

REVISTA IIDH

INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS
INSTITUT INTERAMÉRICAIN DES DROITS DE L'HOMME
INSTITUTO INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS
INTER-AMERICAN INSTITUTE OF HUMAN RIGHTS

50

Julio - Diciembre 2009

 **Asdi**
AGENCIA SUECA
DE COOPERACION
INTERNACIONAL PARA
EL DESARROLLO


**Embajada Real de
Dinamarca**


REAL EMBAJADA DE NORUEGA

REVISTA
IIDH

Instituto Interamericano de Derechos Humanos
Institut Interaméricain des Droits de l'Homme
Instituto Interamericano de Direitos Humanos
Inter-American Institute of Human Rights

© 2009, IIDH. INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

Revista
341.481

Revista IIDH/Instituto Interamericano de Derechos
Humanos.-Nº1 (Enero/junio 1985)
-San José, C. R.: El Instituto, 1985-
v.; 23 cm.

Semestral

ISSN 1015-5074

I. Derechos humanos-Publicaciones periódicas

Las opiniones expuestas en los trabajos publicados en esta Revista son de exclusiva responsabilidad de sus autores y no corresponden necesariamente con las del IIDH o las de sus donantes.

Esta revista no puede ser reproducida en todo o en parte, salvo permiso escrito de los editores.

Coordinación editorial, corrección de estilo y diagramación: Marisol Molestina.

Portada y artes finales: Producción Editorial-Servicios Especiales del IIDH.

Impresión litográfica: Litografía Universal S.A.

La Revista IIDH acogerá artículos inéditos en el campo de las ciencias jurídicas y sociales, que hagan énfasis en la temática de los derechos humanos. Los artículos deberán dirigirse a: Editores Revista IIDH; Instituto Interamericano de Derechos Humanos; A. P. 10.081-1000 San José, Costa Rica.

Se solicita atender a las normas siguientes:

1. Se entregará un documento en formato digital que debe ser de 45 páginas, tamaño carta, escritos en Times New Roman 12, a espacio y medio.
2. Las citas deberán seguir el siguiente formato: apellidos y nombre del autor o compilador; título de la obra (en letra cursiva); volumen, tomo; editor; lugar y fecha de publicación; número de página citada. Para artículos de revistas: apellidos y nombre del autor, título del artículo (entre comillas); nombre de la revista (en letra cursiva); volumen, tomo; editor; lugar y fecha de publicación; número de página citada.
3. La bibliografía seguirá las normas citadas y estará ordenada alfabéticamente, según los apellidos de los autores.
4. Un resumen de una página tamaño carta, acompañará a todo trabajo sometido.
5. En una hoja aparte, el autor indicará los datos que permitan su fácil localización (Nº fax, telef., dirección postal y correo electrónico). Además incluirá un breve resumen de sus datos académicos y profesionales.
6. Se aceptarán para su consideración todos los textos, pero no habrá compromiso para su devolución ni a mantener correspondencia sobre los mismos.

La Revista IIDH es publicada semestralmente. El precio anual es de US \$35,00. El precio del número suelto es de US\$ 21,00. Estos precios incluyen el costo de envío por correo regular.

Todos los pagos deben de ser hechos en cheques de bancos norteamericanos o giros postales, a nombre del Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Residentes en Costa Rica pueden utilizar cheques locales en dólares. Se requiere el pago previo para cualquier envío.

Las instituciones académicas, interesadas en adquirir la Revista IIDH, mediante canje de sus propias publicaciones y aquellas personas o instituciones interesadas en suscribirse a la misma, favor dirigirse al Instituto Interamericano de Derechos Humanos, A. P. 10.081-1000 San José, Costa Rica, o al correo electrónico: s.especiales2@iidh.ed.cr.

Índice

Presentación	7
<i>Roberto Cuéllar M.</i>	

Mensajes de inauguración

<i>Del Director Ejecutivo del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Roberto Cuéllar M.</i>	13
<i>De la Presidenta del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Sonia Picado Sotela</i>	17
La profecía que no debemos arrojar al fuego.....	19
<i>Del Presidente de la República de Costa Rica, Óscar Arias Sánchez</i>	

Introducción al XXVII Curso

Acceso a la justicia con inclusión: un compromiso permanente	29
<i>Roberto Cuéllar M.</i>	

Ponencias seleccionadas

Integralidad de los derechos humanos. Exigibilidad de los derechos colectivos y acceso a la justicia de las personas en condición de pobreza	53
<i>Mónica Pinto</i>	
Pobreza, derechos humanos y políticas públicas: aspectos conceptuales y propuestas metodológicas.....	73
<i>Eitan Felner</i>	
Acceso a la justicia en el ámbito interamericano. Análisis crítico y perspectivas futuras	105
<i>Nelson Camilo Sánchez</i>	
Notas sobre acceso a la justicia y derechos sociales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos	131
<i>Óscar Parra Vera</i>	
Acceso a la justicia, Estado de Derecho y garantías institucionales.....	159
<i>Hernán Salgado Pesantes</i>	

Acceso a la justicia de las mujeres.....	173
<i>Line Bareiro y Marcela Zub Centeno</i>	
El acceso a la justicia de niños, niñas y jóvenes.....	191
<i>María de Jesús Conde</i>	
Atención integral a las víctimas de violaciones a los derechos humanos. Algunos apuntes desde la victimología.....	209
<i>David Lovatón Palacios</i>	
Experiencias de acceso a la justicia en América Latina.....	227
<i>David Lovatón Palacios</i>	
Educación en derechos humanos y acceso a la justicia: retos de las escuelas judiciales en capacitación para una justicia inclusiva.....	283
<i>Alfredo Chirino Sánchez</i>	
Reforma policial para la seguridad ciudadana con justicia, equidad y derechos humanos.....	311
<i>Francisco Javier Bautista Lara</i>	

Trabajos académicos

La Convención sobre los Derechos del Niño: el cambio de paradigma y el acceso a la justicia	351
<i>Shirley Campos García</i>	
Estado, globalización y derechos indígenas: una mirada a la situación de los pueblos indígenas en México	379
<i>Leopoldo Francisco Maldonado Gutiérrez</i>	

Presentación

El Instituto Interamericano de Derechos Humanos se complace en presentar el número 50 de su Revista IIDH, correspondiente al segundo semestre de 2009. En la presente edición de esta revista académica se recogen algunos de los mensajes y ponencias ofrecidas en el marco del *XXVII Curso Interdisciplinario en Derechos Humanos. Acceso a la justicia e inclusión*, así como dos de los trabajos presentados por participantes que optaron por obtener el certificado académico.

El trabajo de promoción y educación en derechos humanos que realiza el IIDH dirigido a los más variados sectores sociales, profesionales y políticos, encuentra su expresión paradigmática en el Curso Interdisciplinario en Derechos Humanos que se lleva a cabo anualmente. Entre más de 3200 ex alumnos y ex alumnas se cuenta buena parte de los y las líderes y activistas de derechos humanos en el Continente.

Desde su creación en 1983, el Curso constituye una ocasión única para que sectores muy variados, a menudo con posiciones divergentes, se encuentren y dialoguen sobre sus concordancias y diferencias, en un plan académico basado en los principios de tolerancia y respeto. Es así como personas funcionarias de las ONG y de las instancias gubernamentales de todos los países del Continente, integrantes de distintas iglesias, docentes, investigadores, estudiantes, periodistas, policías, militares, activistas, jueces, legisladores y profesionales de variadas disciplinas reciben conferencias de reconocidos especialistas internacionales, pero también encuentran espacios para intercambiar información y opiniones, generar conocimientos, plantear proyectos o definir propósitos comunes.

Por otro lado, el Curso ha tenido la capacidad de readecuarse, en su temática y metodología, a las necesidades y retos que la cambiante realidad latinoamericana presenta para los diversos sectores, convirtiéndose de ese modo en un espacio académico de vanguardia en la capacitación en derechos humanos, a través de una afortunada combinación de permanencia e innovación.

A partir de 2000 el número de la revista correspondiente al segundo semestre de cada año recoge los materiales producto de este Curso, adquiriendo un carácter monográfico; lo hace desde que la dirección del IIDH dio inicio a una estrategia centrada en el enfoque en tres grupos de derechos: participación política, acceso a la justicia y educación en derechos humanos; a su vez analizados mediante tres ejes transversales: equidad de género, diversidad étnica y participación de la sociedad civil. Más adelante se agregaría otro grupo de derechos: los económicos, sociales y culturales; así como la preocupación que atiende hoy la estrategia institucional: la realización de los derechos humanos vista desde la perspectiva de la extrema pobreza y desigualdad.

Esta edición de la Revista incluye al inicio los mensajes de inauguración del XXVII Curso Interdisciplinario, a cargo del Presidente de la República de Costa Rica, Óscar Arias Sánchez, de la Presidenta del IIDH, Sonia Picado Sotela, y de mi persona, como Director Ejecutivo de este Instituto Interamericano. A ellos sigue un artículo de introducción a la temática, preparado por quien suscribe como primera lección del Curso, y una amplia sección que recoge, en el orden de presentación, algunas de las ponencias centrales que formaron parte del bagaje académico del XXVII Curso. Se incluye el texto de las ponencias de expertos y expertas tales como Mónica Pinto (Argentina), Hernán Salgado Pesantes (Ecuador) y Line Bareiro (Paraguay), integrantes de la Asamblea General del IIDH, así como de Eitan Felner (Argentino), Nelson Camilo Sánchez (Colombia), Óscar Parra (Colombia), María de Jesús Conde (España), David Lobatón (Perú), Alfredo Chirino (Costa Rica) y Francisco Javier Bautista Lara (Nicaragua). La edición cierra con dos de los trabajos académicos, presentados por Shirley Campos García (Costa Rica) y Leopoldo Francisco Maldonado Gutiérrez (México) para obtener el certificado académico correspondiente.

Los estudios del Curso XXVII los enfocamos en concreto a la cuestión del acceso a la justicia desde la realidad del derecho de los pobres y de las comunidades en extrema pobreza, como herramientas para la reclamación y el cambio de políticas públicas. Así, se trató

de explicitar el concepto histórico de los derechos humanos desde la visión de la justicia distributiva. Es decir, plantear con precisión teórica qué parte de la lucha por los derechos humanos está controlado en el empeño por la implantación de criterios de justicia universalmente válidos para reparar el daño material y moral a la dignidad humana de las personas y comunidades en extrema pobreza. ¿Cuáles son las implicaciones de la desigualdad estructural y la idea del derecho/justicia desde los derechos humanos de los pobres? En este sentido, la práctica motivadora y creativa del Curso XXVII, como lo indican los trabajos y conferencias de la Revista 50 del IIDH, fue llevada hacia el examen de las condiciones y requerimientos, y a la modificación de políticas públicas para acceder a la justicia desde la injusta dimensión de la pobreza crítica en la región, que afecta a más de 200 millones de seres humanos. La Revista 50 marca esa “ruta por construir en el sistema interamericano” que el IIDH avizoró desde 2006. La pobreza es causa de violaciones a los derechos humanos e interpela el doble enfoque del discurso contaminado de mucha hipocresía y de la retórica con la que soslaya la falta de responsabilidad en el cumplimiento de derechos fundamentales. Finalmente, esta Revista 50 del IIDH contiene una interpelación a la ciencia del derecho por insuficiente y a la praxis política por sospecha de fomentar el modelo excluyente y agravado al daño que hace al derecho de todos y todas, al perpetuar la desigualdad social y no lograr revertir ni siquiera la extrema pobreza en detrimento de los derechos humanos.

Agradecemos a las autoras y autores por sus interesantes aportes y perspectivas; dejamos abierta la invitación a todas aquellas personas que deseen enviar sus trabajos a la consideración del Comité Editorial de la Revista IIDH. Aprovechamos la oportunidad para agradecer, asimismo, a las agencias internacionales de cooperación, agencias del sistema de Naciones Unidas, agencias y organismos de la Organización de Estados Americanos, universidades y centros académicos, sin cuyos aportes y contribuciones la labor del IIDH no sería posible.

Roberto Cuéllar M.
Director Ejecutivo, IIDH

Mensajes de inauguración

Mensaje de inauguración del Director Ejecutivo del Instituto Interamericano de Derechos Humanos

Roberto Cuéllar M.

En esta sesión inaugural del Curso XXVII del IIDH, nuestros sentimientos se dirigen al noble pueblo hondureño, tan duramente puesto a prueba por la tensión y por el miedo. Ante el H. Sr. Presidente D. Óscar Arias Sánchez quien, por séptima ocasión, nos hace el inmenso honor de inaugurar estas lecciones sobre derechos humanos en las Américas, reafirmo nuestro compromiso y solidaridad moral con tan querido y hermano pueblo. Tenemos fe que Honduras encontrará la senda del bien común y del entendimiento en la unidad de la nación para sobreponerse del golpe artero contra su democracia, que tanto les ha costado preservar.

En todas las regiones de América se sabe que este curso interdisciplinario del IIDH es el símbolo de una larga tradición de constante atención a los progresos en derechos humanos, y de profunda reflexión sobre los problemas más agudos de nuestros países latinos y caribeños de América.

El tema enfocado del derecho de acceso a la justicia y a la equidad es urgente y actual en la realidad política y social de la democracia de hoy. Son las garantías judiciales para la supervivencia del sistema de libertades públicas lo que estudiaremos, mediante una confrontación objetiva y equilibrada de vivencias y de opiniones provenientes de 25 países de la región.

Pobreza y desigualdad: desafíos de la justicia

Hoy se multiplican las razones que nos imponen prestar una atención muy especial a los retos de la justicia en esta región del mundo. La creciente importancia de los vínculos que unen a América Latina y el Caribe, evidenciada aún más por los esfuerzos muy singulares de integración que cuentan con formas de atención judicial

y de solución a las controversias; la defensa de los derechos humanos, renovada en esta época de aniversarios de creación de la Comisión, hace 50 años en Santiago de Chile, y de la Corte, que fue instalada en Costa Rica hace 30 años, y el riesgo de que los conflictos sociales –y, aún más inminente, la aguda condición inhumana de miseria y de extrema pobreza–, causen una peligrosa carga sobre los frágiles equilibrios en las relaciones políticas y democráticas, son razones más que de peso, muy sentidas, para hacer un balance de la justicia desde la perspectiva de la equidad en la región.

En una América interconectada y siempre más interdependiente, ningún acontecimiento político, ninguna tendencia de desarrollo humano, ningún estado de tensión o de crisis, puede dejarnos indiferentes ante la realidad de los derechos humanos.

En el mundo de hoy, el interés apasionado por la justicia se expresa aún más ante los desafíos de realización de los derechos humanos desde la dimensión de la pobreza. Así, el Curso XXVII profundizará en una interrelación fecunda entre la justicia local y los órganos del sistema interamericano, que están prestos a actuar justamente por la convicción moral de reconocer los derechos de las personas y de las comunidades en pobreza, para mayor solidaridad humana y prosperidad de la democracia.

Rápidamente llegamos al final de esta acelerada primera década del siglo XXI, marcados por el cambio de milenio, y desde el inicio nos percatamos que todos somos vulnerables y que el Primer Mundo no está fuera del peligro. El 11-S le dio mayor relevancia en 2001 al estado de ansiedad e incertidumbre con que vivimos esta etapa de la humanidad: la desconfianza.

Desde una perspectiva más optimista, vale decir que hemos construido un sistema en que las condiciones de vida son mejores que en ningún momento de la historia, pero las desigualdades y los desafíos son enormes pues avanzamos en medio de enjambres de inseguridades y de la acumulación del desarrollo que genera grave riesgo social.

Esta comunidad de pensamiento del Curso XXVII, articulada en torno a los derechos humanos y en el sistema interamericano, responde a una voluntad de preservar los valores democráticos mediante “la ardua lucha por la libertad”, como nos decía John Stuart Mill, en su ensayo “Sobre la libertad”. Nos cuesta y lo hacemos a empellones y con arrebatos; en medio de avances y retrocesos; y nos cuesta hacerlo con absoluto respeto a las variadas identidades nacionales y a nuestras ricas diversidades indígenas y afro culturales.

Debemos pues, escudriñar las tendencias de nuestra América y abordar sin miedo los asuntos de la igualdad por medio de la justicia. Por lo que este Curso XXVII, dedicado a reforzar las vías del derecho de acceso a la justicia desde la dimensión de la pobreza, tratará varios aspectos centrales: educación, reforma, políticas sociales y judiciales, la policía y su rol social. Temas y políticas de proximidad para la ciudadanía, como la realización de los derechos humanos, son los que nos procuran un mejor futuro como personas y como colectividades humanas.

Justicia y educación en derechos: cultura propia

Los derechos humanos son un poder moral innegable, pero requieren de funcionalidad y de apropiación entre nuestros pueblos. Son un proceso de diálogo permanente sobre el humanismo porque conectan a la ciudadanía con los problemas de la realidad. Los derechos humanos animan el debate de ideas, pero deben concretarse en planes reales de convivencia. Uno de los problemas de la transición democrática –y por cierto, del apego a la justicia– radica en que muy poco se ha vinculado a las instituciones generadoras de cultura, y por tanto no se ha convertido en un hecho educativo contundente.

El acceso a la justicia no se trata solo desde el plano jurídico ni legal, sino que su desafío está también en el eje cultural y educativo, desde la primera edad escolar. Exige para su apropiación un rango educativo que le asegure convertirse en cultura política. En consecuencia, la justicia no se agota en las instituciones ni solo en la normatividad. La justicia es, a la vez, cultura de legalidad y juridicidad, también un esquema pedagógico de valores y actitudes insertos en el currículo

educativo nacional para dar práctica al ejercicio de derechos humanos en la historia de cada pueblo y en sus escuelas, en sus tradiciones y en los valores particulares.

Es evidente pues, que siempre hay que revisar nuestros sistemas de administración de justicia, y ahora lo hacemos desde la dimensión de la pobreza que problematiza los derechos humanos.

El Presidente Lula Da Silva no se cansa de repetir que, a lo largo de su carrera política, aprendió una lección básica: “para ser eficientes no basta con tener razón ni con que la justicia esté de nuestro lado. Nadie habla en nombre de los pobres y los vulnerables si ellos no se unen previamente entre sí. Para hablar con energía, para dialogar, pero desde una posición de firme convicción respaldada por nuestro peso político”. Así lo afirmó en la reciente cumbre en Ekaterimburgo.

Esa es una tarea educativa y de aporte a la justicia que el IIDH cumplirá con máximo rigor científico y moral en su misión de indagar cómo la democracia y la justicia respaldan la conciencia y la dignidad de los derechos de los pobres como derechos humanos de hoy. Estoy convencido de que el mensaje presidencial de Lula Da Silva y del Premio Nóbel de la Paz, Óscar Arias, refuerza nuestra convicción de mantener la fe y la esperanza para que “la voz de los sin voz” sea un derecho humano y que en justicia, sea escuchada en las Américas.

Mensaje de inauguración de la Presidenta del Instituto Interamericano de Derechos Humanos

Sonia Picado Sotela

En primer término, quiero decirle a nuestros alumnos de este, el Curso XXVII del IIDH, que recibirlos es siempre motivo de orgullo, de alegría y esperanza porque aquí están los mejores alumnos, escogidos con rigor académico, escogidos de una amplísima lista de solicitudes, y nuestra meta es que todos ustedes queden comprometidos con la causa de los derechos humanos, convirtiéndose en sus abanderados.

Hoy, sin embargo no me nace hacer un discurso formal de bienvenida. Como americana y aún más, como centroamericana, me siento triste y angustiada por los sucesos que están ocurriendo en la hermana República de Honduras. Hoy inaugura este curso el Dr. Óscar Arias Sánchez, quien obtuvo el Premio Nóbel precisamente por su lucha en pro de la paz en Centroamérica.

Usted don Óscar, es testigo del compromiso de este Instituto y del mío personal, por apoyar la causa que tan valientemente lideró.

Vino luego un momento de gran esperanza, de ilusión por una patria grande unida en prosperidad. Se celebraron elecciones en todos los países, y aún cuando las elecciones no construyen por sí solas la democracia, son ciertamente un indispensable punto de partida para construirla.

El fenómeno impregnó todos nuestros países y la Declaración de Santiago por la Democracia en junio de 1991 se firmó cuando por primera vez en la historia todos los países de América tenían gobiernos democráticamente electos. En septiembre de ese mismo año, un golpe de Estado en Haití expulsó al Presidente Aristide. Restaurarlo fue un largo proceso de exhaustivas negociaciones, lideradas por ese gran estadista colombiano Augusto Ramírez Ocampo y dentro del marco de la OEA.

El 11 de septiembre del 2001, una hora después del ataque a las Torres Gemelas de Nueva York, se firmó en Lima la Carta Democrática, un instrumento que debe ponerse en práctica para evitar la permanente tragedia de las dictaduras en nuestra América.

Lo felicito señor Presidente por su digna actitud al recibir al Presidente Zelaya y seguir luchando porque se restablezca la democracia en el hermano país.

Participantes, más que una bienvenida académica, quiero hablarles desde mi corazón que siente el dolor de ver de nuevo hermanos centroamericanos peleando en las calles, además de divisiones políticas y agresiones absurdas entre nuestros países. Este panorama me indigna y como bien dice Unamuno, la indignación es un derecho y una virtud en sí misma.

Nunca debemos perder la esperanza, nunca. Soy luchadora incansable y tengo fe en que nuestros pueblos, una vez más, encontraremos juntos una salida democrática y justa. No puedo imaginar que retrocedamos a guerras fratricidas y al dominio de las castas militares. Nuestra América merece más que eso y vamos a seguir luchando por los ideales plasmados en la Carta Democrática y en los ideales de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Este Curso lleva el título de “acceso a la justicia e inclusión”. Mientras los más desposeídos no encuentren quien los escuche, mientras la impunidad de los violadores de derechos humanos permanezca, no habrá democracia posible, ni paz en nuestros pueblos. Permítanme terminar con un mensaje de fe. 96 participantes están hoy aquí, 96 ciudadanos de nuestra América han venido porque creen que es posible lograr la justicia y vencer la impunidad. Este es el mejor mensaje de fe que podemos recibir en una hora triste y amarga. Por ello, su presencia, al igual que la suya señor Presidente, reivindica nuestro trabajo y hace surgir lo mejor de nuestro esfuerzo. Gracias a ustedes participantes por traernos esperanza, gracias por creer en esta lucha siempre permanente de los derechos humanos. Mi homenaje y mi cariño para ustedes.

La profecía que no debemos arrojar al fuego

Mensaje inaugural del Presidente de la República de Costa Rica, Óscar Arias Sánchez

Amigas y amigos:

La historiografía romana narra la existencia de una profetisa ancestral a quien el dios Apolo concedió, entre todos los oráculos, una facultad superior en las artes adivinatorias. La Sibila de Cumas conjuraba sus predicciones desde una gruta en un risco en la región de Campania, y era tal la precisión de sus profecías que muchos le atribuían las dotes de una deidad. Cuentan que en una ocasión, aquella sibila se presentó ante el rey Tarquino de Roma y le ofreció nueve libros proféticos a cambio de una suma de dinero. Tarquino se negó, pensando en conseguir un mejor precio, y no dispuesta a regateos, la sibila arrojó tres de los libros al fuego. Le ofreció entonces a Tarquino comprar los seis libros restantes al mismo precio. El monarca reiteró su negativa y la sibila quemó otros tres libros. Al final, el rey accedió a comprar los últimos tres libros al precio de nueve, impulsado por la curiosidad y por el temor a que se perdieran todos. Aquellas obras fueron guardadas con celo durante siglos, y se consultaban en las horas más cruciales del pueblo romano. Múltiples glorias se atribuyeron a sus vaticinios, y muchas desgracias al desconocimiento de las predicciones que fueron destruidas en el fuego. Por su terquedad y su ceguera, aquel rey pasó a la historia como Tarquino el Soberbio.

