utilizar instrumentalmente el litigio estratégico como herramienta política podría integrar un abordaje con mayor impacto en las prácticas sociales y en las políticas públicas.

9.8. Otro punto importante es qué se busca —en particular qué buscan las coaliciones de organizaciones de protección a la niñez— con el litigio ante el sistema interamericano. ¿Qué es lo que los litigantes quieren obtener con los casos que llevan ante el sistema interamericano?

Quizás debí haber planteado esta pregunta desde el principio pero su desarrollo habría derivado hacia otros temas. En concreto la pregunta es si se litigan los casos como fines en sí mismos —en un sentido liberal kantiano, para obtener la justicia que no se obtuvo a nivel nacional—, o bien se litigan como medios para obtener fines diferentes: reformas legales o estructurales, cambios en el gobierno, políticas públicas, eventualmente reconocimiento, instalación de temas o de instituciones en el debate regional, por qué no también aunque suene algo cínico, financiamiento, etc.

Da la impresión de que muchas veces, cuando se discuten estos temas en ámbitos político-académicos, se superponen y confunden argumentos. Hay crítica y/o frustración cuando no se logra tal objetivo pero en realidad cuando se litigó el caso se estaba buscando otro. Por ejemplo, se afirma que se ha agravado la situación de la violencia contra los jóvenes marginales en la región, en particular los asesinatos aún en países ya condenados por la Corte Interamericana como Guatemala (desde esta lógica, para qué "habría servido" el caso "Villagrán Morales y otros *vs*. Guatemala"?), que en la República Dominicana no se ha avanzado con el problema planteado por el caso de las niñas haitiano-dominicanas, etc.; pero esa frustración por la falta de impacto de los casos en la realidad de los países puede atribuirse al segundo objetivo (el litigio como medio para obtener reformas estructurales), no al primero, que sólo se vería frustrado si no se cumple con las sentencias en lo que atañe específicamente a las reparaciones a las víctimas.

Insisto en la importancia de que las víctimas obtengan sus sentencias reparatorias por un imperativo elemental de justicia: que un tribunal establezca que lo que sufrió fue injusto y que tiene derecho a una indemnización —más allá de que nunca reciba el dinero— tiene un valor extraordinario en términos de dignidad humana; pero, en

términos de la vida social, los últimos veinte años de litigio ante el sistema demuestran que no es la sentencia lo que hace la diferencia. Allí lo que hace la diferencia, por lo menos en América Latina, es la política.

Surge así la posibilidad de pensar el litigio estratégico como una actividad paradójicamente menos legal y más política. Como abogada puedo pensar en los intereses de las partes que litigan y desde allí explorar cómo se construye un litigio más político pero en rigor son los diferentes actores sociales que intervienen en estos procesos quienes deberían ponderar y definir qué es lo más conveniente en cada caso. No está demostrado en la historia del uso del sistema que una sentencia convenga más —para los intereses de los peticionantes— que un informe o que una audiencia. Hay que medir la conveniencia económica, el tiempo que insumen los casos, sobre todo desde la perspectiva de organizaciones con recursos materiales bastante limitados.

Por otro lado, el enfoque más instrumental y político conduce a la pregunta respecto de qué tipo de Estado se quiere construir en América Latina. Ésa es una pregunta que el sistema interamericano difícilmente pueda responder —por lo menos de manera abierta y directa. Para saber qué Estados se quieren o mejor aún, qué se quiere de los Estados, el enfoque tiene que ser bastante local, focalizado en las situaciones nacionales más que regionales (41). Desde este punto de vista, la discusión debería ser nacional y los actores sociales a nivel interno deberían explorar cómo se articulan satisfactoriamente para producir resultados efectivos en la vida política de sus comunidades.

Retomo la cuestión de qué es lo que se busca del sistema, porque son bien diferentes las estrategias y las acciones a implementar según lo que se busque de un sistema de justicia supranacional. En ese sentido tiene que haber una decisión conciente de qué es lo que se procura con un caso. Los abogados, por regla general, lo que buscan con los casos es o debería ser la justicia, la solución justa del caso (la mayoría de las veces nuestra imaginación es muy limitada como para poder pensar todo lo demás por eso es tan importante la participación de profesionales de otras disciplinas en esta discusión). Cuánto no podría servir ese caso para otros fines, para satisfacer otros intereses públicos e igualmente legítimos! Por otro lado se complica la cuestión desde un punto de vista ético con la instrumentalización ya no del caso sino de las víctimas que quizás no compartan la perspectiva más amplia y simplemente quieran la justicia que no obtuvieron en sus países.

---

(41) A menudo se enfatiza en un enfoque exageradamente regional para responder preguntas que no pueden ser respuestas con ese enfoque sino con uno mucho más acotado.

Para concluir sobre este tema me gustaría dejar la idea de que deberíamos estar muy atentos a evitar la instrumentalización de las víctimas cuando se litigan los casos, más allá de la instrumentalización del caso en el sentido antes aludido. Para ello se debe considerar primero y antes que nada la opinión del niño o eventualmente de su familia y analizar si realmente en ese escenario lo que más conviene es llevar el caso al sistema; o bien se podría, con inteligencia estratégica y fuerza política, encontrar una solución más rápida, más cercana y más efectiva para la real vigencia de los derechos de ese niño singular.

10. Como cierre me gustaría recordar un episodio con ustedes que me permite reafirmar el valor moral y simbólico que tiene el sistema interamericano de protección de derechos humanos para las personas más desaventajadas del continente, más allá de que, sin duda tanto desde el punto de vista técnico jurídico cuanto desde el punto de vista político pueden hacérsele enormes críticas, como también se le pueden hacer al sistema universal.

El ejemplo es enormemente conmovedor.

Tuvimos el honor con Susana Villarán —entonces Relatora de la Niñez de la Comisión Interamericana— de ser invitadas al acto de reparaciones de la sentencia del caso Villagrán Morales y otros *vs*. Guatemala. El Estado quería terminar la cuestión rápidamente pero los peticionantes organizaron un acto público para dar cumplimiento a la sentencia en cuanto exigía que se denominara a una escuela cercana al lugar de los hechos con el nombre de los niños víctimas en el caso junto con el nombre "Niños de la esperanza". En esa reunión, el director de Casa Alianza tuvo un discurso memorable que no soy capaz de repetir porque no me han sido dadas sus dotes retóricas, pero sí voy a recordar algo que no tuvo tanta visibilidad y que fue tan conmovedor para nosotros como ese discurso, palabras que con el tiempo me siguen resonando y poniendo la piel de gallina. En un momento se nos acercó la hermana de una de las víctimas y nos dijo "tenían que venir ustedes de afuera para que nos trataran como gente".

A mí me parece que esta idea tan básica de "ser tratado como gente" es suficientemente poderosa como para guiar las agendas de protección de derechos humanos de la niñez en general y, específicamente, de utilización del sistema interamericano para que éste pueda dar el máximo posible. Como toda burocracia, por mejor que sea, no va a auto-superarse si no es con la presión externa generada por la inteligencia, creatividad y compromiso verdadero con el disfrute efectivo por parte de los niños del continente de los derechos de los que son titulares, por parte de todos los usuarios actuales y potenciales del sistema interamericano de protección de derechos humanos.

~

Niños y adolescentes no punibles. Estrategias de intervención

Carlos Uriarte

I. Protección de los derechos amenazados o vulnerados de los niños/as y adolescentes. Los niños y los derechos de terceros

1. Niños/as y adolescentes *no punibles*

Un abordaje introductorio de la cuestión de las estrategias de intervención en los casos de niños/as y adolescentes *no punibles* puede ser desde la perspectiva jurídica y con particular referencia al Código de la Niñez y Adolescencia uruguayo (ley 17.823, de 7 de setiembre de 2004, en adelante CNA).

Si bien el encuadre de este Seminario es el acceso a la justicia, nuestros planteos harán particular hincapié no tanto en el acceso a la justicia propiamente, sino en la judicialización de las cuestiones sociales y sus alcances. Nos colocamos *por sobre, detrás y al costado* del acceso a la justicia, ya no como una cuestión de calidad de justicia sino asumiendo que el mejor acceso a la justicia puede sustituir o confrontar con otras estrategias de intervención y funcionar estructuralmente como un lastre, esto es como una sobrecarga institucional o como una institucionalidad sobrecargada, que si bien da *respuesta* a problemas humanos, en puridad no los *resuelve* (siempre y cuando se admitiera que los problemas humanos tienen *soluciones*).

Una primera dificultad en este abordaje es que se nos enfrenta con una categoría de personas conceptualizadas en términos negativos, en particular con respecto a *lo punible*. ¿Quiénes son los *no punibles*? En principio es objetable asignar tal centralidad de lo punible, desde cuya perspectiva se define a los partícipes en un complejo proceso socio–jurídico. Más allá de que es discutible que exista la materia punible como dato ontológico (se ha dicho que "el delito no existe", y creemos que con razón), también es objetable la centralidad

de lo punible, como categoría privilegiada y excluyente, que define intervenciones políticas institucionales. Por cierto que el impacto de la intervención punitiva es excluyente —o, por lo menos, acota sensiblemente— el espacio de otras estrategias (he aquí las cuestiones del secuestro del conflicto y de que cualquier intervención social dentro de lo punitivo es *a pesar* de ello, como actividad contrafáctica).

Pero, además, la cuestión tiene otra vuelta de tuerca: que la intervención sobre los *no punibles* puede ser también punitiva, pero con otra cobertura discursiva. Se torna imperioso acordar que significa lo punible, la intervención punitiva o el ejercicio del poder punitivo.

En principio, el CNA distingue entre infracción juvenil a la ley penal y situaciones no punibles, pero no habla de niñez adolescencia *no punible*, sino de protección de derechos amenazados o vulnerados, y de niños que vulneren derechos de terceros. El art. 74.B, inc. 1, establece que "*Sólo puede ser sometido a proceso especial … el adolescente mayor de trece y menor de dieciocho años de edad, imputado de infracción a la ley penal*". Y el inciso 3 dispone que "*Si se encuentran involucrados niños menores de trece años de edad, se procederá de acuerdo a los preceptuado en el Capítulo XI, artículos 117 y siguientes de este Código*". Los arts. 117 y sigtes. del CNA regulan la situación de la niñez y adolescencia con sus derechos amenazados o vulnerados y de los niños que vulneren derechos de terceros.

Para los primeros se crea una competencia penal juvenil especial (los Juzgados Letrados de Adolescentes) y un procedimiento también específico, regulado por el art. 74 y sigtes. del CNA). Para los segundos, regula una competencia de urgencia, a cargo de cuatro Juzgados Letrados de Familia (Jueces de Familia Especializados) y de los Juzgados Letrados de Primera Instancia del Interior de la República, quienes entenderán de los asuntos que requieran intervención inmediata, esto es, aquellos en que exista riesgo de lesión o frustración de un derechos del niño o adolescente (art. 66, del CNA), y un procedimiento especial, regulado en el art. 118 y sigtes. del CNA. El derecho positivo uruguayo prevé, además, la existencia de defensores y fiscales, que completan junto a la Justicia Especializada —en la jurisdicción de Montevideo— un sistema orgánico que se ocupa de las situaciones previstas en los arts. 117 y sigtes. del CNA.

Este es el talón de Aquiles de los Códigos de la Niñez o normas especiales latinoamericanas de la era post Convención sobre los Derechos del Niño. Este *corpus jurídico* latinoamericano de la niñez, con variantes y matices, pero con rasgos comunes, tuvo que dar cuenta de la situación de los niños/as y adolescentes que andan por la calle molestando o los niños que "*vulneran derechos de terceros*", a los cua-

les no se debía calificar de *abandonados* ni de infractores, porque la filosofía de estos Códigos es romper el *magma* infracción–abandono, según la feliz expresión de Emilio García Méndez.

2. Naturaleza de la función de los Jueces, en las situaciones descriptas en los arts. 117 y sigtes.

En estos casos, los jueces (a) deben tomar las más urgentes e imprescindibles medidas (de naturaleza cautelar) (art. 118), (b) por el procedimiento previsto en el Código General del Proceso para los Incidentes (art. 118), (c) y derivar los casos a la Justicia de Familia competente (art. 66, inc. 2) (no ingresamos al estudio de algunas cuestiones procesales como, p. ej., la naturaleza cautelar de estas medidas y la contingencia procesal de los Incidentes, acerca de lo cual se ha debatido en nuestro país).

3. Evaluación de esta estructura del CNA, ante el Código del Niño de 1934 que se deroga

Por supuesto que el CNA incorpora trascendentes mejoras, en orden a los derechos de la niñez y la adolescencia *no punible*: ruptura formal del *magma* infracción-abandono; competencia judicial específica y/o especializada; proceso en audiencia y contradictorio formal (Juez, Defensor y Fiscal); apoyo técnico a través de Informes; intervenciones especiales en el caso de maltrato (art. 130), que se suma a lo dispuesto por la ley 17.514, de Violencia Doméstica (no ingresaremos en el estudio de esta superposición).

Pero también persisten, aunque de otra manera, viejos problemas. Si bien el *magma* infracción–abandono es superado formalmente, la ingeniería jurídica de la intervención tiene estructura punitiva. Conceptualicemos la intervención punitiva o construcción punitiva de los conflictos sociales como el proceso institucional que, en el mejor de los casos, define un acto como delito y le adscribe una sanción; este proceso jurídico, tiene como correlato real que, en el mejor de los casos, el protagonista de un conflicto social definido como delito es declarado responsable y sobre él se actúa una sanción penal, que se vivencia como aflictiva. Por regla general, esa sanción supone que se retira al sujeto del escenario del conflicto o de su cotidiano vital (detención mediante), y se lo *instituye* bajo una cobertura discursiva de *prevención*.

En el caso de derechos vulnerados o amenazados, el trámite se inicia con la detención del niño/a adolescente (art. 126, que por su redacción prácticamente conmina a la autoridad policial a detener y conducir ante el Juez a quienes se encuentren en las situaciones pre-

vistas en los arts. 117 y sigtes.), se sustancia en una audiencia, similar a la audiencia preliminar prevista para el caso de infracción a la ley penal, y culmina con una medida cautelar, que puede recaer sobre los niños/as y adolescentes y/o sus padres. Los niños —menores de trece años— que vulneren derechos de terceros también son sometidos a este proceso; este eufemismo encubre la intervención en los delitos infantiles, la que puede practicarse con un margen de ejercicio de poder mucho más amplio.

Esta intervención judicial se realiza sin las garantías más estrictas que las previstas para el caso de infracción a la ley penal, tanto sustanciales (derecho penal juvenil), como procesales (derecho procesal penal juvenil) o ejecutivas (derecho de la ejecución penal juvenil). No existe definición sustancial de las situaciones en las que se interviene, por ende el nivel de refutabilidad de los hechos y de cognocitividad procesal (en el sentido ferrajoliano de la legalidad y la jurisdiccionalidad estricta) es muy bajo; no rige el principio de responsabilidad penal personal, ni del niño/a afectado y porque se convoca a responsabilidad también a los padres; en los hechos, las medidas cautelares devienen en definitivas; el margen de detención es muy amplio, al no regir los principios y limitaciones constitucionales y legales previstos para la infracción. En consecuencia, son muy amplias las posibilidades de institucionalización e internación, con sensible disminución de garantías.

En este contexto procesal, el contradictorio se difumina y al descender los niveles de refutabilidad la defensa se debilita. Además, los Informes técnicos permutan el contradictorio sobre los derechos por la discusión técnica. Si bien existe un control judicial formal sobre la vigencia de los derechos, también se desdibuja en la proteiforme variedad de conflictos sociales que son sometidos a consideración judicial.

4. Conclusión

En los arts. 117 y sigtes. el CNA perfila una construcción punitiva de una intervención judicial, que somete a niños/as y adolescentes a procesos de institucionalización prematura. Si bien el CNA quiebra formalmente el *magma* infracción–abandono, lo retoma de esta manera, con otro ropaje jurídico. El abandono, que pugna diacrónicamente por subsistir, ha mudado su discurso jurídico.

Es un caso de lo que Zaffaroni llama "ley eventualmente penal", esto es aquella que habilita la coacción directa y que adquiere carácter punitivo cuando excede lo necesario para neutralizar un peligro inminente o interrumpir un proceso lesivo en curso.

II. Los procesos institucionales de judicialización de los conflictos sociales. "El caso expediente"

5. El "caso expediente"

Saliendo un poco de lo jurídico (que tampoco hemos sido hasta este punto juristas estrictos), miremos *por sobre, al costado y por debajo* de la intervención judicial.

La intervención judicial comporta inevitablemente la formación del "caso expediente" (retomando los estudios de W. Hassemer). Y el "caso" es una reducción inevitable de la extensión y profundidad de un conflicto social. Un niño en la calle, violentado, desnutrido, explotado, que vulnera derechos de terceros o que *joroba*, comporta un cuadro innegable de derechos amenazados o vulnerados, que muchas veces requiere intervención directa. Pero esa intervención, para que sea judiciable supone un corte en una realidad continua, que introduce soluciones de continuidad en una realidad continua, pues de no ser así no es judicialmente manejable. La intervención institucional se trae el conflicto para *adentro* y trabaja sobre un síntoma; muchas veces la intervención cautelar es exitosa, sobremanera cuando interrumpe procesos de violencia en curso, pero estos tienen dimensiones a las que no se llega por la intervención institucional. Hablemos en estos casos de violencia estructural, que opera a distancia. Un niño en la situación que hemos descripto es —parafraseando a Gomes Da Costa— una isla rodeada de omisiones. La intervención judicial da cuenta de las omisiones más inmediatas (p. ej., el caso de la responsabilidad parental), pero no puede llegar más lejos y profundo. La dimensión de corresponsabilidad social queda fuera de la intervención institucional.

6. La niñez en situación de riesgo social

El *riesgo*, como situación real de vulnerabilidad o exposición a violación de derechos, comporta un pronóstico y por ende es incierto. En un contradictorio procesal del tipo previsto en los arts. 117 y sigtes. del CNA, la defensa transita por diversas peripecias: en primer lugar, se enfrenta con una situación —el *riesgo*— de bajo nivel de refutabilidad y de cognocitividad, como hemos dicho; en segundo lugar, debe enfrentar el dilema ético de definir si defiende al niño de los *riesgos* que lo acechan o lo defiende de procesos de institucionalización que tienen connotaciones punitivas e iatrogénicas, y por ende debe manejarse como si enfrentara una situación penal (controlar el proceso de detención, si existe infracción a la ley penal, debido proceso, sentencia orientada por la proporcionalidad y el principio de intervención mínima, etc.); alguien debería preguntarse a esta altura, quién

defiende a los familiares convocados a responsabilidad y a la familia como institución social.

¿Cómo enfrenta un defensor un informe que define una situación familiar como *desestructurada* e *incontinente*, discurso omnisciente y omnipresente en estas actuaciones? Se sabe que la estructura de las familias excluidas —que suele leerse como *desestructura*— se gesta en el marco de grandes desigualdades sociales y de violencia estructural que, a distancia, provoca esas estructuras o desestructuras. ¿Cómo dar cuenta desde la coyuntura episódica de la intervención judicial, que opera a escala del "caso", de esta problemática tan vasta y profunda? Y lo peor es que, por cierto, muchas veces esa intervención es necesaria, en orden a tutela de derechos.

Finalmente, desde la lógica punitiva, con la cual se detecta un caso, se detiene a un niño, se lo sustrae de su hábitat cotidiano, se lo instituye y, en el mejor de los casos, se lo restituye sano y salvo, se actúa, también inevitablemente, en forma selectiva. El sistema judicial (policial–judicial) se orienta selectivamente hacia los riesgos de la exclusión. Otros riesgos quedan fuera. A vía de ejemplo: un adolescente que suele conducir su motocicleta a alta velocidad y sin dispositivos de seguridad, un niño sentado varias horas frente al televisor, etc., son situaciones riesgosas, que no suelen preocupar al sistema. El riesgo es una construcción social y el sistema se orienta hacia ciertos riesgos, construidos de determinada forma, en forma selectiva, donde la selectividad tiene como en la intervención punitiva la intervención primera y decisiva del sistema policial.

En la conciencia de las limitaciones estructurales de la intervención policial-judicial, como de la necesidad inevitable y muchas veces impostergable de judicializar situaciones de vulneración de derechos, hay que rescatar de la legislación latinoamericana el *desiderátum* de proveer de garantías procesales, hasta donde sea posible. La intervención judicial no deja de ser un momento de *fair trial*, de transparencia en un conflicto social, que en la era pre CNA no existía.

III. Políticas sociales y los arts. 117 y sigtes. del CNA

7. Las políticas sociales y la (in)seguridad ciudadana en los años 90

En nuestro país, hasta el año 1995 se discutía si desde 1990 la pobreza había aumentado o no. La cuestión variaba según los indicadores que se usaran: canasta o necesidades básicas insatisfechas. Desde este último punto de vista, la pobreza había aumentado, aunque no en forma significativa. A partir de 1995 la pobreza y la indigencia

se disparan, situación que se agrava con la crisis financiera del año 2002, hasta llegar al año 2004, época en la cual teníamos más de un 50 % de niñez pobre. En el Uruguay de entonces, la célebre frase de James Grant era —y es— trágicamente verdadera: la mayoría de los niños eran —y son— pobres y la mayoría de los pobres eran —y son— niños.

Formaba parte de la estrategia neoliberal, afirmar que la situación se corregiría con el crecimiento económico y que la cuestión social se atendería por *filtración* del crecimiento económico (Stigliz *dixit*). Todo esto generó un vacío de políticas sociales, que se sumó a su fragmentación (se hablaba de "balcanización" de las políticas sociales) e inadecuación a los profundos cambios sociales de la segunda mitad del siglo pasado (las políticas sociales de entonces se centraban en la familia, la escuela y el trabajo, que habían perdido sus roles tradicionales en la exclusión).

El vacío de políticas sociales fue ocupado por las estrategias de la seguridad ciudadana. Perdió espesor e idoneidad el tejido social – institucional que trababa la derivación de conflictos sociales hacia el sistema penal juvenil, formal, informal o subterráneo (tomando esta última expresión en el sentido que le asignó Lola Aniyar) o hacia el sistema judicial de Familia, con las características que hemos descripto.

8. Conclusión

En el marco de la (in)seguridad ciudadana, en la segunda mitad de los 90 se disparó la intervención punitiva directa, abierta, con cierta lentitud en la segunda mitad y vertiginosamente en los primeros años del nuevo siglo.

Junto a esta intervención punitiva directa y franca, existió otra algo más clandestina. Algunos viejos discursos punitivos pero diacrónicamente renovados, como las ideologías "*re*", funcionaron como una suerte de construcción social de lo punitivo: se decía que se intervenía punitivamente para (re)socializar, por lo que la cuestión de la infracción a la ley penal fungía —en el discurso— como una cuestión social. Hacia el año 2003 apareció un discurso transnacional novedoso (en el sentido que utilizaba esa expresión la criminóloga venezolana Rosa del Olmo, ya anunciado por Waquant), el de la *prevención social*, por el cual desde el Ministerio del Interior se pretendió explícitamente ocupar el espacio de las ausentes políticas sociales, a escala territorial.

Estas estrategias punitivas encubiertas, se suman a la judicialización de los conflictos sociales, a la que ya hemos hecho referencia. Y

todo esto generó una renovación del viejo magma infracción abandono, que fue sustituido por estos procesos de construcción social de la cuestión punitiva o de construcción punitiva de problemas sociales.

IV. ¿CUÁL ES LA MATERIA DE LA QUE SE OCUPAN LOS JUZGADOS DE FAMILIA ESPECIALIZADA?

9. Breve repertorio de *casos* de la Justicia de Familia Especializada

Según un estudio realizado sobre información registrada en el año 2005 (*Dirscurso y realidad. Informe de aplicación del Código de la Niñez y la Adolescencia en Maldonado, Montevideo y Salto.* UNICEF Uruguay, 2006, Coordinación General Dr. Javier Palummo), las situaciones que motivaron la intervención de la Justicia de Familia Especializada en Montevideo en el año 2005, son las siguientes: maltrato (34.38 %), pobreza–indigencia (13.18 %), consumo de sustancias psicoactivas (13.7 %), violación de derechos de terceros (12,64 %), situación de calle (12 %), abuso (6.3 %), corrección (2.9 %), patologías psiquiátricas (2.9 %), fuga del hogar (2.3 %). El mismo estudio registra que en los departamentos donde se relevaron los datos (Montevideo, Maldonado y Salto), el porcentaje de asuntos en los que se aplican medidas, varía significativamente según los temas: consumo de sustancias psicoactivas (96,2 %), patologías psiquiátricas (71.4 %), situación de calle (60 %), amenaza o vulneración de derechos de terceros (51 %), amenaza o vulneración de derechos, por pobreza o indigencia (38 %), casos ventilados por la vía de la Ley 17.514 de Violencia Doméstica (y art. 130 del CNA) (35 %), inasistencias escolares (34,8 %), corrección (31,3 %). Por el sistema pasan pocos niños menores de cinco años.

Adviértase las connotaciones típicamente sociales que tienen la mayoría de los renglones de intervención y de qué forma el porcentaje de *medidas* se torna más intenso en situaciones sociales problemáticas my extendidas (droga, callle). Llama la atención la intensidad de la institucionalización por patologías psiquiátricas y por amenaza o vulneración de derechos de terceros, que en los hechos pueden tener un componente de criminalización real, al que ya hicimos referencia.

V. POLÍTICAS SOCIALES EN EL URUGUAY DE HOY

10. La creación del Ministerio de Desarrollo Social (MIDES, Ley 17.866, de 21 de marzo de 2005)

El MIDES fue creado a los pocos días de instalado el nuevo gobierno del país, con el objetivo fundamental, entre otros, de articular

y coordinar políticas sociales sobre la familia y la infancia con instituciones públicas, organizaciones sociales y con la participación comunitaria, sobre la base de estrategias de restitución de derechos. Dentro de la actividad del MIDES se destaca el Programa INFAMILIA, que tiene varias líneas de trabajo: primera infancia (cero a tres años), maestros comunitarios (para encarar el problema de la alta repetición y deserción escolar), niñez en la calle, violencia, salud sexual y reproductiva, comunidad, fortalecimiento institucional (circulación de información).

Al mismo tiempo, desde el Instituto del Niño y el Adolescente (INAU) se busca dar nuevo impulso a los programas de minimización de la institucionalización y de trabajo en medio abierto y calle, en una programada coordinación.

11. Políticas sociales, sus *síntomas* y el *caso*

Todos esos temas que hemos enumerado como competencia de INFAMILIA–MIDES, son los que a nivel de *caso expediente* van a la Justicia de Familia Especializada. La información de la que es portador el sistema judicial de familia especializada no aparece registrada en la información general del Programa INFAMILIA, y sus operadores se quejan por ello. La justicia especializada toma conocimiento directo de la niñez adolescencia vulnerable pero, a la fecha, sus registros no van al MIDES.

Hay un doble círculo vicioso: (a) justicia especializada sin políticas sociales, arrastrando la cuestión de la judicialización de cierta conflictividad social (época anterior al año 2005); (b) instalada una política de cambio con la creación del MIDES, no se retroalimenta el valioso flujo de información de la que es portador el sistema judicial. El espectro de políticas que ha encarado el MIDES y el INAU deberían operar como referente para que el sistema judicial derive *casos* con otros criterios, dentro del nuevo marco de políticas sociales.

Tampoco aparecen referidos en la información difundida por el MIDES, los Gobiernos Departamentales y las Intendencias Municipales. En estos tiempos se ha movilizado la iniciativa de reglamentar la reforma constitucional del año 1996, que dio un amplio margen para la descentralización territorial, con la incorporación de los tradicionales municipios en el Uruguay (en nuestro país, las Intendencias Municipales son los Ejecutivos de los Gobiernos Departamentales, pero no están organizados de la forma que es usual en el derecho comparado). De prosperar esta iniciativa, se abre un campo fértil para la municipalización de las políticas sobre infancia y adolescencia, o, a lo menos, para ampliar la injerencia de los gobiernos locales en la materia. La perspectiva de los problemas de niñez y de familia a esca-

la territorial, desde la especificidad de los problemas territorialmente *situados*, enriquecerá su percepción, así como facilitará la incorporación de las comunidades locales.

Sin duda en el Uruguay se ha instalado un proceso de cambio, que se inició con el CNA (impulsado desde UNICEF), que sentó los principios de mínima intervención punitiva, excepcionalidad y brevedad de la privación de libertad, con las contradicciones que ya hemos visto. Es esperable que a medida que el MIDES y el INAU y la descentralización territorial avancen en sus políticas, y se mejore en los niveles de coordinación e intercambio de información interinstitucional, habrá de disminuir la intervención por infracción estricta o por el sistema de los arts. 117 y sigtes del CNA. Este debería funcionar como un sistema residual, una suerte de CTI institucional, realmente gobernado por estrategias de protección de derechos, ora ante la acción de particulares, ora ante la acción u omisión del propio Estado.

12. El talón de Aquiles de los Códigos de la Niñez latinoamericanos. A modo de conclusión general

Ya hemos mencionado algo acerca de la extensión de estos problemas a nivel de derecho comparado en Latinoamérica. Por regla general los Códigos de la Niñez de la región disponen un pasaje casi automático (opinión de Mary Beloff, que compartimos) de la infancia no punible a los sistemas gobernados por normas que hemos caracterizado de leyes penales eventuales. Y éstos, tanto más tienden a funcionar como punitivos como tanto menos existan políticas sociales de otro tenor, por fuera del sistema judicial.

Pasados los tiempos neoliberales, y dentro de la velocidad que permite el desmontaje de su institucionalidad y los persistentes condicionamientos globales, los tiempos de los derechos económicos, sociales y culturales deben convocar a otra teorización sobre estos derechos, así como del rol del sistema judicial como garante de derechos amenazados o vulnerados.

Cuatro consideraciones acerca del derecho penal juvenil y los derechos de la infancia (1)

Gonzalo Berríos Díaz

La presente ponencia se centrará en torno a cuatro aspectos que me parecen fundamentales acerca de los sistemas penales juveniles.

De dicho modo, me referiré a algunas concepciones distintivas del derecho penal juvenil y que se reflejan en cómo entiendo debieran funcionar estos sistemas. Directamente relacionado con lo anterior, mencionaré la importancia de desarrollar una "lectura" especializada de la base normativa común del sistema jurídico-penal que les resulta aplicable, y de tal forma intentar promover la consideración de las particularidades de la adolescencia en dicha base jurídica.

Asimismo, en una reunión interamericana de defensores y defensoras no podría dejar de referirme a ciertos aspectos específicos del derecho a defensa penal de los adolescentes, en especial, a algunas amenazas que recaen sobre la relación profesional entre el abogado y el joven, y al carácter especializado que debe tener dicha defensa.

Debo indicar, además, que parto de la premisa que los sistemas penales de adolescentes *realmente existentes* son un campo en disputa, pese al auge en los últimos años de modelos y prácticas con un acento claramente represivo. Aunque en esta premisa se pueda reflejar un cierto "pesimismo de la razón y optimismo de la voluntad", me parece que desde la mirada de la defensa de los jóvenes es la única perspectiva posible de asumir para no caer en la desesperanza e inacción.

---

(1) El texto corresponde a una versión revisada de la exposición efectuada en la mesa de debate "Niñez y adolescencia en conflicto con la ley penal. El derecho penal juvenil y la protección integral".

PRIMERA CONSIDERACIÓN

Como es bien sabido, una característica de los sistemas tutelares de menores dice relación con el denominado fraude de etiquetas, o si se prefiere, con aquella creencia que embargaba al conjunto de los operadores del antiguo sistema de que las cosas *son* lo que formalmente se dice que *son* y no lo que materialmente, lo que en realidad representan en su aplicación práctica. El mejor ejemplo de esta forma de ver las cosas lo constituye la medida de "internamiento", cuya aplicación selectiva sobre los menores de edad "en peligro moral o material" se decidía como una forma de "protección" de los mismos, desconociendo (y peor aún, justificando) su carácter privativo de la libertad personal y, en general, violando una amplia variedad de otros derechos y garantías, como la integridad física y psíquica, el principio de legalidad y el debido proceso, por nombrar sólo algunos.

Entonces, nos parece fundamental comenzar esta exposición reafirmando una premisa —sostenida, entre otros, por autores como P. A. Albrecht y Juan Bustos Ramírez— ineludible en torno al tema que nos ocupa: las consecuencias que impone el Estado a los menores de edad como reacción ante ciertos hechos definidos como delitos y, más ampliamente, todo el sistema jurídico e institucional relacionado con los conflictos de los jóvenes con la ley penal, deben ser entendidos como "derecho penal" y no como otra cosa. En cuanto el sistema implica consecuencias restrictivas de los derechos de los adolescentes a través del uso de sanciones que responden a la comisión de delitos, aquel debe ser limitado por el conjunto de las garantías penales y procesales. El hecho que sea o debiera ser un derecho penal especial, distinto del que se aplica a los adultos, no significa que deje de ser, al fin y al cabo, derecho penal. Terminar con los eufemismos sólo puede facilitar el reconocimiento de la necesidad de considerar la imposición de límites al funcionamiento del sistema y de paso favorecerá la crítica al mismo.

La más obvia consecuencia de todo esto es que, bajo ninguna circunstancia, se puede construir un derecho penal juvenil sin considerar, a lo menos, todos los derechos y garantías penales y procesales propios de un Estado democrático de derecho, entre ellos, el derecho de defensa.

Como señalábamos, este derecho ha de ser distinto, especial, y si ya los derechos fundamentales establecen un límite a la intervención punitiva del Estado, entonces aquellos derechos especialmente protegidos, más intensamente salvaguardados de las personas menores de 18 años, han de constituir una nueva barrera —adicional— frente al sistema penal, sobre todo si somos concientes que los adolescentes pueden llegar a reunir en sí numerosas condiciones que aumentan

su vulnerabilidad frente a la justicia (pobreza, género, privación de libertad).

También ha de ser un derecho penal especial y diferenciado del aplicable a los adultos por una cuestión fundamental. Es imposible desconocer que hay un importante déficit de legitimidad de origen en lo que Bustos llama "la capacidad del Estado de exigir la observancia de las prohibiciones y mandatos" a los adolescentes: las normas que deben respetar no han sido establecidas ni pueden ser democráticamente cuestionadas por sus destinatarios adolescentes, dadas las exclusiones de que son objeto por el sistema político respecto del derecho a elegir y ser elegido como miembro de los poderes legislativos.

Así las cosas, al menos una de los puntos de contacto que se pueden establecer entre el derecho penal juvenil y la denominada doctrina de la protección integral de los derechos de los niños, es precisamente la necesaria relación que se debe derivar de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) con respecto al establecimiento de límites mayores y más extensos a la justicia penal que se les aplique, límites que pueden ir desde la total renuncia a utilizarlo, hasta su aplicación restrictiva y sujeta a una lógica minimalista.

Estas barreras especiales asociadas a las garantías penales y procesales, sin embargo, no son las únicas que se pueden extraer de la CDN. Todos sabemos que, en los hechos, cuando se activa el sistema penal sobre una persona se afectan *en la práctica* muchos otros de sus derechos, supuestamente no sujetos a restricciones, por ejemplo, los derechos económicos, sociales y culturales. Podemos sostener que un derecho penal juvenil construido en el marco del sistema de protección de los derechos humanos de los niños tiene asociado nuevas barreras al poder castigador del Estado, ya no sólo derivadas de la protección de los derechos de libertad, sino también de la salvaguarda de los derechos de prestación. Una consecuencia concreta de ello es la obligación de modular la respuesta penal a estos límites; al respeto, promoción y garantía de los derechos de prestación. Resulta clara al respecto la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en "Instituto de Reeducación del menor v. Paraguay" cuando señala que, con la obligación del Estado de proveer a los jóvenes privados de libertad de asistencia en educación y salud, se intenta asegurar "que la detención a la que los niños están sujetos no destruirá sus proyectos de vida".

En nuestra opinión, los límites previamente comentados deben ser considerados siempre que se aplique la ley penal, asumiendo que el sistema punitivo tiene un fuerte efecto desocializador sobre los jóvenes. Por tanto, si las legislaciones penales juveniles quieren efectivamente promover la inserción social de los infractores, en la pri-

mera línea de todo el sistema de responsabilidad penal adolescente adecuado a la CDN debe estar precisamente el evitar todo lo que sea posible el uso del sistema, en especial, de la privación de libertad.

Además, no se puede obviar que será el Estado quien con mayor regularidad "quebrante" sus obligaciones sociales respecto de los adolescentes imputados de cometer un delito, en comparación con los jóvenes que quebranten el cumplimiento de sus condenas, cuestión más que probable dadas las carencias institucionales y desigualdades sociales que presentan nuestras sociedades.

En definitiva, en el marco de la Convención sobre los Derechos del Niño es posible construir un sistema minimalista que privilegie la no intervención penal para resolver los conflictos sociales que están en la base de la comisión de los hechos punibles; que si ello no es posible, considere, primero, un conjunto de respuestas alternativas al proceso y, segundo, en caso de juicio y condena, la opción de sanciones comunitarias de cumplimiento en libertad, para reservar como *ultima ratio*, en forma excepcional y breve como obliga el art. 37 de la CDN, la privación de libertad. Todo ello, por supuesto, bajo el más estricto apego al debido proceso y al conjunto de garantías que tiene la persona frente al Estado.

Ahora bien, ni la Convención ni una bien fundada —en términos valorativos y empíricos— política criminal aseguran de por si que las legislaciones nacionales en la materia resuelvan de buena manera las tensiones existentes entre un modelo (ideal) adecuado a la Convención y otro más cercano a las demandas punitivas propias de la lógica de la "seguridad ciudadana". Desconocer esta realidad o simplemente atribuir al modelo de responsabilidad el aumento de la carga punitiva sobre los jóvenes, sólo puede contribuir a atarnos de manos para modificar este orden de cosas.

SEGUNDA CONSIDERACIÓN

Como ya señalamos al comienzo, hay un campo fructífero por explorar y desarrollar en términos jurídicos que consiste en "leer" el derecho penal y procesal penal desde el sujeto adolescente y desde la ley especial que los regula, y no trasladar irreflexivamente las categorías dogmáticas y la jurisprudencia propia del derecho penal de adultos. Para explicarme mejor, me referiré a algunas cuestiones específicas sobre este punto.

En Chile existe una agravante de responsabilidad conocida como "pluralidad de malhechores", cuya aplicación puede llegar a ser casi matemática: si son dos o más los sujetos que participan de un robo,

el hecho se ve agravado con el consiguiente aumento de la pena. Sin embargo, sabemos que la etapa de la adolescencia se caracteriza por una fuerte influencia y predominio del grupo de pares. ¿No es en muchas ocasiones inherente a la realización de un delito por parte de adolescentes su comisión en grupo y, por ende, al aplicar la agravante no estamos considerando dos veces tal factor? Así se ha comenzado a considerar por una parte de la doctrina y también por una parte de la jurisprudencia, sin perjuicio de otras opciones para la valoración de la actuación en grupo, por ejemplo, en el ámbito de la culpabilidad/responsabilidad.

Otro ejemplo dice relación con el valor del consentimiento en materia de actividad sexual, cuando se trata de tipos penales en que dada la edad del sujeto pasivo, la ley entiende que dicho consentimiento no tiene relevancia. En nuestro país, es la misma ley de responsabilidad penal juvenil la que establece una norma especial, exigiendo una cierta asimetría de edad entre los sujetos para que puedan imputarse ciertos delitos sexuales, con lo que se pretende asumir la realidad de la iniciación sexual de los jóvenes a temprana edad. Y aún si se diera esa diferencia de edad, pero existiera consentimiento, quedará abierta la puerta a otras opciones como, por ejemplo, considerar un posible error de prohibición.

En materia procesal son bastante conocidas las posiciones en torno a rodear de mayores garantías a la renuncia de determinados derechos, para que dicha renuncia puede considerarse libre, informada y conciente. Es el caso del derecho a guardar silencio, cuya renuncia en Chile sólo es válida si la efectúa el adolescente en presencia del defensor, con lo que pretenden evitar las "declaraciones espontáneas" obtenidas por la policía a través de presiones psicológicas o derechamente de malos tratos.

En la misma línea podemos recordar el caso de Walter Bulacio, a propósito del cual la Corte Interamericana de Derechos Humanos señala que no basta con que los menores de edad detenidos tengan derecho a comunicarse con un familiar y un abogado defensor, sino que, por la especial vulnerabilidad en que encuentra un niño detenido, son los agentes del Estado quienes tienen la obligación de comunicar la detención a tales personas, aun cuando no se les haya solicitado hacerlo.

Tercera consideración

Respecto del derecho a defensa penal juvenil, se debe reconocer que existe todavía una arraigada cultura tutelar en muchos operadores de la justicia, lo que puede llegar a implicar presiones indebidas

respecto del rol y las funciones de los abogados defensores, ya que cuestionan (o no entienden) la esencia de su trabajo de representación de la voluntad del joven y de resguardo de sus derechos.

De alguna manera, los fines preventivo-especiales positivos, educativos o de reinserción social que las nuevas leyes de responsabilidad penal especial de los jóvenes suelen predicar de sí mismas —aun en contradicción con algunas de sus propias normas claramente retributivas—, pueden llevar a confusión a muchos actores respecto al ya aludido supuesto carácter "benéfico" de las medidas o sanciones y, por tanto, generan incomprensión respecto de las tareas de oposición ante la pretensión punitiva del Estado. Una cuestión muy distinta es considerar tales fines de manera de tomar resguardos ante los efectos negativos del sistema penal sobre los adolescentes, básicamente por medio de límites a la intervención penal y el reconocimiento de derechos, de todos sus derechos, a los jóvenes condenados. Como señalaba Baratta para el caso de la privación de libertad —cuestión que debiéramos considerar para todo tipo de respuestas sancionatorias—, más que reintegración social "a través de la cárcel", debemos promoverla "a pesar de la cárcel".

La idea de la protección integral de derechos nos da mayor soporte para afirmar la vigencia de todas las garantías penales y procesales limitadoras de la intervención estatal, pero también para que fuera de ese ámbito punitivo se pueda exigir de los servicios sociales el dar satisfacción a aquellos derechos cuya vulneración puso en evidencia el sistema penal. Pero ello no puede implicar que los defensores dejen de hacer la tarea que el sistema de justicia les exige para su buen funcionamiento. Los problemas sociales requieren respuestas fuera del sistema penal y no se puede desnaturalizar el derecho a defensa, el rol del abogado y las obligaciones de lealtad con el adolescente porque otros actores dejan de cumplir con sus obligaciones o las cumplen mal.

En el caso de los jóvenes, no sólo el sistema confirma su selectividad al provenir su clientela habitual mayoritariamente de los sectores más excluidos socialmente, sino que dicha condición de exclusión y marginalidad puede llevar a justificar y agravar la intervención restrictiva de derechos, producto de la "demonización" de la juventud popular. La tarea de los defensores resulta irrenunciable en cuanto a rechazar tales consideraciones peligrosistas y para ello debe asegurarse el correcto desempeño de su rol.

CUARTA CONSIDERACIÓN

Finalmente, quisiera plantear algunas ideas generales sobre el derecho a defensa y los adolescentes, en torno a la noción de "especialización".

Es indudable que la superación del paradigma tutelar ha traído consigo un amplio acuerdo sobre la necesidad de asegurar a los jóvenes el derecho a defensa jurídica. Sin embargo, quisiera destacar en este foro que el derecho que se ha de garantizar no es a cualquier defensa, para que ésta pueda ser considerada como adecuada y efectiva: en el caso de los adolescentes, el derecho a defensa penal debe satisfacerse en forma "especializada".

Muy esquemáticamente y sin pretender agotar el tema, ello implica:

- Contar en las Defensorías con un cuerpo especializado de abogados, en donde los defensores se dediquen exclusivamente (o al menos, con una alta preferencia) a la defensa de adolescentes. En el fondo, institucionalmente debe expresarse también la idea de que estos sistemas son especiales y diferenciados de los adultos, como se deriva del art. 40.3 CDN. Sin duda, esta opción implica una importante inversión de recursos públicos, pero de otra manera no puede construirse una justicia especial para adolescentes infractores.

- Promover y exigir de los abogados una formación de alto nivel y no sólo jurídica: el abogado defensor debe tener amplios conocimientos de criminología, psicología del desarrollo y culturas juveniles, por nombrar algunas materias claves, que le permitirán "leer" las normas jurídicas y los casos concretos en forma diferente, de acuerdo al sujeto y a la ley especial. Dichos conocimientos son esenciales en ciertos debates, por ejemplo, en la determinación judicial de las sanciones y en las audiencias de sustitución de una condena por otra menos gravosa.

- Contar con equipos de apoyo a la defensa penal juvenil conformados por trabajadores y trabajadoras sociales, considerando que al menos en la experiencia chilena ello ha sido de mucha utilidad. Tales equipos han resultado un soporte clave respecto de las relaciones con los distintos programas y operadores de la red infanto-juvenil, en materia de defensa durante la ejecución de sanciones y en las relaciones con los familiares o red de apoyo del joven. También cumplen un rol fundamental en la elaboración de informes sociales que posteriormente son utilizados por los abogados como apoyo a la respectiva teoría del caso.

- La importancia de desarrollar competencias profesionales que permitan favorecer la construcción del vínculo de confianza con el adolescente (que en general mantiene una cierta des-

> confianza con los adultos), sobre todo que en el caso de las defensas públicas es probable que en muchos casos sean sus defensores la primera cara amable que conozcan del Estado. Ello se traduce también, por ejemplo, como lo destacan las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, en la importancia de fortalecer las capacidades de comprensión del adolescente para la toma de decisiones en el proceso. Si los defensores quieren ser consecuentes en considerarlo como un sujeto de derechos y, por tanto, "dueños de su defensa", debemos prepararnos profesionalmente para facilitar con nuestro consejo legal que el joven pueda tomar sus propias decisiones. El derecho a ser oído que establece la Convención sobre Derechos del Niño nos obliga a todos y, en forma crucial, a los abogados de jóvenes.

Para concluir esta ponencia, y reiterando lo que ya he señalado en otras ocasiones, me parece evidente que en términos de las grandes tendencias, la justicia juvenil no está aislada de la justicia penal general y la tensión —más amplia y global—entre derechos y seguridad que se expresa en la sociedad actual, tiene efectos directos sobre ella. Por lo mismo, el futuro de los sistemas de responsabilidad penal juvenil está cada vez más indisolublemente unido a los avances y retrocesos que todo el sistema penal y procesal penal pueda seguir experimentando en los próximos tiempos.

~

Niñez y adolescencia en conflicto con la ley penal. El derecho penal juvenil y la protección integral (*)

Miguel Cillero Bruñol

Como es de rigor, antes de comenzar quiero señalar mi agradecimiento por esta posibilidad de compartir con ustedes algunas reflexiones. En especial quiero saludar a los representantes de las organizaciones, y por supuesto, a la Dra. Stella Maris Martínez.

Tratar un tema tan amplio en el marco de un Congreso sobre la Defensa Pública como Garantía de Acceso a la Justicia, y en el tiempo que se nos ha dado, exige concentrarse en materias específicas. Por ello, en esta exposición intentaré examinar algunas cuestiones fundamentales del Derecho penal juvenil que tienen relación con el acceso a la Justicia; los sistemas especializados de Justicia y su relación con la protección integral de los derechos de los niños.

En concreto, lo que pretendo es desarrollar un argumento o, mejor dicho, una suma de argumentos cortos unidos entre sí que nos permitan tener una visión sobre las particularidades de los fundamentos y ejercicio del derecho a la defensa en el ámbito de la justicia juvenil.

El primer argumento que propongo, y desde el cual construiré el resto, será señalar que cuando hablamos de Justicia Juvenil estamos en el espacio del poder punitivo. Este eufemismo que hemos utilizado tanto, "de niños en conflicto con la ley penal", hace parecer que fuera sólo el niño el que está en conflicto con dicha ley. En realidad, *siempre* el conflicto es entre el poder punitivo del Estado, la ley penal y el transgresor, residiendo el origen del conflicto en la pretensión punitiva del primero. Por supuesto que el poder punitivo tiene fundamentos en la transgresión de la ley y en la protección de bienes jurídicos, pero ello no nos puede llevar a soslayar el carácter punitivo del Derecho penal juvenil.

(*) La presente conferencia ha sido desgrabada y editada por la Defensoría General de la Nación.

Desde el caso Gault, resuelto por la Corte Suprema de Estados Unidos en 1967, la doctrina, particularmente la desarrollada desde la Convención sobre los Derechos del Niño, estableció el principio que la imputación de consecuencias jurídico penales —ya sea a través de un sistema tutelar o de responsabilidad— debe respetar el estándar de garantías penales, cualesquiera sea la denominación o motivación de la medida impuesta. No nos engañemos con las ficciones de la imputabilidad o inimputabilidad: el tribunal de Chicago en 1899 ejercía funciones penales y los tribunales de menores de Chile, Argentina o de España ejercían funciones penales. De ahí que sean los estándares constitucionales y del derecho internacional de los Derechos Humanos, relativos a los límites al poder punitivo, los que deben regir para esta Justicia especializada.

Establecido este marco general, el primer problema a examinar es si la condición de adolescente ha de ser considerada en el ámbito penal como un aspecto diferencial que exige un tratamiento especializado en relación con el acceso a la justicia.

Desde ya propongo que, debido al tiempo, convengamos que existe una larga tradición histórica que justifica ese aspecto diferencial. En consecuencia, parto de la afirmación que la condición de ser persona menor de 18 años, en nuestra cultura jurídica, nos ha exigido un cierto trato diferenciado para alcanzar un estándar de igualdad de acceso a la Justicia respecto de los adultos. En este primer nivel, la especialización de la justicia penal de adolescentes aparece como una salvaguarda de la *igualdad*.

Como es sabido, desde el punto de vista jurídico, las exclusiones, menoscabos o menor valorización de ciertos colectivos hacen que las personas que pertenecen a ellos, en este caso los niños y adolescentes, tengan menos poder y que, por lo tanto, su capacidad de limitar al poder punitivo sea menor. Me parece que éste es el modo para aproximarnos, desde el punto de vista penal, al problema del acceso a la Justicia de los vulnerables: una menor capacidad, un menor poder político efectivo para hacer valer sus derechos frente a ese poder punitivo. En este sentido, el defensor no sólo debe defender a su cliente de un modo particular, sino que ha de intentar compensar este desequilibrio de poder en que se encuentra su representado. Por ejemplo, hacer realidad el derecho del niño a ser oído, en muchas ocasiones se concretará —en las primeras etapas de la persecución penal— en el derecho a guardar silencio, es decir, en el derecho a no hablar. Y es este el primer derecho que hay que proteger para que la imputación sea legítima: que el adolescente no sea avasallado por el poder persecutor del Estado, y, finalmente, termine él mismo en forma involuntaria entregando todos los antecedentes para derrotar la presunción de inocencia. Para ello necesitamos reforzar las garantías

para evitar la autoincriminación, adecuándolas a la realidad y etapa de desarrollo del adolescente, anticipando la exigencia de la asesoría del defensor a los primeros contactos del adolescente con el sistema de persecución penal.

Siguiente punto: la cuestión de los fundamentos de la especialidad. En este aspecto la doctrina se ha dividido. Si bien el problema de la relevancia nos lleva a que la especialización de la justicia juvenil tiene como fundamento la igualdad, hay que dar un paso más. Como señalaba Ferrajoli en la conferencia inaugural, si consideramos la igualdad desde una doble dimensión —igualdad al interior del sistema penal, pero también la igualdad extrapenal—, el problema de los fundamentos nos lleva más allá de la igualdad penal y nos exige considerar de un modo amplio la consideración de la dignidad de la persona menor de dieciocho años.

Como dije, si bien es cierto que existe un amplio consenso en que una exigencia de igualdad nos obliga a desarrollar un sistema especializado y que, al menos, desde el comienzo del siglo XX esto ha sido históricamente así, los sistemas de justicia especializados han tenido fundamentos muy diversos.

Las razones que justifican este tratamiento diferente son disímiles y muchas veces opuestas, lo que nos lleva a sistemas de Justicia especializados muy diferentes tanto en sus objetivos, como en sus contenidos sustantivos y procesales, y afectan por tanto los fundamentos y práctica del derecho a la defensa.

Mientras la razón fundamental que justifique que las personas menores de dieciocho años deban ser juzgados penalmente en sistemas especiales sea su incapacidad, vulnerabilidad o necesidad, los modelos de Justicia considerarán menos las capacidades y autonomía de los adolescentes, razón por la cual su participación en las decisiones en el ámbito judicial será menor, o incluso nula, y por ello los sistemas de defensa serán una extensión de un sistema de tutela o una forma de heteroprotección de fuerte anclaje paternalista.

Históricamente los sistemas tutelares —los cuales, como se dijo, eran sistemas penales aunque no se les atribuyera nominalmente ese carácter— radicaron la función de representar y proteger los intereses del "menor" en otras autoridades (generalmente el Juez), prescindiendo de la defensa que era considerada como un estorbo, o bien desarrollaron figuras propias de defensores que cumplían funciones muy alejadas de las que en el Derecho moderno desempeña la defensa técnica en un proceso penal. Si el adolescente infractor es considerado un incapaz/inimputable, pero peligroso, al que hay que controlar y educar, no hay espacio para la defensa técnica. Como señalaba Cuello Calón,

el Juez sólo tiene por función proteger el bien del menor y como "en el bien no hay exceso", no se justifica proteger —ni siquiera como una heteroprotección— al adolescente de las decisiones que se puedan tomar a su respecto en el proceso. Esta forma de entender los sistemas de justicia especializada llevaron a lo que Ferrajoli llama sistemas de derecho penal máximo y desigual, porque la vulnerabilidad se enmascara en una supuesta protección que, en definitiva, deja a la persona menor de dieciocho años en una situación de desmedro, a la que Albrecht denomina situación de desprivilegio.

Si bien todos hemos estado de acuerdo en que se requería un sistema especializado que reemplazará al complejo tutelar, las razones han sido distintas. Son estas razones disímiles, en ocasiones opuestas, las que nos han llevado a sistemas con contenidos sustantivos y procesales también diferentes, que afectan los fundamentos y la práctica del derecho a la defensa. No es lo mismo defender a un loco inimputable que a un menor de edad o que a un adulto; va a depender de cómo consideremos nosotros al loco inimputable, al menor de edad y al adulto.

Mientras la razón fundamental que justifique que las personas menores de dieciocho años deban ser juzgadas penalmente en sistemas especiales sea su incapacidad, la vulnerabilidad o su necesidad, siempre estaremos enmarcados en modelos de justicia de marcado tinte asistencialista, paternalista y basados en la idea de la heteroprotección.

En estos sistemas alguien debe proteger al menor, ¿pero, de qué? De la pretensión punitiva del Estado, pero también de sí mismo. El circuito es el siguiente: por regla general, el menor no es considerado como capaz de protegerse a sí mismo. Por ello, se generan sistemas de defensa como los que hemos conocido en la Justicia tutelar, sistemas más bien burocratizados, instalados dentro del tribunal, que no consideran la independencia ni si diseñan para hacerse cargo del carácter adversarial de la Justicia penal.

El interés del menor, entonces, queda cubierto en esos sistemas por la acción de las autoridades. Son las autoridades las que ejercen la heteroprotección. Ellos protegen al menor, y fundamentalmente esta protección es ejercida por el juez. En ese sistema el defensor se veía como una molestia. Si el juez de menores sólo tiene como función proteger al menor, el abogado sobra, porque el abogado lo que hace es limitar ese poder del juez, y como en el bien no hay exceso —es decir, en la protección no hay exceso—, el abogado y los límites jurídicos sobran, molestan, estorban. Este tipo de razonamientos no sólo justificaron en rol secundario de la defensa en los sistemas tutelares, sino que también se plantearon, como señala Albrecht, en el marco

de Derechos penales juveniles, como el alemán, que se justificaron por la directriz vaga de la educación.

Esa forma de entender los sistemas de justicia especializada llevaron a lo que Ferrajoli llamó en la conferencia inaugural de este Congreso, "sistemas de derecho penal máximo y desigual," porque la vulnerabilidad se enmascara en una supuesta protección que en definitiva deja a la persona menor de edad en una situación de desmedro.

Si, por el contrario, entendemos que el adolescente es un sujeto de derecho y que está dotado, por regla general, de una capacidad de culpabilidad específica, es decir, propia de su desarrollo vital, que fundamenta un sistema especial de responsabilidad penal, se debe colegir que es necesario crear un sistema de justicia diferente. En palabras de Ferrajoli, "cognoscitivo y no potestativo", el cual se basa en la activa participación de los interesados en la deliberación procesal. Si tiene sentido deliberar, los interesados participan del proceso, lo construyen, refutan los antecedentes, otorgan y contradicen prueba. No se trata ya que una autoridad que deba proteger los derechos del adolescente, sino que éste contará, como todas las personas, con una defensa técnica que lo apoye en la protección de sus derechos, haciendo realidad el derecho del niño a ser oído, el que debe ser mediado, como el de cualquier persona, por la defensa técnica.

No es que el adolescente necesite un abogado porque no conoce el derecho, todas las personas necesitan un abogado porque no están capacitadas para enfrentarse, con igualdad de armas, a la acusación del fiscal. No es una cualidad específica de los adolescentes el desconocer el Derecho.

En este sentido, la defensa jurídica es una salvaguardia de la *dignidad* del adolescente derivada de su consideración de sujeto, no una expresión de su incapacidad. Es prioritario, entonces, que alguien represente sus intereses. No un curador *ad litem*, sino un abogado que defiende las pretensiones de su representado, respetuoso del derecho del adolescente de participar en su defensa y sujeto a la obligación de guiarse por su interés manifiesto.

Expuestos los fundamentos de igualdad y dignidad, pasemos al tercero: la supraprotección o protección más vigorosa de los derechos de los niños. Examinar la cuestión de la protección integral de los derechos del niño en relación a la defensa jurídica, exige integrar la dimensión de igualdad extrapenal a la que se refería Ferrajoli, y que nos lleva a reconocer que por exigencias igualdad y respeto a la dignidad, los adolescentes deben ser juzgados y sancionados a través de leyes sustantivas y procesales especiales.

El adolescente, por encontrarse en una etapa de desarrollo especialmente protegida por el Derecho —en el Derecho Internacional de los DDHH, en el Derecho Constitucional, en el Derecho de Familia, etc.—, se encuentra por lo mismo especialmente protegido de la pretensión punitiva y socioeducativa del Estado. El Derecho penal de adolescentes, como todo derecho penal, es una forma de ejercer el *ius puniendi* del Estado y, en tanto tal, se encuentra limitado por los derechos de las personas a los que dirige sus consecuencias.

Como los adolescentes son amparados por un amplio *corpus iuris*, de protección de sus derechos que es más amplio y más fuerte —en el sentido de más exigente para el Estado— que el de los adultos, el Derecho Penal debe ser más limitado en su poder punitivo y los derechos de los adolescentes ser protegidos de un modo más vigoroso y especializado. Esto explica cuestiones como el uso de la privación de libertad sólo como extrema ratio en relación al Derecho penal de adultos; la prioridad no excluyente de los derechos del niño contenida en constituciones como la de Brasil y Colombia; y el reconocimiento prácticamente universal del principio del interés superior del niño como una protección prioritaria de sus derechos.

En conclusión, en el marco de la protección integral, el derecho del adolescente a desarrollarse como persona y a integrarse socialmente —lo que incluye obviamente su derecho a la libertad personal o ambulatoria— debe prevalecer por sobre la pretensión punitiva y socioeducativa del Estado.

El Estado tiene menos "derecho a castigar" y debe desarrollar políticas que favorezcan la igualdad y la integración social fuera del estrecho marco de la Justicia penal. La articulación de la concepción del adolescente como sujeto de derecho y la protección integral como un deber que establece obligaciones positivas del Estado, no dejan ningún espacio para un Derecho penal máximo basado en los fines educativos.

La desigualdad extrapenal impacta sobre las garantías penales. por lo tanto, necesitamos un vínculo entre garantías sociales y garantías penales, entre garantías de los derechos civiles y políticos, garantías de los derechos económicos, sociales y culturales. También lo señaló hoy Cecilia Medina, desde su amplia la experiencia en el Comité de Derechos Civiles y Políticos: existe una estrecha relación entre derechos civiles y políticos y derechos económicos, sociales y culturales.

La base de una política de protección integral no es dotar a la pena de funciones de corrección o resocialización que anulan al sujeto, o pretender convertir la pena de un mal en un bien a través de nue-

vas metodologías del castigo. Por el contrario, toda política de protección integral se funda en la integración de las libertades y derechos sociales y su protección reforzada. Se trata, entonces, de encontrar mecanismos que disminuyan el daño que el sistema penal representa en la vida de los adolescentes infractores y que aumenten sus oportunidades de integración constructiva a la sociedad como dispone expresamente el artículo 40 de la Convención.

En consecuencia, el conjunto de los derechos de los niños, y la necesaria protección integral que a éstos le debe el Estado, constituyen un límite al poder punitivo y socioeducativo del Estado; justifican un fortalecimiento de las garantías penales y exigen una política activa de igual protección de los derechos económicos sociales y culturales —especialmente en sede de ejecución—, para impedir que las desigualdades sociales impacten negativamente sobre la igualitaria aplicación del Derecho penal.

Como síntesis, he propuesto una fundamentación basada en la idea de igualdad en un primer momento, de dignidad en una segunda etapa, de supraprotección y de necesidad de articulación de una protección integral de los derechos económicos, sociales y culturales fuera del ámbito penal, tal cual lo establecen las reglas de Beijing -la Justicia penal de menores, que debe administrarse en el marco de la justicia social, como lo recordaba hoy Sergio García Ramírez.

Sin embargo estos tres principios, como la experiencia lo muestra en materia penal, se enfrentan a dos riesgos. El primero, que sean duplicados, es decir, que en paralelo a ese Derecho penal legítimo surja una práctica parapenal ilegítima, a veces larvada al interior del sistema principal, o en otras ocasiones como otro sistema que corre absolutamente en paralelo del sistema principal y que convierta en ilusorio este sistema de garantías. El otro riesgo es que esos principios sean meramente proclamados pero negados en la práctica.

Estos riesgos documentados hasta la saciedad por la investigación jurídica y social, sólo deben llevar —especialmente en un Congreso de Defensores— a reafirmar la idea de la necesidad de imponer la vigencia de estos derechos a través de la dura y cotidiana tarea de la litigación.

Es cierto que los principios son a menudo negados o duplicados por la práctica, pero un defensor sabe, mejor que los académicos y estudiosos, que nadie puede pretender que una ingeniería de diseño parlamentario vaya a poder suplir la diaria tarea de protección, caso a caso, uno a uno, y todos los días del año, de los derechos de las personas que se encuentran imputadas de cometer crímenes, simples delitos o faltas, sean aquéllas menores o sean adultas.

Frente a eso, creo que la única posibilidad, y con esto termino, es insistir en un Derecho penal con un fuerte enfoque especializado, propio de los adolescentes, que reconozca su dignidad y se encuentre limitado por una política de protección integral que, favoreciendo la protección de los derechos económicos, sociales y culturales de todos los niños, pueda hacer más probable su plena integración a la vida social.

Abusos y maltratos sobre los adultos mayores. Estrategias jurídicas de intervención

Arsenio Francisco Mendoza

En el marco del III Congreso de la Asociación Interamericana de Defensorías Públicas, se me ha pedido que aborde el tema del titulo con la mirada puesta desde la Defensa Pública, especialmente desde el interior de nuestro país, generalmente signada por la universalidad de la casuística y por la limitación de los recursos.

Como previo vale recordar algunos instrumentos que facilitan la visualización y comprensión de esta problemática, refiriendo en primer lugar la Cumbre Judicial Iberoamericana, dentro del marco de los trabajos de su XIV edición, ha considerado necesaria la elaboración de unas Reglas Básicas relativas al acceso a la justicia de las personas que se encuentran en condición de vulnerabilidad. De esta manera, se desarrollan los principios recogidos en la "Carta de Derechos de las Personas ante la Justicia en el Espacio Judicial Iberoamericano" (Cancún 2002), específicamente los que se incluyen en la parte titulada "Una justicia que protege a los más débiles" (apartados 23 a 34).

En su exposición de motivos afirma que el sistema judicial se debe configurar, y se está configurando, como un instrumento para la defensa efectiva de los derechos de las personas en condición de vulnerabilidad. Poca utilidad tiene que el Estado reconozca formalmente un derecho si su titular no puede acceder de forma efectiva al sistema de justicia para obtener la tutela de dicho derecho.

Las presentes Reglas... recogen recomendaciones para los órganos públicos y para quienes prestan sus servicios en el sistema judicial. No solamente *se refieren* a la promoción de políticas públicas que garanticen el acceso a la justicia de estas personas, sino también *al trabajo cotidiano de todos los servidores y operadores del sistema judicial y quienes intervienen de una u otra forma en su funcionamiento.*

Al iniciar su primer sección define como finalidad "garantizar las condiciones de acceso efectivo a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, sin discriminación alguna, englobando el conjunto de políticas, medidas, facilidades y apoyos que permitan a dichas personas el pleno goce de los servicios del sistema judicial".

Para ese logro recomienda la implementación "de políticas públicas que garanticen el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad", y asimismo compromete a los "servidores y operadores del sistema de justicia" a brindar "un trato adecuado a sus circunstancias singulares".

Al momento de definir las prioridades coloca en primer lugar a las "personas que se encuentren en situación de mayor vulnerabilidad".

Para definir al beneficiario señala a "aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, *encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico"*.

Aquí aparece el primer indicador que nos interesa que es la edad como un obstáculo especial para acceder a la justicia, sin perjuicio de las otras circunstancias que ya se encuentran en otras normas tuitivas o garantistas. En este punto coloca a las personas menores de 18 años de edad y tras ello dice: *El envejecimiento también puede constituir una causa de vulnerabilidad cuando la persona adulta mayor encuentre especiales dificultades, atendiendo a sus capacidades funcionales, para ejercitar sus derechos ante el sistema de justicia.*

La persona que reúna estas condiciones tiene derecho a recibir asistencia técnica jurídica, aun cuando no existiere todavía proceso judicial (Nº 28) y parece obvio que esta prestación ha de caer en manos de los Defensores Públicos, salvo que se previera otra alternativa específica. Siendo así, resulta evidente que la defensa técnica o representación del anciano en condición de vulnerabilidad también ha de tocar a la Defensa Publica.

Coincidentemente con este documento que compromete a los operadores judiciales de los países firmantes, vale recordar la Declaración de Brasilia, producida en la Segunda Conferencia regional intergubernamental sobre envejecimiento en América Latina y el Caribe: hacia una sociedad para todas las edades y de protección social basada en derechos, de fecha 6 de diciembre de 2007 (ONU-CEPAL), en la que se asumió el compromiso de *promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales de todas las personas de edad, trabajar en la erradicación de todas las formas de discriminación y violencia y crear redes de protección de las personas de edad para hacer efectivos sus derechos*.

Específicamente declaran, Nº 13: Proponemos crear marcos legales y mecanismos de supervisión para proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas de edad, tanto si utilizan los servicios de larga estadía como si residen en sus hogares, y facilitar la formulación y el cumplimiento de leyes y programas de prevención de abuso, abandono, negligencia, maltrato y violencia contra las personas de edad. Estas situaciones que signan los padecimientos de los adultos mayores son las que primero nos llaman a una reflexión de quienes actuamos en la Defensa Pública.

El Defensor Público no tiene la representación promiscua ni colectiva de los ancianos, salvo casos específicos de incapacidad. En consecuencia sólo se legitima para accionar en los casos en que la ley le autoriza expresamente.

Sin perjuicio de ello tiene el contralor en los supuestos de situaciones individuales contempladas en la ley de fondo y en las disposiciones locales. Ejemplos: art. 482 del C. Civil, control de enfermos mentales no dementes. Leyes de violencia familiar (24.417), que incluyen claramente a los ancianos como sujetos de protección y ello sucede en las provincias de Catamarca, Chaco, Chubut, Corrientes, Formosa, Jujuy, La Rioja, Misiones, San Luis y Santiago del Estero.

Para definir nuestra intervención y relacionarla con el sustento normativo referido cabe considerar al maltrato como "cualquier acto u omisión que produzca daño, intencionado o no, practicado sobre personas de 65 y más años, que ocurra en el medio familiar, comunitario o institucional, que vulnere o ponga en peligro la integridad física, psíquica, así como el principio de autonomía o el resto de los derechos fundamentales del individuo, constatable objetivamente o percibido subjetivamente", tal la definición adoptada en la Primera Conferencia de Consenso sobre el anciano maltratado, celebrada en España en 1995.

El maltrato al anciano emerge como problema social hace pocos años y no porque antes no existiera, sino porque siempre ha sido un problema "oculto". A veces los ancianos no quieren reconocerse como víctimas de malos tratos por temor a represalias, o al confinamiento en instituciones, o simplemente porque prefieren negar una realidad que les resulta insoportable; por otra parte, los familiares o los cuidadores, no van a dar facilidades en la detección por razones obvias. Tampoco ha habido mucha sensibilidad por parte de los profesionales sanitarios en este sentido y los recursos sociales para dar una solución al problema, una vez detectado, son escasos a pesar de afectar a un grupo de población que crece exponencialmente.

Tenemos hasta aquí dos elementos que nos permiten visualizar a las personas mayores cuando se encuentran en situación de vulne-

rabilidad y ameritan la garantía de acceso a la justicia, por un lado, y cuales son las situaciones que se pueden calificar como de malos tratos vinculados a esa vulnerabilidad, sea como causa o consecuencia de la misma.

Provistos de estos elementos indagamos en el colectivo de los asistentes a las Defensorías y en ese público distinguiremos importantes situaciones que califican con los recaudos ya vistos.

Valen como ejemplo, los casos de abuelos que reclaman por su contacto o visitas con los nietos, o quieren colocar a éstos en su obra social ante la desocupación de los padres, o por el cobro del salario familiar, procurando efectuar delegaciones parciales de la guarda de estos niños. En ese contexto de las relaciones de familia aparecen los reclamos de alimentos de ellos o hacia ellos; los casos inherentes a las disposiciones de violencia familiar en los casos de convivencia; o el reclamo por la apropiación de sus beneficios cuando han conferido poder para el cobro de la pensión o jubilación, al igual que otros ingresos tales como alquileres, etc. En definitiva, las relaciones de familia ofrecen una variada gama de situaciones que revelan el maltrato, los estados de vulnerabilidad, e incluso limitaciones o falta de autonomía de la voluntad, todos ellos limitantes o condicionantes de la calidad ciudadana o estándar jurídico de estas personas.

Otro catálogo de situaciones meritorias de nuestra intervención provienen del virtual abandono en que se coloca a los ancianos, sea que habiten con otros o solos una vivienda propia o rentada, o que se los haya internado en una institución pública o privada. Estas situaciones han provocado diferentes intervenciones las que pudimos encuadrar desde el dispositivo del artículo 482 del Código Civil que nos habilita una promoción de oficio, y en otros casos, en la ley de violencia familiar para lo que se requiere —en algunas jurisdicciones— el anoticiamiento de la situación que involucra al anciano.

Siempre quedan como reserva las acciones de protección de persona o cautelares autosatisfactivas, en las que se puede recurrir a las llamadas “medidas precautelares” vinculadas al derecho administrativo, o las diligencias preliminares destinadas a mensurar la autonomía de la voluntad del anciano afectado, procurando en todos los casos de remover los obstáculos que encontraría el reconocimiento de sus derechos y el acceso a la justicia.

En lo atinente a los derechos de incidencia colectiva y a las garantías constitucionales que afecten a los ancianos, la legitimación ha quedado en cabeza del Defensor del Pueblo, ya que la defensa pública sólo tiene la representación personal.

Considero ahora conveniente ingresar en el examen y conceptualización del maltrato así como la casuística, lo que nos puede facilitar el análisis clínico de cada situación que se nos presente.

Formas de maltrato

Las más frecuentes en el anciano son:

1. *Negligencia,* que puede ser:

- *física:* no satisfacer las necesidades básicas: negación de alimentos, cuidados higiénicos, vivienda, seguridad y tratamientos médicos, o
- *emocional:* consiste en la negación de afecto, desprecio, aislamiento, incomunicación.

2. *Maltrato físico:* golpes, quemaduras, fracturas, administración abusiva de fármacos o tóxicos.

3. *Maltrato psicológico:* manipulación, intimidación, amenazas, humillaciones, chantajes, desprecio, violación de sus derechos impidiéndole tomar decisiones

4. *Abuso económico:* impedir el uso y control de su dinero, chantaje económico.

5. *Abuso sexual:* cualquier tipo de relación sexual no consentida o cuando la persona no es capaz de dar su consentimiento.

Esta clasificación sirve para seguir una metodología de análisis del caso con lo que se facilita la revisión de la situación y el apego a un orden que se suele alterar con los relatos recibidos en las entrevistas.

Las consecuencias del maltrato, es conveniente también cotejarlas desde un listado que facilita el ordenamiento de los datos y sobre todo la verificación de su existencia y magnitud. A tal fin las podemos clasificar de la siguiente manera:

a) Lesiones físicas: lesiones por traumatismos, desnutrición, deshidratación, fracturas por caídas, úlceras por decúbito por negligencia, abandono o falta de cuidados, heridas por ataduras, abrasiones, quemaduras e intoxicaciones

b) Consecuencias psicológicas: Tristeza, trastornos emocionales, sufrimiento, depresión, ansiedad, ideación suicida, inhibición, somatizaciones y pseudos demencias.

c) Sociales: aislamiento físico, psicológico o social.

DATOS DE LA REALIDAD

No es sencillo investigar las características de este colectivo ya que no se encuentran estudios desde el punto de vista epidemiológico, del abuso o maltrato en el anciano, lo que dificulta la búsqueda de herramientas diagnósticas, así como la exploración de factores de riesgo en nuestro medio. No encontré estudios hechos con una base poblacional, con resultados extrapolables a la población general y tampoco están validados las escalas o baremos utilizados.

Puedo sí referir un reciente estudio realizado por la Licenciada María del Carmen Ludi, de la Facultad de Trabajo Social UNER, refiere a la *Situación de Vejez en la provincia de Entre Ríos (síntesis diagnóstica)*.

Entre Ríos tiene características similares a nuestro país en tanto "población envejecida". Según datos del INDEC —Censo Nacional de Población y Vivienda 2001—, alcanza un 13 % de mayores de 60 años (151.128) sobre el total de la población (1.158.147), de los cuales 63.219 son varones y 87.909 son mujeres. El 30% de ellos, viejos-viejos (75 años y más). La gran mayoría, residen en hogares familiares; tienen sus necesidades básicas satisfechas y diferentes maneras de contención; han podido construir una red de interdependencia e intergeneracional; participan de actividades sociales y comunitarias; cuentan con un ingreso mensual y su correspondiente obra social; son abuelos, vecinos, compañeros del club, del centro de jubilados, de una institución de bien público. Preservan y recrean un lugar, un espacio, en un determinado contexto, por momentos adverso.

CUATRO EJES PROBLEMÁTICOS COMO PUNTOS DE OBSERVACIÓN

Seguridad Social e Ingresos: Un grupo numeroso de personas mayores, "viven" situaciones muy diferentes, atraviesan una doble exclusión (ser viejos y pobres); no acceden ni siquiera a las mínimas condiciones necesarias para tener una vida digna. El 15% tiene Necesidades Básicas Insatisfechas. Casi un 35% no cuenta con ningún tipo de ingresos (jubilación o pensión) o los mismos son escasos, provenientes de pensiones asistenciales no contributivas provincial y nacional (ésta para mayores de 70 años) y de jubilaciones mínimas.

Prevención y Atención de la Salud: En cuanto a la situación de Salud, aproximadamente un 25%, no cuenta con cobertura de obra social y/o plan de salud y no tienen una nutrición adecuada. Los que cuentan con obra social: IOSPER, PAMI, PROFE muchas veces tam-

poco acceden a una buena atención de su salud dado los "recortes" de servicios y coberturas. Los viejos que tienen que acudir al hospital público, también en crisis, se les dificulta mayormente cuando necesitan medicamentos, elementos ortopédicos, de apoyo, tratamientos prolongados específicos, alta complejidad, internación, etc.

Institucionalización: Una minoría de las personas mayores (casi un 3%) reside en instituciones colectivas para ancianos: en establecimientos privados con fines de lucro (no hay Registros oficiales) o en organizaciones públicas (37) —municipales/asociaciones civiles sin fines de lucro— en distintas localidades de la provincia. El Estado no asume su función de contralor de las mismas, a pesar de los intentos de legislar y reglamentar las prestaciones, a través de un *organismo provincial responsable.* Hoy contamos con la aprobación de la ley 9823, la que falta aún reglamentar para su implementación. La principal ausencia es la de una institución geriátrica de carácter público-estatal, que permita la atención de viejos con problemas de salud crónicos y/o psiquiátricos.

Educación: El 99,5% de personas mayores no asiste a ningún establecimiento de educación formal, y el 8,5% de ellos nunca lo hizo en su vida. En cuanto a grados de instrucción, las cifras indican que a medida que se avanza en edad decrece el nivel de escolarización alcanzado. Así, el 8,9% no registra instrucción alguna, el 38,9% no completó sus estudios primarios, el 31,9% registra estudios primarios completos, el 14,7% alguna inserción en secundario, el 3,3% alguna en superior no universitario y sólo un 2,2% en universitario (completo e incompleto).

La población analfabeta en Paraná está integrada por 2744 adultos mayores de 50 años que no saben leer y escribir, residentes en los barrios de mayor pobreza. En todos los casos, las mujeres, los "pobres" y las personas mayores, constituyen los sectores que representan menor acceso al sistema escolar formal. Información sumamente importante para evaluar condiciones y calidad de vida.

Hasta aquí el informe de la Licenciada Ludi circunscrito a nuestra provincia de Entre Ríos pero válido para relacionar con las otras provincias. Veamos ahora algunos indicadores que son útiles a tener en cuenta en los casos de visitas o inspecciones a los lugares de internamiento de ancianos.

Ancianos institucionalizados por orden judicial o por razones asistenciales

Respecto a los internamientos por orden judicial no hay mayores dificultades de contralor, ya que interviene un juez y seguramente un

representante del Ministerio Público, cuando no ha sido este el gestor de la medida.

La dificultad se ha de presentar mayormente en los internamientos asistenciales definidos por un familiar o el propio anciano, ya que dicho trámite no cuenta con intervención judicial. Por otra parte, la legislación provincial como la de Entre Ríos no contempla el contralor del Ministerio Público en los internados, lo que además dificulta la legitimación para las acciones autónomas a favor del anciano.

Sin embargo, el Defensor puede apersonarse en estos establecimientos a los fines de constatar la existencia de personas que por su especial situación encuadren dentro de los representados a su cargo, en este punto tiene incidencia la disposición del artículo 482 del Código Civil que posibilita la realización de los estudios necesarios para cotejar sus recaudos. En tal caso es importante la asistencia de un medico forense y tener en cuenta algunos indicadores como:

FACTORES DE RIESGO

Los factores de riesgo y situaciones de mayor vulnerabilidad se pueden clasificar en tres categorías: los que se refieren al anciano como víctima, los que afectan al agresor (cuidador) y los factores situacionales o del entorno. De la experiencia que nos aportan los profesionales vinculados a la problemática y a los procesos judiciales extraemos la siguiente información:

Factores de riesgo y vulnerabilidad de ser víctima de malos tratos

A. *Para el anciano:* edad avanzada; deficiente estado de salud; incontinencia; deterioro cognitivo y alteraciones de conducta; dependencia física y emocional del cuidador; aislamiento social; antecedentes de malos tratos.

B. *Para el agresor* (cuando es el cuidador): sobrecarga física o emocional (situaciones de estrés, crisis vitales); padecer trastornos psicopatológicos; abuso de alcohol u otra toxicomanía; experiencia familiar de maltrato a ancianos o violencia familiar previa; incapacidad del cuidador para soportar emocionalmente los cuidados.

C. *Situaciones de especial vulnerabilidad:* vivienda compartida; malas relaciones entre la víctima y el agresor; falta de apoyo familiar, social y financiero; dependencia económica o de vivienda del anciano.

Prevención de los malos tratos

La complejidad de las causas y la limitación de recursos que padece la Defensa Pública, hacen difícil las intervenciones en prevención primaria. Se trataría de incidir sobre las causas sociales y culturales del problema, que es una tarea educativa a nivel de la familia, la escuela, los medios de comunicación y de la sociedad, fomentando el reconocimiento y el respeto a las personas mayores y discapacitadas.

En general, las acciones preventivas no son propias de la función como defensores aunque podemos actuar institucionalmente (interés colectivo) en la generación, petición o proposición de los cambios de políticas públicas, o *articulando* con otras instituciones, conforme a las facultades que le son propias.

Asimismo, en la múltiple actividad que desarrolla la defensa puede brindar oportunidades de influenciar en la determinación de acciones preventivas o de hallazgo del maltrato en sus manifestaciones iniciales. A tal fin valen algunos aportes que realizan los especialistas y que son valiosos no sólo para tarea extra procesal sino en el mismo proceso ya que orientan para definir el contenido de las pericias, solicitudes de explicación, pedidos de informes, etc.

Detección precoz de situaciones de maltrato. Si bien no abundan los estudios epidemiológicos, hay algunos trabajos hospitalarios que valoran y puntúan signos o síntomas sugerentes de negligencia, actitud del cuidador y cumplimiento terapéutico, lo que alcanza para efectuar indicaciones como la de Asociación Médica Americana (AMA) que recomienda algunas *normas facilitadoras:* entrevistar al anciano solo y con el cuidador; analizar la relación y cambios de actitud en su presencia; dar confianza y facilitar la expresión de sentimientos; garantizar la confidencialidad; hablar con lenguaje claro y sencillo; hacerle algunas preguntas para facilitar que el anciano cuente su problema; preguntar por factores de riesgo (¿le han hecho daño en casa? ¿le han amenazado? ¿le han obligado a firmar documentos que no entiende? ¿tiene dificultades para valerse por sí mismo? ¿le han obligado a hacer cosas en contra de su voluntad?).

Explorar cuidadosamente signos físicos como lesiones o hematomas; detectar incongruencias entre las lesiones y las explicaciones sobre como se produjeron; desnutrición sin motivo aparente, deshidratación, caídas reiteradas, demora en la solicitud de atención, visitas frecuentes a urgencias por motivos cambiantes, contradicciones en el relato de lo sucedido entre paciente y el agresor.

Explorar actitudes y estado emocional: miedo, inquietud, pasividad.

Explorar síntomas psíquicos: alteración del estado de ánimo, depresión, ansiedad, confusión, etc.

Si diagnostican un trastorno depresivo, o por ansiedad, insomnio, etc., indagar acerca de los psicofármacos que se hayan indicado. Valorar siempre el riesgo de suicidio, el acceso a los medicamentos y la vigilancias de las tomas. Investigar señales de alerta a través de indicios, actitudes, signos clínicos o síntomas de malos tratos.

Señales de alerta y signos precoces de maltrato: explicaciones poco coherentes respecto al mecanismo de producción de las lesiones; retraso en solicitar la asistencia; visitas reiteradas a servicios de urgencia y hospitales por motivos cambiantes; administración involuntaria de medicamentos; ausencia de respuesta ante tratamientos adecuados; mala evolución de las lesiones (úlceras) tras aplicación de las medidas adecuadas; desnutrición sin motivo aparente; deshidratación; caídas reiteradas; contradicciones en el relato de lo sucedido entre anciano y maltratador; actitud de miedo, inquietud o pasividad; estado emocional: alteración del estado de ánimo, depresión, ansiedad o confusión; negativa del cuidador a dejar solo al anciano.

Judicialización: si se encuentra una situación de malos tratos o de encierro privativo de la libertad, se deben tener en cuenta las normas de la Reglas de Brasilia, además de la Resolución 1/08 emanada de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos e identificada como "Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas", donde textualmente dispone "se entiende por "privación de libertad": "Cualquier forma de detención, encarcelamiento, institucionalización, o custodia de una persona, por razones de asistencia humanitaria, tratamiento, tutela, protección,... Se entiende entre esta categoría de personas,... también a las personas que están bajo la custodia y la responsabilidad de ciertas instituciones, tales como: hospitales psiquiátricos y otros establecimientos para personas con discapacidades físicas, mentales o sensoriales; instituciones para niños, niñas y *adultos mayores*...".

Más adelante el documento precisa: "Las instalaciones deberán tomar en cuenta las necesidades especiales de las personas enfermas, las portadoras de discapacidad, los niños y niñas, las mujeres embarazadas o madres lactantes, y *los adultos mayores*, entre otras" (Principio XII sobre Albergue, condiciones de higiene y vestido).

Sobre el punto importa citar la expresión de uno de los firmantes del documento, Florentin Meléndez: "*El concepto sobre personas privadas de libertad, de la Comisión Interamericana es mucho más amplio y va más allá de las personas privadas de la libertad por motivo de delito. También pretendemos preocuparnos por las personas privadas*

de libertad por motivos psiquiátricos, o de abandono o desamparo en asilos de niños o de ancianos, que de alguna u otra forma, también son personas privadas de la libertad que ameritan la protección del Estado o la supervisión del Estado, cuando los centros de privación de libertad están en manos privadas".

El documento citado, observa con preocupación "... la particular situación de vulnerabilidad de las personas con discapacidad mental privadas de libertad en hospitales psiquiátricos y en instituciones penitenciarias; y la situación de grave riesgo en que se encuentran los niños y niñas, las mujeres, y *los adultos mayores recluidas en otras instituciones públicas y privadas,...".*

En consecuencia, la primera cuestión a dilucidar es la de posible privación de la libertad del anciano, para lo que no es preciso una orden judicial o administrativa sino que se define por la situación de hecho que afecta la libertad, lo que además de la asistencia personal requiere la apertura del pertinente proceso penal.

Si en cambio de tratara de la existencia de una situación de maltrato, es preciso hacer una *valoración inicial de la situación de riesgo*, y tras ello revisar los caminos alternativos que cuenta el Ministerio Público para definir su intervención.

Concluyendo, debe tenerse presente que el anciano o adulto mayor, suele estar colocado en situaciones que no puede superar por sus propios medios y que además no cuenta con la autonomía, conocimiento, relaciones o medios apropiados para remover los obstáculos que le afectan, lo que demanda una intervención idónea para revisar si tales circunstancias no constituyen privación de libertad, como así también si no se dan los recaudos del maltrato o del abandono familiar, como otras incidencias que lesionen sus derechos, o conformen restricciones que ameritan la intervención apropiada para facilitar el acceso a la justicia.

~

Los viejos que vos matáis...

Maltrato a las Personas Mayores

Eugenio Luis Semino

Los viejos que vos matáis...

La sucesión de asaltos a adultos mayores que se viene registrando en nuestro país —en especial en la capital argentina y ciudades de la provincia de Buenos Aires— ha suscitado, además de la consiguiente preocupación, un alud de interpretaciones, interrogantes y polémicas. También, aunque en una proporción mucho menor, comenzaron a esbozarse algunas propuestas sobre el modo de enfrentar los hechos.

Las preguntas son múltiples. ¿A qué obedece esta escalada de maltrato? ¿Cómo puede explicarse? ¿Hay posibilidades de evitarla? ¿De qué modo actuar? Se requieren algunas precisiones sobre la situación.

Por un lado, hay que tener claro que estos sucesos no irrumpieron abruptamente sobre el final del 2005 sino que se producen desde bastante tiempo antes. En algunos casos específicos —como el de la ciudad de La Plata—, se registran con frecuencia y sostenidamente desde hace más de un año. Lo que sí supone una modificación significativa es su crecimiento en número y, sobre todo, en nivel de violencia. Pero no son hechos nuevos y, menos aun, ajenos a una a sociedad donde la discriminación de los adultos mayores es moneda corriente. Es bajo esos supuestos que deben ser analizados si se aspira a encontrar soluciones efectivas.

Hablemos del maltrato

¿Qué se entiende por maltrato al adulto mayor? La Red Internacional para la Prevención del Maltrato al adulto mayor (INPNEA) (1)

---

(1) En el 2001 la INPEA junto con la OMS publicaron un estudio cualitativo: "Voces ausentes. Opiniones de personas mayores sobre abuso y maltrato al mayor".

lo define como "un acto (único o reiterado) u omisión que causa daño o aflicción a la persona y que se produce en cualquier relación donde exista un expectativa de confianza".

En los últimos años la sociedad ha comenzado a tomar conciencia de esta atrocidad oculta. Y aunque con frecuencia se cargan las tintas sobre el maltrato doméstico (como si fuese más ignominioso que el institucional), la importancia de este último no puede subestimarse.

Una de sus raíces está en la baja calidad de las democracias de países no desarrollados como el nuestro, donde la escisión entre el concepto de "derechos" y el de su respectivo ejercicio genera la ficción de igualdad entre los ciudadanos (cuando en realidad sólo son "iguales" aquellos que tienen la disponibilidad material para ejercerlos).

Ocurre que la sodomización del derecho a la economía ha llevado a generalizar el maltrato sobre los sectores de población que han sufrido los ajustes económicos. Tal es el caso de nuestros Adultos Mayores, quienes han dejado de ser "sujetos de consumo" para pasar a ser "objetos a ser consumidos" según el criterio del mercado.

Es en este marco que se dan los abandonos o vejaciones que sufre el viejo en su entorno convivencial, ya sea a manos de cuidadores informales (familiares, vecinos) o profesionales.

Al respecto, la ONU ha señalado que la principal forma de maltrato a las personas mayores es la relacionada con la privación del ejercicio de los derechos fundamentales y la falta de igualdad de oportunidades, es decir, la imposibilidad de acceso a la sanidad, el analfabetismo, la falta de libertad, la carencia o insuficiencia de las pensiones. Vale la pena señalar que esto debería ser tomado o muy en cuenta cuando se "juzgan" con ligereza ciertos comportamientos de cuidadores informales (que, en multitud de casos, requieren conocimientos e insumos en lugar de censura y castigos).

En otras palabras, podríamos decir, parafraseando a Bertold Brecht, "como hemos demostrado no poder mejorar la hipocresía debemos de una vez por todas decir la verdad". Y esta verdad develará el maltrato generalizado que se ejerce sobre los integrantes de una sociedad que ha sido abandonada por el Estado a manos del mercado. De ahí la necesidad de recuperar al primer cuidador institucional que es ese Estado para luego, a la vez, ayudar a ese solidario cuidador informal que muchas veces no hace demasiado bien las cosas porque, en definitiva, es tan víctima como a quien cuida.

MIRAR A OTRO LADO

Más allá de estos señalamientos, es evidente que no siempre la sociedad parece preocuparse por el maltrato a los viejos. ¿Cómo se

explica el escaso interés real? Antonio Moya Bernal y Javier Barbero Gutiérrez (2), subrayan dos fenómenos.

En primer término aluden a la "gerontofobia pasiva": nuestra sociedad no valora los aspectos positivos de la vejez y tiende a evitar y defenderse de las carencias y deterioros de la misma. La trata como si no tuviera que ver con nosotros. De hecho, la discriminación por la edad ha sido una norma a lo largo de la historia y hoy sigue siendo una realidad palpable.

Por otra parte, se refieren a la dificultad para detectarlo y denunciarlo: como habitualmente no se lo tiene presente en tanto diagnóstico diferencial, el maltrato sólo se detecta si hay un muy elevado índice de sospecha. En especial, cuando muchos de los factores de riesgo no aparecen, a partir de distintas situaciones.

Por ejemplo, es frecuente que la persona mayor maltratada se sienta culpable por denunciar a aquel de quien depende para los cuidados y mucho más si se trata de un familiar. Además, puede tener miedo a denunciar al entender que no existen alternativas reales, efectivas, seguras y rápidas. También ocurre que las manifestaciones del abuso se confundan con los cambios propios del envejecimiento y no se de credibilidad a las afirmaciones del anciano.

Otra cuestión a considerar es que la multiplicidad de definiciones de maltrato dificulta la posibilidad del análisis ético de este tema. Al no introducir ni calificar entre los diferentes tipos, se pone en pie de igualdad: acción, omisión, intención, ausencia, o el medio socio cultural donde se produce el maltrato. No obstante nadie equipararía desde la moral, y menos desde lo legal, el hecho de que un médico propine una paliza a un anciano en un hospital, con que un cuidador informal con tres hijos, sobrecargado de trabajo, olvide cambiarle un pañal, aunque ambos hechos en la imbecilidad de la construcción del intelecto neoliberal puedan ser considerados maltrato.

Otra valoración indispensable en el debate ético, está dada por la intencionalidad subjetiva e intereses de quien lo causa, su persistencia y reiteración en el tiempo, y obviamente las diferencias existentes entre que el mismo sea causado por una institución, por personas con personalidad profesional o cuidadores informales, con escasa formación y pocos recursos.

¿QUÉ, QUIÉNES, CÓMO?

En el caso de los hechos que se intensificaron durante los últimos meses, una característica a tomar en cuenta, es que en gran parte de

(2) *Malos Tratos en Personas Mayores: Marco Ético,* pág. 2. b, España 2002.

esos episodios las víctimas son asaltadas dentro de sus viviendas. En este sentido resalta que no han podido ser evitados por las medidas de seguridad tradicionales (rejas, puertas blindadas, cerraduras reforzadas, etc.). Parecería que los delincuentes han detectado cómo entrar recurriendo al propio adulto mayor, a su historia. El viejo se crió en condiciones donde regían confianza y la solidaridad y esto hace a su memoria de vida. Ocurre entonces que las recomendaciones habituales (no abrir, chequear quién es, etc.) son relativizadas. En el momento de actuar pesa más lo ya incorporado, como la confianza. O, en el otro extremo, el desconcierto y la parálisis.

Otro dato es que, en la mayoría de los hechos ocurridos, tanto éstos como las lesiones ocasionadas no fueron producto del uso de armas de fuego sino de armas blancas y de elementos existentes en la casa (palos, cuerdas, sábanas).

Esto remite a uno de los ejes del cuadro actual. ¿Quiénes son los delincuentes que están actuando? "No son como los de antes", dicen los vecinos. Es que hasta hace unos años aparecían en su accionar frenos inhibitorios ante ciertas prácticas. Por ejemplo, pegarle a una viejita era mal visto hasta por los propios delincuentes y no lo pasaba bien en cárcel quien lo hiciera.

La cuestión es que, por lo general, ese asaltante provenía de una estructura familiar (por más conflictiva o problemática que fuera) donde existían vínculos entre jóvenes y abuelos. Y era una relación de respeto la que se daba con el adulto mayor, con el padre o, en otro ámbito, hasta con el jefe de la banda. Sea como fuere, había una identificación positiva con ese viejo. Otra es la situación que estamos abordando. El actual delincuente viene de la calle, donde vive como puede, y donde el viejo representa la debilidad, la pobreza... En una palabra: lo que él, que sobrevive si triunfa en la pelea, rechaza de plano, representa lo que no quiere ser. Sin dudas, se da en este caso una identificación negativa con el viejo. Por eso la agresión es tan brutal; es el "cuerpo a cuerpo" en el que el delincuente está matando su propio futuro, "está rompiendo el espejo que adelanta".

Se observa en muchos de estos hechos mucho ensañamiento con la víctima y no pocos se preguntan el porqué. Es un tema complejo, donde entran diversos factores: el delincuente inexperto que ve en el anciano un objetivo simple, accesible, que no requiere casi más armas que el engaño, un cuchillo o lo que esté a mano...Y también interviene fuertemente la identificación negativa, el sentimiento que entra a jugar en el ataque directo del arma blanca, del cuerpo a cuerpo donde hay resistencia y saña, sin la mediación del arma de fuego, del disparo previsto y a distancia.

Viejos y jóvenes, excluidos que se enfrentan. Aquí uno no puede sino recordar la frase de José Martí: "los pueblos que no cuidan a sus niños no tienen derecho al futuro, y los que no cuidan a sus ancianos no tiene derecho a la historia". El viejo agredido y el joven que delinque son dos síntomas de una sociedad en crisis, que se cruzan en un momento determinado.

Nuestras sociedades contemporáneas son sociedades en riesgo que de este modo muestran sus síntomas. En el reciente caso de Francia, la reacción violenta de los hijos de inmigrantes mostrando años de exclusión hace olvidar que allí mismo, no hace muchos años, diez mil viejos solos, sin cuidado, morían de sed ante una ola de calor. Ambos, inmigrantes y viejos, estaban excluidos y no sólo en el aspecto económico sino en otro, el relativo a las decisiones sociales, a la decisión de apartarlos, de confinarlos en la soledad.

Aquí vemos lo mismo. El predador natural de los adultos mayores ha sido el ministro economía de turno, que también confiscó el horizonte de los jóvenes. Los ataques a los viejos y Cromañón simbolizan la falta de cuidado de esta sociedad donde viejos y pibes mueren inútilmente.

¿Qué hacer frente a la ola de violencia que acosa a los viejos? La violencia, el maltrato, el abuso y el abandono del adulto mayor plantean problemáticas de alta complejidad, mal definidas y de difícil resolución para las que no alcanzan los procedimientos normatizados ni sirven las soluciones lineales. Pero, a la vez, son problemas que vienen para quedarse. Por eso enfrentarlas demanda respuestas audaces flexibles, innovadoras y con clara vocación de integración social,

Es frecuente que se sostenga un falso dilema. Una de las posturas, la que atribuye casi exclusivamente la violencia a la globalización y al capitalismo salvaje, plantea como única solución la instalación de un nuevo sistema social. La otra, que ve a la violencia como efecto no deseado del sistema social, llama a extirparla con "mano dura". La polémica entre ambas posturas simplifica el tema y, más preocupante aun, impide actuar de un modo coordinado. Entiendo que se deben generar otros caminos a partir de redes de contención alrededor del adulto mayor que actúen en tres dimensiones:

- La dimensión macroestructural, a través de determinaciones políticas, económicas y sociales del estado a su más alto nivel.

- La dimensión media (mesoestructural), que supone determinaciones en el plano institucional de los organismos específicos (PAMI, ANSES y otros) implementadas en acciones diversas: formas de acompañamiento, trabajo en común con organizaciones barriales y otras, dirigidas específicamente a rescatar al viejo de su soledad y

asilamiento para que vuelva a tener protagonismo. Creo que éste es un aspecto básico y que debe ser preservado ante supuestas "medidas de seguridad" que arriesgan reforzar el aislamiento. Los asaltos a los viejos, el modo en que se los exhibe y algunas baterías de "consejos" pueden generar más soledad aun al impulsar a los ancianos a recluirse, a asilarse. Hay que tener en cuenta que "a mayor soledad, mayor vulnerabilidad" (tanto psicológica como ante el hecho delictivo). De ahí la necesidad de retomar la relación social y colectiva.

- La dimensión microestructural, que hace a los planes vinculares y relacionales, a las redes familiares y vecinales. En esto se comienza a actuar ahora: aunque de a poco, hay varios círculos y clubes de jubilados donde los abuelos se están reuniendo a conversar sobre lo que sucede y cómo enfrentarlo. Y empezar a hablar es fundamental.

En síntesis, no hay salida posible sin la participación fuerte del Estado, las organizaciones sociales y sin el protagonismo de los viejos. Como en no muy lejanas etapas de nuestra historia y del mismo modo que ocurre ante otras exclusiones, ningún ataque a un sector de la población sería posible sin una sociedad indiferente, que mira a otro lado. En la cuestión de la tercera edad nadie puede sorprenderse: los "pobres viejitos" asaltados y asesinados son los mismos que gran parte de la sociedad ya dio anticipadamente por muertos.

Violencia, abuso y maltrato: un enfoque desde Derechos Humanos

Santiago N. Pszemiarower (1)

El maltrato a los Adultos Mayores es una violación de los Derechos Humanos. Hay distintas formas de resolver el problema. Todas empiezan igual: rompiendo el silencio.

Se me ha solicitado desarrollar —desde mi profesión de médico y por mi pertenencia a una organización de la sociedad civil, la Asamblea Permanente por los Derechos Humanos— la problemática del Abuso y Maltrato hacia los Adultos Mayores y, permítanme tomar algunos de los conceptos abordados por la Dra. Alicia Ruiz en su ponencia "Asumir la Vulnerabilidad" (1) con los que acuerdo totalmente, en el marco introductorio de la exposición que compartiré con ustedes.

Las 100 Reglas de Brasilia "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 la 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".

La gerontología es la ciencia interdisciplinaria que estudia el proceso de envejecimiento y la vejez, en toda su dinámica y complejidad y ello implica tener en cuenta al ser humano en su contexto bio-psico-socio-cultural, así como comprender los modos particulares en que éste en sociedad, se vincula con el ambiente.

---

(1) El autor agradece la colaboración de la Lic. Nora Pochtar (nora.pochtar@gerontologia.com.ar / santipsz@ar.inter.net www.gerontologia.com.ar).

Uno de los más significativos logros del Siglo XX fue la prolongación de la vida humana. La gerontología, ciencia que se dedica a estudiar este proceso es relativamente joven, de manera que una expectativa de vida mayor, se acompaña con una deficiente preparación de la sociedad para dimensionar el fenómeno; incluyendo a los propios protagonistas, a los decisores políticos, a los planificadores y debemos reconocer que a muchos profesionales.

Según el Centro Latinoamericano y del Caribe de Demografía (CELADE), para la Región el aumento considerable de las personas de más de 60 años, se produjo de la siguiente manera:

1950: 8.860.000

1980: 23.350.000 y

Estimado para 2025: 93.000.000

Para la República Argentina el actual 13,4 % de personas de 60 y más años, equivale aproximadamente a 5.500.000 ciudadanos mayores con un promedio de vida para las mujeres de 79 años y para los hombres de 74 años, dicho porcentaje se elevará en el año 2010 a más del 15 %, siendo el segundo país más envejecido de América Latina, el 80 % de ellas reside en Capital Federal y las Provincias de Buenos Aires, Santa Fe y Córdoba. El cambio demográfico conlleva mayores demandas de seguridad social y servicios sociales específicos para este grupo etáreo.

Según el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos (INDEC):

Grupo Etáreo	**1990**	**2020**
Edad entre 0-14 años	30,62%	23,30%
Edad entre 15-64 años	60,44%	65,18%
Edad de 65 años y más	8,94%	11,52%

Población	**Año**	**Cantidad**
Población de 80 años y más	1990	449.343
Población de 80 años y más	2005	768.763
Población de 80 años y más	2010	914.111

Influyen en esta realidad varios factores, el progreso de la Medicina; avances Científicos y también: Índices de natalidad más bajos; la mortalidad infantil y la problemática de la desnutrición en los niños.

Las cifras más que para memorizarlas son útiles para rescatar que la población de 0 a 14 años decrece, mientras la de 60-65 y más aumenta, y lo significativo es el incremento de 80 años y más, subrayando que en este grupo etáreo mayoritariamente son mujeres. Ello nos debe hacer reflexionar sobre la incorporación de este segmento poblacional a los servicios de educación, vivienda, salud, oportunidades de trabajo, recreación, muchos de los cuales son deficitarios, insuficientes o inexistentes.

Hay algunas cuestiones a tener en cuenta cuando hablamos de maltrato a las personas de edad.

Para la Organización Panamericana de la Salud (OPS) existen dos tipos de Envejecimiento, el *Biológico* que son los "*cambios orgánicos en las personas de edad (hipoacusia, disminución de la agudeza visual, etc.*) y el *Sociogénico* y *"se refiere al papel que impone la sociedad a las personas que envejecen (todos los prejuicios sociales contra los viejos: viejismo, edaismo)".* Ambos tipos de envejecimiento son responsables, en diferentes proporciones de los problemas que aquejan a los Adultos Mayores.

Mitos y prejuicios

Los estereotipos respecto de la vejez mediatizan la visión que la población general tiene sobre sus posibles necesidades, los valores y los beneficios que pueden tanto aportar como recibir de la sociedad. Y como parte integrante de la sociedad, también encontramos como variables intervinientes las actitudes de los distintos profesionales, que de una u otra forma se dedican a la atención del anciano. Desde los años '70 Palmore, Butler y otros autores han trabajado la temática, rescatando entre las actitudes negativas más difundidas las siguientes:

- Creencia de que el envejecimiento supone inevitablemente deterioro.
- Pesimismo sobre la posibilidad de que los Mayores puedan cambiar sus patrones conductuales.
- La creencia de que es inútil invertir esfuerzos en personas con una expectativa de vida limitada.
- La idea de que la enfermedad mental en ancianos es inevitable, intratable e irreversible.

Estas atribuciones negativas de la sociedad son asumidas por muchos Mayores, repercutiendo en su salud psico-física.

Educación

Mito: "los viejos no son capaces de incorporar nuevos conocimientos". Creencia internalizada en las otras generaciones y en los mismos mayores.

La realidad: demuestra que hasta edades consideradas muy avanzadas, siempre que exista la motivación, los mayores pueden adquirir nuevos conocimientos, contribuyendo éstos a consolidar un nuevo rol, modificando la imagen social de la vejez.

Así se manifestó la IV Conferencia Internacional sobre la Educación de Adultos, celebrada en Viena en 1985 con el patrocinio de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), que destacó la importancia de promover las actividades educativas y culturales en favor de los ancianos para que éstos logren asumir de manera adecuada su propio envejecimiento, garantizarles mejores condiciones de vida y conseguir que las sociedades a las que pertenecen puedan beneficiarse de su larga experiencia. En consecuencia, la Conferencia recomendó a los Estados Miembros y a las organizaciones gubernamentales y no gubernamentales, que favorecieran el acceso de los adultos, sea cual fuere su edad, a la educación y a la cultura, con el fin de que puedan salvaguardar su condición de ciudadanos de pleno derecho y desempeñar un papel activo durante toda su vida, y que se asignen para ello más fondos, puesto que las inversiones que se hagan al respecto resultan indispensables para el equilibrio de la sociedad.

Se trata por lo tanto de redefinir la vejez, introduciendo un nivel más alto de expectativas, privilegiando el aprendizaje sobre la enseñanza, promoviendo la participación, reconociendo la aspiración del Adulto Mayor que al ser "parte" tiene derecho a ser protagonista**.**

Vejez = enfermedad

El *mito* asocia "*vejez con enfermedad y/o discapacidad*".

La *realidad*: si bien la buena salud en la vejez depende en gran medida de las condiciones de vida y del medio ambiente, la historia de vida individual es un indicador insoslayable del estado de salud actual. Ya que como dice el Profesor Ajuriaguerra: "*cada uno envejece de acuerdo a como ha vivido*".

No son sólo los achaques y la mala salud lo que le hacen consciente al individuo de su edad, sino también y sobre todo, la actitud del medio ambiente social respecto del envejecimiento.

La Organización Mundial de la Salud señala que, de acuerdo a las estadísticas en los países en desarrollo (como el nuestro), entre el 60 y

65 % de las personas mayores son autoválidas; entre el 25 y 30 % tiene cierto tipo de discapacidad (pero pueden adaptarse a su medio) y sólo del 5 al 10 % son totalmente dependientes físicos o mentales. Thomae se basa en una serie de investigaciones para afirmar que hoy en día no sólo se ha de hablar de un determinismo biológico de la vejez, sino también del "determinismo social del proceso de envejecimiento". Se puede incluso afirmar lo siguiente: "El envejecimiento es hoy, ante todo, destino social y modificación funcional u orgánica".

Es evidente pues, que la manera más eficaz de retrasar o atenuar el deterioro social y/o mental, asociado a veces con la vejez, es procurar a los "viejos" acceso fácil a los servicios de prevención y tratamiento de las discapacidades, en un medio de relación afectivo, del que el mejor ejemplo imaginable es un grupo familiar y de amistades continente.

Jubilación

Otro *mito* muy arraigado está relacionado con la jubilación, como si *"jubilarse del trabajo fuese sinónimo de jubilarse de la vida"*.

El impacto más fuerte lo sienten los trabajadores en relación de dependencia, quienes por ley al cumplir determinada edad deben abandonar su actividad bruscamente, siendo el varón quien puede sufrirlo más intensamente. La jubilación puede producir una crisis en la persona que abruptamente debe abandonar su actividad laboral. Ante esta situación, la problemática es vivida de manera más angustiante por el varón, que habiendo sido educado con el criterio de que "ser" es sinónimo de "hacer", pareciera que el que no trabaja no "es", o sea esta pérdida de lugar le implica un quedarse afuera, una amenaza de marginación.

Las personas pueden prepararse para afrontar la crisis Jubilatoria y es por ello que propiciamos la práctica de *Programas de Preparación para la Jubilación*, y/o de lo que se conoce como desarrollo del segundo oficio u ocupación, lo cual permite el aprendizaje de nuevos roles: sentir que "no se jubilan de la vida" y que todavía la Sociedad espera y necesita mucho de ellos.

La OIT opina que si bien hay trabajadores de edad que tienen necesidad de seguir trabajando a causa de su precaria situación económica, es bastante frecuente que otros jubilados emprendan una actividad económica totalmente distinta, comiencen otra carrera o se dediquen a algún tipo de negocio por cuenta propia. A su vez para la OMS una característica esencial de los trabajadores de más edad es que tienen experiencia. En tanto que la capacidad podría disminuir con la edad, la experiencia aumenta y la suma de estos dos factores, determina la capacidad del trabajador.

Hay que *"prepararse para ese momento"*, planificar actividades, ya sean remunerativas o no, *pero sí placenteras, gratificantes*, que fortalezcan y dignifiquen la existencia, trabajando para que estas palabras de Naciones Unidas se hagan realidad:

"Se ha comprobado que la vida activa retrasa el proceso de envejecimiento. Por eso la jubilación no debería ser sinónimo de inactividad, sino elección de actividad. Ello redundaría en provecho tanto de la sociedad como de cada hombre y mujer individualmente" (Naciones Unidas).

La notificación de la jubilación no debería ser un certificado de defunción social para las personas, sino la posibilidad de cumplir con "asignaturas pendientes" o desarrollar nuevos proyectos que darán sentido a sus vidas, como nos lo demuestran cotidianamente un inmenso número de Adultos Mayores.

Sexualidad

Mito: los "viejos" son asexuados.

La realidad es que los cambios en el esquema corporal, pero fundamentalmente los mitos y tabúes respecto del sexo, influyen para que muchas personas mayores de 60 años piensen que también ha caducado la posibilidad de mantener una sexualidad plena.

La autoimagen relacionada con el concepto de lo corporal sufre una alteración que es difícil asimilar y provoca una disminución de la autoestima. La Sociedad, los que lo rodean, exige que adecue sus conductas al "rol" o "imagen social" que se tiene de él, sin importar lo que el individuo quiere ser, y así sufren los "tabúes sociales" más que la carga de los años.

La reprobación social, cuyas raíces llegan hasta la remota infancia de cada uno de nosotros, pone el estigma de la "vergüenza" a la sexualidad de los adultos mayores.

La necesidad de amar y sentirse amado es componente esencial de la psiquis durante toda la vida, desde el nacimiento y hasta la muerte. Esta necesidad de afecto puede manifestarse como búsqueda francamente ingenua, a veces, asociada con una sinceridad expresiva, casi desconcertante. De lo que se trata ahí es de salvar a toda costa la autoestima. *El mayor necesita convencerse que tener deseos sexuales no es anormal, inusual o inmoral,* o sea no "hacerse cargo del mito".

El *mito* del *"viejo verde"* o el de la inexistencia de todo apetito sexual, contrasta con la *realidad* que habla de "un interés sexual pro-

pio de la vejez al igual que cada etapa de la vida, con sus características".

En palabras del poeta Mario Benedetti:

> *"... después de todo*
> *los viejos verdes son los únicos*
> *ardientemente ecologistas*".

Violencia y maltrato

El trabajo de dilucidar este patrimonio de creencias colectivas (mitos y prejuicios sociales), es primordial para entender cómo operan dentro de uno mismo y de los demás; llegar a descontaminar el pensamiento, las opiniones y los sentimientos de tales mitos, es el paso previo y obligado para aquel que se debe poner en contacto con la problemática de la violencia en la vejez.

Consideramos *violencia a toda violación de los Derechos Humanos;* refiriéndonos específicamente a la violencia con los Adultos Mayores, podemos mencionar que desde mediados de los años setenta, el abuso y negligencia en el trato con Adultos Mayores emerge como un problema social privado, que demanda reconocimiento y acción pública para que se le pueda encontrar una solución efectiva.

"El maltrato del anciano es una conducta destructiva que está dirigida a una persona mayor, ocurre en el contexto de una relación que denota confianza y reviste suficiente intensidad y/o frecuencia como para producir efectos nocivos de carácter físico, psicológico, social y/o financiero de innecesario sufrimiento, lesión, dolor, pérdida y/o violación de los derechos humanos y disminución en la calidad de vida para la persona mayor" (2).

Insistimos (e insistiremos) en cuanto a que *mitos y prejuicios sociales* internalizados tanto en quienes diseñan las políticas sociales para la vejez, como en quienes atienden a las Personas de Edad, conducen a actuar erróneamente, generando algún tipo de violencia consciente o inconscientemente.

La OPS en 1993 y luego la Asamblea Mundial de la OMS, la ha definido como un problema de Salud Pública y que "*se está convirtiendo en una preocupación cada vez más seria en la Región de las Américas. Aunque todas las personas pueden ser afectadas por ella, los niños, los adolescentes, las mujeres y los ancianos son sus víctimas*

(2) "La atención de los Ancianos: un desafío para los noventa", OPS-1994.

principales". Y esta es una grave advertencia que no podemos ni debemos desoír.

La víctima vulnerable es la persona herida que se encuentra imposibilitada de solicitar auxilio debido a su condición física, psíquica y social: niños, discapacitados, enfermos, personas internadas, ancianos.

Para la detección del maltrato es fundamental tener claro cuáles son los factores de riesgo, sin perder de vista que en la mayoría de los casos el anciano tratará de encubrir a sus cuidadores (familiares o no), ya que teme a las represalias, y al mismo tiempo su baja autoestima lo hace considerarse *"merecedor de malos tratos"*. El equipo Gerontológico deberá utilizar como uno de los principales factores del diagnóstico de maltrato la *sospecha*, ya que la experiencia nos indica que entre el relato de la víctima y los síntomas hallados suele no haber coincidencia. Tanto por falta de conciencia como por el desconocimiento de los criterios para la detección y el diagnóstico, sólo se tienen evidencias imprecisas de la situación y esto incide en el subregistro de casos existentes.

Enfatizamos que al tratarse la *violencia* de un fenómeno social, los emergentes sociales, familiares e institucionales, interactúan.

La victimización social del anciano comienza por los mitos y prejuicios que la justifican, y terminan con su discriminación. La discriminación contra los mayores es una experiencia a la que todos podríamos llegar, *salvo* que los parámetros sociales sean modificados entre *todos*: las actuales y las futuras víctimas.

DIFERENTES FORMAS DE MALTRATO

Violencia estructural

En la configuración arquitectónica de la mayoría de las casas donde viven Mayores, no se tienen previstas ni la adaptación, ni la seguridad que posibiliten la autonomía de vida. Asimismo ante el creciente desplazamiento poblacional de las áreas rurales a las altamente urbanizadas, es imprescindible adaptar las ciudades para que sus ancianos puedan acceder sin impedimentos donde necesiten concurrir.

Los planificadores urbanos y los decididores políticos no pueden dejar de tener en cuenta que un porcentaje elevado de habitantes son Adultos Mayores; a pesar de ello los semáforos no están regulados tomando en cuenta esta problemática, y a diario, podemos observar el

pánico de nuestros viejos cuando deben cruzar alguna avenida. Otro grave problema son los medios de transporte colectivo, que no sólo presentan la dificultad del ascenso y descenso, sino los agravios de que son objeto por estas dificultades, y al igual que edificios, mercados, consultorios médicos, clínicas, oficinas ubicadas en pisos superiores y sin ascensor, constituyen verdaderas barreras arquitectónicas que dificultan su movilidad (también puertas giratorias, desniveles, etc.), incluyendo el hacinamiento en la vivienda familiar o institucional.

No tomar conciencia de estas realidades, implica generar situaciones que devienen, al limitar su campo social, en otra forma de maltrato.

Maltrato físico

Si bien las escasas estadísticas no reflejan la realidad en su totalidad, se manifiesta en forma de golpes y todo tipo de maltrato corporal. Estas situaciones se incrementan cuando las víctimas son:

- personas obesas;
- que permanecen mucho tiempo en cama (incluye falta de habilidad para asearlas);
- dementizadas;
- enfermedades crónicas incapacitantes de origen físico o mental;
- hipoacúsicas o con algún otro tipo de discapacidad;
- incontinentes;

generando a veces en el cuidador, abuso y maltrato.

Otras formas son:

- situaciones de abandono;
- desnutrición;
- descuido de la salud, que se puede expresar como submedicación o sobremedicación;
- malas condiciones de habitabilidad, medio ambiente de riesgo, cuyos indicadores son: falta de luz, ventilación defectuosa, inexistencia de servicios higiénicos sanitarios y/o calefacción, confinándolo en lugares sanitariamente inadmisibles;
- familias en las cuales a través de las distintas generaciones, la violencia corporal es aceptada como práctica cultural que no

se cuestiona y tal vez fue considerada siempre como la forma normal de las interacciones personales y de la resolución de conflictos.

Maltrato psicológico

Hay una ajuricidad manifiesta en los hechos cotidianos que "curiosamente" pasan desapercibidos.

En casos de convivencia, particularmente familiar, como consecuencia de la modernización y las rápidas transformaciones sociales, al tiempo que el debilitamiento de los roles que tradicionalmente venían cumpliendo las personas de edad, se producen cambios en las relaciones, originando tensiones en la convivencia familiar que generan algún tipo de violencia contra los Viejos.

Cuando los Mayores se convierten en dependientes económicos, físicos y emocionales de sus hijos, muchas veces se invierten los roles; el tener que dejar el rol de adulto independiente para ocupar el rol de adulto dependiente, los coloca en una situación de riesgo. Si se trata de una familia con características violentas, el Anciano es víctima de las mismas conductas autoritarias y humillantes que reciben los niños; por otro lado, como todo ser considerado "débil", puede convertirse en el "chivo expiatorio" de las tensiones y conflictos de la familia. A veces la violencia es el medio de comunicación para "controlar" y "manejar" a la persona anciana. El no escuchar o prestar poca atención a la necesidad de comunicarse por parte del Adulto Mayor, lleva a una disminución de la interacción social.

Se manifiesta también en forma de insultos, agravios que de una u otra manera subestiman al anciano. Pero cualquiera sea la causa del maltrato psicológico, sabemos que puede generar en él problemas tan serios como depresión y aislamiento, llegando en algunos casos extremos hasta el suicidio.

Para lograr un acercamiento que permita acceder a la problemática y ayudar a las víctimas en su recuperación, se torna imprescindible por parte del equipo de atención: *escuchar, atender y comprender* sus relatos.

Abuso sexual

Si como venimos desarrollando, "*ponerle voz al silencio*", con relación a la violencia y el maltrato en sus diversas manifestaciones, resulta aun costoso para una sociedad que muchas veces se comporta como si *"aquí no-pasa nada"*, es de imaginar cuánto más difícil se torna cuando se debe abordar la problemática del abuso sexual, por-

que aun hoy en día todo lo relacionado con sexualidad y genitalidad sigue teñido por tabúes y prejuicios.

Los movimientos feministas jugaron un papel decisivo al llamar la atención sobre la violencia específicamente dirigida contra la mujer (violación, abusos sexuales, malos tratos, etc.). Se elaboraron así programas de asistencia y se habilitaron centros para las víctimas de estos delitos, que no siempre son denunciados. Por otro lado, estas iniciativas atrajeron la atención sobre el grave problema de los niños abusados; otra cuestión es cuando hablamos de Ancianas, ya que por lo general no denuncian y por tratarse de personas de edad, y particularmente con relación al asunto sexo, ellas mismas tienen incorporados muchos prejuicios que arrastran desde su niñez, y se pueden ejemplificar así:

Mito: Sólo las jóvenes atractivas y provocativas son violadas.

Realidad: Todas las mujeres pueden ser víctimas de un asalto sexual.

No existen "salvoconductos" de edad, raza, religión, clase social, profesión, nivel educacional, etc. Al asumir la vigencia de este mito, la gente tiende a disculpar el comportamiento de los violadores y a culpar a las mujeres que son atacadas. Incluimos la desvalorización de la persona abusada como sujeto de derecho a ejercer su sexualidad.

Se hace necesario aclarar que este tipo de violencia no sólo la ejerce la familia, sino que es producida por todo el entorno social, agravándose significativamente para aquellos casos en que los Mayores están institucionalizados. También es una forma de violencia impedir el ejercicio adecuado de la sexualidad por carencia de espacios privados y falta de intimidad, prohibiciones para salir en pareja, enamorarse, mantener relaciones, etc.

Maltrato económico

El flagelo de la violencia no es privativo de una clase social por sobre otra, así como tampoco lo es el nivel socio-económico. Subrayamos esta cuestión porque existe el *mito*: *más pobre = más violento,* y otros "atributos" por el solo hecho de ser pobre; es más, en el tema específico de Ancianidad, suele ocurrir que quienes más tienen suelen oponerse al nuevo matrimonio de su padre o madre viuda, no respetando los sentimientos de éstos, y la mayor cantidad de solicitudes de "insanías mentales" se da en las capas económicamente más altas. Señalamos la gravedad que puede llegar a significar la venta o el disponer por parte de miembros de la familia de la vivienda u otros bienes del Anciano, sin consultarlo.

La persona mayor no sólo es miembro de la familia, sino también de la Sociedad, es decir, un ciudadano con una historia productiva, creador de riqueza social y, por lo tanto, con plenos derechos para exigir que la Sociedad, a través del Estado, le devuelva parte de su contribución social en forma de pensiones y jubilaciones suficientes, viviendas adecuadas y servicios sociales que le garanticen una vida digna, autónoma y libre.

Vinculando a los conceptos de *autonomía de vida e independencia,* no se puede desconocer el *derecho al domicilio* (3).

"El domicilio es uno de los atributos de una persona física o jurídica, por lo cual toda variación del mismo debe ser, en principio, voluntaria. El canon constitucional del libre tránsito confirma esta pauta para todos los habitantes del país" (art. 14 bis).

En el caso de los Mayores, la cronología no establece que carezcan del domicilio como derecho y del cambio de residencia como elección.

A veces son privados de este derecho y trasladados primero a la casa de un familiar en forma transitoria y en circunstancias determinadas (muerte de la pareja por ejemplo), y por lo tanto desaparece su entorno, sus vecinos y sus cosas personales y luego de un tiempo pasa compulsivamente a vivir en un geriátrico (asilo, residencia, larga estadía, etc.) a elección de sus familiares directos…

Las residencias geriátricas son lo que su nombre indica, una residencia, y por lo tanto son los mismos Mayores quienes luego de evaluar la conveniencia de mudar temporal o definitivamente de residencia, deberían poder evaluar sus servicios y elegir vivir en sus instalaciones, contratando directamente con el prestador.

Esta mudanza no puede transformarse en una *internación* o un castigo que esgrimen parientes abusadores en sus amenazas contra los mayores.

Desde el punto de vista legal privar a una persona capaz de su libertad, imponiéndole una residencia compulsivamente, es un delito. De ese delito participan tanto quienes prestan el servicio de residencia geriátrica, sin el consentimiento informado del mayor, como los familiares que mediante coacción establecen esta forma atípica de contratación.

---

(3) Capítulo "Violencia con Ancianos: la construcción del Derecho". Dra. Susana A. Finkelstein. en *Ancianidad y Derechos Humanos*. 2000.

En caso de duda sobre la capacidad de elección, la justicia debe intervenir para evitar la trasgresión de los derechos humanos de los ancianos. En una adecuada regulación sobre las instituciones debería contemplarse un mayor control sobre la forma de ingreso de los alojados, para poder proteger a los compelidos a mudar de domicilio.

Todo lo expuesto teniendo en cuenta que el mantenimiento de un domicilio de su elección debe ser la regla para el anciano y la institucionalización la excepción, con todos los recaudos para garantizar la calidad de vida de los alojados".

Herramientas para intentar revertir las situaciones descriptas

Los Derechos Humanos se hacen presentes cuando la sociedad empieza por reconocerlos, sin embargo, para que ello suceda es necesario contar con la posibilidad de acceso a la información y la Capacitación.

Para comenzar a transitar en esa línea la Comisión "Los Adultos y sus Derechos" de la Asamblea Permanente por los Derechos Humanos realizó una encuesta, como parte del Programa "*Violencia, abuso y maltrato, en la Vejez*" (1998-2000).

Con ella se propuso indagar las causas que generan diversos tipos de abusos, pretendiendo brindar elementos que sirvan para la elaboración de nuevos proyectos que mejoren la calidad de vida de las personas mayores. Ello no implica, de manera alguna, permanecer indiferentes a las situaciones de violencia o maltrato coyunturales que deben ser atendidas a partir de los emergentes. Esta forma de abordar la problemática posibilitó establecer nuevos parámetros para encarar tanto el trabajo asistencial, promocional como el preventivo.

Los objetivos específicos planteados fueron, conocer cuáles son los derechos más vulnerados; conocer en que ámbitos se respetan menos estos derechos (donde se sienten más maltratados: familia, médico, empleados administrativos, comerciantes, centros de jubilados, etc.). Conocer qué tipo de actos o situaciones son considerados como de maltrato o violencia por parte de los adultos mayores y en que medida se consideran víctimas de ellos.

Esta investigación se realizó como una primera aproximación a la realidad de las Personas Mayores de la Ciudad de Buenos Aires, para poner a prueba una serie de hipótesis:

- Las personas mayores son víctimas de numerosas formas de violencia y maltrato, que no se restringen a la situación económica por la que atraviesan.

- La violencia y el maltrato que se ejerce sobre los adultos mayores no se percibe socialmente en sus verdaderas dimensiones.
- La violencia y el maltrato no son más que manifestaciones extremas de derechos vulnerados.

De su lectura, surgen distintas manifestaciones de malestar por parte de la población de Adultos Mayores y su correlato en Derechos Humanos vulnerados.

Es de notar que por la naturaleza acotada del trabajo o por el pudor de expresar ciertos sentimientos, los Mayores hayan puesto el acento en una frase: "*la falta de respeto*" que se inscribe como un "*malestar sin nombre*" y trasunta una sensación en la que deberíamos bucear, para llegar a una real solución del problema. Un dato significativo para reflexionar: la categoría "falta de respeto por los mayores" pasa de un *24,8 %* en los encuestados telefónicamente a un *48 %* para quienes residen en instituciones (geriátricos).

Frente a respuestas específicas como en el caso salud, las carencias se ven más claras, hay una oferta permanente de distintas empresas que "venden" sistemas de salud, y por lo tanto se puede asumir una categorización de calidad en tales prestaciones. Lo mismo ocurre con la situación económica, en una sociedad donde el consumo se rige por pautas determinadas, es fácil asumir en qué estadio de capacidad de consumo personal estamos, y cuáles de nuestras necesidades no han sido satisfechas.

Pero existen otros temas que materializan el malestar sin nombre a que nos hemos referido, que puede resumirse también en la frase *"la falta de conocimiento de los propios derechos"* y su correlato *"la vulnerabilidad del que desconoce"*.

El abuso, maltrato y violencia social, familiar e institucional, tienen su sustento en una situación de inferioridad motivada por ese desconocimiento, y por lo tanto en la imposibilidad de hacer valer esos derechos con que se cuenta. Esta ignorancia de lo propio se retroalimenta con mitos y prejuicios que terminan con la autoestima y la posibilidad de defensa.

Es por ello que un primer paso para la solución de la problemática planteada, independientemente del diagnóstico que debería ampliar su base, consistiría en la divulgación de las normas que protegen los derechos personales y ciudadanos de todos los afectados.

Existe la idea que la gente deja de ser ciudadana en virtud de tener un número determinado de años, se utiliza la edad para definir *capacidad y roles*. Es el proceso de una sistemática discriminación

contra las personas por el hecho de ser *mayores*, que se expresa en el tratamiento diferencial, en la calidad de atención médica. Los *prejuicios* —considerados como el estado mental que permite la discriminación— configuran un aspecto muy arraigado de la cultura de ciertas sociedades y, casi siempre, van acompañados de falsas opiniones, que toman la forma de estereotipo.

Se estima que un porcentaje amplio de la población mayor está expuesto a la violación de sus derechos (abuso físico, psíquico, económico, etc.) por acción u omisión. La realidad nos golpea con datos que indican que la falta de denuncia obedece, en realidad, a un sistema judicial y policial no capacitado para recorrer el camino que *sancione la violencia*.

La calidad de los actores no capacitados ni sensibilizados en la temática, complica más aún este camino: jueces, abogados, médicos, profesionales de trabajo social, psicología y otros, que desconfían del relato, lo minimizan, dando muchas veces, respuestas precarias que no contemplan la amplitud de la problemática, transformando una vez más al mayor en víctima, esta vez de un sistema que no cumple con su cometido. La victimización secundaria puede tener efectos más perniciosos, a veces, que el hecho violento en sí, ya que aumenta la sensación de desprotección del sistema y la frustración condiciona a la víctima a descreer en todo el entorno social.

El aumento de la contención social de los adultos mayores redundaría en una disminución de la demanda de atención médica y del consumo de medicamentos, entre otras cuestiones. Uno de los desafíos futuros es la construcción de un Proyecto Social que abarque la dimensión social, política, económica y también médica para resolver la problemática de la vejez.

Los *Principios de las Naciones Unidas en favor de las Personas de Edad* (sobre la base de la *Declaración de Derechos y Responsabilidades de la Federación Internacional de la Vejez*), 1991, han sido un importante avance.

Para dar más vida a los años que se han agregado a la vida, garantizando a todas las personas de edad:

- Independencia
- Participación
- Cuidados
- Autorrealización
- Dignidad

Si bien, salvo ciertas decisiones del Consejo de Seguridad y algunos Convenios Internacionales, las Resoluciones de Naciones Unidas *no son obligatorias,* su fuerza ha sido más *ética y política* que legal, y su influencia ha servido para *cambiar* la visión en materia de Derechos Humanos.

Y agregamos también más comentarios alertadores sobre nuestra problemática:

"*Se ha especulado que cuanto más respetuosa de las leyes es una sociedad, cuanto menos predomina la violencia social, cuanto más respeto existe por los valores tradicionales, menor es el abuso a que se somete a los ancianos. Es probable pensar que el abuso de los ancianos continuará en aumento, especialmente en aquellos países donde la proporción de ancianos en la población total aumenta y donde la rápida urbanización contribuye cada vez más a la fractura de la delicada trama de la familia moderna*".

II Asamblea Mundial sobre Envejecimiento (Naciones Unidas) Madrid-2002

Después de 20 años (Viena-1982, Primera Asamblea Mundial), marcó un importante avance sobre todo cuando muchas de las proyecciones demográficas ya se estaban cumpliendo. El Plan de Acción Internacional y sus Recomendaciones poniendo el acento en ejes tales como Género (Mujeres Mayores); Derechos Humanos y Relaciones Intergeneracionales, entre otros, implicaron cambios en la mirada y el enfoque de la problemática de Adultos Mayores, así como lo refleja el lema convocante *"Construyendo una Sociedad para todas las Edades".*

Encuentro de ONG's en Santiago de Chile (2003)

Exigimos

"Promover e impulsar la organización y participación activa de las personas adultas mayores en el desarrollo económico y social de cada uno de nuestros países. Ello supone la construcción de una sociedad para todas las edades, incluyendo un espacio que permita el respeto y revalorización socio–cultural de la vejez, sin discriminación por edad, sexo, estado de salud, etnia, religión, lengua y nacionalidad".

EN CUANTO A LA CREACIÓN DE ENTORNOS PROPICIOS Y FAVORABLES

"La creación de condiciones políticas, económicas, físicas, sociales y culturales adecuadas para las personas mayores es fundamental

para el desarrollo social y el ejercicio de los derechos, deberes y libertades en la vejez.

El desafío de una vivienda segura y propicia para las personas mayores implica reconocer, por una parte, la diversidad de necesidades y preferencias de las personas mayores, incluidos la opción y el derecho de 'envejecer en casa' y, por otra, las situaciones de fragilidad que exigen cuidados y formas especiales de residencia".

Desde la II Asamblea Mundial sobre Envejecimiento, Naciones Unidas-Madrid-2002 (sin dejar de reconocer esfuerzos precedentes), notamos que se va transitando con más fuerza el camino hacia el reconocimiento de las personas de edad como *sujetos de pleno derecho* y de las organizaciones de la sociedad civil, que tienen una trayectoria en el trabajo con mayores. En ese sentido como Asamblea Permanente por los Derechos Humanos, hemos participado activamente en los Foros de la Sociedad Civil sobre Envejecimiento, en las reuniones de evaluación del Plan de Madrid (Foro preparatorio: Camino a Madrid+5, Santiago de Chile, abril-2007) y en diciembre del mismo año, Signatarios de la Carta de Brasilia.

Es de destacar que en la Segunda Conferencia Regional Intergubernamental Sobre Envejecimiento en América Latina y el Caribe: hacia una sociedad para todas las edades y de protección social basada en derechos, realizada en Brasilia, del 4 al 6 de diciembre de 2007; organizada por CEPAL-CELADE, se dio un espacio a la Sociedad Civil y se elaboró el Documento "Declaración de Brasilia", sobre todo en lo que hace a la solicitud de un Relator de Derechos Humanos de Adultos Mayores, en la construcción de un *instrumento jurídicamente vinculante*.

Luego en el 46º período de Sesiones de la Comisión de Desarrollo Social del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (Nueva York-Febrero-2008), los siguientes 10 países: Argentina, Brasil, Chile, Cuba, Ecuador, México. Nicaragua, Paraguay, República Dominicana y España, retomaron la presentación de la "Declaración de Brasilia" y con ella manifestaron la necesidad que en Derechos Humanos de Adultos Mayores exista la figura de un *Relator Especial* en el seno de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas que motorizará, desde ese rol, el tan necesario *instrumento jurídicamente vinculante*. La importancia de la existencia de una Convención posibilitará hacer operativas las leyes, al poder invocarlas en las justicias locales e internacionales.

Junio-2008 Santo Domingo, República Dominicana

"La resolución subraya la importancia de la Declaración de Brasilia, aprobada en la segunda Conferencia regional intergubernamen-

tal sobre el envejecimiento en América Latina y el Caribe. Asimismo, pide a la Secretaría que refuerce sus actividades en el tema de políticas públicas, información, investigación y derechos humanos, y que preste apoyo técnico para la realización de reuniones de seguimiento de los acuerdos de Brasilia, en particular en lo que se refiere a los mecanismos internacionales de protección de derechos de las personas de edad.

La Resolución 644 fue adoptada por los Países miembros de la Comisión en el Trigésimo Segundo período de sesiones del CEPAL e incluye recomendaciones específicas sobre envejecimiento y desarrollo". (CELADE División de Población celade@eclac.cl).

Para finalizar, invitar a esta distinguida audiencia a apoyar todas las iniciativas que como las mencionadas, de llegarse a las metas planteadas, se proporcionará un reconocimiento justo e igualitario para las personas de edad.

"Respeten a los Ancianos,
el burlarse no es hazaña ...
La cigüeña, cuando es vieja,
pierde la vista, y procuran
cuidarla en su edad madura
todas sus hijas pequeñas:
aprendan de las cigüeñas
este ejemplo de ternura".

Martín Fierro. José Hernández

Bibliografía

1) XIV Cumbre Judicial Iberoamericana "Reglas de Brasilia sobre acceso a la Justicia de las personas en condición de Vulnerabilidad AIDEF, junio-2008.

2) "La atención de los Ancianos: un desafío para los noventa", OPS-1994.

3) Capítulo "Violencia con Ancianos: la construcción del Derecho". Dra. Susana A. Finkelstein. Libro "Ancianidad y Derechos Humanos", 2000.

4) Lic. Nora Pochtar y Santiago Pszemiarower, Ponencia "Foro Internacional sobre el Nexo entre Ciencias Sociales y Políticas", realizado en la Facultad de Derecho de la Univ. Nacional de Córdoba (UNESCO), febrero de 2006.

5) Pszemiarower, Santiago (comp), *Ancianidad y Derechos Humanos*, Asamblea Permanente por los Derechos Humanos, 2000.

Fueron consultados los siguientes *Documentos:*

Organización Panamericana de la Salud.

Plan de Acción Internacional Madrid-2002.

Consejo Económico y Social. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Nac. Unidas.

CEPAL-CELADE www.cepal.org/celade/envejecimiento.

Conferencia Regional Intergubernamental sobre Envejecimiento para América Latina y el Caribe (Sgo. de Chile-2003).

Declaración de Brasilia, diciembre-2007.

IV. Privados de libertad

Personas privadas de libertad y acceso a la justicia (*)

Vivien Stern

Es un gran honor estar aquí. Agradezco especialmente a la doctora Stella Maris Martínez la oportunidad de poder hablar hoy ante ustedes. Ella ha dedicado su vida a la protección de los derechos humanos de los más vulnerables y es un verdadero privilegio ser hoy su invitada.

Es también un privilegio estar hoy ante un grupo de personas como ustedes. Esta audiencia, este grupo de personas, está compuesta por gente que ha dedicado su vida para que el mundo sea un lugar mejor. El fin de su trabajo en la defensa pública es ayudar a otros, otros cuyas circunstancias no son fáciles y a los que la vida no ha tratado bien. Esta tarea no los hará ricos. Probablemente tampoco los volverá famosos. Pero seguramente contribuirán a que el mundo sea un lugar mejor. Ustedes son los pilares del estado de derecho en sus respectivos países.

Es por último un desafío para mí estar aquí delante de esta de concentración de tan buenas personas. Estoy realmente orgullosa de estar hoy aquí.

Creo que soy la única representante del mundo angloparlante que ha sido invitada dar una de las charlas plenarias en este congreso tan importante. ¿Qué puedo decir para empezar? Creo que tal vez debería comenzar pidiendo perdón. ¿Por qué estoy pidiendo perdón? ¿Acaso hice algo incorrecto? No personalmente. Pero en el lugar de donde vengo hemos cometido algunos errores graves. Hemos tomado algunas medidas y apoyado otras que han provocado un daño importante al movimiento mundial por los derechos humanos.

Evidentemente no soy yo la responsable de la guerra en Irak, ni de la situación en Oriente Medio, ni del centro de detención en la bahía de Guantánamo. No es culpa mía tampoco, que actualmente se esté

(*) Traducción al español del original en inglés efectuada por Alejandro Chetman.

llevando a cabo un debate sobre si queremos derechos humanos o seguridad, y sobre cuántos de nuestros derechos humanos estamos dispuestos a sacrificar en aras de nuestra seguridad. No soy responsable personalmente por las leyes contra el terrorismo que violan el derecho a la libertad de expresión y otras libertades básicas. No soy responsable de nada de esto y trabajo intensamente contra todos estos acontecimientos.

Sin embargo, todo esto ha ocurrido en países angloparlantes. Mi país ha participado activamente en algunos de estos hechos y en esa medida hemos perdido parte importante de nuestra autoridad moral para hablar sobre cuestiones de derechos y de justicia.

Quería comenzar por decirles eso. Pero también que hay algo que debo explicar. Ustedes se estarán preguntando cómo es que esta mujer que está aquí parada se hace llamar Baronesa. Debo decirles que este título no tiene nada que ver con pertenecer a la aristocracia o a una determinada familia. No tengo riquezas ni vivo en un castillo. Este título se les da a las mujeres cuando se las designa para integrar la Cámara alta, es decir el Senado del Parlamento británico. Yo he sido designada en el senado como miembro independiente en 1999 por la Reina, y este es el motivo por el que tengo el título de Baronesa. Baronesa significa simplemente Senadora.

Déjenme decirles también que en nuestro Parlamento tenemos un Comité de Derechos Humanos muy activo que está conformado por representantes de las dos Cámaras y de todos los partidos. Durante los últimos años yo he sido miembro de este Comité. Todo el trabajo que realizamos en lo que respecta a acceso a la justicia para las personas privadas de libertad se ha visto manchado por el régimen del centro de detención en la bahía de Guantánamo y por los acontecimientos en la cárcel de Abu Ghraib en Irak.

El tema de esta mañana es el acceso a la justicia para las personas privadas de libertad. Hace dos años yo estaba en Texas. Allí participé de una visita a una cárcel en un pequeño pueblo llamado Gatesville. No hay allí más que cárceles; como cinco cárceles distintas. Las cárceles son su única industria. Una era una cárcel de mujeres y comenzamos la visita por el corredor de la muerte. Había alrededor de cinco mujeres que estaban esperando su ejecución, todas vestidas con uniforme carcelario. Estaban vestidas con blusas blancas muy amplias, sin forma, y pantalones también blancos y muy amplios.

Hablamos con la mujer que estaba a cargo del sector. Era una mujer impresionante. Hablamos de su trabajo. ¿Qué pasa con las ejecuciones? ¿Qué ocurre cuando una de estas mujeres, a las que deben vigilar, debe ser trasladada y ejecutada? “Bueno —dijo ella— no es fá-

cil". "Había una mujer que había estado en este sector durante mucho tiempo. No tenía familia. Cuando le llegó la hora de ser ejecutada me pidió que la acompañara a la ejecución, para que estuviera con ella cuando llegase su fin. Así es que la acompañé a *Huntsville* y estuve presente cuando la ejecutaron. No fue fácil." me dijo.

"Desde entonces, me dijo, he estado pensando mucho en esto. ¿Cómo manejan las ejecuciones en su país?" preguntó. Nosotros le dijimos que en Europa no ejecutamos a la gente. De hecho ningún país utiliza la pena de muerte en los cuarenta y siete Estados miembros del Consejo de Europa, de Lisboa a Vladivostok. Le dijimos que aquí, en América Latina, tampoco se ejecuta normalmente a las personas. Pero para esa mujer, cuidar de las mujeres que estaban en uniformes blancos esperando ser ejecutadas era algo normal. Una manera normal de ganarse la vida. Levantarse a la mañana, colocarse su uniforme e ir a cuidar a aquellas mujeres que están esperando ser ejecutadas. A veces incluso eso significaba ir a observar cómo otro ser humano es ejecutado. Eso también era normal, aunque muy perturbador.