Traigo a la memoria esta anécdota legendaria hoy que la convulsa situación hondureña sacude las raíces de nuestro sistema interamericano y nos obliga a examinar con sinceridad nuestra propia actuación en los hechos que llevaron a este golpe de Estado. Muchos líderes de la región, entre los cuales respetuosamente me incluyo, hemos venido señalando durante años los persistentes vicios latinoamericanos que este golpe puso en evidencia. No se requiere del generoso favor de Apolo para advertir que hay, cuando menos,

tres predicciones desdeñadas en este proceso: la de las instituciones democráticas, la del militarismo y la de las finanzas públicas. Esto es, que nuestras democracias corrían el riesgo de volver al pasado si no consolidaban sus frágiles instituciones; que esa fragilidad se volvía más vulnerable ante el militarismo de la región, en donde durante décadas hemos gestado una peligrosa combinación de ejércitos fuertes con democracias débiles, y por último, que el progreso democrático necesario sería altamente improbable sin un profundo replanteamiento de la forma en que recaudamos, e invertimos, los recursos públicos en nuestros territorios.

Empecemos por la democracia. Y empecemos por decir que la democracia es algo más que el artículo primero de nuestras constituciones políticas. Es, sobre todo, un delicado tejido de instituciones y reglas claras, que se decanta a través de reformas constantes. El abandono latinoamericano del cepo dictatorial, el gran logro de fin de siglo en nuestro continente, fue tan sólo el inicio de un arduo proceso de consolidación institucional que aún se encuentra en etapa gestatoria. No me cansaré de repetir que nuestros sistemas políticos son endebles, y que lo seguirán siendo en la medida en que nos rehusamos a reconocer sus imperfecciones. El hecho de haber depuesto a los dictadores del pasado no nos convirtió, *per se*, en democracias maduras. Esas “grandes ligas” se encuentran lejos todavía. Si Latinoamérica desea ingresar en el Salón de la Fama de la democracia debe hacer más méritos que celebrar elecciones periódicas y suscribir la Carta Democrática de la Organización de los Estados Americanos.

Debe empezar, entre otras cosas, por buscar vías para fortalecer sus partidos políticos, que en muchos países constituyen agrupaciones sin identidad clara, con la única agenda aparente de acceder al poder. Debe robustecer sus sistemas judiciales y conferirles la independencia que garantice la aplicación efectiva de la ley, y la pronta resolución de los conflictos civiles. Debe reformar sus mecanismos de rendición de cuentas y transparencia, haciendo que sus representantes sean verdaderamente responsables por sus acciones cuando se alejan del mandato popular. Debe vigorizar sus oficinas de *ombudsman* y

otorgarles poderes reales de defensa de la ciudadanía. Debe oxigenar las finanzas públicas, incrementando la recaudación y la carga impositiva. Debe acercar la función pública a la población a través de la descentralización, la digitalización gubernamental y las contralorías de servicios. Debe establecer reglas precisas para el financiamiento de los procesos electorales. Debe garantizar el acceso equitativo y sin discriminaciones de los habitantes a los servicios públicos. Debe buscar los mecanismos necesarios para asegurar que cualquier persona, o conjunto de personas, tenga verdaderas posibilidades de aspirar a un cargo público, permitiendo la realización de una de las principales promesas de la democracia: que las minorías pueden llegar a influenciar a las mayorías. Debe defender la existencia y proliferación de una prensa libre e independiente, que ejerza sobre el poder un control responsable. Debe diseñar sistemas de evaluación de las políticas públicas que aquilaten los resultados de la acción estatal. Debe canalizar la participación ciudadana para que complemente, y no sustituya, el sistema representativo. Debe afinar la capacitación y el reclutamiento de los funcionarios públicos. Debe establecer las vías de interacción entre el Estado y el mercado, permitiendo una regulación que garantice la competencia y proteja los derechos fundamentales de los ciudadanos. Y, sobre todo, debe luchar sin descanso por lograr un nivel aceptable de desarrollo humano en sus poblaciones. Porque si nuestros habitantes carecen de una buena calidad de vida, las reformas mencionadas serán delicadezas frente a preocupaciones tan inmediatas como la alimentación, la vivienda, la salud, la educación o la seguridad ciudadana.

Todas estas cosas, y muchas más, otorgan contenido a la democracia. Sin ellas, nuestros sistemas son un débil cascarón. En la medida en que fallemos en entender que las instituciones importan, más allá del capricho ocasional de algunos o la conveniencia pasajera de otros; en la medida en que fallemos en regir nuestras vidas por un juego de reglas efectivo e imparcial, la promesa democrática se nos escapará de las manos. La maravillosa posibilidad que hace dos siglos esbozó John Adams, la de labrar “un gobierno por las leyes y no por los hombres”, demanda un compromiso de vigilancia ineludible bajo pena de perder

todo lo bueno que durante años hemos construido. Esa es una profecía que no debemos arrojar al fuego.

Como tampoco debemos despreciar la advertencia sobre el creciente militarismo en la región. El golpe de Estado perpetrado el 28 de junio en Tegucigalpa puso en evidencia el inmenso riesgo de contar con autoridades militares poderosas ahí donde las autoridades civiles son débiles. En la medida en que este fenómeno se siga perpetrando en Latinoamérica, existe la amenaza latente de uno de los peores vicios del autoritarismo: la sucesión en el poder a través de la fuerza. Poca o mucha fuerza. Aprobada por la mayoría o por unos cuantos.

Tan solo este año los gobiernos latinoamericanos destinarán para sus ejércitos casi 50 mil millones de dólares, 91% más que hace cinco años, y una cifra descabellada para una región en la que alrededor de 200 millones de personas viven con menos de dos dólares diarios, y ningún país, con excepción de Colombia, experimenta actualmente un conflicto armado. Insistiré sin descanso en que lo peor que nos puede pasar ahora es embrollarnos en una carrera armamentista solapada, que acabe por dilapidar los pocos recursos que nos quedan. Más helicópteros artillados, más aviones de combate, más cohetes y más soldados no traerán un solo mendrugo de pan para nuestras familias, ni un solo pupitre para nuestras escuelas, ni una sola medicina para nuestras clínicas. Por el contrario, tan sólo servirán para desestabilizar a una región que sigue viendo a las fuerzas armadas como el árbitro último de los conflictos sociales.

Es por eso que este Gobierno ha dado a conocer el Consenso de Costa Rica, una iniciativa mediante la cual se crean mecanismos para perdonar deudas y apoyar con recursos financieros internacionales a los países en vías de desarrollo, pobres o de renta media, que inviertan cada vez más en protección del medio ambiente, educación, salud y vivienda para sus pueblos, y cada vez menos en armas y soldados. Les aseguro que esta iniciativa hará más por defender los derechos humanos y la prevalencia de la democracia en la región que muchos de los acuerdos y declaraciones que en este Curso se estudian.

La tercera predicción que debemos rescatar del fuego es la que nos advierte que la profundización de la democracia en la región estará condenada, mientras las finanzas públicas continúen en su estado actual de precariedad. No es casualidad que el Estado hondureño haya sido incapaz de lidiar con una crisis política interna mediante una institucionalidad que se financia con el 17% del Producto Interno Bruto, mientras un país como Dinamarca cuenta con un 49% del PIB para mantener su Estado de Bienestar. He dicho que consolidar las instituciones democráticas es difícil. También es caro. Pero la alternativa es mucho más onerosa. Quizás los empresarios latinoamericanos que se muestran tan reticentes a pagar impuestos harían bien en dialogar con los empresarios hondureños, que actualmente enfrentan pérdidas millonarias como consecuencia de la situación que enfrenta ese país. Tal vez comprenderían que el precio que se paga, en tributos, por la estabilidad económica, jurídica y política constituye una inversión que simplemente no pueden dejar de realizar.

Estoy consciente de que éste es un momento inoportuno para hablar de impuestos en la región. La devastadora crisis económica internacional en la que actualmente nos encontramos sumidos ha puesto en pausa las discusiones sobre reforma tributaria en prácticamente todos los países del mundo. Antes bien, muchas naciones discuten sobre reducciones temporales de tributos y algunas ya las han aplicado. Éste es un perjuicio que, como he dicho repetidas veces, el presupuesto público costarricense no puede sufrir, al menos no sin lesionar el gasto social que hasta ahora hemos logrado mantener. Sin embargo, será la responsabilidad ineludible de ustedes, y de todo el sistema interamericano, presionar por este tema en el momento en que la economía de la región empiece a respirar con mayor holgura.

Les he mencionado tres predicciones recurrentes de la política latinoamericana, tres advertencias que los gobiernos de la región han despreciado con insistencia a lo largo de las dos últimas décadas. Sin embargo, esta noche quiero señalarles un nuevo vaticinio, uno que probablemente ocupe a este sistema y a este Instituto Interamericano de Derechos Humanos en las décadas por venir: cualquier vulneración

a la democracia y a los derechos humanos que ocurra en lo sucesivo, vendrá siempre arrojada con atuendos de legitimidad. Para bien o para mal, el discurso democrático es la lengua en la que se comunican actualmente las naciones de América Latina. Las épocas en que los dictadores de la región aplicaban sin cesar la consigna de “a mis amigos, todo; a mis enemigos, la ley”, han quedado atrás. Ningún líder, ni ningún régimen, puede soportar la presión y las sanciones que conllevaría un reconocimiento expreso de vulnerar el orden constitucional o los tratados internacionales. Así es que no busquen ni esperen ese reconocimiento.

Los mecanismos democráticos han evolucionado en los últimos veinte años, ¿por qué no habrían de hacerlo, también, los mecanismos antidemocráticos? Si este Curso va a abonar en ustedes la semilla de la duda sana, si va a depositar sobre sus frentes la llama de la razón que investiga los hechos y no las palabras, entonces no busquen en el cielo los fuegos artificiales ni el letrero luminoso que indica el lugar, y la forma, en que se cometen actos contrarios a los derechos humanos y a la Carta Democrática de la OEA. Antes bien, sean ustedes los portadores de esa luz, iluminen con ella las circunstancias irregulares antes de que sea demasiado tarde.

Durante el siglo XXI será crucial que este Instituto, y la OEA en general, aprenda a señalar las trampas que subyacen a una apariencia de legalidad. De lo contrario, el sistema interamericano llegará siempre quince minutos tarde para proteger las libertades individuales y las instituciones democráticas de la región. Más que las reuniones cordiales de Jefes de Estado y de Gobierno, más que las floridas declaraciones que en esas reuniones se puedan firmar, más que los congresos y simposios de sede en sede, de lugar en lugar; será nuestra capacidad para intervenir oportunamente en resguardo de la democracia y de la libertad la que justificará la existencia y permanencia de este sistema. Y para ello se requiere agudeza, pero sobre todo se requiere coraje. Tener los ojos abiertos no servirá de nada si no abrimos también la boca. Porque de todos los males en que un demócrata puede incurrir, probablemente ninguno sea más vil que el de guardar silencio cuando se debe hablar sin temor con la verdad. Por eso, quien quiera salir a

luchar por esta América asediada por la hipocresía y la ignorancia, deberá enseñarse a sí mismo, como dijo alguna vez William Faulkner, “que lo más despreciable de todo es tener miedo”.

Amigas y amigos:

Este Curso alcanza su vigésima séptima edición en medio de un aire impregnado del olor del pasado. Sirva este encuentro para recordar que la historia, dejada a su suerte, a veces deambula por caminos ya transitados. Es nuestra responsabilidad tomarla de los brazos, llevarla hacia delante, empujarla si es preciso, mostrarle la senda hacia el lugar en que la esperan los hijos no nacidos de esta estirpe humana, que sigue albergando esperanza a pesar de los fracasos.

Esta noche quiero reafirmarles mi fe, mi inquebrantable fe, en que es posible revertir las aguas de nuestras naciones, aunque en ocasiones parezcan dirigirse hacia el acantilado final de la libertad. No importa cuántos errores hayamos cometido en el pasado o en el presente, aún en el último peñasco de la razón podemos tirar las amarras. Armados de valor, podemos rescatar de las brasas los libros que presagian un futuro mejor para nuestros pueblos. Sólo así, la obra de los derechos humanos, esta obra inconclusa pero magistral, no será consumida por el fuego.

Muchas gracias.

Introducción al XXVII Curso

Acceso a la justicia con inclusión: un compromiso permanente

Roberto Cuéllar M.

Esta primera década del siglo XXI, que hemos vivido, trajo cambios radicales e imprevisibles en la sociedad mundial y en nuestra América. Algunos nos han dejado perplejos porque la inminencia e incertidumbre con la que se ciernen y la complejidad que nos dejan son características de esta época. La dinámica mundialista se ha gestado por procesos como la globalización e integración, así como por acontecimientos y hechos que se imponen en todos los espacios sociales y políticos, económicos y religiosos, jurídicos y de derechos humanos, culturales y hasta financieros. En América Latina y el Caribe, las elecciones han sido un proceso acumulado y prolífico de consultas y decisiones populares. Con una velocidad vertiginosa, las repetidas jornadas comiciales han puesto una cuota de transformación y de cambios que influyen en la nueva constitucionalidad y hasta en el tipo de inserción internacional.

En concreto, se trata de un cambio de perspectiva que afecta a los valores para la comprensión cabal del desarrollo humano. Desde esta forma de ver la dinámica de la región en medio del entramado mundial, el primer reto es evitar que tal enfoque y comprensión de la visión regional no se haga con trazo único, ni verla solo desde la esfera de la política. Para entender la regionalización es necesario comprenderla. Ocurre cuando se ha abierto un nuevo “momento social”, que confronta al “Consenso de Washington” por las recetas de bienestar que dieron resultados negativos para aquel “momento de la recuperación democrática”, en la reducción de la pobreza y la desigualdad que aún prevalecen en nuestras sociedades.

No mirar este proceso desde lo social y desde el plano humano dificulta hacerle frente a los desafíos de la dimensión política de la gobernabilidad y a los enormes retos de la dimensión de la pobreza, que es la centralidad del enfoque estratégico del IIDH, hoy desde la perspectiva de los derechos humanos y de la democracia.

1. Retos de la dimensión política de la gobernabilidad y de la pobreza

- El primer reto es el desarrollo.

Unos dicen que hay que repensarlo a raíz de los cambios multi-dimensionales; otros que hay que tratarlo desde su complejidad económica, y varios lo enfocan como el proceso dinámico y estratégico para que su fundamento y eficacia generadora responda a las realidades.

- Un segundo reto es la gobernabilidad democrática.

Hemos sido testigos de un cambio sin precedentes a partir de la recuperación de la democracia. Para algunos el reto es la transición; para otros es el desarrollo institucional y el aprendizaje democrático, y otros miran hacia el perfeccionamiento de las formalidades. La paradoja es que a pesar de los logros incuestionables, el sistema político está siendo muy cuestionado y hay estilos muy diferentes de gobernabilidad dentro de los márgenes de la democracia. Los retos son enormes no solo por la vía electoral, sino por la demanda de comunidades organizadas y desesperadas por los magros resultados en derechos humanos y sociales de la gente.

- El tercer reto es la brecha entre la inmensa riqueza y la extrema pobreza, que es la punta de lanza de la exclusión social y de la concentración económica.

Esta brecha persiste, no se ha modificado. Causa incertidumbre y problemas de gobernabilidad. Es un trauma social acumulativo y patológico. Las políticas se hacen desde la perspectiva económica y de apoyo social, y no son basadas en el desarrollo ni en los derechos humanos de la gente. La competencia y el consumo desenfrenado son dos de las causas muy graves de exclusión brutal de comunidades enteras: 476 multimillonarios del mundo concentran el ingreso sumado de la mitad más pobre de la tierra, equivalente a 2.8 billones de seres humanos. En América Latina y el Caribe sufrimos la mayor brecha; en amplias regiones solo es superada por zonas del continente africano.

2. Precisiones iniciales con respecto a la justicia

- Justicia como valor, como realidad y como exigencia legítima de la ciudadanía.

La pobreza extrema es violación a los derechos humanos aunada a la inseguridad y el miedo, que son los más graves problemas de la región. Por ello, hablar de justicia, Estado de Derecho y derechos humanos no es un debate solo de foros doctrinarios y filosóficos. El examen y el debate deben ir a la plataforma política para interpretar y traducir la justicia como valor, como realidad y como exigencia legítima de la ciudadanía. Esa dimensión más realista se concreta en lo que conocemos como **acceso a la justicia**, que es un derecho humano para la ciudadanía y es garantía de la democracia y de derechos que se ha establecido en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y en el sistema interamericano de protección de derechos humanos.

- Justicia y Estado de Derecho.

El binomio justicia-Estado de Derecho no es casual; son valores intrínsecos y elementos indisolubles. La justicia es el valor que se conecta directamente con la realización de todos los derechos humanos y con la garantía de los mismos valores humanos, que es obligación de exigibilidad preservada por un marco institucional que se materializa estructuralmente en los principios de independencia, autonomía y legalidad de los actos del Estado¹.

- Justicia como proyecto de vida digna.

Que todas las personas tengan un proyecto de vida digna es de justicia. Tener garantizado el acceso a la educación, salud y vivienda es propio de una sociedad justa. Que se respeten los derechos humanos a todos los habitantes, sin discriminaciones, es legalidad y justicia. Tener oportunidades de “acciones afirmativas” para las personas que forman comunidades indígenas y afrodescendientes, y otras colectividades

¹ Ver: Nikken, Pedro, “La garantía internacional de los derechos humanos”, en: *Colección de Estudios Jurídicos* No. 78. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, Venezuela, 2006, pág. 30.

humanas en condición de sus derechos específicos como los de las mujeres, es quizás, la máxima expresión equitativa de la justicia.

3. El IIDH y el acceso a la justicia

- Eje temático transversal, enfoque y orientación de trabajo.

Desde la creación y entrada en funcionamiento del IIDH, el acceso a la justicia –así, a secas– no solo ha sido un eje temático transversal, sino que ha sido un tema presente en casi todos los cursos interdisciplinarios de derechos humanos. Este año no es la excepción y, por el contrario, es el tema. Es el tema, pero más importante aún, es el enfoque y orientación de este XXVII Curso Interdisciplinario, tanto desde el título mismo invocando una justicia equitativa e inclusiva, como por las conferencias y sus contenidos, las cuales han sido asignadas a personas expertas comprometidas y sensibilizadas con esos temas y enfoques.

La actual gestión del IIDH, a partir del monitoreo de la situación regional, ha identificado cuatro ejes temáticos que responden a derechos o grupos de derechos cuya atención es especialmente urgente. Esos ejes son: justicia y seguridad, participación política, educación en derechos humanos y vigencia efectiva de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC); considerando tres ejes transversales, a saber, equidad de género, diversidad étnica y participación de la sociedad civil.

En el ámbito de la justicia preocupa especialmente el tema del acceso, y por ello la actual gestión del IIDH realizó, como una de sus primeras acciones en 2000, una investigación sobre esta materia en siete países de la región y dedicó la décima octava edición del Curso Interdisciplinario a su estudio y análisis con el fin de identificar los principales problemas relativos a ella y poner en práctica acciones y prácticas concretas dirigidas a contribuir en su superación.

En ese momento, el IIDH definió el acceso a la justicia como “la posibilidad real de toda persona –independientemente de su condición económica o de otra naturaleza– de acudir al sistema previsto para la resolución de conflictos, de acuerdo con el ordenamiento de cada país,

y de obtener atención a sus necesidades de determinación externa de situaciones jurídicas”.

A partir de esa aproximación teórica-conceptual, el IIDH implementó una serie de proyectos y acciones determinadas a incidir de manera decisiva en los sistemas de justicia de nuestros países, especialmente a través de la capacitación y asistencia técnica a operadores de justicia, la investigación aplicada y la prolífica producción editorial de textos especializados sobre el tema.

Este proceso se derivó en especificidades propias de la complejidad regional, lo que permitió tratar temas específicos para cada grupo de destinatarios (mujeres, pueblos indígenas, poblaciones afrodescendientes, etc.) o situaciones específicas.

Este breve repaso a los antecedentes del tratamiento temático de este curso requiere, sin embargo, algunas precisiones. En primer lugar, deben comprender que el trabajo institucional en materia de justicia no corre por un camino paralelo al de los otros temas o derechos. Cualquier acción institucional, no obstante su énfasis, parte de la visión integral de los derechos humanos. Es por eso que todos los temas se interrelacionan y sostienen en su interdependencia, constituyendo así un auténtico sistema. Una comprensión parcial del acceso a la justicia contraria a esa visión, sería un verdadero despropósito.

Por otro lado, en segundo lugar, hay una diferencia fundamental entre el tratamiento que inicialmente le dimos al acceso a la justicia y el que le damos hoy en el marco de este Curso XXVII. Esto no es producto de una contradicción o una visión distinta o alternativa, sino de una mayor profundización respecto al tema, a partir de la nueva perspectiva de trabajo institucional que enfatiza el análisis de los derechos humanos desde la óptica de la pobreza.

Así las cosas, desde la concepción citada, entendemos en el marco de este Curso al acceso a la justicia como:

...un componente esencial si se entiende como un proceso de inclusión para que los sectores más vulnerables y excluidos tengan herramientas para reclamar derechos con enfoque colectivo, donde sus demandas tengan incidencia en el mejoramiento de su proyecto de vida y, de

manera general, se logren adecuados índices de desarrollo humano y seguridad humana.

Desde la perspectiva de la pobreza con enfoque de derechos humanos, se requiere de estrategias integrales para consolidar sociedades más solidarias donde el acceso a la justicia discurra por la exigibilidad y justiciabilidad de protección de todos los derechos humanos y, de manera especial, de los económicos, sociales y culturales, a la par de acciones afirmativas que puedan derivar en un aporte desde la administración de la justicia hacia obligaciones a cargo del Estado para implementar políticas públicas, planes o programas para mejorar las condiciones y proyectos de vida de los grupos más excluidos y vulnerables.

Se estudiará y profundizará sobre iniciativas de acceso a la justicia, nacional y regional, como pilar para el reconocimiento de derechos humanos integrales que garanticen como obligación del Estado, la resolución de conflictos jurídicos con enfoque transversal en el fortalecimiento del Estado de Derecho y marcos institucionales propicios, donde decisiones emblemáticas en casos concretos puedan tener efectos generales cuando corresponda a las instituciones competentes asumir reparaciones, adecuaciones normativas o políticas públicas, planes o programas con esos fines.

Se espera así privilegiar un enfoque de mejoramiento del acceso a la justicia de la población más pobre en términos de exclusión de derechos y de oportunidades, para que estén en condiciones de superar esa situación de desigualdad e inequidad².

- Inclusión del acceso a la justicia en su labor académica de capacitación e investigación en materia de derechos humanos.

Desde siempre, el acceso a la justicia en general se ha desarrollado en el IIDH mediante conferencias concretas sobre la protección de los derechos humanos en el ámbito interno (la justicia constitucional) y en el ámbito internacional y regional, donde el valor agregado que emana del sistema interamericano en sus principios y criterios, decisiones y sentencias ha sido expuesto por sus juezas y jueces y por miembros y comisionadas de la Corte y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que garantizan una óptima combinación entre la teoría y la práctica, así como por notables expertos temáticos y funcionarios de organismos internacionales especializados con los que hemos

² Marco conceptual del XXVII Curso Interdisciplinario en Derechos Humanos.

institucionalizado cátedras que hoy son asumidas como espacios infaltables (empezamos con el CICR y se han ido sumando UNICEF, OACNUDH, ACNUR) y, por supuesto, nuestros colegas del sistema interamericano, la Corte y la Comisión Interamericana.