Después de visitar el corredor de la muerte fuimos a otra unidad de la prisión llamada "internamiento administrativo". En esta unidad había setenta y ocho mujeres, cada una en una celda individual con una puerta muy pesada; en esta puerta había una rendija de unos quince centímetros por un metro, cubierta con una red. Algunas de las mujeres estaban mirando por la rendija; miraban cómo pasaba la gente. Adentro estaba muy oscuro. Desde el punto de vista arquitectónico era como una jaula enorme para animales, con muy poca luz, sin color, solamente cables y rollos de alambre de púas separando cada uno de los tres pisos. Antes de ingresar nos dijeron que nos íbamos a tener que poner lo que ellos llamaban un chaleco de protección contra armas blancas, un chaleco con un relleno muy pesado. Entre los visitantes estaba el Inspector Jefe de Prisiones de Inglaterra, también estaba el presidente del Comité Europeo para la Prevención de la Tortura (que también era inglés), y el Ombudsman de prisiones sueco. Todos habíamos visitado prisiones en todas partes del mundo, prisiones de alta seguridad en Brasil, Rusia, Chechenia y Jamaica y siempre nos mezclamos libremente con prisioneros de todo tipo. Nunca antes nos habían pedido que nos pusiéramos un chaleco protector.

También se habló de que nos pedirían que usáramos cascos y máscaras antigás, pero alguna autoridad decidió que no era necesario. Déjenme recordarles que era una prisión con setenta y ocho mujeres cada una en encerrada detrás de una puerta muy pesada. Entramos y pudimos hablar con algunas de las mujeres en la semipenumbra, a través de las pequeñas rendijas en sus puertas. Yo hablé con una mujer que se llamaba Joanna, que me dijo que llevaba allí tres años. Me dijo que la decisión de sacarla de ese lugar la tomaba

un comité que se reunía en la sede principal del complejo. No estaba segura cómo se tomaban esa decisión, pero dijo que mantenía la esperanza. El personal nos mostró la celda donde las internas hacían ejercicio, donde las mujeres podían ir una vez por día, solas, y de a una por vez. Este era también un lugar cerrado, no al aire libre. Era una celda con paredes de alambre de aproximadamente dos metros por tres metros. La gente que trabajaba allí nos contó como a veces las mujeres se negaban a volver a sus celdas. Se trepaban por las paredes de alambre y se colgaban. Entonces el personal se colocaba las máscaras antigas y rociaban a las mujeres con gas. Cuando la mujer caía, la desnudaban y la llevaban a su celda. Decían que utilizaban gas prácticamente todos los días. El día de nuestra visita todo el personal a cargo eran hombres.

¿Qué podemos decir sobre esa experiencia? ¿Nos da algo que decir sobre el acceso a la justicia para las personas privadas de libertad? Creo que hay varias cosas para decir. En primer lugar, nos recuerda que hay seres humanos buenos, amables, dignos y decentes que pueden a veces encontrarse haciendo cosas terribles. El maltrato y el abuso de otros seres humanos no es solamente obra de torturadores y gente perversa en regímenes dictatoriales. Los hombres que rociaban a estas mujeres con gas para luego desnudarlas pensaban que hacían un trabajo respetable, normal y que estaban protegiendo a la sociedad.

Pero también podemos decir que lo que estaba sucediendo en esa unidad de "internación administrativa", lo que tenía que vivir Joanna, con quien hablé a través de la rendija en su puerta no es normal. Ni siquiera sería normal en otras partes de los Estados Unidos como por ejemplo Nueva York o Minnesota. El mundo ha dicho que esto no es algo normal. Dichas prácticas, están prohibidas por el marco jurídico que el mundo ha creado para el control de la privación de libertad. Están ocurriendo, sin duda, pero la gente que las lleva a cabo no sabe que lo que está haciendo ha sido prohibido por la comunidad internacional. Tal como esta buena mujer que no sabía que había países en el mundo que no ejecutan a las personas como castigo por un delito. Estas personas no sabían que estaban operando fuera de los estándares del mundo civilizado. Pero, en efecto, esto es lo que estaban haciendo.

Si estas personas de la unidad de "internación" en esta cárcel de Texas vivieran en Europa bajo la jurisdicción del régimen jurídico europeo de derechos humanos, los que se preocupan por ellos tendrían la posibilidad de procurar una reparación. Tendrían acceso a algún tipo de justicia. Podrían reclamar que están siendo sometidos a un trato inhumano y degradante. Podrían sostener que el mecanismo por el que se inflige un castigo adicional sin límite temporal carece de transparencia.

Ramirez Sánchez es un venezolano que está alojado en una cárcel en Francia. Llevó su caso al Tribunal Europeo de Derechos Humanos contra el gobierno de Francia en virtud de lo que le había ocurrido mientras estuvo en prisión. Lo mantuvieron en una celda de aislamiento durante ocho años. En Julio de 2006 el Tribunal dijo que su trato constituía una violación por haber estado alojado en una celda de aislamiento sin un procedimiento que le permitiera recurrir esta medida.

El señor Van der Ven llevó un caso al Tribunal Europeo de Derechos Humanos contra el gobierno de Holanda, y en 1999 el Tribunal le dio la razón. Dijo que las requisas personales y sistematicas en las que lo obligaban a desnudarse sin justificación, constituían un trato inhumano y degradante.

El año pasado, el señor Frerot ganó su acción contra Francia porque era sometido a una requisa total de su cuerpo, incluyendo una inspección visual sistemática del ano, cada vez que recibía una visita de sus amigos y su familia durante un período de dos años. El gobierno de Francia fue declarado responsable de imponerle un trato inhumano y degradante.

Europa también tiene el Comité Europeo para la Prevención de la Tortura. Este Comité puede visitar todos los lugares de detención en Europa y decir a los gobiernos las cosas que considera que deben ser modificadas. Ningún ser humano, ni uno, sin importar cuánto lo odien o consideren que ha perdido el derecho a tener derechos, está fuera de este marco jurídico.

El Comité Europeo para la Prevención de la Tortura ha realizado cuatro visitas a una cárcel en una isla en Turquía en la que está alojado, sólo, Abdullah Ocalan, el líder del movimiento de independencia kurda del Partido de los Trabajadores Kurdos (que muchas organizaciones, entre ellas la UE y la OTAN han clasificado como organización terrorista). El Comité ha formulado recomendaciones al gobierno turco para que se hagan algunos cambios en el trato que recibe. El comité lo sigue visitando y sigue impulsando estos cambios.

El Comité viaja por toda Europa poniendo coto a las cosas malas que suceden. El Comité viajó a Letonia y en algunas celdas en una prisión, encontró algo que realmente lo tomó por sorpresa. Estas celdas tenían únicamente una plataforma de hormigón que estaba a unos 10 cm del piso, y en la que estaban colocados cuatro aros metálicos insertados a sus lados. Este dispositivo servía para atar a un prisionero de pies y manos al piso. A este fin se utilizaban esposas y una cinta para el tobillo. El Comité instó al Gobierno a que "detuviese esta práctica y quitase estos aros metálicos del piso inmediatamente". El gobierno así lo hizo.

Algunos países tienen un sistema como el Comité Europeo para la Prevención de la Tortura a nivel nacional. En el Reino Unido tenemos al Inspector Jefe de Prisiones. Cada prisión y centro de detención de inmigrantes es inspeccionado en su totalidad cada cinco años (y más seguido también si hace falta) y se publica un informe. En Inglaterra el Inspector Jefe utiliza un marco legal basado en el régimen jurídico internacional para el tratamiento de las personas privadas de libertad. Debe hacer su evaluación con arreglo a cuatro criterios:

1) ¿Los prisioneros, aún los más vulnerables, gozan de cierta seguridad y no están bajo amenaza de los guardias u otros internos?;

2) ¿Se trata a los prisioneros con respeto a su dignidad humana?;

3) ¿Tienen la oportunidad de hacer algo positivo y útil mientras están en la cárcel?; y

4) ¿Están preparados para ser liberados nuevamente a la sociedad?

Los informes sobre todas las cárceles del Reino Unido, públicas y privadas, se pueden leer en Internet.

En Inglaterra, tenemos algunas entidades llamadas 'juntas de monitoreo independientes' de los lugares de detención. Cada lugar de detención tiene asignada una junta. Las juntas están conformadas por ciudadanos que trabajan en forma voluntaria, es decir, sin salario. Es un sistema parecido al patronato que yo he visto en funcionamiento en República Dominicana. Estaba visitando una cárcel en la que había miles de prisioneros y sus visitantes. En medio de estas miles de personas había un grupo de damas y caballeros muy bien vestidos hablando y escuchando a la gente, y ofreciendo su ayuda. Los prisioneros estaban todos alrededor de ellos llenos de gratitud. Estas personas del Patronato que vi en República Dominicana eran personas impresionantes.

Las juntas de monitoreo independientes en Inglaterra realizan ese mismo tipo de trabajo. Están formadas por ciudadanos con vocación de servicio que visitan el lugar de detención, escuchan las quejas de los detenidos, e informan las cuestiones que están mal. Todos los años redactan un informe sobre el centro con el que trabajan. Incluso, tenemos una de estas juntas para la unidad ubicada en el aeropuerto donde están detenidas las personas que están a la espera de ser deportadas a sus países. El informe que realizó la junta de monitoreo independiente de esa unidad fue debatido en el Parlamento la semana pasada. El informe era muy crítico y los miembros del Parlamento, entre los que me encontraba yo, dijimos al gobierno que no nos gustaba nada la forma en que se estaba tratando allí a las personas.

El Japón, que tiene un sistema penitenciario muy severo, ha copiado este sistema de juntas de monitoreo independientes. Si Texas tuviera un inspector de cárceles, lo que sucede en la cárcel de mujeres en Gatesville, hubiera salido a la luz y probablemente había tenido que cambiar. Si Texas tuviera un sistema de juntas de monitoreo independiente, la justificación por tener a cada una de estas mujeres en aislamiento habría tenido que ser revisada regularmente. Si Texas estuviera en Europa, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos con certeza habría descubierto algunas violaciones a ese régimen. Puesto que Texas queda en los Estados Unidos, tal vez la Comisión Interamericana de Derechos Humanos deba hacerles una visita.

El régimen jurídico de protección de las personas privadas de libertad en el mundo ha sido llevado un escalón más arriba gracias a la entrada en vigor del Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y a la creación del Subcomité para la Prevención de la Tortura, que está en funciones desde hace más de un año. Los países de América Latina han tenido una enorme participación en este importante desarrollo. Sin el aporte de América Latina, este avance podría no haberse producido. Costa Rica tomó la iniciativa al adoptar el Protocolo y planteó el tema en el marco de las Naciones Unidas año tras año hasta que eventualmente fue aprobado. Nueve de los primeros 34 estados partes pertenecen a América Latina. Este sistema mundial es realmente producto de una iniciativa latinoamericana.

Es un sistema mundial con dos elementos. En primer lugar, cada país debe tener un mecanismo nacional de prevención. Este mecanismo está conformado por personas independientes que deben observar los lugares de detención desde la perspectiva de un ciudadano común. Cuando vean mujeres que son desnudadas por hombres dirán, "esto es horrible". Cuando vean una persona tirada en una celda junto a un balde con excremento dirían "esto es degradante" y cuando vean a un prisionero joven en una celda con muchos otros mucho mayores dirían "este joven debería ser trasladado a otra celda inmediatamente". Estas son todas medidas de prevención.

En segundo lugar, este Protocolo Facultativo trae inspectores internacionales y el régimen jurídico internacional de los derechos humanos a cada uno de los países que lo han ratificado. Esto debería ser una causa de celebración aquí hoy, en esta reunión de defensores latinoamericanos de los derechos humanos. Este es el último paso hacia un sistema global. Si se combinan todas las convenciones, declaraciones, decisiones judiciales y los informes, ésto nos diría que es correcto y que es incorrecto en cuanto al trato que se dispensa a los prisioneros.

No creo que ninguna persona que administre una prisión con arreglo al régimen jurídico internacional de los derechos humanos

vaya a la unidad en Texas que describí anteriormente y diga: "esto está bien, es normal." La gente sabe, así como todo el mundo sabía de Abu Grahib, que eso está mal. Y todo el mundo sabe también sobre la prisión en la bahía de Guantánamo y todo el mundo sabe que eso también está mal.

Entonces, lo importante es el hecho de que existe actualmente un marco jurídico construido durante los últimos 60 años (este año es el sexagésimo aniversario del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos). Existe un régimen jurídico relativo al acceso a la justicia para las personas que están privadas de libertad. Ya está todo ahí. Es un logro enorme que en la conciencia mundial, se comprenda que las personas privadas de libertad no deben sufrir maltratos.

Nuestros padres y abuelos, y muchos de nosotros hemos trabajado para garantizar este marco y para asegurarnos que el mundo lo aceptase. Este ha sido un gran logro y se lo debemos a aquéllos que no descansaron hasta obtenerlo. Pero todavía queda mucho por hacer.

He visitado cárceles como muchos de ustedes en todos los continentes. He visto muchas cosas sorprendentes y admirables. Recuerdo el guardia de una cárcel en un país africano terriblemente pobre que llevaba a los prisioneros enfermos al hospital en su bicicleta destartalada. También, recuerdo al médico de tuberculosis en una cárcel rusa que cuidaba a los prisioneros enfermos sin importarle su propia salud. Recuerdo que la cárcel de mujeres que visité en Guatemala hace años era un lugar humano en donde a las mujeres se las respetaba y cuidaba como seres humanos.

Sin embargo, también he visto muchas cosas que están fuera del marco jurídico aceptado mundialmente. Hay dos elementos fundamentales del régimen jurídico internacional de los derechos humanos de las personas privadas de libertad: una es el estado de derecho. La prisión debe ser dirigida con arreglo a normas. Los prisioneros no deben ser golpeados. Deben gozar de relativa seguridad física. No deben ser abandonados a su muerte sino que deben recibir atención médica. También deben poder contactar un abogado. Las prisiones deben ser visitadas por inspectores independientes.

Pero también hay otro elemento y este elemento es la humanidad. Este elemento no figura en las normas sino que está presente en las actitudes del sistema carcelario hacia estos seres humanos.

El siguiente es un ejemplo de mi propio país. La forma en que un prisionero se mantiene en contacto con su familia viola esta exigencia de humanidad. El prisionero ve a su familia y a sus amigos quizás dos veces por mes en un locutorio especial. Tal vez deba vestir un chaleco especial o alguna otra indumentaria de color brillante que demuestre

que está preso. Se sienta a un lado de una mesa en una silla atornillada al piso, tomando de las manos a su mujer ante la mirada impasible de una cámara de circuito cerrado.

Esto no sería algo normal o aceptable en la mayoría de los países de América Latina. La forma que ustedes tienen de garantizar que se mantenga la vida familiar a pesar de que la persona esté en la cárcel muestra mucha más humanidad. Deberíamos estudiarla y aprender de ella. Pero si se me permite decir esto, entre muchos amigos muy queridos que veo aquí hoy, lo que quizás deba ser importado a las cárceles latinoamericanas es un mayor respeto por las normas, particularmente las normas relativas al derecho a la vida.

Esta debe ser la región en la que más cantidad de prisioneros sufre una muerte violenta de todo el mundo. Esto estuvo en las noticias el último miércoles. Cinco prisioneros fueron golpeados y muertos a puñaladas en una prisión en El Salvador. En enero leímos que 8 prisioneros murieron en un incendio en una prisión del Brasil. En enero también siete personas fueron asesinadas en una prisión en Venezuela. En mayo, nos enteramos que 18 prisioneros murieron en un motín en Honduras. Cuanto el Estado priva a una persona de libertad, tiene el deber de protegerla.

Yo he estado trabajando durante muchos años para poder darles algo de justicia a aquellos que están privados de libertad. Si tuviese que hacer un resumen de lo que debemos hacer diría lo siguiente. Debemos tomar dos medidas. En primer lugar, deberíamos liberar muchas de las personas que se encuentran actualmente en la cárcel. Las cárceles del mundo están llenas de pobres, de enfermos, de inadaptados y de desamparados, de los que no pueden pagar un abogado, y de niños de la calle que no tienen familia. Estas personas no deberían estar privadas de libertad en un lugar destinado al castigo. Entonces, lo primero que debemos hacer es liberar a la mayor parte de estos prisioneros.

La segunda medida es emplear más gente en la cárcel; gente para monitorear e inspeccionar, gente que pueda asesorar en temas de drogas y HIV/SIDA, gente que pueda enseñar y acompañar, gente de la comunidad que muestre que aquéllos que están en la cárcel siguen siendo parte de la sociedad.

Si hiciéramos estas dos cosas el mundo sería un lugar más seguro y más justo.

Sé que todos ustedes que están aquí esta mañana a veces tienen un trabajo desalentador y arduo. Pero ustedes lo hacen porque creen, tal como dice el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, "[t]oda persona privada de libertad será tratada humanamente y con

el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano". Ustedes intentan que esto sea una realidad y yo les agradezco por el trabajo que hacen. Les agradezco por haberme escuchado y agradezco a los intérpretes por haber facilitado la comunicación entre nosotros.

La defensa oficial en los procedimientos de apelacion de sanciones. Inmediación y presencia "in situ"

Julia Cárcamo Cabrera

Dentro de El Salvador, se cuenta con una Ley Penitenciaria, que ha pretendido recoger el espíritu constitucional que la ha motivado, de ahí que en 1997 se crea la misma, a fin de regular la ejecución de las penas y las medidas privativas de libertad, teniendo como finalidad última la búsqueda de la re-inserción del privado de libertad. Dicha ley y su respectivo reglamento, merece una valoración positiva, sin embargo la realidad de las prisiones de nuestro país dista mucho de ser la que se consagra en su articulado. Limitaciones presupuestarias, personal administrativo no apto, falta de una política penitenciaria real, que vaya más allá de la creación de Juzgados y leyes, hacen que en algunos casos la misma sea letra muerta.

Si el Derecho Penitenciario es un conjunto de normas jurídicas que pretenden regular la ejecución de las penas y las medidas privativas de libertad, las normas penitenciarias deberán ser aquellas que regulan los derechos y obligaciones que resultan entre la administración penitenciaria y los internos, bajo la supervisión de la jurisdicción penitenciaria, sin perder de vista el fin último, contemplado en nuestra Constitución: "El Estado organizará los centros penitenciarios con objeto de corregir a los delincuentes, educarlos y formarles hábitos de trabajo, procurando su readaptación y la prevención de delitos".

Dentro de la normativa y regulación penitenciaria no podemos dejar de lado que, si bien es cierto, el derecho a la libertad ambulatoria se encuentra restringido, el catálogo de los derechos fundamentales de los internos en prisión deben obedecer a la regla del mantenimiento y excepcionalmente a su limitación.

No podemos olvidar en ningún momento que la convivencia entre un grupo de personas privadas de uno de los derechos más importantes para el ser humano como lo es la libertad, con la esperanza de re-

cuperarla algún día, provoca una compleja situación de tolerancia y convivencia, tanto entre los internos como con los funcionarios que se encuentran encargados de su tutela. Ambos se encuentran sujetos a un régimen disciplinario que establece sanciones a conductas que vulneren las reglas establecidas y en un ambiente propicio al no acatamiento de reglas y al abuso de poder (respectivamente), de ahí su vulnerabilidad y delicadeza al momento —no de regular— sino de aplicar la sanción y de garantizarle al interno que su aplicación contó con la protección y garantía de los derechos fundamentales que por supuesto no ha perdido en razón de su condición de privado de libertad.

Las sanciones tienen como regla principal la no afectación a la dignidad de los internos, lo cual no ha sido tan cierto, al momento de normar la imposición de una sanción, ya que la autoridad administrativa es la encargada de sancionar, al interno, si bien es cierto se regula la presencia del Juez, del Defensor y del Fiscal, la misma es optativa y en la regla general las sanciones son impuestas en ausencia de tales partes y me atrevería a decir que sin la realización de una audiencia previa, sin escucharse al interno. La imposición de una sanción de ésta manera, deriva en un desconocimiento del interno y de su defensor para que pueda recurrir sobre la misma; lo más grave deviene en el hecho de que una sanción puede convertirse en un obstáculo para el interno para el goce de los beneficios penitenciarios que más adelante en el desarrollo del cumplimiento de su pena podría gozar. Debería entonces garantizársele al interno, en primer lugar, que la imposición de una sanción sea la excepción cuando sea posible aplicar una simple amonestación; dicho procedimiento, tanto para imponer como la imposición misma, debe requerir de las notificaciones pertinentes, constancia en acta, posibilidad de audiencia y defensa del interno de acuerdo al art. 30.2 Reglas Mínimas de Naciones Unidas. En nuestro ordenamiento penitenciario sólo son recurribles ante el Juez de Vigilancia Penitenciaria y de Ejecución de la Pena el internamiento en celda individual y la suspensión de visitas, pero esa garantía de control jurisdiccional del interno está supeditado al conocimiento de éste de su derecho de recurrir, a una pronta comunicación con su defensor, tanto entre el interno y él como entre la administración penitenciaria y el defensor; de lo contrario, el reconocimiento a recurrir de la sanción impuesta es inservible para el interno.

No podemos negar el derecho al Estado, en su afán de normar a la población privada de libertad de la necesidad de establecer derechos, obligaciones y sanciones, pero garantizándole al interno que la imposición de ésta no es producto de la anarquía administrativa que podría imperar en un centro penitenciario, sin ni siquiera garantizarle el derecho a recurrir de tal sanción —y repito— no sólo con la

regulación de tal derecho en la norma, sino a través de la garantía del acceso a éste y esa garantía es tarea, también, de la figura activa del Defensor Público (en su mayoría).

A continuación se encuentra la presentación hecha dentro del contexto del III Congreso de la Asociación Interamericana de Defensorías Públicas:

Se ha pretendido hacer una aproximación general de nuestra realidad penitenciaria, nuestra realidad como Procuraduría General de la República de El Salvador, a través del servicio de asistencia legal que brinda nuestra institución y nuestro contexto legal penitenciario.

Privación de Libertad. Reglas de Brasilia

"La privación de libertad, ordenada por autoridad pública competente puede generar dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia el resto de derechos de los que es titular la persona privada de libertad, especialmente cuando concurre alguna causa de vulnerabilidad enumerada en los apartados anteriores.

A efectos de estas Reglas, se considera privación de libertad la que ha sido ordenada por autoridad pública, ya sea por motivo de la investigación de un delito, por el cumplimiento de una condena penal, por enfermedad mental por cualquier otro motivo".

Nuestra Unidad de Defensoría Pública brinda asistencia legal gratuita a toda persona que solicite un defensor público, se encuentra amparada bajo el artículo 12 de la Constitución de la República de El Salvador: *"...Se garantiza al detenido la asistencia de defensor en las diligencias de los órganos auxiliares de la administración de justicia y en los procesos judiciales, en los términos que la ley establezca",* así el artículo 8º del Código Procesal Penal salvadoreño nos define a quién debemos considerar como imputado: *"Tendrá calidad de imputado toda persona señalada ante o por la policía, la Fiscalía General de la República o los jueces como autor o participe de un hecho punible y, como tal, puede ejercer todas las facultades que la Constitución de la República, este Código y demás leyes establecen, desde el primer acto del señalamiento hasta su finalización...".*

Unidad de Defensoría Pública Procuraduría General de la República de El Salvador

Contamos con presencia en los 14 departamentos de todo El Salvador.

Somos 300 Defensores Públicos quienes por mandato constitucional, brindamos asistencia legal gratuita a todo aquel a quien se le impute un delito y requiera nuestro servicio.

Damos cobertura: en todos los hechos punibles que desarrolla nuestro ordenamiento legal y en los procesos de adultos o menores, procesados o condenados.

EL PROCESO PENAL SALVADOREÑO. VISIÓN GENERAL

Es un proceso eminentemente acusatorio. Predominando fundamentalmente la etapa de instrucción o preparatoria y la etapa del juicio.

Principales Principios que rigen nuestro sistema:

- Legalidad del proceso (se destacan los que rigen formalmente: inmediación, publicidad y oralidad).
- Imparcialidad e independencia judicial.
- Presunción de inocencia.
- Duda.
- Única persecución.
- Inviolabilidad de la defensa material y técnica, etc.

Herramientas legales

- Código Procesal Penal (aplicable a hombres y mujeres de 18 años en adelante).
- Ley Penitenciaria (regula el cumplimiento de las penas, medidas de seguridad y detención provisional de hombres y mujeres de 18 años en adelante, procesados y condenados por cualquier delito).
- Ley Penal Juvenil (aplicable a personas mayores de 12 años y menores de 18 años de edad).
- Ley de Vigilancia y Control de Ejecución de Medidas al Menor Sometido a la Ley Penal Juvenil (aplicable a menores de edad en cumplimiento de pena).

Medios de impugnación reconocidos

- Revocatoria.
- Apelación.

- Casación.
- Revisión (exclusivo para los condenados)

Apelación - Generalidades

- Impera el principio de taxatividad.
- Se interpone ante Juez de Paz, Instrucción, Vigilancia Penitenciaria, Menores o de Ejecución de Medidas al Menor.
- Audiencia oral si hubo ofrecimiento de prueba y si el tribunal lo considera pertinente.
- Resuelve Cámara de Segunda Instancia (Cámara de lo Penal en adultos y Cámara de Menores para menores de edad).
- Aunque está reconocida en la ley de Vigilancia Penitenciaria (adultos-menores) no existen Cámaras de Vigilancia Penitenciaria (resuelve Cámara de lo Penal respectiva).

Apelación ¿Recurso efectivo?

Se encuentra reconocida y garantizada en el desarrollo del proceso penal.

Su debilidad principal es la forma de resolver el recurso:

- De forma escrita.
- Sin obligación de presencia de la persona privada de libertad.
- Tiempo de resolución excede los plazos legales.

Apelación en Vigilancia Penitenciaria (Adultos)

Actuaciones judiciales

- Taxatividad
- Decisiones que no concedan un beneficio penitenciario (art. 47 L.P.)
- Conoce Cámara de lo Penal en audiencia oral (si hubo ofrecimiento de prueba y si el tribunal de alzada lo estima conveniente).

Actuaciones administrativas

- Taxatividad
- Sanciones (admiten recurso sólo infracciones medias y graves)

- Internamiento en celda individual hasta por 30 d.
- Internamiento en celda individual hasta por 4 fines de semana.
- Suspensión de visitas hasta por 6 meses (excepto visita profesional).

Procedimiento para imponer sanción

Inicia por:

- Informe disciplinario.
- Denuncia de la víctima.
- Denuncia de tercero identificado (empleados administrativos).

- Iniciado el expediente disciplinario se toman las medidas disciplinarias de urgencia.
- Si la infracción es media o grave se realiza audiencia oral, previa notificación a Juez, Defensor, Fiscal y Representante PDDHH (no es obligación la concurrencia de los anteriores).
- Audiencia se realiza con partes que estuvieren.
- Junta Disciplinaria resuelve la imposición o no de la sanción.

Procedimiento para recurrir

Opera sólo para sanciones de art. 129 1, 2 o 3 de L.P.

Se interpone de forma oral o escrita, dentro de las 24 horas de impuesta la sanción, ante la Junta Disciplinaria.

Se emplaza a la Fiscalía, dentro de las siguientes 24 horas.

Juez de Vigilancia dicta efecto suspensivo y finalmente dicta su resolución (no hay audiencia).

Queja Judicial

"El interno que sufra un menoscabo directo en sus derechos fundamentales o fuere sometido a alguna actividad penitenciaria o sanción disciplinaria prohibida por la Ley...".

Se interpone de forma oral o escrita.

La interpone el interno o su defensor o cualquier persona o asociación de personas directamente vinculadas con los intereses del interno.

Ante el Juez de Vigilancia, quien debe resolver dentro de 72 horas desde que se presentó la queja judicial.

Juez puede rechazar (se puede presentar la misma queja ante Cámara de lo Penal).

La resolución será apelable.

La acción prescribe en 15 días hábiles.

Se realiza en audiencia oral, con las partes que asistan.

Apelación. Vigilancia penitenciaria menores

Serán apelables las resoluciones del Juez de Ejecución de Medidas al Menor:

- Que sustituyan o revoquen una medida o modifiquen el contenido de la de internamiento.
- Que afecten derechos fundamentales del menor o que supongan limitaciones indebidas.
- Que establezcan sanciones impuestas a funcionario o empleado público, autoridad pública o agente de autoridad que haya vulnerado o amenazado los derechos del menor.

Procedimiento para imponer sanción y Queja Judicial en menores

Se mantiene el mismo procedimiento que en adultos. Igualmente en cuanto a la Queja Judicial.

La diferencia principal es que el Juez de Vigilancia y Control de Ejecución de Medidas al Menor, puede imponer sanciones a aquellos funcionarios que vulneren o amenacen derechos de los menores, dentro de la misma audiencia oral en que conozca de la imposición de una sanción o de una queja judicial.

Realidad penitenciaria salvadoreña

Al 31 de diciembre de 2007, la situación de internos adultos procesados entre hombres y mujeres era: de 5, 557.

Al 31 de diciembre de 2007, la situación de internos adultos condenados, entre hombres y mujeres era: 11,328.

Fases del Desarrollo Progresivo de la Ejecución de la Pena

- Fase de adaptación (inicio de la ejecución de la pena).

- Fase ordinaria (máximo 60 días después del ingreso).
- Fase de confianza (después de cumplir 1/3 de la pena impuesta).
- Fase de semi-libertad (después de cumplir 1/2 de la pena).
- Libertad condicional anticipada
- Libertad condicional (después de cumplir 2/3 partes de la pena impuesta).

Tipos de Centros Penitenciarios

- Centros de admisión.
- Centros preventivos.
- Centros de cumplimiento de penas (centros de seguridad).
- Centros especiales.

Hay 20 centros penitenciarios de adultos, de los cuales 2 son para mujeres, más 2 pabellones especiales (psiquiátrico y Hospital Rosales).

Hay 5 centros de internamiento de menores, de los cuales 1 es para mujeres.

... A MANERA DE CONCLUSIÓN

Aunque se encuentre reconocido el derecho y el acceso a la apelación de sanciones, éste presenta características que vuelven aún más vulnerable al grupo que "protege". Se realizan audiencias sin presencia de imputado, sin presencia de defensor.

La disputa existente entre Jueces de Vigilancia Penitenciaria y autoridades de Centros Penales trae consigo traslados arbitrarios, que derivan en vulneración al derecho de defensa técnica.

En el grupo de privados de libertad convergen características de otros grupos vulnerables como la pobreza, la edad, género (normas administrativas de centros penales diferentes para el tratamiento de mujeres y hombres).

Las políticas dictadas por el estado son caracterizadas por la reacción y no por la prevención, haciendo del derecho penal la herramienta de control de la criminalidad. Teniendo como principal forma

de tratamiento de la delincuencia el incremento de las penas (recientemente se declaró constitucional la imposición de pena de 75 años de prisión) y haciendo un uso excesivo de la prisión preventiva.

"Sólo le pido a Dios que lo injusto no me sea indiferente..."

León Gieco

Los mecanismos formales de corrección de las condiciones de encarcelamiento y los peligros de los derechos humanos de las personas en situación de detención en Brasil (*) (1)

Carlos Weis

Introducción

En el presente artículo buscaremos brindar al lector un panorama de la legislación brasileña acerca del sistema de ejecución penal, especialmente en cuánto a la previsión de los derechos fundamentales de los privados de libertad, y de algunos datos relativos a la situación penitenciaria brasileña, finalizando con algunas reflexiones respecto del papel de la Defensoria Pública en este campo.

1. Previsiones legales referentes a los derechos de los presos en Brasil

Al final de casi veinte años de vigencia del régimen militar y de la violación de los derechos humanos en el país, el inicio de los años ochenta trajo vientos de libertad. Ello se reflejó en el universo jurídico nacional de forma bastante contundente, principalmente con la convocatoria de la Asamblea Nacional Constituyente y la consecuente promulgación de la nueva Constitución de la República, el 5 de octubre de 1988.

Elaborada en un clima de intenso debate y participación de todos los movimientos sociales organizados, esta Constitución se destaca por la preponderancia de los Derechos Humanos en su texto, desde

---

(*) Traducción al español del original en portugués efectuada por la Defensoría General de la Nación.

(1) El presente artículo corresponde a la conferencia brindada en el III Congreso de la Asociación Interamericana de Defensorias Públicas (AIDEF), junio de 2008. Agradezco la invitación de la Defensoria General de la Nación Argentina.

el preámbulo (donde son fijados los fundamentos, los objetivos y los principios de la República), llegando luego a su artículo 5º, en el que, a lo largo de setenta y siete incisos, fueron previstos los Derechos fundamentales, individuales y colectivos.

En lo que concierne al sistema penal, el inciso XLVII del artículo 5º prohíbe las penas de muerte (salvo en caso de guerra declarada), de carácter perpetuo, de trabajos forzados, de exilio, y todo tipo de penas crueles.

Respecto del sistema penitenciario, la Constitución —claramente inspirada por los tratados internacionales de derechos humanos—, estableció que la pena de privación de la libertad debe ser cumplida en establecimientos diferenciados de acuerdo con la naturaleza del delito, la edad y el sexo del detenido, debiendo asegurar el respeto de los presos relacionados a su integridad física y moral (incisos XLVIII y XLIX).

Es importante destacar que el segundo párrafo del mismo artículo 5º incorporó al derecho interno brasileño las normas jurídicas de tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Brasil: la Convención Americana de Derechos Humanos, la Convención Contra la Tortura y otras Penas y Tratamientos Crueles, Inhumanos y Degradantes, los Pactos Internacionales de 1966, etc.

En el plano infraconstitucional, incluso antes de la promulgación de la Constitución de la República, fue sancionada la Ley de Ejecución Penal (Ley Federal 7.210 del 11 de julio de 1984, en adelante LEP), inspirada por los mismos ideales humanistas ya referidos. Dicha ley aún permanece en vigor y, en muchos aspectos, respeta los paradigmas fijados por los Tratados de Derechos Humanos, partiendo de la noción de que el cumplimiento de la pena tiene por primera finalidad propiciar el retorno del condenado a la vida en sociedad.

En ese sentido, junto a las garantías individuales de la persona privada de libertad, la LEP establece Derechos Humanos de naturaleza económica, social y cultural. Así, se traslada al campo penitenciario el despliegue del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En esa línea, el Estado es el encargado de proveer a los presos asistencia en materia de salud, jurídica, educacional, social y religiosa, fijándose las obligaciones específicas.

En esta rápida exposición importa destacar que la LEP buscó crear varios mecanismos de control institucional y participación social en la ejecución de la pena. Se propuso cambiar el tradicional aislamiento de la cárcel en relación a la sociedad libre, causa de la perpetuación de relaciones fundadas en el autoritarismo de los agentes estatales y denegación de derechos a los presos.

El primer y más importante cambio introducido, fue la consolidación de la jurisdicción de ejecución penal, vale decir, la creación de la figura de un juez de derecho en una posición de preeminencia y mando sobre todos los aspectos que rigen las relaciones penitenciarias, desde la fiscalización de las condiciones carcelarias hasta su intervención en incidentes relacionados al cumplimiento de la pena.

Actualemente, en Brasil se entiende que el cumplimiento de la pena tiene naturaleza de relación jurídica resistida, en que las partes (el Estado y el condenado) poseen intereses opuestos y conflictivos. Si la condena criminal, por un lado, confiere al Estado ciertas prerrogativas, relativas a la restricción de los derechos del condenado, por otro, crea para éste, ya sea individual o colectivamente, una serie de derechos respecto del Estado.

Para mediar en tan compleja relación de derechos y deberes, resultó necesaria la intervención permanente del Poder Judicial, en el contexto de un proceso de ejecución criminal, en donde las demandas de esa relación deben ser colocadas y resueltas.

Además, la LEP ha creado y remodelado una serie de instituciones públicas relacionadas con el control de las condiciones de las cárceles, la formulación de políticas penitenciarias (a nivel estadual y federal), y la participación social de la ejecución penal. Así, conforme dice el artículo 61 de la LEP, son órganos de ejecución penal los siguientes: el Consejo Nacional de Política Criminal y Penitenciaria; el Juez de Ejecución, el Ministerio Público; el Consejo Penitenciario; los Departamentos Penitenciarios, el Patronato y el Consejo de la Comunidad. A todos ellos incumbe inspeccionar y fiscalizar las unidades penales y tomar las medidas que aseguren la dignidad fundamental de las personas privadas de libertad.

En este sentido, sería de esperarse que, pasados veinticuatro años de la sanción de la Ley de Ejecución Penal y veinte de la promulgación de la Constitución de la República las condiciones carcelarias en Brasil hubieran sufrido modificaciones significativas. Pero, lamentablemente, no es lo que ocurrió.

2. Algunos datos penitenciarios brasileros

Según datos del Departamento Penitencisario Nacional, en diciembre de 2007, la población carcelaria brasilera era de 422.373 personas, de las cuales 30,20% (127.562 personas) son presos provisorios, aguardando juzgamiento.

El déficit de vacantes es elevado. Son 275.194 vacantes existentes, representando una falta de 147.179 lugares adecuados para el alojamiento de personas, nada menos que 34,84% del total (2).

Otro aspecto importante es el crecimiento de la población carcelaria brasileña, conforme demuestran los gráficos siguientes, a una razón media aproximada de 30 mil personas por año.

En el caso de los presos procesados, eso se muestra aún más preocupante, dado que hubo un crecimiento de casi 90% en cuatro años, por encima del aumento total de la población carcelaria en el mismo periodo, del 37%.

Tales datos son suficientes para demostrar la situación de superpoblación carcelaria, a razón de un tercio, lo que puede ser apuntado como la causa principal de todos los problemas carcelarios brasileños. Sin duda alguna, el déficit de celdas acarrea, no sólo la falta de alojamiento, sino también el compromiso con los servicios prestados, como la asistencia a la salud, alimentación, educación, trabajo, etc.

Como se ve, hay un abismo entre lo que la legislación brasileña prevé y la realidad nacional. Más que eso, esas dos décadas y media de vigor de la Ley de Ejecución Penal mostraron que fracasó, por lo menos hasta el momento, la apuesta respecto de la capacidad de los órganos —por ésta designados— para fiscalizar las condiciones carcelarias y garantizar el respeto a la dignidad del privado de libertad.

Aunque las causas de ese fracaso sean diversas y complejas, se puede resaltar la selectividad de la actuación de los órganos de ejecución penal, principalmente el Poder Judicial y el Ministerio Público, que se refieren mayoritariamente a cuestiones relacionadas con la represión penal, dando poca o ninguna importancia al cumplimiento, por parte del Estado, de sus obligaciones relativas a la dignidad del privado de libertad y de los mecanismos de reinserción social.

Estos organismos, aunque se comprometieron expresamente a la fiscalización de las condiciones de las cárceles, rara vez se desplazaron a las penitenciarias y centros de detención provisoria, siendo muy pocas las decisiones de interdicción de unidades penales o las iniciativas de acciones colectivas tendientes a obligar el Estado a prover los servicios asistenciales establecidos en la ley.

Nótese, en este sentido, que la Convención Interamericana de Derechos Humanos establece que: “Las penas privativas de la liber-

---

(2) En el caso del Estado de San Pablo, el de mayor población del país, el número de presos es de 153.056 (36,23 % del total), con relación de 355,56 por 100 mil habitantes, casi el doble de la media nacional.

tad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados" (artículo 5°, ap. 6). Por otra parte, la Ley de Ejecución Penal sostiene: "A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado" (art. 1º).

Como se dice en Brasil, hay leyes que "pegam", que son observadas y tienen eficacia, y leyes que "não pegam", tornándose en letra muerta. En el caso del sistema penitenciario, por una tendencia de claro sesgo ideológico, los derechos del condenado y los intentos de reinserción social son raramente respetados y promovidos.

3. El papel de la Defensoría Pública

Un aspecto que llama la atención de los que estudian la estructura normativa del sistema penitenciario en el Brasil es la omisión, en la LEP, de la Defensoría Pública como órgano de ejecución penal. En otras palabras, la defensa de los intereses del condenado no poseía, en los años 80, articulación y organización suficientemente capaz de interferir en el proceso político e imprimir su marca en la legislación.

En verdad, solamente en la Constitución de la República de 1988 el derecho a la asistencia jurídica —ya reconocido legalmente desde la Carta de 1946— merece el complemento necesario, con la previsión de la creación de Defensorías Públicas para los Estados y para la Unión.

Al respecto, el articulo 134 de la Constitución de la República prescribe que "la Defensoría Pública es una institución esencial a la función jurisdiccional de los Estados, incumbiéndole la orientación jurídica y la defensa, en todos los niveles, de los necesitados, en la forma del articulo 5º, LXXIV".

Aun así, hasta el día de hoy, no todos los Estados miembros de la Federación han instalado sus Defensorías Públicas y, respecto de aquellos que lo hicieron, en ningún caso los recursos humanos y financieros son equivalentes a los del Ministerio Público, demostrando la prevalencia de la acusación sobre la defensa en las opciones estatales.

El II Diagnóstico "Defensoría Pública en Brasil" elaborado en 2006 por el propio Ministerio de Justicia indica que:

- en Brasil hay 7,7 jueces, 4,4 Fiscales y apenas 1,48 Defensores Públicos por cada 100 mil habitantes.

- De los recursos asignados por los Estados al Sistema de Justicia, apenas 3,3% de éstos se destinan a Defensorías, mientra que el 71,3% van para el Poder Judicial y el 25, 4% para el Ministerio Público

Más que eso, en materia de ejecución penal, sólo el Estado de Río de Janeiro provee un número de Defensores Públicos suficiente para prestar la debida atención de toda la población carcelaria, mientras que en San Pablo si bien la atención también es amplia, la Defensoría Pública se vale de abogados privados, contratados mediante convenio, para auxiliar a los Defensores Públicos.

Es por ello que el Consejo Nacional de Políticas Criminales y Penitenciarias, órgano del Ministerio de Justicia responsable de la formulación de la política nacional en la materia, ha reiterado la importancia del Poder Público, en la instalación y equipamiento de las Defensorías Públicas para que actúen de modo consistente en el ámbito penitenciario (3).

La realidad, mientras tanto, demuestra que pocas Defensorías Públicas estarían destinadas a la atención primaria del sistema penitenciario. De esto resulta que el poder Ejecutivo contrata abogados, o destina servidores con formación jurídica para presentar pedidos en nombre de los presos ante los jueces de ejecución —tales como, progreso del régimen, libertad condicional, etc.—.

Evidentemente, tales "abogados penitenciarios", por ser funcionarios de la Administración, no formulan denuncias de violación a los derechos humanos de los condenados por parte de otros funcionarios públicos ante el Poder Judicial, limitándose a los aspectos formales de la ejecución de penas.

Por lo tanto, mientras la Defensoría Pública no actúe en la ejecución penal, los derechos de los detenidos relacionados a su dignidad quedan excluidos. Así, permanece la paradoja anteriormente citada, concerniente al incumplimiento de la ley.

También por eso, al ser entrevistados por comisiones de derechos humanos, parlamentarias o periodísticas , los presos ponen de relieve la falta de asistencia jurídica, en un contexto de fuerte privación

---

(3) La Resolución Nº 16, del 17 de diciembre de 2003 dispone sobre las directrices básicas de política criminal en cuánto a la prevención del delito, administración de la justicia criminal y ejecución de las penas y de las medidas de seguridad. "Art. 4º. Son directrices referentes a la administración de la justicia: (...) III – fortalecimento de la prestación de asistencia jurídica integral a la población carente con creación y valorización de las Defensorias Públicas en todos los Estados".

de sus condiciones de supervivencia, en que sería más natural que en otros aspectos fuesen resaltados por éstos. Parece, entonces, que los detenidos tienen consciencia que el respeto y la promoción de sus derechos necesitan de la realización de ese derecho-medio, la prestación integral de la atención jurídica.

Además de eso, la reducida actuación de las Defensorías en el campo penitenciario resulta de una escasa articulación política de la Defensa en el Poder Legislativo, al contrario de lo que ocurre cuando la acusación, visto que frecuentemente el Ministerio Público se hace presente en el parlamento, además de la existencia de lobbies de policías y de empresas de seguridad privada (4). Eso, sumado al comportamiento de los medios periodísticos en temas de seguridad pública, refuerza la proliferación de proyectos de ley de endurecimiento de la legislación penal y procesal penal.

Para revertir ese cuadro, en octubre del 2006, hemos sugerido al V Congreso Brasilero de Defensores Públicos la creación del "Foro de las Defensorías Públicas de Ejecución Penal", el que fue aprobado por unanimidad. Como consecuencia, también por nuestra propuesta, el Consejo de Defensores Públicos Generales (CONDEGE) acogió la propuesta de creación de una Comisión Permanente de las Defensorías Públicas de Ejecución Penal, en diciembre de 2007, bajo nuestra coordinación.

Desde entonces, tal Comisión comenzó la articulación institucional, habiendo hecho reuniones, de las cuales, entre otras medidas, sobrevivió la primera intervención colectiva de la historia de las Defensorías Públicas brasileras en el campo legislativo, mediante la expedición de oficios destinados al Senado Federal, manifestando la oposición al proyecto de ley que crea el monitoreo electrónico de presos. Además, fue elaborado un cuestionario de 45 preguntas sobre la actuación de las Defensorías Públicas de ejecución penal, orientado a todas las Defensorías Públicas del país. En este sentido, está siendo elaborado el 1º Encuentro Nacional de Defensores Públicos de Ejecución Penal, así como también está siendo articulada la liberación de recursos por el Ministerio de Justicia entre otras medidas.

Pero lo más importante es que las Defensorías Públicas del país ejerzan su papel como promotoras de los derecho humanos de los presos, reconociéndolos como grupo social vulnerable y destinándole atención primaria, que significa:

- Prestarle asistencia jurídica integral y gratuita.

---

(4) Se emplea la expresión "lobby" como equivalente a grupo de presión, sin un significado peyorativo.

- Defender y promover los derechos fundamentales.
- Brindar atención individual y colectiva.
- Mantener contacto/intercambio permanente con la sociedad organizada.
- Buscar mecanismos extrajurídicos de actuación (prensa, atención en barrios carenciados), formación de redes, etc.
- Entender su papel jurídico-político de rescate del Estado Social y Democrático de Derecho, basado en una óptica de solidaridad humana en los niveles locales, nacionales y mundiales.

Espero haber contribuido, con estas reflexiones, al fortalecimiento del movimiento interamericano de Defensores Públicos, teniendo en vista la realización de la justicia social en nuestro continente.

El derecho de los detenidos bajo medidas de seguridad

Luis Fernando Niño

Mi vinculación con la teoría y la práctica del Derecho Penal se remonta a 1968, año en que inicié, simultáneamente, el primer año de estudios en la Facultad de Derecho de la UBA y mi carrera judicial, en la Justicia Correccional del Poder Judicial de la Nación.

Cuarenta años de labores judiciales permiten formar conceptos y elaborar juicios propios respecto del perfil funcional de cada institución de cuantas componen el sistema penal, con sus tres agencias tradicionales —policial, judicial y penitenciaria— en el terreno de la criminalización secundaria.

En ese orden de ideas, la cárcel de Villa Devoto, por ejemplo, denominada Unidad 2 durante largas décadas, aparecía como el ámbito arquetípico de todo cuanto se encuentra instalado en el imaginario social al hablar de prisiones. Un edificio vetusto, con enormes pabellones en los que decenas de individuos, agrupados según difusos criterios de clasificación, conformaban grupos, generaban liderazgos y sometimientos y se regían por una normativa clandestina pero poderosa, cuyo reconocimiento tácito por las autoridades se situaba a mitad de camino entre la resignación y la estrategia de ingeniería institucional.

La "nueva" cárcel de Caseros, conocida como Unidad 1 hasta la época en que se resolvió su clausura, era el modelo de lo que no debe ser una institución penitenciaria, como lo señaló a su paso por la Argentina, en los años setenta, la criminóloga alemana Hilde Kaufmann. Puesta en obra en 1960, su edificación —inspirada arquitectónicamente en una alcaidía de los Estados Unidos de Norteamérica— formaba parte de un proyecto integral que contemplaba la erección de los tribunales penales de la Capital Federal en un predio cercano y la reducción temporal del alojamiento en sus celdas a un máximo de seis meses. A medio construir, desaconsejada su concreción por

penitenciaristas y criminólogos, por carecer de áreas aptas para tareas de educación y trabajo, así como por la imposibilidad de acceso directo de la luz solar a su interior, permaneció virtualmente abandonada entre 1963 y 1969, año en que un gobernante de facto dispuso proseguir la empresa. Inaugurada en abril de 1979, durante el último periodo dictatorial, exhibió durante un lustro los defectos estructurales y funcionales apuntados, y permitió también comprobar que los adelantos técnicos incorporados, tales como los equipos transmisores de música funcional, pueden servir de elementos de tortura según quién los administre y con qué designio (1). Un sonado motín, en abril de 1984, transformó significativamente al edificio de 23 pisos y casi 2100 celdas, modificándose las condiciones de encierro que, del aislamiento unicelular, pasaron a convertir a cada área de cada piso en una suerte de inesperado pabellón, con todos los rasgos de hacinamiento, estructuración jerárquica informal y alianzas grupales. En agosto del año 2000 se dispuso desactivarla y su demolición demoró más de un lustro en iniciarse, sin que se haya completado hasta fines de 2007.

A pesar de todo lo expuesto hasta aquí, la evocación de la Unidad 20 me resulta más sórdida, más siniestra. La conocí en el mismo año de mi inicio como empleado judicial, cumpliendo tareas delegadas de notificación, y desde entonces fui aquilatando una imagen compuesta básicamente por *dos* factores: en primer lugar, lo abigarrado de su hacinada población, en la que coexistían cuadros claramente psicóticos —aun para quien carezca de formación profesional específica— junto a personas que sólo registraban problemas de alcoholismo o adicción a otras sustancias; en segundo término, la falta de tratamiento especializado. Todo ello en un marco de falta de higiene y de cuidados básicos de los que puedo dar testimonio: en un par de oportunidades, como juez de instrucción, por consejo de los médicos forenses, dispuse la internación de algún individuo durante un día o un fin de semana en esa Unidad, ante los signos de peligrosidad que evidenciaba, ordenando su reintegro al siguiente día hábil para que se completara su evaluación en el Cuerpo pericial, comprobando que, tras ese breve lapso, retornaba a la sede tribunalicia aquejado por picadura de ácaros, piojos y ladillas que horas antes no registraba.

Ser alojado en la Unidad 20 era una alternativa temible para cualquier preso experimentado, pues sumaba a las privaciones y rigores de otras unidades, los riesgos de coexistencia con una población variopinta y deficientemente contenida, el mayor abandono estructu-

---

(1) Existieron investigaciones judiciales originadas en situaciones como la descrita. Una de ellas, caratulada bajo el nª 37.361, tramitó ante la Secretaría 110 del Juzgado de Instrucción nº 3.

ral y la sensación de penetrar en un limbo del que no sería tan fácil egresar.

Uno de los extremos dramáticos de ese estado de cosas venía representado por las celdas de ingreso, que formalmente estaban destinadas al control y evaluación de casos de brotes o graves alteraciones psicomotrices, pero en la práctica eran el ámbito iniciático de la vida en la Unidad.

Vale acotar, al respecto, que la vivencia de introducción en un cosmos sin confines temporales no era infundada: en la mayoría de los casos, los jueces de instrucción, tras un diagnóstico presuntivo que señalara algún grado de peligrosidad, suspendían toda investigación relativa a la real acreditación de un hecho típico y antijurídico, sobreseyendo la causa pero aplicando una medida de seguridad de tiempo indeterminado respecto del encartado, que se inauguraba en las referidas celdas de ingreso. La revisión periódica de esa medida y el control por fiscales y defensores fueron reformas dispuestas progresivamente por acordadas de la Cámara de Apelaciones en lo Criminal, único órgano de superintendencia en estas cuestiones hasta la creación de la Cámara Nacional de Casación Penal, pero la impuntualidad en tales revisiones y controles dio lugar a quejas a lo largo del lapso que resumo en estas líneas.

Por tales razones, recibí con enorme beneplácito las noticias que sucesivamente fui recibiendo en el último trienio, esto es, a partir de 2005, por distintos canales, pero básicamente, a través de la Comisión de Cárceles de la Defensoría General de la Nación y de la información directa de los Dres. Luis Ohman y Alfonso Carofile, así como mediante la lectura diaria del Boletín Oficial, y que luego he podido corroborar.

Entre esos logros, creo importante destacar la derogación de una resolución dictada un cuarto de siglo atrás, el Decreto 248/83, que, desnaturalizando el destino específico de la Unidad 20, autorizaba el envío e internación de personas derivadas por la Justicia en lo Civil, poblando con ebrios y toxicómanos un lugar dispuesto para los graves casos psiquiátricos derivados por los jueces en lo criminal; ello tuvo lugar en agosto de 2006, merced al dictado del Decreto ministerial 1230.

Otro paso saludable estuvo representado por la supresión —por demolición— de las tristemente célebres celdas de ingreso de la vieja Unidad antes mencionadas, las lúgubres SIT, en las que la condición humana quedaba a la intemperie de la más literal de las maneras: despojada de toda vestimenta y de toda otra referencia objetiva. Los tres nuevos recintos, para tratamiento individual en caso de descom-

pensaciones psicóticas o excitación psicomotriz, incluyendo la que se halla totalmente revestida por colchones, se distancian claramente de sus antecesoras, tanto por las condiciones estructurales como por la manera como se aborda al paciente.

En consonancia con lo anterior, la creación de un ámbito de observación y evaluación penitenciaria, con capacidad reducida, atención personalizada, cifrada en las entrevistas y el apoyo psicofarmacológico y con control permanente pero discreto y exento de violencias representó un progreso en la humanización de esa institución, progreso que, no por científicamente lógico, deja de ser políticamente plausible. Lo propio sucede con la clara clasificación de los cuadros a internar en cada una de las salas: trastornos de personalidad, psicosis y demás patologías graves y mayores de edad en fase grave de su dolencia.

Sin la pretensión de agotar esta serie de avances que valoro muy positivamente, deseo remarcar la trascendencia de la escisión entre la cadena de mandos propios de una administración fuertemente jerarquizada y militarizada, como continúa siendo la penitenciaria y el equipo de profesionales encargados de la prestación asistencial a los pacientes psiquiátricos, lo que nada quita a la también emprendida formación de los miembros del personal penitenciario respecto de la peculiar problemática de las personas alojadas en el Servicio Psiquiátrico Central de Varones.

He abogado por medidas como la que menciono, aunque sin éxito, en diversas jornadas y congresos dedicados a la realidad de las prisiones. Hoy, las cosas han cambiado, y para bien. Recordando a Alessandro Baratta, criminólogo, maestro y amigo, estas alentadoras modificaciones se inscriben en uno de sus lemas, que adapto y reproduzco de este modo: no insistamos, terca y sesgadamente, en reivindicar nuestro derecho a la seguridad, valor tradicionalmente sobredimensionado por la agencia penitenciaria; es más humano —y, a la postre, también más eficaz— esforzarse por la seguridad de los derechos de todos, sin excepción; comenzando por los más vulnerables, entre quienes se cuentan, ¿qué duda cabe?, los enfermos mentales.

Protección de las personas privadas de libertad sometidas a medidas de seguridad

Florentín Meléndez

En primer lugar quiero saludar el *III Congreso de la Asociación Interamericana de Defensorías Públicos*. Es un honor para mí estar en esta mesa compartiendo con juristas de mucho prestigio. Agradezco a mi especial amiga, la Dra. Stella Maris Martínez, no sólo por haberme invitado a participar en este evento tan importante, sino porque siempre hemos recibido su apoyo, como amiga y como Defensora General de la Nación, a la Relatoría de Personas Privadas de Libertad de la Comisión Interamericana que tengo la responsabilidad de dirigir desde hace cuatro años.

A continuación me referiré, tal como está planteado en el programa, a las personas con discapacidad mental privadas de libertad en las Américas, desde la perspectiva del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, tanto de la óptica del desarrollo normativo que se ha observado hasta ahora, como desde la óptica del desarrollo de los mecanismos del Sistema de Protección Interamericano, para abordar posteriormente algunas conclusiones vinculadas con el rol de los defensores públicos en las Américas.

Por supuesto que no es fácil, después de escuchar tan elocuentes conferencias, con mucha sabiduría y experiencia, concluir este panel, para dar paso a que ustedes puedan participar con sus preguntas, con sus opiniones sobre un tema que amerita la importancia y el énfasis en el tratamiento de la aplicación del derecho y de la administración de justicia, del acceso a la Justicia en nuestros países, que se refiere nada menos que a los más vulnerables. Hemos estado escuchando, desde la primera conferencia del Profesor Ferrajoli, los graves problemas de desigualdad y de vulnerabilidad en el planeta en el siglo XXI, que es una vergüenza para la humanidad. No obstante los logros que hemos tenido en Derechos Humanos, todavía convivimos con grados extremos de desigualdad que se manifiestan en distintos escenarios

y uno de ellos, para mí el más crítico por la modesta experiencia que tengo de visitar prisiones en las Américas y algunos centros psiquiátricos, me permite afirmar, como ya lo he hecho, que dentro de la vulnerabilidad extrema, que está en el último lugar, se encuentran precisamente las personas de las que estamos hablando en esta mesa: las personas con discapacidades mentales privados de libertad en las prisiones. Me quiero referir precisamente a este tema haciendo algunas afirmaciones previas, antes de referirme al desarrollo normativo y a los mecanismos del Sistema de Protección Interamericano hasta dónde se ha avanzado en esta área.

En primer lugar, las personas con discapacidad mental privadas de libertad tienen derecho a una protección especial, a una protección integral, lo que implica la protección de todos sus derechos en todo tipo de circunstancias. Por lo tanto, así como respecto a otro grupo de personas altamente vulnerables —como son los niños y las niñas, que integra el interés superior de la niñez como el principio rector para interpretar el alcance de la protección integral de la niñez—, también a las personas con discapacidad mental debemos hacer prevalecer los operadores de justicia y los que trabajamos también en la justicia internacional en organismos como la Comisión Interamericana, a la cual me honro pertenecer, debemos de trabajar por hacer prevalecer y darle vida al interés superior de los derechos de las personas con discapacidad mental.

En segundo lugar, independientemente de las restricciones mínimas que son naturales a una privación de libertad de acuerdo al derecho y a nuestros sistemas jurídicos, las personas privadas de libertad conservan sus derechos fundamentales, salvo aquellos que se ven afectados con la libertad personal por razones directamente relacionadas con el motivo por el cual por ley están privadas de libertad en las prisiones.

Y en tercer lugar, las personas privadas de libertad, y especialmente las personas que adolecen de alguna discapacidad mental y están privadas de libertad, tienen que ser protegidas en sus derechos fundamentales, protección que recae primaria y fundamentalmente en el Estado. Es el Estado el responsable de las personas que están privadas de libertad no sólo en las prisiones sino también cualquier otro centro de privación de libertad, como los hospitales psiquiátricos, los asilos para ancianos o las casas de niños huérfanos, sean éstas públicas o privadas.

Dicho esto, debe plantearse que en el sistema interamericano se dispone de toda una amplia gama de instrumentos y de normas que protegen a las personas con discapacidad mental, estén o no privadas de libertad, por ejemplo, la Declaración Universal y la Declaración

Americana de 1948. Todas las normas consignadas en los instrumentos generales de derechos humanos se aplican y se deben aplicar en el ejercicio cotidiano de la administración de justicia en favor de estas personas. Asimismo, se pueden mencionar el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; y el Protocolo adicional de la Convención Americana relativo a los de Derechos Económicos, Sociales y Culturales o Protocolo de San Salvador, que se aplican a todas las personas sin distinción alguna. Sin embargo, como muy bien lo dijo el Dr. Luis Fernando Niño, existen otros instrumentos que se han desarrollado específicamente para proteger personas privadas de libertad con discapacidad mental, entre ellas, la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de Personas con Discapacidades, declaraciones y principios que se han aprobado en Naciones Unidas, y las Reglas de Brasilia. En este punto, quiero referirme fundamentalmente a un instrumento de reciente aprobación, que es una aportación de la Comisión Interamericana al sistema interamericano, y que dentro de la Comisión es una modesta aportación del trabajo que está realizando la Relatoría para las Personas Privadas de Libertad, con el apoyo de muchos actores del continente americano, de Europa y también de entidades gubernamentales y no gubernamentales, incluidos sectores argentinos y de los países que ustedes representan. El instrumento que contiene los Principios de la CIDH se construyó bajo la iniciativa de la Relatoría de Personas Privadas de Libertad, fue aprobado en Marzo de 2008, y se le conoce como los "Principios y Buenas Prácticas para la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas". Este instrumento nuevo es una aportación de la Comisión Interamericana para la positivización y la codificación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, específicamente para proteger los derechos de las personas privadas de libertad, entre ellas, las personas con discapacidad. En este instrumento se aprueba y se adopta un concepto muy amplio del término "personas privadas de libertad". Así, desde la Comisión Interamericana comprendemos que no sólo son sujetos de protección especial las personas que están privadas de libertad por la comisión de delito o infracciones a la ley, sino también las personas con discapacidad mental, los niños y las niñas que por razones de asistencia humanitaria también están en determinados organismos de asistencia humanitaria, como así también los ancianos, o cualquier otra persona en similares circunstancias necesitados de protección especial por parte del Estado o la sociedad. Y también, con estos principios se adoptan una serie de disposiciones directamente aplicadas a las personas con discapacidad que están privadas de libertad

ya sea en prisión o en instituciones psiquiátricas. Por ejemplo, a diferencia del concepto de Naciones Unidas —que por supuesto reafirmamos, pero le damos mayor énfasis a otro tipo de principio—, partimos de darle énfasis al principio del trato humano como el principio rector para la protección de las personas privadas de libertad en las Américas. Recuérdese que Naciones Unidas hace énfasis en las Reglas Mínimas de 1955 en el principio de la "no discriminación", el que por supuesto reafirmamos en nuestros principios. Pero de acuerdo a la realidad que hemos venido monitoreando hemos visto la necesidad en reafirmar en estos principios la necesidad de que a la persona privada de libertad se le trate en consonancia con su calidad de sujeto de derechos fundamentales y de libertades, que se le trate con dignidad y que se le proteja especialmente contra prácticas aberrantes como la tortura, los tratos crueles inhumanos o degradantes, prácticas que son muy comunes, más precisamente en las personas débiles, como son las personas con discapacidad mental. En este principio del trato humano la Comisión Interamericana ha desarrollado el derecho de protección de todas estas personas contra las ejecuciones sumarias, la desaparición forzada y contra el tratamiento coercitivo o cualquier tipo de métodos que anulen la personalidad o disminuyan la capacidad mental de las personas privadas de libertad. Cuando se desarrolla el fundamental principio de la libertad personal, que sólo puede ser afectado excepcionalmente bajo los criterios de legalidad, necesidad, proporcionalidad, temporalidad o provisionalidad, excepcionalidad, instrumentalidad, jurisdiccionalidad, y por supuesto respetando los efectos del principio de presunción de inocencia que hacen referencia fundamentalmente a la carga de la prueba y sobre quién recae la carga de la prueba, que no es precisamente la persona que está privada de libertad. La Comisión Interamericana desarrolló el principio de la libertad personal haciendo énfasis en ciertas prohibiciones y reafirmando algunas prohibiciones. La Comisión no puede crear derechos ya que los Comisionados no somos legisladores, pero sí tratamos mediante estos principios de interpretar efectivamente el contenido esencial de normas que están positivadas en el Derecho internacional convencional americano. Es precisamente por ello que afirmamos la prohibición de la incomunicación coactiva y de la prisión secreta. Se reafirma también que la privación de libertad sólo puede estar justificada por el tiempo mínimo y con criterios de excepcionalidad, entre otros criterios, y que la discapacidad mental no es una justificación para privar a una persona de su libertad. Asimismo, se afirma la obligación del Estado de tomar medidas para evitar privaciones de libertad innecesarias, especialmente las que recaen en personas débiles y vulnerables como las personas privadas de libertad, y que éstas sólo pueden ser tomadas en estricta medida obedeciendo estos principios, entre otros de los que he mencionado. La pri-

vación de libertad en hospitales psiquiátricos sólo puede ser asumida y decidida por el Estado como un último recurso, así como la privación de libertad que plantea la Convención de Derechos del Niño para los menores infractores de la ley. También se plantea en este conjunto de principios de la Comisión Interamericana que los sistemas de salud nacionales deben adoptar medidas para garantizar una gradual desinstitucionalización de las personas privadas de libertad que adolecen cualquier síntoma de enfermedad mental, que deben crear servicios alternativos de salud mental y garantizar, sobre todo, una visión multidisciplinaria de la atención psiquiátrica o una visión integral continua, preventiva, participativa y comunitaria conforme a los estándares internacionales que con mucha sabiduría se ha referido y desarrollado el expositor anterior, el Doctor Niño. También en este conjunto de principios se desarrollan disposiciones relativas al examen médico y psicológico que los Estados están obligados a hacer de inmediato al ingreso de cualquier persona a una prisión o centro de privación de libertad y que esta información debe ser imparcial, confidencial, hecha por personal idóneo garantizado por el Estado entre otros requerimientos. También hay disposiciones y estos principios relativos al derecho a la salud de las personas privadas de libertad, a la adecuada separación de categorías, dentro de la cual con mucho rigor se insiste en la separación de categorías de personas que adolecen enfermedad mental respecto al resto de población interna; al perfil del personal que va a atender a las personas privadas de libertad y el tipo de medidas de aislamiento que excepcionalmente pueden estar justificadas por motivos de necesidad extrema al interior de centros de privación de libertad. Este es un aporte de la Comisión.

Quiero aprovechar la oportunidad para agradecer como Relator de personas privadas de libertad a todas las personas, algunas de ellas están acá presentes, o han estado en este foro, y a las instituciones de distintos países que contribuyeron con la Comisión Interamericana para enriquecer estos principios que ahora tenemos el reto de darles vida; tenemos un instrumento escrito como todos los instrumentos de Derechos Humanos, y ahora como miembro de la Comisión Interamericana, y ustedes como Defensores y Defensoras Públicas, tendremos el reto de darles vida en la práctica cotidiana de la administración de justicia en favor de personas altamente vulnerables, como son las personas con discapacidad mental privadas de libertad especialmente en las prisiones. Esta es una realidad que hemos observado y monitoreado desde la Comisión Interamericana. Hemos estado realizando visitas a los países y en algunas de las visitas hemos detectado buenas prácticas, como en Buenos Aires, en el hospital Psiquiátrico Borda, por ejemplo, que con todas las limitaciones de los servicios básicos que tienen existe un tratamiento adecuado y una separación adecuada. No estamos hablando de la prisión de

personas con discapacidad mental, sino de un hospital psiquiátrico, atendido por personal psiquiátrico, el cual pude visitarlo el año pasado y es una de las buenas prácticas que ha monitoreado la Comisión Interamericana. También visitamos en San Pedro Sula, Honduras, el centro penitenciario donde lamentablemente constatamos que no sólo los hombres deambulaban en horas del día junto con las mujeres en la prisión, sino también que diecisiete enfermos mentales deambulaban con procesados y con condenados por todo tipo de delitos. Este es un ejemplo típico de la alta vulnerabilidad de personas con discapacidad en prisión. Visité Honduras en el año 2005, donde hablé con el presidente de ese entonces, Ricardo Maduro, a quien tuve ocasión de pedirle una medida humanitaria de parte de la Comisión Interamericana para que en Diciembre indultara a estas personas y que se les trasladara a un centro asistencial de carácter psiquiátrico o, en el mejor de los casos, a su ámbito familiar con apoyo psiquiátrico del Estado. También la Comisión Interamericana ha estado en Ecuador en 1997, donde visitó un hospital neuropsiquiátrico; y también una cárcel en Guatemala, donde pudimos ver el caso de Victor Morataya, una persona con síntomas de enfermedad que estaba enjaulado, tenía meses de estar en una jaula como si fuese un animal; éste es un caso donde la Comisión Interamericana decretó una medida cautelar, con dictamen médico, por supuesto, coadyuvando los esfuerzos de la Defensoría Pública de Guatemala para que se le diera un tratamiento humano adecuado para un enfermo mental.

También la Comisión Interamericana y el Sistema Interamericano tienen medidas urgentes, que es muy importante que ustedes no sólo las conozcan sino que las utilicen, y que proceden cuando se dan por lo menos tres presupuestos:

- extrema gravedad;
- situación de urgencia; y
- que el hecho nos permita asegurar o detectar razonablemente que puede haber un daño irreparable en los derechos de las personas protegidas, cualquier daño en la vida, en la integridad personal o en cualquier otro derecho fundamental protegido por el Sistema Interamericano.

Las medidas cautelares que emite la Comisión o provisionales que emite la Corte, bajo ninguna circunstancia constituyen un prejuzgamiento del caso, y salvan vidas. Por ejemplo, la Comisión Interamericana en el año 2003 decretó medidas cautelares a favor de cuatrocientos enfermos mentales en el hospital neuropsiquiátrico en Asunción, Paraguay. Se había constatado que estaban conviviendo en condiciones insalubres, infrahumanas, que el personal estaba

abusando sexualmente de las enfermas mentales femeninas, que había muertes violentas de enfermos que estaban en el hospital psiquiátrico, e incluso recientemente hemos podido detectar un caso de castración ante la inacción de las autoridades psiquiátricas. Estamos valorando ahora el pedido de reactivar estas medidas cautelares que ya fueron levantadas.

También la Comisión Interamericana ha emitido medidas cautelares, si bien no directamente vinculadas con personas enfermas mentales en prisiones, pero sí con condiciones carcelarias, con casos extremos de violencia y de tortura. La Corte Interamericana de igual manera ha decretado oportunas y valiosísimas medidas provisionales en casos de Argentina, en el caso del centro penitenciario de Mendoza, por ejemplo, en Urso Branco, Brasil; en Tatuapé, que es la cárcel de menores en San Pablo, Brasil; en Yare y La Pica, en Venezuela, etcétera. Estas medidas cautelares y provisionales de la Comisión y la Corte respectivamente, son susceptibles de salvar graves atropellos a la dignidad humana de personas con discapacidad mental que están recluidas en prisión. Por eso es importante que los defensores y defensoras públicas en los casos en que procede y sin instrumentalizar jamás este tipo de acciones urgentes, hagan uso de ellas para salvar vidas y para dignificar el tratamiento humanitario que merecen, al que tienen derecho las personas con discapacidad en prisión.

También quiero brevemente mencionar que el Sistema Interamericano ha conocido casos de violación de Derechos Humanos de personas con discapacidad mental en prisión. La Comisión Interamericana conoció y falló ya sobre el caso Víctor Rosario Congo contra Ecuador. Este es el caso de un enfermo mental que murió en prisión deshidratado y que fue víctima de golpes al interior de la prisión y no recibió asistencia médica. Estaba preso junto con delincuentes o presos comunes. Se han abierto también expedientes contra Estados Unidos, el caso Abu Ali Ramán y el caso Tracy Lee, contra Estados Unidos, que se trata de dos condenados a muerte, uno de ellos fue ejecutado y era un enfermo mental. Se hizo caso omiso al dictamen de la Comisión Interamericana, como frecuentemente lo hace Estados Unidos con la Comisión Interamericana. Y también en un caso contra Bolivia que recientemente acabamos de admitir. Se trata de una ciudadana argentina cuyo nombre no voy a mencionar, una enferma mental, que fue víctima de violación sexual en la prisión ante la inacción de las autoridades carcelarias bolivianas. Padecía esquizofrenia aguda y crónica, no recibió asistencia médica y estaba en la cárcel de Palmasola. Finalmente, las autoridades judiciales de Bolivia declararon inimputable a esta mujer y la enviaron de nuevo para Argentina, que es su país de origen.