Paralelo a los cursos interdisciplinarios, el IIDH ha complementado con investigación el tema del acceso a la justicia y, particularmente, hacia un enfoque más holístico, integral e inclusivo. Por ejemplo, cuando hablar de exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales podría haber parecido una “exquisitez intelectual”, el IIDH, en conjunto con la CEPAL, hizo estudios aplicados a la justiciabilidad de los DESC. Después de dos años de trabajo y reflexión, la CEPAL y el IIDH terminaron el estudio titulado “La igualdad de los modernos” (1996). Este compendio fue un documento novedoso para aquella época y hoy un texto “clásico” que dejó claro el concepto de “núcleo duro” de derechos económicos y sociales, que como derechos humanos esenciales a la ciudadanía no pueden ser derogados por ningún sistema político ni económico.

- Procesos de reforma y modernización de la justicia con enfoque de derechos humanos.

En el contexto de los grandes procesos de reforma y modernización de la administración de la justicia en los países de América, el IIDH apostó por apoyar más en la sensibilización y capacitación en acceso a la justicia con enfoque de derechos humanos que en los mismos procesos de reforma estructural, por ser aquél el sentido principal de nuestro mandato y en el que más podíamos incidir (apoyo a reforma legal, implementación de tratados de derechos humanos en el derecho interno, reforzar la capacidad de razonamiento propia del derecho de los derechos humanos, construcción de redes de capacitación, diálogo jurisprudencial).

En ese contexto, el estudio referido antes sobre el acceso a la justicia en siete países americanos, realizado con el apoyo decidido del BID, fue un referente regional básico sobre el estado del arte en ese campo, cuando los “libros blancos” de la justicia y temas afines empezaban a emerger.

Pero ¿qué nos hizo en el IIDH replantearnos el acceso a la justicia hacia un empoderamiento de un enfoque más inclusivo?

4. Principales aspectos que impulsan el trabajo del IIDH en esta materia

- Problemas estructurales en el marco del proceso de democratización.

Sin duda los grandes cambios democráticos desentrañaron en la región otros problemas estructurales, que no eran visibles cuando la defensa por los derechos humanos fue la lucha por reivindicar los derechos más fundamentales que se conculcaron desde su base, cuando la integridad personal estaba en riesgo perenne entre dictaduras y regímenes represivos.

- Satisfacción de las necesidades más básicas de las personas como demanda colectiva.

Reinstalada la democracia –con los retrocesos que nos recuerdan la regla de la excepción, tema muy actual con lo que sucede en nuestro vecino país de Honduras, por cierto–, la satisfacción de las necesidades más básicas de las personas se convierte en demanda colectiva más exigente hacia los mandatos de gobiernos electos en condiciones democráticas; donde los derechos de acceso a la justicia laboral, a la salud, la educación, la vivienda y las oportunidades de proyectos de vida digna y sin discriminación, se empiezan a proponer en las ofertas electorales de los gobernantes.

- Retardación de justicia, pérdida de confianza en las instituciones y falta de enfoque de acceso a la justicia diferenciada.

Cuando desarrollamos un proyecto con apoyo de la Unión Europea para fortalecer la justicia desde la visión de los presidentes de cortes supremas y fiscales generales de América Latina y El Caribe –entre 2003 y 2004–, realizamos un taller FODA sobre el acceso a la justicia que nos mostró el rostro de una justicia retardada y alicaída; de pérdida de confianza en las instituciones que administran justicia y, sobre todo, de una ausencia de enfoque de acceso a la justicia diferenciada respecto de los colectivos más vulnerables, discriminados y excluidos.

- Cambios de paradigma relacionados con cambio de cultura institucional.

La ausencia de políticas judiciales para mejorar el acceso a la justicia de las personas más excluidas, pasa por un cambio de paradigma que tiene que ver con cambios en la cultura institucional. Acceso a la justicia de las mujeres y enfoque de género no equivale únicamente a que haya más juezas y magistradas trabajando en el Poder Judicial o estudiando derecho en nuestras facultades. Es mucho más que eso; es que todas y todos los operadores de justicia se apropien del trato y comportamiento con que deben servir y proteger los derechos de las mujeres que sufren vejámenes y crímenes mayores por su condición de género, y para que hayan diligencias y resoluciones judiciales con enfoque y jurisprudencia de género y de derechos de la mujer y para la mujer.

5. En cuanto a los operadores de justicia

- Comprensión de necesidades específicas de los usuarios: reconocimiento de la interculturalidad.

Cuando decimos que debe haber justicia nos basamos en la resolución de la ética de los operadores de justicia para comprender las leyes, si han tipificado los hechos acontecidos, lo que hay que hacer cumplir en sanciones de acuerdo a su gravedad.

- Razonamiento e interpretación jurídica con sentido de justicia equitativa.

Cuando decimos justicia diferenciada para personas menores de edad, migrantes, adultos mayores o personas con retos especiales, estamos diciendo que los operadores de justicia deben razonar e interpretar teniendo en cuenta un sentido de justicia equitativa y de acción afirmativa en cualquiera de esos escenarios.

- Lectura de política pura, sensitiva a principios de solidaridad y universalidad.

Cuando decimos que los derechos económicos, sociales y culturales deben ser reclamados y justiciables por las vías naturales del acceso a

la justicia, estamos diciendo que el operador de justicia hace también lectura de política pública sensitiva a los principios de solidaridad y universalidad que deben informar a un Estado de Derecho.

- Justiciabilidad de los DESC.

Cuando decimos que el acceso a la justicia se abre a la protección de los DESC, estamos diciendo que hoy es una realidad que los Estados hayan aprobado un Protocolo Facultativo al Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que permitirá el recibimiento de peticiones individuales por parte del respectivo Comité DESC. El mito de los DESC ya dejó de serlo ante la justicia, aunque la jurisdicción del Protocolo de San Salvador solo alcanza a quince país que le ratificaron desde 1988.

6. Demanda social de justicia

La demanda social de justicia no se satisface solo porque se decida sobre el caso sino porque se decida bien, con buenas razones, sustanciadas, explicadas y explicables, y además, en un tiempo razonable. Fueron los grandes escenarios y contradicciones, las preguntas que se han hecho patentes y visibles después de la valiente lucha por la reivindicación de los derechos civiles y políticos, los que hicieron que en el IIDH nos adelantáramos para definir una estrategia institucional que hoy hemos tratado de traducir hacia una misión compleja, que nos reúne a todos los actores y aliados posibles de operaciones judiciales en las entidades públicas y servicios paralegales desde la sociedad civil para incidir en el desafío de la realización de los derechos humanos –su universalidad y eficacia judicial– que, en nuestro caso, hemos decidido hacerlo desde el “enfoque de la dimensión de la pobreza”, una ruta por construir en el sistema interamericano de derechos humanos.

7. Cinco grandes hitos del sistema interamericano en materia de DESC

- Inicialmente, por ocasión de coyunturas, el sistema se dedicó exclusivamente a la protección de los derechos civiles y políticos,

en el marco de los contextos represivos de América Latina. Sin embargo, en sus primeros informes generales sobre la situación de los derechos humanos en Cuba (desde 1960) y posteriormente, luego de la modificación de sus métodos de trabajo, cuando comenzó a utilizar el sistema de peticiones individuales (a partir de 1965), si bien el énfasis siempre estuvo en aquellos derechos, existen algunas resoluciones mediante las cuales la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) mostró su preocupación por la situación de algunos derechos económicos, sociales y culturales de los presos políticos en Cuba, y particularmente, por el derecho a la salud y a la alimentación.

- A finales de los 80 la CIDH tuvo la oportunidad de referirse a algunos casos asociados a la protección del medio ambiente, pero no de una manera autónoma, sino a partir del reconocimiento de la cosmovisión indígena latinoamericana, de manera tal que la protección al medio ambiente se otorgaba en tanto que se resguardaban los territorios ancestrales de los pueblos originarios. En esas mismas épocas, algunos otros casos fueron utilizados por el sistema interamericano para lograr la protección del derecho a la vida de dirigentes sindicales, con lo cual el sistema se movió hacia la protección de algunas garantías para el ejercicio sindical.
- En 1999 entró en vigencia el Protocolo de San Salvador, que amplía el elenco normativo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, pero que, si bien hace tan importante inclusión sustantiva, implicó un retroceso en el mecanismo de protección brindando protección autónoma y directa sólo a “un derecho y medio” de los contenidos en el Protocolo: el derecho a la educación de manera completa y el derecho a la organización sindical.
- En el año 2000, la CIDH admite el primer caso de reclamación directa y autónoma de derechos económicos, sociales y culturales. Se trata del caso *Odir Miranda v. El Salvador*, en el cual se puso de manifiesto que la Convención Americana sobre Derechos Humanos es también un instrumento inclusivo de tales derechos, desentrañándose los alcances jurídicos y normativos del artículo 26 de la Convención Americana.

- A partir de 2005 y siguientes, la Corte IDH ha comenzado a mostrar una mayor sensibilidad por el tema de derechos económicos, sociales y culturales. En varios casos de tortura, además de hacer un análisis sobre los efectos y lesiones en el derecho a la integridad personal, la Corte IDH ha ordenado medidas de restauración de la condición de salud física y mental de las víctimas. De igual modo, en casos vinculados a pueblos indígenas en situación de pobreza (Guatemala y Paraguay), con análisis sobre los efectos y consecuencias de la pobreza en las condiciones de vida digna de dichos pueblos, llegando a analizar las condiciones de habitación, alimentación y acceso a agua potable, entre otros aspectos.

Así se pueden resumir en cinco puntos los principales momentos en materia de DESC del sistema interamericano.

8. Usuarios y operadores: puntos críticos

Quiero plantearles algunas preguntas y reflexiones respecto a los puntos que considero críticos en el tema de acceso a la justicia. Empezaré haciendo referencia a los retos sobre este tema en cuanto a los sujetos del acceso: usuarios y operadores de justicia. En segundo lugar, me centro en el análisis del acceso en términos del objeto, y me detendré en condiciones de optimización que inciden en aspectos institucionales, normativos, procesales, jurisprudenciales y de políticas, entre otros. En ambos casos, les pido considerar esta problemática tanto en el ámbito de los mecanismos internos de protección como de los sistemas internacionales, especialmente el interamericano. Y no sólo en el análisis individual en cada campo por separado, sino en su interacción.

- **Ámbito subjetivo**

- *Usuarios*

Inicio enumerando cada uno de esos aspectos para luego hacer un cruce de variables y caracterizar cada intersección. En el primer caso, parto de lo que consideramos la más acabada condición de exclusión y vulnerabilidad: la pobreza. Las personas viviendo en situación de pobreza son quienes encuentran mayores dificultades para acceder a

los sistemas de justicia, sea por los mismos obstáculos del sistema o por las limitaciones asociadas a la condición de pobreza, principalmente educativas.

Esta condición se agrava significativamente en concurrencia acumulativa de otras situaciones o condiciones, como el género, la edad, la migración, la etnicidad, discapacidad, entre otras.

Una mujer, menor, indígena y migrante o desplazada, con altísima probabilidad de vivir en condiciones de pobreza y exclusión, estará excluida del goce efectivo de derechos y del acceso a la justicia.

- *Operadores de justicia*

La superación del problema de la pobreza no implica solo la consideración de los retos relativos a los usuarios, sino también de aquellos vinculados a los operadores de justicia, quienes al fin al cabo están llamados a asesorar y a realizar las acciones y medidas pertinentes para superar los problemas de acceso de las poblaciones citadas.

Entre ellos, debemos señalar a los jueces, fiscales, defensores públicos, procuradores y todo funcionario que labore en el aparato judicial o que tenga algún nivel de injerencia en el sistema judicial. Asimismo, debemos incluir a los abogados que representan a las víctimas, el personal de las oficinas de *ombudsman* que participan en acciones de recepción, tramitación y seguimiento de denuncias, policías y personal del sistema penitenciario, legisladores, personal de ministerios de justicia y cualquier otro funcionario o persona responsable desde su ámbito de acción del diseño, implementación y evaluación de políticas públicas en el sistema judicial, sea desde las instituciones públicas, las entidades de la sociedad civil o los organismos internacionales.

- *Ámbito objetivo*

Desde otra perspectiva de análisis, podemos tener en cuenta algunos de los aspectos que deberían considerarse para mejorar el acceso a la justicia, especialmente de las personas en situaciones de vulnerabilidad, en el ámbito institucional, normativo, jurisprudencial y de política públicas, entre otros.

Me refiero a las condiciones de:

a. Agilidad

- Rápida tramitación de la causa.
- Rápida ejecución de lo resuelto.

b. Simplificación

- Procesos más simples, con menos pasos y formalidades.
- Trámites escritos simplificados.
- Oralidad.
- Anticipación de la prueba.

c. Accesibilidad (física y cognitiva)

- Cercanía de las oficinas públicas de asistencia jurídica y procuración de justicia.
- Eliminación de barreras arquitectónicas y creación formas de acceso apropiadas, especialmente para personas con alguna discapacidad.
- Asesoría especializada.
- Facilitación de intérpretes en lengua materna.
- Sistema de información de procedimientos, general y particular para cada caso concreto.

d. Gratuidad

- Fortalecimiento de la Defensa Pública.
- Fortalecimiento de iniciativas de asistencia jurídica en consultorios universitarios, colegios de abogados, ONG, iglesias, etc.

e. Calidad

- Programas de especialización para funcionarios y personas vinculadas a la administración de justicia en materia de tratamiento de personas en condición de vulnerabilidad.
- Intervención interdisciplinaria que permita a las personas en condición de vulnerabilidad recibir atención y asesoría de diversos profesionales, atendiendo así diferentes afectaciones en

su vida, como consecuencia de una afectación de sus derechos y de su calidad de vida.

- Resolución alternativa de conflictos.

f. Ampliación de la protección

- Integralidad de los derechos humanos.
- Justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales.
- Consideración del concepto de proyecto de vida digna.
- Ampliación de la asistencia jurídica a otras jurisdicciones fuera de la penal.

g. Educación

- Desde nuestro mandato institucional, nos importa destacar que el acceso a la justicia no puede ser concebido como una condición jurídica abstracta, pues es especialmente un ejercicio práctico que permite hacer operativo el sistema de respeto y protección de los derechos humanos. En otras palabras, no podemos detenernos en el análisis teórico conceptual (que es absolutamente necesario) sino, esencialmente, en las prácticas concretas que permiten realizar el acceso a la justicia. Esto quiere decir que no basta con su reconocimiento como derecho, sino su posibilidad real de ejercerlo. El ejercicio del acceso a la justicia supone, entonces, el desarrollo de capacidades concretas en los individuos. Por ello es necesario, pero no suficiente, la existencia de intermediarios capacitados que puedan asesorar a las personas e interponer acciones por ellas en los sistemas de justicia. Toda persona debe estar en capacidad de conocer sus derechos, los mecanismos de protección y los procedimientos que los rigen, en un nivel suficiente como para saber por qué, ante quién y cómo acudir en procuración de justicia. Asimismo, la persona debe entender las limitaciones del sistema y actuar en el ámbito jurídico y político para superarlas. Esto muestra la necesidad imperativa de fortalecer programas de educación formal y no formal, que puedan proveer de alfabetización jurídica a toda la población.

- Por otro lado, quienes de diversas maneras contribuyen a la defensa y procuración de justicia –ustedes mismos–, tienen un papel fundamental e intransferible en el marco del Estado de Derecho, del sistema democrático y de la vigencia efectiva de los derechos humanos, especialmente los de aquellas personas que viven en condiciones de pobreza y exclusión. La cuestión de justicia se trata, pues, no sólo de legalidad, sino también del sentido de apropiación de la cultura política de América Latina y Caribe.

9. Retos

Visto así el estado del arte en la justicia, ¿qué es lo que está en juego? Está en juego todo lo que tiene de esencial la democracia; y en la democracia están en juego los derechos humanos y la convivencia. Hemos avanzado, sin lugar a dudas, pero ha sido lento y pausado: los derechos humanos han llegado de a poco a la justicia. En Cartagena de Indias, en el local de la Inquisición, se puede ver todavía “la ventana de las delaciones”. La gente le contaba al juez inquisidor algo que supuestamente había hecho cualquier conocido, y con eso se iniciaba la instrucción y se admitía el caso. Afortunadamente ya no es así, al menos no en la apertura de juicios. Y estamos en un proceso lento de aprobación de un Código Iberoamericano de Ética Judicial; y, en esa misma línea de avances, hay también un proyecto de Estatuto de Juez Iberoamericano y una Carta de Derechos de las Personas ante la Justicia en el Espacio Judicial Iberoamericano, que han traducido en las Reglas de Brasilia (San José, 2007). Pero hay muchos otros retos acumulados que van desde la estructura y funcionalidad hasta la regeneración de la independencia judicial.

- Responsabilidad del juez.

De nuevo volvemos con el enfoque temático a enfatizar en que la demanda social de justicia no se satisface solo porque se decida sobre el caso, si es que la situación de conflicto se presenta ante la jurisdicción, sino porque se decida bien, con sólidas razones explicables y en un lapso razonable. En este sentido, la propia responsabilidad del juez resulta indispensable como elemento esencial del modelo de justicia

en toda sociedad democrática pero, además, como factor decisivo para motivar a los jueces para que cumplan adecuadamente las funciones que la Constitución les encomienda y que los tratados de derechos humanos obligan responsablemente.

¿Cómo puede asegurarse que los jueces y juezas que integran el poder judicial satisfagan el cuadro de condiciones legitimadoras del modelo de justicia? ¿Qué debe hacerse para que la decisión judicial sea el resultado de un ejercicio de responsabilidad individual que permita, por una lado, la mejora interna del sistema y, por otro, el control constitucionalmente exigible de las consecuencias que se derivan de la decisión concreta adoptada?

- Organización administrativa que organice procesos decisorios.

La creciente demanda de justicia y la mayor complejidad de los conflictos que llegan a los tribunales hacen indispensable y, en cierto sentido, deseable una organización administrativa que organice los procesos decisorios.

¿Cuáles son los rasgos propios de toda organización judicial que, a pesar de ser muy compleja, debe de ajustarse a elementales condiciones de eficiencia? ¿Responden nuestros modelos de organización de los cauces del Poder Judicial a los fines democráticos, constitucionales y sociales a los que debe servir? ¿Resuelve las necesidades crecientes y derivadas de los problemas sociales muy acuciantes en diversas materias específicas, desde la dimensión de la pobreza y de la condición de indigencia, en cuanto a la división del trabajo judicial y a los complejos mecanismos funcionales, horizontales y verticales de la administración de justicia? ¿Es compatible con las exigencias del trabajo judicial responsable y eficaz de la judicatura?

Desde este punto de vista de condiciones, realmente, ¿cuáles son las amenazas a los fundamentos morales del modelo de justicia³?

³ Ver, en los controles disciplinarios internos: Bolívar, Ligia, “Justicia y acceso. Los problemas y las soluciones”, en: *Revista IIDH* Vol. 32-33. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 2001, pág. 77.

- Acceso a la justicia en igualdad de condiciones.

El acceso a la justicia en igualdad de condiciones para todos los y las habitantes, es un derecho que generalmente tiene rango constitucional en la región. Y se realiza concurriendo a las leyes, dice el art. 41 de la Constitución Política de Costa Rica: “todos han de encontrar reparación a las injurias o daños que hayan recibido en su persona, propiedad e intereses morales. A toda persona, debe hacerse justicia pronta, cumplida, sin denegación y en estricta formalidad con las leyes”.

- Mejoras del sistema judicial y carcelario.

La Presidenta de Chile dijo el 26 de junio pasado, que la aplicación de los juicios orales “ha sido un éxito y ha permitido que la ciudadanía recupere la confianza en el sistema judicial”. Al recomendar esa vía de reforma, agregó que el cambio fue gradual, “pues el sistema se instauró en dos provincias de Chile, en 1995 y, diez años después en Santiago”. Según expresó, “para que las políticas gubernamentales que buscan la paz social tengan legitimidad, debe haber estricta sujeción de los órganos estatales a las leyes” y se debe mejorar el sistema judicial y el sistema carcelario porque debido al “aumento de sentencias condenatorias, las cárceles no son suficientes”. Chile pasó de un sistema inquisitivo y escrito, secreto, formalista y centrado en los órganos de persecución, a un sistema acusatorio con juicios orales en que se aplican los principios de intermediación, transparencia, legalidad y oportunidad. Como promedio, actualmente los juicios tardan 100 días en resolverse y hasta 340 en delitos graves. Antes esos mismos tipos de delitos demoraban cuatro o cinco años.

10. Derechos de los pobres como derechos humanos

En los estudios sobre la pobreza se combinan varios criterios para definirla con precisión y sentido de urgencia, como lo son la línea medida por el nivel de ingresos y gastos, y las necesidades básicas insatisfechas que reflejan las carencias de los servicios básicos recibidos de las llamadas “políticas públicas”⁴. Hay otros criterios,

⁴ Cela, Jorge, *La otra cara de la pobreza*. Centro de Estudios Sociales Padre Juan Montalvo, S.J., República Dominicana, 2001, pág. 99.

según Jorge Cela: los mecanismos de reproducción de la pobreza –genéticos y nutricionales–, hasta las estructuras políticas, económicas y culturales, incluidas las ideológicas y creencias religiosas. De éstas, la carencia se define con relación a un modelo democrático y social de derecho desde el cual se indica y se mide, aunque la pobreza, como insiste Cela, “tiene sus límites absolutos, porque no hay que relativizar el término y sus consecuencias, porque se refiere a condiciones de supervivencia y reproducción de la vida humana”⁵, y esto es esencialmente el derecho a la vida en derechos humanos que, de acuerdo a la Corte IDH, es el derecho a vida digna.

En consecuencia, este tipo de pobreza no se resuelve con la mera solidaridad, espontánea ni institucionalizada. Se habla mucho de programas de “erradicación y de lucha”, pero no se escucha la voz misma de los derechos humanos desde las comunidades. Se requieren cambios estructurales que hagan posible que el desarrollo o enriquecimiento –avaricia, codicia y opulencia– no causen injustamente el empobrecimiento ni la indigencia de la población. Estos cambios no son suficientes, ni solo basta con hacerlos desde una perspectiva de desarrollo global o, como se resolvió en la OEA desde 1986 –dos años antes del Protocolo de San Salvador–, instando a “dar la batalla contra la pobreza absoluta en el Hemisferio”. Hay que hacerlos desde la perspectiva de los derechos de los pobres como derechos humanos. Para lo que hay que escucharles, pero se nos hace muy difícil. Para ello hay que aproximarse, desentenderse de otras voces y hacer que las instituciones palpen y comprendan esa dimensión que cuestiona hasta los tradicionales derechos humanos.

¿Quiénes son y cuáles son sus aspiraciones en términos de derechos esenciales y vitales? ¿Son solo objeto de estudio y de preocupación o son sujetos que desarrollan derechos emergentes? En esta línea, nos hemos preguntado ¿cuál es el sentido del trabajo y lucha de los pobres contra la pobreza? y si cabe entonces el ejercicio del derecho a la participación como ruptura del proceso de exclusión. ¿Debe ser exigible ante la justicia la obligación del Estado de garantizar los

⁵ *Ibidem*, pág. 100.

tres componentes esenciales de derechos para tener una “vida digna” que son, por cierto, inderogables en cualquier sistema económico y democrático, como lo dijimos con la CEPAL en “La Igualdad de los Modernos”?

11. Actuación de instancias judiciales con relación a instancias políticas

Todas estas preguntas, sin respuesta, nos llevan finalmente a la vieja polémica sobre los márgenes de actuación de las instancias judiciales con relación a las instancias políticas⁶.