Estas son las aportaciones que ha hecho el Sistema desde la Comisión Interamericana en cuanto a la protección de derechos de personas con discapacidad mental en prisión. Pero también hay otro caso en la Corte Interamericana contra Brasil, en el cual pude participar como delegado. Este es el caso de un enfermo mental que murió a golpes en un hospital psiquiátrico, en un centro o Casa de Reposo que pertenecía al sistema único de salud, y la Corte Interamericana entró no sólo a dictaminar violaciones al derecho a la vida, a la integridad personal, al debido proceso y a la protección judicial, sino que también entró a analizar los alcances y las obligaciones del Estado en materia de salud, como una interpretación extensiva de las obligaciones que los Estados tienen en el Sistema Interamericano. Por supuesto que en el Sistema Interamericano un reto que definitivamente tenemos que afrontar es el de desarrollar áreas de protección tan sensibles como las que hacen referencia a la protección de los derechos de las personas con discapacidad mental en prisión. Las prisiones bajo ninguna circunstancia son para personas con discapacidad mental. En todo caso son los hospitales psiquiátricos, y en el mejor de los casos, su hogar con el apoyo de la familia, del Estado y de la sociedad como sectores vulnerables que tiene derecho a esta protección especial.

Quiero concluir diciéndoles que es importante que los defensores y defensoras amplíen el estudio del Sistema Interamericano y del sistema universal de protección de Derechos Humanos, que conozcan mucho más en profundidad las normas de protección de los derechos humanos y que las interpreten en consonancia con el Derecho interno, especialmente con la Constitución, con las normas sustantivas de la Constitución y del Derecho interno en estricto sentido, en todo caso y circunstancia, sin excepciones. Rompamos con el esquema rígido de la jerarquía y apliquemos y démosle vida a las cláusulas más favorables, a las cláusulas garantistas, a las que protegen el contenido esencial de los derechos sustantivos, a las que le dan vida a los principios de protección de los derechos humanos. Para eso sirven las normas convencionales del Derecho internacional y principios como el que ha aprobado la Comisión Interamericana para interpretar extensivamente las normas que protegen derechos humanos aplicando las cláusulas más favorables con una visión integradora del Derecho, con una visión sistemática de las normas sustantivas y de las garantías de protección de estas normas, especialmente cuando estamos hablando de las normas inderogables de protección a los derechos humanos.

Por supuesto también es útil que utilicen el Sistema Interamericano, no sólo que usen las normas para fundamentar integralmente sus peticiones en los tribunales, sino también que utilicen el sistema con las medidas cautelares o pidiéndole a la Comisión Interamerica-

na que en los casos extremos, cuando proceda, pida medidas provisionales a la Corte o bien presentando denuncias formales ante el sistema interamericano después de haber agotado los recursos internos, tal como lo está haciendo la Defensoría General de la Nación de Argentina con casos que están sentando precedentes importantes en el sistema como lo está haciendo también la Procuraduría de Derechos Humanos de Guatemala. Es importante también el uso de la jurisprudencia de la Corte Interamericana. No quiero hablar de la doctrina de la Comisión a la que pertenezco, quiero hablar de la rica jurisprudencia de la Corte en distintas materias que pueden ser aplicadas en tópicos que ustedes los ven en el día a día en sus trabajos de la Defensoría Pública, tales como: la protección contra la tortura, la presunción de inocencia, el debido proceso, el plazo razonable, el derecho a la reparación, etcétera. La Corte ha desarrollado ampliamente y sigue desarrollando progresivamente su jurisprudencia, por lo que es muy importante invocarla ante la justicia local y motivar que los operadores judiciales se acostumbren a aplicarla tal como ya lo están haciendo varios tribunales en la región. En Argentina, la Corte Suprema, por ejemplo, ha fundamentando complementariamente sus fallos o resoluciones con jurisprudencia del Tribunal Europeo, para enriquecer complementariamente y afirmar fallos de la jurisdicción nacional.

Concluyo planteando que así como el gran maestro Norberto Bobbio nos habló en las décadas anteriores resaltando que estamos en el "tiempo de los derechos", y en efecto, estamos en el tiempo de los derechos; y que hace unos días el maestro Luigi Ferrajoli en su magistral exposición habló que también estamos en el "tiempo de las desigualdades extremas" en este mundo civilizado. Pero también en este mismo salón el año pasado el Presidente de la Corte Suprema de Justicia de Argentina, el doctor Lorenzetti, planteaba en una magistral conferencia, que también estamos en el "tiempo de los jueces". Modestamente, quiero decir y quiero afirmar, que también estamos en el "tiempo de los defensores y de las defensoras públicas", es el tiempo de ustedes. Y es el tiempo de ustedes porque se requiere que por fin haya alguien que enfrente la retardación, la negligencia y la negación de la justicia en las Américas. Y son ustedes los que tienen que enfrentar este reto.

Les agradezco su atención y los aplausos inmerecidos, lo cual me da ánimo para seguir adelante en la Comisión Interamericana y a cargo de la Relatoría de Personas Privadas de Libertad. Quiero decirles que estoy a disposición de ustedes para apoyarles en sus países y en los esfuerzos que muy bien están haciendo en la Asociación Interamericana de Defensorías Públicas, a quien le deseo mucho éxito.

~

V. Victimización

Victimización, víctimas y acceso a la justicia (*)

Hans-Jörg Albrecht

1. Introducción: víctimas, victimización y política criminal

La relación entre victimización penal y acceso a la justicia es producto del surgimiento del Estado moderno, de los sistemas de justicia formalizados y del monopolio del uso de la fuerza física que concretamente excluye a las víctimas (y al público), y les impide tomar la justicia en sus propias manos. El surgimiento del Estado moderno no sólo ha traído aparejado el desempoderamiento de las víctimas, sino también de grupos sociales enteros y de la sociedad en su conjunto. La administración de justicia es potestad exclusiva de las instituciones de la justicia penal. El Estado moderno y los sistemas actuales de justicia penal utilizan el castigo para llevar a cabo sus propios programas. Estos programas están dominados por el objetivo de reforzar y estabilizar las normas penales. En palabras de Gunther Jakobs, lo que en definitiva justifica el derecho penal y el castigo es el objetivo de la prevención general positiva (1). Nils Christie una vez describió este proceso como un proceso de desempoderamiento de las víctimas y las comunidades. Christie hace una analogía entre el proceso de desempoderamiento y el "robo" del conflicto (2). El ha creado una imagen que se ha convertido en un elemento importante de los argumentos que subyacen al movimiento abolicionista y a la justicia restaurativa. Sin embargo, el surgimiento del Estado moderno brinda a las víctimas una ventaja importante (y a las comunidades o grupos sociales a los que éstas pertenecen) (3). Las víctimas ya no necesitan

---

(*) Traducción al español del original en inglés efectuada por Alejandro Chetman.

(1) Jakobs, G., *Schuld und Prävention*. Tübingen 1976.

(2) Christie, N., *Grenzen des Leids*. Münster: Votum-Verlag 1995.

(3) Trotha, T., *Limits to Pain*. Diskussionsbeitrag zu einer Abhandlung von Nils Christie. Kriminologisches Journal 15(1983), págs. 34-53.

perseguir la justicia por sus propios medios y no corren el riesgo de involucrarse en largos conflictos respecto de quien tiene razón (dando por supuesto que se ha cometido un delito y que alguien ha sido víctima de ese delito) (4).

Si bien los primeros estudios sobre victimización guardaban relación con las víctimas como fuente principal de información sobre la existencia de un delito, y su función central como iniciadoras del proceso penal (a través de las denuncias), los años 1980 y 1990 trajeron aparejado un cambio decisivo. Las víctimas de delitos (y la victimización penal) se trasladaron rápidamente al centro de la atención política y jurídica. Por un lado, esto se debe a la emergencia de sociedades con elevados índices de criminalidad que demuestran el fracaso de la promesa del estado-nación de proteger eficazmente a sus ciudadanos. La victimización penal hoy en día se ha convertido en un hecho habitual en las sociedades modernas. Con arreglo a las últimas cifras sobre delitos en Europa, cerca del 15% de los ciudadanos de la Unión Europea ha sido víctima de ciertos delitos anualmente (5). Los ciudadanos evidentemente no reciben la seguridad prometida a cambio de aceptar el monopolio del uso de la fuerza, y tampoco perciben que el sistema de justicia penal trate adecuadamente a quienes han sido víctimas de un delito (6). Esta falta de protección debe ser compensada. Por un lado, David Garland ha descrito la forma en que las políticas criminales tratan a las víctimas como un elemento importante en una nueva cultura del control social (7). Hoy en día las políticas criminales son también políticas dirigidas a mejorar la difícil situación que atraviesan las víctimas y, en especial, están orientadas a proteger a las víctimas potenciales de ciertos riesgos o peligros específicos. Se dictan nuevas leyes que llevan el nombre de las víctimas cuyos casos han cobrado una relevancia enorme en los medios de comunicación y que eventualmente se utilizaron como justificación para esas leyes. Este enfoque basado en los riesgos plantea otro interrogante, el del acceso a la seguridad. La cuestión de si existe un derecho a la seguri-

---

(4) Spittler, G., *Streitregelung im Schatten des Leviathan. Eine Darstellung und Kritik rechtsethnologischer Untersuchungen*. Zeitschrift für Rechtssoziologie 1 (1980), págs. 4-32; Brunner, O., *Land und Herrschaft. Grundfragen der territorialen Verfassungsgeschichte Österreichs im Mittelalter*. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft 1984.

(5) Gallup Europa, *The Burden of Crime in the EU Research Report: A Comparative Analysis of the European Crime and Safety Survey* (EU ICS) 2005, Bruselas, 2007.

(6) Töyrä, A., Wigerholt, J., *The Swedish Crime Survey 2007. Victimization, fear of crime and public confidence in the criminal justice system*, Estocolmo 2008, págs. 23-24.

(7) Garland, D., *The Culture of Control. Crime and Social Order in Contemporary Society*. Oxford: Oxford University Press 2001, pág. 143.

dad o, incluso, un derecho a sentirse seguro sigue generando debates que esencialmente no toman en consideración las necesidades de las víctimas, sino que giran alrededor de la creación de nuevos poderes o facultades para la policía o los tribunales.

La perspectiva de las víctimas durante las últimas décadas ha llevado a la sanción y aplicación de normas jurídicas internacionales y leyes internas que buscan proteger a las víctimas de los posibles efectos desfavorables asociados con las actuaciones penales y el riesgo de represalias, y que las apoyan en cuanto a la indemnización de pérdidas materiales y daños morales generados por el episodio victimizante (8).

Los discursos alrededor de las víctimas y el acceso a la justicia también pueden verse como indicadores de cambios fundamentales en el concepto de castigo. La teoría moderna sobre el castigo daba por supuesto que el castigo no estaría teñido por emociones sino, en cambio, estaría basado exclusivamente en consideraciones racionales. Por consiguiente, el castigo se realizaba a puerta cerrada, se ocultaba al público, y estaba a cargo de profesionales con la formación adecuada que perseguían objetivos racionales y procuraban evitar la reincidencia. Hoy en día observamos un desplazamiento hacia la reinserción del público en el proceso del castigo. Este proceso ha sido descrito recientemente en una publicación con el título de "El regreso del hombre de la bolsa; o la llegada del castigo posmoderno?" (9), que pone el énfasis en distintos fenómenos como por ejemplo las filas de prisioneros encadenados (*chain gangs*), las "prácticas desacreditantes" (*shaming*), o las "registros de delincuentes sexuales". Estos fenómenos evidentemente reflejan características del castigo premoderno. Los cambios se han hecho visibles en la legislación relativa a las víctimas en los países que mantienen la pena de muerte. Estas leyes permiten a los familiares de las víctimas de homicidio estar presentes en la ejecución. Puede advertirse que la reciente preocupación por la víctima del delito es a la vez una preocupación por la gravedad del hecho. Este es un desplazamiento teórico que se aleja de la prevención individual y vuelve a la retribución como "castigo justo", y al sufrimiento y estigma como respuesta al delito. El nuevo punitivismo que se diagnostica actualmente en muchos países también se explica a partir de una nueva perspectiva sobre el castigo que pone el énfa-

---

(8) Jung, H., *Zur Renaissance des Opfers - ein Lehrstück kriminalpolitischer Zeitgeschichte*. Zeitschrift für Rechtspolitik 33(2000), págs. 159-163; Council of Europe (Ed.): Victims – Support and assistance. Estrasburgo: Consejo de Europa 2006.

(9) Pratt, J., *The Return of the Wheelbarrow Men; or, the Arrival of Postmodern Penalty?* BritJCrim 40(2000), págs. 127-145.

sis en cuestiones emocionales y en el reforzamiento de valores, y en general en la función expresiva del castigo. La víctima del delito aquí funciona como un elemento justificador importante. El sufrimiento de la víctima impulsa a la vez la represalia y la incapacitación efectiva que servirá para prevenir ese sufrimiento en el futuro.

2. PERSPECTIVAS ANALÍTICAS Y TEÓRICAS

La relación entre la victimización penal y el acceso a la justicia se puede analizar desde diferentes perspectivas.

Las víctimas, el acceso a la justicia, la justicia restaurativa, la reconciliación entre víctima y delincuente y el regreso de las normas consuetudinarias

La preocupación por las víctimas ha alentado nuevos intentos de integrar políticas dirigidas a las víctimas con enfoques de justicia restaurativa, reconciliación entre víctima y delincuente y, en algunas regiones del mundo, con enfoques basados en la justicia tradicional, el derecho consuetudinario o la justicia informal (10). En este contexto, el énfasis recae en reempoderar a las víctimas y a la comunidad, y en adoptar teorías de la justicia centradas en el resarcimiento y la mediación. Sin embargo, resulta claro que los sistemas de justicia tradicionales traen aparejadas un gran número de dificultades (11). Varias concepciones tradicionales de la justicia, que están intrínsecamente basadas en formas premodernas de generar solidaridad e integración social, ponen en riesgo aspectos tales como la igualdad, el debido proceso y la transparencia (12). Además, los sistemas de justicia tradicionales dependen de determinadas estructuras y condicionamientos sociales que ya no existen en las sociedades modernas. Los sistemas de reconciliación entre la víctima y el victimario, así como

---

(10) The European Forum for Victim-Offender Mediation and Restorative Justice (ed.): *Victim-Offender Mediation in Europe. Making Restorative Justice Work*. Leuven: Leuven University Press 2000; véase, por ejemplo, Wardak, A., *Building a post-war justice system in Afghanistan*. Crime, Law & Social Change 41(2004), pp. 319-341.

(11) Albrecht, H.-J., *Conflict Perspectives: Dealing with Wrongs in the Middle East*, en: Albrecht, H.-J., Simon, J.-M., Rezaei, H., Rohne, H.-C., Kiza, E. (eds.): *Conflicts and Conflict Resolution in Middle Eastern Societies – Between Tradition and Modernity*. Schriftenreihe des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Strafrecht. Interdisziplinäre Forschungsberichte aus Strafrecht und Kriminologie I 13. Duncker & Humblot. Berlín 2006, págs. 1-12.

(12) Miller, L., Perito, R., *Establishing the Rule of Law in Afghanistan*. United States Institute of Peace. Washington 2004.

otras formas de responder al delito y a la victimización, funcionan adecuadamente sólo bajo la "sombra" del proceso penal y el castigo estatal (13).

El enfoque basado en las necesidades de las víctimas

El enfoque dominante hoy en día se centra en las "necesidades de las víctimas". Sin embargo, la identificación de las necesidades (o intereses) legítimos de las víctimas rara vez se basa en investigaciones empíricas, sino que está guiada por las actividades de distintos actores, entre ellos los servicios sociales y las organizaciones de víctimas. Una fuerza muy importante que se esconde detrás del giro hacia estas "necesidades de las víctimas" es la creciente conceptualización de los organismos de la justicia penal como servicios, que se asocia con los problemas de justificación del derecho penal en sociedades con índices elevados de criminalidad (en las que el Estado evidentemente no tiene la capacidad de prevenir el delito). En Europa también expresa, por ejemplo, la voluntad política de proteger y de poner a la víctima bajo el paraguas del estado de bienestar (14).

Conflictos de interés y de valor

Otra perspectiva relativamente bien desarrollada tiene por objeto identificar áreas de conflictos de interés (y de valor) y formas de balancear esos conflictos. Los intereses de las víctimas no necesariamente están en conflicto con los del delincuente, o los del imputado, procesado o condenado. El Consejo de Europa subrayó esto, por ejemplo, en sus Recomendaciones sobre la Posición de la Víctima en el marco del Derecho Penal y del Proceso Penal (No R (85) 11). En ellas (al igual que en muchos otros documentos regionales e internacionales) se sostiene que las medidas para proteger y ayudar a la víctima de un delito no necesariamente están en conflicto con los otros objetivos del derecho penal y del proceso, como el refuerzo de las normas sociales y la rehabilitación de los delincuentes, sino que pueden contribuir a su consecución y a una eventual reconciliación entre la víctima y el delincuente. Sin embargo, existen pruebas contundentes de que cuando se toman en consideración seriamente las necesidades de las víctimas, estos conflictos de interés pueden surgir en distintas etapas del proceso penal.

---

(13) Spittler, G., *Streitregelung im Schatten des Leviathan. Eine Darstellung und Kritik rechtsethnologischer Untersuchungen*. Zeitschrift für Rechtssoziologie 1(1980), págs. 4-32.

(14) Wergens, A., *Crime victims in the European Union*. Brottsoffermyndigheten, Umeä 2000.

Entre algunos ejemplos de cierta notoriedad están las decisiones de no perseguir penalmente o las políticas del tipo de la suspensión del proceso a prueba, que se han aplicado con el objeto de proteger a los delincuentes (en particular a los jóvenes) del estigma asociado con el haber sido juzgado públicamente, y de los sistemas de justicia de menores basados esencialmente en su capacidad de educación, rehabilitación y reinserción. En muchos sistemas jurídicos las víctimas no tienen voz en el proceso de toma de decisiones relativo a la no persecución penal (15); algunos sistemas de justicia de menores suspenden los derechos que las víctimas poseen en el sistema para mayores en aras del interés del menor (delincuente). La protección de los testigos o víctimas vulnerables a través de un sistema de video o de televisión de circuito cerrado interfiere con el derecho del imputado de enfrentar al testigo y someterlo a un interrogatorio con repreguntas en un juicio público (16). El conflicto más reciente ha surgido en el marco de la legislación en materia de delitos sexuales y puede advertirse en el rápido crecimiento de disposiciones en materia de registros de delincuentes sexuales, que brindan acceso a la información personal de las personas condenadas por delitos sexuales no solamente a las víctimas sino a toda la sociedad (es decir, a las víctimas potenciales). En este caso lo que debe sopesarse frente a la protección de las víctimas (potenciales) de delitos sexuales es el derecho a la intimidad y a la dignidad humana de las personas en libertad condicional y los ex presidiarios, y su exposición al estigma social y las sanciones informales (17).

Víctimas y derechos humanos

Desde una perspectiva jurídica es interesante ver si, y en qué medida, los derechos humanos y las libertades civiles básicas exigen el reconocimiento de los intereses de las víctimas dentro y fuera del proceso penal, y crean la obligación de legislar con arreglo a esas necesidades e intereses. En efecto, el trato a las víctimas de delitos (y a los testigos) debe ser respetuoso de sus derechos básicos a la dignidad humana y la intimidad en el curso de los interrogatorios o sesiones de repreguntas. Un ejemplo claro de esto es cómo se pasó de ver el tráfi-

---

(15) Albrecht, H.-J., *Simplification of Criminal Procedure: Settlements out of Court - A Comparative Study of European Criminal Justice Systems*. South African Law Commission, Research Paper 19. Pretoria 2001.

(16) Albrecht, H.-J., *Kindliche Opferzeugen im Strafverfahren. In: Vom Umgang der Justiz mit Minderjährigen*. Schriftenreihe Familie und Recht. Bd. 13. Hrsg. L. Salgo. Neuwied 1995, 3-30.

(17) Para un resumen, véase Maguire, M., Kemshall, H., Noaks, L., Wincup, E., Sharpe, K., *Risk Management of Sexual and Violent Offenders: The work of Public Protection Panels*. Police Research Series, Paper 139, Londres 2001.

co de personas como un problema de observancia de la ley vinculado al crimen organizado, y se empezó a tomar como una violación grave a los derechos humanos (18). Los problemas de servidumbre y de mano de obra esclava siguen sin resolverse a pesar de la proclamación en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948) de que "[n]adie estará sometido a esclavitud ni a servidumbre". Así, el tráfico de personas también es una cuestión de importancia en cuanto a la protección de las víctimas y el acceso a la justicia (19).

Esta relación entre el tráfico y la situación de las víctimas puede servir para subrayar que la cuestión de las víctimas y el acceso a la justicia está vinculada con varias otras cuestiones en materia de política criminal. Las víctimas de tráfico de personas, por ejemplo, se ven a menudo presas en una complicada red de disposiciones jurídicas, prácticas e intereses modelados por desarrollos históricos, juicios morales, y cuestiones políticas altamente sensibles como el crimen organizado, la inmigración (ilegal), el bienestar de los jóvenes, los problemas del mercado de trabajo, la violencia de género, la prostitución, la pornografía y la industria del sexo. Las políticas en materia de observancia de la ley, del control de la inmigración, de los movimientos contra la prostitución, y de apoyo y asistencia a las víctimas pueden provocar conflictos en su aplicación y suscitar la pregunta de cómo compatibilizar las distintas perspectivas e intereses en conflicto. El debate sobre el tráfico de personas y las preocupaciones planteadas llevan a pensar que lo que predomina es la perspectiva centrada en la represión del delito, y que los intereses de las víctimas se dejan de lado o simplemente se utilizan para avanzar los intereses de esa lucha contra el delito (20).

Control de la implementación de políticas en materia de apoyo a las víctimas

Por último, la cuestión de la implementación y la evaluación conducen a la pregunta acerca de cómo se aplican las políticas y la ley en la práctica cotidiana, y cuáles son los efectos observables de esa implementación. La evaluación de la legislación en materia de apoyo a las víctimas es de vital importancia, puesto que su introducción está basada en el presupuesto de que esa legislación satisface las exigen-

---

(18) Declaración de Berlín de la Asamblea Parlamentaria de la OSCE y las resoluciones adoptadas durante la onceava sesión anual, Berlín, 10 de julio de 2002, pág. 22.

(19) Albrecht, H.-J., *Trafficking in Humans and Human Rights*. In: Parmentier, S., Weitekamp, E. G., Elsevier, M. (eds.): *Crime and Human Rights*. JAI Press, Amsterdam et al. 2007, pp. 39-71.

(20) Herz, A., *Strafverfolgung von Menschenhandel*. Berlín 2005.

cias del principio de proporcionalidad. Este principio en última instancia exige que, tomados en su conjunto, los resultados positivos de la legislación en términos de brindar efectivamente acceso a la justicia a las víctimas sean más significativos que los perjuicios que sufre el imputado en un proceso penal.

Cuando observamos las políticas criminales y en materia de víctimas, vemos un reacomodamiento de las responsabilidades y una nueva ponderación de los intereses que deben tomarse en consideración en el proceso penal. Dicho reacomodamiento da como resultado una nueva arquitectura del derecho penal y del proceso penal en su conjunto.

3. VÍCTIMAS Y ACCESO A LA JUSTICIA EN LA FORMULACIÓN INTERNACIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS

En las últimas décadas el acceso a la justicia para las víctimas ha figurado en la agenda de muchos órganos legislativos nacionales e instituciones internacionales. Los documentos e instrumentos jurídicos internacionales y regionales demuestran el ritmo al que se han movido las políticas afines a las víctimas y su implementación práctica. Recientemente hemos visto que las "Reglas de Brasilia sobe Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad" (21) han sido un paso exitoso en la formulación de directrices de carácter general por parte de los poderes legislativos y los sistemas judiciales nacionales.

Las Naciones Unidas comenzaron a abordar las necesidades de las víctimas en la primera mitad de los años 1980. La Asamblea General adoptó la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder mediante la resolución 40/34, de 29 de noviembre de 1985. En ella se reconoció por primera vez a nivel internacional la importancia de las víctimas y la necesidad de dictar leyes que faciliten el acceso a la justicia no solamente a las víctimas de delitos, sino a todas las personas que hayan sido victimizadas por abusos de poder. En 1999 se aprobó una "Guía para la elaboración de políticas públicas y un Manual sobre justicia para las víctimas". El Estatuto de Roma en 1999 establece que la Corte Penal Internacional (y las Reglas de procedimiento y prueba) debe abordar la cuestión de las víctimas, al igual que la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional de Palermo (2000) y su protocolo facultativo de 2002 contra el tráfico ilícito, que incluye

(21) Ministerio Público de la Defensa: Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad. Buenos Aires 2008.

disposiciones específicas en materia del trato que se debe dar a las víctimas. El Consejo Económico y Social (ECOSOC) adoptó en 2002 las Directrices sobre Justicia Restaurativa y las Directrices para la Prevención del Delito, y en 2005 las Directrices relativas a los niños víctimas y testigos de delitos. La Asamblea General ha dictado los Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones. El Proyecto de Convención de las Naciones Unidas en materia de justicia y apoyo a las víctimas de delitos y de abuso de poder (de 14 de noviembre de 2006) resume las normas en materia de justicia penal relativas a las víctimas y exige:

- Garantías procesales en cuanto a la confidencialidad de las actuaciones y el respeto a la intimidad de las víctimas;
- El derecho de las víctimas a estar informadas sobre el curso de la investigación penal o administrativa así como de los derechos que poseen;
- El derecho a una indemnización plena;
- Asistencia (en el corto, mediano y largo plazo) para poder afrontar los efectos adversos de la victimización;
- Protección efectiva a las víctimas contra represalias.

Si bien el artículo 6º del Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes de la Convención contra la Delincuencia Transnacional de 2000 pone de relieve la sanción de disposiciones penales y medidas de observancia contra el tráfico ilícito, también aborda la asistencia y la protección a las víctimas de este delito. La intimidad e identidad de las víctimas de tráfico ilícito de personas debe protegerse a través de la confidencialidad de las actuaciones judiciales. Deberán implementarse medidas que faciliten información sobre el tribunal y las actuaciones administrativas correspondientes. También debe tomarse en consideración la recuperación física, psicológica y social de las víctimas de tráfico ilícito. Se les debe otorgar una vivienda, asesoría jurídica e información apropiadas tomando en consideración su edad, sexo y sus necesidades específicas. Deben abordarse las cuestiones relativas a la reparación, puesto que incluyen cuestiones de derecho migratorio, en particular en lo que se refiere al permiso para permanecer en el territorio del país receptor. El artículo 8 hace referencia también a la relación entre el tráfico ilícito y la inmigración con las cuestiones relativas a la repatriación, entre ellas cuestiones como la verificación de identidad y la emisión de documentos de viaje.

El Consejo de Europa viene tratando la cuestión de la indemnización a las víctimas de delitos mediante fondos públicos desde co-

mienzos de los años 1970, lo que eventualmente dio como resultado el Convenio europeo sobre la indemnización a las víctimas de crímenes violentos de 1983 (22). El Convenio entró en vigor en 1988. Sus objetivos abarcan introducir o desarrollar sistemas para que se indemnice a las víctimas por los daños materiales y morales sufridos, y establecer estándares mínimos en materia de indemnizaciones. El Convenio establece que el Estado en cuyo territorio se hubiera producido el delito deberá indemnizar a los nacionales de los Estados parte del Convenio, así como a los nacionales de todos los Estados miembros del Consejo de Europa que tengan residencia permanente en el Estado en cuyo territorio se cometió el delito. Tendrán derecho a esta indemnización aquellas personas que hubieran sufrido lesiones graves o daños en su salud como resultado directo de un delito doloso violento, y las personas que estuvieran a cargo de la persona fallecida como consecuencia de un delito de esa clase. Dicha indemnización se concederá aun si el autor no pudiese ser perseguido o castigado. La indemnización cubrirá, por lo menos, la pérdida de ingresos, los gastos médicos y de hospitalización, los gastos funerarios y, cuando se trate de personas a cargo, la pérdida de alimentos. La indemnización dependerá de lo que la víctima hubiera podido recibir de cualquier otra procedencia. El Convenio obliga a los Estados parte a que designen una autoridad de aplicación encargada de recibir y tramitar las solicitudes presentadas por otro Estado en relación con el Convenio. El Consejo de Europa dictó luego las Recomendaciones relativas a la asistencia prestada a las víctimas de delitos y la prevención de la victimización, el 16 de septiembre de 1987.

Más recientemente el Consejo de Europa formuló las Directrices sobre la protección de las víctimas de ataques terroristas (23). En ellas, se reconoce que el sufrimiento de las víctimas de ataques terroristas merece el apoyo y la solidaridad tanto nacionales como internacionales. Las directrices ponen de relieve que los estados están obligados a tomar las medidas necesarias para proteger los derechos fundamentales de todas las personas que estén en su jurisdicción de la violencia de los ataques terroristas, en particular el derecho a la vida. Apuntan también al Convenio Europeo de Derechos Humanos y a las decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humano que establecen que los estados tienen el deber de brindar protección efectiva a la vida humana (24). Con arreglo a las directrices, los Estados deben garantizar

---

(22) OJ L 63E, 4.3.1997, pág. 2.

(23) Adoptada por el Comité de ministros el 2 de marzo de 2005 en la 917ª reunión de Representantes Ministeriales.

(24) Véase las Directrices sobre la protección de las víctimas de ataques terroristas (adoptadas por el Consejo de Ministros el 2 de marzo de 2005, en la 917ª reunión de Representantes Ministeriales).

que las personas que hubiesen sufrido lesiones físicas o psicológicas como consecuencia de un ataque terrorista, así como en algunos casos sus familiares cercanos, puedan beneficiarse de los servicios y medidas prescritos en ellas. Las directrices contienen algunos principios que reflejan bastante bien los principios que se han elaborado en relación con las víctimas de otros delitos violentos. El enfoque relativo a las víctimas de terrorismo recepta el principio según el cual recibir servicios y asistencia no depende de que se identifique, detenga, persiga y/o eventualmente condene al responsable del ataque terrorista, y el derecho a la dignidad y a la vida privada y familiar de las víctimas de terrorismo, que deben protegerse de la intrusión de los medios de comunicación. Se destaca la importancia de la asistencia de emergencia así como la asistencia médica, psicológica, social y material a largo plazo. Además, se pone de relieve el deber de realizar una investigación efectiva del acto terrorista, un deber que está en consonancia con las decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de protección de la vida humana (25). En caso de que se adopte una decisión de no perseguir, se recomienda que los Estados otorguen a las víctimas el derecho a recurrir esa decisión. Deben facilitar a las víctimas de ataques terroristas acceso a la justicia efectivo, y su posición debe recibir un reconocimiento adecuado en el marco de las actuaciones penales. La indemnización del daño deberá ser equitativa, apropiada y oportuna, y no debe ser afectada por cuestiones territoriales. La indemnización material debe estar acompañada de un apoyo adecuado a efectos de brindar asistencia en cuanto a otros efectos de los actos terroristas. Se exigen también medidas de protección al derecho a la intimidad y la vida familiar ante la intromisión de los medios de comunicación, al igual que la protección de los testigos ante amenazas a su vida y seguridad personal que puedan producirse con motivo de su declaración en procesos penales por terrorismo. Esto último evidentemente hace referencia a las normas contra el crimen organizado en las que se ha reconocido como una cuestión de vital importancia la protección de las víctimas y los testigos. Las directrices también hacen referencia a la necesidad de brindar información a las víctimas de actividades terroristas y, junto con las conocidas políticas generales en materia de normas de información a las víctimas, hacen referencia específicamente a la información relativa a los procesos penales, a los derechos de las víctimas y al apoyo y asistencia a las víctimas. Las directrices concluyen instando a los países a que establezcan programas de formación específicos para los funcionarios encargados de atender a las víctimas de terrorismo. Hasta el momento las directrices reflejan las normas

(25) Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 28 de marzo de 2000, Kiliç vs Turquía; 18 de mayo de 2000, Velikova vs Bulgaria.

generales en materia de apoyo e indemnización para las víctimas de delitos violentos. Al hacer hincapié en la protección de las víctimas en el marco de los procesos penales, la salvaguardia de su intimidad, el derecho a una indemnización equitativa y efectiva (que comprenda anticipos), y una formación adecuada para los funcionarios estatales con competencia en la materia, se abordan las principales cuestiones planteadas por los partidarios de los derechos de las víctimas durante los últimos treinta años.

La Unión Europea ha tratado el tema de las víctimas de delitos en varios Libros Verdes (26), declaraciones, decisiones marco emitidas por el Consejo Europeo y el Parlamento Europeo. La atención que se presta a las víctimas ha quedado demostrada en distintas medidas como la acción común del Consejo (97/154/JHA) que procura combatir el tráfico ilícito de seres humanos y la explotación sexual de los menores (27), el Plan de acción del Consejo y de la Comisión de 1998 que trata sobre la mejor forma de aplicar las disposiciones del Tratado de Amsterdam relativas a la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia (en particular sus artículos 19 y 51.c) (28), la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social que lleva el título "Las víctimas de delitos en las Reflexiones de la Unión Europea en materia de normas y medidas" (29), la resolución de 12 de diciembre de 2000 sobre la iniciativa relativa a la Decisión marco del Consejo sobre el lugar de las víctimas en los procedimientos penales (30), y la Decisión marco definitiva de 15 de marzo de 2001 sobre esta misma cuestión (31). Al abordar el problema del terrorismo las declaraciones de la Unión Europea también reconocen que se debe brindar asistencia a las víctimas de terrorismo a efectos de contrarrestar eficazmente el objetivo terrorista de destruir la solidaridad social.

El establecimiento de una zona de libertad, seguridad y justicia toma en consideración las necesidades de las víctimas en la Unión Europea. El Plan de acción de Viena del Consejo y de la Comisión (32), adoptado por el Consejo en 1998, instó a abordar la cuestión del apoyo a las víctimas a través de realizar un análisis comparativo de los sistemas de indemnización para víctimas y evaluar si era posible tomar

---

(26) Comisión de las Comunidades Europeas: Libro verde. Indemnización a las víctimas de delitos (presentado por la Comisión) Bruselas, COM (2001) 536 final, 28 de septiembre de 2001.

(27) ETS número 116.

(28) OJ 19E, 23/1/2001, pág. 5.

(29) OJ C 59E, 23/02/2001, pág. 36.

(30) 1 OJ C 232, 17/08/2001, pág. 36.

(31) OJ L 81, 22/03/2001, pág. 1.

(32) OJ L 82, 22/03/2001, pág. 1.

medidas en el marco de la UE. La Comisión presentó una Comunicación sobre víctimas de delitos en 1999 (33) que abarcaba no solamente los aspectos relativos a la indemnización sino también otras cuestiones que podrían abordarse para mejorar la situación de las víctimas en la UE. Las conclusiones del Consejo Europeo en Tampere, en 1999, instaban a la formulación de normas mínimas en materia de protección a las víctimas, en particular en materia de acceso a la justicia y el derecho a la indemnización por daños. También instó a la creación de programas nacionales que permitiesen financiar medidas de apoyo, y a la protección efectiva de las víctimas. Por décadas el Parlamento Europeo ha apoyado firmemente las mejoras en los sistemas de indemnización a las víctimas. El Consejo ha adoptado una decisión marco (34) relativa al lugar de las víctimas en los procesos penales el 15 de marzo de 2001. Dicha decisión marco, que se basa en el título VI del Tratado de la Unión Europea, prevé la obligación por parte de los Estados miembros de garantizar que las víctimas de delitos puedan obtener una decisión sobre los daños civiles en el marco del proceso penal. Un estudio en profundidad (35) relativo a la posición de las víctimas de delitos en la UE abarcaba, entre otros aspectos, las posibilidades que las víctimas tenían de percibir una indemnización por parte del Estado con arreglo al derecho interno de los Estados parte. El resultado de este estudio se publicó como Libro verde sobre la indemnización a las víctimas de delitos (36). En él se sostiene que una zona de libre movimiento, justicia y seguridad necesita que se tomen en consideración las necesidades de las víctimas y se elaboren normas jurídicas básicas comunes. También hace referencia a los principios de no-discriminación y al derecho a ser oído, al igual que a las decisiones del Tribunal de Justicia Europeo que establecen determinadas normas básicas (37).

El estudio constató que las normas en vigor en materia de indemnización a las víctimas abarcan en principio a tres grupos: víctimas directas, indirectas y terceros (victimizados en virtud de su ayuda a las víctimas, o a raíz de intervenciones oficiales dirigidas a asistir a las víctimas). La mayoría de los sistemas abarcan a todas las víctimas, independientemente de su nacionalidad y derecho de residencia;

---

(33) OJ C 19, 23/01/1999, p. 1, punto 51c).

(34) OJ L 82, 22/03/2001, p. 1.

(35) Wergens, A., *Crime victims in the European Union*. Brottsoffermyndigheten, Umeå 2000.

(36) Comisión de las Comunidades Europeas: Libro verde. Indemnización a las víctimas de delitos (presentado por la Comisión) Bruselas, COM(2001) 536 final, 28.09.2001.

(37) Caso nro 186/87 Ian William Cowan v. Trésor public [1989] ECR 195; caso Rolf Gustafson v. Sweden, decision de 27 de mayo de 1997.

algunos exigen reciprocidad en caso de personas que no son ciudadanos de la UE. En general, se exige que la víctima haya sufrido un delito violento o doloso. El tipo de daños que puede ser indemnizado a través de estos sistemas cubre, en primer lugar, los gastos médicos, y parcialmente también los daños a la propiedad. Todos los miembros consideran las incapacidades permanentes como daños indemnizables. Existen diferencias significativas con respecto a la aplicación del principio de subsidiariedad. En general se exige la presentación de una demanda formal ante las autoridades competentes dentro de un período determinado, aunque variable. Prácticamente todos los estados parte permiten la entrega de anticipos. El fundamento básico para el establecimiento de legislación en materia de indemnización a las víctimas en toda la Unión Europea guarda relación, más allá de las cuestiones de política criminal, con la solidaridad social y la equidad. Estos principios fundamentales también subyacen al Convenio europeo sobre la indemnización a las víctimas de crímenes violentos de 1983. Otros Estados parte asocian la necesidad de que el Estado prevea sistemas de indemnización para las víctimas con sus políticas criminales. Si bien reconocen que el principal responsable de indemnizar a las víctimas es el delincuente, en todas partes se sostiene que la mayoría de las víctimas no pueden obtener una indemnización de los responsables debido a una serie de factores. El Libro verde concluye a partir de esto que la función de los sistemas de indemnización estatales es la de proporcionar una red de contención para las víctimas. Por consiguiente, no debería sorprender que el enfoque general adoptado procure optimizar el derecho de las víctimas a percibir una indemnización sin tomar en consideración en absoluto los costos y problemas asociados con un sistema de redistribución de los fondos públicos de esas características (fondos que en última instancia provienen de la sociedad civil mediante los impuestos).

La necesidad de adoptar una política común en la Unión Europea se justifica especialmente en virtud de los obstáculos que surgen de las situaciones transfronterizas. Esta política guarda relación con la información disponible respecto de tres cuestiones: la posibilidad de obtener una indemnización por parte del Estado, la posibilidad de presentar una petición de indemnización a la autoridad correspondiente, y la investigación que debe realizarse a partir de la presentación de una solicitud. Se hace referencia a la cooperación judicial entre los Estados parte respecto de la documentación correspondiente y la admisibilidad de las pruebas (38). Una resolución del Parlamento

(38) 21 Reglamento (EC) No 1348/2000 de 29 de mayo de 2000 relativo a la notificación y al traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil, OJ L 160, 30. 6. 2000, pág. 37. Reglamento (EC) No 1206/2001 de 28 de mayo de 2001 relativo a la cooperación entre

Europeo (39) acoge con satisfacción este Libro verde (40) y enfoca la cuestión de la indemnización y la asistencia a las víctimas desde una perspectiva que pone el énfasis en la libertad ambulatoria en condiciones de seguridad y justicia, en lo costosa que es para los ciudadanos de la UE la victimización penal y en la necesidad de reconocer a las víctimas indirectas.

La Comisión de Asuntos Jurídicos y Mercado Interior de la Comisión de Libertades y Derechos de los Ciudadanos, Justicia y Asuntos Interiores también ha acogido con satisfacción el Libro verde de la Comisión sobre indemnización a las víctimas de delitos, y declaró que la UE deberá adoptar disposiciones comunitarias vinculantes a efectos de crear una zona de justicia común para los ciudadanos que sean víctimas de delitos. El Comité sostuvo que para ser plena y eficaz, esa indemnización deberá abarcar tanto el daño material como el moral, e instó a la Comisión a que abordase las cuestiones relativas a los plazos para la presentación de las demandas, las garantías procesales y la introducción de formularios armonizados en todos los lenguajes comunitarios como una prioridad básica. Además, se establecen requisitos mínimos para la aplicación de la responsabilidad estatal subsidiaria y se establece que el derecho a la indemnización es independiente de la nacionalidad del peticionante. Por último, la declaración sostiene que debe aplicarse un sistema de asistencia mutua que permita resolver los problemas que las víctimas deben enfrentar en casos de victimización transfronteriza.

En línea con el trabajo preparatorio, el 29 de abril de 2004 se adoptó una directiva del Consejo relativa a la indemnización de las víctimas. Esta directiva tiene por objeto asegurar que, para el 1º de julio de 2005, cada Estado parte tenga en funcionamiento un sistema interno que garantice una indemnización equitativa y apropiada para las víctimas de delitos. La directiva busca facilitar el acceso a una indemnización en la práctica e independientemente de en qué lugar de la Unión Europa la persona haya sido víctimizada. Se procura simplificar la implementación de estas medidas a través de la creación de un sistema de cooperación entre autoridades nacionales que debería estar en funcionamiento el 1º de enero de 2006.

El enfoque que surge de las declaraciones y decisiones de la Unión Europea está en línea con el concepto tradicional del estado de bienestar, y significa un gran esfuerzo por hacer frente a todos los

---

los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil o mercantil, OJ L 174, 27 de junio de 2001, p. 1.

(39) Resolución del Parlamento Europeo relativa al Libro Verde de la Comisión sobre indemnización a las víctimas de delitos.

(40) OJ C 125E, 25/05/2002, p. 31.

riesgos que los individuos deben enfrentar en las sociedades modernas y por indemnizar plenamente los daños sufridos como resultado de esos riesgos. Va más allá de los alcances del estado de bienestar convencional indemnizar con los alcances del derecho de daños, y sólo se justifica una indemnización plena del daño cuando el que responde es el responsable del daño ocasionado. Por consiguiente, es difícil compatibilizar este enfoque con el hecho de que los sistemas de previsión social en todos los estados parte estén colapsados, y de que muchos de ellos hayan sufrido recortes con el objeto de realizar una nueva evaluación de lo que es responsabilidad del Estado y lo que cae bajo la responsabilidad de los particulares. Rara vez se examinan los problemas de fraude o uso indebido de estos sistemas públicos de indemnización.

Las declaraciones hacen referencia permanentemente a la solidaridad. Este concepto se pone de relieve en particular en los casos de víctimas de ataques terroristas y en los estados que han sido víctimas del terrorismo. En la Declaración sobre la lucha contra el terrorismo por la que el Consejo de Europa respondió a las masacres de Madrid se subraya la necesidad de brindar asistencia a las víctimas de terrorismo por medio de la adopción de una Directiva sobre la indemnización a las víctimas. El Consejo exige que la Comisión asigne los fondos disponibles en el presupuesto de 2004 para ayudar a las víctimas de ataques terroristas. También hace referencia a la protección efectiva de los testigos en casos de terrorismo y a la victimización indirecta en términos de las minorías particularmente amenazadas o en riesgo ante un rebrote del fenómeno terrorista (41). Se debe prestar particular atención a las represalias contra dichas minorías puesto que esto forma parte de las estrategias terroristas dirigidas a destruir los lazos de solidaridad social y a instaurar un clima de miedo y de odio racial y religioso que contribuya al aumento de la violencia.

4. CUESTIONES PROCESALES Y DE DERECHO DE FONDO RELATIVAS AL ACCESO A LA JUSTICIA PARA LAS VÍCTIMAS

4.1 Cuestiones de derecho de fondo

En el tema del acceso a la justicia se han planteado cuestiones procesales y de derecho de fondo. Desde el punto de vista del derecho sustantivo no solamente importa el acceso a una indemnización o restitución, sino también el acceso a los procesos penales. El tema de la indemnización evidentemente está relacionado con las normas

(41) Véanse también las Conclusiones y el plan de acción de la reunión extraordinaria del Consejo Europeo de 22 de septiembre de 2001, SN 140/01, pág. 4.

del proceso penal que permiten disponer la reparación del daño o la restitución del bien; también guarda relación con las normas que explican la relación entre la indemnización civil y las penas pecuniarias, como las multas, que el Estado percibe y la prioridad entre ellas. Como una proporción significativa de los delitos cometidos queda sin culpable, es necesario abordar en ese marco la cuestión de los fondos de indemnización para las víctimas, los sistemas de asistencia y las indemnizaciones con dineros públicos.

El acceso a la justicia también puede concebirse como acceso al castigo y, de esa forma, surge la pregunta de si la víctima debe tener el derecho de participar en la decisión de cómo se debe castigar al delincuente. Las prácticas de reconciliación entre la víctima y el victimario a veces se parecen mucho a un castigo. En particular las prácticas de descrédito y de confrontación dan por sentado que a través de un proceso de mediación y reconciliación es posible evocar el estigma social y las respuestas punitivas, y de esa forma optimizar la prevención especial negativa.

Otra forma de extender el acceso a la justicia son los enfoques que procuran mejorar el acceso a la seguridad a través de mecanismos de protección contra la victimización reiterada y contra delincuentes reincidentes. La divulgación de información relativa a delincuentes potenciales (como los registros de delincuentes sexuales) se justifica sobre la base de procurar disminuir la reincidencia en materia de delitos sexuales. Las leyes que prohíben el acoso o el hostigamiento se justifican a través de la protección a las víctimas ante una eventual escalada del nivel de violencia (42). Los enfoques de tolerancia cero en materia de violencia familiar procuran interrumpir de forma eficaz la violencia reiterada contra mujeres y niños (43). Hay en este contexto leyes de enorme contenido simbólico caracterizadas por la promesa de reducir los riesgos y, con ello, disminuir el miedo (o la sensación de inseguridad).

Existe un amplio consenso actualmente en cuanto a que el derecho penal debe procurar que el delincuente indemnice a la víctima en el marco del proceso penal, ya sea a través de ordenar una reparación o mediante la incorporación de la demanda civil por daños y perjuicios a las actuaciones penales. Sin embargo, existe un consenso mucho menor respecto de qué principios deben adoptarse cuando el

---

(42) Albrecht, H.-J., *Stalking – Nationale und Internationale Rechtspolitik und Gesetzesentwicklung*. Familie Partnerschaft Recht 12(2006), pp. 204-208.

(43) Lindström, P., *Violence against Women in Scandinavia: a Description and Evaluation of two new Laws Aiming to Protect Women*. Journal of Scandinavian Studies in Criminology and Crime Prevention 5(2004), págs. 220–235.

encargado de indemnizar a las víctimas es el Estado (en caso de que no se pueda obtener la indemnización del delincuente).

La legislación en vigor en materia de indemnizaciones permite hablar de dos modelos: uno que tiende a establecer como requisito una indemnización plena (en particular respecto de las lesiones y el dolor sufridos), y que adopta el enfoque del derecho de daños como modelo básico; el otro, busca su legitimación en el bienestar social y responde ante la existencia de necesidades económicas críticas y de asistencia psicológica o de otro tipo producto del delito violento (o de otra conducta dañosa). Este modelo está sujeto al principio de subsidiariedad e impide que el Estado y la sociedad actúen en reemplazo del delincuente cuando éste no fue identificado, está muerto, o no tiene la capacidad económica de indemnizar plenamente a la victima.

A esta altura parece claro que no es posible justificar un modelo de indemnización plena (que siga el enfoque del derecho de daños). Este modelo se basa en el concepto de daños punitivos y, con eso, en el concepto de culpa. Este enfoque pone una presión excesiva en la solidaridad social puesto que da lugar a problemas de trato desigual en lugar de procurar mejorar la integración social. Las demandas legales entabladas en Moscú luego de la toma de rehenes en el teatro que reclamaban (sin éxito) millones de dólares en concepto de indemnización en un país en el que el ingreso mensual promedio no supera los 200 dólares. Esto demuestra claramente el tipo de problemas que surgen cuando se genera la expectativa o se promete una indemnización plena del daño sufrido.

La participación de las víctimas en los procesos penales suele traer aparejada su participación en la etapa de imposición y cumplimiento de la pena. Las declaraciones de las víctimas sobre las repercusiones del delito, el derecho a estar presente en la ejecución de un condenado, la declaraciones en las audiencias relativas a la libertad condicional, las normas sobre los registros de delincuentes sexuales, y la actuación de las víctimas como querellantes como una parte más, con derechos procesales plenos, que se reconocen en algunas partes de Europa continental apuntan a un cambio significativo de un modelo centrado en la prevención individual hacia una teoría del castigo basada en la prevención general. Las normas en materia de asistencia a las víctimas prevén un grado mayor de punición. Como ha señalado Schuenemann, estas normas tienen la capacidad de intensificar y potenciar el enfoque retribucionista del castigo (44).

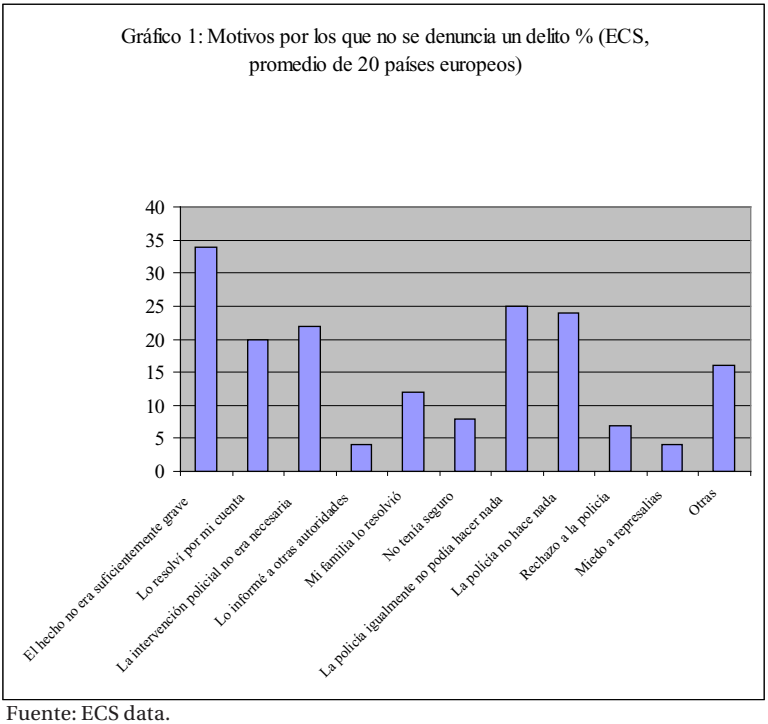
---

(44) Schünemann, B., *Zur Stellung des Opfers im System der Strafrechtspflege*. Neue Zeitschrift für Strafrecht 6(1986), págs. 193-200.

4.2 Aspectos procesales

4.2.1. La denuncia

Desde el punto de vista procesal, la cuestión más elemental es la posibilidad de presentar una denuncia contra una persona por un delito. Esto no es tanto un problema desde el punto de vista de establecer un derecho general a informar a las autoridades de la justicia penal de un acto de victimización. La cuestión, en cambio, es si existen problemas en la práctica. Las encuestas de víctimas han abordado la pregunta de por qué algunas víctimas hacen la denuncia de un delito mientras otras no. Los resultados demuestran que la mayor parte de las víctimas no lo denuncia porque considera la victimización algo sin importancia (véase por ejemplo la encuesta 2005 ECS, en el gráfico 1 *infra*) (45). Sin embargo, algunas víctimas evidentemente no denuncian la comisión de un delito por miedo a las represalias u otras cargas o dificultades que pueden resultar del acto de informar a las autoridades (46).



Fuente: ECS data.

(45) Arnold, H., *Kriminelle Viktimisierung und ihre Korrelate*. Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 98 (1986), págs. 1014-1058.

(46) Véase también Tarling, R., Dowds, L., Budd, T., *Victim and Witness Intimidation: Findings from the British Crime Survey*. Home Office, The Research, Development and Statistics Directorate, Londres 2000.

Todas las víctimas de delitos están en una posición de vulnerabilidad. Esto ha quedado claramente demostrado por el hecho de que han sido victimizadas. La vulnerabilidad surge entonces con la decisión de denunciar un delito y con las consecuencias de iniciar un proceso penal. La decisión de denunciar un delito en muchos casos tiene consecuencias desfavorables para la posición social de la persona, o la relación entre la víctima y su victimario; actuar como testigo en un juicio penal también puede tener consecuencias desfavorables. Pero esas consecuencias deben aceptarse puesto que son producto de las obligaciones que trae aparejada la ciudadanía plena y la necesidad de llevar a cabo procedimientos penales eficazmente, lo que a su vez constituye un elemento fundamental del estado de derecho y de la protección de los valores e intereses fundamentales. Solamente se exige que los individuos acepten las consecuencias desfavorables que no van más allá de lo que se considera tolerable en una sociedad democrática sin exigir una reparación.

Algunas víctimas pueden tener bloqueado el acceso a la justicia en virtud de determinadas vulnerabilidades cuyo origen no es otro que la persona de la víctima, las características del hecho victimizante, o los riesgos que conlleva la posición de víctima en el marco de un proceso penal. Los niños, las víctimas de tráfico ilícito, o las víctimas de delitos sexuales representan este tipo de víctimas en situación de vulnerabilidad para las que hemos procurado encontrar soluciones concretas en las últimas décadas (47). Sus vulnerabilidades se deben a:

- La situación y el estadio de desarrollo, así como la situación de dependencia de los niños;
- La situación de un inmigrante ilegal y el riesgo de deportación como consecuencia de denunciar un hecho de tráfico ilícito;
- La traumatización primaria y secundaria asociada, por ejemplo, con los delitos sexuales violentos o con la violencia terrorista en gran escala.

Otras vulnerabilidades específicas pueden ser producto de la pobreza, la falta de recursos económicos o de capacidades sociales.

El acceso a la justicia puede estar limitado para algunas víctimas en virtud de la amenaza de represalias (48). El miedo a represalias

---

(47) Kitchen, S., Elliott, R., *Key findings from the Vulnerable Witness Survey*. Home Office Research, Development and Statistics Directorate, Findings 147. Londres 2001.

(48) Tarling, R., Dowds, L.: Budd, T., *Victim and Witness Intimidation: Findings from the British Crime Survey*. Home Office, The Research, Development and Statistics Directorate, Londres 2000.

violentas ha sido considerado recientemente un problema central que afecta a la población de los barrios desaventajados (49). Si bien el problema puede explicarse en virtud del la evidente falla por parte de la comunidad de proporcionar la cohesión social necesaria y, con ella, mecanismos eficaces de control social y protección informales, las sociedades modernas por un lado han perdido su capacidad de establecer y mantener mecanismos eficaces de control social formales, y por el otro, han contribuido a generar situaciones en las que los individuos y algunos grupos sociales están expuestos a riesgos de este tipo.

Se han ensayado distintas respuestas a la cuestión de cómo incluir a las víctimas en situación de vulnerabilidad y cómo compensar esta situación de vulnerabilidad:

Medidas para facilitar la denuncia de delitos y el inicio de investigaciones penales

El tema de la denuncia de hechos delictivos surgió como problema ya en los años 1970 particularmente en el campo de la violencia contra los menores. Debido a su estadio de desarrollo y/o a su elevado nivel de dependencia, los niños no están en posición de formular denuncias contra los responsables de acciones violentas o abandono que tienen estrecha relación con ellos. La forma en que se ha procurado solucionar esto ha sido poner en cabeza de los padres la obligación de llevar a sus hijos a realizarse controles médicos regularmente, y en cabeza de los médicos, enfermeras y del personal de las instituciones a las que asisten los niños, de informar cualquier sospecha de maltrato o descuido (50).

Neutralizar riesgos jurídicos

La Convención de la OCDE sobre corrupción, al igual que la Convencion de las Naciones Unidas contra la Corrupción y el Convenio sobre corrupción del Consejo de Europa contienen una disposición que insta a los países ratificantes a que dicten normas internas que disminuyan la responsabilidad civil y penal producto del facilitar información que pueda generar una pérdida económica significativa a un imputado. Esta exhortación parece haberse convertido en una política adoptada internacionalmente, especialmente en ámbitos como la delincuencia económica y la delincuencia organizada (51). Las po-

(49) US Atlantic Monthly March 6, 2007: On Baltimore's Mean Streets.

(50) Véase, por ejemplo, Waldfogel, J., *The Future of Child Protection,* Cambridge, 1998.

(51) Backes, O., Lindemann, M., *Staatliche organisierte Anonymität als Ermittlungsmethode bei Korruptions-und Wirtschaftsdelikten*. Heidelberg 2006.

líticas contra el tráfico ilícito de personas generalmente contienen propuestas para modifiar la legislación en materia de inmigración, a efectos de otorgar permisos de residencia a los extranjeros víctimas de este delito (52).

Sistemas de protección para las víctimas

La respuesta que se ha desarrollado en el área de la delincuencia organizada tiene que ver con los programas de protección para víctimas y testigos que procuran compensar por la exposición a un riesgo concreto que significa asumir el rol de víctima en el marco de un proceso penal (53).

Protección de víctimas/testigos contra los efectos traumáticos y otros efectos desfavorables de la participación en procedimientos penales

Durante la década de 1990, las políticas que procuraban lidiar con los efectos traumáticos producto del delito llevaron al dictado de leyes dirigidas a proteger especialmente a las víctimas de delitos sexuales violentos:

- declaraciones testimoniales mediante cámaras de televisión de circuito cerrado durante el juicio;
- el uso de declaraciones pregrabadas de la víctima;
- la expulsión del acusado de la sala de audiencias durante la declaración de la víctima en el juicio; y
- la presión para lograr juicios abreviados (lo que hace innecesaria la declaración de la víctima como testigo en la audiencia).

Todas estas medidas forman parte de las normas dictadas en protección de las víctimas y tienen como presupuesto que deben evitarse la reiteración de interrogatorios respecto de un evento tramuatizante,

---

(52) Véase, en este sentido, la Directiva del Consejo de la Unión Europea de 29 de abril de 2004 relativa a los permisos de residencia a corto plazo para víctimas de tráfico ilícito y personas que han sido introducidas ilícitamente con la cooperación de las autoridades competentes.

(53) Fijnaut, C., Paoli, L. (eds.): *Organized Crime in Europe, Concepts, Patterns and Control Policies in the European Union and Beyond*. Dordrecht 2004; see also Council of Europe Recommendation No. R (85) 11, *On the Position of the Victim in the Framework of Criminal Law and Criminal Procedure*, No.16: "especially when organised crime is involved, the victim and his family should be given effective protection against intimidation and the risk of retaliation by the offender." ["especialmente en los casos de delincuencia organizada se debe proporcionar a la víctima y su familia protección eficaz contra la intimidación y el riesgo de represalias"].

la confrontación con el victimario, las repreguntas por parte de las partes y la demostración del dolor y el sufrimiento de las víctimas en público (54).

El derecho a la asistencia letrada (para las víctimas)

Al admitir los derechos de las víctimas en el marco del proceso penal, debemos analizar si debemos otorgar a las víctimas el derecho a contar con asistencia letrada durante las etapas de instrucción y juicio, y si dicha asistencia debe facilitarse en forma gratuita. Los instrumentos internacionales no dicen nada al respecto. Sin embargo, el principio de bienestar social y el derecho al debido proceso exigen que se otorgue asistencia letrada a las víctimas en la medida en que las sociedades facilitan esos servicios en general.

4.2.2 Información durante la etapa de investigación

Una preocupación básica es el derecho a obtener información durante el trámite de las actuaciones una vez que la denuncia ha ingresado en el sistema de justicia penal. Dicha información tiene que ver con la presentación de una acusación formal y el resultado de ese proceso de toma de decisiones (55).

4.2.3 Participación en las actuaciones

La cuestión procesal atañe a si la víctima puede tener una participación activa en el proceso y llevar adelante las actuaciones. Una participación de esas caracterísiticas puede redundar en interés del estado de derecho puesto que la participación de la víctima puede servir como control frente a decisiones disrecionales y aumentar la transparencia del proceso penal.

El derecho a ser oído antes de tomar decisiones definitivas es la forma de implementar esta participación. En ese marco, revisten particular importancia las decisiones de perseguir o no perseguir penalmente; el impacto de las declaraciones de las víctimas; y la participación de la víctima en las audiencias relativas a la libertad condicional.

---

(54) Véase el párrafo 4 del artículo 8º de la Decisión marco del Consejo de la Unión Europea de 15 de marzo de 2001 relativa a los derechos de las víctimas en el proceso penal.

(55) Véase el artículo 4º de la Decisión marco del Consejo de la Unión Europea de 15 de marzo de 2001 relativa a los derechos de las víctimas en el proceso penal: Derecho a recibir información.

A veces se permite a las víctimas participar activamente mediante legislación que regula su participación a los fines de decidir la cuestión de la indemnización civil, ya sea a discresión del tribunal o poniendo un derecho en cabeza de la víctima.

Algunas legislaciones europeas otorgan a la víctima (o a sus familiares) de determinados delitos (graves) el derecho a participar en el juicio con los mismos derechos que el fiscal (lo que implica el derecho a examinar las pruebas y a recurrir las decisiones del tribunal).

4.2.4 Integrar políticas por las que el delincuente pierde ciertos derechos patrimoniales con políticas en materia de indemnización a las víctimas

El acceso a la justicia podría facilitarse a través de integrar políticas relativas a la pérdida de derechos patrimoniales con políticas en materia de indemnización a las víctimas. Una política que tenga en cuenta el interés de la víctima de recibir una indemnización pecuniaria debería ampliar las posibilidades de incautación y de pérdida de derechos del imputado o del condenado sobre sus bienes. El derecho penal alemán, por ejemplo, estipula que la fiscalía deberá informar a la víctima (conocida) la incautación de bienes o hacer pública dicha incautación a efectos de permitir a las víctimas (cuya identidad no esté establecida) satisfacer sus derechos a recibir una indemnización (artículo 111, 3, III, IV del Código Procesal Penal alemán). La legislación procesal penal alemana también prevé la posibilidad de extender la duración de la incautación de bienes por tres meses más a fin de permitir a las víctimas iniciar acciones de daños (artículo 111 i) del Código Procesal Penal alemán).

5. IMPLEMENTACIÓN DEL ACCESO A LA JUSTICIA

No se ha hecho mucha investigación empírica acerca de cómo y en qué medida se han implementado las políticas de apoyo y protección a las víctimas. En la Encuesta Internacional sobre Criminalidad realizada en 2005 en la Union Europea los estados miembro por primera vez procuraron hacer un relevamiento sistemático de información relativa al apoyo y asistencia que las víctimas reciben y sus percepciones y actitudes. El resultado no es muy alentador. Según esta encuesta, la mayoría de las víctimas (que manifestaron interés en recibir asistencia luego del hecho de victimización) no reciben apoyo de los organismos especializados (56). El nivel de cobertura más ele-

(56) Gallup Europa, The *Burden of Crime in the EU Research Report: A Comparative Analysis of the European Crime and Safety Survey* (EU ICS) 2005, Bruselas 2007, págs. 76.

vado se da en el Reino Unido, Holanda, Austria, Dinamarca y Bélgica. Allí, entre el 10 y el 16 por ciento de las vícimas reciben apoco de algún organismo especializado en asistencia a las víctimas. Los índices más bajos se dan en Alemania, Hungría, España, Grecia, Italia y Finlandia donde entre el 0,5 y el 2 por ciento de las víctimas encuestadas han recibido asistencia o apoyo. El promedio de víctimas de delitos graves que han recibido asistencia en la Unión Europea es del 7 por ciento. Sin embargo, un porcentaje importante de las víctimas (que han denuniado un hecho delictivo) expresa el deseo de recibir algún tipo de apoyo (40 por ciento). Las víctimas de delitos sexuales son las que en particular han expresado la necesidad de contar con un mayor nivel de apoyo y asistencia (70 por ciento). Por consiguiente, según la información de la ECS de 2005, el cumplimiento de la Decisión marco de la Unión Europea de 2001 sigue siendo bajo.

6. Resumen y conclusiones

La cuestión del acceso a la justicia para las víctimas de delitos es compatible con distintas agendas y programas políticos. Puede ser parte de un enfoque basado en el "castigo justo", puede formar parte de alternativas abolicionistas o de justicia restaurativa, o incluso de un enfoque de respuesta a las víctimas basado en el estado de bienestar. Evidentmente el acceso a la justicia para las víctimas puede ser definido desde distintas perspectivas. Puede significar:

- la posibilidad de denunciar un delito, iniciar un proceso penal y obtener una respuesta frente a la victimización criminal;
- obtener una indemnización equitativa;
- o de recibir un trato adecuado al participar como testigo en las actuaciones penales.

El acceso a la justicia para las víctimas no debe confundirse con enfoques que procuran garantizarles la oportunidad de participar a la hora de determinar el castigo. Por el contrario, debe confinarse a un concepto de justicia que queda subsumido en el marco del proceso penal, y que brinda protección a las víctimas y servicios que procuran reducir los efectos nocivos del delito sufrido.

Debemos adoptar una política estricta de acceso orientada hacia las víctimas y evitar que se contamine con otros objetivos o agendas en materia de política criminal. Una política de acceso a la justicia debe estar basada en evidencia empírica y, por consiguiente, se debe alentar la investigación sistemática sobre los efectos que la aplicación de estas políticas tiene para las víctimas.

~

Acceso a la justicia de las víctimas: organismos encargados de su protección

Eva Giberti

La idea de víctima (1) en tanto conceptualización, se instituye paulatinamente en el pensamiento moderno, articulada con el surgimiento del concepto de violencia. Tanto las víctimas cuanto las violencias están asociadas con los cambios que se produjeron en la concepción de "la fuerza". Víctima es aquella o aquel que por alguna razón, no puede o es enclenque, o pequeño o minusválido; ocupa el lugar del no-poder, que es un disvalor por impotencia, mientras que el máximo poder es la opresión, así como la enajenación de la víctima comienza con la amenaza que pronuncia o evidencia el victimario (2). Violencia deriva de *uis*, fuerza o impulso que supone que aquel que sabe que va a golpear, da por descontado que tiene el poder, golpee o no. Ese poder le otorga una especie de inmunidad.

El poder de decisión es lo que marca la estrategia víctima-victimario, y está a cargo de quien decide que algún día va a golpear; le alcanza con ello porque no se aprecia a la víctima como persona; se la desprecia como al esclavo, como a los vencidos: es posible conjeturar,

---

(1) En los primeros siglos de la lengua latina, *victuma* y, más frecuentemente, *victima* eran las palabras que designaban a los seres humanos o animales vivos que habían sido elegidos para morir en sacrificios ofrecidos a los dioses. *Victimarius* era el nombre del verdugo encargado de matar a esos hombres o animales, hoy en español, ***victimario***. Con el tiempo, ***víctima*** se fue aplicando no sólo a las personas y animales inmolados, sino también a aquellos que sufrían agresiones, torturas, accidentes o incluso enfermedades. Muy cerca de este vocablo están *victus* (alimento, aunque también vencido) y *vinctus* (encadenado). Lo único cierto es que el papel de la víctima es cargar con los pecados de todos, ser sacrificada, de *sacrum facere* (hacer algo sagrado), para que la sociedad se vea libre de sus culpas. La tribu nunca puede ser responsable de sus propios males, nunca ha de autocastigarse. Para eso están las ***víctimas***, para cargar sobre ellas todas las culpas.

(2) Giberti, E., *La idea de víctima*, en Revista de Victimologia, Nº 21, Ed. Universitaria, 2000, Córdoba.

ensayando una aproximación, que así nacería históricamente la víctima coagulando el intento de construir esclavos.

Mediante la aplicación de una dialéctica inmanente al poder (que se transparenta en los fundamentalismos, y que no se debería encontrar en el trato democrático) se somete a un ser humano, degradándolo hasta convertirlo en un algo, aniquilando —intentando hacerlo— en lugar de incorporarlo como un alguien, el otro.

La víctima es quien soporta a quien detenta el poder, o sea, es el perdedor, el o la que es burlado /a, descripción que constituye la caracterización paradigmática de la víctima.

En la víctima se entrena quien utiliza el poder para dominar a quien convertirá en objeto como sucede en la relación entre los pensantes y los sirvientes. La víctima es el territorio necesario para fundar el lugar real y simbólico de la dominación.

En ejercicio del poder y de la fuerza de la cual dispone, el violento actúa en función de la minusvalía del otro, minusvalía que por lo general él decreta: los niños y las mujeres, por ejemplo, comienzan por considerarse inferiores e incapaces. Para desvalorizarla, necesita, en una primera instancia, reconocerle alguna índole de valor.

Dada la debilidad ontológica, registrada y definida por el golpeador, en la alternativa de la posible protección —no ejercida— reside el peligro que proviene del abuso de poder.

Este abuso de poder es el que es preciso tornar conciente en las víctimas, resguardándolas de una resignación pasivizante o de una tolerancia que finaliza tornándola cuasi cómplice del victimario. La necesidad de aportarle a la víctima los recursos para defenderse y para prevenir nuevos ataques constituyen dos ejes que inspiraron la creación del Programa Las Víctimas contra laS ViolenciaS que actualmente depende del Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos de la Nación. Inicialmente fue creado mientras el Dr. Aníbal Fernández ocupaba el cargo de Ministro del Interior, durante el año 2006. Al trasladarse a otro ministerio el Dr. Fernández instaló el mismo Programa en la nueva área de gobierno.

¿Por qué "Las Víctimas contra laS ViolenciaS"?

Porque, a partir de la afirmación anterior, una víctima arriesga recibir un trato conmiserativo, o bien destinado a lograr su resignación, o en una situación psicoterapéutica, a realizar lo que se denomina una elaboración de la situación traumática padecida.

Sin duda estas elaboraciones técnicamente dirigidas constituyen un baluarte valioso para transformar la situación traumática en un recuerdo evitando la tendencia a repetir, por ejemplo, como sucede con aquellas víctimas cuyas subjetividades están lo suficientemente dañadas como para que no logren enfrentar al violento, huir de él o denunciarlo. Es tanto su terror que sólo pueden someterse.

El hecho es frecuente en los historiales de mujeres golpeadas por sus compañeros varones. Se intenta que ellas asuman su posibilidad de reclamar al Estado la ayuda necesaria para oponerse a esa violencia. Es decir, que pueda, instalarse en contra de ella a partir de intervenciones estatales que coadyuven con su capacidad para defender sus derechos, que con frecuencia desconoce.

El Programa se ocupa de diferentes víctimas, y para atenderlas creó Equipos o Brigadas que cumplen distintas tareas, no sólo con víctimas de violencia familiar, también con víctimas de delitos contra la integridad sexual, niños víctimas de explotación sexual y víctimas de trata con fines sexuales y laborales. En paralelo este Programa diseñó un proyecto de Ley de Protección, Sanción y Erradicación de la Violencia y el Abuso de Poder en el Ambito de la Organizaciones Familiares que deberá ser discutido por la Legislatura, una Ley Nº 26.364 de Prevención y Sanción de la Trata de Personas y Asistencia a sus Víctimas, sancionada el 9 de abril de 2008, promulgada el 29 de abril de 2008, y se encuentra en estudio el proyecto de Represión contra el tráfico de menores de diez años, que ya ha sido evaluado por otros dos ministerios.