¿Es obligación del poder judicial determinar criterios y diseñar políticas públicas o, por el contrario, la de confrontar el diseño de políticas oficiales con los principios y criterios jurídicos aplicables y, en caso de hallar divergencias, reenviar la cuestión a los poderes pertinentes para que reaccionen ajustando su actividad en consecuencia con el derecho constitucional y de derechos humanos?

12. Acceso a la justicia basado en la verdad buscada

Desde mi punto de vista, el concepto de acceso a la justicia se basa en la verdad buscada, que son los hechos en sí mismos, desnudos y desprovistos de atenuantes; la justicia o lo que el sentido común de la ética de la democracia dicte lo que debe ser justo, lo que debe de pasar, lo coherente; la ley o las leyes, si han tipificado los hechos acontecidos, lo que hay que hacer cumplir en sanciones de acuerdo a su gravedad y en recomendaciones supervisadas del cumplimiento; y, el proceso que no debe ser ni largo, ni truncado con tecnicismos, ni caro para evitar discriminaciones, que garantice la búsqueda de la verdad de los hechos, que la justicia y la ley se asuman entre la ciudadanía, y que en el cumplimiento no haya ningún resquicio ni escapatoria técnica “caiga quien caiga”.

⁶ Abramovich, Victor, “El lugar de la justicia en el control de las políticas sociales”, presentación ante la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos (CAJP) de la OEA del documento: “Lineamientos para la elaboración de indicadores de progreso sobre derechos económicos, sociales y culturales” elaborado por la CIDH, 2008.

13. Justicia democrática y derechos de personas viviendo en situación de pobreza

Desde la perspectiva de los derechos de los pobres y de sus derechos humanos, ¿qué es lo que está en juego? Es la justicia democrática la que está a prueba y la que se puede venir abajo en cualquier momento, teniendo consecuencias devastadoras. Hasta hoy sabemos, porque lo que hemos visto en la región, que a pesar de que exista democracia, la justicia es muy frágil. Detrás de una sentencia injusta o prevaricada, detrás de un proceso demorado y largo, detrás de las componendas políticas por no juzgar a quienes determinaron el cargo judicial, está la fragilidad por donde se pierden las posibilidades de acceso a la justicia de las personas y comunidades más excluidas de los beneficios de la democracia de hoy.

Creo que así queda comentada la pregunta que ustedes probablemente se hicieron cuando pensaron ¿Por qué en el IIDH escogimos de nuevo el tema de acceso a la justicia si antes se hizo un curso interdisciplinario sobre esta materia?

14. Acceso a la justicia como tema principal del XXVII Curso Interdisciplinario en Derechos Humanos

Pero los por qué deben ser superados por los cómo. Y ese cómo no lo tiene sólo el IIDH, sino que lo tienen ustedes, cuando de una manera diáfana se postularon para realizar este curso interdisciplinario junto con otros 350 candidatos que hacen su buen trabajo, pero que ahora no están en el Curso XXVII. O mejor aún, cuando ustedes nos enviaron más de un centenar de propuestas de proyectos, ensayos o experiencias para mejorar el acceso a la justicia con inclusión.

Esas iniciativas no deben “caer en vacíos”. Las hemos sistematizado para socializarlas y compartirlas con todas y todos ustedes, de manera que puedan reformularlas como propuestas colectivas que quedarán a disposición de ustedes mismos, de los Estados y de los cooperantes que se atrevan y se animen a pasar de los planes a la ejecución.

Como verán en el programa, este XXVII Curso Interdisciplinario ha combinado la teoría novedosa con enfoque inclusivo y la práctica y la experiencia de los expositores y expositoras con el valor agregado más importante, que son los aportes cualitativos y la realimentación viviente de ustedes, las y los participantes.

En la iconografía medieval aparecen reiteradamente dos imágenes en que una mujer lleva una venda sobre los ojos. Una de ellas destaca la imparcialidad de la Justicia, la cual en su actuación ignora todo interés particular y atiende solo la aplicación del Derecho. Otra es la Sinagoga ciega, para quien la venda significa algo bien diferente: una decisión culpable de rechazar la verdad. En apariencia, nada tienen que ver la una con la otra, pero atendiendo algunas resoluciones judiciales que conocemos en nuestras sociedades, vale la pena sugerir y luchar para que la Justicia no se confunda con la ceguera deliberada, propia del medioevo. La ignorancia de la realidad y de los derechos de los pobres, y sus derechos humanos, puede provocar consecuencias devastadoras a la democracia.

Bienvenidos a Costa Rica y al IIDH. Nuestra esperanza es que en esta larga tradición americana del curso más antiguo y sólido de derechos humanos, sigamos sumando esfuerzos desde las trincheras de la democracia de hoy, que serán las bases de una justeza más incluyente que no está todavía cerca, pero que se aproxima con nuevas voces que hoy saben reclamar cada vez mejor sus derechos con su apoyo moral y representación legal en derechos humanos.

Ponencias seleccionadas

Integralidad de los derechos humanos. Exigibilidad de los derechos colectivos y acceso a la justicia de las personas en condición de pobreza

Mónica Pinto*

1. Una noción nueva

Construida en la segunda mitad del siglo XX, durante el transcurso de la segunda guerra mundial, la noción de derechos humanos supone una novedad que conduce a modificar sustancialmente las normas de derecho que regulaban el trato que los Estados daban a sus nacionales y a otras personas bajo su jurisdicción.

En efecto, el derecho vigente hasta entonces consagraba la total latitud del Estado en relación con el trato que diera a sus nacionales y a los apátridas bajo su jurisdicción¹. Sin embargo, los Estados adoptaron normas jurídicas para proteger a ciertas personas en su carácter de órganos del Estado como, por ejemplo, el caso de los combatientes². Asimismo, convinieron en un estándar mínimo de derechos para los extranjeros y ello porque todo Estado tiene derecho a que se respete el derecho internacional en la persona de sus nacionales³. En tal caso, el

* Doctora en Derecho (Universidad de Buenos Aires). Profesora de Derecho Internacional y de Derechos Humanos y Coordinadora del Programa de Derechos Humanos (UBA). Vicepresidenta del IIDH.

¹ Oppenheim, L., *International Law*, 8a. ed. por H. Lauterpacht, 1955, págs. 640-641: “a State is entitled to treat both its own nationals and stateless persons at discretion and that the manner in which it treats them is not a matter with which International Law, as a rule, concerns itself”.

² Convención de Ginebra para el Mejoramiento de la Suerte que Corren los Militares Heridos en los Ejércitos en Campaña, 22 de agosto de 1864.

³ *Affaire des Concessions Mavrommatis en Palestine*, CPJI Recueil, 1924, Serie A, no. 2, pág. 12, “C’est un principe élémentaire du droit international que celui qui autorise l’État à protéger ses nationaux lésés par des actes contraires au droit international commis par un autre État, dont ils n’ont pas pu obtenir satisfaction par les voies ordinaires. En prenant fait et cause pour l’un des siens, en mettant en mouvement, en sa faveur, l’action diplomatique ou l’action judiciaire

titular del derecho era el Estado, quien podía decidir si iba a proteger a su nacional o no.

La Segunda Guerra Mundial supone un drástico corte respecto de todo lo que la precedió. Entre sus características inéditas se cuenta el trato discrecional a los propios nacionales. Eso debía cambiar después de la guerra.

En la construcción del orden jurídico político de la segunda posguerra, los derechos humanos encuentran un lugar en el contexto de los objetivos de la comunidad internacional institucionalizada. En el esquema de cooperación internacional que plantean como política básica Organización de las Naciones Unidas (ONU), “el desarrollo y el estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin distinción por motivos de sexo, raza, idioma o religión”⁴ es uno de los objetivos.

La Carta propone una noción de derechos humanos que recupera un concepto antiguo y occidental, las libertades públicas, a la que suma valores como la igualdad y su corolario de no discriminación, la universalidad –para todas las personas, en todo el mundo, todos los derechos– y el compromiso internacional del Estado ante la violación no reparada.

Se trata de derechos que deben ser consagrados en igualdad ya que la naturaleza humana es una sola; de allí que no pueda validarse ningún criterio para imponer distinciones o restricciones a esa unidad humana.

En las definiciones políticas de la cooperación, la ONU tiene asignado el objetivo del respeto universal y la efectividad de los derechos humanos y de las libertades fundamentales de todos sin distinción⁵. Justamente por ello, el interés por el respeto de los derechos humanos en cualquier lugar del mundo no puede entenderse como una

internationale, cet État fait, à vrai dire, valoir son droit propre, droit qu’il a de faire respecter en la personne de ses ressortissants le droit international”.

4 Carta de las Naciones Unidas, artículo 1(3).

5 Carta de las Naciones Unidas, artículo 55(c).

ingerencia en los asuntos privados de un Estado; la noción de derechos humanos se construye, pues, en el ámbito internacional.

Esta noción es cualitativamente nueva. Su denominación también lo es.

Los instrumentos que consagran la protección de los derechos humanos son instrumentos internacionales porque se trata de normas que deben poder obligar a todos los Estados. La noción de derechos humanos requiere de una formulación válida *urbi et orbi*.

2. Los derechos humanos son indivisibles

Los derechos protegidos no son enunciados en la Carta de las Naciones Unidas sino en instrumentos posteriores de distinta naturaleza que devienen vinculantes. En este sentido, para la década del 70 la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia –como “medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho”– ya reconoce que las declaraciones de derechos, pronunciamientos de órganos plenarios, inicialmente carentes de valor jurídico, expresan una costumbre internacional⁶. Los tratados de derechos humanos,

6 C.I.J., Case Concerning the Barcelona Traction, Light & Power Co., Ltd., Bélgica v. España, segunda fase, 5/02/1970, 1970 ICJ párrs. 33-34: “When a State admits into its territory foreign investments or foreign nationals, whether natural or juristic persons, it is bound to extend to them the protection of the law and assumes obligations concerning the treatment to be afforded them. These obligations, however, are neither absolute nor unqualified. In particular, an essential distinction should be drawn between the obligations of a State towards the international community as a whole, and those arising vis-à-vis another State in the field of diplomatic protection. By their very nature the former are the concern of all States. In view of the importance of the rights involved, all States can be held to have a legal interest in their protection; they are obligations erga omnes. Such obligations derive, for example, in contemporary international law, from the outlawing of acts of aggression, and of genocide, as also from the principles and rules concerning the basic rights of the human person, including protection from slavery and racial discrimination. Some of the corresponding rights of protection have entered into the body of general international law (Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1951, pág. 23); others are conferred by international instruments of a universal or quasi-universal character”. C.I.J., Legal Consequences for States of the Continuous Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970) of the Security Council, Opinión Consultiva, 21/06/1971, 1971 ICJ párr. 131: “under the Charter of the United Nations, the former Mandatory had pledged itself to observe and respect, in a territory having an international status,

por su parte, son obligatorios por naturaleza para quienes manifiesten su consentimiento en obligarse por ellos, universales y regionales, relativos a un conjunto de derechos o a un derecho en particular, que, además, han importado la novedad de traer consigo un sistema de control *ad hoc*, esto es, mecanismos internacionales propios para el control de las obligaciones asumidas por los Estados. Ello ha generado una instancia internacional de control y reclamo, lo que se denomina el sistema internacional de protección.

Las declaraciones de derechos no efectuaron distinción alguna en punto a los derechos protegidos: ellas consagraron derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales. La decisión de adoptar dos cuerpos normativos, de tener dos tratados, es el fruto de la política de la guerra fría que entendió conveniente que cada conjunto de derechos estuviera regulado del modo más próximo al bloque con mayores posibilidades de vincularse por él. Así, los derechos civiles y políticos siguieron el modelo liberal “occidental” y los económicos, sociales y culturales el modelo centralmente planificado “oriental”, sin perjuicio del grupo de Estados –incluida la mayoría de los latinoamericanos– que adscribía a ambos.

A ello ayudó la teoría de las generaciones de derechos que proponía que los primeros requerían abstenciones del Estado en tanto que los segundos exigían obligaciones positivas de hacer que, además, importaban recursos materiales considerables.

Esto no es así. Todos los derechos exigen de un hacer del Estado y de la inversión de recursos. Garantizar el derecho a la jurisdicción requiere de decisiones políticas y de inversión de recursos, adoptar normas de fondo, forma y orgánicas del poder judicial, proveer sistemas de elección de los mejores, sistemas de capacitación continua, edificios, personal entre otros muchos rubros. Considerar que garantizar la justicia sólo exige una abstención del Estado es faltar a la

human rights and fundamental freedoms for all without distinction as to race. To establish instead, and to enforce, distinctions, exclusions, restrictions and limitations exclusively based on grounds of race, colour, descent or national or ethnic origin which constitute a denial of fundamental human rights is a flagrant violation of the purposes and principles of the Charter”.

verdad. Argumentar que gastar en el servicio de justicia está bien pero que debe postergarse para más adelante gastar en el servicio de salud o en el servicio de educación, es ser deliberadamente parcial.

Una consistente doctrina proclamando la universalidad, interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos se inicia con la Proclamación de Teherán de 1968 y resulta decididamente impulsada en la Declaración de Viena adoptada por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de 1993. Ambos eventos se hacen cargo de una división en grupos de derechos sólo funcional a un momento político.

Ello así, las obligaciones de los Estados en relación con los derechos humanos son las de respetarlos y garantizarlos, así como la de adoptar las medidas necesarias a tales fines. Estas obligaciones se adecuan a la distinta naturaleza de los derechos. Así, en relación con los derechos económicos, sociales y culturales⁷, los Estados partes en los tratados se comprometen a adoptar las medidas necesarias tanto de orden interno como mediante la cooperación entre los Estados, especialmente económica y técnica, hasta el máximo de los recursos disponibles y tomando en cuenta su grado de desarrollo, a fin de lograr progresivamente y de conformidad con la legislación interna, la plena efectividad de los derechos reconocidos.

La progresividad apuntada no exime de la obligación mínima que corresponde a cada Estado parte de asegurar la satisfacción de por lo menos niveles esenciales de cada uno de los derechos protegidos. En este sentido es dable subrayar que no puede compartimentarse la dignidad.

Los recursos de que se trata computan la cooperación internacional y ello debe leerse en el marco más amplio del respeto universal y la observancia de los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos sin discriminación, expresados en la Carta de las Naciones Unidas como objetivos de la cooperación internacional en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos.

⁷ En adelante "DESC".

De alguna manera, el artículo preserva un mínimo de derechos básicos cuya restricción no se considera compatible con la promoción del bienestar general en una sociedad democrática: el derecho a la alimentación, la atención primaria de la salud, el derecho a tener un alojamiento precario y la educación básica. El mismo criterio del bienestar general en una sociedad democrática impone la protección a los grupos más vulnerables en situaciones de restricción, como por ejemplo los períodos de ajuste⁸.

Se trata de asumir que estos derechos integran, junto con los derechos civiles y políticos que no pueden suspenderse ni en situaciones de excepción o emergencia, la expresión mínima de dignidad⁹.

El discurso del sistema interamericano ha incorporado desde los inicios elementos fundamentales para la realización de los derechos económicos, sociales y culturales. El proceso de codificación que condujo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos¹⁰ supuso priorizar los derechos civiles y políticos y acotar los DESC a una norma caracterizada como de “desarrollo progresivo” cuya formulación responde a la inspiración del artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales¹¹ adoptado pocos años antes.

En esta inteligencia, la disposición del artículo 26 de la Convención ha ligado su suerte a las de “las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires”, lo que permite inferir que, en principio, hay obligaciones positivas

⁸ Véase Pinto, Mónica, “Los derechos económicos, sociales y culturales y su protección en el sistema universal y en el sistema interamericano”, en: *Revista IIDH* No. 40. IIDH, San José, Costa Rica, 2004, págs. 25-86.

⁹ Nótese que el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado por la Asamblea General el 16 de diciembre de 1966, 993 UNTS 3, tiene 160 Estados Partes a la misma fecha.

¹⁰ Convención Americana sobre Derechos Humanos adoptada el 22 de noviembre de 1969, en vigor en general desde el 18 de julio de 1978, 1144 UNTS 1213.

¹¹ Pacto Internacional de Derechos económicos, sociales y culturales –en adelante PIDESC– adoptado el 16 de diciembre de 1966, en vigor en general el 3 de enero de 1976, 993 UNTS 3.

de los Estados a este respecto, que se suman a las que dimanar de la Declaración Americana. Ello conforma un conjunto normativo de carácter general que luego se verá enriquecido por el Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Protocolo de San Salvador¹².

La práctica de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en materia de DESC se ha reflejado sustancialmente a través de los informes sobre países, aunque pueden mencionarse aportes importantes en los señalamientos formulados en los informes anuales a la Asamblea General y las decisiones adoptadas en algunos casos en el sistema de peticiones individuales.

La indivisibilidad de los derechos humanos está presente en el instrumento relativo a los DESC. Así, la Comisión ha señalado que el preámbulo del Protocolo de San Salvador reconoce en forma expresa

...la estrecha relación que existe entre la vigencia de los derechos económicos, sociales y culturales y la de los derechos civiles y políticos, por cuanto las diferentes categorías de derechos constituyen un todo indisoluble que encuentra su base en el reconocimiento de la dignidad de la persona humana, por lo cual exigen una tutela y promoción permanente con el objeto de lograr su vigencia plena, sin que jamás pueda justificarse la violación de unos en aras de la realización de otros¹³.

Varias son las mejores prácticas de exigibilidad de los DESC¹⁴. Una de ellas radica en el enfoque integrado de todos los derechos protegidos en la Convención Americana a la luz de lo que indica el artículo 26, que propone el desarrollo progresivo de los DESC. Así, en el caso

¹² Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Protocolo de San Salvador, San Salvador, El Salvador, 17 de noviembre de 1988, en vigor en general desde el 16 de noviembre de 1999, Serie sobre Tratados OEA No. 69.

¹³ Tercer Informe sobre la situación de los derechos humanos en Paraguay, OEA/Ser./L/VII.110 doc. 52 (2001), Capítulo V, párr. 2.

¹⁴ Véase, Rodríguez Rescia, Víctor, “Los derechos económicos, sociales y culturales. Su protección en el marco del Sistema Interamericano”, disponible en: <http://www.pj.gov.py/ddh/docs_ddh/Los_DESC_en_el_marco_del_Sist_interamericano.pdf>, al 22 de julio de 2010.

Milton García Fajardo y otros contra Nicaragua, por aplicación del criterio *iuria novit curia*, la CIDH invoca los DESC:

La Comisión considera que los derechos económicos de los trabajadores aduaneros entran en el marco de la protección de los derechos económicos, sociales y culturales tutelados por la Convención Americana en su artículo 26. Las violaciones de los derechos de los trabajadores son claras cuando se habla de los principios de legalidad y retroactividad, así como de la protección de las garantías judiciales. Las violaciones por parte del Estado de Nicaragua determinan los perjuicios económicos y postergan los derechos sociales de los peticionarios¹⁵.

En este orden de ideas, la CIDH recuperó los derechos al trabajo, al descanso y a la seguridad social protegidos en los artículos XIV a XVI de la Declaración Americana, y señaló que Nicaragua había firmado en 1988 el Protocolo de San Salvador por lo que le corrían las obligaciones de no frustrar el objeto y el fin del tratado con su conducta. Específicamente sostuvo que: “La Comisión estima que en el presente caso el Estado nicaragüense, en vez de adoptar medidas de desarrollo progresivo en beneficio de los trabajadores aduaneros, buscó reducir sus derechos, ocasionándoles perjuicios graves en sus derechos económicos y sociales” y declaró la violación de los derechos enunciados en la petición y el artículo 26 de la Convención Americana¹⁶.

La pauta de la no-discriminación es también una puerta de acceso al sistema internacional de peticiones individuales. Así, en el caso de la presentación formulada por el Movimiento Vanguardia de Jubilados y Pensionados del Uruguay, desestimada sustancialmente por falta de agotamiento de los recursos internos, en atención a las “dimensiones morales” del tema la CIDH formuló algunas consideraciones que basó en el eje de la no-discriminación:

¹⁵ Informe No. 100/01, Caso 11.381, Milton García Fajardo y otros, Nicaragua, 11 de octubre de 2001, Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2001, OEA/Ser./L/V/II.114 doc. 5 rev.(2002), párr. 95.

¹⁶ *Ibidem*, párrs. 98-101.

No obstante, la Comisión no puede dejar de considerar las dimensiones morales del problema dada las circunstancias especiales del caso, v.g., la calidad, condición social y económica, y número de los afectados por una situación fáctica de desigualdad. Se trata de un considerable sector social, particularmente sensible y económicamente débil al que la sociedad le debe especial protección. Asimismo, debe atenderse las implicaciones prácticas que significaría para los recurrentes como para los tribunales, la presentación de las demandas de 100,000 o 54,000 jubilados y pensionistas, según se está a las cifras de los reclamantes o del Gobierno, respectivamente. Por tanto, la Comisión no puede dejar de ponderar estas especiales circunstancias en este informe.

La Comisión entiende que el Gobierno uruguayo admite que aún se puede arribar a una satisfacción completa de la reclamación, cuando afirma que: “la solución de esta cuestión se está tratando a nivel de los Poderes Legislativo y Ejecutivo, constituyendo una cuestión abierta y aún pendiente de solución, la que dependerá en todo caso de los recursos disponibles, siendo en último análisis, el desarrollo progresivo de la economía y la mejora sustancial de ésta la que podrá poner término en forma satisfactoria el tema en debate”. Siendo así y atendiendo a lo preceptuado en el artículo 42 de la Convención, como así también en el artículo 62 de su Reglamento, se encuentra oportuno requerir al Gobierno del Uruguay incorpore, en el informe anual a que ellos aluden, un capítulo especial atinente a la materia objeto de este caso¹⁷.

En el mismo contexto interamericano, a los fines de la elaboración de los informes previstos en el artículo 19 del Protocolo de San Salvador relativo a los DESC, se ha previsto la utilización de indicadores de progreso en consulta con la CIDH y teniendo en cuenta los aportes del IIDH¹⁸, pionero en esta técnica. En este sentido, el IIDH entiende que

[U]n enfoque de progreso pretende determinar en qué medida los esfuerzos de la sociedad civil, del Estado y de la comunidad

¹⁷ Informe 90/90, Caso 9893, Uruguay, 3 de octubre de 1990, Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1990-1991, OEA/Ser.L/V/II.79 rev. 1 doc. 12 (1992), párrs. 23 y 27.

¹⁸ Resolución AG 2030 (XXXIV-O04) sobre “Fortalecimiento de los sistemas de derechos humanos en seguimiento del Plan de Acción de la Tercera Cumbre de las Américas”, párr. 4 g).

internacional están consiguiendo el objetivo común de lograr el imperio de la democracia y del Estado de Derecho. Este objetivo común debe ser entendido como un punto de equilibrio entre los estándares recogidos en los instrumentos internacionales, las normas adoptadas por los Estados y sus prácticas políticas e institucionales, y las aspiraciones de la gente expresadas por el movimiento civil a favor de los derechos humanos y la democracia¹⁹.

Las normas adoptadas en la AG/RES 2074(XXV-O/05) se proponen como una herramienta útil para los Estados en la medida en que les permiten una mejor evaluación de sus propias acciones y estrategias tendientes a asegurar los DESC. El principio de progresividad y el sistema de indicadores de progreso rigen la presentación de los informes.

En realidad, el goce y ejercicio de los DESC supone –como en relación con cualquier derecho– una exigibilidad judicial pero, fundamentalmente, la necesidad de una política pública, de una política de Estado activa en el tema y de una política de actores privados que pueda adecuarse en consecuencia²⁰. A este panorama contribuyen los indicadores de progreso ya que permiten la elaboración de políticas a largo plazo, incluso el diseño de políticas públicas en la emergencia.

3. De las difíciles relaciones de la pobreza con los derechos humanos

...una persona que no recibe adecuado acceso a la educación puede ver mermada su posibilidad de participación política o su derecho a la libertad de expresión. Una persona con escaso o deficiente acceso al sistema de salud verá disminuido en diferentes niveles, o violado de un todo, su derecho a la vida. Esta situación puede darse en diferentes grados, según la medida de la violación de los derechos

¹⁹ Cuéllar Martínez, Roberto, “La medición de progresividad de los derechos humanos”, en: *Rumbos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Estudios en Homenaje al Profesor Antônio Augusto Cançado Trindade*, vol. I. Sergio Antonio Fabris Editor, São Paulo, Brasil, 2005, págs. 469-491.

²⁰ Pinto, Mónica “Los derechos económicos, sociales y culturales y su protección en el sistema universal y en el sistema interamericano”...; véase también IIDH, *La justiciabilidad directa de los derechos económicos, sociales y culturales*. IIDH, San José, Costa Rica, 2009; IIDH y Comisión Internacional de Juristas, *Comentario del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. IIDH/CIJ, San José, Costa Rica, 2009.

económicos, sociales y culturales, pudiendo sostenerse en términos generales que a menor disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales, habrá un menor disfrute de los derechos civiles y políticos. En este contexto, una situación de máxima violación de los derechos económicos, sociales y culturales significará una máxima violación de los derechos civiles y políticos. Ello es lo que sucede cuando nos encontramos con una situación de pobreza extrema²¹.

Hace mucho tiempo ya que la pobreza no se mide sólo en términos económicos. Las dos crisis del petróleo que produjo el siglo XX permitieron emerger a los países árabes como grupo de presión y también comprobar que un índice alto de producto bruto interno no se condecía con altos niveles de desarrollo.

Así las cosas, varias instituciones –entre ellas la famosa “Escuela de Chicago” pero también el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo, PNUD– invirtieron en la construcción de un indicador más apto. En 1990, el PNUD produjo el Primer Informe sobre Desarrollo Humano. Se señala allí que

El desarrollo humano es un proceso mediante el cual se amplían las oportunidades de los individuos, las más importantes de las cuales son una vida prolongada y saludable, acceso a la educación y el disfrute de un nivel de vida decente. Otras oportunidades incluyen la libertad política, la garantía de los derechos humanos y el respeto a sí mismo, lo que Adam Smith llamó la capacidad de interactuar con otros sin sentirse “avergonzado de aparecer en público”²².

Diez años más tarde, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales adopta una Declaración sobre la Pobreza y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en la que sin ambages, califica a la pobreza como una negación de derechos humanos y propone atacar el fenómeno desde los derechos humanos para reforzar las estrategias contra la pobreza y consolidar la política de eliminación de la exclusión social²³. El Comité señala que se trata de: “la falta de la capacidad básica para vivir con dignidad. Esta definición

²¹ Tercer Informe sobre la situación de los derechos humanos en Paraguay... párr. 4.

²² Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, *Informe sobre Desarrollo Humano 1990*. PNUD, Washington, 1990, pág. 33.

²³ E/C.12/2001/10.

reconoce algunas características más generales de la pobreza, como el hambre, una educación deficiente, la discriminación, la vulnerabilidad y la exclusión social”²⁴.

En el mismo orden de ideas, expresa que a tenor de la Carta Internacional de Derechos Humanos, la pobreza puede definirse como una condición humana que se caracteriza por la privación continua o crónica de los recursos, la capacidad, las opciones, la seguridad y el poder necesarios para disfrutar de un nivel de vida adecuado y de otros derechos civiles, culturales, económicos, políticos y sociales. Aunque reconoce que no hay ninguna definición universalmente aceptada, el Comité apoya este concepto multidimensional de la pobreza, que refleja la naturaleza individual e interdependiente de todos los derechos humanos²⁵.

A la vuelta del nuevo milenio, la pobreza y el hambre ingresaron en la agenda internacional en lugar prioritario. La Cumbre del Milenio celebrada en Nueva York en septiembre de 2000 definió ocho objetivos, siete de los cuales deberían realizarse para 2015. El primero de ellos consiste en erradicar la pobreza extrema y el hambre. Para ello se han propuesto tres metas: reducir a la mitad, entre 1990 y 2015, la proporción de personas con ingresos inferiores a 1 dólar por día; lograr el empleo pleno y productivo y el trabajo decente para todos, incluidos las mujeres y los jóvenes, y reducir a la mitad, entre 1990 y 2015, el porcentaje de personas que padecen hambre²⁶.

En el mundo computable –el que pueden cubrir las estadísticas– existe la pobreza de ingresos. Quienes viven con menos de uno o

²⁴ Según el capítulo II, titulado “Erradicación de la pobreza”, del Programa de Acción de la Cumbre Mundial sobre Desarrollo Social (1995): “La pobreza tiene diversas manifestaciones: falta de ingresos y de recursos productivos suficientes para garantizar medios de vida sostenibles, hambre y malnutrición, mala salud, falta de acceso o acceso limitado a la educación y a otros servicios básicos, aumento de la morbilidad y la mortalidad a causa de enfermedades, carencia de vivienda o vivienda inadecuada, medios que no ofrecen condiciones de seguridad, y discriminación y exclusión sociales. También se caracteriza por la falta de participación en la adopción de decisiones en la vida civil, social y cultural” (párr. 19).

²⁵ E/C.12/2001/10, párrs. 7-8.

²⁶ Véase <<http://www.un.org/spanish/millenniumgoals/poverty.shtml>>, disponible al 22 de julio de 2010.

dos dólares diarios están computados en las estadísticas²⁷. A ellos se dirigen algunos planes sociales.

Sin embargo, la coyuntura que se inicia con el siglo XXI escapa a las estadísticas. Los sistemas políticos capitalistas, y especialmente los del tercer mundo, acentuaron las políticas económicas liberales en los años 90 sin reparo en los contextos humanos. De esta suerte, millones de personas resultaron “expulsadas del sistema” que dejó de computarlas. El concepto de “exclusión” pasó a ocupar un primer plano. Así lo admitió el Informe sobre Desarrollo Humano 1997²⁸. Se trata, pues, de una pobreza de ingresos eventual, con más falta de acceso a las oportunidades del desarrollo humano.

Asumir un enfoque de derechos humanos para abordar el tema de la pobreza supone superar enfoques asistencialistas, como las estrategias de ayuda nacional e internacional, con sus correlativos costos, para emplazar el tema en los derechos, en la titularidad que de ellos tiene toda persona. En un enfoque de derechos, los titulares tienen reclamos computables y los Estados, deberes concretos.

El enfoque de pobreza permite computar lo que no se contabiliza en las estadísticas, esa porción, cada día más alta, que está quedando fuera, los excluidos. Implica superar la pérdida de ciudadanía y construir incluyendo. En definitiva, supone practicar la política del buen gobierno, esto es, transparencia en las decisiones, rendición de cuentas, respeto del Estado de Derecho y de los derechos humanos. La dimensión de la pobreza permite distinguir entre los actores, reconociendo que la vulnerabilidad y la exclusión no siempre coinciden. En la actualidad en la mayoría de nuestras sociedades, los jóvenes –incluso los de las clases medias y altas– son vulnerables en punto al goce y ejercicio de sus derechos y sin embargo, no son excluidos en la

²⁷ World Bank, *The World Development Indicators (WDI)*, 2009.

²⁸ “In the 1970s the concept of social exclusion came into the literature to analyse the condition of those who are not necessarily income-poor –though many are that too– but who are kept out of the mainstream of society even if not income-poor. The inadequacy of traditional definitions of poverty, based on incomes and consumption, was widely acknowledged to explain these new concerns”, PNUD, *Human Development Report 1997*, <http://78.136.31.142/en/media/hdr_1997_en_chap1.pdf>, pág. 17. Disponibles al 22 de julio de 2010.

acepción más generalizada del término. La globalización también tiene consecuencias en este punto y aunque las realidades concretas llamen a respuestas o fórmulas específicas, ciertos criterios o principios rectores se erigen con validez casi planetaria.

Por lo mismo, cabe una elaboración participada de políticas y estrategias, y también de normas.

Coherente con lo anterior es el esquema del Banco Mundial sobre estrategias de reducción de la pobreza que buscan invertir parte de la deuda de los Estados más pobres con los organismos mundiales de financiamiento en la reducción de la pobreza. Para ello, cada Estado debe someter su propia estrategia cuya elaboración requiere inexorablemente de la participación de la sociedad civil²⁹. En América Latina son siete los países que se inscriben en esta iniciativa: Bolivia³⁰, Dominica³¹, Grenada³², Guyana³³, Haití³⁴, Honduras³⁵ y Nicaragua³⁶.

La dimensión de la pobreza permite entonces la toma de conocimiento del Estado del contexto –básicamente las insatisfacciones de la democracia–, y coadyuva a un buen diagnóstico. En este sentido, es de ayuda para el diseño de políticas públicas.

“El siglo XXI abre a una América desolada por la pobreza, la exclusión y la discriminación. Hay una ciudadanía social a la que

²⁹ Véase, el sitio del Banco Mundial al respecto, <<http://www.worldbank.org>>, topics, poverty, poverty reduction strategies

³⁰ Véase, <<http://www.imf.org/external/NP/prsp/2001/bol/01/033101.pdf>>, disponible al 22 de julio de 2010.

³¹ Véase, <<http://www.imf.org/external/pubs/ft/scr/2006/cr06289.pdf>>, disponible al 22 de julio de 2010.

³² Véase, <<http://www.imf.org/external/pubs/ft/scr/2008/cr08354.pdf>>, disponible al 22 de julio de 2010.

³³ Véase, <<http://www.imf.org/External/NP/prsp/2002/guy/01/052302.pdf>>, disponible al 22 de julio de 2010.

³⁴ Véase, <<http://www.imf.org/external/pubs/ft/scr/2008/cr08115.pdf>>, disponible al 22 de julio de 2010.

³⁵ Véase, <<http://www.imf.org/External/NP/prsp/2001/hnd/01/083101.pdf>>, disponible al 22 de julio de 2010.

³⁶ Véase, <<http://www.imf.org/External/NP/prsp/2001/nic/01/073101.pdf>>, disponible al 22 de julio de 2010.

no todos los gobiernos dan tratamiento adecuado³⁷. Los derechos humanos desde la dimensión de la pobreza exigen de los Estados determinados comportamientos³⁸.

4. El acceso a la justicia con enfoque universal y solidario en beneficio de los grupos y personas más excluidas

La exclusión social supone eyectar del sistema a la gente; de tal modo, la pérdida de ciudadanía social se da inexorablemente. Con ello, vienen dadas otras notas tales como la prescindencia respecto del servicio de justicia.

Se ha señalado con acierto que “un poder judicial independiente e imparcial formado por jueces idóneos es la mejor garantía para la adecuada administración de justicia, en definitiva, para la defensa de los derechos humanos³⁹”.

En toda situación de violación sistemática de derechos humanos, el papel de la administración de justicia no ha sido pleno. Cuando la violación es crónica, como en los contextos de pobreza, el poder judicial permanece lejano.

En el sistema europeo, esta problemática fue analizada en la década del 70 en el marco del caso Airey. La reclamante carecía de los recursos económicos necesarios para afrontar los gastos de un abogado que la asistiera en el procedimiento de separación judicial de su esposo ante la High Court de Irlanda. Pese a que la ley no exigía asistencia letrada, la complejidad probatoria del proceso y la práctica habitual de ese Tribunal hacían poco probable que la reclamante pudiera llevar adelante su separación sin ayuda letrada; además, no había un sistema de asistencia jurídica gratuita que incluyera asuntos de familia. La reclamante se agraviaba de no tener acceso efectivo ante los tribunales. En su sentencia, el Tribunal Europeo de Derechos

³⁷ Véase, *Anuario de Derechos Humanos 2007*. Universidad de Chile, Centro de Derechos Humanos, Santiago, Chile, 2007, pág. 58.

³⁸ Doz Costa, Fernanda, “Pobreza y derechos humanos: desde la retórica a las obligaciones legales. Una descripción crítica de los marcos conceptuales”, en: *Sur. Revista Internacional de Derechos Humanos* No. 9. 2008, págs. 87-115.

³⁹ OEA/Ser.L/V/II.66 doc. 10 rev. 1, párr. 193.

Humanos (TEDH) estimó que no existía un deber concreto de Irlanda, a la luz del Convenio Europeo sobre Derechos Humanos, de proveer asistencia jurídica gratuita en materia civil, pues correspondía a cada Estado la elección de las medidas razonables para garantizar el acceso a la justicia removiendo los obstáculos materiales apuntados (la asistencia jurídica puede ser un medio, pero hay otros, como la simplificación de los procedimientos). Sin embargo, en el caso de especie, el Estado no había garantizado su derecho de efectivo acceso a la justicia violando de tal modo el artículo 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos⁴⁰. En casos más recientes, el TEDH ha vuelto a referirse a la obligación de proveer servicios de asistencia jurídica gratuita en aquellos supuestos en los que la ausencia de un abogado pueda representar una violación al derecho de acceder a la justicia⁴¹.

Ya a los inicios de los 90, cuando el impulso del liberalismo económico cubría a la mayoría de los países del sistema, la Comisión Interamericana solicitó a la Corte IDH una opinión consultiva respecto de la exigencia del agotamiento de los recursos internos en situaciones de carencia de recursos. Concretamente, la CIDH preguntó: “¿Se aplica el requisito de agotar los recursos jurídicos internos a un indigente que, debido a circunstancias económicas, no es capaz de hacer uso de los recursos jurídicos en el país?”⁴². En este contexto, la indigencia⁴³ planteada por la CIDH es más cercana a una pobreza de ingresos que a una situación de pobreza global como la hemos considerado en esta presentación. Así, la CIDH sostiene que

...ha recibido ciertas peticiones en que la víctima alega no haber podido cumplir con el requisito de agotar los remedios previstos en las

40 Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso Airey del 9 de octubre de 1979 (Pub. TEDH, Serie A, No. 32), que puede consultarse en castellano en *Tribunal Europeo de Derechos Humanos. 25 años de jurisprudencia 1959-1983*, págs. 563-577.

41 Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Steel y Morris v. Reino Unido*, sentencia del 15 de febrero de 2005.

42 Corte IDH, *Excepciones al agotamiento de los recursos internos (Artículos 46.1, 46.2.a y 46.2.b Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, OC-11/90 de 10 de agosto de 1990, Serie A No. 10.

43 El Diccionario de la Real Academia Española define indigencia como “Falta de medios para alimentarse, para vestirse, etc.”.

leyes nacionales al no poder costear servicios jurídicos o, en algunos casos, el valor que debe abonarse por los trámites.

En la ocasión, la Corte IDH entendió que la imposibilidad de agotamiento de los recursos internos por carencia de recursos para costearlos suponía una discriminación por posición económica, prohibida en el artículo 1.1 de la Convención que violaba la igualdad ante la ley protegida en el artículo 24 e impedía satisfacer el derecho a la jurisdicción protegido en el artículo 8; ello así, era obligación del Estado garantizar el goce y ejercicio de los derechos protegidos a todas las personas bajo su jurisdicción. En este orden de ideas, si un Estado ha probado la disponibilidad de los recursos, corresponde al reclamante encuadrarse en las excepciones a la regla del agotamiento de los recursos internos⁴⁴.

Por su parte, la CIDH elaboró el informe *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*⁴⁵. Sostiene allí que

Numerosas cuestiones vinculadas con el efectivo acceso a la justicia, como la disponibilidad de la defensa pública gratuita para las personas sin recursos y los costos del proceso, resultan asuntos de inestimable valor instrumental para la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales⁴⁶.

De esta forma,

Las políticas que apuntan a garantizar servicios jurídicos a personas carentes de recursos actúan como mecanismos para compensar situaciones de desigualdad material que afectan la defensa eficaz de los propios intereses. Por tal motivo, son quizás las políticas judiciales que se relacionan con las políticas y servicios sociales⁴⁷.

⁴⁴ Corte IDH, *Excepciones al agotamiento de los recursos internos...* párrs. 22-31.

⁴⁵ OEA/Ser.L/V/II.129 Doc. 4, 7 de septiembre de 2007.

⁴⁶ *Ibidem*, párr. 48.

⁴⁷ *Ibidem*, párr. 49.

Asimismo,

...además de la falta de organización de servicios de patrocinio jurídico gratuito, el SIDH ha identificado otros factores que pueden redundar en la imposibilidad de acceder a la justicia: los costos de los procesos y la localización de los tribunales⁴⁸.

De esta suerte es posible sostener que el sistema interamericano de derechos humanos (SIDH) ha desarrollado una práctica consistente en punto a que existe una obligación jurídica positiva para los Estados de remover los obstáculos en el acceso a la justicia que tengan origen en la posición económica de las personas. En este sentido, tienen el deber de proveer servicios jurídicos gratuitos a las personas sin recursos, a fin de evitar la vulneración de su derecho a las garantías judiciales y a la protección judicial efectiva, incluidas las acciones complejas como las constitucionales.

Sin embargo, en la práctica de la CIDH “las alegaciones de indigencia no son suficientes sin otras pruebas producidas por el peticionario para demostrar que se vio impedido de invocar y agotar los recursos internos”⁴⁹. Para determinar la procedencia de la asistencia legal gratuita debe atenderse a la disponibilidad de recursos por parte de la persona afectada, la complejidad de las cuestiones involucradas en el caso y la importancia de los derechos afectados. También debe considerarse el costo del proceso judicial que no debe ser excesivo y que el recurso judicial posterior a la acción administrativa sea “sencillo, rápido y económico”.

Lo que parece claro es que frente a la pobreza de ingresos el SIDH ha generado acciones, pautas y criterios que comprometen a los Estados y que, básicamente, consisten en la puesta en funciones de una política pública de vinculación de lo judicial con los sectores más carenciados.

El punto es que este cuadro no llega a la situación de pobreza/exclusión. No lo hace, simplemente porque el excluido no contempla

⁴⁸ *Ibidem*, párr. 66.

⁴⁹ *Ibidem*, párr. 59, citando CIDH, Informe No. 81/05, Petición 11.862, Inadmisibilidad, Andrew Harte y Familia, Canadá, 24 de octubre de 2005.

la posibilidad de la acción judicial. Se trata de un contexto en el que lo verificable es el trabajo social y comunitario. El tendido de relaciones que construyan un entramado que acerque a quienes están fuera es, probablemente, lo prioritario. En este contexto, podría computarse la herramienta de la acción judicial como elemento que conduzca o motive además de la solución del caso de especie, la adopción de una política pública comprensiva de un colectivo amplio.

El rol de las ONG deviene así decisivo ya que el litigio motorizado por el interés público puede permitir un empleo estratégico del sistema que identifique casos y áreas en las que el impacto sea más alto y la réplica más amplia. Obviamente esto no prejuzga sobre la importancia de acceso al sistema en el caso por caso.

El enfoque de derechos humanos para la cuestión de la pobreza conduce a profundizar la democracia. Se trata de dotar de mayor representatividad a los poderes legislativos para que expresen más genuinamente el margen de tolerancia de esa sociedad democrática respecto de las restricciones permisibles, y para que apuren la adopción de legislación necesaria para garantizar el goce y ejercicio de los derechos humanos. Ello conduce a una mayor incidencia de los poderes judiciales en la habilitación del goce y ejercicio de los derechos humanos, especialmente de los DESC. También incluye la participación responsable de la sociedad civil y la rendición de cuentas del poder administrador.

Finalmente, el combate a la pobreza exige de políticas públicas amplias que contemplen como obligación primaria de los gobiernos el respeto de la dignidad y libertad de todas las personas en condiciones de igualdad y sin discriminación.

Pobreza, derechos humanos y políticas públicas. Aspectos conceptuales y propuestas metodológicas

*Eitan Felner**

En un texto que lograría celebridad, Jonathan Swift presentó, en 1729, “una modesta proposición para impedir que los niños de los pobres en Irlanda sean una carga para sus padres o su país, y hacerlos provechosos para la sociedad”. La misma consistía en que las clases pudientes, tras alimentar a esos niños debidamente, se los comieran. Así lo cuenta el filósofo argentino Santiago Kovadloff en un artículo titulado *La pavorosa naturalidad de la miseria*. A la propuesta de Swift, Kovadloff agrega su propio comentario irónico:

Las masas y los hambrientos, sin embargo, no sólo sobrevivieron a esta propuesta. Las llamadas sociedades del bienestar los producen y reproducen con regularidad, de modo que por doquier se los ve multiplicarse y expandirse. Hoy son legión y su abundancia prueba que el desarrollo y la exclusión, administrados por la perversidad, siguen siendo fenómenos complementarios¹.

La pavorosa naturalidad con la que se acepta muchas veces la pobreza se debe quizás a la magnitud y persistencia del problema. Como señaló el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité DESC) en su Declaración ante la Conferencia Mundial de Derechos Humanos:

Indicadores estadísticos sobre el alcance de las privaciones o sobre la violación de derechos económicos, sociales y culturales han sido

* Investigador y consultor en derechos humanos, especializado en derechos económicos y sociales, desarrollo humano y métodos de investigación. De 2004 a 2008, fue el Director Ejecutivo del Center for Economic and Social Rights. Anteriormente, Director Ejecutivo de B'Tselem, el Centro de Información Israelí para los Derechos Humanos en los Territorios Ocupados y Presidente de la Sección Israelí de Amnistía Internacional. Fue investigador asociado del Carr Center for Human Rights Policy en la Universidad de Harvard.

¹ Kovadloff, Santiago, “La pavorosa naturalidad de la miseria”, La Nación, Argentina, 23 de julio de 2006, (disponible al 23 de julio de 2010 en: <http://www.lanacion.com.ar/nota.asp?nota_id=825395>).

citados con tanta frecuencia que tienden a perder su impacto. La magnitud, severidad y constancia de esas privaciones han provocado actitudes de resignación, sentimientos de desesperanza y cierta fatiga de compasión. Las respuestas mudas a esta situación son la consecuencia de la renuencia a caracterizar estos problemas como una negación importante y masiva de los derechos económicos, sociales y culturales. Y a pesar de todo es difícil entender cómo la situación puede realmente ser descrita de alguna otra manera que no sea la mencionada².

Quizás no exista un fenómeno social que impacte tan profundamente sobre el bienestar de tantas personas como la pobreza. La pobreza influye en todos los aspectos de la vida de aquellos que la padecen por su carácter multifacético, inhibe tanto las capacidades individuales de los pobres como sus capacidades en los ámbitos económico, social y político. Como afirmó acertadamente Louise Arbour, cuando era la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos:

La pobreza significa no sólo insuficiencia de ingresos y de bienes materiales, sino también la falta de oportunidades, de seguridad y de poder; todo ello socava la dignidad humana y exacerba la vulnerabilidad del indigente. Como resultado, los pobres son más susceptibles de morir de enfermedades preventivas; sufren de una mayor tasa de mortalidad infantil como también de un escaso acceso a la educación y a la vivienda adecuada. El crimen y la violencia los afectan más severamente. Es probable que el cambio climático suponga también una carga más pesada para los pobres. Se quedan fuera del proceso de toma de decisiones políticas habitualmente y la justicia permanece fuera de su alcance³.

Debido al impacto y a la profundidad como afecta a la vida de millones de hombres, mujeres y niños en el mundo, la pobreza hoy en día está considerada por muchos como el mayor desafío y el problema más grave de derechos humanos en el mundo⁴.