El Equipo Móvil de intervención en situación de Violencia Familiar

La intervención con las víctimas de violencia denominada familiar —estadísticamente representada por la violencia de género— reclama una acción urgente que actúe en la inmediatez, cuando la mujer se encuentra en la situación de violencia como tal, y ser rescatada de la misma, al mismo tiempo que se la acompaña para radicar la denuncia en la comisaría correspondiente y se la acompaña, junto con sus hijos/as para ser protegida en un hogar transitorio hasta que se concrete la acción judicial o hasta que la víctima decide regresar a su domicilio si las condiciones de seguridad así lo autorizan.

No obstante, en oportunidades, se reiteran los pedidos de auxilio que provienen de la misma mujer, situación que permite mensurar la eficacia del antecedente policial previo para una futura intervención legal.

Este es el procedimiento que llevamos a cabo desde octubre del año 2007, mediante el Equipo Móvil de intervención en situación de Violencia Familiar.

Depende del Programa Las Víctimas contra laS ViolenciaS del Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos de la Nación y su función es hacerse presente en la escena misma de la violencia.

¿Cuál es el procedimiento?

Cuando una víctima o un vecino o familiar llama gratuitamente al número telefónico 137, dicho llamado es recibido en una central telefónica atendida por cinco operadores entrenados en dicha tarea. De acuerdo con la dirección donde se está desarrollando la violencia, los operadores se comunican con una central telefónica policial que inmediatamente envía un patrullero para hacerse cargo de la persona violenta y trasladarla detenida.

Al mismo tiempo un móvil no identificable, tripulado por una psicóloga, una trabajadora social y dos policías —cuya primera tarea es manejar el volante—, se hace presente en el domicilio en el que se encuentra la víctima (domicilio del cual el agresor ha sido retirado momentos antes por el patrullero; en oportunidades el sujeto ha huido).

Las dos profesionales se hacen cargo de la víctima —habitualmente mujer con sus hijos— la trasladan a la comisaría para que radique su denuncia, para que exista un comprobante del hecho, y la conducen al hospital, si es necesario. También se busca un domicilio de un miembro de su familia donde la víctima pueda permanecer o bien se recurre a un hogar de tránsito —oficial— en el cual puede permanecer con sus hijos, durante un breve tiempo.

Este Equipo está formado por setenta profesionales distribuidos en dos brigadas localizadas respectivamente en la zona norte y en la zona sur de la Ciudad de Buenos Aires, y se desempeña mediante guardias permanentes La duración de cada intervención suele extenderse entre tres y seis horas, según se trate de mujeres carentes de todo apoyo familiar o debido a la falta de hogares de tránsito en la Ciudad de Buenos Aires (solamente contamos con uno dependiente del Gobierno de la Ciudad cuyo cupo suele encontrarse cubierto) lo cual torna preciso recurrir a otras instancias capaces de alojar a la mujer y a sus niños. Además de las tardanzas que los servicios hospitalarios padecen y que repercute en las guardias donde estas mujeres deben se atendidas.

Otro Equipo, articulado con el anterior (que es el que interviene en urgencia) es el que actúa después de las primeras 48 horas, es el Equipo de Seguimiento que permanece atento a la situación de la mujer ya sea para acompañarla reiteradamente al ámbito tribunalicio donde ella pueda iniciar una causa por violencia familiar, o para trasladar nuevamente al hogar después de haber evaluado la situación de

riesgo y recomendar a las defensorías barriales de la Ciudad de Buenos Aires que continúen con la atención a esta víctima. Se le aportan las direcciones de las instituciones cercanas a su domicilio a las que podría recurrir para integrar grupos de apoyo o de psicoterapia.

Este Equipo que ha demostrado su eficacia interviniendo en la escena de la violencia, resulta limitado por la dificultad para contar con organismos municipales que continúen con la protección de la víctima garantizando su asistencia a servicios especializados destinados a fomentar la autoestima de la mujer.

No obstante la experiencia ha demostrado que la intervención de un Equipo formado por profesionales que llega al domicilio de la víctima actúa de manera disuasoria frente a las posibles violencias de sujetos que temen el apoyo técnico que recibe la mujer al propiciarse la denuncia policial, la intervención hospitalaria y la posible demanda judicial. Interviene los 365 días del año y durante las 24 horas.

El equipo Móvil Niños

También actúa los 365 días del año y durante las 24 horas. Se trata de una camioneta no identificable, conducida por dos policías y con la asistencia de dos sicólogas, en oportunidades una trabajadora social. Recorren las calles de la ciudad en busca de sujetos que se acercan a las niñas que reconocen como "trabajadoras del sexo" y entablan contacto en calidad de clientes. Los profesionales y la policía registran el hecho, se confirma el ingreso de ambos en el hotel y se mantienen atentos al egreso de ambos. En ese momento se detiene al sujeto, se intenta dialogar con la adolescente y se solicita la intervención del patrullero policial que conduce al sujeto a la comisaría La adolescente en oportunidades entabla contacto con las profesionales acepta concurrir a la sede policial para declarar; en otras huye ya que ella no se siente una víctima de explotación sexual, sino alguien que se encuentra trabajando. Es habitual que en la cercanía de cuadras, el rufián o algún familiar de la adolescente reconozcan la presencia del operativo y huya. Los trámites posteriores reclaman un extenso espacio para su descripción. Este Equipo cuenta con veinte personas.

Móvil de Asistencia Víctimas de Delitos Sexuales

Ante la presencia de una mujer violada que se acerca a la comisaría para efectuar la denuncia y solicitar ayuda, la policía tiene obligación de llamar inmediatamente a este Equipo, el cual debe hacerse presente con la mayor celeridad posible para evitar el contacto de la víctima con personal no especializado. Este Equipo está integrado exclusivamente por mujeres, una psicóloga y una asistente social quienes dialogan con la víctima, se comunican con la persona que

ella solicite y la trasladan al hospital donde será atendida por profesionales expertos en el tema quienes le suministran la denominada "píldora del día después" juntamente con la medicación destinada a prevenir la infección con el VIH.

La clave de este Equipo reside, más allá de la inmediata atención a la víctima, en lograr que mantenga la denuncia para identificar al violador; es decir, que cuando se encuentra en condiciones, el Equipo, días después se ocupará de acompañarla al área de la Policía Federal Argentina preparada para la identificación posible o para la realización del identikit del violador.

Tiene la oportunidad de convertirse en una víctima colaboradora no sólo en lo que respecta a la identificación, sino en la solidaridad de género, entendiendo la necesidad de mantener la denuncia para localizar al sujeto.

También mantiene su operatividad los 365 días del año durante las 24 horas y está formado por 30 profesionales.

Tanto en este modelo, cuanto con las víctimas de violencia familiar, se intenta modificar el estatuto de la víctima, resignificar la tesis que propuse en los primeros párrafos describiéndola como una persona "perdedora" de acuerdo con la imagen tradicional de la víctima, para contribuir a su posicionamiento como sujeto de derecho capaz de reclamarle al Estado no sólo ayuda personal sino la sanción pertinente para quienes ejerzan violencias.

Perspectiva social y política del acceso a la justicia de las víctimas

Remo Carlotto

Ante todo debo aclarar que no soy abogado, por lo que mi exposición sobre el acceso a la justicia de las víctimas será desde una perspectiva social y política más que jurídica.

Separaré mi intervención en dos partes: la primera vinculada a las víctimas del accionar del terrorismo de estado, exponiendo por un lado qué se ha hecho hasta hoy y por otro cuáles son las preocupaciones que vemos sobre este tema para luego exponer sobre el acceso a la justicia de las víctimas sociales en el actual esquema democrático de nuestro país.

Haciendo un breve repaso de nuestra historia reciente, observamos que durante el proceso del retorno democrático y ya en democracia, fueron las víctimas las que han tenido un rol protagónico en la lucha por el acceso a la justicia. Las víctimas del accionar del terrorismo de estado de la última dictadura han tenido un rol preponderante en la búsqueda y demanda de justicia y reparación por parte del Estado democrático frente a los crímenes de lesa humanidad cometidos durante ese período.

Las respuestas y acciones por parte del Estado democrático fueron de avances y retrocesos a lo largo de ese proceso. La elaboración del informe de la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas —CONADEP—, fue una herramienta fundamental para el conocimiento público de la verdad y el enjuiciamiento de los responsables de los crímenes cometidos durante ese período.

Esta comisión receptó los datos y elementos aportados por cada una de las víctimas y sus familiares, sin embargo, sentían una nueva victimización al tener que dar y rendir testimonio de los hechos que les tocó vivir durante ese período trágico frente a lo que sería la continuidad institucional, dentro del proceso democrático, el Ministerio del Interior.

Si bien fue alentador en el comienzo llegándose, incluso, a uno de los puntos más importantes en la concreción de justicia, como fue el desarrollo del juicio a las Juntas Militares, fue insatisfactorio para las víctimas porque, por ejemplo, no se juzgó a la última Junta Militar fundándose esa decisión en que había sido parte de la transición hacia el proceso democrático; cuando comprobamos a lo largo de los años que esa Junta, había tenido una clara responsabilidad en la comisión de crímenes aberrantes y en el plan sistemático que se sustentó en la Argentina durante la dictadura.

El Juicio a las Juntas, sin embargo, devino en un hecho simbólico ya que no juzgaba a todos los responsables sino sólo a las cúpulas. El proceso de juzgamiento de los autores directos y otros autores mediatos de los crímenes, fue interrumpido por las leyes de punto final y obediencia debida —23.492 y 23.521— que les pusieron un candado al proceso de justicia en nuestro país, quedando solamente condenadas las primeras juntas militares y además posteriormente indultadas. Por lo tanto el sistema de búsqueda de justicia que había iniciado esa Comisión de la Verdad y ese consenso social, a los pocos años se veía suspendido en su desarrollo.

Esto provocó que las víctimas cumplieran un nuevo rol a través de las organizaciones de derechos humanos en buscar romper con el cerco de impunidad que se había implementado en nuestro país.

En este sentido las estrategias que iniciaron los organismos de derechos humanos para romper el cerco de impunidad fue clave, ya que había dos situaciones que no se encontraban abarcadas por las leyes de impunidad ni por los indultos, como fueron los hechos vinculados a la apropiación de niños durante la última dictadura y la comisión de delitos de carácter económico.

Tal vez la estrategia más importante de los organismos de derechos humanos, de las organizaciones de las víctimas, fue encontrar las fisuras del sistema de impunidad para llevar adelante un proceso de obtención de justicia, no sólo en la localización y recuperación de la identidad de los niños apropiados si no en el juicio y castigo a los responsables de esa apropiación; esto significaba no sólo de los ejecutores directos sino de toda la línea de mando y responsabilidad en la comisión de esos crímenes.

Fue el CELS, como patrocinante en la causa Poblete-Hlaczik, iniciada por la Asociación de Abuelas de Plaza de Mayo, que consigue que se iniciara un proceso importantísimo que derivó en la declaración de inconstitucionalidad de las leyes de impunidad.

O sea que hemos tenido a lo largo de veinte años de democracia un camino donde las víctimas fueron aquellos que buscaron encon-

trar respuesta por parte del Estado; y el Estado, desde los tres poderes, reaccionaba frente a estas demandas con situaciones esporádicas, con concesiones hacia las víctimas.

A partir de la anulación y de la inconstitucionalidad de las leyes de Obediencia Debida y Punto Final se abre un nuevo proceso esperanzador en nuestro país como es la posibilidad de que la Justicia con absoluta independencia y libertad pueda llevar y concluir los procesos interrumpidos en el año 1986/87.

Esto trajo como consecuencia algo que considerábamos impensado, que aquellos que participaron del terrorismo de estado, pudieran tener también capacidad de acción contra las víctimas en el presente. En este sentido, hemos asistido con estupor y preocupación a tres situaciones extremas; una, donde tenemos a unos de los testigos desaparecido, el caso de Jorge Julio López, testigo principal en una de las causas que se ventiló en la Justicia Federal de La Plata en juzgamiento del genocida Etchecolatz. Desaparición producto de una acción parapolicial y paramilitar, con vinculaciones e implicancias de, tal vez, miembros de las fuerzas de seguridad en actividad. Y tuvimos dos secuestros sobre sendos testigos en distintas causas como es el caso de Luis Geréz y Juan Puthod que fueron localizados y dejados en libertad rápidamente.

Estos son los hechos más dramáticos y duros, pero hemos tenido una multiplicidad de amenazas, de persecuciones, de intimidaciones a testigos, familiares y querellantes en cada una de las causas, lo que denota una situación en donde el Estado no ha tenido la capacidad de dar una respuesta ágil y efectiva a esta situación.

Se han creado instancias dentro del Poder Ejecutivo para tratar de dar respuesta tanto con la creación de comisiones especiales como en el propio funcionamiento de la Secretaría de Derechos Humanos, o las áreas que históricamente funcionan dentro del ámbito del Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos de la Nación.

Sin embargo, estas herramientas son, desde mi perspectiva, insuficientes, porque tal vez no se contempla en forma integral cuál es la situación de los familiares y de aquellos sobrevivientes del terrorismo de estado que es la no aceptación de que la custodia, su seguridad, su seguimiento y su monitoreo para preservar su integridad física, esté a cargo de las mismas instituciones a las que ellos están acusando por la comisión de crímenes aberrantes. Para una víctima tal vez esto sea, y es entendible y comprensible, una forma de intimidación mayor frente a su situación de testigo.

Lo que nosotros estamos proponiendo es que la articulación entre el Poder Judicial, tanto de jueces como de fiscales, con el Poder

Ejecutivo en la custodia, sea acompañada por una acción mucho más contemplativa sobre la individualidad de cada uno de los testigos y de su protección, buscando sistemas donde se armonice, por ejemplo, con la acción de los actores locales, tanto gubernamentales como no gubernamentales, en el acompañamiento social que debe tener la víctima en el momento que se está resolviendo esta situación.

De todas maneras nosotros creemos que a treinta años vista de la comisión de estos crímenes aberrantes lo que estamos esperando y lo que estamos buscando es que la Justicia actúe con celeridad. Hay elementos y pruebas suficientes, recorremos el país acompañando a las víctimas, a los querellantes en la demanda de justicia, para que estos procesos tengan pronta y rápida resolución.

Es importante destacar que, sin embrago, se han tomado en los últimos meses varias medidas de carácter legislativo. El Poder Ejecutivo ha enviado al Congreso, cinco proyectos de ley que ya fueron aprobados, donde se busca un camino para agilizar la acción de la justicia y romper tal vez alguno de los esquemas que la defensa de los genocidas viene implementando: como es la dilación de las causas en el tiempo a través de de la interposición de recursos judiciales.

En ese sentido, uno de los proyectos más importantes que se han aprobado es el que contempla la implementación de la oralidad de los recursos y de esta manera romper este esquema que no solamente va a ser aplicado para las causas en los crímenes de lesa humanidad, sino que va ser aplicado en todo el sistema de justicia federal.

Estas son las reflexiones que quería aportar con respecto al tema de la dictadura militar. Pero considero que la Historia no está conformada por hechos estancos y aislados, encontramos que hay también consecuencias y continuidad en la situación de las victimas en el presente.

No puedo dejar de analizar y de mirar a las víctimas de la exclusión social y económica que no reciben ni tienen garantías de innumerables derechos esenciales, a los cuales el Estado debe dar respuesta y no lo da. Cuando estas personas realizan una demanda por esos derechos, muchas veces son judicializados, o sea, se judicializa la pobreza y tenemos en la Argentina más de tres mil procesados por protestas sociales, que también terminan siendo víctimas.

Por un lado la no respuesta del Estado en garantizar los derechos que, como ciudadanos, los asisten, y por otro lado judicializar y penalizar su reclamo.

Quisiera detenerme un minuto sobre este tema, ya que impulsé la creación, antes de ser diputado de la Nación, como Secretario de Derechos Humanos en la provincia de Buenos Aires, de dos organismos

dentro de la Secretaría. Los mismos buscaron promover el acceso equitativo a los derechos de quienes sufren diferentes tipos de delito y desde una mirada transversal de las políticas de derechos humanos en el tratamiento de las víctimas.

Una primera, fue la creación de un comité de contralor de las fuerzas de seguridad, con la participación de organizaciones no gubernamentales en coordinación con las áreas ministeriales, con las áreas de asuntos internos que llevan adelante los trámites administrativos y de sanciones con respecto a los miembros de las fuerzas de seguridad en cuanto a su incumplimiento como funcionarios públicos. Y esto fue sumamente importante para poder generar un mecanismo que transparentara el seguimiento de estos trámites. lo que nosotros encontrábamos en el relevamiento judicial en la provincia, como en el relevamiento administrativo, era que frente a los casos de tortura tanto dentro de comisarías como en unidades penitenciarias, sólo un tres por ciento de esas causas llegaban a un juicio efectivo por torturas, el resto eran caratuladas como apremios ilegales y terminaba siendo diluida la acción.

Tenemos un ejemplo que nos involucra a nosotros como miembros del Poder Legislativo, no hemos permitido el ingreso como diputado de la Nación de un genocida que participó tanto del accionar del terrorismo de estado durante la dictadura como en democracia en la aplicación de tortura en forma sistemática, es más, en su legajo tenía innumerable cantidad de acusaciones y de acciones administrativas con respecto a su participación en casos de apremios y de torturas, sin embargo no había tenido jamás ninguna sanción ni había tenido ninguna interrupción en la continuidad de sus funciones. Desde nuestra perspectiva, en el sistema democrático la modificación de prácticas culturales tiene que estar acompañada de medidas punitivas que den un ejemplo más en estructuras que tienen alto nivel de verticalismo para poder dar una respuesta efectiva y modificar esas prácticas ilegales.

La otra instancia que nosotros creamos en ese momento fue un Centro de Protección a los Derechos de la Víctima. Buscamos un camino que junto con la participación tanto de víctimas de la violencia institucional, de los casos de gatillo fácil, de las ejecuciones sumarias que se realizaban por parte de las fuerzas de seguridad en la provincia de Buenos Aires, junto con la participación de las víctimas del delito, en términos más generales y más abarcativos, generara un mecanismo de diagnóstico que pudiera ser trasladado a las distintas áreas del Estado.

Era llamativo como uno iba encontrando en ese camino las falencias que el propio Estado tenía para dar respuesta a las demandas

que las víctimas podían presentar frente a la vulneración de derechos. Nosotros decíamos: hay una doble victimización que se daba por ejemplo en el no acceso a la Justicia, en la imposibilidad de ser escuchados, en la imposibilidad de tener conocimiento del estado de situación de su causa, hasta la incapacidad del Estado de atender psicológica o psíquicamente a cada una de estas personas en cuanto a su vulnerabilidad.

El caso paradigmático fue una situación dramática y trágica que sucedió aquí en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires como fueron las muertes producidas por el incendio de un local donde murieron ciento noventa y cuatro jóvenes: el "Caso Cromañón. En esta situación encontramos que muchos de los chicos sobrevivientes y muchos de los que fallecieron en esos trágicos acontecimientos, eran de la provincia de Buenos Aires y no existían los mecanismos de respuesta frente a situaciones de catástrofe, frente a situaciones críticas y cómo el Estado debía atender, resolver, viabilizar y canalizar cada una de las demandas que se podían presentar las victimas.

La acción del estado con respecto a las víctimas debe ser tanto el acceso a la Justicia como la aplicación de otros mecanismos de reparación, como han sido para el caso de las víctimas del terrorismo de estado, las reparaciones económicas por los crímenes que se cometieron. Otra reparación, es la acción legislativa para impedir que por ejemplo aquellos funcionarios que estuvieron vinculados a la acción del terrorismo de estado y a la comisión de crímenes de lesa humanidad, o aquéllos que han cometido violaciones a los Derechos Humanos se vean impedidos de ocupar cargos públicos, tanto en el Poder Ejecutivo, en el Legislativo o en el Judicial.

El desafío es conectar las consecuencias del terrorismo de estado con la construcción del Estado democrático, o sea, si nosotros conformamos un Estado que busca reparar en su instancia más profunda las consecuencias del terrorismo de estado debemos garantizar que el Estado democrático cumpla con algo que para nosotros es un precepto fundamental en este tiempo: el cumplimiento y el respeto irrestricto de los Derechos Humanos. Esto significa una política pública, activa y permanente con respecto a las víctimas más allá de la intencionalidad de un gobierno, nosotros tenemos la responsabilidad y la obligación de convertir la protección de testigos y de víctimas en una acción pública permanente del Estado.

Resolución alternativa de conflictos en el trato con la víctima

Renatto de Vitto

Ante todo deseo saludar y agradecer la invitación de la Dra. Stella Maris Martínez, Defensora General de la Nación de Argentina y coordinadora de la Asociación Interamericana de Defensorías Públicas (AIDEF), quien es una persona muy estimada y respetada en Brasil.

Fue un gran honor recibir la invitación para explicar sobre la experiencia brasileña en el tema de los medios alternativos de resolución de conflictos. Soy Defensor Público en San Pablo, lo que me autoriza para hablar en este tema, sobre las buenas prácticas que existen en muchos Estados del Brasil, en desarrollo, en actividad. En este sentido, es un honor compartir este panel con doctrinarios relevantes, como el Dr. Alberto Bovino y Dra. Elena Highton.

El objetivo de mi exposición será intentar ubicar el rol de la Defensoría Pública en el tema de la resolución alternativa de conflictos colectivos, y presentar dos experiencias concretas, que es algo nuevo que pasa a ser objeto de estudios después de los programas de indemnización para las víctimas del Valle de Amianto y el 11 de septiembre, en los Estados Unidos.

Por un lado, en el campo del derecho penal vivimos una situación paradójica, que proclama el principio de la intervención mínima. Sin embargo, la realidad apunta hacia una práctica de intervención abusiva, generalmente en detrimento de los más vulnerables, de los más pobres. Por otro lado, en el campo de los derechos civiles, y en especial de los derechos sociales, el principio de la protección de los más vulnerables, como una expresión del principio de la igualdad, se encuentra proclamado en todas las cartas fundamentales de los Estados. Pero, tal como nombraba el Dr. Elías Carranza en su confe-

rencia (1), tenemos en Latinoamérica doscientos millones de personas que viven bajo la línea de pobreza, careciendo de los instrumentos adecuados y suficientes para garantizar todos los derechos proclamados. Además de no haber presupuesto suficiente para costear las políticas oficiales, oímos que tampoco lo hay para estructurar las Defensorías Públicas. Esto lleva a un fenómeno que denomino "hipotrofia institucional", caracterizado por bajos sueldos y un número pequeño de defensores, si comparamos con el número de jueces y fiscales.

En un contexto de crisis de credibilidad del sistema de justicia, tenemos que revisar la postura y la actitud tradicional de la Defensoría Pública, para que ésta se acerque a las poblaciones más vulnerables y busque intervenir activamente en las situaciones de conflicto. Solamente así lograremos obtener un reconocimiento de nuestra efectiva utilidad social, para que tengamos entonces condiciones políticas favorables a la estructuración adecuada de la defensa en toda Latinoamérica.

Propongo así una nueva mirada sobre las tres etapas del movimiento universal de acceso a la Justicia, descriptas por Capelletti. En este sentido, la primera etapa coincide con el rol tradicional de la Defensoría Pública, que es la representación judicial. Con la segunda, apuntamos a la tutela de los intereses colectivos y a las acciones civiles públicas. Por último, la tercera etapa, es la simplificación del proceso y los Medios Alternativos de Resolución de Conflictos (MARC). Planteo aquí, entonces, que la Defensoría Pública incorpore aspectos de estas tres etapas del movimiento universal de acceso a la Justicia, en su práctica, agregando no solamente las acciones de interés colectivo, sino también las prácticas alternativas de resolución de conflictos en su actuación. Como sabemos los medios alternativos —como la conciliación, la mediación y el arbitraje—, pueden aumentar significativamente el grado de eficacia en el acceso a la Justicia. La innovación está en los métodos alternativos de conflictos colectivos, también llamados de "Claims Resolution Facilities". Es un nuevo modelo de proveer una alternativa de composición especialmente diseñada para un conflicto colectivo específico, que puede traer un alto grado de eficacia para la intervención, en especial en casos de calamidad.

Las experiencias más conocidas son la casa del Valle de Amianto o Valle de la Muerte, donde millares de personas fueron afectadas por agua contaminada de componentes de la exploración de amianto.

---

(1) Se refiere a la intervención del Dr. Carranza en este mismo Congreso, publicada en el presente volumen.

Otro caso es la indemnización de los familiares de las víctimas de los atentados del 11 de Septiembre, en que el gobierno de Estados Unidos estableció un procedimiento especial y voluntario para los resarcimientos y creó un fondo para pagar las indemnizaciones.

Las características esenciales de esos programas son la voluntariedad, por supuesto que la víctima tiene la posibilidad de adherir o no al programa. Otra característica, una premisa en verdad, el tratamiento igualitario de las personas a través de parámetros previamente establecidos con la participación usualmente de órganos de defensa del consumidor, que utilizan las directrices jurisprudenciales de los tribunales superiores generalmente para establecer juntamente con el responsable por el pago esos parámetros generales.

Otra premisa o característica sería la transparencia en todo el procedimiento de negociación con el responsable por la indemnización. Tenemos una preocupación también con un enfoque colectivo, sin embargo, de atentar para las peculiaridades de casos concretos. Se busca la uniformización de los valores pagos y de los medios de prueba, no solamente de los medios de prueba como de todo el procedimiento, y se busca una situación un poco más informal que la justicia tradicional y los resultados acostumbran a ser más rápidos que lo que era la justicia tradicional.

En Brasil tuvimos dos experiencias concretas con el trato de conflictos colectivos. El 11 de enero de 2007 ocurrió un accidente en las obras de construcción de una estación de metro en San Pablo. Por motivos aún no conocidos se abrió un hueco en la región de las obras, que es una región residencial. Fueron tragados cinco camiones y otros pasantes. Después del accidente teníamos el riesgo de caer de una grúa de cuarenta metros de altura. Había setenta y ocho viviendas en la región. Las personas tuvieron que salir de sus casas, fueron desalojadas, siete personas murieron y cerca de ciento ochenta personas fueron desalojadas y enviadas a hoteles. Entonces, la Defensoría Pública actuó esclareciendo las víctimas sobre sus derechos, los familiares, las víctimas fatales y los desalojados, realizando varias reuniones que empezaron a ocurrir desde el día después del accidente. Posteriormente, se establecieron, conjuntamente con las constructoras, con la Compañía Metropolitano y con el gobierno del Estado de San Pablo, parámetros de indemnización para las víctimas y familiares. De acuerdo con la situación, teníamos situaciones diversas, inquilinos, propietarios, una parte de la región sería objeto de una futura desapropiación. Entonces, categorizamos a las personas en cuatro grupos distintos, fijando esos parámetros de indemnización. Con la municipalidad fue ajustada la aceleración de las desapropiaciones ya planeadas para esa área. Noso-

tros nos encargamos de sesenta y cinco familias de las setenta y ocho. Logramos firmar sesenta y un acuerdos de indemnización: treinta y dos con inquilinos, veintiocho con propietarios, uno con familiares de una víctima fatal. En provecho de ciento cuarenta y cinco personas, solamente en cuatro casos no celebramos un acuerdo. Y los acuerdos, todos extrajudiciales, fueron firmados en cerca de seis meses. La mitad de esos acuerdos fueron firmados con los inquilinos en dos meses, en sesiones de conciliación que realizamos en la Secretaría de Justicia. Las indemnizaciones abarcaron los daños patrimoniales y daños morales, no podría decir los valores efectivamente, porque había una prohibición de decirlo, pero garantizo que los valores pagos a las víctimas están arriba del promedio de las decisiones judiciales.

Un segundo ejemplo fue el caso del vuelo TAM J3654. El 17 de Julio de 2007 tuvimos el más grave accidente aéreo de la historia de la aviación civil brasileña y latinoamericana. Un avión que salió de Porto Alegre con destino a San Pablo no logró frenar en la pista del aeropuerto de Congonhas y atravesó la avenida cercana, chocándose contra el depósito de la propia compañía aérea. Al lado del depósito había una gasolinera, que generó también un incendio. Murieron ciento noventa y nueve personas entre pasajeros, funcionarios de la compañía y transeúntes. Solamente el proceso de identificación de los muertos tardó cerca de veinte días. En ese caso la Defensoría se preocupó, porque era más complejo que el caso del metro, en establecer una red con la fiscalía y los departamentos estaduales provincial y nacional de Defensa del Consumidor, para proveer la asistencia a los familiares de las víctimas. Pocos días después del accidente comenzamos a realizar reuniones con esos familiares de las víctimas, con la compañía aérea y con las compañías aseguradoras. Fue firmado un mes después del accidente un término de compromiso en que las responsables asumieron la obligación de proveer toda la información sobre el accidente, sobre los procedimientos, sobre los procesos de indemnización así como pagar una asistencia médica, psicológica y psiquiátrica a los familiares por el mínimo de dos años. Sin embargo, de futura indemnización por los gastos médicos y sin análisis de la relación de causalidad entre la enfermedad y el hecho. Es un término de compromiso, que está ahora siendo incluso analizado por una comisión parlamentaria como fuente para un cambio legislativo en materia de asistencia preliminar a víctimas de accidentes aéreos. Después de ajustar el contenido de la asistencia preliminar fueron establecidos parámetros indemnizatorios y un regimiento interno de una Cámara de indemnización. Ese regimiento fue discutido con la empresa, con TAM, con las aseguradoras, y en cerca de treinta artículos se diseño el funcionamiento de la Cámara. Los parámetros fueron fijados de acuerdo con las decisiones más favorables

del Superior Tribunal de Justicia brasileño. El valor establecido, por ejemplo, por el daño moral es casi el doble del valor fijado en la única sentencia proferida sobre ese caso en Brasil. El procedimiento contempló ahora la necesidad de contratación de personas pagas por TAM para proveer asistencia, información a todos los familiares de víctimas. Esas personas contratadas de sus funcionarios, fueran entrenadas por los órganos de defensa del consumidor y ahora a fines de abril fue instalada la Cámara de indemnizaciones. No dispongo de números porque hace poco más de cuarenta días que fue instalada, pero les puedo informar que ya fueron atendidas decenas de personas en dos oficinas ubicadas en Porto Alegre y San Pablo. Hay otros ejemplos exitosos: en San Pablo también trabajamos con otro accidente aéreo pequeño en que fueron firmados dieciocho acuerdos, ya firmados. Tuvimos otro accidente en que cayó el muro de una empresa estatal en una favela, donde cerca de veinte personas perdieron sus viviendas. Aquí también creamos un procedimiento similar parejo para tratar colectivamente las indemnizaciones y hacerlo muy rápidamente.

Todos esos ejemplos pueden demostrar que no sólo es posible, sino también que es necesario que la Defensoría Pública busque innovar y perfeccionar sus métodos de trabajo, con el objetivo de atender a la solicitud y necesidades de los usuarios de sus servicios.

Podría proveer más detalles sobre los programas expedidos. Sobre todo me gustaría decir que nosotros, Defensores y Defensoras Públicas, tenemos un gran desafío que es no olvidar. No olvidar como lo que dijo Bertold Brecht, que la Justicia es el pan del pueblo. No nos debemos olvidar que la Justicia es el pan del pueblo y que por el pueblo debe ser hecha. No debemos olvidar que debemos criticar y reinventarse nuestras prácticas y métodos, buscando cooperar para la construcción de un sistema de Justicia verdaderamente efectivo, encargado de las necesidades de la población más vulnerable. Todo ello no sólo por el sistema judicial formal, sino también por el perfeccionamiento y ampliación de los medios alternativos de resolución de conflictos, con la participación y colaboración decisiva de la sociedad.

Aporías

Alberto Bovino

Una forma de verificar el funcionamiento del proceso penal es el examen del sistema de tratamiento de la libertad del procesado, esto es, ¿cómo se respeta la libertad del imputado en la causa penal.

El proceso penal está gobernado por el principio del 'favor libertatis'; la exigencia de respeto a la libertad del encausado y a sus dos derivados, la presunción de inocencia y la regla de la restricción de derechos a título de pena. La afectación de la libertad del imputado es excepcional, solamente tiene justificación cautelar; la necesidad de garantía de los fines del proceso penal mediante una detención determinada a través de los requisitos legales.

Las medidas para la recuperación de la libertad del procesado detenido son medidas cautelares sistematizadas por su objeto; la tutela cautelar del derecho a la libertad mediante su inmediata restitución en caso de privación arbitraria.

César A. Nakazaki Servigón,
Medidas para la recuperación de la libertad del procesado detenido.

I. Introducción

I. 1. Problemas del principio de inocencia

Las exigencias sustantivas, temporales y formales que tanto la doctrina como la jurisprudencia nacional e internacional, junto con numerosos instrumentos de derechos humanos y textos constitucionales, imponen a los Estados antes de tolerar que una persona jurídicamente inocente reciba una sanción materialmente represiva anticipada de la magnitud del encarcelamiento preventivo, son las siguientes: a) verificación del mérito sustantivo; b) principio de excepcionalidad; c) fin procesal de la prisión preventiva; d) proporcionalidad; e) provisionalidad (1); f) control judicial (2); y g) límite temporal del encarcelamiento preventivo (3).

---

(1) Bovino, *El encarcelamiento preventivo en los tratados de derechos humanos.*
(2) Bovino, *La libertad personal en el sistema interamericano.*
(3) Ver Cafferata Nores, *Limitación temporal a la prisión preventiva*.

Analizado el problema en abstracto, los principios estudiados pueden parecer razonables y podrían ser considerados salvaguardas suficientes contra la arbitrariedad en el ejercicio de la facultad estatal de detener cautelarmente a personas inocentes. Sin embargo, la realidad de la justicia penal en los países de nuestra región (4) —junto con algunos problemas conceptuales que consideraremos en este capítulo— nos obligan a analizar el problema con mayor detenimiento.

En verdad, las prácticas de la justicia penal nos demuestran cómo el discurso normativo referido a la prisión preventiva, junto con los mecanismos de control judicial y el límite temporal del encarcelamiento cautelar se han mostrado absolutamente incapaces, en la realidad, de hacerse cargo del problema. En este sentido, se advierte:

> "Otro eje de importancia se relaciona con una reducción del flagelo político-criminal de los presos sin condena. La utilización indiscriminada de la pena antes de la condena [por parte de los tribunales de justicia], en la región y, en verdad, universalmente, es una de las instancias más claras de violación de los derechos individuales y los distintos proyectos de reforma han intentado colocar límites infranqueables a la duración temporal de la prisión preventiva, generar instancias nítidas de control sobre las condiciones de cumplimiento de la medida de coerción y multiplicar las alternativas legales al encierro como medida de asegurar la presencia del imputado en el juicio" (5).

Un segundo problema consiste en el hecho de que en la mayoría de los países de la región, el poder legislativo no ha cumplido con su deber de regular el ordenamiento procesal de manera tal de garantizar el respeto de las exigencias y estándares que imponen tanto el derecho interno como el derecho internacional de los derechos humanos.

Por último, el control que han ejercido los organismos internacionales en materia de privación de libertad es confuso, en ocasiones inconsistente, y no ha explotado las posibilidades que los textos de los instrumentos internacionales ofrecen. En materia de plazo razonable

---

(4) Cf., entre otros, Corte IDH, Medidas provisionales en el Caso de la Cárcel de Urso Blanco (Brasil), Resoluciones de 18 de junio de 2002; y 29 de agosto de 2002; 7 de julio de 2004; Corte IDH, Medidas provisionales, Caso de las Penitenciaría de Mendoza, 22 de noviembre de 2004; Corte IDH, Caso Tibi vs. Ecuador, Sentencia de 7 de septiembre de 2004; Corte IDH, Caso "Instituto de Reeducación del Menor" vs. Paraguay, Sentencia de 2 de septiembre de 2004.

(5) Rusconi, *Reforma del sistema de enjuiciamiento, Ministerio Público y relaciones entre juez y fiscal*.

de la detención la doctrina de los organismos internacionales ha sido demasiado permisiva, ha dejado de lado la responsabilidad del Estado en el diseño del procedimiento —una de las principales causas del abuso del encarcelamiento preventivo—, y, en casos de países como Argentina, que cuentan con una ley de límite temporal, han ignorado la aplicación del principio *por homine*.

I. 2. Necesidad de un análisis crítico

A modo de ejemplo, un doctrinario progresista como Nelson Pessoa comienza su libro *Fundamentos constitucionales de la exención de prisión y de la excarcelación*, con la siguiente pregunta:

> "¿Tiene derecho el imputado a permanecer en libertad durante el proceso?" (pág. 25).

El problema no es la posible respuesta, sino el hecho de que un académico del nivel de Pessoa se formule tal pregunta. Existe una cláusula constitucional expresa que prohíbe imponer medidas represivas al imputado —y el encarcelamiento preventivo lo es—. Por lo tanto, la pregunta sólo podría —en verdad, debería— ser la inversa: ¿Tiene derecho el Estado a imponer la prisión preventiva a personas jurídicamente inocentes? Como señala Pernell:

> "Si la presunción de inocencia no protege la libertad o la propiedad antes de un pronunciamiento condenatorio, entonces, ¿cuándo y qué protege?" (6).

Para ello, es necesario realizar una *evaluación crítica* de los principios que hemos estudiado, para examinar cuál es su verdadero potencial limitador del poder estatal de imponer condenas anticipadas a personas legalmente inocentes.

En esta evaluación crítica, nos ocuparemos de tres aspectos diferentes del tema que analizamos. En primer lugar, destacaremos la distancia existente en el ordenamiento jurídico entre los principios y estándares constitucionales e internacionales y el programa político-criminal legislativo. En este sentido, analizaremos el incumplimiento del legislador de adecuar el programa normativo a los criterios establecidos por las normas de mayor jerarquía del ordenamiento jurídico.

En segundo término, veremos, en el plano de la operación real en el mundo, la pervivencia de ciertas prácticas perversas de la justicia

---

(6) Pernell, *The Reign of the Queen of Hearts: The Declining Significance of the Presumption of Innocence. A Brief Commentary*, nota 87 y texto que la acompaña.

penal que se producen con la finalidad de burlar los requisitos impuestos por el principio de inocencia. En este punto, como quedará claro, lo que falla es la aplicación práctica del programa normativo. Para solucionar este problema, es necesario encarar un programa de implementación de normas jurídicas realmente limitadoras del encarcelamiento preventivo.

En último término, analizaremos con cierto detenimiento las pretendidas bondades conceptuales de los diversos principios que aceptamos cotidianamente. Lo mismo haremos con el concepto de "plazo razonable" como límite temporal de la detención y con el texto de la ley 24.390. Al hacerlo, trataremos de ver qué problemas presentan tales principios, exigencias y normas a la hora de proteger el principio de inocencia. En este aspecto, formularemos un análisis del discurso que acompaña al principio de inocencia.

Es necesario destacar que las prácticas que señalaremos son parte estructural de la justicia penal y, por ello, tremendamente difíciles de ser erradicadas. Lo que es más grave aún, paradójicamente, es que sólo son percibidas como meras disfunciones y, por ello, como capaces de ser corregidas o solucionadas con medidas adecuadas. También es necesario destacar que estas prácticas actúan de manera conjunta, se alimentan unas a otras, y son interdependientes, razón por la cual los mecanismos dirigidos hacia ellas individualmente están condenados al fracaso.

A continuación, trataremos de identificar los principales problemas —normativos, prácticos y discursivos— de los requisitos sustantivos del principio de inocencia en relación al encarcelamiento preventivo. Se trata de determinar cuáles son los motivos que permiten que los textos legales ignoren exigencias constitucionales e internacionales, que las prácticas de la justicia penal perviertan el sentido de los principios de garantía, y, además, qué problemas conceptuales presentan los principios sustantivos mencionados que impiden el respeto del principio de inocencia.

II. REGULACIÓN Y APLICACIÓN DE LA LEY

II. 1. Regulación en el derecho interno

Resulta claro que del estudio del derecho nacional y comparado, como de los numerosos precedentes internacionales en materia de encarcelamiento preventivo, los Estados no cumplen con la obligación de garantizar los derechos protegidos en la Convención Americana —art. 1.1—, que implica el deber de los Estados parte de organizar todo

el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal de que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos:

> "167. La obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, sino que comporta la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos.
>
> 168. La obligación a cargo de los Estados es, así, mucho más inmediata que la que resulta del artículo 2..." (7).

La Convención Americana, en su art. 2º, regula una obligación autónoma de la que deriva el deber de garantía contenido en el art. 1.1. El art. 2º de la Convención dispone:

> "Artículo 2º. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno
>
> Si en el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades".

Interpretando la obligación que surge del art. 2 de la Convención, la Corte Interamericana ha dispuesto:

> "31. La primera pregunta planteada por la Comisión se refiere a los efectos jurídicos de una ley que manifiestamente viole las obligaciones contraídas por el Estado al ratificar la Convención. Al contestar la pregunta la Corte entenderá la palabra 'ley' en su sentido material y no formal.
>
> 32. Implícitamente, esta pregunta viene a referirse a la interpretación de los artículos 1 y 2 de la Convención que establecen el compromiso de los Estados de respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona sometida a su jurisdicción y a

---

(7) Corte IDH, Caso Velásques Rodríguez, Sentencia de 29 de julio de 1988.

adoptar, en su caso, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

33. Naturalmente, si se ha contraído la obligación de adoptar las medidas aludidas, con mayor razón lo está la de no adoptar aquellas que contradigan el objeto y fin de la Convención. Estas últimas serían las 'leyes' a que se refiere la pregunta planteada por la Comisión.

...

36. Es indudable que, como se dijo, la obligación de dictar las medidas que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades reconocidos en la Convención, comprende la de no dictarlas cuando ellas conduzcan a violar esos derechos y libertades.

37. Ya en una ocasión anterior esta Corte ha dicho:

Son muchas las maneras como un Estado puede violar un tratado internacional y, específicamente, la Convención. En este último caso, puede hacerlo, por ejemplo, omitiendo dictar las normas a que está obligado por el artículo 2. También, por supuesto, dictando disposiciones que no estén en conformidad con lo que de él exigen sus obligaciones dentro de la Convención (*Ciertas atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (arts. 41, 42, 46, 47, 50 y 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*), Opinión Consultiva OC-13/93 del 16 de julio de 1993. Serie A No. 13, párr. 26)" (8).

A pesar de estas obligaciones internacionales, como también del deber normativo constitucional de contenido análogo (9), lo cierto es que en distintos grados, los Estados no regulan legislativamente las exigencias y estándares constitucionales e internacionales.

Para poner un ejemplo, después de que la Comisión Interamericana condenara en severos términos a Argentina en el Informe 2/97,

---

(8) Corte IDH, *Responsabilidad Internacional por Expedición y Aplicación de Leyes Violatorias de la Convención (Arts. 1 y 2 Convención Americana Sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-14/94 del 9 de diciembre de 1994.

(9) El art. 75, inc. 23, impone al Congreso de la Nación la siguiente función: "Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre los derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad".

impugnando incluso el entonces art. 10 de la ley 24.390 como contrario al principio de inocencia protegido en la Convención, el Congreso de la Nación aprobó la ley 25.430 —publicada en el Boletín Oficial el 01/06/2001—, que introdujo modificaciones sustanciales al texto original de la 24.390, diluyendo el efecto limitador del plazo máximo de encarcelamiento preventivo, tornando aún más cuestionable el texto original, ya merecedor de severas críticas (10).

Lo mismo sucede con el respeto de las exigencias constitucionales. Este hecho ha sido reconocido expresamente por nuestra Corte Suprema en un fallo del año 2005:

> "7°) Que nuestra tradición jurisprudencial en materia procesal penal no responde a lo que se suele denominar *interpretación progresiva* en sentido estricto...
>
> La Constitución Nacional estableció como objetivo legal un proceso penal acusatorio y con participación popular. La legislación nacional no se adecuó a este objetivo, pero la perspectiva histórica muestra una progresión hacia la meta señalada, posibilitada por el subjuntivo empleado en el originario art. 102 y actual 118 constitucional. La jurisprudencia constitucional fue acompañando este progreso histórico, sin apresurarlo. Es decir que en ningún momento declaró la inconstitucionalidad de las leyes que establecieron procedimientos que no se compaginaban con la meta constitucional...
>
> ...
>
> 17) Que nuestra legislación procesal penal, durante más de un siglo, se apartó de las líneas que le trazara la Constitución. Incluso, ni siquiera respetó el modelo europeo o francés napoleónico, pues eligió una variante mucho más inquisitoria y mucho menos pública. Lo que no fue más que el producto de la urgencia por codificar el derecho penal y procesal penal después de tres cuartos de siglo de vida independiente, mantuvo vigencia cuando el país había alcanzado el desarrollo cultural y social que superaba los estrechos márgenes de los legisladores de las últimas décadas del siglo XIX. De este modo perduró un siglo un código procesal inspirado en la restauración borbónica.
>
> ...

(10) Pastor, *Escollos a la ley de limitación temporal del encarcelamiento preventivo.*

18) Que sin duda, frente a un proceso penal tan abiertamente inconstitucional y que llevaba más de medio siglo de vigencia…" (11).

II. 2. Inaplicación de los criterios

Uno de los principales problemas del principio de inocencia consiste en que, en su aplicación práctica, recurrimos, para definir su significado y alcance, a *principios opuestos* a aquellos que deberían regir su interpretación.

En efecto, el principio de inocencia, si es cierto que se trata de un principio estructural del Estado de derecho y del constitucionalismo, debería regirse, para su interpretación, por los principios que informan las principales libertades individuales garantizadas constitucionalmente, esto es, por una racionalidad protectora de los derechos.

Así, desde la incorporación del derecho internacional de los derechos humanos al bloque de constitucionalidad, sería de aplicación a su interpretación el principio *pro homine*, como principio informador del derecho internacional de los derechos humanos aplicable a la interpretación en el ordenamiento jurídico interno.

Sin embargo, en la aplicación práctica del principio se suele acudir a criterios contrarios a la garantía, en oposición a la libertad, para darle contenido. Como consecuencia de esta técnica, las soluciones a las que se arriba son restrictivas de la libertad, y los resultados de la interpretación son perjudiciales al derecho a permanecer en libertad durante el proceso.

Así, por ejemplo, la interpretación de la Corte Suprema en el caso "Todres":

"… si es dable reconocer raigambre constitucional al instituto de la excarcelación durante el proceso no es menos cierto que también reviste ese origen su necesario presupuesto, o sea el instituto de la prisión preventiva, desde que el art. 18 de la Carta Fundamental autoriza el arresto en virtud de orden escrita de autoridad competente. El respeto debido a la libertad individual no puede excluir el legítimo derecho de la sociedad a adoptar todas las medidas de precaución que sean necesarias…" (12).

---

(11) CSJN, "Recurso de hecho deducido por la defensa de Matías Eugenio Casal en la causa Casal, Matías Eugenio y otro s/ robo simple en grado de tentativa —causa N° 1681—", 20 de septiembre de 2005, del voto de la mayoría.

(12) Citado por Carrió, *Garantías constitucionales en el proceso penal*, pág. 54.

Frente a tal interpretación se ha sostenido que surgen dudas acerca del hecho de que las garantías puedan tener un destinatario distinto —la sociedad— que los particulares, y que "conformen algo diferente que barreras contra abusos del poder público" (13).

De este modo, la Corte Suprema derivó de una cláusula de garantía el supuesto "derecho" de la sociedad a dictar medidas cautelares. En idéntico sentido, cada vez que se pretende dar alcance al principio de inocencia se recurre al interés social que subyace a la facultad de ordenar medidas de coerción.

Sin ir más lejos, el artículo 2 del CPP Nación tiene como criterio general de interpretación:

Interpretación restrictiva y analógica

> Artículo 2º: Toda disposición legal que coarte la libertad personal, que limite el ejercicio de un derecho atribuido por este Código, o que establezca sanciones procesales, deberá ser interpretada restrictivamente.

Sin duda, las normas sobre encarcelamiento preventivo y, especialmente, las de la ley 24.390, no son interpretadas restrictivamente. En este orden de ideas, la Comisión Interamericana ha establecido:

> 12. El derecho a la presunción de inocencia requiere que la duración de la prisión preventiva no exceda el plazo razonable mencionado en el artículo 7.5. De lo contrario, dicha prisión adquiere el carácter de una pena anticipada, y constituye una violación del artículo 8.2 de la Convención Americana (14).

En esta afirmación se deriva del derecho a la presunción de inocencia la posibilidad del Estado de detener por un plazo razonable. Sin embargo, nada hay en la presunción de inocencia que autorice a extraer de ella una facultad del Estado para detener mediante una medida tal como la del encarcelamiento preventivo: una detención en condiciones materiales idénticas a las de la sanción penal, por tiempo indefinido, y cuya duración aumenta cuanto más negligente sea el Estado en la investigación penal. Por el contrario, la presunción implica una valla para las detenciones o cualquier otro trato similar al de culpable.

Para dar contenido al principio, hay que tener en cuenta los valores en juego. Se trata del par libertad/necesidades procesales, y el

---

(13) Carrió, *Garantías constitucionales en el proceso penal*, p. 55.
(14) CIDH, Informe 2/97.

constituyente ha optado, claramente, por la libertad. Tal opción ha sido objetivada en el principio de inocencia como principio estructural del derecho procesal penal —y del derecho penal en sentido amplio—. Así, no se puede invocar la necesidad de garantizar el resultado de la investigación para restringir los alcances del principio. Ello pues el constituyente, al establecer la protección del estado de inocencia, optó claramente por la protección de la libertad.

III. EL MÉRITO SUSTANTIVO

III. 1. Aplicación práctica

Como se sostiene, el mérito sustantivo sobre la comisión de un hecho punible es un *presupuesto* de la detención preventiva —y de la persecución penal que aquélla tiende a asegurar—. El mérito sustantivo, como ahora veremos, presenta dos problemas independientes, ambos sumamente graves y profundamente contrarios al principio de inocencia.

Desde el punto de vista de su aplicación práctica, se puede afirmar que en la gran mayoría de los casos el mérito sustantivo opera no como *presupuesto* sino como *fundamento* del encierro cautelar. Así, por ej., en lugar de verificar todos los requisitos constitucionales, los sistemas de justicia penal se basan, simplemente, en la existencia del mérito sustantivo para ordenar la detención preventiva.

Veamos, por ejemplo, el art. 177 del Código de Procedimientos Penales de Ecuador, que dispone:

> El juez podrá dictar auto de prisión preventiva cuando lo creyere necesario, siempre que aparezcan los siguientes datos procesales:
>
> 1. Indicios que hagan presumir la existencia de un delito que merezca pena privativa de libertad; e,
>
> 2. Indicios que hagan presumir que el sindicado es autor o cómplice del delito que es objeto del proceso.
>
> En el auto se precisarán los indicios que fundamentan la orden de prisión.

Más allá de la discrecional referencia al hecho de que el juez "lo creyere necesario" —opuesta al principio de taxatividad y certeza que debe tener toda causal de detención preventiva (15)—, resulta claro

(15) El art. 7.2 dispone: "2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constitu-

que la legislación sólo supedita el dictado de la medida de coerción a la existencia de sospecha sustantiva sobre el hecho imputado:

> "La reglamentación de las medidas de coerción, su forma y su procedencia es entonces algo ineludible para el legislador procesal penal, y, más aún, de acuerdo a lo explicado con anterioridad en relación al principio de inocencia, su disciplina no puede ir más allá de la mera tutela de los fines que el proceso penal persigue, es decir, regularla como simples medios cautelares, en la medida de la más estricta necesidad y no como forma de anticipar la pena a una persona que aún no ha sido declarada culpable" (16).

En consecuencia, queda claro que la legislación ecuatoriana incentiva una práctica que permite justificar la procedencia de la detención preventiva, *exclusivamente*, en la sospecha de culpabilidad del imputado. Ello demuestra, claramente, que la justicia ecuatoriana recurre de manera explícita al encarcelamiento preventivo como medida de carácter punitivo, esto es, como pena anticipada.

Lo mismo puede decirse de los supuestos previstos en el art. 316, párr. II, CPP Nación, para negar la excarcelación: cuando pudiere corresponderle al imputado un máximo superior a los ocho (8) años de pena privativa de la libertad, y cuando se le impute alguno de los delitos previstos por los arts. 139, 139 *bis* y 146 del Código Penal.

En estos casos, cuando se trata de la imposibilidad de conceder la libertad a una persona procesada por un delito o concurso de delitos cuya escala penal máxima supere los ocho años de privación de libertad, para intentar una justificación que evitara la declaración de inconstitucionalidad, se ha interpretado jurisprudencialmente que la presunción de existencia de peligro procesal derivada del máximo de la escala penal por los hechos que se imputan al imputado no es *de iure* sino *iuris tantum*.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación aplicó la imposibilidad de denegar la libertad con el solo fundamento de que existía mérito sustantivo de un delito grave, invocando la doctrina del caso "Suárez Rosero" de la Corte IDH, en una decisión de 1998, en la que destacó especialmente la exclusiva finalidad procesal del encarcelamiento

---

ciones Políticas de los Estados partes o por las leyes dictadas conforme a ellas". Esta regla establece la obligación para los Estados parte de regular legalmente las causas de detención.

(16) Maier, *La Constitución Nacional y los medios de coerción personal contra el imputado*, pág. 28.

preventivo. Así, el 22/12/98 se pronunció por la inconstitucionalidad del art. 316, párr. II, *in fine*, del CPP Nación, en el caso "Nápoli" (17).

En el caso, la defensa interpuso recurso extraordinario contra la sentencia de la Sala VII de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional que había revocado la decisión del juez de menores que concedía la excarcelación a la imputada, a quien se atribuía calidad de partícipe secundaria en el delito previsto en el art. 139 *bis* del Código Penal. La Cámara revocó la excarcelación pues "consideró que el art. 316, segundo párrafo *in fine*, del Código Procesal Penal de la Nación (reformado por la ley 24.410) restringía su concesión a todo aquel que resultare imputado de los delitos previstos en los arts. 139, 139 *bis* y 146 del Código Penal..." (Caso "Nápoli", consid. 2). La defensa planteó la inconstitucionalidad de la norma procesal por resultar violatoria de los principios de inocencia, igualdad y razonabilidad de las leyes. El art. 316, párr. II, del CPP Nación establece:

> "El juez calificará el o los hechos de que se trate, y cuando pudiere corresponderle al imputado un máximo no superior a los ocho (8) años de pena privativa de libertad, podrá eximir de prisión al imputado. No obstante ello, también podrá hacerlo si estimare *prima facie* que procederá condena de ejecución condicional, salvo que se le impute alguno de los delitos previstos por los artículos 139, 139 *bis* y 146 del Código Penal".

La Corte Suprema revocó la sentencia impugnada y declaró la inconstitucionalidad de la regla procesal que impedía otorgar la excarcelación. La decisión de la mayoría hizo referencia a diversas cuestiones, de las cuales mencionaremos las más importantes.

1. Destacó que el art. 18, CN, "dispone categóricamente que ningún habitante de la nación será penado sin juicio previo, establece el principio de que toda persona debe ser considerada inocente y tratada como inocente... hasta que en un juicio respetuoso del debido proceso se demuestre lo contrario mediante una sentencia firme", invocó un viejo precedente de 1871 en el cual se sostuvo que es "un

---

(17) CSJN, Caso "Nápoli, Erika Elizabeth y otros s/infracción art. 139 bis del C.P.", Nº 284.XXXII, del 22/12/98. El voto de la mayoría fue suscripto por Belluscio, Boggiano, López y Vázquez. Fayt se pronunció por su voto, mientras que Petracchi y Bossert redactaron sus respectivas disidencias. El primero consideró que el recurso no cumplía con los recaudos de fundamentación previstos en el art. 15 de la ley 48, al no justificar porqué se había omitido recurrir ante la Cámara Nacional de Casación Penal. Bossert, por su parte, desestimó el recurso por no dirigirse a impugnar una "resolución dictada por el tribunal superior de la causa".

principio de derecho que todo hombre se reputa bueno, mientras no se le prueba lo contrario (Fallos 10:338)", y mencionó un caso de 1905 (Fallos 102:219) en el cual se acuñó la definición de "presunción de inculpabilidad" (consid. 5).

2. Reafirmó el rango constitucional del derecho a gozar de la libertad durante el proceso (consid. 6), y señaló que la amplia potestad legislativa para establecer "regímenes excarcelatorios diversos, sólo encuentra justificación en tanto está orientada a que la prisión preventiva —como medida de corrección [sic] procesal— conserve su fundamento de evitar que se frustre la justicia... esto es, que el imputado eluda su acción o entorpezca las investigaciones" (consid. 7).

3. En la parte más cuestionable de la decisión, se manifestó que los límites establecidos para denegar la excarcelación fundados en el monto máximo de la pena considerado en abstracto representan una "presunción" del legislador. El "criterio utilizado por el legislador para establecer esa presunción", se agregó, "se funda... en la posibilidad de que el imputado eluda la acción de la justicia en las primeras etapas de la investigación" (consid. 8 y 9).

En este punto, el argumento de la mayoría resulta insostenible. Si bien, como veremos, se sostiene que la presunción legal es una presunción *iuris tantum*, en la práctica termina por convertirse en una presunción *de iure*. Por otra parte, tampoco es cierto que la finalidad perseguida por el legislador consista —como afirmó la Sala III de la CNCP en el caso "Chabán" (18)— en neutralizar el peligro procesal "en las primeras etapas de la investigación", pues el encarcelamiento preventivo, en esos supuestos, jamás se limita a ese período temporal (19).

4. La ley 24.410, se destacó, calificó ciertas conductas como delictivas, entre ellas la prevista en el art. 139 *bis* del Código Penal, y las excluyó del régimen general de excarcelación "al denegar la posibilidad de obtener la libertad en esas hipótesis" (consid. 11). Así, se "excluyó a determinada categoría de personas del régimen general de excarcelación... exclusivamente sobre la base de la naturaleza del

---

(18) CNCP, Sala III, causa nº 5996, "Chabán, Omar Emir s/rec. de casación", 24 de noviembre de 2005.

(19) Si por "primeras etapas de la investigación" se entiende el plazo que dura el encarcelamiento hasta que se agotan los límites temporales establecidos en la ley 24.390, el argumento tampoco es válido. En primer lugar, por el carácter excesivamente prolongado de los límites temporales regulados en la ley. En segundo término, debido a que el legislador aprobó el CPP Nación antes de dictar la ley 24.390, y la prisión preventiva obligatoria establecida para quienes son imputados por delitos con pena privativa de libertad superior a ocho años estaba prevista en la versión original de la ley 23.984.

delito imputado y la protección de los bienes jurídicos a los que se vincula" (20) (consid. 12). Luego de desarrollar los criterios que deben regular el principio de igualdad ante la ley, se afirmó que al dictar la ley 24.410, el legislador se apartó de tales criterios, pues "recurrió a la prisión preventiva con fines intimidatorios o disuasivos, lo cual significa el establecimiento por esa vía de agravaciones propias de la ley sustantiva" (consid. 15). La misma idea fue reexpresada en los términos siguientes:

> "... la limitación de la libertad personal durante el proceso motivada en el reproche o en la repulsa social de ciertas conductas —por más aberrantes que puedan ser— como remedio tendiente a combatir el auge de determinada delincuencia ante la necesidad de mayor protección de determinados bienes jurídicos... desvirtúa la naturaleza cautelar de la prisión preventiva al convertirla en una verdadera pena anticipada, pues la aspiración social de que todos los culpables reciban pena presupone, precisamente, que se haya establecido previamente esa calidad" (consid. 16).

5. Se arribó a la conclusión de que la exclusión del régimen general de excarcelación establecida por la ley 24.410 resultaba violatoria del derecho a la igualdad ante la ley de la imputada (art. 16, CN). No se mencionó, sin embargo, el principio de inocencia (consid. 17). A pesar de ello, se afirmó que la solución adoptada resultaba coincidente con "los principios que informan el derecho internacional de los derechos humanos, de actual 'jerarquía constitucional'", y se invocó la doctrina del caso "Suárez Rosero", en el sentido de que el encarcelamiento preventivo, para no vulnerar el principio de inocencia, debía revestir carácter cautelar —no punitivo— y excepcional. También se citó otro criterio establecido en "Suárez Rosero", éste sí referido al principio de igualdad, que consideraba contrario a tal principio "una excepción que despoja a una parte de la población carcelaria de un derecho fundamental por la sola naturaleza del delito imputado en su contra y, por ende, lesiona intrínsecamente a todos los miembros de dicha categoría de inculpados" (consid. 18).

6. La Corte, finalmente, reconoció expresamente la exigencia derivada del principio de excepcionalidad de aplicar, en todos los casos, la medida de coerción menos lesiva, invocando uno de sus propios

---

(20) Al respecto, se agregó: "... tal como se desprende de sus antecedentes parlamentarios, que justifican la detención cautelar consagrada en esos casos '... en la protección que merece el bien jurídico tutelado' (conf. Cámara de Senadores, fundamentos del dictamen del miembro informante —senador Augusto Alasino—, sesión del 30 de junio de 1993)" (consid. 12).

precedentes. Así, destacó el rango constitucional del derecho a la libertad durante el proceso y el fin del encarcelamiento cautelar, sólo limitado a asegurar la aplicación del derecho penal sustantivo. A ello agregó:

> "... y si esa seguridad puede en algunos casos obtenerse por otro medio compatible con la libertad a la vez que con las exigencias de la justicia represiva, y menos gravosa para el encausado que tiene a su favor la presunción de inculpabilidad, cabe admitirla porque nace de la forma republicana de gobierno y del espíritu liberal de nuestras instituciones" (Fallos 102:219, citado en cons. 19).

Pero aun si la circunstancia contemplada en el art. 316 del CPP Nación se interpreta como un presunción *iuris tantum*, igualmente resulta violatoria del principio de inocencia. Ya hemos visto cómo los precedentes internacionales impiden que los peligros procesales se presuman, y exigen la fundamentación de la existencia en elementos de prueba objetivos incorporados válidamente al procedimiento.

Asumiendo —por vía de hipótesis— que se trata de una presunción *iuris tantum*, la opción acerca de quién debe probar la inexistencia del peligro procesal plantea un problema adicional. En la práctica, los jueces de instrucción aplican los criterios del art. 316 del CPP Nación de modo automático, sin analizar la falta de fundamentos del peligro procesal. Si así fuera, las consecuencias de tales rutinas judiciales consisten en el incumplimiento de fundar el encarcelamiento en el peligro procesal, y la exigencia ilegítima para el imputado de probar ciertos hechos no ocurrirán en el futuro —objeto de prueba imposible de verificación probatoria, pues se trata de hechos futuros—.

Si bien el encarcelamiento preventivo requiere el mérito sustantivo, éste no representa su justificación sino uno de sus presupuestos necesarios. Debe quedar claro que se trata de un *presupuesto* de la medida cautelar, pero que éste jamás opera, por sí solo, como legitimación de la detención preventiva.

En realidad, el mérito sustantivo es un presupuesto para iniciar o continuar con la persecución penal. Es hasta cierto punto incorrecto afirmar que el mérito sustantivo es un presupuesto de la medida cautelar. En verdad, el mérito sustantivo es un *presupuesto de la persecución penal* y, si no existe sospecha sustantiva, no debe existir persecución alguna y, mucho menos, medidas cautelares tendientes a garantizar un proceso que no se ha abierto o que ha sido clausurado.

Se trata de establecer una sospecha sustantiva acerca de que el imputado ha cometido un hecho punible reprimido con pena privati-

va de libertad de efectivo cumplimiento (21). Si no existe este mérito sustantivo, no sólo pierde sentido el encarcelamiento preventivo sino, también, el desarrollo del mismo procedimiento penal en contra del imputado.

Siguiendo en el ámbito práctico, también existe el problema de que no se cumple con el estándar probatorio que verifica adecuadamente el mérito sustantivo a la hora de resolver sobre la medida de coerción en los casos concretos.

En la práctica, se detiene sin cumplir con los estándares probatorios necesarios para hacerlo. Ello pues o se abusa de situaciones que autorizan las detenciones sin orden ni control judicial —v. gr., las detenciones en flagrancia en Guatemala o en México—, o bien se dicta el auto de prisión preventiva sin la prueba suficiente que exigen las reglas legales respecto del mérito sustantivo.

Piénsese, en este último sentido, que en el CPP Nación el estándar probatorio para dictar el auto de procesamiento y, en consecuencia, el auto de prisión preventiva, es prácticamente idéntico al del auto de elevación a juicio. Sin embargo, el largo período de tiempo que transcurre en nuestro sistema entre la detención y la remisión a juicio demuestra que las detenciones no cuentan con el cumplimiento de las exigencias probatorias requeridas legalmente. En síntesis, se detiene para investigar, y no se investiga para detener.

En conclusión, la práctica de nuestra justicia penal indica dos circunstancias, ambas ilegítimas. En ciertos casos, el mérito sustantivo, luego de ser efectivamente comprobado, opera como fundamento de las medidas de coerción. En otros casos, se detienen personas sin siquiera verificar la existencia del mérito sustantivo acerca de su eventual participación en un hecho punible. En este contexto, se utiliza la detención como método que justifica las negligencias estatales en la investigación.

III. 2. Problemas normativos

En segundo término, y ya en el terreno normativo, la práctica legislativa de regular "delitos no excarcelables" también descansa sobre el mérito sustantivo como fundamento de la detención.

En efecto, ello pues una vez corroborada la imputación, la medida de coerción resulta ineludible. En consecuencia, sólo se requiere la sospecha sustantiva de la participación en el hecho punible para

(21) Pastor, *El encarcelamiento preventivo*, pág. 48.

ser privado de la libertad. Lo mismo sucede con algunos delitos en particular.

Así, por ejemplo, el art. 316, párr. II, CPP Nación, dispone el encarcelamiento preventivo obligatorio cuando el hecho imputado acarree una pena superior a los ocho años de privación de libertad. De igual modo, la misma disposición impide conceder la excarcelación cuando se trate de la imputación "de los delitos previstos por los artículos 139, 139 *bis* y 146 del Código Penal" (art. 316, párr. II, CPP Nación).

De esta manera, se cumple el vaticinio de Giudici, quien sostenía que "sólo en los tiempos de la tiranía bastó la acusación para encarcelar a un ciudadano" (22). En estos supuestos, por decisión del legislador, el mérito sustantivo se convierte en el único "fundamento" —ilegítimo, por cierto— para dictar el encarcelamiento preventivo.

Esta invalidez normativa fue impugnada en un fallo de la Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Ciudad de Buenos Aires:

> "Sobre el punto, cabe acotar que la calificación legal de los hechos que se le imputan ahora a Barbará impedirían, en principio, que permanezca en libertad mientras se sustancia la causa de acuerdo a lo dispuesto formalmente en los arts. 316, 317 y concordantes del CPPN.
>
> ...
>
> Los fundamentos utilizados por el Sr. juez de grado para ordenar su imposición, tienen como único sustento la calificación de los hechos atribuidos, sosteniendo que su penalidad torna imposible que transite en libertad el proceso por estricta aplicación del art. 316 del CPPN... El *a quo* no realiza ninguna otra ponderación que no sea la de relacionar el monto de la pena en abstracto que puede corresponder y las reglas que surgen del juego de las pautas previstas en el art. 316 del CPPN. Por ese motivo resuelve que Barbará debe ser encarcelado preventivamente, y por ello también considera que no corresponde hacer lugar al pedido de exención de prisión; el delito de esa forma sería inexcarcelable porque las reglas objetivas de aplicación al caso no admitirían prueba o discusión en contrario, ya que son *iuris et de iure*.
>
> ...

(22) Citado por Ferrajoli, *Derecho y razón*, p. 630.

> Resulta claro, en consecuencia, que el encarcelamiento preventivo sólo puede tener fines procesales, porque se trata de una medida cautelar, no punitiva, criterio que, como se dijo, surge de lo expresamente previsto en el art. 280, CPPN, y que fuera consagrada en distintos precedentes por la Corte Interamericana de Derechos Humanos...
>
> III. Cabe poner de resalto que el imputado Barbará, gozando del beneficio de la excarcelación, que le fuera concedido luego del auto de procesamiento con prisión preventiva que registra a fs. 2186/2205, siempre estuvo a derecho, con lo cual, no encuentra justificación, a mi juicio, el nuevo dictado de dicha medida cautelar por el solo hecho de haberse modificado la calificación atribuida. Acerca de las pautas que fija el artículo 316 del C.P.P.N., se ha sostenido con razón que '... la sola sospecha de que el imputado, por el monto de pena que se espera en el caso de recaer condena intentará eludir la acción de la administración de justicia penal, no puede justificar ningún encarcelamiento preventivo. El Estado, para aplicar un encarcelamiento preventivo constitucionalmente autorizado, debe probar sus presupuestos... si, por la escala penal prevista para el delito imputado, en el hipotético caso de llegarse a una condena ésta deberá ser de cumplimiento efectivo, entonces siempre, en la escena del proceso, el cumplimiento será adelantado desde la sentencia definitiva hasta el auto de procesamiento, en franca violación al principio de inocencia, dado que, además, ese encarcelamiento preventivo previsto por el Código Procesal Penal no debe cumplir necesariamente función en la neutralización de los peligros procesales que, según la teoría, autorizan la imposición de la prisión preventiva: basta el monto de la pena que se espera; los peligros procesales... se presumen. (¿Puede alguien afirmar seriamente que en estos casos se presume, no sólo sin pruebas, sino, peor, sin admitir prueba en contrario, el peligro fuga?). Esa presunción no es manifiestamente violatoria del principio de inocencia?' (Pastor, Daniel: 'El encarcelamiento preventivo', en El nuevo Código Procesal Penal de la Nación. Análisis crítico, AAVV, Editores del Puerto, Bs. As., 1993, págs. 50 y 55/56)".

Existía también jurisprudencia de otros tribunales que establecían lo mismo. La Sala V de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Ciudad de Buenos Aires, en el caso "Chabán", revocó la denegación de la excarcelación dictada por el juez de grado y solicitada por el imputado, invocando el monto máximo de 8 años del art. 316. En el fallo, el voto de Garrigós de Rébori y Bruzzone señalaron la jurisprudencia sobre el tema:

"Las pautas a tener en cuenta para encarcelar a un ciudadano previo al dictado de la sentencia condenatoria, se fundan en el mismo punto de partida, autorizando a los jueces a dictar la más grave medida de coerción personal, la prisión preventiva, si se constatan objetivamente esos peligros. Como medida cautelar, a su vez, y sin perjuicio de su obvia similitud, no puede confundirse con la pena privativa de la libertad, en su fundamentación. Este es un valor que debe ser reafirmado en nuestro país, siendo un principio asentado y respetado en todo la tradición jurídica de Occidente, que sólo en los supuestos estrictamente necesarios para neutralizar la posibilidad de fuga del imputado o de entorpecimiento de la investigación, corresponde encarcelar preventivamente, como lo establece el art. 280, CPPN y lo que en concordancia con él fija el art. 319 del mismo cuerpo legal.