² UN Doc. E/1993/22, Anexo III, párrs. 5 y 7.

³ Conferencia de Louise Arbour, Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en la Universidad Federal de Rio de Janeiro, 5 de diciembre de 2007 (disponible al 23 de julio de 2010 en: <<http://www.unhchr.ch/hurricane/hurricane.nsf/view01/519421827327A99CC12573AE004BB519?opendocument>>).

⁴ Así lo afirmó Arbour: “Hoy en día, la pobreza prevalece como el desafío más grave para los derechos humano en el mundo”, Día de los Derechos Humanos

El reto que supone la pobreza para el movimiento de derechos humanos no se debe solo a la envergadura y complejidad que tiene el problema sino, también, al hecho de que hasta ahora no se hayan encontrado estrategias adecuadas para convencer a gobiernos y agencias internacionales que analizar el tema de la pobreza desde la perspectiva de los derechos humanos tiene una gran utilidad práctica para su erradicación. Cuando éstos abordan el tema de la pobreza lo hacen, en general, sólo como un problema ligado al tema del desarrollo, ignorando la relación directa que tiene con las obligaciones de derechos humanos. Éste fue el caso, por ejemplo, hace más de una década, en la Cumbre Mundial para el Desarrollo Social y lo sigue siendo hoy en día, según demuestran los Objetivos de Desarrollo del Milenio (ODM) en los cuales la vinculación pobreza-derechos humanos se estableció solamente *a posteriori*.

Que haya poca presencia y poco margen para los defensores de derechos humanos en los debates sobre desarrollo se debe, en parte, a la renuencia de los Estados a aceptar que deben rendir cuentas en las áreas de política económica y social. Además, me permito sugerir que se debe también en gran parte, a la falta de claridad conceptual sobre la relación entre pobreza y derechos humanos, así como a la escasez de herramientas metodológicas adecuadas que permitan demostrar en situaciones concretas de pobreza, el valor específico que añade una perspectiva de derechos humanos a los análisis de economistas, sociólogos y otros expertos en desarrollo.

Esta conferencia pretende contribuir a esclarecer la relación entre la pobreza y los derechos humanos y proponer un marco metodológico que nos ayude a analizar críticamente las políticas públicas del Estado que contribuyen a perpetuar o exacerbar la pobreza, y de este modo

2006, disponible al 23 de julio de 2010 en: <<http://www.un.org/spanish/events/humanrights/2006/>>. Asimismo, en el contexto interamericano, Roberto Cuéllar y otros autores han sostenido desde el Instituto Interamericano de Derechos Humanos que “la pobreza es causa y producto de las violaciones de los derechos humanos, por ello y por su extensión es probablemente el más grave de los problemas de derechos humanos en las Américas”, *Los derechos humanos desde la dimensión de la pobreza. Una ruta por construir en el sistema interamericano*. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 2007, pág. 11.

determinar cuándo la pobreza puede ser considerada como una violación de los derechos humanos.

1. Aspectos conceptuales

La mayoría de los debates teóricos sobre pobreza y derechos humanos gira en torno a la pregunta sobre si la pobreza constituye una violación de los derechos humanos o, en menor medida, es la causa y/o el resultado de las violaciones de derechos humanos⁵. Creo que esta forma dicotómica de plantear la relación entre pobreza y violación de derechos humanos no es la más adecuada. La cuestión no reside en analizar si la pobreza es, en sí misma, una violación de derechos humanos (o el producto de violaciones de derechos humanos), sino cuándo –en qué circunstancias– la pobreza es una violación de derechos humanos (o cuándo –en qué circunstancias– es el producto de violaciones de derechos humanos). Reformular la pregunta de esta manera presupone que la pobreza puede constituir, en ciertas ocasiones, una violación de los derechos humanos (o un producto de tales violaciones) pero, en otras ocasiones, puede no implicar ni lo uno ni lo otro. Esta hipótesis está basada en la distinción conceptual entre la violación de los derechos humanos y la negación de estos derechos, entendida la negación como la incapacidad de los titulares de gozar de los mencionados derechos.

a. Pobreza ¿negación o violación de los derechos humanos?

El hecho de que la pobreza inhiba el goce y ejercicio efectivos de los derechos humanos es evidente. Esto es particularmente obvio en el caso de los derechos económicos y sociales. Como sostiene el International Council on Human Rights Policy,

⁵ Debido a la escasez de espacio de que dispongo en este trabajo, no analizaré si es más adecuado concebir la pobreza como una violación de los derechos humanos o como una causa y producto de la violación de los derechos humanos, aunque en general suscribo al análisis que hizo sobre este tema Fernanda Doz Costa (véase “Pobreza y derechos humanos: desde la retórica a las obligaciones legales – una descripción crítica de los marcos conceptuales”, en: *Sur, Revista Internacional de Derechos Humanos*, No. 9 (disponible al 23 de julio de 2010 en: <<http://www.surjournal.org/esp/conteudos/pdf/9/doz.pdf>>).

La imposibilidad de acceso a recursos esenciales y materiales tiende a ser el elemento más compartido por aquéllos que no disfrutaban de derechos económicos y sociales, [y a su vez] la inmensa mayoría de quienes no tienen una vivienda, los analfabetos, los desempleados, los que no tienen acceso a cuidados básicos sanitarios, ni a agua potable, ni a tierra ni alimentos también son pobres⁶.

Como sostuvo Leandro Despouy, ex Relator Especial de la Subcomisión de Derechos Humanos sobre la Extrema Pobreza y los Derechos Humanos: la pobreza no constituye solo un atentado contra los derechos económicos y sociales, sino también contra los derechos civiles y políticos⁷. Al respecto, se pronunció la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), señalando que la pobreza extrema “hace ilusoria la participación ciudadana, el acceso a la justicia y el disfrute efectivo, en general, de los derechos humanos”⁸.

La pobreza ataca de manera cotidiana y multifacética la dignidad humana de quienes la padecen, reflejando dramáticamente la indivisibilidad y la interdependencia de los derechos humanos. En este sentido el Relator Especial de la Sub-Comisión: “Se trata de un proceso acumulativo de precariedades que se encadenan y refuerzan mutuamente: malas condiciones de vida, hábitat insalubre, desempleo, mala salud, carencia de educación, marginalización, etc.”⁹. O en palabras de Mary Robinson, ex Alta Comisionada de Naciones Unidas para los Derechos Humanos:

La pobreza extrema es para mí la mayor negación del ejercicio de los derechos. Uno no vota, no participa en ninguna actividad política, los puntos de vista propios no son escuchados, no tienes comida, no tienes refugio, tus hijos se mueren de enfermedades prevenibles – ni siquiera tienes el derecho a agua potable. Es una negación de

⁶ International Council on Human Rights Policy, *Duties sans frontières human rights and global social justice*. ICHRP, Versoix, Suiza, 2003, pág. 28.

⁷ E/CN.4/Sub.2/1996/13, párrs. 176-178, citado en Pinto, Mónica, “Los derechos humanos desde la dimensión de la pobreza”, XXVI Curso Interdisciplinario en Derechos Humanos, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2008.

⁸ CIDH, Tercer Informe sobre la situación de los derechos humanos en Paraguay, OEA/Ser./L/VII.110 doc. 52 (2001), Capítulo V, párr. 17 (citado en Mónica Pinto, *ibídem*).

⁹ E/CN.4/Sub.2/1996/13, párrs. 176-178.

la dignidad y el valor de cada individuo que es lo que proclama la Declaración Universal¹⁰.

Sin embargo, el hecho de que la pobreza implique siempre una negación de los derechos humanos e inhiba la capacidad de las personas para gozar tanto de los derechos económicos, sociales y culturales como de los derechos civiles y políticos, no significa que la pobreza implique siempre una violación de los derechos humanos. Para determinar desde una perspectiva estrictamente jurídica qué acciones u omisiones resultan ser una violación de un derecho económico, social o cultural es importante distinguir entre la incapacidad y la falta de voluntad de un Estado para cumplir con sus obligaciones internacionales con respecto de estos derechos¹¹.

b. Cuando la pobreza no implica una violación de los derechos humanos

La complejidad conceptual y el reto metodológico en concebir la pobreza como una violación de derechos humanos —y no solo como una negación del goce de esos derechos— se debe, principalmente, a que las causas por las que millones de personas viven en la pobreza y se ven privadas de educación básica, asistencia médica, vivienda o alimentación son múltiples y complejas. Algunas de estas razones no se pueden atribuir al Estado, en consecuencia, no pueden ser consideradas violaciones de derechos humanos. Un ejemplo paradigmático es la incapacidad de un Estado de erradicar la pobreza debido a la escasez de recursos. De acuerdo al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), los Estados tienen el deber de adoptar todas las medidas a su alcance “hasta el máximo de los recursos

¹⁰ Robinson, Mary, BBC News, jueves 21 de noviembre de 2002. Disponible al 23 de julio de 2010 en: <http://news.bbc.co.uk/2/hi/talking_point/forum/1673034.stm>. Citado por “Pobreza y derechos humanos: desde la retórica a las obligaciones legales – una descripción crítica de los marcos conceptuales”... pág. 92.

¹¹ Véase, Comisión Internacional de Juristas/Instituto de Derechos Humanos Urban Morgan de la Facultad de Derecho de la Universidad de Cincinnati y la Facultad de Derecho de la Universidad de Maastricht (Países Bajos). “Directrices de Maastricht sobre violaciones de derechos económicos, sociales y culturales”, en: *Human Rights Quarterly*, v. 20. The John Hopkins University Press, agosto de 1998.

disponibles” para lograr la plena efectividad de los derechos allí consagrados¹². Por lo tanto un Estado que haya adoptado todas las medidas a su alcance para poder erradicar la pobreza que afecta a parte de su población y carece de recursos suficientes para lograr este objetivo, no estaría incurriendo en una violación de sus obligaciones en materia de derechos sociales, incluso cuando los habitantes de dicho Estado tenga inhibida la capacidad para gozar de los derechos humanos debido precisamente a la pobreza en la que viven.

Por lo tanto, la pobreza puede significar la privación del disfrute de los derechos humanos, sin que ello implique una violación de estos derechos. Esto ocurre especialmente en situaciones como los desastres naturales o las epidemias, las cuales generan un empobrecimiento severo en parte de la población sin que dependa este resultado de la voluntad política del Estado.

En otras ocasiones el empobrecimiento es el resultado de lo que el economista Adam Smith llamó “la mano invisible”. Como señala Thomas Pogge, en nuestro mundo fuertemente interdependiente, la conducta de la gente común –compradores o inversores, empleados o empleadores– en sociedades prósperas, desencadena efectos importantes en los niveles de pobreza en países en desarrollo:

Muchas de nuestras decisiones económicas diarias afectan a las vidas de otras personas: los productos que compramos de vendedores, camareros, dueños de comercios, de gerentes o accionistas de corporaciones... Generalmente esos efectos pueden ser mínimos. Pero el impacto de estas transacciones no se detiene acá, porque estas transacciones que realizamos también influyen en las decisiones de estos dueños de comercio, gerentes, etc., de modo que afectan también a sus vidas. Es decir, nuestros gustos y preferencias como consumidores influyen sobre la cantidad de café, fruta, flores, juguetes, camisetas o computadoras que son importadas así como en los destinos turísticos que son desarrollados en el extranjero. Estas decisiones, a su vez, influyen en las oportunidades de empleo en países pobres y, por lo tanto, pueden tener un impacto muy importante en sus vidas y en las de sus familias. Dada la extrema vulnerabilidad de mucha gente en los países pobres, un cambio en las modas en

¹² PIDESC, art 2:1. Este principio también se refleja en el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

un país rico puede fácilmente salvar a cientos de vidas, proveyendo empleos desesperadamente necesarios e igualmente puede fácilmente determinar la muerte prematura de niños cuyos padres han perdido el trabajo. De hecho, pueden coexistir ambos efectos simultáneamente, por ejemplo, trasladando la demanda de una fábrica de un país en desarrollo a otro¹³.

Asimismo, hay ocasiones en que situaciones de pobreza son el resultado de la acumulación de injusticias pasadas –a veces de siglos, como aquellas sufridas por muchos pueblos indígenas y grupos étnicos minoritarios, víctimas de múltiples forma de opresión y discriminación– y que persisten a pesar de los esfuerzos del gobierno actual en erradicarlas.

c. ¿Cuándo la pobreza es una violación de derechos humanos?

Para comprender las diversas formas en las que la pobreza puede ser el resultado de la violación de derechos humanos, es útil hacer uso de la tipología tripartita de las obligaciones del Estado con respecto a los derechos humanos: respetar, proteger, satisfacer¹⁴.

Cuando el empobrecimiento de una o más personas se puede atribuir a la interferencia del Estado en el ejercicio de uno o más derechos, claramente podemos considerar la situación de empobrecimiento como una consecuencia directa de la violación de los derechos humanos (específicamente una violación a la obligación de respetar). Esto ocurre, por ejemplo, “cuando un Estado no respeta la propiedad de un individuo, su libertad para encontrar un trabajo de su preferencia, o la libertad de realizar las acciones necesarias y usar los recursos

¹³ Pogge, Thomas, “Severe Poverty as Human Rights Violation”, en: Pogge, T. (ed.), *Freedom from Poverty as a Human Right*. Oxford University Press, 2007, pág. 16.

¹⁴ Esta tipología fue desarrollada originariamente por Asbjorn Eide cuando ocupaba el cargo de Relator Especial del Derecho a la Alimentación de la Subcomisión para la Prevención de la Discriminación y Protección de las Minorías (véase, “El derecho a una alimentación adecuada como derecho humano”, UN Doc. E/CN.4/Sub.2/1987/23); posteriormente fue adoptada por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su jurisprudencia.

adecuados – sólo o en asociación con otros– para satisfacer sus propias necesidades”¹⁵, y como resultado este individuo se empobrece.

Asimismo, la pobreza implica una violación de los derechos humanos (específicamente una violación a la obligación de proteger) cuando el Estado no es capaz de prevenir el abuso de terceros a los derechos de otros individuos. Y esta negligencia, a su vez, exacerba o perpetúa la marginalización de los pobres. Esto ocurre, por ejemplo, cuando el Estado no es capaz de adoptar medidas efectivas para prevenir prácticas abusivas de empresarios hacia sus trabajadores.

Finalmente, la obligación que tienen los Estados de satisfacer los derechos humanos (lo cual implica adoptar medidas apropiadas de carácter legislativo, administrativas, presupuestarias o de otra índole, para dar plena efectividad a los derechos humanos) está supeditada a utilizar el máximo de sus recursos disponibles para tales medidas. Por lo tanto, como sostiene Philip Alston, incluso en el caso de un país con recursos muy limitados –más aún en los países con recursos suficientes– la proposición de que la pobreza es una violación de los derechos humanos será válida si el “gobierno ha fracasado en haber adoptado las medidas necesarias para mejorar la situación y ha optado, por el contrario, por destinar sus escasos recursos a otros objetivos que no tienen nada que ver directamente con la satisfacción de los derechos más básicos”¹⁶.

Como veremos, hay diversos motivos por los cuales un gobierno no destina el máximo de sus recursos disponibles a la realización progresiva de los derechos sociales, lo cual, en general, tiene un impacto negativo en los niveles y extensión de la pobreza. En algunos casos, esto es el resultado de acciones deliberadas por parte

¹⁵ Informe del Relator Especial de Naciones Unidas, Asbjorn Eide, E/CN.4/Sub.2/1999/12, de 28 de junio de 1999, párrs. 51-57, citado por Magdalena Sepulveda, *The nature of the obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*. Utrecht University Institute for Legal Studies, 2003, pág. 161.

¹⁶ Alston, Philip, “Ships Passing in the Night: The Current State of the Human Rights and Development Debate Seen Through the Lens of the Millennium Development Goals”, en: *Human Rights Quarterly*, v. 27. The John Hopkins University Press, 2005, págs. 786-7.

de agentes de gobierno. Son los casos, por ejemplo, de las prácticas corruptas que reducen los recursos disponibles para el cumplimiento efectivo y progresivo de los derechos económicos y sociales, o de la distribución discriminatoria de los recursos de los servicios sociales, al ser destinados menos recursos a aquellas áreas donde la mayoría de las personas pertenece a un grupo étnico minoritario. En otros casos, la exclusión de grupos marginados de los programas y recursos necesarios para gozar de sus derechos económicos y sociales se debe simplemente a la indiferencia de las élites políticas y económicas por el bienestar de estos grupos¹⁷.

Es importante subrayar que como las obligaciones del Estado con respecto a los derechos humanos no incluyen solo obligaciones negativas¹⁸ de respetar estos derechos, sino también las obligaciones positivas de proteger y satisfacer estos derechos, la pobreza puede implicar una violación de los derechos humanos no solo cuando el Estado haya sido el causante original de esa situación de pobreza, sino también en aquellas circunstancias en las cuales el Estado no haya hecho, a su vez, lo suficiente para prevenirla o, una vez ocurrida, para eliminarla o reducirla¹⁹. Es decir, el hecho que la pobreza se deba, por ejemplo, a estragos de la naturaleza o a “una mano invisible” social, no exime al Estado de responsabilidad de reparar el daño y de prevenir, en la medida de lo posible, su repetición.

En este sentido, la tipología tripartita de obligaciones con respecto a los derechos humanos, encaja con la observación de la filósofa Judith Shklar de que muchas veces los desastres y tragedias causados

¹⁷ Como escribe Len Rubenstein: “Es más probable que los ministerios, por ejemplo, se dediquen más a los centros urbanos que a las zonas rurales; es posible que ignoren a las poblaciones vulnerables debido a su debilidad como electorado político; y es también posible que un burócrata encargado de implementar un programa rara vez considere que debe satisfacer los derechos de todos” (Len Rubenstein, “Economic, Social, and Cultural Rights: a response to Kenneth Roth”, en: *Human Rights Quarterly*, v. 26. The John Hopkins University Press, 2004).

¹⁸ Obligaciones negativas son aquellas que establecen lo que los Estados no deben hacer.

¹⁹ Véase, International Council for Human Rights Policy, “Duties Sans Frontières: Human Rights and Global Social Justice”. ICHRP, Versoix, Suiza, pág. 19 y ss.

por la naturaleza o por nuestros predecesores son reforzadas por lo que ella denomina la “injusticia pasiva” de funcionarios públicos; es decir, “los errores para prevenir o mitigar las condiciones presentes de las víctimas de esos desastres o tragedias”. En este sentido apunta la siguiente sugerencia: “Necesitamos dirigir nuestro sentido de injusticia en menor escala hacia la búsqueda de posibles imitadores y las inmediatas causas de desastres, que hacia aquéllos que no hacen nada para prevenirlos o para ayudar a las víctimas”²⁰.

Asimismo, es importante destacar que existe una relación proporcionalmente inversa entre la complejidad para determinar cuándo una situación de pobreza implica una violación de cada una de estas tres obligaciones del Estado y la magnitud con la que cada uno de este tipo de violaciones afecta a la pobreza. Así, es relativamente sencillo determinar cuándo una situación de pobreza fue causada, perpetuada o exacerbada por una violación al derecho de respetar; este tipo de violaciones ocurre relativamente con menos frecuencia y afecta a menos gente que aquellas situaciones de pobreza causadas, perpetuadas o exacerbadas por una violación de la obligación de satisfacer los derechos humanos. Y, a su vez, es mucho más complejo poder determinar cuándo una situación de pobreza, y sus concomitantes privaciones en materia de educación, salud, alimentación o vivienda, es el resultado de una violación de la obligación de satisfacer, ya que este tipo de obligación no es una obligación inmediata como la obligación de respetar, sino una obligación progresiva que depende de los recursos disponibles.

Por lo tanto, dado el amplio impacto que tienen en la persistencia de la pobreza las violaciones de la obligación de satisfacer, un desafío crucial para poder determinar cuándo la pobreza puede ser concebida como una violación de los derechos humanos es poder determinar en qué circunstancias las situaciones de pobreza han sido creadas, perpetuadas o exacerbadas por acciones u omisiones específicas de las políticas gubernamentales o estatales²¹. Esto conlleva un

²⁰ Shklar, Judith, *The Faces of Injustice*. Yale University Press, julio de 1992, pág. 55.

²¹ Las Directrices de Maastricht sobre violaciones de derechos económicos, sociales y culturales declaran: “Las violaciones a los derechos económicos, sociales y

reto metodológico ya que, como hemos visto, las causas por las que millones de personas viven en la pobreza y se ven privadas de educación básica, asistencia médica, vivienda o alimentación son múltiples y complejas, y no siempre pueden atribuirse a acciones u omisiones del Estado.

Por eso, para exigir la rendición de cuentas de los gobiernos sobre situaciones de pobreza, no es suficiente citar datos dramáticos sobre el alcance de la pobreza y referirse a los estándares legales de derechos humanos. Más bien, lo que se necesita es un marco analítico y metodológico que nos permita distinguir entre situaciones de pobreza y sus concomitantes privaciones de educación, salud y alimentos que son el resultado de factores más allá del control de gobiernos nacionales, y privaciones en las cuales las políticas gubernamentales son un contribuyente preponderante, si no un factor causal.

2. Una propuesta metodológica²²

A continuación se propone un marco metodológico en tres pasos básicos que nos ayuda a determinar sí y cuándo las privaciones en educación, salud y otros derechos sociales, de las que generalmente padecen los pobres, pueden ser causadas por fallos en las políticas públicas del Estado, en cuyo caso nos permitirá caracterizarlas y hablar de violaciones de derechos humanos.

El punto de partida inicial de esta metodología es la clasificación de indicadores propuesta originariamente por el primer Relator Especial de Naciones Unidas sobre el Derecho a la Salud, Paul Hunt, desarrollada posteriormente por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y adoptada a su vez por los comités supervisores de los tratados de derechos humanos de Naciones Unidas,

culturales también pueden ocurrir a través de la omisión o el fracaso de los Estados en tomar las medidas necesarias emergentes de sus obligaciones legales” (“Directrices de Maastricht sobre violaciones de derechos económicos, sociales y culturales”... párr. 15).

²² Esta sección es una versión adaptada de mi artículo “¿Cómo operacionalizar el uso de indicadores para el monitoreo de los derechos económicos y sociales? Una propuesta metodológica”, que será publicado próximamente en un libro coeditado por Pilar Arcidiácono, Nicolás Espejo, y César Rodríguez sobre los derechos sociales, publicado por Editorial Siglo del Hombre.

así como por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su propuesta del uso de indicadores en la elaboración de los informes periódicos sobre el Protocolo de San Salvador²³.

Estas propuestas clasifican a los indicadores de derechos humanos en tres tipos: 1) indicadores de resultado: que miden el grado en que una población goza de un derecho específico, como las tasas crónicas de desnutrición o tasas de analfabetismo; 2) indicadores de proceso: que miden los diversos tipos de esfuerzos llevados a cabo por el Estado en tanto responsable principal de los derechos sociales en la implementación de sus obligaciones, por ejemplo, la proporción de nacimientos atendidos por personal sanitario cualificado; y 3) indicadores estructurales: que reflejan la ratificación y adopción de instrumentos legales y la existencia de mecanismos institucionales básicos considerados necesarios para facilitar la realización de un derecho humano.

Paso # 1: Identificación de las privaciones y disparidades en el disfrute de los derechos sociales

El primer paso consiste en identificar privaciones en el goce de los derechos sociales (de las cuales, como hemos visto, casi siempre padecen en forma desproporcionada los pobres). Este paso se basa en herramientas cuantitativas simples, típicamente usadas en el campo del desarrollo, que utiliza primordialmente indicadores de resultado (tales como tasas de finalización de la educación primaria, tasas de mortalidad materna o tasas de desnutrición infantil). La selección de indicadores de resultado relevante debe determinarse principalmente de conformidad con los estándares legales o normativos de cada derecho, pero también de acuerdo con la disponibilidad de datos.