Procedentes de este tribunal, y en su historia reciente, contamos con los siguientes fallos: de la Sala I, causa No. 21.143, "Barbará, R. R.", rta. 10/11/03; causa No 22.822, "Di Zeo, R.", rta. 30/12/03; causa N° 25.714, "Fernández, G: A.", rta. 22/3/03, entre muchos otros; de la Sala IV, si bien muchos de ellos en minoría, causa No 24.520, "Panno, J.C.", rta. 17/7/04; causa N° 26.018, "Romero González, G. S.", rta. 2/3/05; causa N° 26.178, "Farías, G.", rta. 8/3/05; causa N° 26.213, "Benítez, M.", rta. 8/3/05; causa N° 26.126, "Flores, R F.", rta. 23/3/05; causa N° 26.443, "Ardiles, A.", rta. 14/4/05; causa N° 26.512, "Bolaño, T.", rta. 20/4/05;causa N° 26.437, "Rimólo, M. C. M", rta. 2/5/05;causa No 26.513, "Soiohaga", rta. 4/05/05; causa No 26.618, "Soza, S. A.", rta. 10/5/05; causa No 26.604, "Natal, L. A.", rta. 10/5/05; causa No 26.417, "De Sanliborio, M", rta. 11/5/05, entre otras).

Asimismo, lo recientemente sostenido por la Sala III de la Cámara Nacional de Casación Penal en la causa N° 5472, "Macchieraldo, Ana María Luisa s/ recurso de casación e inconstitucionalidad, rta. 22/12/04 y lo que surge del fallo de la CSJN, "Verbitsky, Horacio s/ hábeas corpus", V. 856. XXXVIII, y sus citas, que refieren a una larga tradición de la Corte en ese sentido, aunque con importantes contradicciones" (23).

Otro problema normativo serio, que ya le valió atribución de responsabilidad internacional al Estado Argentino —CIDH, Informe 2/97—, lo constituye el art. 11 de la ley 24.390:

---

(23) CNACC Buenos Aires, Sala V, causa nº 26.909, "Chabán, Omar Emir s/ excarcelación", 13/5/05.

> Artículo 11 - Quedan expresamente excluidos de los alcances de la presente ley los imputados por el delito previsto en el artículo 7º de la ley 23.737 y aquéllos a quienes resultaren aplicables las agravantes previstas en el artículo 11 de esa misma ley.

Mediante la aplicación de esta disposición, se excluye del régimen de la ley 24.390 a quienes se hallaran imputados por el delito previsto en el art. 7º de la ley de estupefacientes. Ello significa que para cierta categoría de imputados la ley no prevé límite temporal alguno de cesación del encarcelamiento preventivo.

Al respecto, la Comisión Interamericana opinó:

> 51. La severa restricción introducida por esta ley se refiere a los delitos de narcotráfico, y se funda en la naturaleza reprochable y consecuencias sociales negativas de este tipo de delitos. Sin embargo, es otro elemento que puede ser utilizado para *menoscabar la presunción de inocencia*, teniendo en cuenta que las personas acusadas por delitos de narcotráfico son automáticamente excluidas de los beneficios de limitación de la prisión preventiva. *Podría incluso considerarse que se les impone un castigo anticipado*, sin que el juez competente se haya pronunciado aún sobre su culpabilidad. Asimismo, esta situación puede dar origen a la aplicación arbitraria y desviada de la prisión preventiva, con fines distintos a los previstos en la propia ley.
>
> 52. La excepción del artículo 10 afecta a seis peticionarios acusados de delitos de narcotráfico cuyos casos se tramitan ante la Comisión, y que aún se encuentran privados de su libertad a la fecha del presente informe. Se trata de los casos 11.236 (Alonso), 11.242 (Gil Suárez), 11.243 (Karlikowski), 11.247 (Melchiore), 11.249 (Fernández), y 11.254 (Fagoaga). *La Comisión estima que la norma mencionada tiende a crear una excepción al principio de presunción de inocencia* (CIDH, Informe 2/97, destacado agregado).

Cabe preguntarse, finalmente, si es correcto que se tome en cuenta el mérito sustantivo, pues ello señalaría que el Estado sólo encarcelará a quienes probablemente considera culpables. Si bien el presupuesto de la sospecha sustantiva es un requisito razonable, también puede vincularse a una eventual presunción de culpabilidad. El problema que se genera consiste en que el mérito sustantivo opere realmente como un presupuesto, y, al mismo tiempo, no sea utilizado arbitrariamente como fundamento del encarcelamiento.

Lo que pretendemos decir con esto es que la decisión de privar de la libertad a un inocente debería derivar de la existencia de un su-

puesto peligro procesal, y no *de la verificación de la sospecha sustantiva* sobre su eventual responsabilidad en la comisión de un hecho punible.

Es difícil no reconocer que cuando se verifica la posible comisión de un hecho punible de mediana o alta gravedad por parte de un imputado, ese solo hecho opera como fundamento "legítimo" de la restricción de sus derechos. Y en estos casos, al inicio del procedimiento, no opera ni el principio de proporcionalidad ni el plazo razonable de detención para obtener la libertad.

La modificación de la ley 24.390, sumada a la jurisprudencia local e internacional que no obliga a respetar los plazos de esa ley, unida al sistema de enjuiciamiento decimonónico que rige en el ámbito nacional, produce, de manera necesaria, un sistema que opera de manera negligente para cumplir con las funciones persecutorias en materia penal. Dentro de este marco, la única manera de administrar castigo consiste en recurrir a la privación de libertad cautelar. La tolerancia del sistema respecto de los presos sin condena, por otra parte, actúa como incentivo para mantener o empeorar la situación.

En conclusión, el requisito material del mérito sustantivo trae más problemas para el principio de inocencia que soluciones, razón por la cual podemos poner en duda —al menos momentáneamente— su utilidad protectora del estado jurídico de los inocentes que debe beneficiar. En este sentido, señala Ferrajoli:

> "Es claro que el automatismo producto de la obligatoriedad resuelve *ex lege* el problema de los criterios y, por ello, de la función de la prisión preventiva, puesto que implica una presunción legal absoluta de peligrosidad, poco importa si es de tipo procesal... o penal... Y sobre todo es claro que tal presunción absoluta de peligrosidad —al derivarse (no de la prueba, sino) de «suficientes indicios de culpabilidad», es decir, del mismo tipo de indicios requeridos para formular la imputación— equivale por completo a una presunción de culpabilidad del imputado" (24).

IV. Principio de excepcionalidad

IV. 1. Aplicación práctica

El principio de excepcionalidad es uno de los principios que a primera vista resulta más aceptable cuando hablamos de encarcela-

(24) *Derecho y razón*, pág. 554.

miento preventivo de personas inocentes. Sin embargo, es necesario destacar algunas de sus particularidades.

En realidad, si lo analizamos desde el punto de vista del funcionamiento del sistema de justicia penal en su conjunto, es más saludable un sistema en el cual opera el principio de excepcionalidad que aquél en el cual no interviene. Ello pues un sistema tal podrá reducir la tasa de presos sin condena.

Sin embargo, el principio no opera, en la práctica, como mecanismo protector de la libertad y del principio de inocencia. Ello pues, o bien el legislador incumple con su obligación de regular un amplio catálogo de medidas cautelares menos lesivas que el encarcelamiento preventivo, o bien, porque tales medidas, a pesar de haber sido legisladas, no son aplicadas por los operadores judiciales. Ellos aplican las leyes procesales como si el programa legislativo previera el encarcelamiento preventivo como regla (25).

En verdad, en nuestro caso, debemos preguntarnos si el único medio "absolutamente indispensable" para evitar la fuga de los imputados es su encarcelamiento o si, por el contrario, existen otras medidas que puedan tender a obtener análogo fin.

Para esto debe aclararse que ninguna medida (ni siquiera la prisión) *asegura* el fin de lograr la aplicación de la ley, pues la propia vida en prisión suele ser un importante estímulo para la fuga (mucho más en las penosas condiciones en las que se cumple en los hechos). Pero incluso es claro que lo que favorece la rebeldía es, en verdad, la propia prisión preventiva, o la amenaza de tal medida, pues sin amenaza de prisión preventiva no podríamos pensar siquiera en el peligro de fuga, ya que no existirían motivos para mantenerse fugados de la justicia (en tal sentido, dicho temor sólo existiría una vez que adquiriera firmeza una sentencia de condena). En otros términos, el único motivo para pensar que alguien puede no presentarse ante la Justicia durante el proceso es el temor a ser encarcelado (de modo tal que el riesgo de fuga desaparece cuando se asegura la libertad del imputado durante el proceso).

IV. 2. Problema conceptual

Pero ésta es una cuestión de prácticas de la justicia penal. Más allá de ello, el principio trae un problema intrínseco a él. En efecto, aun

---

(25) Debe admitirse, sin embargo, que legisladores tales como el nacional y el bonaerense han legislado el encarcelamiento preventivo como regla. Sobre el CPP Nación, cf. Pastor, *El encarcelamiento preventivo*. Ver, también, punto II. 2 de este trabajo.

si se cumpliera con el programa normativo del principio de excepcionalidad, el cumplimiento en la mayoría de los casos de no aplicar el encarcelamiento no tendría virtualidad para justificar la privación de libertad anticipada en aquellos casos en los cuales "excepcionalmente" se aplicara.

Ello pues el ordenamiento jurídico no establece que sólo a *la mayoría de los imputados* se le debe respetar el principio de inocencia, sino a *todos ellos*.

Veamos como ejemplo el caso de Costa Rica. Este país contaba con un 47,40 % de presos sin condena en 1981. En los años siguientes, el porcentaje disminuyó notablemente, alcanzando porcentajes inferiores al 20 % en 1992, 1993 y 1994 (26).

Si bien se ha señalado con preocupación la tendencia, posterior a la de los años citados, al aumento de los porcentajes de presos sin condena, también es cierto que se admite que el "Poder Judicial costarricense ha hecho significativos esfuerzos por reducir el número de personas sometidas a prisión preventiva". Entre los factores más importantes que han contribuido a la disminución de las tasas de presos sin condena, se señala la "intervención" de la Sala Constitucional sobre la jurisdicción penal, que determinó el cambio de "una gran cantidad de prácticas viciadas que ocurrían alrededor de la detención, poniendo en evidencia los límites constitucionales y legales a la actividad de los policías, de los fiscales del Ministerio Público y de los jueces en relación con la detención de personas" (27).

Es interesante señalar el reconocimiento de los propios jueces penales de la cuota de responsabilidad que les correspondió en el desencadenamiento del proceso protagonizado por la Sala Constitucional:

> "Desde luego que esa intervención nos la ganamos los jueces de lo penal, en virtud de los rígidos criterios y las interpretaciones extraídas de los preceptos que regulaban la prisión preventiva y la detención policial, de espaldas a la Constitución Política y las convenciones internacionales sobre Derechos Humanos" (28).

Como muestra el ejemplo, en las mejores condiciones posibles, y con un poder judicial comprometido con la defensa de la libertad, alrededor de un 20 % de las personas detenidas eran presos sin con-

---

(26) En 1992 el porcentaje fue del 14,7 %; en 1993, del 14,5 %; y en 1994, del 18,5 % (cf. Editorial, *El aumento del número de presos sin condena*, pág. 1).

(27) Editorial, *El aumento del número de presos sin condena*, pág. 1

(28) Editorial, *El aumento del número de presos sin condena*, pág. 1

dena. El principio de excepcionalidad *no funcionó para ellos*, pues fueron sometidos a la medida de coerción más violenta del orden jurídico vigente. Si, como dice el Pacto Internacional:

> "... La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas *no debe ser la regla general*..." (art. 9.3, destacado agregado).

La regla citada es un mandato que tiende a proteger a la mayoría de los imputados, pero no a todos ellos. Así, aun cuando el principio de excepcionalidad se cumpliera, siempre habría un grupo que "excepcionalmente" se hallará privado de su libertad. Piénsese en la diferencia de efectos que el principio produce en relación a detenidos y a imputados en libertad. A algunos les garantiza la libertad; a otros —aunque sean los menos— los coloca en idéntica situación que a los condenados.

¿Cómo conjugar esta injusticia, esta desigualdad de trato? ¿Con qué palabras le explicamos a las personas detenidas que ellas gozan del mismo estado jurídico de inocencia que quienes están en libertad?

Más allá de ello, el principio de excepcionalidad, *pese a su falta de aplicación práctica* (29), es un principio positivo que hay que cuidar y tenerlo en miras al hablar de cualquier medida de coerción, sobre todo por su doble efecto —aplicación excepcional de la coerción y aplicación de las medidas menos lesivas—.

V. LOS FINES PROCESALES

V. 1. La irrelevancia del fin

Según la doctrina más garantista, "la presunción de inocencia no puede significar la prohibición del dictado de la prisión preventiva... La solución sólo puede descansar en la concepción que sostiene que la prisión *es prohibida como pena anticipada* y que *debe diferenciarse* entre esta medida coercitiva y la pena privativa de libertad..." (30).

Sin embargo, se reconoce, al mismo tiempo, "que la prisión preventiva y la pena privativa de libertad *no se pueden diferenciar sustancialmente* en la intensidad de la restricción a la libertad. Entre ambas solamente es posible una distinción *que parta de los fines* de

---

(29) Este principio debe ser recuperado en su actual sentido en cualquier reelaboración del principio de inocencia y de un programa de aplicación de medidas de coerción.

(30) Llobet Rodríguez, *La prisión preventiva*, pág. 171 (destacado agregado).

la privación de libertad en cada una de ellas" (31). En este sentido, se sostiene:

> "La diferencia entre la *coerción material* y la *procesal* no se observará por el lado del uso de la fuerza pública, ni centrando la mira en aquello que implica la privación de libertades otorgadas por el orden jurídico, elementos que caracterizan a toda coerción estatal y que, por lo tanto, son comunes a ambas; sólo se puede establecer por el lado de los *fines* que una y otra persiguen..." (32).

Es necesario señalar que *no es cierto* que la diferencia entre coerción procesal y material no se pueda establecer por el lado del uso de la fuerza pública, "ni centrando la mira en aquello que implica la privación de libertades otorgadas por el orden jurídico, elementos que caracterizan a toda coerción estatal y que, por lo tanto, son comunes a ambas". La magnitud de "aquello que implica la privación de libertades" podrían diferenciarse perfectamente estableciendo un régimen mucho menos restrictivo de derechos para la coerción procesal que el de la coerción sustantiva. Tampoco es cierto que la magnitud de la restricción de libertades "caracterizan a toda coerción estatal", pues el Estado cuenta con facultades jurídicas para imponer medidas de coerción de diverso contenido, finalidad y alcance de la restricción de derechos.

Así, la doctrina justifica que el Estado imponga una restricción de la libertad a una persona inocente que *en nada se diferencia de una pena*. Según esta misma doctrina, tal restricción es legítima por el fin que el Estado cumple con la privación de libertad. Así, se sostiene en la doctrina más restrictiva del encarcelamiento preventivo:

> "... la detención judicial... [s]e asemeja en su apariencia externa a la pena privativa de la libertad, consistiendo ésta... en el encarcelamiento en un lugar cerrado, pero no tiene la finalidad de constituir un mal al afectado, que pudiera merecer en razón de su hecho, sino de prevenir el entorpecimiento de la realización del proceso y, consiguientemente, de causar las afectaciones imprescindibles a su finalidad preventiva" (33).

Veamos, entonces, qué tenemos. Por un lado, tenemos un individuo jurídicamente inocente, al cual, se supone, el Estado no puede someter a medidas coercitivas de carácter represivo. Por el otro, tenemos órganos estatales que necesitan atentar contra la libertad de esta

---

(31) Llobet Rodríguez, *La prisión preventiva*, pág. 175 (destacado agregado).
(32) Maier, *Derecho procesal penal*, t. I, pág. 514.
(33) San Martín Castro, *Derecho procesal penal*, t. II, pág. 818.

persona inocente, con la finalidad de aplicar una medida materialmente represiva (34).

Frente a esta coyuntura, se admite que si la finalidad del órgano estatal es procesal, esto es, la finalidad de garantizar la realización del derecho penal, éste puede aplicar sobre el inocente una medida de carácter materialmente represiva.

Si, como se reconoce expresamente, no hay diferencia sustancial entre la pena y el encarcelamiento preventivo, la única circunstancia que distingue a este último de la sanción represiva consiste en su fin pretendidamente cautelar.

Sin embargo, la garantía que protege al inocente debe analizarse, para determinar si ha sido respetada o no, desde el punto de vista *del individuo cuya libertad protege*. Desde este enfoque, debe reconocerse que se impone al inocente *la misma medida que al condenado*. Difícilmente se pueda afirmar que la restricción de la libertad del inocente varíe en algo, para él, por el pretendido fin que, desde el punto de vista del Estado (35), se le atribuya a la detención.

En este sentido, Andrés Ibañez señala:

> "Se ha podido comprobar en el caso de Carrara, paradigmático por su sinceridad. Y es también advertible en un autor, Hélie, de obligada referencia cuando se trata de discurrir sobre la naturaleza y razón de ser de la prisión provisional. Es sintomático que el autor se encuentre en el deber de iniciar su discurso con la afirmación de que 'la privación preventiva de libertad (*détention préalable*) de los inculpados no es una pena, puesto que ninguna pena puede existir donde no hay culpable declarado tal en juicio, donde no hay condena'. Después, señalará que aquélla, 'si se la descompone en sus diferentes elementos, es a la vez una medida de seguridad, una garantía de la ejecución de la pena y un medio de instrucción' (36).

---

(34) Olvidémonos por un momento del eufemismo del fin cautelar. En lo que todos están de acuerdo es que la restricción de derecho a la libertad que sufre un inocente y un culpable son sustancialmente idénticas.

(35) Más allá de lo dicho, también hay un problema con el fin atribuido, no sólo porque pocas veces, en la realidad, la prisión preventiva se aplica con fines procesales sino porque, además, no sabemos en la voluntad de quién debemos hurgar para determinar cuál es la finalidad real de la detención.

(36) [Nota en el texto citado] M. Faustin Hélie, *Traité de l´instruction criminelle ou theorie du Code d´instruction criminelle*, Ch. Hingray, París, 1853, vol. V, pág. 748.

> En la expresión de Hélie, la prisión provisional no *es* (realmente) una pena sólo porque (jurídicamente) no *debe* serlo, habida cuenta, sobre todo, del momento en que opera. Lo que equivale a aceptar la evidencia de que entre una y otra se da una clara comunidad de naturaleza, que se hace patente tanto en la identidad de los bienes personales afectados en cada caso como por el modo en que se produce esa afectación. Así la única diferenciación posible entre ambos institutos habrá que buscarla en un dato externo: su función formal-procesal (37). Y es precisamente ésta la dirección en la que se han proyectado los esfuerzos dirigidos a proponer criterios de discernimiento convicentes entre ambas instituciones" (38).

El principio de inocencia no existe para prohibir al Estado imponer al inocente medidas sustancialmente represivas con fines también represivos, sino para *prohibir al Estado imponer al inocente toda medida sustancialmente represiva*, independientemente de los fines atribuidos a tal medida.

El derecho a ser tratado como inocente requiere un trato material ajeno al fin del Estado; es un derecho del imputado que genera obligaciones de no hacer para la autoridad pública. La pretendida finalidad que la autoridad le atribuya a un hacer que tiene prohibido no justifica su acción.

V. 2. Jerarquía axiológica del fin procesal

Retomemos por un instante los criterios de interpretación que deben guiar la privación de libertad de personas inocentes. Para que el fin atribuido a la medida que anula por completo el derecho protegido —la libertad ambulatoria— pueda justificar la magnitud de esa restricción, ese fin debe ser, necesariamente, axiológicamente superior a la libertad conculcada.

Si fuera de idéntico valor, por ejemplo, no podría justificar la anulación íntegra del derecho a la libertad del imputado, pues se debería adoptar una solución de compromiso que permitiera equilibrar la tensión entre la restricción y el ejercicio del derecho.

---

(37) [Nota en el texto citado] Naturalmente, el criterio de discernimiento es el del fin jurídico-formal o interno, puesto que vista desde una perspectiva criminológica externa, la función que efectivamente cumple la prisión provisional en el modo de ser real del proceso en la generalidad de nuestros paises, es, como se ha dicho antes, la de una anticipación de los efectos de la pena.

(38) Andrés Ibáñez, *¿Neutralidad o pluralismo en la aplicación del derecho? Interpretación judicial e insuficiencia del formalismo*, págs. 10 y siguiente.

Sin embargo, el principio de inocencia significa, precisamente, que se ha reconocido *mucho mayor valor* a la libertad individual que a la necesidad de garantizar el normal desarrollo del proceso penal. Y este mayor valor adquiere máxima trascendencia, especialmente, cuando peligran los fines procesales, pues en los demás casos no existe necesidad de restringir la libertad. Si no fuera así, la garantía no tendría sentido limitador alguno.

Dado que los fines procesales, por decisión expresa del principio de inocencia, revisten *menor jerarquía* que la libertad ambulatoria del inocente, sólo pueden permitir, en todo caso, *restricciones mínimas* a la libertad del imputado, que jamás pueden asemejarse, por su intensidad o duración, a la pena misma. Esto es lo que sucede, precisamente, con la prisión preventiva, y es *exactamente lo que el principio de inocencia prohíbe*.

Varios autores ya se han pronunciado sobre la inconstitucionalidad del encarcelamiento preventivo. Ferrajoli, por ejemplo, ha puesto la cuestión de la ilegitimidad del fin supuestamente procesal en sus justos términos:

> "La debilidad de esta posición de compromiso, que ha demostrado ser incapaz de contener el desarrollo patológico de la privación de libertad sin juicio, radica en su incoherencia con la proclamada presunción de inocencia, enmascarada bajo el patético sofisma de la naturaleza no penal del instituto, y es la misma debilidad que ya había aquejado a la posición de los ilustrados. Los principios ético-políticos, como los de la lógica, no admiten contradicciones, so pena de inconsistencia: pueden romperse, pero no plegarse a placer; *y una vez admitido que un ciudadano presunto inocente puede ser encarcelado por 'necesidades procesales', ningún juego de palabras puede impedir que lo sea también por 'necesidades penales'"* (39).

Pero este autor no ha sido el único:

> "1) La primera cuestión ha sido objeto de análisis desde antiguo y ha sido reflotada hoy por diversos autores. Se expiden en favor de la inconstitucionalidad de la prisión anterior a la sentencia firme de condena, entre otros, *José García Vizcaíno*, *Libertad bajo fianza,* en El Derecho, Bs. As., t. 92, 1981; *Gabriel E. Perez Barberá, Prisión preventiva y excarcelación*, en La Ley, Córdoba, diciembre de 1992; *Graciela Ledesma*, *Presos sin condena: inocentes condenados,* en *Ponencias*, VIII Congreso Nacional de Derecho Penal y Criminología,

(39) Ferrajoli, *Derecho y razón*, pág. 555 (destacado agregado).

Universidad Nacional de La Plata, 1996; *Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Slokar* y *Alejandro Alagia,* Derecho Penal, Parte General, EDIAR, Bs. As., 2000; *Matilde M. Bruera, Cárcel,* en Universitas Iuris, Publicación de Alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, Argentina, año 2, nº 10, 1996, ps. 3 y ss.; pareciera ser ésta, también, entre los trabajos argentinos, la posición de *Fabián I. Balcarce, Presunción de inocencia —Crítica a la posición vigente—,* Lerner, Córdoba, 1996; *Luigi Ferrajoli, Derecho y Razón —teoría del garantismo penal—*, Trotta, Madrid, 1989. Esta es también la tesis que tuve al ocasión de defender en mi artículo *La prisión de presuntos inocentes*, en *Revista de la Facultad de Derecho y C. S.* de la Universidad Nacional del Comahue, nº 1, año 1993 y *Deslegitimación constitucional de la prisión durante el proceso,* en revista *Universitas Iuris,* Universidad Nacional de Rosario, año 3, n° 14, julio de 1997" (Resolución de la Cámara de Apelaciones de Neuquén, del 1 de noviembre de 2001, voto de Gustavo Vitale).

En segundo término, la justificación de la privación de libertad del inocente invocando la necesidad de neutralizar los peligros procesales carece de sustento lógico. Veamos. El principio de inocencia prohíbe aplicar una medida represiva a toda persona a quien se le atribuya la comisión de un hecho punible pero no se haya demostrado en juicio tal imputación. Ello implica que para aplicar una sanción represiva *por un hecho delictivo ya cometido* debo demostrar la responsabilidad del autor en un juicio. En síntesis, sin juicio previo no puede haber pena.

No se puede justificar, entonces, que como no puedo aplicar una pena sin realizar un juicio, puedo anticiparla con el supuesto fundamento de que ocurrirá un hecho futuro que no es punible y que podría dificultar la realización del juicio. Además, no podemos dejar de lado que la ocurrencia de un hecho futuro es indemostrable. Así, como no se puede aplicar una pena sin un juicio, la aplico anticipadamente por si acaso no pudiera realizar tal juicio. Esto no es una justificación, es un absurdo.

V. 3. La verificación del peligro

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha señalado "que la detención preventiva es una medida excepcional y que se aplica solamente en los casos en que *haya una sospecha razonable* de que el acusado podrá evadir la justicia, obstaculizar la investigación preliminar intimidando a los testigos, o destruir evidencia" (40).

---

(40) CIDH, Informe Nº 12/96, párr. 84 (destacado agregado).

Para observar esta exigencia, el juicio sobre la existencia del peligro en el caso particular sólo puede corresponder a un órgano judicial (41). El juicio de peligrosidad procesal sólo puede estar a cargo del tribunal, pues éste exige la comprobación efectiva de circunstancias objetivas y ciertas, en un caso concreto, y respecto de un imputado determinado, que indiquen la existencia probable de peligro procesal.

Pero lo más relevante es que el peligro procesal debe tener fundamentos en elementos objetivos que deben ser verificados. Dado que el encarcelamiento preventivo se impone con la pretensión de evitar hechos que podrían suceder en el futuro, esto es, aún no realizados, cabe preguntarse si es posible que, en el marco del procedimiento penal, se pueda verificar esa circunstancia.

Si tenemos en cuenta el peligro de fuga, parece difícil que la eventual huída del imputado pueda ser verificada de alguna manera. Salvo casos excepcionales, en los cuales se descubre al imputado cuando ya ha comenzado a desarrollar el plan para evadir la acción de la justicia —v. gr., se comprueba que ha adquirido un pasaje de ida a un país extranjero, y es detenido en el aeropuerto—, no parece posible deducir de otro tipo de hechos, ya acontecidos, la realización de un hecho futuro de las características de la fuga.

Lo mismo sucede con el peligro de entorpecimiento de la investigación. Por tratarse, también, de hechos futuros, su verificación presenta idénticos problemas. Aun en el supuesto de que se demuestre, en el caso concreto, que el imputado ya ha realizado algún acto entorpecedor, de allí tampoco se puede deducir que repetirá comportamientos similares en el futuro.

El problema es que, según se afirma, el tribunal debe verificar la existencia del peligro concreto a través de datos objetivos derivados de elementos de prueba incorporados válidamente al proceso. Sin embargo, parece extremadamente difícil, al menos en la mayoría de los casos, "probar" la realización de un comportamiento del imputado que sucederá en el futuro (42). Esta cuestión, en sí misma, plantea

---

(41) Por ello, la legislación procesal no puede establecer criterios generales que impongan al tribunal el deber de ordenar la privación de libertad, independientemente de las circunstancias concretas del caso. Ello sucede, por ejemplo, cuando se establece la obligatoriedad de dictar la detención cautelar para cierto tipo de delitos.

(42) Piénsese que si el Estado aún no ha podido probar un hecho que efectivamente ya fue cometido —el hecho punible objeto del proceso—, cuánto más improbable es que "pruebe" —en verdad, se trata de una tarea imposible— que es muy posible que algo suceda en el futuro.

un grave problema para conciliar el encarcelamiento preventivo con el principio de inocencia.

El principio de inocencia sólo autoriza a imponer una pena cuando se ha demostrado con certeza, luego de una investigación exhaustiva, la efectiva realización de determinado comportamiento acontecido en el pasado.

Al mismo tiempo, se afirma que el peligro procesal justifica el encarcelamiento anticipado del inocente. Ahora bien, ¿es posible admitir que la pena sólo puede ser fundada en la certeza de que un comportamiento ha sido efectivamente realizado y, al mismo tiempo, afirmar que es legítimo privar de la libertad a una persona debido a la posible realización de hechos futuros sobre los cuales no se requiere certeza alguna?

V. 4. Fines sustantivos

A pesar de que la mayoría de la doctrina, de la jurisprudencia de los tribunales locales de los diversos países, de la doctrina de algunos órganos internacionales de aplicación de instrumentos convencionales de derechos humanos, limita los supuestos de peligro procesal a dos casos: a) peligro de fuga; y b) peligro de entorpecimiento, ya hemos visto que la doctrina del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas admite como tercer motivo que justifica la detención la peligrosidad del imputado y su posibilidad de reincidencia.

Del mismo modo se admite esta tercera causal no procesal sino sustantiva en el CPP Costa Rica:

> "Artículo 239.- Procedencia de la prisión preventiva
>
> El tribunal ordenará la prisión preventiva del imputado, siempre que concurran las siguientes circunstancias:
>
> a) Existan elementos de convicción suficientes para sostener, razonablemente, que el imputado es, con probabilidad, autor de un hecho punible o partícipe en él.
>
> b) Exista una presunción razonable, por apreciación de las circunstancias del caso particular, acerca de que aquel no se someterá al procedimiento (peligro de fuga); obstaculizará la averiguación de la verdad (peligro de obstaculización); o continuará la actividad delictiva.
>
> c) El delito que se le atribuya esté reprimido con pena privativa de libertad".

El "peligro de reiteración" rige como causal de encarcelamiento preventivo en Alemania para "numerosos delitos que, de acuerdo con la experiencia práctica, muchas veces son cometidos como delitos en serie, y a los que se cree poder prevenir, de modo más eficaz que hasta ahora, a través de la detención temprana del imputado" (43).

También hay excepciones al fin procesal de la detención cautelar en el CPP Guatemala, producto de un proceso de contrarreforma que introdujo modificaciones de carácter autoritario al Código procesal penal, como se puede apreciar en el agregado que se hizo al artículo que transcribimos a continuación:

> Artículo 264.- Sustitución. Siempre que el peligro de fuga o de obstaculización para la averiguación de la verdad pueda ser razonablemente evitado por aplicación de otra medida menos grave para el imputado, el juez o tribunal competente, de oficio, podrá imponerle alguna o varias de las medidas siguientes:
>
> 1) El arresto domiciliario, en su propio domicilio o residencia o en custodia de otra persona, sin vigilancia alguna o con la que el tribunal disponga.
>
> 2) La obligación de someterse al cuidado o vigilancia de una persona o institución determinada, quien informará periódicamente al tribunal.
>
> 3) La obligación de presentarse periódicamente ante el tribunal o la autoridad que se designe.
>
> 4) La prohibición de salir, sin autorización, del país, de la localidad en la cual reside o del ámbito territorial que fije el tribunal.
>
> 5) La prohibición de concurrir a determinadas reuniones o de visitar ciertos lugares.
>
> 6) La prohibición de comunicarse con personas determinadas, siempre que no se afecte el derecho de defensa.
>
> 7) La prestación de una caución económica adecuada, por el propio imputado o por otra persona, mediante depósito de dinero, valores, constitución de prenda o hipoteca, embargo o entrega de bienes, o la fianza de una o más personas idóneas.
>
> El tribunal ordenará las medidas y las comunicaciones necesarias para garantizar su cumplimiento. En ningún caso se utilizarán estas medidas desnaturalizando su finalidad o

(43) Roxin, *Derecho procesal penal*, p. 261.

se impondrán medidas cuyo cumplimiento fuere imposible. En especial, evitará la imposición de una caución económica cuando el estado de pobreza o la carencia de medios del imputado impidan la prestación.

En casos especiales, se podrá también prescindir de toda medida de coerción, cuando la simple promesa del imputado de someterse al procedimiento baste para eliminar el peligro de fuga o de obstaculización para la averiguación de la verdad.

(Reforma decreto 32-96) No podrá concederse ninguna de las medidas sustitutivas enumeradas anteriormente en procesos instruidos contra reincidentes o delincuentes habituales o por delitos de homicidio doloso, asesinato, parricidio, violación agravada, violación calificada, violación de menor de doce años de edad, plagio o secuestro en todas sus formas, sabotaje, robo agravado y hurto agravado.

También quedan excluidos de medidas sutitutivas los delitos comprendidos en el capítulo VII del decreto No. 48-92 del Congreso de la República, ley contra la narcoactividad.

Las medidas sustitutivas acordadas deberán guardar relación con la gravedad del delito imputado. En caso de los delitos contra el patrimonio, la aplicación del inciso séptimo de este artículo deberá guardar una relación proporcional con el daño causado.

Los tres últimos párrafos agregados al art. 264 establecen el deber judicial de dictar la prisión preventiva obligatoria, aunque no exista peligro procesal alguno, para los supuestos allí enunciados, todos ellos fundados en razones sustantivas.

V. 5. Conclusiones

En síntesis, la muletilla de los fines procesales no distingue lo que en el mundo es igual: el encarcelamiento preventivo, como la pena, son medidas represivas. El fin que se le asigne no puede justificar su pretendida legitimidad.

Así, por ejemplo, no se podría justificar que se trate a una persona como esclava para evitar una sedición, o para realizar el bien común. La Constitución Nacional prohíbe que se atribuya a cualquier persona la calidad de esclava, y la bondad de nuestros fines no puede justificar una medida semejante. Del mismo modo, la Constitución prohíbe aplicar medidas represivas a los jurídicamente inocentes, y

tales medidas no pueden ser justificadas, si son represivas, por sus pretendidos fines procesales.

El principio de inocencia no existe para obligar al Estado a moverse con determinados fines, sino para impedir que éste aplique medidas represivas a los inocentes.

En segundo término, la existencia del peligro procesal que supuestamente legitimaría la imposición de la privación de libertad anticipada descansa sobre presupuestos fácticos de prueba imposible.

En efecto, para afirmar la existencia de un peligro procesal hay que considerar probadas circunstancias que indiquen la eventual ocurrencia de hechos y conductas que tendrán lugar en el futuro.

Como se ha demostrado en numerosas investigaciones empíricas criminológicas, los estudios sobre condenados permiten cuestionar gravemente las predicciones sobre comportamientos humanos futuros, lo que agrava el problema de la legitimidad del encierro carcelario respecto de las personas efectivamente condenadas a una pena privativa de libertad.

Con cuánta más razón tales métodos deben ser criticados si los aplicamos a personas inocentes, respecto de quienes aún ni siquiera se ha comprobado si han cometido un comportamiento delictivo, y respecto de quienes resulta imposible predecir un comportamiento que pueda ser considerado como "peligro procesal".

El principal problema que enfrentan las predicciones sobre comportamiento futuro es que no son pasibles de ser demostradas ni refutadas, razón por la cual su legitimidad es dudosa en todos los casos.

Por último, cuando se aplica sobre la base —aun inconsciente— de criterios sustantivos, como ha señalado el *justice* Marshall, de la Corte Suprema de los EE.UU., "las sanciones de encarcelamiento preventivo no son impuestas a todas las personas que se considera peligrosas, sólo a aquellas que están sometidas a persecución penal. Así, es la presencia de la culpabilidad que surge desde la imputación aún no demostrada la que actúa como disparadora de la detención" (44). Se debe tener en cuenta, por lo demás, que la detención preventiva, en los EE.UU., se aplica con fines penales sustantivos a los que eufemísticamente, se los llama "regulatorios" (45). Así, en el caso "Salerno", la

---

(44) Pernell, *The Reign of the Queen of Hearts: The Declining Significance of the Presumption of Innocence. A Brief Commentary*, nota 55 y texto que la acompaña.

(45) Ver la opinión de Rehnquist en US v. Salerno, 481 US 739, 746-747 (1987).

Corte tuvo que decidir si la detención previa al juicio de los imputados violaba el debido proceso sustantivo y la cláusula que prohíbe la caución excesiva de la Enmienda VIII de la Constitución Federal. El voto de la mayoría analizó si la detención previa al juicio violaba el debido proceso sustantivo, y se preguntó si se trataba de una "sanción inaceptable previa al juicio" (46) —con lo cual parece aceptarse que hay "sanciones aceptables previas al juicio"—.

VI. El principio de proporcionalidad

VI. 1. El sentido de la proporcionalidad

Tal como Sergi ha señalado, el principio de proporcionalidad "constituyó, históricamente, el primer límite temporal a la prisión preventiva" (47). El principio de proporcionalidad es una consecuencia necesaria del principio de inocencia, pues éste exige que los procesados reciban trato de inocentes o, como mínimo, que no reciban peor trato que los condenados (48).

El sentido del principio, sin embargo, ha variado con el transcurso del tiempo. Cafferata Nores señala sus distintos significados, señalando que la proporcionalidad se alcanza cuando se cumple: a) el agotamiento del tiempo de la pena máxima prevista en abstracto para el delito imputado; b) el agotamiento del tiempo de la sanción que podría aplicarse en el caso concreto; o c) el agotamiento del término de encierro efectivo correspondiente a la pena que podría aplicarse en el caso concreto, con lo cual se tiene en cuenta la posibilidad de condena de ejecución condicional y, también, la posible libertad condicional (49).

El sentido actual, en consecuencia, es, como ideal, el de *estricta equivalencia* entre la prisión cautelar y la prisión como pena de cumplimiento efectivo. Por este motivo el principio de proporcionalidad ha sido denominado "prohibición de exceso" (50). Así, la doctrina mayoritaria más moderna sostiene:

---

(46) Pernell, *The Reign of the Queen of Hearts: The Declining Significance of the Presumption of Innocence. A Brief Commentary*, notas 47-50 y texto que las acompaña.

(47) Sergi, *Límites temporales a la prisión preventiva*, pág. 121.

(48) Sobre las consecuencias de este principio en nuestro derecho, cf. Solimine, *Libertad bajo caución y situación procesal*, págs. 31 y siguientes.

(49) Cafferata Nores, *Limitación temporal a la prisión preventiva*, págs. 192 y siguiente.

(50) Sánchez Romero, *La prisión preventiva en un Estado de derecho*, pág. 67.

> "la violencia que se ejerce como medida de coerción [encarcelamiento preventivo] nunca puede ser *mayor* que la violencia que se podrá eventualmente ejercer mediante la aplicación de la pena, en caso de probarse el delito en cuestión" (51).

Esta definición del principio permite que, en muchos casos, la medida cautelar resulte *igual o mayor* a la posible condena. En ordenamientos anacrónicos como nuestro CPP Nación, las disposiciones que regulan —supuestamente— el límite de la proporcionalidad tienden, como mínimo, a garantizar la estricta equivalencia entre medida cautelar y pena en abstracto y, por ello, a favorecer el incumplimiento de ese límite.

Un ejemplo de detenidos preventivos en peores condiciones que los condenados fue revelado hace muchos años por un informe sobre la situación carcelaria en España —abril de 1992—. Allí se indicaba que si bien "la mayoría de las condiciones penitenciarias son idénticas para reclusos preventivos y sentenciados, hay al menos un aspecto de la reclusión en el cual los detenidos preventivos están en clara desventaja. Los detenidos preventivos son excluidos del sistema de permisos, el cual es de vital importancia en un sistema que ofrece muy limitados derechos de visita" (52).

Tal regulación legal constituye, claramente, una violación al principio de inocencia y, al mismo tiempo, a la obligación del Estado de "respetar los derechos y libertades reconocidos en" la Convención Americana (art. 1.1, CADH). Ello pues de la obligación de respetar "surge como consecuencia necesaria, la obligación de adecuar el sistema jurídico interno...". Se trata de una obligación positiva que "acarrea la necesidad de que el Estado realice una actividad de adecuación, ello es, una obligación de hacer" (53).

El primer supuesto que claramente ignora la restricción impuesta por el principio de proporcionalidad es el previsto en el art. 312, inc. 2, del CPP Nación, que autoriza a ordenar el encarcelamiento preventivo "[a]unque corresponda pena privativa de libertad que permita la

---

(51) Binder, *Introducción al derecho procesal penal*, pág. 200.

(52) Helsinki Watch, *Condiciones carcelarias en España*, pág. 3.

(53) Kawabata, Re*paración de las violaciones de derechos humanos en el marco de la Convención Americana sobre Derechos Humanos,* punto A. 2. Esa obligación de adecuar el derecho interno a la Convención surge de su art. 2º: "Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el art. 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades".

condena de ejecución condicional", si se pudiera presumir fundadamente la necesidad de neutralizar un peligro procesal (art. 319).

Esta disposición produce resultados equivalentes a la posibilidad de detener preventivamente a quien es perseguido por un hecho sancionado con pena de multa. Por lo demás, varios de los supuestos de excarcelación del art. 317 también admiten detenciones desproporcionadas (54).

Códigos más modernos tratan de restringir el plazo de la detención para cumplir con la concepción de equivalencia entendida en términos más actuales. El art. 238, párr. II, del CPP Costa Rica dispone: "La privación de libertad durante el procedimiento deberá ser proporcionada a la pena que pueda imponerse en el caso". En el mismo sentido, el art. 257, lit. b, prevé que la detención cesará: "Cuando su duración supere o equivalga al monto de la posible pena por imponer, se considerará incluso la aplicación de reglas penales relativas a la suspensión o remisión de la pena, o a la libertad anticipada". De todos modos, cabe analizar la racionalidad del concepto de proporcionalidad como estricta equivalencia entre medida cautelar y pena.

VI. 2. Los problemas de la equivalencia

El principio de proporcionalidad con su significado actual sólo sirve para justificar, precisamente, lo que el principio de inocencia prohíbe. En efecto, el principio de inocencia no pretende impedir que las personas inocentes sufran penas más graves que las que podrían merecer luego de ser juzgadas y declaradas culpables. En todo caso, ése es el fin protector del principio de legalidad material, pues éste es el principio que pone límites a la pena merecida a quien es declarado culpable.

---

(54) El supuesto del inc. 2, al condicionar la libertad a la pena máxima, permite que la detención cautelar resulte desproporcionada en todos los casos en que la eventual condena admita la imposición de una pena inferior al máximo legal. Esta disposición no sólo presume la responsabilidad penal del imputado por el hecho que se le atribuye sino que, además, presume el máximo grado de culpabilidad por tal hecho. Esta solución ha sido defendida por Vélez Mariconde, quien afirma que "parece lógico que predomine el *criterio objetivo* de reparar en la *entidad de la pena conminada en abstracto* por la ley... a fin de que se mantenga el encarcelamiento preventivo" (*Derecho procesal penal*, t. I, págs. 333 y s., destacado en el original). El supuesto del inc. 3 también tolera encarcelamientos desproporcionados, pues condiciona la libertad de un inocente al cumplimiento de una exigencia que la ley sólo impone a los condenados para obtener la libertad condicional.

Esta interpretación del principio de proporcionalidad produce graves consecuencias. Ella permite, por ejemplo, que en la actualidad la aplicación del encarcelamiento preventivo produzca resultados más graves que los de la inquisitiva institución de la *poena extraordinaria*. En el contexto del procedimiento inquisitivo, la "*poena extraordinaria* permitía escapar del dilema absolución-condena, para los casos en los cuales no se alcanzaba la certeza necesaria para condenar, aplicando una pena reducida, conforme a la probabilidad" (55).

Se trataba de la pena de sospecha, que permitía dosificar el castigo según el grado de certeza alcanzado por el juzgador: si lograba demostrar con certeza la responsabilidad del imputado, podía aplicar la pena máxima; en caso contrario, la sospecha autorizaba a aplicar una pena proporcional al nivel de verificación de la hipótesis acusatoria alcanzado en el proceso. A pesar de la perversidad del mecanismo, la falta de certeza, al menos, *reducía* la pena aplicable. La situación actual, paradójicamente, ni siquiera garantiza esa reducción.

La manera más efectiva de demostrar la irracionalidad de la forma en que opera actualmente el principio de proporcionalidad consiste en realizar una comparación con la *poena extraordinaria*. En este sentido, es posible afirmar que la justicia penal "soluciona" su ineficiencia recurriendo al encarcelamiento anticipado de inocentes, a partir de la misma racionalidad que estructuraba el instituto inquisitivo de la *poena extraordinaria*. Sin embargo, las consecuencias de la aplicación actual de esa racionalidad inquisitiva a través del encarcelamiento preventivo son aún más graves que las provocadas por la pena de sospecha.

En efecto, la prisión preventiva opera como la *poena extraordinaria* sólo cuando por la gravedad de la pena el imputado obtiene su libertad por la limitación temporal del encarcelamiento al "plazo razonable" de los tratados de derechos humanos —CADH, art. 7.5; PIDCyP, art. 9.3—. En estos supuestos, la imposibilidad del Estado de demostrar con certeza la culpabilidad del imputado sólo permite una detención sin condena que es inferior a la pena eventualmente aplicable, de manera análoga a la aplicación de la *poena extraordinaria*.

Cuando la pena es menor, en cambio, y el imputado obtiene su libertad por exigencia del principio de proporcionalidad —v. gr., cuando agotó en prisión preventiva el máximo de la pena eventualmente aplicable—, el encarcelamiento anticipado es más grave que la *poena*

(55) Maier, *Derecho procesal penal*, t. I, p. 880.

extraordinaria, pues aquél, en realidad —a pesar de la falta de pruebas—, se equipara a la eventual condena (56).

Por las razones expuestas, el principio de proporcionalidad no puede ser entendido en el sentido que se le reconoce actualmente, no sólo por las consecuencias que produce y que ya hemos señalado, sino, además, porque la equivalencia temporal de la detención del procesado y del condenado jamás puede resultar "proporcional", debido a la diferente *situación jurídica* en la que se halla la persona inocente.

Si el principio de inocencia puede ser reglamentado pero no alterado, no resulta legítimo entender la proporcionalidad de la manera descripta, pues ello significa que el Estado está facultado a tratar al inocente *del mismo modo* que al culpable. Según la percepción generalizada del principio de proporcionalidad, el principio de inocencia sólo sirve para impedir que el procesado sea tratado peor que el culpable. Sin embargo, ése no es, ni puede ser, su sentido.

Toda persecución penal impone a quien la sufre ciertas cargas, molestias y restricciones que no son impuestas a quien no se le imputa ningún hecho punible. Esta circunstancia, en sí misma, nada tiene de objetable. La cuestión relevante consiste en determinar cuál debe ser el límite de tales injerencias. Ahora bien, debe quedar claro que lo que está fuera de toda discusión es que tales injerencias no pueden *eliminar* el principio de inocencia, pues éste ha sido previsto, precisamente, para proteger a las personas que deben soportar las injerencias propias de la persecución penal.

Se debe tener en cuenta, por otra parte, que la limitación que evita que el procesado reciba un trato peor que el condenado deriva de exigencias materiales —v. gr., del principio de legalidad sustantivo—. Tampoco al culpable se le puede imponer una pena más grave que la que merece según las reglas legales vigentes. Si ése fuera el sentido del principio de proporcionalidad, su fundamento no derivaría del principio de inocencia, sino del principio de legalidad material.

---

(56) En síntesis, la construcción del significado del principio de proporcionalidad que ha realizado el derecho procesal penal del siglo pasado ha terminado por reproducir una práctica aún más perversa que la *poena extraordinaria* de la más pura Inquisición. Lo más grave es que este concepto de proporcionalidad ni siquiera respeta un criterio sustantivo de proporcionalidad, pues se halla en peor situación la persona a quien se le imputa un delito leve que el imputado a quien se le atribuye un delito de extrema gravedad. Este último, por el límite temporal, sólo cumplirá una parte de la pena eventualmente aplicable, pero aquél estará en peor situación, pues agotará completamente en prisión la pena eventualmente aplicable, es decir, estará en idéntica situación que un condenado.

La consagración positiva del principio de inocencia en los textos constitucionales y en los tratados de derechos humanos refleja que se ha tomado una determinada decisión sobre la manera de resolver la tensión siempre presente entre libertad individual y política persecutoria, claramente a favor de la primera.

Por este motivo, la necesidad de neutralizar un peligro procesal no puede justificar, de ningún modo, la *eliminación* del principio de inocencia, pues este principio fue establecido, precisamente, para resolver este tipo de situaciones. Sólo en casos en que existe algún peligro procesal la libertad del imputado estará en peligro y, por ello, es en esos casos cuando adquiere su mayor sentido protector el principio de inocencia. Si no fuera así, el principio no tendría sentido alguno, pues no podría impedir que el inocente recibiera el mismo trato que el culpable.

La única solución posible, frente a esta situación, consiste en atribuir un sentido al principio de proporcionalidad que resulte adecuado para lograr un respeto efectivo del principio de inocencia y, en consecuencia, para demarcar con precisión las injerencias legítimas que debe soportar el individuo sometido a persecución penal. El principio de inocencia no significa que no pueda aplicarse ninguna medida de coerción sobre el imputado para garantizar la realización de los fines del proceso. De hecho, la protección de esos fines no sólo autoriza a aplicar medidas de coerción al imputado sino, también, a otras personas que no han sido acusadas, pero cuya presencia o intervención resulta necesaria (57).

En la actualidad existe una tendencia a establecer la proporcionalidad en términos no equivalentes. En este marco, se considera que la coerción procesal debe ser, necesariamente, menor a la coerción penal.

Así lo ha sostenido la Comisión Interamericana al analizar la estrecha vinculación entre el principio de proporcionalidad —entendido en términos de equivalencia— y el criterio de retribución. Esta aplicación del principio, afirmó, desvirtúa la finalidad de la prisión cautelar, transformándola en una justificación para la imposición de una pena anticipada (58). A estas consideraciones, Sergi ha agregado recientemente:

---

(57) De allí, por ejemplo, la posibilidad de hacer comparecer a un testigo por la fuerza pública o, en el derecho anglosajón, la facultad del tribunal de aislar al jurado durante el juicio.

(58) En el Informe Nº 12/96, la Comisión consideró que tanto el argumento de la gravedad del hecho como el de la severidad de la pena se inspiran en criterios de retribución penal, por lo cual su utilización produce el efecto de des-

> "El criterio de proporcionalidad, entonces, debe ser dejado de lado en estos supuestos [se refiere a delitos con penas graves en los cuales el principio no opera como límite temporal] (y sólo incluirlo en el análisis de la razonabilidad del plazo inferior al máximo) para darle lugar a un criterio más restringido: el *principio de inequivalencia o prohibición de equivalencia* entre la pena y la prisión preventiva. De acuerdo a esta nueva formulación del antiguo principio de proporcionalidad, la duración del encarcelamiento preventivo *nunca* puede equivaler a la duración de la pena" (59).

Debe quedar claro, en este marco, que la doctrina de la Comisión sugiere inequívocamente una afirmación de la tendencia expresada en la posición de Sergi y ya reflejada positivamente en el ordenamiento jurídico ecuatoriano y chileno.

VII. El principio de provisionalidad

El principio de provisionalidad postula que todos los requisitos, presupuestos y exigencias que deben ser verificados para autorizar el encarcelamiento anticipado carecerían de sentido si sólo fueran necesarios para fundar la decisión inicial que ordena la detención. Si así fuera, una detención inicialmente legítima podría tornarse arbitraria sin que pudiera remediarse tal situación.

Por este motivo, se reconoce el carácter provisional de toda detención preventiva. El principio de provisionalidad autoriza a continuar con la detención sólo si subsisten todas y cada una de las circunstancias que fundaron la necesidad original de ordenar la privación de libertad. En síntesis, la detención preventiva, al extenderse en el tiempo, sólo es legítima en la medida en que continúen existiendo *todos* sus presupuestos. Desaparecido alguno de sus requisitos, el encarcelamiento debe cesar.

Este principio ha sido reconocido normativamente, estipulando el deber de revisar periódicamente los presupuestos del encarcelamiento preventivo. Sin embargo, quizá sea el principio que menos se

---

virtuar la finalidad de la medida cautelar, "convirtiéndola, prácticamente, en un sustituto de la pena privativa de libertad" (párr. 86). A ello agregó: "Más aún, la Comisión estima que la existencia de un sentido de proporcionalidad entre la sentencia y el encarcelamiento previo es, para todos los efectos, una justificación para la pena anticipada, lo cual es una violación del principio de presunción de inocencia consagrado en la Convención" (párr. 88).

(59) Sergi, *Límites temporales a la prisión preventiva*, págs. 137 y s. (destacado agregado).

cumpla. Como regla, las personas privadas de libertad por una medida cautelar recuperan su libertad —con excepción del principio de proporcionalidad y del límite temporal— con un auto de falta de mérito o con un auto de sobreseimiento.

Si no fuera así, no se comprende cómo aquellas personas que fueron detenidas cautelarmente por entorpecer la investigación no recuperan su libertad una vez agotada la etapa de investigación. Este principio no plantea ningún problema conceptual, sino un grave problema práctico que requiere diseñar mecanismos de control adecuados para controlar de manera efectiva que los presupuestos del encierro preventivo se mantienen en el tiempo.

VIII. LA LIMITACIÓN TEMPORAL DEL ENCARCELAMIENTO PREVENTIVO

VIII. 1. La práctica

Como hemos visto en el capítulo anterior, la nueva garantía contemplada en los tratados de derechos humanos (art. 7.5, Convención Americana; art. 9.3, Pacto Internacional) no ha operado como debería.

Los organismos internacionales de aplicación de los tratados internacionales han fracasado en erigir a dicho derecho como una efectiva protección contra el abuso que los Estados realizan del encarcelamiento preventivo.

El principal problema en la aplicación de esta garantía ha sido, como sucedió en el caso de la Comisión Interamericana, que se ignoró el caso de aquellos países que contaban con leyes que establecían límites temporales absolutos, con el argumento de que el "plazo razonable" de la Convención no podía ser un plazo determinado.

Además de ignorar un principio básico de interpretación como el establecido en el artículo 29.b de la Convención Americana, las decisiones de la Comisión han impedido que la persona detenida, aun cuando en el derecho interno exista un límite temporal cierto, tenga conocimiento acerca de cuándo culminará su detención. Ello pues según la doctrina del sistema interamericano los Estados pueden mantener a las personas detenidas a pesar del vencimiento del plazo estipulado en la legislación interna (60).

---

(60) Esto ha cambiado con el reciente Informe 35/07, en el caso de los hermanos Peirano Basso, contra el Estado Uruguayo.

Por otra parte, los organismos internacionales no han sido demasiado exigentes a la hora de analizar la extensión del plazo que consideran razonable. En este punto, ha resultado desafortunada la omisión de los órganos del sistema interamericano de analizar el régimen de enjuiciamiento regulado en el ámbito interno y su influencia con la duración de la detención. Ello pues se debería atribuir a los Estados la responsabilidad en el modelo de justicia penal que adoptan, en la medida en que éste es causa directa de la tasa de los presos sin condena.

Tal como se ha demostrado, el sistema de enjuiciamiento determina de modo directo la tasa de presos sin condena. Así, en un viejo estudio se determinó que mientras los países anglosajones de América Latina y el Caribe tenían un 22,57 % de presos sin condena, los países de la misma región con sistema continental-europeo contaban con un 61,74 % de detenidos cautelarmente (61).

Por este motivo, este derecho a no permanecer detenido a la espera del juzgamiento más allá de un plazo razonable, que surgió frente al fracaso de los demás principios que pretenden limitar el encarcelamiento preventivo, también ha fracasado. Algunos autores, sin embargo, consideran que la limitación temporal del encarcelamiento preventivo a un "plazo razonable" deriva del "principio de excepcionalidad", pues afirman que la detención debe "durar el tiempo estrictamente necesario para asegurar la finalidad que toda medida cautelar persigue..." (62).

VIII. 2. Problemas conceptuales

El primer problema conceptual que tenemos es que ni el principio de inocencia ni los tratados de derechos humanos permiten al Estado aplicar una medida de la calidad e intensidad del encarcelamiento preventivo. En efecto, el art. 7.5 de la Convención Americana dispone:

> 5. Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio.

---

(61) Carranza, Mora Mora, Houed y Zaffaroni, *El "preso sin condena" en América Latina y el Caribe*, pág. 648.

(62) San Martín Castro, *Derecho procesal penal*, t. II, pág. 837.

El art. 9.3 del Pacto Internacional, por su parte, establece:

> 3. Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad. La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier otro momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo.

Nada hay en el principio de inocencia —que es un principio limitador por definición—, ni en las dos disposiciones citadas, que permita que a una persona sometida a persecución penal se le aplique una medida represiva idéntica a la pena y por la misma cantidad de tiempo.

Ello indica que la medida de coerción debe distinguirse cualitativa y cuantitativamente de la sanción penal. En el aspecto cuantitativo, es el principio de proporcionalidad en términos de inequivalencia el que puede tener efectos limitadores.

Un segundo problema consiste en que, por aplicación del principio *pro homine*, sólo se debería acudir al encierro cautelar para garantizar la comparecencia al proceso del imputado y su presencia para la ejecución del fallo. En síntesis, tanto la Convención Americana como el Pacto Internacional, como afirma, entre otros, San Martín Castro, sólo admiten como peligro procesal legítimo el peligro de fuga:

> "La función legítima de la detención judicial o encarcelamiento preventivo consiste, a nuestro juicio, en evitar la fuga del imputado. Ahora bien, la doctrina procesal ha identificado dos fines de esta medida...
>
> ...
>
> Por nuestra parte... consideramos que la detención judicial tiene como única función garantizar la ejecución de la pena corporal. Se trata de una justificación permanente, es decir, válida a través de todas las fases o etapas del proceso..." (63).

---

(63) San Martín Castro, *Derecho procesal penal*, t. II, págs. 818 y siguiente.

IX. La impugnación de la prisión preventiva

IX. 1. La impugnación

Por diversos motivos, algunos autores han comenzado a impugnar severamente la legitimidad de la prisión preventiva. Así, Pastor sostiene:

> "El encarcelamiento preventivo funciona, en la práctica, como pena anticipada, sobre todo ayudado por nuestra ley procesal penal que, prescindiendo de toda verificación de la existencia de los peligros procesales que lo autorizan (falta de demostración cierta de sus presupuestos), lo permite por razones sustantivas. Gracias a ello el imputado queda en la misma situación que un condenado pero sin juicio, sin respeto por el trato de inocencia, sin acusación, sin prueba y sin defensa, cuando, constitucionalmente, su situación debería ser la contraria" (64).

En similar sentido opina Ferrajoli:

> "... la misma admisión en principio de la prisión *ante iudicium*, sea cual fuere el fin que se le asocie, choca de raíz con el principio de jurisdiccionalidad, que no consiste en poder ser detenidos únicamente por orden de un *juez*, sino en poder serlo sólo sobre la base de un *juicio*..." (65).

> "Así pues, esa contradicción en los términos que es la cárcel sin juicio podría eliminarse, al menos hasta la conclusión del juicio en primera instancia. El imputado debe comparecer libre ante sus jueces..." (66).

En síntesis, ambos autores impugnan la prisión sin juicio y la afectación al principio de inocencia. Sin embargo, ninguno de ellos reniega de la posibilidad de imponer cualquier medida de coerción sobre el imputado. De hecho, Ferrajoli parece admitir el encierro carcelario luego del juicio y antes de que la sentencia adquiera firmeza.

IX. 2. La propuesta

Como ya hemos dicho, una persona imputada de la eventual comisión de un hecho punible puede sufrir medidas que afectan y restringen el ejercicio y goce de sus derechos.

---

(64) Pastor, *Escollos a la ley de limitación temporal del encarcelamiento preventivo*, págs. 286 y siguiente.

(65) Ferrajoli, *Derecho y razón*, pág. 555.

(66) Ferrajoli, *Derecho y razón*, pág. 559.

La impugnación que señaláramos en el punto anterior es una reacción frente a la ilegítima restricción de la libertad que representa el encarcelamiento preventivo tal como es entendido y justificado por la doctrina dominante en la actualidad.

La pregunta consiste en determinar cómo se pueden garantizar la protección de los fines del proceso sin una injerencia tan violenta como la que produce la prisión preventiva. A nuestro juicio, todo depende, esencialmente, de una reelaboración del principio de proporcionalidad.

Ya hemos visto cómo, con excepción del principio de excepcionalidad —que en la práctica no se aplica—, los requisitos y exigencias materiales del encarcelamiento preventivo no funcionan para proteger la libertad de las personas y el principio de inocencia.

Aun regulado en concordancia con esos principios así entendidos, y con los recaudos formales impuestos por el ordenamiento jurídico, y con el límite temporal del art. 7.5 de la Convención, se sigue aplicando abusivamente la prisión preventiva y no se puede solucionar el problema.

El panorama mostrado nos lleva a concluir en la necesidad de una propuesta de reelaboración del principio de inocencia y del principio de proporcionalidad elaborada a los efectos de buscar alternativas a la prisión preventiva que, sin vulnerar el estado de inocencia, permitan neutralizar los peligros procesales. Ese es el trabajo pendiente.

Bibliografía

ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, *¿Neutralidad o pluralismo en la aplicación del derecho? Interpretación judicial e insuficiencia del formalismo*, en *En torno a la jurisdicción*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2007, en prensa.

BINDER, Alberto M., *Introducción al derecho procesal penal*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1993.

BOVINO, Alberto, *El encarcelamiento preventivo en los tratados de derechos humanos*, en ABREGÚ, Martín, y COURTIS, Christian (comps.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1997.

BOVINO, Alberto, *La libertad personal en el sistema interamericano*, en Martin, Claudia, Rodríguez-Pinzón, Diego, y Guevara B., José A. (comps.), *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Ed. Universidad Iberoamericana/Academia de Derechos

Humanos y Derecho Internacional Humanitario-Washington College of Law-American University, México, 2004.

Caferatta Nores, José I., *Limitación temporal a la prisión preventiva*, en *Cuestiones actuales sobre el proceso penal*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1998, 2ª edición.

Carranza, Elías, Mora Mora, Luis P., Houed, Mario y Zaffaroni, Eugenio R., *El "preso sin condena" en América Latina y el Caribe*, en "Doctrina Penal", Ed. Depalma, Buenos Aires, 1982.

Carrió, Alejandro D., *Garantías constitucionales en el proceso penal*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2000, 4ª edición.

Editorial, *El aumento del número de presos sin condena*, en "Ciencias Penales", Ed. Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, San José, 1995, nº 10.

Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón*, Ed. Trotta, Madrid, 1995.

Kawabata, J. Alejandro, *Reparación de las violaciones de derechos humanos en el marco de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, en AA.VV., *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1997.

Llobet Rodríguez, Javier, *La prisión preventiva*, Ed. UCI, San José, 1997.

Maier, Julio B. J., *Derecho procesal penal*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1996, t. I, 2ª edición.

Maier, Julio B. J., *La Constitución Nacional y los medios de coerción personal contra el imputado*, en *Cuestiones fundamentales sobre la libertad del imputado*, Ed. Lerner, Buenos Aires, 1981.

Pastor, Daniel R., *El encarcelamiento preventivo*, en Julio B. J. Maier (comp.), *El nuevo Código procesal penal de la Nación. Análisis crítico*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1993.

Pastor, Daniel R., *Escolios a la ley de limitación temporal del encarcelamiento preventivo*, en "Nueva Doctrina Penal", Ed. Del Puerto, Buenos Aires, t. 1996/A.

Pernell, LeRoy, *The Reign of the Queen of Hearts: The Declining Significance of the Presumption of Innocence. A Brief Commentary*, en "Cleveland State University Law Review", 1989, vol. 37.

Roxin, Claus, *Derecho procesal penal*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2001.

RUSCONI, Maximiliano, *Reforma del sistema de enjuiciamiento, Ministerio Público y relaciones entre juez y fiscal*, en http://www.eldial.com/bases/sql/ver_rld.asp?id=110&base=50, elDial – DC6E.

SAN MARTÍN CASTRO, César, *Derecho procesal penal*, Ed. Alternativas. Lima, 2000.

SÁNCHEZ ROMERO, Cecilia, *La prisión preventiva en un Estado de derecho*, en "Ciencias Penales", Ed. Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, San José, 1997, nº 14.

SERGI, Natalia, *Límites temporales a la prisión preventiva*, en "Nueva Doctrina Penal", Ed. Del Puerto, Buenos Aires, t. 2001/A.

VÉLEZ MARICONDE, Alfredo, *Derecho procesal penal*, Ed. Marcos Lerner, Córdoba, 1986, 3ª edición.

Acceso a justicia víctima-victimario (1)

Elena Highton de Nolasco

Siempre será poco lo que pueda enfatizarse sobre la alta significación y trascendencia de la resolución alternativa de disputas en el funcionamiento de los sistemas judiciales.

El encuentro entre víctima y victimario amplía el concepto de mediación y es reiteradamente practicado en tribunales y comunidades a lo largo y ancho del mundo.

La mediación (conocida como conciliación en varios países de América Latina) promueve la responsabilidad, la rendición de cuentas, la asistencia a las víctimas y la enmienda, parece responder a necesidades insatisfechas de los individuos, familias y comunidades afectadas por el crimen. Hace al victimario directamente responsable, tiene que dar cuenta directa. Esto significa que la personalización de las consecuencias del crimen ofrece más satisfacción con todo el sistema de justicia, aunque el más alto nivel de satisfacción puede estar relacionado con el carácter voluntario de la participación. En comparación, las víctimas y los victimarios que han pasado por mediación están más satisfechas con el sistema de justicia que cuando los casos son sometidos a persecución tradicional.

Me parece importante trazar precisiones entre distintas formas u objetivos de la resolución alternativa de disputas, y en particular de la mediación en materia penal.

En general, cuando se piensa en los casos de delitos cometidos por jóvenes, por ejemplo contra la propiedad, a la víctima le interesa la compensación económica o sea, la reparación. Ello implica terminar rápido con el tema, casi como si fuera un asunto civil o comercial. En este caso lo más relevante sería cobrar los daños y perjui-

---

(1) Sobre la base de la participación en una mesa de debate denominada: "Victimización. Resolución alternativa de conflictos en el trato con la víctima".

cios, restaurar o recuperar la cosa dañada a través, eventualmente, de una indemnización en dinero. Mas la restitución o reparación es muy variada pudiendo adoptar la forma de compensación directa a la víctima, de servicio comunitario, de trabajo, o también devenir en las más diversas condiciones de devolución creadas entre víctima y victimario, obteniéndose un compromiso del victimario —si es un joven acompañado muchas veces por su familia— para cumplir con lo convenido. Es imprescindible dejar bien en claro que, a diferencia del proceso civil, la mediación penal está orientada hacia el diálogo y la comunicación, y no hacia el acuerdo. Dentro de este contexto, el esquema u objetivo de la mediación es más bien descomprimir el sistema, lo que implica derivar o desviar todos los casos posibles para que los magistrados se puedan dedicar a contiendas más importantes. Además, colmando —o por lo menos satisfaciendo en gran medida— el interés de la víctima.

Este abordaje depende de algunas cuestiones, relacionándose directamente con la condición del victimario y el interés de la víctima; hay que ahondar más allá de la simple magnitud económica del caso. Veamos el siguiente ejemplo: si alguien sufrió un daño en su automotor, aunque el victimario sea un joven de escasos recursos, puede compensar a la víctima lavando su auto durante diez domingos. Este comportamiento es una forma de reparar, y probablemente, a la persona dueña del vehículo la satisfaga mucho más que el dinero de la reparación. Es muy importante también el compromiso familiar y, sobre todo, la responsabilidad que toma sobre sí el infractor, pues el deber asumido resulta singularmente aleccionador y ofrece patrones de conducta a quien tal vez los tenga muy escasos.

Como puede advertirse, la institución que analizo, se muestra realmente restaurativa para las relaciones entre las personas y al mismo tiempo colma o satisface los intereses de la víctima de manera más adecuada que una sanción.

Si bien este tratamiento para casos de pequeña monta es bastante conocido, sería interesante hablar de otro tipo de programas menos divulgados, emprendimientos que no hay acá en el país, probablemente no haya en los países de América Latina, pero que existen en Inglaterra y en Estados Unidos. Hay allí algunos esquemas en los cuales se habla de mediación —y habría que ver inclusive si le cabe este nombre—, en casos de delitos graves y muy violentos; pero —y aquí reside el *quid* de la cuestión— no se trata de un procedimiento para desviar el caso del sistema penal.

En estos supuestos de que hablo, ya hay una pena impuesta que se está cumpliendo, a tal punto que la mayor parte de las veces estas mediaciones se hacen en prisiones de alta seguridad, donde sí se

cuida muy especialmente el interés de la víctima. Ello es así, además de que el victimario debe tener algunas características. Este tipo de mediación no es para todos los casos, ni siquiera para la mayor parte de ellos. En efecto, es para pocas situaciones, y enfatizo que siempre se debe atender y cuidar real y efectivamente a la víctima.

Un sujeto victimizado puede adoptar diversos comportamientos: por ejemplo, hay algunas víctimas que tras haber sufrido un delito grave, inclusive un homicidio de un familiar, tratan de olvidarse de todo, dejar lo acontecido atrás y seguir adelante, como casi prácticamente bloqueando los hechos. Otras víctimas que obtienen contención de familiares y del medio, ayudados por estos factores, aunque sin olvidar, sufren su dolor de una manera que les permite seguir adelante. A su vez, hay otras que quedan sumergidas en una angustia, con un pesimismo y un abatimiento que prácticamente las lleva a provocar su autodestrucción. Ahora bien, también existe otro tipo de víctimas, con otras reacciones, donde lo más importante para ellas es saber qué pasó, por qué sucedió el hecho, por qué les tocó a ellas. No pueden dormir en paz, no pueden vivir hasta obtener respuestas y el único que puede brindarlas es el victimario. Estos casos permiten hablar de otro modo de mediación, donde además no tiene nada que ver con desviar casos del sistema ni tampoco siquiera con disminuir la pena impuesta. La víctima necesita saber. En estos programas, el procedimiento se lleva a cabo sólo a pedido de la víctima y constatando que el victimario esté realmente arrepentido, que se sienta en una situación de genuina o sincera asunción de responsabilidad, asunción de culpas y arrepentimiento de lo que ha ocurrido y sin que tenga ninguna expectativa de que esto le cambie la suerte de la pena.

En tanto en los casos más habituales de poca importancia y en que los victimarios son jóvenes, a veces sucede que los sientan rápidamente frente a la víctima sin preparación previa, excepto el saber que voluntariamente quieren someterse a la mesa de mediación. En los supuestos de delitos graves se requiere una preparación de varios meses. Esta preparación de la víctima y del victimario demanda entre seis y dieciocho meses y a veces más, incluso años. Y, obviamente, el mediador debe estar especializado en este tipo de intervención, pues se trata de hechos donde ha habido violencia, emoción, angustia y dolor. A diferencia del proceso civil, en que el mediador se encuentra con ambas partes en sesión conjunta, en el plano penal el modelo es distinto, pues se reformula el rol del mediador hacia un facilitador del diálogo y ayuda mutua. De este modo se agendan sesiones de premediación separadas, se construye la confianza sin tomar partido, se identifican las fortalezas de cada parte, se crea un espacio seguro para el diálogo y se reconoce y utiliza el poder del silencio.

A través de esta preparación, que requiere muchas entrevistas separadas, tanto con la víctima como con el victimario, es necesario obtener respuestas previas, es menester el esclarecimiento interno de la propia víctima, y para esto hace falta mucha ayuda respecto de qué es lo que pretende cuando se encuentre con el victimario, cuál es su objetivo, porque esta mediación se ajusta a la medida de la situación de cada uno y según las expectativas que tenga cada víctima. Desde luego también es imprescindible por parte del mediador, el conocimiento de la personalidad del victimario, del sistema penal, de lo que implica estar en prisión, de lo que significa la asunción de responsabilidad y estar privado de la libertad tanto tiempo y además, una actitud de no juzgamiento de su parte.

A modo de ejemplo del resultado que logra y del interés que suscita la oferta de este tipo de proyectos, es relevante traer a colación que en un programa en Texas, en su momento, cuando había seis casos que estaban siendo procesados a través de esta mediación, ya había doscientos pedidos de víctimas para ingresar al programa. Esto muestra que estamos ante una justicia restaurativa o restitutiva, que puede efectuarse siempre y cuando haya un verdadero arrepentimiento desde el fondo del corazón, puede inclusive llegarse al perdón, sin que en manera alguna sea la meta de estos encuentros. Adviértase que el perdón no es el objetivo, la mayor parte de las veces la víctima no puede llegar a este estadio tan avanzado de aceptación, pero de todas maneras puede sobrevenir.

Como podemos deducir, estos son sistemas que hay que complementar con lo que nosotros conocemos como mediación penal, para abarcar otro tipo de casos y, además, a muchas otras víctimas que tienen distintas expectativas e intereses.

De allí la necesidad de seguir avanzando en materia de acceso a justicia y resolución de disputas en el trato con la víctima.

También en este contexto, son relevantes los servicios de ayuda a las víctimas.

En Argentina, a los fines de la asistencia integral de la víctima, en 1998 el Procurador General de la Nación puso en marcha un programa gestionado por la Oficina de Asistencia a la Víctima. Sus funciones pueden resumirse en: prestar asesoramiento a las víctimas del delito; realizar los estudios criminológicos que se les encomienden; proponer al Fiscal General las campañas de comunicación social destinadas a informar a la comunidad las vías de acceso a la protección por parte del Ministerio Público Fiscal e incluso proporcionar excepcionalmente a las víctimas de escasos recursos la asistencia económica que resulte indispensable para hacer cesar el proceso de victimiza-

ción al que se encuentran expuestas, en aquellas situaciones en las que no se disponga de otro auxilio estatal o no es posible obtenerlo en tiempo útil.

También como contracara de una misma moneda, me parece muy interesante comentar que hay un programa piloto creado por la Defensoría General de la Nación en el año 2007, que brinda asistencia jurídica a las mujeres privadas de la libertad en relación con temas que trascienden el derecho penal. La experiencia indica que la privación de la libertad provoca un detrimento en la estructura familiar y que la mayor cantidad de problemas que sufre la mujer detenida se relaciona con asuntos familiares tales como: divorcio, reconocimiento de paternidad, régimen de tenencia y alimentos. El propósito es extender este programa a las cárceles de hombres, según el resultado que se obtenga en su primera aplicación con mujeres.

En definitiva, hay distintos programas para investigar y avanzar en estos métodos alternativos de resolución de disputas que pueden tener, como dije, muchos modos de seguir desarrollándose.

Por otro lado, tratándose el presente de un encuentro de Defensores, estimo interesante hacerles saber que la suscripta, actual Vicepresidenta de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, se integró al sistema judicial hace treinta y cinco años y comenzó como Defensora Oficial.

Me parece relevante que se sepa también que en la Corte se ha creado una comisión de "Acceso a Justicia y resolución de disputas". Nótese que digo acceso "a Justicia" y no "a la Justicia", porque no me refiero a acceso a una sentencia, o sea a la Justicia en el sentido de una solución desde un pronunciamiento, sino a Justicia, en el sentido de una solución al conflicto rápida, inmediata, justa y además en armonía con los intereses de cada uno. En esta comisión hay algunos jueces trabajando, representativos de todo el país (que tiene una organización de carácter federal, con lo cual hay magistrados de todas las instancias tanto federales como provinciales). En esta comisión, concretamente, hay doce representantes, profesionales con mucha experiencia de diversas provincias del país, de las Cortes Supremas de Justicia, de los jueces nacional-federales, de los jueces provinciales, desde el Chaco hasta la Patagonia y también del centro del país.

El primer objetivo que se fijó la comisión es trazar un mapa de todos los modos de resolución de disputas que tenemos en el país conectados con el sistema judicial. Y cuando digo judicial no me refiero sólo a los jueces, sino también a los Ministerios Públicos que, sean poderes independientes o estén dentro del conglomerado del Poder Judicial, los entendemos comprendidos en el sistema judicial. De allí

que el primer cometido de este grupo radica en la confección de un mapa que refleje las muchas variantes de mediación (civil o penal, de mayor y menor cuantía), las casas de justicia, las oficinas de atención ciudadana, las oficinas de asistencia a víctimas, etc. Cuando lo tengamos listo podremos compartir experiencias y para esto se va a utilizar la página web de la Corte.

Estoy segura de que será muy interesante participar de experiencias con los restantes países de América Latina. Seguiremos avanzando en esta tarea, porque no hay que inventar la rueda de nuevo, hay muchas cosas hechas, también hay muchas regiones y variantes y lo que le sirve a uno puede no servirle a otro, pero de la noción de lo que hace uno, se pueden tomar ideas para otros. En su momento, nosotros tomamos la mediación principalmente de Estados Unidos, pero nunca fue una copia del sistema americano, sino una adaptación absoluta a la idiosincrasia argentina y al sistema latinoamericano. Ello es así a tal punto, que mucha gente de Argentina está viajando a casi todos los países de América Latina, a compartir experiencias en esta materia con quienes están tratando de diseñar nuevos esquemas adaptados a cada uno.

En suma, creo que las víctimas con estos mecanismos están protegidas, siempre bajo la concepción de que hay que poner verdadero acento en que nunca estos sistemas sean a favor del victimario o en perjuicio de la víctima ni en contra de la voluntad de los intervinientes. Hay que tener mucho cuidado de que la víctima esté realmente convencida y no sea presionada para aceptar acuerdos y para evitar que después salga insatisfecha del sistema, porque habrá tenido un maltrato más, que es lo que debe erradicarse. Hay que tener en cuenta que la mediación no es apropiada para todas las víctimas, se la presenta como una elección voluntaria para ella, y tan voluntaria como sea posible para el victimario.

En cuanto a las ventajas que se pueden obtener para la víctima, el autor del delito e inclusive el propio sistema judicial, pienso que en el ámbito penal, tal como se practica en estos tiempos, la víctima ha sido absolutamente desplazada y marginada de su conflicto y el Estado monopoliza su facultad de castigar. Pero la situación gravosa se da muchas veces cuando el sistema perjudica y revictimiza: primero se es víctima del delito y luego de la reacción del Estado frente al delito. Lamentablemente, el trato y obstáculos que la víctima debe enfrentar después del delito a través del proceso criminal (reiteración del mismo interrogatorio frente a distintas personas, demoras, pérdidas económicas y de días de trabajo, falta de consideración o trato displicente), más de una vez la hace pensar que estaría mejor o más tranquila si no hubiera efectuado la denuncia. Es cierto que la comu-

nidad en su totalidad sufre las consecuencias del delito pero quien fue puntualmente víctima es la especialmente afectada.

Los programas víctima-victimario reivindican la importancia del conflicto subyacente. La mediación penal significa para la víctima recuperar su rol con una participación integrativa, sin resignar el rol del Estado. En cuanto al victimario, lo importante es que se responsabilice frente a la víctima. Este infractor, especialmente si es un joven en conflicto con la ley penal, debería dejar el sistema de justicia siendo más capaz que cuando ingresó, a fin de estar en condiciones de participar productivamente en la sociedad. Entiendo que la comunidad debe hacerse socia con el sistema de justicia en el cometido de desarrollar oportunidades para que los infractores hagan una contribución productiva, mientras aprenden valores cívicos positivos. Debe quedar en claro que la mediación, bien entendida, no es blanda con el crimen, pues somete a los infractores a grandes exigencias, mayores a las que encontramos en el sistema tradicional. Es evidente que la pretensión teórica de llevar a la práctica la acusación, defensa, procesamiento y eventual condena de absolutamente todos los crímenes que se cometen es impracticable. En consecuencia, en lugar de dictar políticas criminales prudentes, se llevan a cabo juicios por cuestiones menores, en tanto conductas más trascendentales quedan impunes. Con la mediación penal se podrían atender muchos más casos, si bien con diversos enfoques de acuerdo a las circunstancias de los sujetos involucrados, o de la distinta entidad del delito.

En definitiva, todos sabemos que el sistema penal tradicional no es un ideal de justicia, por lo cual merece la pena probar otra receta. No se trata de una inversión del sistema, sino de una adición. Claramente, no es una propuesta que incluya a todos los casos, sino a casos bien seleccionados. A tal efecto, el camino para alcanzar una respuesta superadora y que no caiga en las frustraciones de lo ya conocido, es implementar un adecuado sistema de mediación penal.

Los mapuches como grupo en situación de vunerabilidad: el estereotipo del mapuche incendiario y terrorista

Jaime López Allendes

Para referirnos a la población mapuche y su situación de vulnerabilidad en el acceso a la Justicia en materia penal, en primer lugar debemos hacer referencia a la problemática que el Pueblo Mapuche ha enfrentado históricamente y que se enmarca tanto en sus diferencias culturales, como en el denominado "conflicto mapuche" (1).

El "conflicto mapuche" es fundamentalmente territorial, aunque también tiene repercusiones desde el punto de vista de reivindicaciones políticas y culturales. Surge después de la ocupación militar de la Araucanía (2) como consecuencia de la pérdida del territorio mapuche, y más tarde con la pérdida de las propiedades que el propio Estado chileno reconoció a los mapuches, esto último por las presiones económicas sobre la propiedad raíz, ya entrado el siglo XX.

Este fenómeno histórico ha generado una fuerte desconfianza entre los dos mundos que coexisten en el mismo espacio geográfico de la Araucanía, esto es, el mundo mapuche y lo que podríamos denominar el mundo no mapuche.

Para estudiar y comprender esta interacción el antropólogo Milan Stuchlik estableció los denominados estereotipos, que son las distintas visiones que ha tenido la sociedad mayor hacia los mapuches. Stuchlick estableció 5 estereotipos, que denominó los valientes gue-

---

(1) La existencia del conflicto mapuche no es el único factor de determina a los mapuches como grupo en situación de vulnerabilidad en el ejercicio de sus derechos: La pobreza, en algunos casos su situación de migrantes, y el idioma, son otros elementos que eventualmente perjudican el pleno ejercicio de sus derechos.

(2) La ocupación militar de la Araucanía por el ejército chileno culmina en 1883.

rreros, los bandidos sangrientos, los indios flojos y borrachos, la responsabilidad del hombre blanco y el período de la panaeducación.

En este sentido, la imagen del mapuche es un modelo construido por la sociedad global, no para describir y comprender la cultura mapuche, sino para fundamentar y justificar actitudes hacia ellos, y como consecuencia de cambios y evolución en la sociedad chilena. Cada período histórico tiene un estereotipo distinto, donde la sociedad mayor considera determinadas características que se atribuyen a los mapuches como las más sobresalientes, y que sirven para denominar cada estereotipo (3).

Si bien el estudio de Stuchlik es de 1974, cobra plena vigencia con la llegada del nuevo siglo, ya que a raíz de nuevos fenómenos al interior de la sociedad chilena y del resurgimiento del movimiento indígena, se ha dado origen a un nuevo estereotipo: el mapuche incendiario y terrorista.

Desde el punto de vista jurídico, el momento histórico está marcado con la puesta en marcha en el año 2000 del procedimiento oral acusatorio, en reemplazo del procedimiento inquisitivo escrito, lo cual trajo la aparición de un nuevo actor en la Justicia penal: un Ministerio Público persecutor. En tal sentido, las acciones desplegadas con ocasión de reivindicaciones territoriales, políticas o culturales tendrían indudablemente consecuencia en el marco del proceso penal (4). Con el tiempo al Ministerio Público se le exigirían mayores grados de eficiencia en la represión de tales reivindicaciones (5).

En 1999, un año antes de la puesta en marcha de la reforma procesal penal, en las informaciones de prensa que se refieren al conflicto indígena, es recurrente la mención de violentistas, extremistas, y

---

(3) Así por ejemplo, el estereotipo de los indios flojos y borrachos surge a fines del siglo XIX y principios del siglo XX es posterior al proceso reduccional. Al calificarse a los mapuches de flojos podía adscribirse su pobreza a ellos mismos, además se podía justificar la limitación de los terrenos y los posteriores usurpaciones. Milán Stuchlik, *Rasgos de la Sociedad Mapuche Contemporánea*, Ediciones Nueva Universidad, 1974.

(4) En todo caso, el mismo sistema coloca una contraparte y a la vez contrapeso al Ministerio Público, que es la Defensoría Penal Pública, la que reacciona creando una oficina especializada: la Defensoría Mapuche.

(5) Este nuevo estereotipo del mapuche incendiario y terrorista se constituye en una presión sobre el propio Ministerio Público. El 19 de octubre de 2006 un grupo de parlamentarios de Derecha, liderados por el diputado Gonzalo Arenas, pidió la destitución del Fiscal Regional, Francisco Ljubetic, por causa precisamente de lo que consideraban negligencia frente al conflicto mapuche. Se argumentó entre otras razones, que el Fiscal Regional no estaba aplicando la ley antiterrorista. La acusación fue rechazada por la Corte Suprema.

derechamente terroristas, en relación a acciones atribuidas a los mapuches. Cabe mencionar que permanentemente se está ligando a los grupos mapuches a acciones violentistas con una significativa capacidad en cuanto a preparación y armamento, lo que llevado a terreno de los Tribunales, jamás se ha podido comprobar.

Así, en 10 de agosto de 2001 el Diario Austral de Temuco el titular principal de primera página señalaba "Robo en el Húsares" dando cuenta así de la sustracción de armas en el Regimiento de Caballería Blindada de la ciudad de Angol, señalando además en la bajada "Armas se encontrarían en poder de Mapuches". Posteriormente, se supo que las armas habían sido sustraídas por personal interno del regimiento, pero esa información pasó a un espacio secundario (6).

En el mismo orden de ideas, el 8 de agosto de 2002 el Diario Austral de Temuco anunciaba en uno de los titulares de primera plana "Descubrieron Fábrica de Armas", y en la bajada se señalaba "Allanamiento en comunidad Chequenco" dando cuenta de la detención de un comunero mapuche por infracción a la ley de control de armas, y del tipo de armas encontrado. Años después la Fiscalía cerraría la investigación sin formular cargos.

Ese mismo año se falló uno de los juicios más emblemáticos del conflicto indígena, denominado el Juicio de los Lonkos, por la calidad de autoridades tradicionales indígenas que tenían dos imputados: Pascual Pichun y Aniceto Norín, acusados por el incendio de los Fundos Nancahue y San Gregorio, hechos ocurridos en la comuna de Traiguén en diciembre de 2001. Esta fue la primera vez que se utilizó la ley antiterrorista 18.314 en el marco del conflicto indígena (7).

En una primera sentencia los Lonkos fueron absueltos (8), el Ministerio Público recurrió a la Corte Suprema y esta ordenó repetir el juicio. En el segundo juicio los Lonkos fueron nuevamente absueltos por el delito de incendio, pero el Tribunal Oral de Angol los condenó a 5 años y un día de cárcel efectiva por el delito de amenazas que calificó de "terroristas" (9).

---

(6) Pablo Huaiquilao y Alfredo Seguel, "Los medios de comunicación y su campaña de desinformación en el marco del conflicto forestal en el territorio Mapuche", agosto 2003.

(7) El Diario El Mercurio, con fecha 30 de agosto de 2002 titula la noticia "Cárcel para los Loncos Terroristas", en tanto en 13 de enero de 2004 señalaba: "Condena a 5 años, Policía tras dos Loncos Terroristas".

(8) Sentencia de fecha 14 de abril de 2003 en rit 3-2003 del Tribunal de Juicio Oral de Angol.

(9) Sentencia de fecha 27 de septiembre de 2003 en rit 3-2003 del Tribunal de Juicio Oral de Angol.

La aplicación de la ley antiterrorista tiene su máxima expresión en este período en el denominado juicio de la Coordinadora Arauco Malleco (C.A.M.), organización mapuche a cuyos miembros se les acusó de constituirse en una asociación ilícita terrorista. Tras un período de más de un año de investigación (10) la Fiscalía presenta acusación señalando la estructura de la supuesta organización terrorista y las acciones atribuidas, solicitando para los mapuches penas de hasta 15 años de cárcel. Luego de uno de los juicios orales más extensos de la reforma procesal penal chilena, el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Temuco, absuelve de los cargos a los mapuches y declara que no se acreditó que existiera tal organización en carácter de terrorista (11). No obstante que la Corte Suprema anula la sentencia, en dos juicios orales posteriores ante nuevos jueces, los acusados nuevamente son absueltos (12).

Si bien en un comienzo el Ministerio Público tuvo éxito en obtener condenas en los primeros juicios por delitos calificados de "terroristas", los Tribunales de la región han uniformado su criterio y rechazan la aplicación de la ley antiterrorista, y consecuencialmente la acusadora fiscal dejó de invocarla (13).

Sin embargo de lo anterior, se insiste permanentemente en el estereotipo del mapuche terrorista, siendo siempre una misma la constante, como es el tratar de ligar a los mapuches con acciones violentistas, con preparación y armamento (14).

---

(10) Las primeras detenciones tienen lugar el 4 de diciembre de 2002. Con el tiempo la causa acumularía 28 imputados.

(11) Sentencia de 9 de noviembre de 2004, del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Temuco en causa rit 080/2004.

(12) Sentencias de 27 de junio de 2005 y de 12 de diciembre de 2005, del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Temuco en causa rit 080/2004. En esta sentencia de 12 de junio, si bien un voto disidente está por condenar, también desestima que se trate de conducta terrorista, sino sólo delitos comunes.

(13) En el proceso denominado Fundo Poluco-Pidenco se aprecia la evolución de la jurisprudencia en la aplicación de la ley antiterrorista. Fueron acusados 11 mapuches, y se han realizado 5 juicios orales, precisamente por la cantidad de imputados. En las sentencias de fechas 22 de agosto de 2004 y 3 de mayo de 2005, se condenó a 6 comuneros por incendio terrorista a condenas de 10 años, en tanto en los fallos de 7 de abril de 2006, 14 de febrero de 2007 y 28 de mayo de 2008, el Tribunal Oral rechazó esta tesis. En los dos últimos se condenó por incendio común a penas de 5 y 4 años respectivamente, y en el juicio restante se absolvió a dos imputados.

(14) Con fecha 7 de junio del presente año, se señalaba en El Austral de Temuco que "Guillermo Ossandón Cañas —el fundador de la agrupación subversiva Mapu-Lautaro— está adiestrando a comuneros mapuches en tácticas paramilitares, en el sector de Lleu-Lleu, VIII Región". En la noticia también se señalaban presuntos nexos con la "Coordinadora Arauco Malleco".

Ejemplos en la prensa surgen constantemente: En diciembre de 2006 el Diario Austral de Temuco en primera plana daba la noticia del incendio de maquinarias de la Forestal Minico en la comuna de Chol Chol, durante la noche de Navidad, señalando además el hallazgo de municiones de guerra en los allanamientos posteriores. Uno de los imputados era Héctor Llaitul, quien anteriormente había sido acusado y absuelto en el juicio de la Asociación Ilícita Terrorista (15).

Se pretendió establecer una relación entre este hecho y la "rearticulación" de la "temida" Coordinadora Arauco Malleco (16).

Un año y medio después Llaitul fue absuelto de todos los cargos, así como el coimputado Roberto Painemil, recibió una condena baja por una infracción menor a la ley de control de armas. A pesar del tiempo de investigación, nada se pudo comprobar de la participación en el incendio ni del armamento de guerra (17).

Tampoco se han acreditado las supuestas acciones violentas que los mapuches realizan y en las que llegan incluso a enfrentarse con armas a las fuerzas policiales.

El 12 de mayo de 2006 el Diario Austral informaba en la noticia principal de primera plana: "Violenta emboscada a tiros contra Carabineros. Tres comuneros mapuches fueron detenidos" Citando fuentes policiales, el periódico señalaba que "fueron 50 minutos de bastante violencia y ellos (los comuneros mapuches) hicieron uso de escopetas, mientras Carabineros sólo los repelió con gases".

Los detenidos fueron solamente condenados a una pena de multa por "ocultación de identidad", en tanto en el juicio oral realizado en Collipilli 3 comuneros indígenas fueron absueltos de la acusación por atentados a carabineros y daños (18).

Paradojalmente el mismo día en que se leía el veredicto en la causa antes citada, el 26 de julio de ese año, el mismo periódico en un ti-

---

(15) Reiteradamente se ha señalado a Llaitul como "jefe operativo" de la C.A.M, a pesar que en los juicios que ha enfrentado jamás se ha probado su participación en acción alguna.

(16) Las formalizaciones de cargos del Ministerio Público contra los mapuches han sido muchas veces secundadas por querellas interpuestas, no solamente por las víctimas, principalmente las empresas forestales como la Mininco, sino también por autoridades de la Administración del Estado, como ministerio del interior, intendentes, gobernadores, e incluso alcaldes.

(17) Causa rit 1502-2006 del Juzgado de Garantía de Nueva Imperial. Sentencia de fecha 19 de junio de 2008 del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Temuco.

(18) Causa rit 388-2006 del Juzgado de Garantía de Collipulli, sentencias de fechas 12 de mayo de 2006 y 31 de julio de 2006.

tular de la primera plana daba cuenta de "Carabinero fue gravemente herido en nueva emboscada", para luego en páginas centrales decir: "Zona rural de Ercilla: ¿Sin Dios ni ley?" (19).

En el mismo orden de ideas, el 4 de febrero del presente año el tantas veces mencionado "Diario Austral" informaba acerca de un supuesto ataque de mapuches de la comunidad Temucui cui al cuartel de Carabineros de la ciudad de Ercilla: "Detenidos por Atacar una Tenencia de Carabineros", y en el mismo sentido, el Renacer de Angol señalaba "Enfiestados Atacaron la Tenencia", dando cuenta de 9 mapuches detenidos.

En el juicio correspondiente nada se pudo acreditar de este ataque (20).

En conclusión, tal como el estereotipo del mapuche flojo y borracho era funcional a un proceso de privatización de las tierras que les fueron reconocidas en títulos de merced, el actual estereotipo de mapuche incendiario y terrorista es funcional a una intervención más dura de la Fiscalía frente a los hechos que se cometen con ocasión de las demandas de tierra. Esto se reflejó en el período que va de este siglo en las acusaciones por delitos terroristas.

Lo anterior es independiente del destino procesal de cada uno de estos juicios. Incluso después del emblemático juicio de la C.A.M., y a pesar que en tres juicios orales ante distintos jueces no se logró acreditar la existencia de la organización terrorista, con posterioridad se ha seguido insistiendo en la "rearticulación" de la Coordinadora.

Las acciones de los mapuches contra la fuerza policial, señalados como "ataques" o "emboscadas" no se han acreditado en juicio, pero la cobertura de prensa frente a las sentencias judiciales favorables a los imputados mapuches, cuando la ha habido, ha sido considerablemente menos destacada.

Más aún, cuando los mapuches son las víctimas, como ocurrió cuando se produjo la muerte del joven mapuche Alex Lemún (21), también se enfoca a la violencia mapuche, aunque sea eventual.

---

(19) En el cuerpo de la información se daba cuenta de la "versión indígena" del lonko Juan Catrillanca, que acusaba un abuso policial.

(20) Causas rit 138-2008 y 139-2008 del Juzgado de Garantía de Collipulli. En verdad de los 9 detenidos que daba cuenta la información, 5 lo fueron por hechos anteriores. En relación a los imputados propiamente por el "ataque", respecto de 3 de ellos la Fiscalía decidió "No Perseverar" en tanto que el único que fue llevado a juicio por Amenazas a Carabineros y Desórdenes Públicos, resultó absuelto. Sentencias de 3 de febrero, de 16 de junio, y de 30 de junio de 2008.

(21) El 7 de noviembre de 2002, en el marco de una ocupación ilegal del fundo forestal Santa Elisa, en la comuna de Ercilla, por la comunidad Montutui,

Así el Diario Austral señalaba en el titular principal de primera plana: "Tensión por Muerte de Joven Mapuche", y días después "Alerta Máxima en Comuna de Ercilla", "Mapuches Sepultan a Joven Baleado".

En el mismo, sentido, cuando murió el estudiante mapuche, Matías Catrileo (22), el mismo medio informativo señalaba: "Muerte de Joven Mapuche al Rojo".

En síntesis, y como lo sostiene Stuchlik, no han sido los mapuches quienes han cambiado su forma de actuar, sino la sociedad mayor la que los ve desde una perspectiva nueva, esta vez marcada por un desarrollo económico, especialmente del sector forestal, y por el reemplazo de un sistema penal obsoleto, por otro más moderno, y la aparición de nuevos actores, como son la Fiscalía y su contraparte la Defensoría Penal Pública (23).

Las demandas de los mapuches no son diferentes de las pretensiones que siempre han tenido, y que se refieren a la reivindicación de tierras que en algún momento el Estado chileno les reconoció bajo los títulos de merced y de las cuales luego fueron despojados. Inclusive en la propia acusación contra la C.A.M. como el principal objetivo de la organización las demandas por tierras, incurriendo, entre otras conductas, en usurpaciones de tierras y desordenes públicos, y utilizando herramientas como boleadoras.

Las acciones de los mapuches en este período se refieren a las mismas demandas que se han efectuado por décadas, incluso en re-

---

Alex Lemun recibió en la cabeza el impacto de un perdigón de plomo disparado por el Mayor Marco Aurelio Treuer. El 12 de noviembre fallece en el Hospital de Temuco. Los antecedentes pasan a la Justicia Militar.

(22) La muerte de Catrileo se produjo el 3 de enero del presente año en el fundo Santa Margarita, de propiedad del agricultor Jorge Luchsinger, ubicado en la comuna de Vilcún. Los antecedentes pasaron a la Justicia Militar, al igual que en el caso de Lemún, por aparecer que el autor del disparo fue el suboficial de Fuerzas Especiales de carabineros Walter Ramírez.

(23) Aunque la Defensoría teóricamente es parte del Estado, específicamente a través del Ministerio de Justicia, asiste a la gran mayoría de los imputados mapuches en de las causas en que son acusados, incluso a dirigentes indígenas con un discurso político con una postura contestataria frente al Estado. Lo anterior es posible por dos factores: en primer lugar porque la defensa penal es en un 100% técnica-jurídica, por lo que se prescinde de todo discurso que no sea estrictamente jurídico, en segundo lugar por cuanto la relación que establecen los imputados con los defensores públicos es una relación profesional y sobre todo de confianza, y en tercer lugar, y ligado a lo anterior porque la Defensoría como institución no determina las estrategias de defensa, sino que ello se radica en la relación cliente-profesional.

lación a los mismos predios, muchos de los cuales tienen una larga historia de tomas y litigios (24).

El estereotipo de mapuche incendiario y terrorista es, por lo tanto, una construcción histórica, que ciertamente no obedece a una conducta nueva sino a una nueva visión de la sociedad chilena y que determina, en el marco de la Justicia penal, la situación de los mapuches como grupo en situación de vulnerabilidad en el acceso a la Justicia penal.

~

(24) En ese sentido, sólo a modo de ejemplo, el juicio donde se condenó por usurpación y asociación ilícita común a 144 miembros de la organización mapuche Consejo de Consejo de Todas las Tierras, por el Ministro en Visita Antonio Castro, sentencia de 11 de marzo de 1993 de la Iltsma Corte de Temuco. Posteriormente la causa fue llevada a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

El rol del Defensor Público en una justicia interétnica. Un enlace intercultural

Blanca Aída Stalling Dávila

I. Introducción

De manera previa al planteamiento del tema es importante hacer referencia a las múltiples formas de la diversidad en Guatemala. En este sentido, a la diversidad de las características territoriales y medio ambientales determinadas por la historia geológica del país, debe agregarse la diversidad demográfica cuyo origen aparece marcado por tres fuentes primarias: indígenas, españoles y africanos, que se complementaría posteriormente por las distintas corrientes inmigratorias algunas desde principios del siglo XIX (garífuna) y otras desde finales de éste y principios del siglo XX (el centro de Europa).

Lo anterior determina que la población guatemalteca contemporánea se caracteriza por una gran gama de orígenes y de mezclas (1), que se reducen en la categoría de "ladinos" o "no indígena" en las estadísticas y en los discursos oficiales y cotidianos sobre la etnicidad en Guatemala. A esto se suma la diversidad del mundo indígena que representa una importante proporción de la población, de tal modo que mientras en México la población indígena representa menos de una cuarta parte del total, en Guatemala, según datos del último censo de población, la misma constituye casi el 40 %, equivalente a aproximadamente 4.4 millones de personas de un total de 11.2 millones de habitantes. La población garífuna representa el 0.4 % de la población y los Xincas el 0.7 % (2).

---

(1) Inmigrantes centroamericanos (Nicaragua y El Salvador), coreanos, árabes musulmanes, caribeños de habla inglesa, estadounidenses, europeos de centro-oriente, cubanos, japoneses, hindúes, franceses, británicos, judíos, libaneses, polinesios y mexicanos. INDH 2005 (PNUD). *Diversidad etnico – cultural: la ciudadanía en un estado plural*, pág. 62.

(2) INDH 2005 (PNUD). *Diversidad etnico-cultural…*, pág. 63.

Con relación a lo que viene de decirse, oficialmente se reconoce en el país la existencia de 22 etnias de origen maya: *Achi', Akateko, Awakatecko, Ch'orti', Chuj, Itza, Ixil, Jakalteco, Kagchikel, K'iche', Mam, Mopan, Poqomam, Poqomchi', Q'anjob'al, Q'eqchi', Sakapulteko, Sipakapense, Tektieko, Tz'utujil, Chachilteko y Uspanteko, de las cuales la K'iche', la Q'eqchi', la Kaqchikel y la Mam,* representan el 81 % del total de la población indígena. Esta diversidad determina desde luego variantes en cuanto a la percepción de su identidad étnica, formas de vida, adaptación al medio y rasgos socioculturales que tanto los separa como los aglutina en los diferentes grupos lingüísticos.

Como consecuencia de esto, cuando se trata de hablar de una justicia multiétnica en una nación multiétnica, es inevitable referirse a las condiciones de acceso a la justicia de los ciudadanos guatemaltecos en general, pero muy especialmente el derecho de acceso a los tribunales de justicia para los pueblos indígenas adquiere características peculiares y tienen que ver con el funcionamiento global del sistema de justicia y con el hecho comprobado de que los "no indígenas" juzgan a los indígenas (3). Tiene que ver en definitiva con el derecho estatal (derecho oficial) y la justicia indígena, precisamente de esto trata: ¿Quién juzga a quién? ¿Qué derecho se aplica y por qué? ¿Quién determina qué justicia es la aplicable?

Estos son sólo algunos de los interrogantes que plantea el desarrollo de un Sistema Jurídico Nacional en el cual subsisten y se relacionan en condiciones de igualdad de jerarquía el sistema jurídico que se califica como estatal con el sistema jurídico de los pueblos indígenas.

II. ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA EN GUATEMALA Y LA MULTICULTURALIDAD

Perspectiva de la jurisdiccionalidad del Estado con relación a los asuntos de los Pueblos Indígenas

Con relación específicamente al acceso de los indígenas al sistema de justicia oficial, el ejercicio de modalidades de segregación o exclusión se ha expresado a través de un acceso en condiciones disminuidas a los servicios de justicia, particularmente en lo que tiene que ver con limitaciones idiomáticas y con las diferencias de cosmovisión de las culturas. En efecto, la desprotección jurídica de la población indígena ha sido evidente en la condición desfavorable que

(3) Ver INDH 2005 (PNUD) Gráfica No. 10.1. *Operadores de Justicia en entidades de seguridad y justicia,* pág. 229.

representa la diferencia de idioma en que la justicia se imparte, lo que en el caso de la justicia penal se agrava al ser juzgados en un idioma que no entienden así como en que quienes deben impartir justicia desconocen sus costumbres, tradiciones y cultura, a lo que se agrega que en la mayoría de los casos en el área rural no se les asista con un abogado que les garantice el ejercicio de una adecuada defensa técnica, o bien sean asistidos por un Intérprete que no está calificado para este ejercicio.

II.1. Políticas institucionales. Aspectos generales

En este sentido, resulta conveniente referir en forma general a las políticas de la administración de justicia en Guatemala y su funcionamiento con relación a la multiculturalidad.

Al respecto, las cuatro instituciones que integran el sistema de justicia: Organismo Judicial, Ministerio Público, Instituto de la Defensa Pública Penal y Ministerio de Gobernación (Policía Nacional Civil – Sistema Penitenciario), han realizado diferentes esfuerzos orientados al cumplimiento tanto del mandato constitucional (4) como legal consagrado en la Ley Marco de los Acuerdos de Paz (5), para la construcción de un Estado de Derecho incluyente que reconozca la convivencia de dos sistemas jurídicos: el sistema que involucra el derecho practicado por las autoridades tradicionales legítimas propias de los pueblos indígenas y el sistema de derecho oficial.

Las acciones realizadas han comprendido capacitación a jueces, agentes del Ministerio Público y a Defensores Públicos sobre la cultura y las demandas de identidad de los pueblos indígenas, en especial de normas y mecanismos que regulan su vida comunitaria, mediante el desarrollo de programas sobre justicia bilingüe. En el caso del Organismo Judicial, la Corte Suprema de Justicia creó en el año 2002 la Comisión de Asuntos Indígenas, con la finalidad de "establecer políticas institucionales en el tema de acceso a la justicia por la población indígena", ejecutando también programas de sensibilización sobre derecho indígena para Magistrados. En cuanto al Ministerio Público, también en el año 2002 se creó la Fiscalía de Sección de Derechos de los Pueblos Indígenas que no ha funcionado; en julio de 2005 se creó

---

(4) Constitución Política de la República de Guatemala. Capítulo II. Derechos Sociales. *Artículo 57: "Identidad Cultural. Se reconoce el derecho de las personas y de las comunidades a su identidad cultural de acuerdo a sus valores, su lengua y sus costumbres". Artículo 66: "Protección a Grupos Étnicos. ... El Estado reconoce, respeta y promueve sus formas de vida, costumbres, tradiciones, formas de organización social, el uso del traje indígena en hombres y mujeres, idiomas y dialectos."*

(5) Acuerdo sobre Identidad y Derechos de los Pueblos Indígenas.

la Fiscalía de Sección de Derechos Humanos que incluye una Unidad Fiscal contra la Discriminación, que tampoco fue implementada. Actualmente, con el apoyo de la Unión Europea se encuentra en ejecución un Proyecto que procura la creación de una Fiscalía de Derecho Indígena como proceso de fortalecimiento institucional del órgano titular de la persecución penal (6).

Particularmente y con relación a la expansión de la cobertura tanto geográfica como material, el Instituto de la Defensa Pública Penal ha creado Defensorías especializadas en Derecho Indígena que prestan el servicio de asistencia jurídica y legal en el propio idioma de los patrocinados, con presencia en 10 de las 34 sedes del Instituto ubicadas en las cabeceras departamentales o municipales definidas por población mayoritariamente indígena, aspectos sobre los cuales nos extenderemos en los capítulos siguientes.

II.2. Avances legislativos

En este sentido se ha considerado un avance normativo la Ley de Idiomas Nacionales (7) que contiene dos disposiciones fundamentales: una, establece la obligación de traducir y divulgar las leyes, instrucciones, disposiciones, resoluciones y ordenanzas en los idiomas Maya, Xinca y Garífuna; y la otra establece la obligación de facilitar el acceso a los servicios de salud, educación, justicia y seguridad a través de la información y atención en el idioma propio de cada comunidad lingüística.

II.3. Iniciativas gubernamentales

Desde el Organismo Ejecutivo a través de la Secretaría de la Paz se ha impulsado la construcción colectiva de una Agenda Pública hacia los Pueblos Indígenas, que ha identificado los puntos de coincidencia que los diferentes sectores sociales contemplan para el desarrollo de acciones destinadas a la transformación del Estado en un modelo incluyente. Esta Agenda Pública hacia los Pueblos Indígenas en el marco de los Acuerdos de Paz 2005-2012, tiene como ejes prioritarios: *Políticas Públicas, Reforma del Estado, Marco Jurídico del Estado, Participación Plena a Todos los Niveles, Servicios Públicos, Presupuesto Nacional y Lucha contra la Discriminación y el Racismo.*

Precisamente en el tema que nos ocupa, la Agenda contempla entre sus objetivos "*Incorporar la aplicación del enfoque de pertinencia cultural y lingüística en el funcionamiento del sistema judicial"* así

(6) Ver INDH 2005 (PNUD) . Capítulo 10, págs. 230-232.
(7) Decreto 19-2003 del Congreso de la República.

como *"la determinación de ámbitos y competencias de aplicación del derecho indígena y los mecanismos de coordinación con el derecho occidental"* (8).

III. El Instituto de la Defensa Pública Penal. El rol del Defensor Público

Por mandato legal al Instituto de la Defensa Pública Penal le corresponde brindar asistencia técnica y jurídica así como representación procesal en forma gratuita a las personas de escasos recursos económicos, gozando de autonomía funcional e independencia técnica para el cumplimiento de su función.

1. Nacimiento a la vida institucional autónoma

En este sentido, conviene mencionar que la institución como tal nació a la vida autónoma a partir del Decreto del Congreso de la República No. 129-97 (9), de 5 de diciembre de 1997 —Ley del Servicio Público de Defensa Penal— que entró en vigencia el 13 de julio de 1998, como medio para asegurar la plena vigencia y respeto del derecho de defensa consagrado en el artículo 12 de la Constitución Política de la República y hacer realidad el compromiso asumido en el Acuerdo sobre Fortalecimiento del Poder Civil y Función del Ejército en una Sociedad Democrática (10).

El nacimiento del servicio de defensa pública como institución autónoma significó en cuanto a logros concretos, lo siguiente:

El *abandono de la adscripción institucional al Organismo Judicial*, quien se encargó de la prestación del servicio en forma precaria hasta 1998, abarcando solamente 14 departamentos del país (ninguna delegación incluía municipios). Este hecho implicó superar el principal obstáculo al desarrollo de los sistemas de defensa pública ligados legislativamente a la actividad de otros poderes del Estado,

---

(8) Agenda Pública hacia los Pueblos Indígenas en el Marco de los Acuerdos de Paz 2005-2012. Talleres realizados en Antigua I, II y III en los meses de junio-julio 2005.

(9) Este decreto entró en vigencia el 13 de julio de 1998, y fue reglamentado por el Consejo del Instituto en Acuerdo 04-99.

(10) Artículo 13: *"Promover ante el Congreso de la República las siguientes reformas legales: ... b) Servicio Público de Defensa Penal: establecer el Servicio Público de Defensa Penal, para proveer asistencia a quienes no puedan contratar servicios de asesoría profesional privada. Será un ente con autonomía funcional e independiente de los tres organismos del Estado, que tenga la misma jerarquía en el proceso que el Ministerio Público y que alcance efectiva cobertura nacional"*.

como lo es la vinculación y dependencia de órganos con atribuciones diferentes o contrarias al ejercicio de la defensa, aun cuando —como en el caso— formen parte del mismo sistema de justicia nacional.

Este aspecto es de absoluta relevancia cuando al analizar los sistemas de defensa pública en América Latina, se destaca Guatemala como uno de los países junto a Colombia y Ecuador, que ha optado por una organización autónoma (11).

La organización como institución autónoma le permitió extender la cobertura del servicio de defensa pública a los 22 departamentos del país, y a 12 municipios donde existía presencia del organismo judicial, facilitando el acceso de más población a una asistencia legal gratuita en materia penal.

La consolidación de un sistema de defensa estatal a partir del funcionamiento de un equipo de Abogados Defensores Públicos de Planta y de Oficio, identificados con el fin social de la Institución, que conocen su rol y que ejercen su defensa con total independencia técnica.

Asimismo, su autonomía funcional le ha permitido a la defensa pública estar en condiciones de señalar de un modo sistemático, las deficiencias, errores o abusos del sistema represivo estatal, manifestándose como un mecanismo de control de la actuación de los operadores del sistema de justicia, a efectos de que éstos se ajusten a las exigencias del sistema procesal penal acusatorio.

2. El rol del Defensor Público

La prestación del servicio de defensa pública está a cargo de los Abogados Defensores de Planta, los Abogados Defensores Públicos en Formación y de los Abogados Defensores de Oficio, quienes tienen el rol de garantizar el derecho de defensa asegurando la plena aplicación de todas las garantías del debido proceso penal, actuando como verdaderos contralores de la actividad represiva del Estado.

El desempeño de este rol adquirió características diferentes desde que se produjo la sustitución del viejo sistema inquisitivo del proceso penal por el sistema procesal penal acusatorio, constituyendo el

---

(11) Alvaro Ferrandino. Asamblea General de la OEA.2003. Seminario Interamericano. Justicia y Gobernabilidad Democrática. Reformas para Facilitar el Acceso a la Justicia. *"La experiencia regional nos muestra sistemas de defensa pública adscritos a distintas instituciones o poderes del Estado, como en El Salvador donde depende de la Procuraduría General de la República, en República Dominicana, Nicaragua, Costa Rica, Uruguay y Panamá, adscritos a la Corte Suprema de Justicia, en Bolivia donde está adscrita al Ministerio de Justicia…".*

principal escenario para que el sistema de defensa técnica gratuita se institucionalice como expresión de un Estado de Derecho en democracias en desarrollo.

Sin embargo, el desafío que representa para el Defensor Público posicionarse como agente de cambio del sistema de justicia, evidenciando sus disfuncionalidades y prácticas viciosas, adquiere en el ámbito guatemalteco una dimensión peculiar: *ejercer su función teniendo en cuenta el carácter multiétnico, pluricultural y multilingüe de la población guatemalteca,* atendiendo asimismo los principios del proceso penal adolescente y la perspectiva de género en la atención de los casos. Estas condiciones determinaron en un principio la desnaturalización del concepto de defensa universal y única, al dividir la prestación del servicio en áreas de atención especializadas: al adolescente en conflicto con la ley penal, a la mujer sindicada de delito y a los indígenas.

Como consecuencia de lo anterior, es imprescindible definir el rol del Defensor Público en una nación multiétnica con las características anotadas y para el ejercicio de la función de defensa en el ámbito de una justicia interétnica, de tal manera que responda a un Sistema Integral de Defensa Pública sustentado en los siguientes principios:

- Una política institucional que defina la aplicación de la pertinencia cultural en la formulación de la estrategia de defensa;
- Un modelo de gestión diseñado y desarrollado para la atención de casos que requieren la asistencia y representación legal con enfoque intercultural;
- Un enfoque sistémico que permita superar el aislamiento político y funcional con que se manejan las instituciones del sector justicia y facilite fijar lineamientos para la formulación de una política pública a favor de los pueblos indígenas en materia de justicia penal, que tenga en cuenta especialmente las disposiciones constitucionales respecto a la identidad étnica, el Acuerdo sobre Identidad y Derechos de los Pueblos Indígenas y el Convenio No. 169 de la OIT "Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes" (12).

---

(12) Acuerdo sobre Identidad y Derechos de los Pueblos Indígenas. Capítulo II. Lucha contra la discriminación legal y de hecho. IV) *Promover la defensa eficaz de dichos derechos. Con este fin, promover la creación de defensorías indígenas y la instalación de bufetes populares de asistencia jurídica gratuita para personas de bajos recursos económicos en las municipalidades donde predominan las comunidades indígenas. Asimismo, se insta a la Procuraduría de los Derechos Humanos y a las demás organizaciones de defensa de los derechos humanos a que presten*

Cada uno de estos principios obedece a políticas que deben estar claramente definidas y responder a un solo objetivo: contribuir a la construcción de una administración de justicia con pertinencia cultural y lingüística.

El desafío es ambicioso y el camino por recorrer bastante largo, pero las experiencias dejan lecciones que deben ser compartidas y analizadas, siendo esta materia de este trabajo.

IV. El Instituto de la Defensa Pública Penal. El Proyecto de Defensorías Indígenas

1. Objetivos y resultados

1.1. Acceso a la Justicia en el propio idioma

Entre los problemas más importantes mencionados por la Comisión de Modernización del Organismo Judicial de Guatemala, están la imposición cultural hegemónica del sistema jurídico de inspiración iuspositivista sobre las poblaciones indígenas, así como la sensible ausencia del uso de los idiomas indígenas en la administración de justicia. No se han impulsado políticas públicas que minimicen el impacto negativo hacia la población indígena y que eliminen las barreras lingüísticas y culturales que impiden el acceso a la justicia pronta y cumplida.

Acceso a la justicia oficial es la posibilidad de hacer uso y ejercicio de los mecanismos e instituciones judiciales que tutelan o protegen derechos para obtener una pronta y eficaz respuesta. En sentido estricto, significa el acceso a la jurisdicción o a los tribunales.

Se considera que el derecho de acceso a la justicia supone: a) la existencia de mecanismos legales e institucionales creados previamente para la tutela de los derechos, b) una respuesta pronta y opor-

---

una atención especial a la defensa de los derechos de los pueblos maya, garífuna y xinca.

Convenio 169 OIT. Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes. Artículo 8. 1. Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario. ... Artículo 9. 1. *En la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros. 2. Las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia.*

tuna de las instituciones que integran la administración de justicia, c) la erradicación de obstáculos económicos o de otro tipo que impidan el acceso a las instituciones y a los mecanismos, y d) un tratamiento igualitario y no discriminatorio.

1.1.1. Creación de Defensorías Indígenas

Como consecuencia de ello, con la finalidad de contribuir a dar respuesta a las demandas de los pueblos indígenas en cuanto a garantizar el acceso a la justicia con pertinencia cultural y lingüística y el respeto a la aplicación de los mecanismos comunitarios para la resolución de conflictos, el Proyecto ejecutado en una primera fase con apoyo del gobierno español y luego del gobierno de Noruega se orientó al fortalecimiento de procesos institucionales en el Instituto de la Defensa Pública Penal destinados a facilitar el acceso a una defensa técnica especializada en el propio idioma.

Orientado por este objetivo se realizó progresivamente la instalación y puesta en funcionamiento de 10 Defensorías con especialización en derecho indígena, teniendo en cuenta para su ubicación geográfica los indicadores sociales de presencia mayoritaria de población indígena, siendo instaladas en las regiones de: Quetzaltenango (Departamento de Quetzaltenango) , Santa Eulalia (Departamento de Huehuetenango), Totonicapán (Departamento de San Marcos), Sololá (Departamento de Sololá), Santa Cruz del Quiché (Departamento del Quiché), Mazatenango (Departamento de Suchitepequez), Chimaltenango (Departamento de Chimaltenango) Cobán (Departamento de Alta Verapaz), Salamá (Departamento de Baja Verapaz) y San Benito (Departamento de Petén).

Cada una de ellas presta asistencia jurídica y legal en forma gratuita con un Abogado Defensor Indígena, maya hablante, un Asistente de Abogado y un Intérprete, persiguiendo facilitar a la población indígena local el acceso a la justicia en su propio idioma.

1.1.2. Condiciones generadas a nivel institucional para facilitar el acceso a la justicia en el propio idioma

Para generar estas condiciones desde el Instituto de la Defensa Pública Penal se ejecutaron acciones que involucraron: 1) aumentar el número de Abogados Indígenas para contribuir a la prestación del servicio de justicia en el propio idioma, a través de la realización de un mapeo de estudiantes de derecho maya hablantes y hablantes de garífuna para formar un banco de datos; 2) facilitar la graduación de estudiantes indígenas de las carreras de Abogado y Notario, con el propósito de que personas indígenas licenciadas en derecho puedan optar a cargos en la administración de justicia; 3) poner a disposición

del Abogado Defensor Público de las Defensorías Indígenas bibliotecas especializadas en derecho indígena, como fuente de asesoramiento y consulta en la formulación de la estrategia de defensa con enfoque intercultural.

A ello cabe agregar esfuerzos orientados por una visión sectorial y sistémica de la justicia realizando diversas capacitaciones para operadores de justicia (Jueces, Fiscales y Defensores) que se concretaron en un Programa de Especialización Global e Integrado sobre Pluralismo Jurídico/Interculturalidad y Derechos Humanos en Guatemala.

Todo esto resultó complementado con la elaboración y socialización de 22 Glosarios Bilingües de Términos Jurídicos en español, idiomas maya y garífuna, como herramienta de trabajo para los operadores de justicia bilingües del sistema de justicia penal nacional, a ser utilizada en el mejoramiento de los servicios de justicia ofrecidos a la población indígena. Queda pendiente la fase de implementación de su uso y aplicación a todos los operadores de justicia del sistema.

1.1.3. El enfoque intercultural como eje transversal

Uno de los logros más importantes es el esfuerzo institucional que supuso, especialmente a nivel presupuestal, institucionalizar la defensa especializada en derecho indígena con la incorporación de los 10 Abogados Defensores Públicos Indígenas como personal de planta de la organización, quedando integrada de esta manera al mandato del servicio público de defensa penal, que contempla el carácter multiétnico, pluricultural y multilingüe de la población guatemalteca, generando con ello procesos sostenibles tanto técnica como administrativamente. Lo anterior se consagra en el Plan Estratégico del IDPP para el período 2005-2009, cuando incorpora el *"Enfoque Etnico o Intercultural" como eje transversal* en el ejercicio de un servicio de defensa técnica única.

1.2. Fortalecimiento de Autoridades Indígenas

En el proceso de reconstrucción de la paz en Guatemala, uno de los mayores retos ha sido la reparación del tejido social de los pueblos indígenas, destruido por el conflicto armado y años de colonialismo interno, lo que se ha traducido en debilitamiento de sus formas de organización social y de sus autoridades tradicionales.

Estas circunstancias resultan aún más evidentes cuando se crean las Defensorías Indígenas y el Defensor debe prestar el servicio de defensa en materia penal asistiendo conflictos individuales y conflictos colectivos, ocurridos en comunidades que habían sido desplazadas y estaban en proceso de reagrupación y de integración de sus propias costumbres.

Como consecuencia de ello el Defensor debió crear espacios de acercamiento y diálogo con autoridades y líderes de las comunidades, con la finalidad de superar el desconocimiento y hostilidad hacia el sistema oficial de justicia, para lo cual inicia un proceso de fortalecimiento de las mismas a través de: a) capacitaciones en materia de Derechos Humanos, Constitución Política de la República de Guatemala, el Convenio 169 de la OIT, con la finalidad de generar un espacio común de interrelación entre la sociedad civil, funcionarios y operadores de justicia, en los diferentes municipios donde participan comunidades indígenas; b) el empoderamiento de las autoridades locales mediante el acompañamiento en la reincorporación de las autoridades indígenas a los espacios municipales de participación, de los que habían sido desplazados como resultado del conflicto armado interno.

Resultado de este proceso de acercamiento a las autoridades y líderes indígenas el Defensor Público Indígena se transforma, por un lado, en un asesor y facilitador tanto entre la comunidad y las autoridades indígenas como entre las personas indígenas y los operadores del sistema de justicia oficial; surge entonces la necesidad de establecer la coordinación entre el Derecho Oficial y el Derecho Indígena.

De esta forma el Defensor Público Indígena facilita el acceso a una justicia con pertinencia cultural, esto es, una justicia "adecuada a la cultura".

1.3. Mecanismos de coordinación entre el derecho oficial y el derecho indígena

La construcción de un Estado de Derecho incluyente que reconozca la convivencia de dos sistemas jurídicos, el sistema que involucra el derecho practicado por las autoridades tradicionales legítimas propias de los pueblos indígenas y el sistema de derecho oficial, exige cierto grado de institucionalidad de las entidades del sistema de justicia estatal, y de una comunidad organizada en torno a sus autoridades indígenas legítimas, en el caso del sistema jurídico de los pueblos indígenas, de manera de lograr la armonía, convivencia y complementariedad necesarias entre ambos sistemas jurídicos.

Sin embargo, la experiencia del Instituto a partir del proyecto de Defensoría Indígena, nos enseña que es necesario determinar y definir en forma previa los enfoques, posturas y propiamente el abordaje del conflicto interétnico. Es decir, implica encontrar las respuestas a una serie de interrogantes tales como:

Si el Estado debe reconocer las prácticas del sistema jurídico de los pueblos indígenas en cuanto a la resolución de conflictos y aplicación del castigo en material ¿cómo debe hacerlo y con qué alcances?

¿Cómo la defensa pública hace accesible la justicia para la población indígena?

¿Qué debemos entender por acceso a la justicia para los pueblos indígenas?

¿A qué justicia deben tener acceso?

¿Cuál es el rol que debe asumir el Defensor Público Indígena en ambos sistemas?

1.4. Las lecciones aprendidas en la experiencia de coordinación de ambos sistemas jurídicos.

El origen étnico de los Defensores Públicos en el caso de las Defensorías Indígenas determinó el cumplimiento de un rol mucho más amplio que el que ejerce el Defensor en la justicia oficial.

En efecto, a la función de velar por el cumplimiento de las garantías constitucionales y procesales que aseguran la vigencia de los principios del debido proceso, se sumó su intervención como Perito Cultural en la solución de conflictos tanto individuales como colectivos que afectaban a las poblaciones indígenas así como procurar el reconocimiento al respeto a la práctica del derecho indígena con el objetivo de armonizar los principios del derecho positivo escrito con los valores y principios que sustentan el derecho indígena no escrito.

No obstante, al asumir la defensa de los derechos del indígena ante el sistema oficial, persiguiendo la aplicación y el reconocimiento del derecho indígena para el juzgamiento y castigo de los delitos cometidos por miembros de la comunidad, se tiene como resultado un doble juzgamiento: por un lado, es juzgado y sancionado por su propio sistema indígena, y por otro lado, entregado a la justicia oficial, es juzgado bajo los principios y normas de ésta. Y aun cuando la sentencia resultare absolutoria o sobreseyera la causa, el principio general de derecho *non bis in idem* ya había sido violado.

A este respecto conviene mencionar un caso que sirve para ilustrar específicamente esta experiencia, en una sentencia dictada por la Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia de Guatemala (13), siendo relevante citar aquí el Considerando II de la misma en la que se expresa:

"El procesado Francisco Velásquez López recurrió en casación por motivo de fondo e invocó el caso de procedencia contenido en el inciso

(13) Recurso de Casación 218-2003, Corte Suprema de Justicia, Cámara Penal. Guatemala, 07/10/2004.

5 del Artículo 441 el Código Procesal Penal, … Señaló como infringidos los artículos 46 y 66 de la Constitución Política de la República de Guatemala, 8.4 de la Convención Americana de Derechos Humanos, 8, 9 y 10 del Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes.

El recurrente argumenta que la Sala erróneamente interpretó el artículo 46 de la Constitución Política de la República de Guatemala, al no darle la preeminencia debida a la Convención Americana sobre Derechos Humanos ni al Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, los cuales obligan al Estado de Guatemala al respeto debido de los métodos y las costumbres e instituciones propias de los pueblos indígenas, por parte de los Tribunales y Autoridades del Estado que deben pronunciarse en materia penal para juzgar los delitos que cometen sus miembros. Señala el recurrente que el error del Tribunal de Segundo Grado fue no admitir que había hecho punible a perseguir por la justicia oficial, ya que en la comunidad de Payajxit del Municipio de Quiché, a la que él pertenece como indígena Maya, de conformidad con las instituciones propias de la misma, que es el caso en cuestión "ya había sido resuelto en aplicación de su justicia tradicional. Su situación particular, así como la de otros compañeros implicados en los mismos hechos, fue resuelta en asamblea pública en el mes de mayo de 2000, con la participación masiva de las comunidades de Payajxit y Pamesebal I y II y en presencia de las autoridades tradicionales, habiendo aceptado su participación en el hecho, que se arrepintió, que pidió perdón, que se comprometió a no volver a cometer hechos punibles, que colaboró respondiendo todas las preguntas que se le formularon, con veracidad y dando los nombres de las personas que habían participado con él en el hecho", y acto seguido, recibió nueve azotes, como parte de la purificación que acompaña la práctica tradicional de su comunidad.

Luego del análisis del caso de precedencia invocado, normas infringidas y fallo impugnado, este Corte estima que le asiste la razón al casacionista, por cuanto que el estudio de los argumentos vertidos por el Tribunal de Segunda Instancia, para no acoger el recurso interpuesto, se fundan en normas de carácter ordinario, las cuales a la vista de la interpretación correcta del Artículo 46 Constitucional, no pueden ser superiores jerárquicamente a la normativa internacional aceptada y ratificada por el Estado de Guatemala en Materia de Derechos Humanos, ya que el procesado Francisco Velásquez López, ya había sido juzgado por las Autoridades tradicionales de su comunidad de Payajxit, en donde le fue impuesta la pena. En el presente caso, la norma constitucional citada abre la posibilidad de aplicar la normativa internacional en materia de derechos humanos, correspondiéndole la prevista en el Artículo 8.4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos,

que regula la prohibición de juzgar dentro del Estado de Guatemala, a una persona dos veces por el mismo hecho, lo cual ocurrió en el caso bajo examen.

Aunado a lo anterior el Ministerio Público con fecha veinte de diciembre de dos mil dos presentó al Tribunal de Sentencia de Quiché, un memorial por medio del cual solicitaba el sobreseimiento del proceso en virtud de haber dirimido las partes su conflicto en base a lo establecido en los Artículos 8 y 9 del Convenio 169, en ese sentido siendo que por imperio constitucional corresponde, el ejercicio de la acción penal al Ministerio Público en representación del Estado de Guatemala y éste solicitó la absolución del imputado.

En ese orden de ideas, el recurso de casación promovido por motivo de fondo, deviene procedente estimado innecesario entrar al análisis de otras normas citadas como infringidas ...".

Si bien como se aprecia el considerando en claro en cuanto a la invocación del fundamento de derecho, el contenido del fallo propiamente dicho implica un nuevo juzgamiento de la conducta de la persona involucrada, ya que el mismo resuelve: *"...Absuelve al acusado (...) del hecho acusado por el delito de Robo Agravado, consecuentemente ordénese su inmediata libertad; b) Se dejan sin efecto todas las medidas de coerción que fueron impuestas al acusado. ...".*

Sin embargo a la fecha de la Sentencia que resuelve el recurso de Casación, el afectado cumplía la pena de 6 años de prisión inconmutables a la que había sido condenado por la justicia oficial desde el año 2002.

Como corolario de lo que viene de exponerse son dos las lecciones que nos deja la experiencia:

- Promover la coordinación de ambos sistemas jurídicos, utilizando como estrategia el reclamo a la justicia oficial que reconozca la aplicación directa del derecho indígena en la resolución de conflictos de carácter social penal, implica un doble enjuiciamiento;

- Aceptar sin limitaciones que corresponde respetar los métodos a los que los pueblos indígenas tradicionalmente recurren para el castigo de los delitos cometidos por sus miembros, puede importar la imposición de una sanción violatoria de los derechos humanos.

Surge entonces la necesidad de utilizar el *Peritaje Cultural* también denominado *Peritaje Antropológico o Prueba Judicial Antropológica,* que les permite ilustrar al Juzgador sobre el marco cultural al que pertenece el supuesto infractor y realizar un análisis de los he-

chos desde el punto de vista de la cultura indígena y su propia cosmovisión.

Pueden citarse al respecto algunos ejemplos de las consecuencias de la utilización de este medio probatorio, resultado de la experiencia vivida en el Instituto:

Juzgado de Primera Instancia de Santiago Atitlán, Sololá:

1. Asunto: acusación por producción de licor clandestino, el cual seria utilizado por un sacerdote maya.

Peritaje cultural: la prueba judicial antropológica demostró que la producción del licor denominado "Cuxa" es parte de los ritos de la ceremonia, empleado por los sacerdotes mayas en el municipio de Santiago Atitlán, Sololá.

Fallo judicial: con base en lo anterior el juzgador resuelve declarando el Sobreseimiento del proceso penal.

2. Asunto: la acusación compromete a los representantes del Comité de Educación Comunitaria de una comunidad indígena de Momostenango, Totonicapán, la que a través de su asamblea comunitaria le impone como sanción a un vecino negarle a sus dos hijas menores el servicio de educación, sanción que es ejecutada por el Director de la escuela. La sanción es una respuesta de la comunidad ante la negativa del vecino de ocupar un cargo en el Comité mencionado.

Peritaje cultural: demuestra al Tribunal de Sentencia que las autoridades del Comité son autoridades indígenas, que ejecutaron una orden de asamblea comunitaria, que la sanción está dentro del ámbito de sus funciones. Este fallo fue apelado y en Segunda Instancia fue ratificado por la Sala de Apelaciones de la ciudad de Quetzaltenango.

3. Asunto: La comunidad Paxquiacnil, del municipio de San Cristóbal Totonicapán, decide ampliar su camino vecinal por lo estrecho del camino para el paso de vehículos, porque constituye un peligro para las personas que caminan a pie cuando se encuentran con un vehículo automotor ya que algunos conductores imprudentes a pesar de lo estrecho del camino no moderan la velocidad. Al mejorar el acceso vehicular, salen más beneficiados los que tienen vehículos y se evitan desgracias humanas. Por esas razones, la comunidad reunida en asamblea tomó la decisión de juntar dinero con recursos de todas las personas de la comunidad, especialmente las personas que hacen uso del camino, para comprar un terreno que posibilite otra vía de acceso a la comunidad. Se estableció una cuota: los que tienen vehículo deben pagar Q700.00 y los que caminan a pie Q300.00 esta situación fue puesta en conocimiento de los vecinos de paraje Xeabaj, del barrio Chuisiguan, del municipio de San Francisco el Alto, Toto-

nicapán, con esta comunidad han hecho juntos los proyectos de agua potable, energía eléctrica, escuela y botiquín comunal. Estas comunidades están separadas por la división municipal administrativa, pero en esencia están unidas por lazos de parentesco. Ante la negativa del pago de la cuota por algunos vecinos, como un mecanismo de presión, la Asamblea de Vecinos dispuso la colocación de unas cadenas para impedir que pasaran los carros. Esta medida en carácter de sanción fue ejecutada por los Alcaldes Auxiliares, contra quienes no habían pagado la cuota, los que terminaron demandando por el delito de Coacción ante las autoridades oficiales.

Peritaje cultural: Se practicó un peritaje cultural, que demuestra que la sanción impuesta fue adoptada por autoridades indígenas, dentro de sus funciones y que no actuaron a titulo personal sino por mandato de una asamblea comunal.

Solución del conflicto: En el transcurso de la práctica del peritaje las partes involucradas llegan a un arreglo dentro del derecho indígena, el supuesto agraviado se somete a las autoridades indígenas, la fiscalía se entera del acuerdo y solicita al juzgado el sobreseimiento, el Juez accede a lo pedido.

Juzgado de Primera Instancia de Santa Cruz del Quiché

Asunto: Acusación presentada por el Instituto Nacional de Bosques por Delito de Coacción y Usurpación de Funciones, en contra de un representante de la Alcaldía Indígena de Santo Tomás Chichicastenango, Quiché, aduciendo que la autorización de aprovechamiento forestal es potestad del INAB.

Peritaje cultural: La práctica del peritaje cultural contribuye a que el Ministerio Público establezca que efectivamente la Alcaldía Indígena de Chichicastenango, es la autoridad que tradicionalmente ha administrado sus bosques y que esta práctica es parte de la cultura de ese pueblo.

Fallo judicial: La coordinación del IDPP y el Ministerio Público en Santa Cruz del Quiché, le permite al Juzgado de Primera Instancia decretar el sobreseimiento del acusado.

Juzgado de Primera Instancia de Nebaj, Quiché

Asunto: Este caso se refiere al delito de Siembra y cultivo de marihuana. La Policía Nacional civil, al tener conocimiento del hecho, solicita una orden de Inspección y Allanamiento en la residencia de dos personas sindicadas. Al ejecutar la medida, en el lugar de los hechos son atendidos por una mujer que dijo ser la esposa del primero de los sindicados, quien voluntariamente permitió la práctica de la diligencia judicial, de la cual resulta efectivamente el hallazgo de una

cantidad considerable de plantas de marihuana, y encuentran semillas en la casa del primero de los sindicados. En la casa del segundo de los señalados, bastó la negativa del propietario del terreno. Ante esa situación la señora fue llevada a prisión y puesta a disposición del tribunal.

Peritaje cultural: La Defensa Pública solicita la práctica de un peritaje cultural que logra demostrar que la actividad de siembra y cultivo agrícola, es una actividad propia de los hombres indígenas en familias integradas, por lo que la prisión de dicha mujer era improcedente.

Fallo judicial: El Juzgado de Primera Instancia revoca el auto de prisión en contra de la referida mujer y deja abierto procedimiento penal en contra del marido de la misma.

Los logros y resultados, han generado una oportunidad para que la población indígena cuente con un sistema de defensa pública penal que tome en cuenta el respeto de la identidad cultural de los individuos, así como también, el ejercicio del sistema propio del los pueblos indígenas en el marco de resolución de conflictos, garantizando progresivamente estados de gobernabilidad y fortalecimiento al estado de derecho desde la sociedad hacia las instituciones.

V. ¿Cuál es el rol del Defensor Público Indígena en una justicia interétnica?

1. La defensa procesal de los pueblos indígenas en ambos sistemas jurídicos.

La experiencia señalada obliga a replantear y definir claramente el rol del Defensor Público Indígena cuando debe abordar la resolución del conflicto social penal, tanto desde el sistema de justicia oficial como del sistema jurídico propio de los pueblos indígenas.

En este punto conviene aludir a que la necesidad de articulación entre el derecho indígena y el derecho oficial, se plantea también frente a las consecuencias que provoca desconocer la pluralidad jurídica. En efecto, tomando como punto de partida que desde el punto de vista del derecho penal y procesal penal, la diferencia entre ambos derechos radica en el distinto tratamiento al infractor de la norma, esta mirada divergente se ve reflejada en los efectos que origina en ambos sistemas:

- que el Poder Judicial asuma casos que podían haber sido resueltos con mecanismos propios de represión social, sobrecargando de este modo el sistema;

- que los resultados a que puede llegar el juzgador, en muchos casos, no son vistos como verdaderas soluciones para el afectado de las poblaciones indígenas;
- que el Estado considere las soluciones de las autoridades indígenas como dictadas por usurpadores de funciones, terminando éstas sometidas a sanción penal (14).

No debe olvidarse que el derecho oficial se concibe como una instancia ajena, en la cual no se entiende la cultura originaria y no se aceptan sus valores y costumbres, como una jurisdicción cuyos jueces no tiene legitimidad social para resolver los conflictos internos de las comunidades. El idioma diferente, el lenguaje jurídico, el razonamiento extraño, el difícil acceso, los costos, los trámites ininteligibles provocan desconfianza. Por el contrario, la justicia indígena goza de gran legitimidad social, su vigencia está basada en la cosmovisión y valores étnicos, culturales y sus normas tradicionales (15).

Es entonces en este contexto, en el cual la figura del Defensor Público indígena adquiere relevancia y otra dimensión como agente del sistema de justicia. Así, consideramos que su función de garantizar el derecho de defensa asegurando la plena aplicación de las garantías constitucionales y procesales del debido proceso, puede ejercerla tanto en el sistema oficial como en el sistema de derecho indígena.

En efecto, cuando debe asistir y representar a personas que pertenecen y practican las tradiciones de la cultura indígena, su función de Defensor resulta ampliada cuando además puede constituirse en asesor de las autoridades indígenas o del sindicado que así lo requiera, al aportar el enfoque cultural que le permite su origen étnico y su pertenencia a la comunidad. En cumplimiento de este rol le corresponde velar además por la aplicación de los principios generales de derecho en forma plena.

Por otra parte, también puede actuar e intervenir en la solución de conflictos individuales y colectivos que afecten a la comunidad en materia penal, actuando como asesores y conciliadores pero fundamentalmente como contralores del juzgamiento que realicen las comunidades a través de sus autoridades.

De esta manera, el Defensor Público Indígena sirve de enlace entre ambos sistemas jurídicos velando porque la justicia que corres-

---

(14) El comentario se hace en base a lo sostenido por Silvina Ramírez, *Diversidad Cultural y sistema penal: necesidad de un abordaje multidisciplinario,* en la Revista Latinoamericana de Política Criminal. Justicia Penal y comunidades indígenas, Buenos Aires, 1999, pág. 75.

(15) *Idem*, pág. 70.

ponde impartir bajo la vigencia de los principios y valores de ambas culturas, se sujete a los mandatos constitucionales y legales que determinan las normas nacionales e internacionales en la materia. Esto es:

- Constitución Política de la República de Guatemala.
- Convenio No. 169 de la OIT.
- Acuerdo Sobre Identidad y Derechos de los Pueblos Indígenas.

Este debe constituirse en el punto de partida para iniciar el proceso de cambio en la administración de justicia oficial orientada al reconocimiento, al respeto a las prácticas del derecho propio de los pueblos indígenas así como la definición de enfoques, posturas y especialmente el abordaje del conflicto interétnico, en el cual el rol del Defensor Público Indígena adquiere características particulares al ser el único agente del sistema de justicia que puede actuar como enlace intercultural.

2. La perspectiva de género y el enfoque intercultural en la formulación de la estrategia de defensa.

La definición del rol del Defensor Público Indígena y la redefinición del rol del Defensor Público en general, obliga también a tener en cuenta que la estrategia de defensa técnica utilizada requiere de una respuesta multidisciplinaria a los procesos sociales que involucran las relaciones entre hombres y mujeres en la vida social nacional, haciendo efectiva la tutela de los derechos fundamentales de las mismas consagrados en las normas nacionales y tratados internacionales.

La situación que enfrenta la mujer sindicada de delito o falta y la que vive la adolescente en conflicto con la ley penal en el sistema penal guatemalteco, obedece en gran medida al perfil de la mujer guatemalteca en todos los ámbitos de su vida, en tanto que el entorno de la mujer privada de libertad como el específico de las mujeres pertenecientes a distintos grupos y sectores sociales y económicos, tiene su origen en una estructura social, económica, política y cultural caracterizada por la desigualdad, la subordinación en todas sus manifestaciones y una fuerte incidencia de la relación mujer/hombre propia de un sistema de organización excluyente y patriarcal (16). A este sistema de interacción social, debe agregarse para un gran sector

(16) La información expresada en el texto fue extraída del documento *Memoria de Rosalía Rodríguez Guzmán. Proyecto Género, Mujeres y Desarrollo*. UNICEF. UNIFEM, págs. 6-10.

de la población femenina, la exclusión y segregación a que la condena su pertenencia a un determinado grupo étnico y racial, un sistema ladino de valores.

En este contexto, las condiciones en que se manifiesta la desigualdad de género en el caso de la mujer guatemalteca, tiene relación con su penalización o criminalización por el sistema de administración de justicia, primero por su condición de mujer, luego por su condición de indígena y después por su condición de clase social.

La respuesta institucional a esta problemática por el Instituto de la Defensa Pública Penal ha sido la incorporación, en la intervención del Defensor Público, de la perspectiva de género. En este sentido, el desarrollo de una estrategia de defensa con el apoyo profesional especializado en género permite que las mujeres de escasos recursos económicos tengan acceso a una asistencia técnica y jurídica que contemple especialmente las peculiaridades de su condición; el análisis que con este enfoque puede realizarse se sustenta en la apreciación de su participación en los hechos delictivos imputados y la adecuada valoración de los aspectos culturales, sociales y psicosociales de la mujer sindicada. Precisamente en el caso de mujeres indígenas sindicadas de delito o adolescentes en conflicto con la ley penal la defensa integral con ambos enfoques ha sido decisiva en la resolución del conflicto penal de carácter socio-cultural: a través de la necesaria coordinación entre una defensa técnica con pertinencia cultural y una defensa técnica con enfoque de género.