²³ Hunt, Paul, *Informe del Relator Especial sobre el Derecho de Toda Persona al Disfrute del más Alto Nivel Posible de Salud Física y Mental a la Comisión de Derechos Humanos*, UN Document, E/CN.4/2006/48, 2006; Office Of The United Nations High Commissioner For Human Rights, *Report on Indicators for Promoting and Monitoring the Implementation of Human Rights*, UN Document HRI/MC/2008/3, junio de 2008, disponible al 24 de julio de 2010 en: <<http://www2.ohchr.org/english/bodies/icm-mc/docs/HRI.MC.2008.3EN.pdf>>; Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Lineamientos para la elaboración de indicadores de progreso en materia de derechos económicos, sociales y culturales*, OEA/Ser.L/V/II.132, 2008.

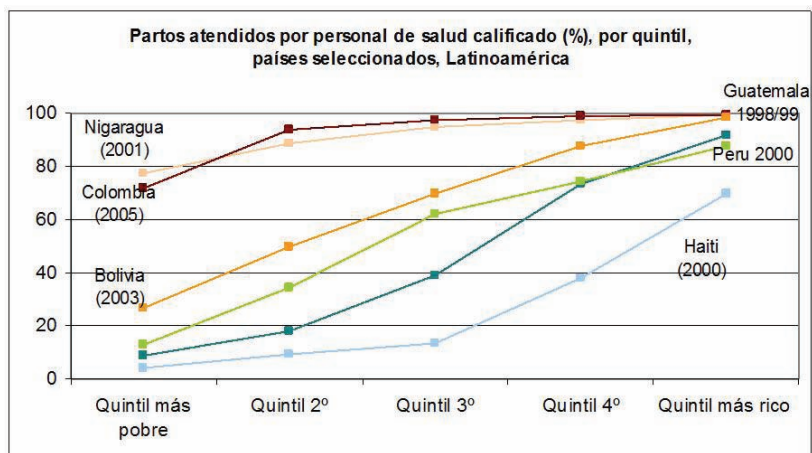
El análisis de los indicadores de resultado no sólo proporciona una instantánea del nivel de cumplimiento de los derechos sociales en un país dado, sino también puede contribuir a evaluar si los Estados –como responsables principales del efectivo cumplimiento de los derechos humanos– cumplen o no con los aspectos clave de sus obligaciones en esta materia. Estos indicadores específicamente pueden ayudar a evaluar si un Estado cumple o no con sus “obligaciones mínimas” para prestar, por lo menos, niveles esenciales de cada uno de los derechos²⁴, ya que revelan el nivel de privación de los elementos más básicos del derecho a la salud, la educación, la alimentación y otros derechos económicos y sociales.

Este paso también sirve para medir el logro progresivo de acuerdo con los máximos recursos disponibles, puesto que permite analizar el progreso o el retroceso de los derechos humanos en un período de tiempo según el nivel de desarrollo del país. Por ejemplo, examinando los datos de un indicador social relacionado al goce de algún derecho (como el porcentaje de niños con desnutrición crónica o la tasa de finalización de educación primaria) contra el PBI interno per cápita, se puede ver si los niveles de ese indicador social en un país determinado están por debajo del nivel típico observado en otros países con niveles similares de PBI per cápita, lo que estaría sugiriendo que ese país no está cumpliendo con su deber de avanzar progresivamente hacia la plena efectividad de los derechos económicos y sociales acorde a los máximos recursos de que dispone.

Utilizando otro método simple, se puede mostrar que los pobres tienen menos acceso a servicios esenciales para el goce de los derechos sociales. Por ejemplo, el siguiente gráfico ilustra un método usado por la Organización Mundial de la Salud, en base a datos recopilados por el Banco Mundial, que compara por quintiles de ingreso el porcentaje de partos atendidos por personal de salud calificado, una intervención crucial para asegurar un parto saludable y prevenir la mortalidad

²⁴ El Comité DESC afirma que existe, en todo caso, “una obligación mínima de asegurar la satisfacción de por lo menos niveles esenciales de cada uno de los derechos”, Comité DESC, Observaciones Generales No. 3, *La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto)*. Quinto período de sesiones, 1990, párr. 10.

materna. El gráfico muestra que, independientemente de la distribución que tengan las mujeres en cada quintil de ingresos en cada país, en todos estos países, el porcentaje de mujeres pobres que tienen partos atendidos por personal de salud calificado es muy inferior al de otras mujeres en el mismo país²⁵.



Fuente: Gwatkin et al, Socio-Economic Differences in Health, Nutrition, and Population within Developing Countries, World Bank 2007.

Debe señalarse que las privaciones o disparidades en el disfrute de los derechos sociales no proporcionan en sí mismas evidencias concluyentes de que un Estado haya violado un particular derecho puesto que, como se señaló anteriormente, las privaciones o disparidades podrían ser resultado de factores externos al gobierno. En algunos casos, un Estado puede haber hecho más esfuerzos que sus Estados vecinos para reducir las privaciones o desigualdades en educación, salud y seguridad de alimentación y, sin embargo,

²⁵ Para una lista ilustrativa de herramientas que usan indicadores de resultado para monitorear las diversas dimensiones de las obligaciones del Estado en materia de derechos económicos y sociales, véase Felner, Eitan, “¿Una nueva frontera para la defensa de los derechos económicos y sociales? Convirtiendo los datos cuantitativos en una herramienta para la rendición de cuentas en derechos humanos”, en: *Sur, Revista Internacional de Derechos Humanos*, No. 9, disponible al 24 de julio de 2010 en: <<http://www.surjournal.org/esp/contenidos/pdf/9/felner.pdf>>. Este paso también incluye comparaciones de indicadores de resultado con indicadores estructurales (como niveles de compromisos constitucionales o estándares internacionales de derechos humanos).

debido a circunstancias fuera de su control, los niveles de privación o desigualdades hayan empeorado²⁶.

Sin embargo, la evidencia de privación o disparidades sugiere la posible existencia de violaciones específicas a los derechos humanos y puede servir como un primer paso crucial para una evaluación más amplia de la situación de los derechos humanos.

Paso # 2: Análisis de políticas públicas para superar obstáculos que inhiben el goce de los derechos sociales

El segundo paso en la metodología propuesta consiste en utilizar datos cuantitativos combinados con información cualitativa, para determinar en qué medida las privaciones en materia de derechos sociales pueden atribuirse a fallos en las políticas públicas, identificando y exponiendo casos en los que acciones u omisiones específicas de las políticas estatales contribuyen a crear, perpetuar o exacerbar los altos niveles de privación en el goce de los derechos sociales, según lo identificado en el paso no. 1.

Así, mientras el primer paso se relaciona más directamente con el goce de los derechos desde la perspectiva de su titular, este paso ayuda a definir el grado con que el Estado cumple o no con sus obligaciones en materia de derechos humanos.

Para determinar la adecuación de las intervenciones políticas estatales es necesario comprender la naturaleza y el alcance de los obstáculos que impiden el goce de los derechos sociales, ya que no

²⁶ El caso del derecho a la salud en Botswana demuestra lo insuficiente que resulta usar sólo niveles de privación (medidos por indicadores de resultado) como el único patrón de cumplimiento de las obligaciones del Estado en materia de derechos humanos. Desde que la epidemia de VIH/SIDA llegó a Botswana, la expectativa de vida en el país retrocedió drásticamente y, como resultado, su posición en el Índice de Desarrollo Humano de derechos sociales descendió también significativamente. Si se observaran sólo estos resultados se podría concluir que el gobierno de Botswana ha descuidado sus obligaciones de derechos humanos. Lo cierto es que Botswana ha sido ampliamente elogiada por su respuesta a la crisis de VIH/SIDA, aunque aún no ha podido impedir que la enfermedad tenga un importante impacto en los resultados de salud en el país (Hines, A.. "A collaborative human rights measurement regime". Documento de trabajo presentado en la Conferencia "Measuring Progress, Assessing Impact". Harvard University, Cambridge, mayo de 2005).

sería posible evaluar si los esfuerzos de las políticas son adecuados sin saber cuáles son los obstáculos que esas políticas vienen supuestamente a enmendar.

Por lo general, la combinación de muchos factores determina el nivel de goce de los derechos sociales. Por ejemplo, los elementos determinantes del derecho a la salud se extienden no sólo a un cuidado médico oportuno y apropiado, sino que también abarcan una amplia gama de factores socioeconómicos que condicionan la salud, como la alimentación y la nutrición, la vivienda, el acceso al agua potable y segura y a un saneamiento adecuado, las condiciones de trabajo seguras y sanas, y la existencia de un medio ambiente saludable²⁷. Factores similares afectan también a otros derechos.

Para poder identificar los fallos de las políticas públicas que afectan el goce de los derechos sociales, es necesario precisar algunas distinciones básicas encontradas sobre los diferentes tipos de factores que afectan a las áreas clave de la educación, la salud o la seguridad alimentaria y que producen altos niveles de tasas de deserción escolar, mortalidad infantil o materna, y desnutrición crónica.

Los factores determinantes de la salud y de la educación pueden clasificarse ampliamente como factores de oferta o factores de demanda. Los factores del lado de la oferta están asociados a la provisión de servicios de salud y educación. Están directamente relacionados con las políticas y las intervenciones del gobierno, e incluyen esfuerzos aportados por el gobierno, como hospitales y escuelas, provisión de materiales y equipamiento médico y escolar, docentes y médicos, etc.

Al mismo tiempo, los bienes y servicios necesarios para el goce del derecho a la educación o salud pueden estar disponibles, pero no ser utilizados con frecuencia debido a los factores que determinan la demanda o utilización de estos servicios. Aunque su influencia en los resultados de salud y educación es más indirecta que la de los factores del lado de la oferta, los factores de demanda son, no obstante,

²⁷ Comité DESC, Observaciones Generales No. 14, *El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*, E/C.12/2000/4, 11 de agosto de 2000.

elementos críticos de lo que puede ser “un camino causal largo y complejo” que lleva a un determinado resultado²⁸.

La pobreza es un factor fundamental de la demanda de servicios; puede determinar si un hogar alcanza a pagar los servicios médicos o enviar a sus niños a la escuela. La pobreza también afecta frecuentemente a los niveles de educación y salud, no solo por la poca capacidad que tienen los pobres para afrontar los gastos de cuidados médicos y educación. Cuando la gente pobre no accede a agua potable o al saneamiento, a la calefacción o al combustible no contaminante para cocinar, se encuentra más expuesta a enfermedades y con menos resistencia para enfrentarlas. Además es probable que estas personas estén mal alimentadas, lo que también reduce su resistencia a las enfermedades²⁹. A su vez, la pobreza de ingresos suele asociarse con la desnutrición y con las viviendas de condición precaria e insalubre y, en general, ambas inhiben la capacidad de aprendizaje de los niños.

Así mismo, las creencias o barreras culturales son factores determinantes clave sobre quién requiere y utiliza los servicios de salud y educación. Esto se observa, en particular, en los roles de los hombres y las mujeres, definidos culturalmente. Por ejemplo, la dedicación de las niñas a las tareas del hogar y el cuidado familiar (de hermanos, enfermos y ancianos) afecta negativamente, en muchos casos, la participación de las niñas en la escuela.

No todos los factores que afectan estos resultados sociales (causando o exacerbando los niveles de privación en el goce de los derechos) lo hacen de forma directa. De hecho, varios autores se refieren a una larga secuencia de causas interrelacionadas que llevan a un determinado resultado³⁰.

²⁸ Braveman, Paula “Monitoring equity in health and healthcare: a conceptual framework”, en: *Journal of Health, Population and Nutrition*, v. 3. Calverton, Estados Unidos de América, septiembre de 2003, págs. 181-192.

²⁹ Victoria, C.G., A. Wagstaff, J. Schellenber, D. Gwatkin, M. Claeson, y J.P. Habicht, “Applying an equity lens to child health and mortality: more of the same is not enough”, en: *The Lancet*, v. 362, n. 9379. Londres, 19 de julio de 2003.

³⁰ Por ejemplo, sobre los determinantes de la mortalidad infantil, véase Mosley, H. y L. Chen, “An analytical framework for the study of child survival in developing countries”, en: *Population and Development Review*, v. 10. Population Council Nueva York, 1984.

Este breve e incompleto recuento de los factores que afectan a los resultados de la educación primaria, ilustra lo complejo que puede ser determinar las causas de privaciones o disparidades en el goce de los derechos sociales en casos concretos; por ejemplo, determinar el impacto relativo de cada uno de los múltiples determinantes en el país X para tener un porcentaje tan alto de niños que no completan la escuela primaria, o el grado en que diversos factores explican las profundas disparidades en las tasas de mortalidad materna entre diversos grupos de población en el país Y. Este tipo de análisis exige, en general, un uso bastante sofisticado de conocimientos y herramientas técnicas, como un análisis estadístico avanzado que la mayoría de los actores del movimiento de derechos humanos que trabajan en derechos sociales –ya sea activistas de ONG nacionales o internacionales, miembros de un Comité de Naciones Unidas o Relatores Especiales– no están capacitados para llevar a cabo³¹.

Pero afortunadamente para los propósitos del monitoreo de derechos humanos, no hay necesidad de establecer nexos causales firmes entre un resultado y toda una gama de determinantes, ni es necesario estimar tan precisamente el impacto exacto de factores específicos en ciertos resultados. Por el contrario, los defensores de derechos humanos suelen fundamentarse en una gran cantidad de estudios realizados por expertos en ciencias sociales que identifican las razones principales de la privación y las desigualdades existentes en la nutrición, la mortalidad materna o la enseñanza.

a. Identificación de las falencias de las políticas para proporcionar servicios adecuados

Los elementos o características que el Comité DESC considera como esenciales de los derechos económicos y sociales, pueden servir como base para evaluar si las políticas públicas adoptadas por un Estado en un sector determinado (como el sector de la educación o la

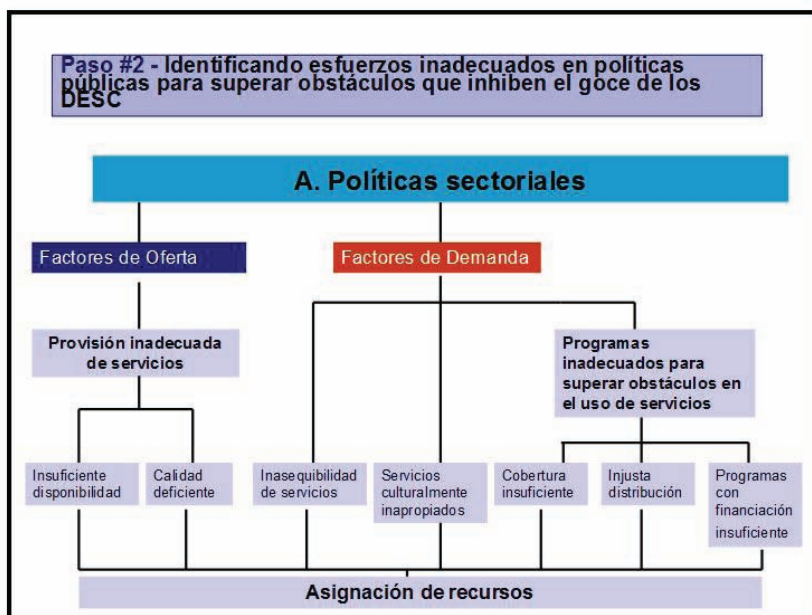
³¹ Estudios econométricos que usan regresiones múltiples pueden indicar en qué medida las diferencias en las tasas de mortalidad infantil en diversos países pueden explicarse por gastos mayores en salud del gobierno o por tasas más altas de educación femenina, por ejemplo, o hasta qué punto los cambios en las tasas de mortalidad infantil se deben a la desigualdad de ingresos.

salud) para superar los obstáculos que inhiben el goce de los derechos sociales, son adecuadas. Con respecto a los derechos a la educación y la salud estos elementos incluyen la disponibilidad de bienes y servicios, la accesibilidad física a servicios e instalaciones (como la distancia a las escuelas y los hospitales) y la asequibilidad (accesibilidad económica) a los servicios, la adaptabilidad o aceptación cultural de los servicios (como la susceptibilidad al sexo y la adecuación cultural de los servicios) y la calidad de los servicios³². Como muestra el siguiente gráfico, algunos de estos elementos están relacionados a factores de la oferta, mientras otros están ligados a factores de la demanda. A su vez, la viabilidad que las políticas públicas puedan superar en forma adecuada los posibles obstáculos de la oferta y de la demanda de servicios esenciales para el goce de los derechos sociales depende, en buena medida, de la disponibilidad de recursos adecuados para implementar estas políticas.

Para medir la disponibilidad, la accesibilidad, la asequibilidad, la calidad y la adaptabilidad cultural de los servicios públicos es posible hacer uso de métodos cuantitativos sencillos que se utilizan generalmente en el ámbito del desarrollo³³.

³² Comité DESC, Observaciones Generales No. 13, *El derecho a la educación (artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*, E/C.12/1999/10, 8 de dic. de 1999, párr. 6; Observaciones Generales No. 14... párr. 12.

³³ Para una descripción de métodos ilustrativos, véase Felner, “¿Una nueva frontera para la defensa de los derechos económicos y sociales?”... págs. 132-134.



Fuente: elaboración propia.

b. Identificación de las falencias en programas dirigidos a superar obstáculos en el uso de servicios sociales

Muchos Estados adoptan programas dirigidos a superar obstáculos en el uso de servicios sociales para superar los obstáculos de demanda, que muchas veces impiden que la gente utilice los bienes y servicios necesarios para disfrutar de los derechos sociales (factores de demanda).

Así, por ejemplo, como los costes directos e indirectos de la educación y la salud impiden en muchos casos que los segmentos más pobres de la población utilicen estos servicios, existen en muchos países programas para incentivar el uso de estos servicios esenciales de educación o salud, por ejemplo, subvencionando los costes de la educación de los niños más pobres o proporcionando alimentos en los comedores escolares. Este tipo de intervenciones generalmente se lleva a cabo por medio de programas dirigidos por la agencia estatal con la responsabilidad general sobre el sector relevante (es decir, el Ministerio de Educación en el caso de un obstáculo al derecho a la educación, o el Ministerio de Salud para los obstáculos al derecho a la salud).

Las siguientes son algunas sugerencias iniciales sobre las herramientas cuantitativas que pueden ser útiles para determinar si estos programas implementados por un determinado Estado son adecuados en aspectos clave como la cobertura, la financiación y la distribución de sus beneficios.

Para determinar si la cobertura del programa es suficiente. Para determinar si la cobertura de un programa destinado a superar un obstáculo al disfrute de los derechos sociales del lado de la demanda es suficiente, lo más simple es comparar el número de personas cubiertas por el programa con el número de personas afectadas por ese obstáculo específico. Por ejemplo, si un programa de becas destinado a compensar los costos de la educación alcanza a sólo el 10% de las familias pobres que no envían a sus niños a la escuela debido a esos costes, entonces la cobertura del programa es obviamente insuficiente.

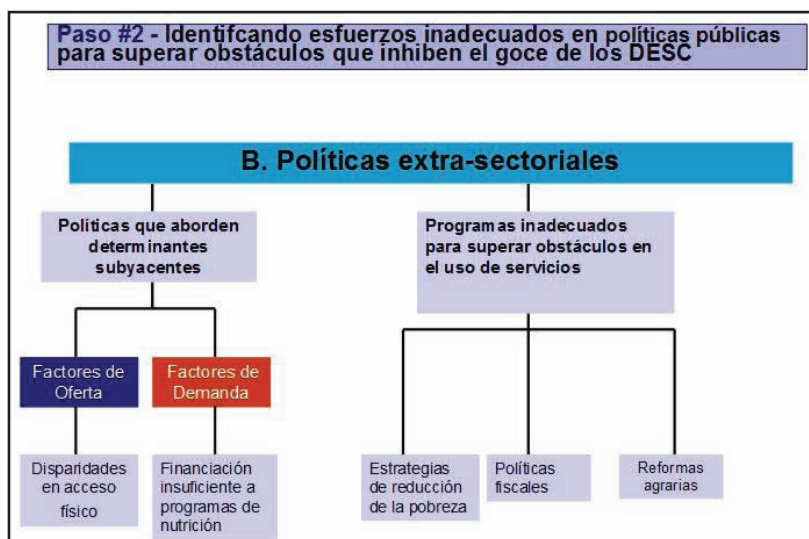
Para determinar si el financiamiento del programa es suficiente. La comparación con otros países de la misma región puede mostrar si el país investigado está gastando suficientes recursos en un programa dirigido a remover un obstáculo del lado de la demanda. Para ello, es preciso realizar una doble comparación: comparar tanto los recursos que el país investigado y otros países de la región dedican a un programa específico, como los niveles de privación de ese derecho en el país investigado y otros países de la región.

Para medir si las ventajas del programa se distribuyen justamente. Se puede analizar la distribución de los beneficios de un programa destinado a impulsar la demanda de un determinado grupo (por ejemplo indígena/no-indígena, pobre/no-pobre) o áreas geográficas (por ejemplo provincia o municipio) y contrastarlos con los niveles de privación que supuestamente enfrentan los mismos grupos o lugares. Esto puede ayudar a identificar patrones de distribución injustos que benefician a quienes no están necesitando más esos programas³⁴.

³⁴ Con frecuencia la literatura sobre desarrollo caracteriza estos complicados patrones de distribución como problemas de ineficiencia. Sin embargo, esto no es una simple cuestión de ineficiencia; despilfarrar los recursos de esos programas en quienes realmente no tienen mayor necesidad puede privar a los desfavorecidos de la única oportunidad que tienen de llegar a tener una educación o de no estar crónicamente desnutridos.

c. Identificación de falencias en políticas extra-sectoriales que afectan la demanda de los servicios sociales

Para analizar los problemas relacionados con la baja demanda de servicios sociales, los Estados también pueden adoptar políticas extra-sectoriales dirigidas a cambiar los factores socio-económicos o culturales que originan los obstáculos en la demanda. A diferencia de las políticas sectoriales que, en general, se concentran en un programa específico y se implementan por la agencia estatal directamente responsable de ese sector (por ejemplo el Ministerio de Sanidad, en programas específicos para incentivar el uso de los servicios del sistema sanitario), como lo muestra el siguiente gráfico, las políticas extra-sectoriales se diseñan para abordar factores socio-económicos o culturales más amplios que requieren, a menudo, todo un conjunto de programas llevados a cabo por un número de agencias gubernamentales. Por ejemplo, una estrategia integral para la reducción de la pobreza requiere un enfoque multi-sectorial que comprenda todo un conjunto de políticas y programas macroeconómicos, estructurales y sociales.



Fuente: elaboración propia.

Para determinar cuáles de estas políticas se deben examinar al monitorear los esfuerzos estatales por cumplir con sus obligaciones en derechos sociales, es necesario identificar cuales son los factores que están impidiendo que las personas ejerzan sus derechos. Imaginemos por ejemplo, que durante el paso no. 1 del marco metodológico propuesto encontramos que, en determinado país, hay una gran proporción de niñas que abandona la escuela primaria, mientras la mayoría de los varones la completan. Si advertimos que las costumbres y las normas sociales pueden estar influenciando las decisiones de los padres de no enviar a las niñas a la escuela, entonces deberíamos considerar si el Estado ha hecho esfuerzos o no para contrarrestar estas normas sociales arraigadas. Esto podría requerir la promoción de reformas legislativas en derecho de familia y de herencia³⁵, o el impulso de campañas de concienciación pública sobre los beneficios de la educación femenina.