Del mismo modo la incorporación de la perspectiva de género en la asistencia jurídica gratuita a mujeres víctimas de violencia ha generado, desde la defensa pública, un mecanismo de acceso a la justicia para el pleno respeto de los derechos fundamentales de este grupo de la población particularmente vulnerable, a través de una atención jurídica que comprende orientación, asesoría y acompañamiento por personal especializado en los aspectos culturales de la conducta y comportamiento de la mujer indígena en el ámbito de las comunidades.

2.1. El peritaje cultural herramienta de comprensión de la diferencia cultural por la justicia oficial

La diversidad cultural se manifiesta en todos los ámbitos de la vida social, en tal sentido el Derecho, en cualquier sociedad es producto de la cultura, está basado en valores y principios propios de cada cultura (17). Por su parte, la diversidad jurídica se refleja en

(17) Fortalecimiento del IDPP. Defensoría Indígena. Fase II. Proyecto PNUD GUA 05/03548950. Peritajes Culturales y su aplicación en la administra-

principios y valores que fundamentan un sistema de justicia, los procedimientos y la normativa y es precisamente en este ámbito donde un hecho puede ser considerado un delito o no o que la gravedad de un hecho puede ser de distinto grado, dependiendo del lente cultural con que se le juzgue.

En estas circunstancias la utilización del peritaje cultural se convierte en un mecanismo decisivo que permite aportar los medios de prueba que la ley contempla y acreditar que la diferencia cultural propició y condicionó una conducta tipificada como delito en los códigos del sistema jurídico oficial, pero que desde la perspectiva cultural del individuo que ha cometido la infracción no lo es, en tanto su conducta proviene de parámetros culturales distintos.

En el contexto sociocultural en que se desenvuelve el Defensor Público Indígena, el peritaje cultural, ha sido una herramienta que en su rol de enlace intercultural ha sido fundamental en la resolución de conflictos que, en algunos casos se han dilucidado en vía judicial y en otros, ha evitado la transformación del conflicto de carácter sociocultural en conflicto penal en la administración de justicia oficial.

En definitiva se trata como ya se ha sostenido en otra realidad latinoamericana: "*El dualismo entre el derecho oficial y el derecho consuetudinario de las comunidades originarias sólo se puede resolver si el derecho oficial respeta la identidad cultural de las comunidades, es decir, si se establece un punto de encuentro de estos sistemas jurídicos ... se debe reconocer que el sistema oficial actual ha perdido (...) su dimensión trascendental de legitimidad que signifique un impacto en la vida social de los pueblos y comunidades indígenas. La legitimidad del sistema no se podrá recuperar reclamándola o aplicándola coercitivamente. En un Estado democrático la legitimidad sólo se logra si todos los ciudadanos están convencidos de que el sistema es el más conveniente para el desarrollo y progreso de la sociedad.*

Su recuperación se asienta sobre la base del nacimiento de una concepción nueva en la administración de justicia, que respetando las identidades culturales de los pueblos originarios reconozca las concepciones del derecho consuetudinario y la forma de administración de justicia, de modo que puedan satisfacer con eficacia las demandas de resolución real de conflictos" (18).

~

ción de justicia. Guía dirigida a Defensores Públicos. Guisela Mayén. Consultora. Octubre de 2007.

(18) Revista citada, pág. 70.

La falta de acceso a la justicia de las personas discriminadas y la discriminación en el acceso a la justicia

María José Lubertino

I. Introducción

Para comenzar la presente disertación me interesa señalar algo que se sostiene desde el Instituto desde la confección del Plan Nacional contra la Discriminación que fuera adoptado por Decreto del Poder Ejecutivo Nacional Nº 1086 en el año 2005.

En aquel plan ya se hacía hincapié, y aunque pueda parecer innecesario, nunca esta de más remarcarlo, que las prácticas sociales discriminatorias no se explican por ninguna característica que posea la víctima. Muy por el contrario, es en el grupo social, sociedad o Estado que lleva a cabo el proceso discriminatorio donde debemos buscar las problemáticas que producen que determinados grupos se inclinen a ejercer prácticas sociales discriminatorias.

Caso contrario corremos el riesgo de instaurar la idea de que el problema lo tiene aquel o aquella que resulta discriminado/a, a quien habrá que "tolerar" y no quien discrimina, siendo que es éste/a último/a quien debe modificar su conducta.

Por eso hemos preferido no hablar de "grupos vulnerables" sino de "grupos víctimas de discriminación" o "personas en situación de discriminación". De este modo se subraya que la condición discriminatoria parte del sujeto discriminador y no es inherente al grupo o persona que sufre la discriminación.

II. Los mapas de la discriminación en Argentina

Como primera premisa, desde el inicio de nuestra gestión al frente del INADI, hemos creído que resulta indispensable un diagnóstico de la situación de discriminación en nuestro país, única forma de im-

plementar respuestas realmente eficaces. Recurrimos entonces a la elaboración de un Mapa de la Discriminación en la Argentina, que nos permite conocer los ámbitos donde se discrimina y la reacción frente a un caso concreto. Además, nos permite saber acerca del conocimiento o no de la población sobre la posibilidad de denunciar los actos discriminatorios, de la responsabilidad que cabe ante estos hechos a los poderes públicos y de los conceptos prejuiciosos que permanecen naturalizados.

Al día de hoy hemos efectuado este diagnóstico en la Ciudad de Buenos Aires, el Gran Buenos Aires, y las Provincias de Tucumán, Entre Ríos, Catamarca, Chaco, Chubut, Córdoba, Corrientes, Jujuy, Mendoza, Misiones, Neuquén, Salta, San Luis y Santa Fe (1).

Las encuestas se realizaron sobre 400 casos en cada distrito, y entre una población de 18 a 74 años de edad, de ambos sexos, seleccionados según cuotas de género y edad.

La primera diapositiva (Cuadro 1 de pág. sigte.) refleja la repuesta a la pregunta ¿Se sintió discriminado alguna vez? Como pueden ver, en promedio general, un 32.7% de los/as encuestados/as manifiesta haber sufrido alguna clase de discriminación.

Mientras que el porcentaje se eleva a 47.2% cuando la pregunta se refiere a si presenciaron alguna vez una conducta discriminatoria hacia otra persona (Cuadro 2).

Sobre los grupos que se perciben como víctimas de la discriminación con mayor frecuencia, la lista la encabezan los sectores menos favorecidos socio-económicamente, en segundo lugar se mencionan los/las inmigrantes bolivianos/as, para seguir con las minorías sexuales y las personas con discapacidad.

Vemos luego que cuando la pregunta se refiere a qué tipo de discriminación sufrió o presenció el/la encuestado/a, el orden se altera en alguna medida, así del primer al cuarto lugar encontramos como motivos: Nivel Socioeconómico, Sobrepeso/Obesidad, Aspecto Físico y Nacionalidad (Cuadro 3).

Sobre los ámbitos donde la discriminación se produce, aquí vemos los cuatro primeros:

“En los boliches bailables”
“En la calle”
“En empresas”
“En la escuela”

(1) Todos estos mapas pueden consultarse en la página web del Instituto.

CUADRO 1

	Promedio	CABA	GBA	Córdoba	Santa Fe	Mendoza	Tucumán	Corrientes	Entre Ríos	Catamarca	Chubut
Si	32.7%	28.9%	36.3%	29.3%	21.0%	32.8%	36.4%	39.5%	40.5%	31.4%	31.0%
No	66.9%	71.1%	63.7%	69.3%	77.9%	66.4%	63.6%	60.5%	59.5%	68.6	68.5%
Ns/Nc	0.4%	--	--	1.5%	1.1%	0.8%	--	--	--	--	0.5%

CUADRO 2

	Promedio	CABA	GBA	Córdoba	Santa Fe	Mendoza	Tucumán	Corrientes	Entre Ríos	Catamarca	Chubut
Si	47.2%	45.4%	56.0%	46.0%	46.4%	53.8%	49.1%	22.9%	62.2%	42.6%	47.6%
No	52.2%	54.6%	44.0%	51.3%	50.9%	44.3%	50.9%	77.1%	37.8%	57.4%	51.5%
Ns/Nc	0.4%	---	--	2.8%	2.7%	2.0%	--	--	--	--	0.9%

CUADRO 3

	Promedio	CABA	GBA	Córdoba	Santa Fe	Mendoza	Tucumán	Corrientes	Entre Ríos	Catamarca	Chubut
Nivel Socio económico	28.9%	28.6%	23.0%	30.1%	26.5%	27.1%	29.2%	32.9%	37.3%	37.2%	17.3%
Sobrepeso/ Obesidad	19.3%	30.8%	220.3%	16.2%	18.3%	12.6%	24.4%	14.9%	23.3%	19.3%	12.5%
Aspecto Físico	18.4%	29.1%	99.3%	19.5%	14.4%	22.8%	27.3%	22.1%	12.9%	15.3%	11.1%
Nacionalidad	14.1%	28.8%	223.9%	11.3%	17.6%	19.6%	6.3%	5.2%	5.9%	3.0%	18.9%
Discapacidad	11.5%	18.2%	110.2%	8.9%	9.6%	6.8%	15.2%	11.3%	14.3%	13.5%	7.2%
Color de la Piel	10.0%	-	221.7%	20.0%	20.8%	11.6%	---	---	8.0%	---	17.8%

Sin embargo, me gustaría llamar la atención sobre la próxima diapositiva (Cuadro 4) para que Uds. vean quien ocupa el sexto lugar de esta suerte de "ranking": un promedio del 51,19% de los/as encuestados/as percibe que en las Comisarías se discrimina mucho o bastante. Este es un dato importante porque viene a colación de lo que estamos hablando hoy, acceso a la justicia de los grupos vulnerables y resulta ser que en el sexto lugar de los ámbitos donde la gente percibe que más se discrimina se encuentra el órgano estatal encargado de la Seguridad.

Las siguientes diapositivas nos hablan de reacciones, y es abrumadora la mayoría que responde que ante la discriminación sufrida por sí mismos o por terceras personas no reaccionaron, y tampoco reaccionó el entorno (Cuadros 5 y 6).

Esto se relaciona con la siguiente diapositiva (Cuadro 7), donde se muestra que sólo el 5% de los/as encuestados/as manifestó haber realizado o conocer a alguien que hubiera realizado alguna denuncia o reclamo por discriminación.

Sin embargo, la última pregunta de la encuesta nos arroja otro dato interesante, la mayoría de la población entrevistada (8 de cada 10 personas) entiende que el Gobierno Nacional tendría que darle una amplia importancia al tema de la discriminación (Cuadro 8). Podemos decir que la gente le reclama acciones al Estado y sin embargo no parece recurrir a los remedios legales de los que ya se dispone.

Seguramente la falta de conocimiento sobre su existencia es uno de los motivos, quizás el primero en importancia, y aquí es necesario profundizar las campañas educativas y de concientización, ya que los derechos existen, están consagrados en la Constitución Nacional, los instrumentos internacionales incorporados en el 75 inc. 22 y en infinidad de leyes que receptan el principio de igualdad y no discriminación.

Debemos insistir entonces en campañas educativas que hagan hincapié en el derecho a la no discriminación y en el derecho a denunciar la situación de discriminación y exigir su cese.

Desde el INADI hemos puesto especial atención a este tipo de acciones y —sobre la base del aumento en más de 100% en la cantidad de consultas y/o denuncias que hemos recibido desde el comienzo de la gestión— creemos que aunque reste mucho trabajo por hacer, estamos empezando a avanzar.

En el Instituto hemos visto crecer las consultas telefónicas al 0-800, pasando de 12 diarias en 2007 a 18 en lo que va del 2008, las denuncias a nivel nacional del año 2007 sumaron 941, mientras que

Ambitos, lugares o instituciones donde más se discrimina por provincia

CUADRO 4

	Promedio	CABA	GBA	Córdoba	Santa Fe	Mendoza	Tucumán	Corrientes	Entre Ríos	Catamarca	Chubut
Boliches bailables	57.8%	73.5%	66.3%	72.5%	57.0%	54.3%	48.3%	51.6%	55.8%	58.8%	39.6%
Calle	57.4%	65.0%	64.0%	63.5%	50.2%	59.3%	58.6%	53.2%	55.3%	61.1%	44.2%
Empresas	55.4%	70.3%	51.1%	57.3%	54.0%	63.0%	50.5%	50.8%	52.5%	60.6%	43.9%
Escuela	54.4%	42.8%	54.3%	57.5%	48.8%	55.5%	39.2%	70.8%	55.5%	73.3%	46.0%
Comercios y Shoppings	53.7%	70.1%	58.3%	57.0%	50.8%	60.3%	43.6%	42.2%	48.8%	61.6%	44.0%
Comisarías	51.1%	60.4%	56.0%	60.5%	55.1%	57.8%	40.8%	51.2%	47.1%	45.2%	37.1%

¿Hizo algo frente a la discriminación presenciada?

CUADRO 5

	Promedio	CABA	GBA	Córdoba	Santa Fe	Mendoza	Tucumán	Corrientes	Entre Ríos	Catamarca	Chubut
Si	29.0%	31.4%	39.3%	30.7%	29.2%	32.9%	32.9%	19.1%	33.4%	14.9%	29.0%
No	70.6%	68.6%	60.7%	68.5%	70.6%	67.1%	67.1%	80.9%	66.6%	85.1%	70.6%
Ns/Nc	0.4%	---	---	0.8%	0.3%	---	---	---	---	---	0.4%

¿Cómo caracterizaría la reacción de las personas presentes?

CUADRO 6

	Promedio	CABA	GBA	Córdoba	Santa Fe	Mendoza	Tucumán	Corrientes	Entre Ríos	Catamarca	Chubut
Indiferencia	63.4%	69.2%	71.2%	58.6%	68.7%	52.7%	58.9%	63.8%	63.4%	70.1%	57.1%
Comentarios de reprobación	14.5%	11.8%	15.5%	17.8%	10.6%	17.0%	20.5%	9.5%	13.2%	17.7%	11.8%
Intervención directa contra la/ el agresora/or	6.2%	3.9%	6.6%	7.8%	6.0%	7.1%	10.1%	5.5%	5.6%	3.6%	5.8%
Apoyo al agresora/or	4.9%	3.0%	4.0%	8.0%	2.9%	4.0%	6.3%	5.2%	7.0%	3.4%	4.9%
Otros	2.0%	4.1%	---	1.6%	0.8%	2.4%	4.1%	2.8%	4.2%	---	0.2%
Ns / Nc	9.6%	8.0%	2.7%	6.3%	11.1%	17.0%	2.6%	16.2%	6.6%	5.6%	20.1%

CUADRO 7

	Promedio	Capital	GBA	Córdoba	Santa Fe	Mendoza	Tucumán	Corrientes	Entre Ríos	Catamarca	Chubut
Si	5.5%	3.1%	7.7%	4.5%	10.3%	2.8%	8.3%	4.9%	8.8%	1.9%	3.4%
No	94.4%	96.9%	92.3%	95.5%	89.7%	97.2%	91.7%	95.1%	91.2%	98.1%	96.6%

CUADRO 8

	Promedio	Capital	GBA	Córdoba	Santa Fe	Mendoza	Tucumán	Corrientes	Entre Ríos	Catamarca	Chubut
Alta / mediana importancia	87.1%	82.1%	77.2%	95.8%	96.7%	91.0%	81.7%	88.6%	80.0%	83.7%	94.7%
Baja / ninguna importancia	11.0%	15.3%	20.3%	4.0%	2.7%	5.0%	17.3%	10.4%	17.5%	14.5%	3.5%
Ns/Nc	1.8%	2.7%	2.5%	0.3%	0.6%	4.0%	1.0%	1.0%	2.5%	1.9%	1.8%

al mes de abril de 2008 ya superábamos las 400 y las consultas personales en la Asesoría Gratuita sólo en la Ciudad de Buenos Aires llegan hoy a 1050 en lo que va del 2008. Creemos que estos incrementos marcan que las campañas han tenido alguna medida de éxito y que ha comenzado a establecerse una relación entre la sociedad y el INADI.

III. El acceso a la justicia y la discriminación en la justicia

Por supuesto que no podemos honestamente sostener que sea suficiente con informar a las víctimas para que sepan que tiene derecho a no ser victimizadas y que tienen derecho a reclamar el cese de la conducta discriminatoria para solucionar el problema.

Aquí voy a volver sobre ese detalle no menor que les señale antes, un promedio del 51,19% de los/as encuestados/as percibe que en las Comisarías se discrimina mucho o bastante. Y esto es sólo una de las caras, todos y todas sabemos las dificultades que encuentran los grupos víctimas de discriminación para acceder a la justicia.

En 2005, al elaborar el Plan Nacional contra la Discriminación, se hizo una mención especial al problema del acceso a la justicia, como concepto íntimamente ligado a la igualdad y la defensa del principio de no discriminación. De hecho, todos los instrumentos internacionales consagran la obligación del Estado de asegurar el acceso de toda persona, sin restricción alguna, a un recurso sencillo y efectivo que la ampare en la determinación de sus derechos.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha hecho algunas precisiones sobre esta materia. La mencionada Corte tiene dicho que se vulnera el derecho a las garantías y a la protección judicial por varios motivos: por el riesgo de la persona cuando acude a las instancias administrativas o judiciales de ser deportada, expulsada o privada de su libertad, y por la negativa de la prestación de un servicio público gratuito de defensa legal a su favor, lo cual impide que se hagan valer los derechos en juicio. Al respecto, el Estado debe garantizar que el acceso a la justicia sea no sólo formal sino real (2).

Volvamos aquí sobre las percepciones de cuáles son los motivos por los que más se sufren discriminaciones: Situación Socioeconó-

---

(2) Condición jurídica y derechos humanos del niño. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 19; El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16.

mica ocupa el primer lugar. La pobreza es el primer motivo, según percibe nuestra ciudadanía, por el que se discrimina en gran parte de nuestro país. No debemos olvidar que la pobreza potencia las formas tradicionales de discriminación: no es lo mismo ser mujer que mujer-pobre, migrante que migrante-pobre, indígena que indígena-pobre, tener una discapacidad que tener una discapacidad y ser pobre, etc. Y uno de los principales aspectos en los que no es lo mismo es en el acceso a los servicios de justicia.

Sabemos que los beneficios de la justicia no se encuentran al alcance de la mayoría de la población de menores ingresos. En este aspecto, el acceso a la asistencia y patrocinio jurídico gratuitos de quienes no pueden procurarse asistencia legal por carecer de recursos constituye un componente esencial del derecho de ser protegidos por la justicia. Por esto, es necesario reforzar y ampliar los programas de asistencia jurídica gratuita existentes a lo largo de todo el territorio nacional e instaurar nuevos en aquellas provincias donde sólo se cuenta con el apoyo de las defensorías públicas, las que muchas veces se ven superadas por la cantidad de casos que se les presentan y por la escasa estructura de apoyo con la que cuentan.

Esto es así porque la falta de un patrocinio jurídico adecuado se traduce, no sólo en un problema para el acceso a la justicia, sino también en un problema para la lucha contra las irregularidades y discriminaciones que se cometen *a posteriori* durante todo el proceso de investigación y tramitación de un proceso judicial.

Algunos ejemplos de estas irregularidades sobre la base de las denuncias recibidas por el INADI, fue un caso recibido en el año 2007 (ME Nº 316/07, "O.Z y otra c/ Corte de Justicia de la Provincia de Salta"). Una cacique de la Comunidad Wichi solicitó la intervención de este Instituto frente a una resolución de la Corte de Justicia de la Provincia de Salta, del 29 de septiembre de 2006. La presentación tuvo como marco excarcelación del conviviente de la madre de una niña wichí de 9 años que habría sido violada por este y luego habría quedado embarazada. El fundamento para tal resolución consistió en que las pautas culturales de la comunidad Wichí aceptaban el matrimonio privignático. *El INADI consideró que tal resolución de la Corte de Justicia de la Provincia de Salta constituyó un acto contrario a los términos de la Ley Nº 23.592. Asimismo, el INADI respetuosamente recomendó a la Corte de Justicia de la Provincia de Salta adoptar un enfoque de universalidad, indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos e incorporar, en sus resoluciones y sentencias, la perspectiva de género. Con relación a la condición de niña, este Instituto recomendó a la Corte de Justicia de Salta la efectiva aplicación del principio del interés superior de la niña, niño y adolescente, entendiendo como tal la*

máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en la Ley Nº 26.061.

Otro de los casos recibidos por el INADI fue el de una joven toba de 15 años, nacida y residente en El Espinillo, Provincia de Chaco, que denunció ante la Subcomisaría de Policía del Distrito El Espinillo haber sido víctima de violación sexual por tres jóvenes "criollos" (quienes la amenazaron para que no los denunciara).

Este informe se elaboró en respuesta a una nota que remitiera a este Instituto la Comisión Interministerial de Derechos Humanos de la Provincia de Chaco el 29 de noviembre de 2007 por la que se nos remite fotocopias certificadas de la Nota Nº 2.346/07 emanada de la Dirección de Derechos Humanos de la Cancillería Argentina el 23 de octubre de 2007, motivada en una Comunicación del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas.

Se trata de un caso atravesado por más de una de las circunstancias por las que usualmente se discrimina: es mujer, de escasos recursos, indígena y joven.

En la Comisaría se hizo esperar varias horas a la víctima y, sin tomar la denuncia, la enviaron al puesto sanitario; donde fue también maltratada. La denuncia sólo fue tomada luego de que la comunidad a la que la joven pertenece presionara sobre las autoridades. Aún así, la denuncia se realizó sin intérpretes lingüísticos. Luego, se inició un juicio por el delito de abuso sexual con acceso carnal calificado ante un juzgado de Chaco. El 5 de mayo de 2004 se elevó la causa a juicio ante la Cámara Segunda en lo Criminal de la Ciudad de Pte. Roque Sáenz Peña, y el 31 de agosto de 2004 se absolvió a los tres imputados de culpa y cargo, como el fallo no fue recurrido quedó firme. Al igual que la denuncia, el juicio fue sustanciado sin intérpretes; la víctima nunca accedió a asesoramiento letrado, por lo que nunca pudo constituirse en querellante, ni recurrir la sentencia; el Tribunal no les notificó la sentencia recaída en la actuación penal citada ni a la víctima ni a su familia; el fallo judicial contiene expresiones discriminatorias en razón del género y del origen étnico racial; tres testigos habrían sido descalificados durante el proceso por ser "indígenas"; no se resguardó la identidad de la víctima ya que el Poder Judicial ordenó averiguar en el pueblo si la misma ejercía la prostitución.

Conforme este relato, *el INADI concluyó que la víctima sufrió discriminación étnica, de género y por edad, además de la flagrante violación de la garantía constitucional del debido proceso legal.*

Estos maltratos son constantemente referidos por los miembros de los pueblos originarios de nuestro país, suelen referenciar agresiones por parte del personal policial, que además se niega sistemáti-

camente a tomarles las denuncias. En los casos en que miembros de las comunidades indígenas son investigados por la comisión de delitos (lo que lamentablemente ocurre a menudo), tampoco se recurre al uso de interpretes y luego se alega que los/as denunciados/as han confesado voluntariamente.

En instituciones como el INADI o la Secretaría de Derechos Humanos de la Nación se reciben constantemente denuncias de abusos policiales cometidos contra población indígena y deficiencias en la aplicación de justicia.

Podríamos dar muchísimos ejemplos de discriminaciones en que se incurre durante el trámite de procesos judiciales. Por ejemplo, el caso investigado por Manuel Alberto Jesús Moreira, que le valiera una mención especial en el concurso "Premio a la Producción Científica sobre la Discriminación en Argentina año 2007" organizado por el Instituto.

Se trata del caso de una joven miembro de la comunidad "Takuapi" que en el transcurso de un intento de abuso sexual sobre ella, resulto violentamente agredido su pequeño hermano de un año de edad. La joven llevó al niño al hospital, donde falleció.

En un principio, quizás por vergüenza o desconfianza, la joven contó que había encontrado a su hermano golpeado al regresar del lavado de ropas. La investigación se centró, desde el principio, en la responsabilidad de la chica. Estas son algunas expresiones de los especialistas que intervinieron en el caso.

La médica legista deja constancia que Gabriela es analfabeta y que en el interrogatorio percibió poca colaboración por el desconocimiento de nuestro idioma. Textualmente se dice que *"Por su ignorancia no conoce los hechos que constituyen un delito ni las consecuencias de los mismos. No comprende la criminalidad del acto y no dirige sus acciones. Sus facultades mentales son normales. Carece de juicio de valor, no presenta capacidad de discernimiento. Pronóstico. Puede reincidir en conductas delictivas por su grado de ignorancia y su capacidad de valoración"*.

La intervención del perito psicólogo también genera reparos en su informe: *"Se realizaron dos entrevistas a la menor quien no emitió palabra en ningún momento sólo monosílabos como sí o no. Para los test se requiere la presencia de un intérprete. Con respecto al coeficiente intelectual indica: no se puede determinar con exactitud porque no se ha comunicado conmigo, posiblemente sea un coeficiente por debajo de la media, debido a escasa formación en nuestra cultura"*.

Claramente se identifica el conocimiento de "nuestra" cultura, la predominante, con rasgos de inteligencia, desconociendo cualquier principio de pluralidad cultural. Afortunadamente, con el apoyo de su comunidad, Gabriela pudo contar lo realmente ocurrido y la investigación policial se orientó hacia los verdaderos responsables, aunque hasta lo que sabemos no han sido identificados.

Al mismo tiempo, uno de los casos que se registraron en el INADI fue en relación a una situación de discriminación por motivos socio-económicos en una sentencia del Poder Judicial de la Provincia de Santa Fe. Se trataba de un joven de 19 años, proveniente de una familia de bajos recursos que falleció producto de un accidente de tránsito.

La familia recurrió a la justicia iniciando una demanda por daños y perjuicios contra el conductor del vehículo que lo atropelló y contra la compañía de seguros. La sentencia de primera instancia consideró que el monto reclamado en por la familia concepto de indemnización era de carácter excesivo dada las condiciones socio-económicas del joven. La familia apeló dicha sentencia y en la Cámara de Apelaciones, no sólo confirmó la sentencia de primera instancia, sino que redujo el monto de la indemnización basada en la responsabilidad que le cabía al joven por el accidente. *El INADI emitió un dictamen en el que se concluyó que las sentencias en cuestión fueron discriminatorias dado que la condición humilde de la familia del joven y su propia condición social fueron los argumentos principales para arribar al reducido monto indemnizatorio otorgado (alrededor de $ 8.000), que constituyó un poco más del 10% de lo solicitado por la familia ($ 57.000).*

Estos son sólo tres ejemplos. Podríamos, con más tiempo, comentar muchísimos más en los que se vuelcan en las investigaciones o sentencias judiciales criterios discriminatorios o estereotipantes, ya sea por la condición socioeconómica, la nacionalidad, la orientación sexual, la religión profesada, etc. que responden a prejuicios que existen en nuestra sociedad pero que son mucho más graves y peligrosos cuando impregnan las instituciones estatales.

IV. Conclusión

Muchas son las razones por las que los distintos grupos que son víctimas de discriminación no encuentran la posibilidad de acceder a un método rápido y efectivo para la solución de su problemática. Hemos reseñado algunos, tales como el desconocimiento, la imposibilidad de costear un patrocinio efectivo, los costos y aranceles de la justicia, el ineficaz funcionamiento del sistema de "beneficio de litigar sin gastos", y los prejuicios de las instituciones encargadas de tomar las denuncias.

Igualmente, hemos señalado algunos de los problemas que los propios miembros de los grupos víctimas de discriminación encuentran en sede judicial.

Por este motivo, debemos continuar bregando por la concreción de algunas de las propuestas del Plan Nacional contra la Discriminación, particularmente las referidas a la creación en el ámbito del Consejo de la Magistratura de una Comisión de relevamiento y seguimiento destinada a detectar, informar y sancionar los fallos, fundamentos y criterios investigativos, en el ámbito de la aplicación de justicia, que encierren concepciones discriminatorias, tanto a nivel nacional como provincial (3) y la adecuación de la asignación presupuestaria de las áreas competentes —en especial, la Procuración y las Defensorías Públicas— como condición esencial para la protección de los derechos de los grupos victimizados (4).

Igualmente es necesario avanzar en la capacitación de los/as funcionarios/as públicos/as en todos los ámbitos, a fin de profundizar la formación en el respeto y defensa de los Derechos Humanos, la comprensión y modificación de los mecanismos de discriminación y la desarticulación de las pautas lingüísticas racistas, sexistas y homofóbicas en las instituciones públicas.

Es nuevamente interesante recurrir a la Corte Interamericana para el cierre. Sostiene el Tribunal que para alcanzar sus objetivos, el proceso debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real de las personas que son llevadas ante la justicia. Es así como se atiende el principio de igualdad ante la ley y los tribunales y a la correlativa prohibición de discriminación.

La presencia de condiciones de desigualdad real obliga a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses ya que, de lo contrario, no podría decirse que quienes se encuentran en condiciones de desventaja disfrutan de un verdadero acceso a la justicia y se benefician de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas (5).

~

(3) Hacia un Plan Nacional Contra la Discriminación. La discriminación en Argentina. Diagnóstico y Propuestas. Adoptado por Decreto 1086/2005 del 7 de septiembre de 2005. Publicado en el Boletín Oficial el 8 de septiembre de 2005. Propuesta Nº 45

(4) *Idem*. Propuesta Nº 47.

(5) Corte Interamericana de Derechos Humanos, *op. cit*.

Curriculum vitae de los autores

CONFERENCISTAS

ALBRECHT, Hans Jörg: Director del Instituto Max Planck para el Derecho Penal Extranjero e Internacional de Friburgo (Alemania). Doctor por la Universidad de Friburgo. Profesor de Derecho Penal, Justicia Penal y Criminología en la Universidad de Friburgo. Profesor invitado en el Centro de Derecho Penal y Justicia Penal en la Universidad China de Ciencia Política y Derecho. Profesor invitado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Hainan. En mayo del presente año fue electo Miembro Vitalicio del Clare Hall College en la Universidad de Cambridge. En la actualidad es Editor en jefe del "Monatsschirft für Kriminologie und Strafrechsreform", Co-editor del European Journal of Crime, "Criminal Justice and Criminal Law" y del "Recht der jugend und des Bildungswesens".

DESPOUY, Leandro: Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas sobre independencia de magistrados y abogados. Presidente de la Auditoria General de la Nación. Formación Profesional: Ciencias Jurídicas, Económicas y Sociales. Especialización: Derecho Internacional Publico. Rama: Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario. Experto en Reforma del Estado, Cooperación y Negociación Internacional. Cursos dictados en el Instituto Interamericano de Derechos Humanos de Costa Rica, en las Universidades de Lima, Perú, Caracas, Venezuela y varios otros centros académicos de Europa, USA y América Latina. Profesor del Curso de posgrado sobre "Relaciones Internacionales", UBA. Profesor de Derechos Humanos, Institut Internacional des Droits de l´Homme, Strasbourg, Francia. Cursos dictados en el Institut International de l'Administration Publique, París, Francia.

FERRAJOLI, Luigi: Catedrático de "Teoría General del Derecho" de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad de Roma Tre, Italia. Autor de "Derecho y razón. Teoría del galantismo penal", "Derechos y garantías. La ley del más débil", "El galantismo y la filosofía del derecho", "Los fundamentos de los derechos fundamentales", "Razones jurídicas del pacifismo", "Garantismo. Una discusión sobare derecho y democracia" y acaba de publicar su "Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia", tres volúmenes. Vol. 1, "Teoria del diritto; Vol. 2, Teoria della democrazia; Vol. 3, "La sintassi del diritto". Graduado en Jurisprudencia en la Universidad de Roma, fue Juez desde el año 1967 a 1975. Profesor titular en "Teoría general del derecho" y en "Filosofía del derecho" en la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad de Camerino

(1970 a 1975); Decano en la Facultad de Jurisprudencia en la Universidad de Camerino (1976-1979). Vicerrector en la Universidad de Camerino (1976 a 1980). Doctor Honoris Causa de las Universidades de Buenos Aires, Rosario y Lomas de Zamora, entre muchas otras.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio: Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Ex-presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2004-2007). Realizó sus estudios superiores en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de México. Obtuvo la licenciatura en 1963, con mención honorífica, y el doctorado en 1971, con mención "Magna cum laude", que se otorgó por primera vez en el Doctorado en Derecho de la UNAM. Es investigador titular en el Instituto de Investigaciones Jurídicas y profesor titular en la Facultad de Derecho de dicha Universidad. Investigador Nacional, nivel III, en el Sistema Nacional de Investigadores. Desde 1993 forma parte de la Junta de Gobierno de la UNAM. Es Directivo de la "Revista de la Facultad de Derecho". Integrante de la Junta de Gobierno del Centro Universitario México, División de Estudios Superiores. Fue Presidente (fundador) de la Junta de Gobierno del Instituto Nacional de Ciencias Penales. Es autor de "La Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos"; "Proceso penal y derechos humanos". "Las Reparaciones en el Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos". "Manual de prisioneros: La pena y la prisión". "Los Derechos humanos y el derecho penal"; "Narcotráfico: Un punto de vista mexicano"; "El acceso de la víctima a la jurisdicción internacional sobre derechos humanos"; "Precisiones teóricas sobre el futuro del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos"; "Reflexión sobre el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos: Presente y futuro" y "La Jurisdicción Penal Internacional: Antecedentes y características", entre otras obras.

HULSMAN, Louk: Profesor Emérito de Derecho Penal de la Universidad de Rótterdam, Holanda; autor (en coautoría), de "Peines perdues. Le système pénal en question", (1982) y "Sistema Penal y Seguridad ciudadana: Hacia una alternativa" (1984).

MEDINA QUIROGA, Cecilia: Presidenta de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Abogada (Universidad de Chile). Doctora en Derecho (Universidad de Utrecht, Holanda). Co-directora del Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Ha enseñado en varias universidades europeas y de Norteamérica. Fue nombrada Profesora en la cátedra Robert F. Kennedy para latinoamericanos distinguidos, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Harvard (1997). Desde su regreso a Chile, en 1990, ha diseñado, organizado y dirigido cursos en Derecho Internacional de los Derechos Humanos para jueces y abogados chilenos y latinoamericanos en Holanda, Argentina, Uruguay y Chile. En la actualidad es Directora del Diplomado "Derechos Humanos y Mujeres: Teoría y Práctica", para abogadas y abogados latinoamericanos. Miembro (1995-2002) y Presidenta (1999-2001) del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Miembro de varios consejos editoriales de revistas en derechos humanos y de consejos consultivos de organizaciones en derechos humanos de Europa y América Latina. Ha publicado extensamente tanto en Chile como en el extranjero. Entre las distinciones que ha recibido se destacan: Equality Now (New York) por su

compromiso con los Derechos Humanos (2001); Condecoración de la Reina de Holanda como Ridder de la Orden Oranje Nassau (2002); Premio Elena Caffarena (Chile) a mujeres destacadas (2004); Premio otorgado por la American Society of International Law (Washington D.C.), Women's Interest Group, "Prominent Women in International Law" (2004); Premio Valentín Letelier (Universidad de Chile) por su labor docente (2005); Premio Fundación Gruber (Nueva York) por su trabajo para desarrollar los derechos humanos de las mujeres (2006). Es autora de "Constitución, Tratados y Derechos Esenciales"; "The Battle of Human Rights. Gross, Systematic Violations and the Inter-American System"; "La Nueva Constitución, Democracia y Derechos Humanos"; "Nomenclature and Hierarchy. Basic Latin American Sources", entre otras obras.

STERN, Vivien: Investigadora Senior del "Centro Internacional para Estudios sobre Prisión" (ICPS) perteneciente al King´s College, de la ciudad de Londres. Presidenta Honoraria de Reforma Penal Internacional (PRI), organización no gubernamental que promueve la reforma penal en el mundo, fundada en 1989. Desde 1977 hasta 1996, fue Directora de la Asociación Nacional para el Cuidado y Reestablecimiento de los Condenados (NACRO). En 2003 fue designada "Convenor" para el Consorcio Escocés sobre el Crimen y la Justicia Criminal y, desde 2004, es miembro del Comité Parlamentario sobre Derechos Humanos. Desde 1999 hasta 2003 ha sido miembro del Comité de Selección Europea de la Cámara de los Lores. Es "Trustee" de la Fundación Milton S. Eisenhower en Washington DC y miembro del Comité Asesor del Instituto Latinoamericano para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente de las Naciones Unidas (ILANUD). Entre sus publicaciones, cabe destacar "Ladrillos de la vergüenza: las prisiones británicas"; "Un pecado contra el futuro: encarcelamiento en el mundo"; "Alternativas a la prisión en los países en desarrollo" y su último libro "Creando criminales: las personas y las prisiones en la Sociedad de Mercado", publicado en mayo de 2006.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl: Ministro de la Corte Suprema de Justicia de la República Argentina. Se graduó de abogado y escribano en la Universidad de Buenos Aires (1962) revalidado por la Universidad Nacional de Asunción (Paraguay, 2003) y es Doctor en Ciencia Jurídicas y Sociales por la Universidad del Litoral (1964). Es profesor titular y Director del Departamento de Derecho Penal y Criminología de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Fue becario de la OEA en México y de la Max Planck Stiftung en Alemania. Se desempeño en la judicatura durante dos décadas, retirándose como Juez de la Cámara Criminal de la Capital Federal. Con posterioridad fue Director General del Instituto Latinoamericano de prevención del delito de las Naciones Unidas (ILANUD, San José, Costa Rica). Fue electo Diputado Constituyente Nacional en 1994 y de la Ciudad de Buenos Aires en 1996 (presidente de la Comisión de Redacción de la Constituyente) y Diputado de la Ciudad en 1997), y posteriormente, Interventor del Instituto Nacional de Lucha contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo (INADI). Fue profesor en las Universidades Veracruzana (México), del Salvador (Buenos Aires) y Católica de la Plata. Es profesor invitado, entre otras Universidades, de la del País Vasco, Autónoma de Santo Domingo (Republica Dominicana), San Martín de Porres (Perú), de Maracaibo (Venezuela), Cándido Méndez (Brasil) y profesor Honoris Causa de la Universidad Autónoma de Santo Domingo; Doctor Honoris Causa

por la Universidad del Estado de Río de Janeiro (1993), por la Universidad Mayor de San Andrés, La Paz, República de Bolivia (2003), en Jurisprudencia por la Università degli Studi di Macerata, Macerata, Italia (2003), por la Universidad Nacional San Andrés de Arequipa, Arequipa, Perú (2003), por la Universidad Alas Peruanas, Lima, Perú (2003), por la Universidad Nacional de Rosario, Argentina (2003), por la Universidad para la Cooperación Internacional, San José, Costa Rica (2003), por el Instituto Nacional de Ciencias Penales, México D.F., México (2003), y por la Universidad de Castilla-La Mancha, Toledo, España (2004), entre otros y Profesor Emérito de la Universidad de Buenos Aires (2007). Integra múltiples entidades académicas y los consejos de varias revistas especializadas, nacionales e internacionales. Es vicepresidente de la Asociación Internacional de Derecho Penal y miembro del Comité Científico de la misma. Es autor de proyectos de reformas a los códigos penales argentino (1991), ecuatoriano (1969 y 1992) y costarricense (1991). Ha publicado 25 obras, entre las cuales las más importantes son Manual de Derecho Penal (editado también en México y Perú, y adaptado al derecho penal brasileño en coautoría con José Henrique Pierangeli), Tratado de Derecho Penal en cinco volúmenes (reeditado también en México); En busca de las penas perdidas (traducido al portugués y al italiano); Estructuras judiciales (traducido al portugués) y El enemigo en el derecho Penal. Es autor de numerosos artículos, folletos y trabajos breves, participa en publicaciones periódica nacionales e internacionales; prólogos y presentaciones; comentarios bibliográficos; proyectos y trabajos legislativos; artículos periodísticos; opiniones y dictámenes; traducciones ; participación en congresos y seminarios; cursillos y ciclos de conferencias; conferencias y clases extraordinarias.

PANELISTAS

Pobreza

ALVES, Cleber Francisco: graduado en Derecho en la Universidad Católica de Petrópolis. Doctor en Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Católica de Río de Janeiro. En 1994 ingresó, por concurso público, en la carrera de Defensor Público del Estado de Río de Janeiro, e actualmente es el titular de la Defensoría ante la 4ª Vara Civil de Petrópolis. Es profesor licenciado de la Escuela Superior de la Defensoría Pública de Río de Janeiro. Desde 1991 es profesor en el Programa de Pos-Graduación en Derecho (Maestría y Doctorado) de la Universidad Gama Filho y de la Universidad Católica de Petrópolis, donde ya ejerció los cargos de Director de la Facultad de Derecho (1999-2002) y de Pro-Rector Académico (2004). Es autor de la obra "Principio Constitucional de la Dignidad de la Persona Humana: el enfoque de la Doctrina Social de la Iglesia" y "Acceso a la Justicia en Negro y Blanco: retratos institucionales de la Defensoría Pública" y "Justicia para todos! La Asistencia Jurídica Gratuita en los Estados Unidos, en Francia y en el Brasil".

CARRANZA, Elías: Criminólogo, Director del Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y el Tratamiento

del Delincuente (ILANUD), con sede en Costa Rica. Investigador en Política Criminal, Sociología Criminal, y Sociología del Sistema de Justicia Penal. Ha dictado clases en diversas universidades y centros de estudio. Es autor de varios libros y numerosos artículos publicados en revistas especializadas. Cabe nombrar sus libros "Justicia Penal y sobrepoblación penitenciaria: respuestas posibles"; "Delito y Seguridad de los habitantes"; "Criminalidad : ¿prevención o promoción?"; "Sistemas penitenciarios y alternativas a la prisión"(en colab.); "Infancia, adolescencia y control social en América Latina"(en colab.) ; "Sistema penal y derechos humanos en Costa Rica"(en colab.); "El preso sin condena en América latina y el Caribe"(en colab.).

MAURINO, Gustavo: Fundador y Co-Director de la Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia – ACIJ. Abogado (Universidad Nacional de Córdoba); Especialista en Derecho de Daños (Universidad de Belgrano). Docente de Derecho Privado, Derecho Constitucional y Teoría del Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad de Palermo; Docente e investigador de la Escuela de Derecho de la Universidad de San Andrés, en Derecho Privado y Teoría del Derecho; Coordinador de la Clínica Jurídica de Derecho de Interés Público de la Facultad de Derecho de la Universidad de Palermo. Autor de "Las Acciones Colectivas" (en coautoría); "Visión Jurisprudencial de la Práxis Médica" (en coautoría) y de numerosos artículos de su especialidad.

PEGORARO, Juan: Master en Sociología (FLACSO-México). Profesor Titular de "Delito y Sociedad. Sociología del Sistema Penal". Investigador Titular del Instituto Gino Germani. Dirige el Programa de Estudios del Control Social (P.E.CO.S) y un Seminario Permanente del Control Social (de Posgrado), de frecuencia semanal, desde 1993 en el Instituto Gino Germani y la publicación "Delito y Sociedad. Revista de Ciencias Sociales". Ha sido director de la Carrera de Sociología de la UBA. Profesor invitado en Universidades nacionales y del extranjero. Ha publicado numerosos artículos sobre su especialidad en Brasil, Ecuador, México, Italia, Venezuela, Colombia y España.

SABA, Roberto: Director Ejecutivo de la Asociación por los Derechos Civiles. Abogado (UBA), Master en Derecho, Universidad de Yale. Profesor de Derecho Constitucional y de Derechos Humanos de las Universidades de Buenos Aires y de Palermo (Argentina). Director Académico del Centro de Estudios de Postgrado de Facultad de Derecho de la Universidad de Palermo (Argentina).

VITALE, Gustavo: Defensor Oficial ante una de las Cámaras en lo Criminal del Poder Judicial de Neuquén. Profesor Titular de Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional del Comahue, a cargo de las cátedras de Derecho Penal (Parte General y Especial) por Metodología de Casos. Profesor de postgrado en la Universidades Nacionales del Sud, de La Pampa y de Rosario. Autor de los libros "Suspensión del proceso penal a prueba", "Principio de insignificancia y error", "Encarcelamiento de presuntos inocentes" y otros en coautoría sobre temas de Derecho Penal y Procesal Penal. Autor de numerosos artículos de Derecho Penal. Conferencista de temas penales. Autor de varios proyectos de ley en la materia.

Género

AZZI, Patricia: Defensora Pública Oficial ante los Tribunales Federales de Primera y Segunda Instancia de Mar del Plata, posee el Diplomado Superior en Ciencias Sociales con mención en Género y Políticas Públicas de FLACSO.

COMAS D'ARGEMIR i CENDRA, Montserrat: Magistrada, Vocal del Consejo General del Poder Judicial, Presidenta del Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género, Presidenta de la Comisión de Seguimiento para la Implantación de la Orden de Protección, Presidenta de la Comisión Disciplinaria, Vocal de la Comisión de Igualdad de Oportunidades entre Mujeres y Hombres en la Judicatura y Vocal de la Comisión de Comunicación. Licenciada en Derecho por la Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona. Abogada laboralista y penalista en Barcelona. Afiliada a la Asociación Judicial Jueces para la Democracia desde el 1988, ha sido portavoz estatal de la misma desde enero de 2000 hasta noviembre de 2001, que cesa en el cargo a raíz de su nombramiento e ingreso en el CGPJ. Colaboradora de la Escuela Judicial para las prácticas en órganos judiciales de los alumnos de la Escuela. Profesora-tutora de Jueces en prácticas. Asesora Técnica de la Organización Nacional de Trasplantes del Ministerio de Sanidad y Consumo, en la Comisión Segunda encargada del desarrollo del Borrador del nuevo Real Decreto 2070/1999, de 30 de diciembre, para desarrollo de la Ley 30/1979, de 27 de Octubre. Asesora Técnica en el Centro de Estudios Jurídicos de la Generalitat de Catalunya para la comisión de estudios y elaboración del documento "La reparación a la víctima en el Código Penal". Profesora de la Universidad Abat Oliva para la realización del PRACTICUM de estudiantes de V de Derecho, ejercicios 1999 a 2001. Miembro del Consejo Científico del Centro Internacional de Estudios Políticos (CIEP). Madrid. Ponente en múltiples cursos de formación para jueces organizadas por el CGPJ y en distintas conferencias y mesas redondas organizadas por distintas instituciones, fundamentalmente en temas relacionados con la Violencia sobre la Mujer y temas de igualdad. Ha publicado varios artículos en los medios de comunicación referidos a la Administración de Justicia, funciones del Poder Judicial y derechos de la mujer. Ha publicado en numerosas revistas jurídicas acerca de la aplicación de la Ley de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. Premio "Sales i Ferré" que le otorga el Collegi de Doctors i Llicenciats en Ciéncies Polítiques i Sociologia de Catalunya en categoria de "Mejor observadora de la realidad social". Reconocimiento por parte de la Secretaría General de Políticas de Igualdad del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, por la labor realizada como Presidenta del Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género. Distinción Cruz de Oro de la Agrupación Española de Fomento Europeo por la labor realizada para erradicar la violencia de género. Premio por parte de la Universitat Progressista d'Estiu de Catalunya por la contribución a la mejora de la calidad de vida de las clases populares en su lucha para la erradicación de la violencia de género.

KOGAN, Hilda: Ministra de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires – Argentina La Dra. Hilda Kogan es Ministra de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires. Antes de acceder al máximo tribunal provincial fue Jueza Federal de la Seguridad Social y Jueza Nacional del Trabajo. Es abogada, recibida en la Universidad de Buenos Aires y realizó estudios

de postgrado en Sociología en la Universidad de Carolina del Norte (EE.UU). Es docente de la Universidad de Buenos Aires. Miembro de la Asociación de mujeres Jueces de la Argentina (AMJA), de la que fue Vicepresidenta e integrante de la Asociación de Jueces para la Democracia.

LEITE, Clara: Defensora Pública en lo Penal de Uruguay, Abogada, Profesora de Derecho Penal de la Universidad de La Republica (Udelar), Miembro Redactora de la Comisión de Reforma del Código Penal Uruguayo (actualmente a estudio del Poder Legislativo), Secretaria de la Asociación de Defensores Públicos del Uruguay; Miembro Titular de la Comisión Nacional de Cárceles (Dinadef).

MONTALBAN HUERTAS, Inmaculada: Magistrada del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede en Granada. Ingresó por oposición en la Carrera Judicial (1985). Ascendió a la categoría de Magistrada (1988). Premio Nacional del Consejo General del Poder Judicial, por el trabajo de investigación "Perspectiva de género: criterio de interpretación internacional y constitucional". "Premio Rafael Martínez Emperador" (2003). Premio "Meridiana" del Instituto Andaluz de la Mujer, (2000) como persona destacada en la lucha por la igualdad. Experta Nacional e Internacional del Observatorio de Violencia Doméstica del Consejo General del Poder Judicial en España. Experta de la Agencia Española de Cooperación Internacional (AECI). Ha trabajado en Italia, Panamá, Colombia, Guatemala, Marruecos. Experta de la Comisión Mixta de los Derechos de la Mujer constituida en el Senado del Parlamento Español. Coordinadora de la "Comisión de Violencia de Género", de la Asociación de Jueces para la Democracia durante el periodo 2002 a 2007. Portavoz de esta Asociación desde el año 2004-2006. Ha dirigido Cursos nacionales y territoriales de Formación en materia de violencia de género, organizados por el Consejo General del Poder Judicial, dirigidos a Jueces y Magistrados. Ha participado en numerosas conferencias y mesas redondas en Facultades de Derecho, Psicología, Ayuntamientos, Diputaciones, Asociaciones de mujeres y Seminarios Internacionales etc. Colaboradora del diario nacional "EL PAIS"; autora de numerosos artículos sobre el tema de su especialidad.

Edad

BELOFF, Mary: Fiscal General de Política Criminal, Derechos Humanos y Servicios a la Comunidad de la Procuración General de la Nación. Abogada egresada con Diploma de Honor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Obtuvo el grado de Magistri in Legibus (LL.M.) en la escuela de leyes de la Universidad de Harvard (USA). Profesora de derecho penal y procesal penal de la misma Facultad en el grado y en el posgrado. Dicta cursos sobre justicia penal juvenil y género y justicia penal. Autora de numerosas publicaciones en las áreas de su especialidad (Los derechos del niño en el sistema interamericano, 2004). Se desempeña actualmente como

BERRÍOS DÍAZ, Gonzalo: Jefe de la Unidad de Defensa Penal Juvenil de la Defensoría Penal Pública de Chile. Abogado y Magíster en Derecho Penal y Procesal Penal. Participó activamente en la tramitación de la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente. Actualmente es colaborador permanente del

Centro de Estudios de la Justicia de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

CILLERO BRUÑOL, Miguel: Licenciado en Derecho y Abogado. Universidad de Chile; Doctor en Derecho. Universidad Pablo de Olavide. Sevilla, España. Consultor UNICEF. Investigador del Centro de Investigaciones Jurídicas Universidad Diego Portales. Co-director del Programa de Derechos del Niño y Revista de Derechos del Niño, UDP. Co-director Magister en Derecho de Infancia, Adolescencia y Familia. Universidad Diego Portales.

GARCÍA RUBÍ, Fernando: Abogado. Defensor Público en litigio penal de adultos y de adolescentes en conflicto con la ley penal desde el año 2001 hasta la fecha. Graduado de Bachiller En Ciencias y Letras en el año de 1976 en la ciudad de Guatemala. Graduado de Abogado y Notario y Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala, el 28 de octubre de 1989. Diplomado en Peritajes Culturales y temas de Derecho Indígena en el año 2007. Abogado litigante en procesos civiles, mercantiles, laborales, administrativos y penales desde el año de 1989 en la República de Guatemala. Gerente y Socio de la empresa comercial ASESORIA Y COBROS S.A. en Guatemala desde el año de 1993 al año 2003. Asesor de Tesis Profesionales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales en el área Penal de la Universidad de San Carlos de Guatemala desde el año 2000. Revisor de tesis Profesionales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales en el área penal de la Universidad de San Carlos de Guatemala desde el año 2001.

MENDOZA, Arsenio: Defensor General de la Provincia de Entre Ríos, República Argentina. Abogado, de la Universidad Nacional de Buenos Aires. Miembro del Comité General de la Asociación Internacional de Magistrados de la Juventud y la Familia (Ginebra, Suiza). Vicepresidente del Consejo de Procuradores, Fiscales y Defensores Generales de la República Argentina. Secretario General del Consejo Federal de Defensores Generales de la República Argentina. Director de la Revista Minoridad y Familia (Delta Editora, E. Ríos). Autor del libro "Los Jóvenes y el delito. Influencia de los cambios sociales" (1998) y del libro “Maltrato y vulnerabilidad, jaque a la infancia”. Disertante en Congresos y Encuentros Nacionales e Internacionales. Creador de los Programas: Derecho a la vida y a la identidad; Teléfono del niño y Familias en crisis, ganadores del Premio Internacional "MAURICE VEILLARD CYBULSKI", otorgado en Sion, Suiza en 1998. Creador del Programa de transferencias de experiencias: Mediación penal juvenil. Menores victimas en el proceso penal. Seguimiento de los menores institucionalizados, aprobado y financiado por Eurosocial Justicia. Fundador de la Fundación Teléfono del Niño. Tutoría del Programa Redes para la Investigación y el abordaje de la Violencia Familiar en la localidad de J. J. Castelli, Chaco. Coordinación del Programa Familia, Justicia, Municipio y Sociedad (Programa Desarrollo Humano, PNUD, UNESCO). Coordinación General de la Intervención Judicial en Violencia Familiar en la Ciudad de Paraná, Entre Ríos. Director de la web: www.defensapropia.org.ar.

PSZEMIAROWER, Santiago N.: Miembro del Consejo de Presidencia y Secretario de la Comisión "Los Adultos Mayores y sus Derechos" de la Asamblea Permanente por los Derechos Humanos (APDH), desde el año 1996. Médico

Geriatra Universitario. Egresado de la Carrera Docente Universitaria Agosto 2001. Integrante de la Delegación Oficial Argentina en la "Conferencia Intergubernamental sobre Envejecimiento, de América Latina y el Caribe" realizada en Santiago de Chile, Noviembre 2003. Coordinador Docente de la Primera Cátedra Libre de Gerontología Facultad de Ciencias Médicas de la Universidad de Buenos Aires. 2007. Miembro del Consejo Asesor del INADI (Instituto Nacional contra la Discriminación, Xenofobia y Racismo). Área Adultos Mayores. Julio-2007. Miembro del Comité Internacional Organizador del Foro de ONG´s sobre Envejecimiento. Redactor y Signatario por APDH-Argentina de la "Carta de Brasilia" 1-3 de Diciembre de 2007-Brasilia, República Federativa de Brasil. Integrante de la Delegación Oficial Argentina (Representando al INADI) en la II Conferencia Regional Intergubernamental sobre Envejecimiento en América Latina y el Caribe Hacia una Sociedad para Todas las Edades y de protección social basada en Derechos, 4-5-6 de Diciembre-2007. Organizada por CEPAL en Brasilia. Co-autor de los Libros: "Los Adultos Mayores y sus Derechos", 1998; "La tan temida Ancianidad", 1999; "Crecer sin Violencia para un cambio Cultural, la Cultura de la Paz", 1999; "Ancianidad y Derechos Humanos", 2000; "Segundas Jornadas de Derechos y Garantías Constitucionales del MERCOSUR", 2003; Asesor de contenido del Capítulo "Adultos Mayores" en el Informe sobre Desarrollo Humano en la Provincia de Buenos Aires, 2005-2006; Co-Autor de 45 Artículos en Publicaciones Nacionales e Internacionales.

SEMINO, Eugenio: Ombudsman de la Tercera Edad de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Defensor de la Tercera Edad de los 21 países integrantes de la Red Iberoamericana de Adultos Mayores y Organismos que trabajan con el Sector. Master en Gerontología (Instituto Nacional de Migraciones y Servicios Sociales de España-IMSERSO). Abogado (egresado de la UBA); Escribano (egresado de la UBA); Doctorado en Criminología (egresado de la UBA); Presidente del Comité Científico de la Sociedad Iberoamericana de Gerontología (SIG); Presidente del Comité Científico para América del Instituto Fernando Santi de Italia. Presidente Honorario del Parlamento de la Tercera Edad de la Ciudad de Buenos Aires. Ex Director General de Discapacitados y Tercera Edad de la Ciudad de Buenos Aires. Ex Legislador de la Ciudad de Buenos Aires. Ex docente de la Universidad Nacional de Lomas de Zamora. Docente de la Universidad Nacional de Buenos Aires, Facultad de Ciencias Sociales y de la Comunicación. Profesor invitado del Master de Gerontología y Discapacidad (IMSERSO) español). Autor de diversas obras de Derecho, Gerontología e Historia.

URIARTE, Carlos: Doctor en Derecho y Ciencias Sociales (Facultad de Derecho de la Universidad de la República, Montevideo, Uruguay). Director del Sistema de Ejecución de Medidas Judiciales a Jóvenes en Infracción (Instituto del Niño y Adolescente del Uruguay). Profesor de Posgrado en Derecho Penal Juvenil (Facultad De Derecho, Universidad De La República, Montevideo). Profesor de la Maestría en Derechos de la Niñez y la Adolescencia (UNICEF, Facultades de Derecho, Psicología, Ciencias Sociales Y Medicina, de la Universidad de la República, Montevideo). Profesor del Centro de Formación y Estudios del Instituto del Niño y Adolescente del Uruguay (Instituto de Formación Terciaria). Autor de numerosas publicaciones vinculadas a la infracción juvenil.

Privados de libertad

CÁRCAMO CABRERA, Julia: Coordinadora Nacional de Defensoría Pública (Interina) de la Procuraduría General de la República de El Salvador. Abogada y Notaria (Universidad de El Salvador). Trabajos anteriores: Colaboradora Judicial de Juzgado 10 de Instrucción (5 años). Defensor Público de la Procuraduría General de la República (10 años).

MELÉNDEZ, Florentín: El Comisionado Florentín Meléndez es ciudadano de El Salvador y se incorporó a la CIDH en enero de 2004 tras haber sido electo por la Asamblea General de la OEA en junio de 2003. Su primer mandato culminó en diciembre de 2007, y la Asamblea General de la OEA lo reeligió para un segundo mandato de cuatro años, que se inició en enero de 2008. El Comisionado Meléndez es Relator Especial de la CIDH para México, República Dominicana y Uruguay. También es Relator sobre los Derechos de las Personas Privadas de Libertad en las Américas, y en tal calidad promovió los "Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas", aprobados por la CIDH en marzo de 2008. Ha sido Relator de la CIDH para Argentina, Bolivia y Cuba, y Relator Especial de la CIDH para los Trabajadores Migratorios y miembros de sus Familias. Su carrera académica incluye un Doctorado en Derecho y una Maestría en Derechos Humanos de la Universidad Complutense de España, y una Licenciatura en Ciencias Jurídicas en la Universidad Nacional de El Salvador. Es consultor y profesor de cursos y seminarios sobre derechos humanos, derecho internacional y derecho constitucional, y conferencista invitado de varias universidades y organizaciones del continente. Es miembro de la Asamblea General del Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH) y profesor de cursos de derechos humanos del IIDH. En su carrera profesional, el Comisionado Meléndez ha trabajado y asesorado en derechos humanos a instituciones públicas y organizaciones no gubernamentales de derechos humanos de El Salvador y de otros países de la región. Fue miembro de la División de Derechos Humanos de la Misión de Observadores de las Naciones Unidas para El Salvador (ONUSAL); y director de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en El Salvador. Ha publicado libros, estudios y compilaciones sobre derechos humanos. El Comisionado Meléndez fue Segundo Vice-Presidente de la CIDH en 2006, y Presidente de la CIDH en 2007.

NIÑO, Luis Fernando: Profesor Titular (concurso en trámite) de la Cátedra de Elementos de Derecho Penal y Procesal Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Profesor Titular de la materia Conductas transgresoras de niños y adolescentes de la Maestría en Criminología de la Universidad de Lomas de Zamora. Juez de Cámara en los Tribunales Orales en lo Criminal de Buenos Aires. Abogado (diploma de honor), egresado de la Universidad de Buenos Aires; Licenciado en Criminología, egresado de la misma Universidad; Doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca (Reino de España); Co-Director de la Maestría en Criminología de la Universidad Nacional de Lomas de Zamora; Profesor de Postgrado de Derecho Penal y Criminología en las Universidades de Buenos Aires, Belgrano y Nacional de Lomas de Zamora (República Argentina), Salamanca (Reino de España), del Zulia (Maracaibo-Venezuela) y de Guayaquil (Ecuador). Miembro fundador y primer Presidente de la Asociación Argentina de Promoción y Asistencia

del Menor "Encuentro". Ex Catedrático de Derecho Penal, Parte General, de la Universidad Nacional de Lomas de Zamora. Ex Titular de Derecho Penal Juvenil en la Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires. Docente del Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente (ILANUD), con sede en San José (Costa Rica). En tal carácter ha dictado cursos en Montevideo (Uruguay), Sucre y Santa Cruz de la Sierra (Bolivia), Lima (Perú), Quito (Ecuador), Bogotá (Colombia), San Salvador (El Salvador), Santo Domingo y Santiago de los Caballeros (República Dominicana), Guatemala D.C. (Guatemala), Tegucigalpa y San Pedro Sula (Honduras). Miembro fundador de la Asociación Civil "Justicia Democrática", con sede en Buenos Aires. Miembro fundador de la Sociedad Argentina de Bioética. Director de la Revista "Criminología", órgano de la Maestría en Criminología de la UNLZ (Argentina). Autor de numerosas publicaciones y compilador de diversas obras consagradas a temas de Derecho Penal y Criminología.

WEIS, Carlos: Defensor Público de San Pablo – Brasil.

Victimización

BOVINO, Alberto: Abogado (UBA); Master en Derecho, Columbia University School of Law (Nueva York). Abogado. Consultor del Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), en materia de casos de derechos humanos en el ámbito nacional e internacional. Ejercicio privado de la profesión en "Bovino & Chirinos - Abogados", desde marzo de 2008.Gerente Editorial de Editores Del Puerto S.R.L. Representante legal de los familiares de la víctima en el caso "Myrna Mack Chang", contra la República de Guatemala, ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, desde julio de 2001. Consultor internacional en materia de justicia penal y derechos humanos para Colombia (1998), Costa Rica (1997), El Salvador (1996), Guatemala (1996 y 1997), Perú (1998) y Chile (2002).Profesor Titular de "Derecho penal I" en la Facultad de Derecho de la Universidad de Palermo (Buenos Aires); Profesor Derecho Penal y Derecho Procesal Penal en la Faculta de Derecho (UBA) (Grado y Posgrado); Profesor de Derecho Procesal Penal en la Maestría de la Universidad de Palermo; Profesor Honorario de la Escuela de Derecho de la Universidad de San Martín de Porres, Lima, Perú. Once libros publicados, seis como autor y cinco como compilador. Veinticinco trabajos incluidos en libros colectivos. Más de cuarenta artículos publicados en revistas especializadas de Alemania, Argentina, Brasil, Costa Rica, El Salvador, España, Estados Unidos, Guatemala, Inglaterra, México, y Perú.

CARLOTTO, Remo: Diputado de la Nación por la Provincia de Buenos Aires. Período 2005-2009. Presidente de la Comisión de Derechos Humanos y Garantías de la Cámara de Diputados de la Nación, desde marzo de 2006. Secretario de Derechos Humanos de la Provincia de Buenos Aires, con rango de Ministro, desde agosto de 2003 hasta diciembre de 2005. Miembro de la Delegación argentina ante el Comité contra la Tortura de las Naciones Unidas, en ocasión de la presentación oral del IV Informe periódico presentado por la República Argentina de conformidad con la Convención contra la Tortura y

Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, Ginebra, Suiza, 16 y 17 de noviembre de 2004. Coordinador del Centro de documentación de la Comisión Provincial por la Memoria de la Provincia de Buenos Aires, durante los años 2001 a 2003. Coordinador del equipo de investigación de la Comisión Nacional por el Derecho a la Identidad (CONADI), y de la Asociación Abuelas de Plaza de Mayo desde 1997 hasta el 2003. Fue condecorado por la República de Ucrania en diciembre de 2007. Ha sido miembro de la Delegación Argentina en las Reuniones de Altas Autoridades competentes en Derechos Humanos y Cancillerías del MERCOSUR y Estados Asociados, en 2006, 2007 y 2008. Ha dictado Conferencias sobre Derechos Humanos en Argentina, Italia, España, Brasil, Bolivia y Uruguay.

DE VITTO, Renatto: Primer Subdefensor-General del Estado de São Paulo y Presidente de la Comisión de Justicia y Seguridad del Instituto Brasilero de Ciências Criminais. Fue Procurador del Estado de São Paulo y asesor de la Secretaria de Reforma do Judiciário del Ministerio de Justicia. Coordinó el trabajo de investigación del 1º Diagnóstico de la Defensoría Pública en Brasil, entre otros trabajos como la pesquisa "Acceso a la Justicia por medios alternativos de Administración de Conflictos" y el libro Justicia Restaurativa. Autor de diversos articulos sobre Acceso a la Justicia y Justicia Restaurativa.

GIBERTI, Eva: Coordinadora del Programa "Las Víctimas contra las Violencias" - Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos. Licenciada en Psicología (UBA) Asistente social (UBA) Doctora Honoris Causa Univ. Nacional de Rosario Docente Universitaria en los Posgrados de Violencia Familiar, Facultad de Psicología (UBA) y Derecho de Familia, Facultad de Derecho (UBA). Autora, entre otros, de los libros "Incesto paterno filial (en colaboración)", "La Familia a pesar de todo" y "Vulnerabilidades y malos tratos contra niñas y niños".

HIGHTON DE NOLASCO, Elena: Vicepresidenta de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Profesora Titular Ordinaria de Derecho Civil en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires. Abogada, Procuradora, Escribana, Doctora en Derecho y Ciencias Sociales, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires. Especializaciones en postgrado —entre otras— en Escuela Judicial de la Universidad de Nevada y en la Universidad de Harvard, Estados Unidos. Miembro de varias organizaciones de Jueces, entre ellas Miembro y fundadora de la Asociación de Mujeres Jueces Argentinas. Disertante y participante en diversos foros nacionales e internacionales. Ha publicado las siguientes obras: "Posesión"; "Dominio y Usucapión"; "Propiedad horizontal y prehorizontalidad"; "Derechos de garantía"; "Privilegios y derecho de retención"; "Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial" (coautora); "Hipoteca: la especialidad en cuanto al crédito"; "Responsabilidad civil. Administradores, consorcios, consorcistas y vecinos" (en colab.); "Lineamientos de derechos reales"; "Hipoteca en moneda extranjera"; "Juicio hipotecario"; "La relación médico-paciente: el consentimiento informado" (coautora); "Nuevas formas de dominio" (en colab.); "Reformas al derecho privado. Ley 24.441" (coautora); "Mediación para resolver conflictos" (coautora); "Mediación y justicia" (coautora); "Resolución alternativa de disputas y sistema penal" (coautora); "Evaluación de la ley de mediación y conciliación después del

primer año de vigencia"; "Los jueces y la reforma judicial. Iniciativas judiciales para coadyuvar a la reforma judicial argentina" (colab.); "Justicia en cambio. Sociedad civil, abogados y jueces. Un nuevo proyecto para la administración de Justicia" (en colab.); "Código Procesal civil y comercial de la Nación" (Co-directora y coordinadora). Asimismo publicó alrededor de 150 trabajos de investigación, actualización y conclusiones personales.

LÓPEZ, Jaime: Abogado Defensor Penal Público de la Defensoría Penal Mapuche. Abogado, Facultad de Derecho Universidad de Chile. Profesor de la cátedra de Derecho Indígena de la Universidad Católica de Temuco. 1998-2003. Investigación: Terratenencia Mapuche. 1990. Publicaciones recientes - "Experiencia Chilena en la Defensa de Imputados Mapuches en el Sistema Acusatorio"; "La Aplicación de la Reforma Procesal Penal en la Región de la Araucanía". Becado del Programa para Visitantes Internacionales del Departamento de Estado de los Estados Unidos de Norteamérica. Conoce comunidades Navajo, Acoma, Paihute, Pima-Maricopa (2003). Pasantía en la California Western School of Law, San Diego, California, Estados Unidos de Norteamérica (2000).

LUBERTINO, María José: Presidenta del Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo (INADI); Abogada, (UCA), 1983 - Medalla de Oro; Diploma Superior en Maestría en Ciencias Sociales con especialización en Ciencia Política (FLACSO 1984/88) - Posgrado de Economía para no economistas (UBA), 1991; Diputada Nacional (2003); Constituyente por la Ciudad de Buenos Aires (1996); Es Profesora regular adjunta de "Derechos Humanos" en la Facultad de Derecho de la UBA desde 1997. Profesora en el Postgrado de Derecho de Familia de la Facultad de Derecho de la UBA, 1995 y 1998. Profesora asociada por concurso del CBC. de la UBA. a cargo de cátedra, desde 1993. Profesora adjunta por concurso en "Elementos de Derecho Civil" en la Facultad de Derecho de la UBA desde 1988. Ha realizado numerosas investigaciones. Ha participado en numerosas Jornadas, Encuentros, Seminarios y Congresos vinculados a la temática, en el país y en el extranjero. Trabaja activamente por la paridad entre mujeres y varones y contra toda discriminación. Presidenta (en licencia) de la "Asociación Ciudadana por los Derechos Humanos".

STALLING, Blanca: Directora General del Instituto de la Defensa Pública Penal y miembro del Consejo, designada por el Congreso de la República de Guatemala el 5 de agosto del año 2004. Integrante del Comité Ejecutivo de AIDEF en calidad de Coordinadora Regional para Centroamérica; es fundadora y coordinadora de la Red Centroamericana de Defensorías Públicas de Centro América, Panamá, República Dominicana y Veracruz (México); Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, Abogada y Notaria (Universidad de San Carlos de Guatemala); Maestría en Políticas Públicas (Universidad Rafael Landívar de Guatemala); Maestría en Derechos Humanos (Universidad Rafael Landívar); especialidad en Derechos Humanos (Universidad de San Carlos). Coordinadora Nacional del Proyecto Fortalecimiento del Instituto de la Defensa Pública Penal Defensorías Indígenas; fue Asesora del Despacho del Fiscal General de la República y Jefe del Ministerio Público, a cargo de la Coordinación Interinstitucional; fue Secretaria Específica del Ministerio Público, responsable del control, supervisión y apoyo a las Fiscalías de toda la República; fue Fiscal

Especial del Ministerio Público; fue Sub-directora General del Instituto de la Defensa Pública Penal. Ha participado en numerosos eventos nacionales e internacionales sobre temas de su especialidad. Miembro de la Instancia de Mujeres por la Justicia; Miembro de la Instancia Coordinadora de Modernización del Sector Justicia; Miembro de la Red de Apoyo al Sistema Penitenciario Guatemalteco. Es autora de publicaciones y trabajos relacionados con las áreas de Derechos Humanos y Políticas Públicas.

SE TERMINO DE IMPRIMIR EN LA 2da QUINCENA DE NOVIEMBRE DE 2008
EN LOS TALLERES GRAFICOS DE “LA LEY” S.A.E. e I. - BERNARDINO RIVADAVIA 130
AVELLANEDA - PROVINCIA DE BUENOS AIRES - REPUBLICA ARGENTINA