En otros casos, se observa que el principal motivo por el que muchos padres no envían a sus hijas a la escuela no se debe a las normas culturales o sociales, sino más bien a razones económicas. Por ejemplo, puede ser que en ese país los varones suelen recibir mayores ingresos que las mujeres con el mismo nivel de educación; de modo que los hogares pobres sin medios suficientes para enviar a todos sus hijos a la escuela, eligen enviar a los varones y no a las niñas. En este caso, lo que debemos determinar es si los gobiernos han hecho o no esfuerzos específicos para cambiar las circunstancias del mercado laboral para que no discrimine a las mujeres y para que las

³⁵ En muchas sociedades, debido a los principios patriarcales de herencia –por los que la propiedad familiar se transmite a los hombres–, y a las estructuras patriarcales de autoridad –en las que la mayoría de los recursos están bajo el control del hombre de mayor edad–, las mujeres tienen negado el acceso a recursos propios y su capacidad de proveérselos para sí mismas está restringida. En tales sociedades, las mujeres tienden a ser consideradas como dependientes económicos. Los costos de oportunidad de enviar a las niñas a la escuela son menores que para los varones, ya que no se espera que ellas produzcan un ingreso independiente en el futuro. En tales circunstancias, los padres prefieren enviar a la escuela sólo a los varones. (UNESCO, *Education for all global monitoring report 2003/4: gender and education for all – the leap to equality*, 2003/2004).

oportunidades y ventajas conseguidas por todos los niños con idéntico o igual nivel de educación sean iguales³⁶.

d. Evaluación sobre la asignación de recursos

Como parte de las políticas que los Estados deben adoptar, se incluyen medidas legislativas, administrativas y financieras³⁷. Un aspecto fundamental para medir el éxito del esfuerzo político es el grado en que se asignan recursos suficientes a los programas sociales, tales como el sistema educativo o de sanidad, y si esta asignación está distribuida o no en forma proporcional a las carencias o necesidades.

Para este propósito, lo ideal es realizar un análisis profundo del presupuesto. Algunas ONG han sido pioneras al integrar rigurosos análisis de presupuesto al monitoreo de los derechos humanos³⁸. Pero muchos activistas de derechos humanos no tienen las habilidades técnicas, el tiempo o los recursos requeridos para emprender tan compleja tarea. Sin embargo, es posible adoptar algunas herramientas cuantitativas simples y útiles para determinar la equidad de la adecuación y la distribución de los recursos dedicados a lograr la efectividad de los derechos sociales.

Para este objetivo, el esquema de los cuatro índices desarrollados inicialmente por el PNUD –Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo– para analizar el gasto público en el desarrollo humano puede ser muy útil³⁹. Con el propósito de evaluar si la asignación de recursos que asigna un gobierno a sectores como salud y educación es acorde con sus obligaciones en materia de derechos sociales, sugiero adaptar este esquema y utilizar los siguientes índices⁴⁰:

³⁶ *Ibidem*.

³⁷ Comité DESC, Observaciones Generales No. 3...

³⁸ Por ejemplo Fundar de México, el Proyecto de Presupuesto para los Niños del Instituto Sudafricano para la Democracia (IDASA) y DISHA en India.

³⁹ Para más detalles sobre el uso potencial de este esquema para el monitoreo de los derechos económicos y sociales, véase Felner, “¿Una nueva frontera para la defensa de los derechos económicos y sociales?”... págs. 138-142.

⁴⁰ La diferencia entre las proporciones del gasto propuestas por el PNUD y las aquí propuestas es que el enfoque del PNUD consolida todos los tipos de servicios sociales en una sola proporción, sumando conjuntamente los gastos de diferentes servicios sociales tales como salud, el sistema educativo, la provisión de agua y el

- *Índice de gasto público.* Es el porcentaje del ingreso nacional (medido en Producto Bruto Interno o PBI) destinado a un sector determinado relacionado con un derecho económico y social. Por ejemplo, el índice del gasto en educación es el gasto en educación como % del PBI. Este índice refleja la dimensión del presupuesto designado a un derecho con relación a la dimensión de su economía.
- *Índice de asignación.* Es el porcentaje del gasto público destinado a un sector determinado relacionado con un derecho económico y social. Por ejemplo, el índice de la asignación para la educación es el gasto en educación como proporción asignada en el gasto público. Este índice muestra el nivel de recursos que un Estado está dispuesto a invertir en la efectividad de un derecho, reflejando de este modo el grado de compromiso estatal con ese derecho.
- *Índice de prioridad en obligaciones mínimas.* Es el porcentaje del gasto en educación, en salud o en otro sector social que está destinada a las obligaciones mínimas, tales como educación primaria o cuidado médico materno. Por ejemplo, el índice de prioridad para la educación primaria es el gasto en educación primaria como parte de la partida de educación.
- *Índice del gasto en obligaciones mínimas.* Es el gasto en aquellas áreas de las obligaciones mínimas como un porcentaje del PBI. Por

sistema sanitario. Sin embargo, para que este análisis sea útil para el monitoreo de los derechos humanos, estas proporciones se deben estudiar por separado de acuerdo con cada sector (es decir, salud, nutrición, vivienda, etc.). De esta manera, se logran dos ventajas: por un lado, el análisis del gasto por separado permite determinar el cumplimiento por parte del Estado de cada derecho en particular (por ejemplo, el derecho a la educación o el derecho a la salud). Esto no es posible si se analizan todos los servicios sociales en una misma categoría; y por el otro, existe una mayor información sobre gastos fácilmente accesible (por ejemplo los relacionados con el derecho a la educación o el derecho a la salud), pero otros menos accesibles o menos disponibles (tales como los vinculados con la provisión de agua potable o la vivienda adecuada), lo que dificulta bastante la aplicación práctica de esas proporciones. Posiblemente ésta es una de las razones por las que el marco del PNUD no se ha usado tanto como podría esperarse (cf. Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), *Informe sobre Desarrollo Humano 1991* (disponible al 24 de julio de 2010 en: <http://hdr.undp.org/en/media/hdr_1991_es_indice.pdf>, y *ibidem*, *Informe sobre Desarrollo Humano, 1996* (disponible al 24 de julio de 2010 en: <<http://hdr.undp.org/es/informes/mundial/idh1996/>>).

ejemplo, el índice del gasto en salud materna es el gasto en salud materna como parte del PBI.

Estos índices podrían ser una efectiva herramienta de monitoreo para permitir identificar cuando:

- Un gobierno dedica recursos insuficientes a un área relacionada con un derecho específico, tal como la educación, la salud, la seguridad alimentaria, etc.
- Un gobierno parece no recaudar ingresos suficientes para financiar adecuadamente las obligaciones del Estado.
- Dentro de un sector relacionado con los derechos sociales, un gobierno asigna recursos desproporcionadamente limitados a los ítems presupuestarios que deberían ser prioritarios, en tanto podrían tener mayor impacto en asegurar los niveles mínimos esenciales de los derechos sociales (por ejemplo, un gasto desproporcionado en educación terciaria versus educación primaria, en hospitales metropolitanos en comparación con servicios rurales de cuidado médico primarios).

Paso # 3: Análisis de las causas estructurales que influyen en políticas públicas inadecuadas

En muchos casos la falta de políticas adecuadas puede deberse a una genuina insuficiencia de recursos del país o a ineficiencias en la gestión pública. En estos casos, en los cuales la carencia de las políticas adecuadas para permitir el goce de los derechos se debe a factores no relacionados a la voluntad política del Estado, el valor que tenga una perspectiva de derechos humanos para abordar este tipo de problemas puede ser limitado. En estos casos, los gobiernos deberían contar principalmente con expertos en educación, salud, finanzas o gobernabilidad. Sin embargo, no hay que olvidar que una perspectiva de derechos humanos nos enseña que, con frecuencia, la falta de políticas adecuadas es el resultado de causas estructurales que generan o perpetúan desigualdades en el goce de los derechos sociales.

Este paso pretende sugerir posibles causas estructurales de por qué un Estado determinado no está cumpliendo con sus obligaciones en materia de derechos sociales y perpetuando así situaciones de pobreza.

Diversas causas estructurales pueden mermar la capacidad de un Estado para adoptar las políticas públicas necesarias para garantizar un disfrute adecuado y equitativo de los derechos sociales. Por ejemplo:

- La falta de recursos suficientes para servicios sociales básicos (en educación, salud, etc.) puede deberse a que una parte importante del presupuesto va a parar a manos de gobernantes corruptos⁴¹, o a que, en muchos países, las élites económicas utilizan su excesivo poder sobre el gobierno para evitar cualquier ampliación de la carga tributaria necesaria para generar recursos destinados a gastos sociales⁴².
- En ciertos casos, las desigualdades interregionales en la distribución de recursos en los sistemas educativo o sanitario o en infraestructuras necesarias para el crecimiento económico pueden deberse a la discriminación contra minorías étnicas o pueblos indígenas concentrados en las regiones más marginadas del país o al clientelismo político que, en muchos casos, hace que un gobierno asigne más recursos a aquellas regiones que en su mayoría votaron por el partido gobernante, mientras se asigna muy pocos recursos a aquellas otras regiones que apoyaron a partidos de la oposición.
- En muchos casos, como hemos visto, la falta de acceso de las mujeres servicios sociales básicos, puede atribuirse a la discriminación en contra de las mujeres dentro del hogar –debido por ejemplo a creencias y estructuras patriarcales que menosprecian el valor de la educación en las niñas– reforzadas por gobiernos que no hacen lo suficiente para contrarrestar estas normas sociales arraigadas.
- En muchos casos, la deficiente calidad de servicios sociales puede deberse a que los salarios que el Estado paga a aquellos directamente responsables de proveer esos servicios –maestros,

⁴¹ Véase, por ejemplo, Human Rights Watch, *“Chop Fine”. The Human Rights Impact of Local Government Corruption and Mismanagement in Rivers State, Nigeria*, 2007; Human Rights Watch, *Well Oiled. Oil and Human Rights in Equatorial Guinea*, 2009.

⁴² Véase por ejemplo, Instituto Centroamericano de Estudios fiscales (ICEFI) y Center for Economic and Social Rights (CESR), *¿Derechos O Privilegios? El derecho a la salud y a la educación en Guatemala: un momento decisivo* (de próxima publicación).

médicos, enfermeras, etc.— son muy insuficientes, lo cual influye en que personas con capacidad y preparación renuncien a estas ocupaciones en busca de otros trabajos mejor remunerados y que aquellos otros que permanecen en estos trabajos tengan, muchas veces, que combinarlos con otros trabajos y no tengan incentivos para desempeñar adecuadamente su trabajo.

La mayoría de estas causas estructurales están relacionadas con la desigual relación de poder en el hogar, en la sociedad, en la economía y en la política; con mucha frecuencia son estas causas las responsables de los bajos niveles de educación y salud, y de elevados niveles de pobreza. Como observa UNESCO con respecto a la educación:

La inequidad en educación está vinculada a amplias disparidades en la distribución de poder, riqueza y oportunidad. Y es perpetuada por políticas que toleran o activamente exacerban una injusta distribución de las oportunidades de la vida, políticas que alimentan la transmisión de pobreza a lo largo de generaciones⁴³.

Por lo tanto, analizar la pobreza desde una perspectiva de los derechos humanos en situaciones concretas, requiere un examen de las relaciones de poder en una sociedad determinada que son muchas veces las que perpetúan dicha pobreza. Como bien señaló Arbour:

La pobreza esta íntimamente ligada a cuestiones de poder: el que lo posee, y el que no, en la vida pública y en la familia. Analizar las complejas redes de relaciones de poder en las esferas políticas, económicas y sociales, es la llave para entender y enfrentarse con más efectividad a modelos arraigados de discriminación que condenan a individuos, comunidades y pueblos a generaciones de pobreza⁴⁴.

3. Conclusiones

El hecho de que la pobreza sea un fenómeno complejo que pueda atribuirse a múltiples causas es lo que nos permite —a aquellos que

⁴³ UNESCO, Informe Educación para Todos, 2009.

⁴⁴ Arbour, Louise, Oficina del Alto Comisionado de los Derechos Humanos, Día de los Derechos Humanos 2006, Hoja Informativa No. 1, (disponible al 24 de julio de 2010 en: <<http://www2.ohchr.org/english/events/day2006/docs/FS1.doc>>.

no la padecemos en carne propia– a aceptarla con frecuencia con una “pavorosa naturalidad”⁴⁵.

Es precisamente por ello que una visión de derechos humanos es imprescindible para erradicar la pobreza: porque nos induce a reconocer el hecho demasiado frecuente de que la pobreza, y las múltiples vejaciones que esta lacra social lleva consigo, no son inevitables sino que, por el contrario, a menudo son generadas, perpetuadas o exacerbadas por acciones u omisiones específicas de las políticas gubernamentales o estatales, reflejando así una carencia de voluntad política de los gobiernos.

El fracaso de muchos gobiernos en avanzar significativamente en la erradicación de los abismales niveles de desigualdad y privación, exige esfuerzos renovados para demostrar cuándo y cómo se pueden rastrear estos fenómenos en acciones u omisiones específicas de la política estatal, lo que permitiría directamente relacionar esas privaciones y/o disparidades con violaciones estatales de sus correspondientes obligaciones en materia de derechos sociales.

El marco analítico aquí propuesto para el empleo de métodos cuantitativos para el monitoreo de esta serie de derechos, pretende contribuir a estos esfuerzos. Combinando estas herramientas con métodos más tradicionales de investigación y monitoreo de derechos humanos, nos permite expandir la agenda temática de nuestro trabajo en derechos humanos y abordar directamente las áreas de las políticas pública sometidas al escrutinio y rendición de cuentas en materia de derechos humanos. En particular, estas herramientas pueden contribuir a un monitoreo más riguroso del impacto de las políticas públicas relacionadas con la asignación y distribución de recursos para el goce y

⁴⁵ Arbour, cuando era la Alta Comisionada para los Derechos Humanos, explicó al respecto: “la pobreza es con frecuencia percibida como lamentable, pero condición accidental, o una inevitable consecuencia de decisiones y eventos que ocurren en otra parte, o aun como una responsabilidad propia de aquéllos que sufren de ella”. Arbour, Louis, Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, “Human Rights Day and Poverty”, 10 de diciembre de 2006, disponibles al 24 de julio de 2010 en: <<http://www.unhchr.ch/hurricane/hurricane.nsf/view01/D5F8E93DBA09C8D2C125726C007503F3?openDocument>>.

la efectividad de los derechos sociales. Al mismo tiempo, al interpretar los datos resultantes con estos métodos, utilizando una perspectiva de derechos humanos centrada en la rendición de cuentas (métodos tradicionalmente utilizados por investigadores en las ciencias sociales), obtenemos una poderosa herramienta para poner en evidencia múltiples manifestaciones de injusticias sociales.

Es de esperar que el marco metodológico aquí planteado sea de utilidad para los esfuerzos actuales del Sistema Interamericano de Derechos Humanos en la consolidación de una metodología que permita la evaluación y el monitoreo de los derechos sociales en América Latina y, a su vez, motive a ONG de la región a utilizar datos estadísticos en el monitoreo y la investigación de temas específicos en países concretos.

Una vez que este marco metodológico sea probado en diversos contextos y se hayan hecho sus respectivos ajustes, tiene el potencial de ser utilizado en forma más extensiva por una gran variedad de actores del movimiento de derechos humanos. Por ejemplo, las ONG nacionales e internacionales podrían adoptarla para monitorear y denunciar distintas situaciones; los comités de Naciones Unidas y los relatores especiales podrían utilizarla para promover un diálogo más sustantivo con los países que afirman no tener recursos suficientes para enfrentar los problemas, y los abogados podrían contar con más datos para exigir judicialmente (ante tribunales nacionales o regionales) los derechos sociales.

El marco metodológico aquí propuesto es, en principio, muy versátil y puede ser desarrollado y adaptado a diversos tipos de problemas, con varios niveles de complejidad. El próximo paso sería desarrollar las herramientas de análisis para poder monitorear otros derechos (tales como el derecho a la alimentación, el derecho a la vivienda o el derecho a un trabajo decente), agregándolas a la caja de herramientas metodológicas aquí propuesta, centrada solo en el derecho a la salud y el derecho a la educación. Luego, sería útil explorar cómo esta caja de herramientas se puede utilizar para monitorear violaciones a los derechos sociales en países desarrollados, ayudando a tratar

críticamente problemas complejos, tales como el sistema de salud en Estados Unidos o los efectos de las políticas sociales en países de la Unión Europea sobre el disfrute de los derechos sociales de los romaníes o de la población inmigrante.

A su vez, este marco metodológico que intenta identificar casos en los cuales privaciones o disparidades en el goce de los derechos sociales pueden atribuirse a acciones u omisiones del Estado, podría servir como base para el desarrollo de herramientas que permitan evaluar el impacto de políticas o programas de actores tales como instituciones financieras internacionales y países industrializados, en la efectividad de los derechos sociales en países en vías de desarrollo. Así, se podría analizar desde una perspectiva de derechos humanos el nivel de cumplimiento de estos derechos en un país específico en políticas como los subsidios a la agricultura, la deuda externa o el acceso a los medicamentos genéricos. Este enfoque multidisciplinario –que combina una investigación económica rigurosa con un análisis de los derechos humanos– también puede ser utilizado para explorar las consecuencias de los acuerdos comerciales, para medir el impacto en los derechos del trabajador de los flujos financieros no regulados en una economía globalizada, y para evaluar la medida en la que los programas de ajuste estructural han recortado drásticamente el gasto social, obstruyendo la capacidad de respuesta del Estado para cubrir las necesidades básicas.

Para analizar estos complejos asuntos de manera crítica y con rigor, se requerirá un esfuerzo conjunto de personas de distintas disciplinas, puesto que no es posible ni eficaz para la implementación de esta metodología un enfoque desde una única disciplina.

Estos esfuerzos podrían tener un efecto significativo en demostrar concretamente el valor añadido del enfoque de derechos humanos en cuestiones de pobreza y desarrollo.

Acceso a la justicia en el ámbito interamericano. Análisis crítico y perspectivas futuras

*Nelson Camilo Sánchez**

Antes que nada, quisiera agradecer al Instituto Interamericano de Derechos Humanos por su generosa invitación a participar como ponente en este prestigioso curso. Es para mí un grato placer y un enorme honor contribuir a una nueva versión de lo que se ha convertido en una estación obligada para quienes buscan comprender y discutir de manera crítica ese complejo entramado jurídico y político que es hoy en día el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH).

Me resulta particularmente grato presentar algunas reflexiones dentro del tema general de este curso, el cual se ha resumido como “acceso a la justicia e inclusión”. En las actuales circunstancias hemisféricas es de una enorme pertinencia y actualidad ese llamado a una revisión analítica de los entrecruces y desencuentros existentes entre justicia e inclusión social, así como del papel que el SIDH juega –o que debe jugar– en su articulación.

Me valgo pues de esta introducción para empezar con una aclaración conceptual importante. Las ya varias décadas de reformas judiciales implementadas en América Latina y el Caribe nos llevan a pensar que el concepto de “acceso a la justicia” está estrictamente ligado a aquellas reformas legales destinadas a aumentar la eficacia, la eficiencia, la equidad y la previsibilidad en la resolución y prevención de conflictos, así como a establecer un sistema de justicia que cuente con normas jurídicas confiables y exigibles, procedimientos no arbitrarios al servicio del público, y órganos judiciales capaces de actuar con transparencia y efectividad.

* Investigador del Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad – DeJuSticia; y profesor del Programa de Justicia Global y Derechos Humanos de la Universidad de los Andes, en Bogotá.

Sin negar la validez y pertinencia de estos principios, el concepto de “acceso a la justicia” al que se hará alusión en esta conferencia se refiere a una concepción mucho más amplia tanto en términos de acceso, como en términos de justicia. Si bien el procedimiento de peticiones y casos ha adquirido una centralidad innegable en el marco del Sistema Interamericano, éste es solo una manifestación de los múltiples procedimientos y mecanismos de los que dispone el sistema. Incluso, dentro del propio mecanismo de peticiones individuales, el componente judicial (aquel que es tramitado ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos) es solo una etapa de un procedimiento que involucra procedimientos judiciales y cuasi-judiciales. Es por ello que para muchos, de hecho, el llamado a la “judicialización” del sistema es una amenaza para el libre acceso de las víctimas a la protección internacional.

En este sentido, y derivado de esta concepción amplia de justicia, una segunda aclaración inicial tiene que ver con una visión amplia de la institucionalidad encargada de facilitar el acceso a la justicia. Como repetidamente ha señalado el ex Presidente la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sergio García Ramírez, muchos comentaristas, activistas e incluso funcionarios de Gobierno cuando hablan del “Sistema Interamericano” se refieren exclusivamente a sus dos órganos de protección de derechos humanos: la Comisión y la Corte Interamericana. No obstante, como bien apunta García Ramírez, esta aproximación deja de lado a los actores más importantes del andamiaje interamericano: los Estados¹ (García Ramírez, 2001).

Esta concepción amplia de los actores del sistema es importante para ver no sólo el área de influencia política en donde se debe impactar para alcanzar los cambios normativos e institucionales necesarios para garantizar un mayor acceso. También sirve para entender que esos cambios normativos e institucionales van más allá de las simples reformas a los órganos de protección, y sobre todo, a los reglamentos de estos órganos.

¹ García Ramírez, Sergio, “El futuro del sistema interamericano de protección de los derechos humanos”, en: *Revista Jurídica, Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, No. 101. México, Mayo-Agosto, 2001.

Adoptar este marco político más amplio nos permite, así mismo, apreciar que la eliminación de muchas de las barreras que impiden el acceso a la justicia interamericana desbordan el ámbito reglamentario, e incluso, normativo. Es por ello que vamos a enmarcar esta discusión en un triple eje analítico de propuestas de reforma. Así, nos concentraremos en una serie de propuestas relativas a los cambios normativos, procedimentales e institucionales/estructurales que deberían implementarse para lograr un acceso más equitativo y oportuno al SIDH. De hecho, todas estas propuestas han sido defendidas bajo el argumento de que introduciendo los cambios necesarios, el Sistema puede avanzar hacia una mayor inclusión social y un mayor acceso a la justicia.

En este contexto, la presentación tiene un objetivo muy modesto. La idea es presentar, de manera esquemática, las múltiples propuestas que se han avanzado alrededor de los últimos quince años en materia de fortalecimiento o perfeccionamiento del Sistema Interamericano.

Para ello dividiré mi presentación en dos partes. Primero haré un breve balance de las características esenciales del sistema tal y como éste funciona en la actualidad. Esta introducción es necesaria para destacar lo que se ha señalado como “los cuellos de botella” para el acceso al Sistema Interamericano. Posteriormente, voy a ensayar una aproximación analítica a las iniciativas de reforma a partir de un esquema que divide las propuestas en dos grandes ejes interrelacionados: (i) las reformas normativas y (ii) los ajustes estructurales a prácticas y conductas.

1. El Sistema actual y sus cuellos de botella

En sesiones anteriores ustedes tuvieron la oportunidad de estudiar en detalle cómo funcionan los órganos del Sistema. La idea entonces no es repetir aquello ya estudiado, sino revisar algunas características centrales de la práctica actual del SIDH para así pensar colectivamente en ideas para mejorarlo. Aquí recojo integralmente el llamado del Profesor Ariel Dulitzky a que todo proceso de reforma debería partir de “una reflexión estratégica del sistema” cuya base sea las necesidades de derechos humanos en los países” y “la capacidad de respuesta y

adaptación de la Comisión y la Corte”. Es decir, la orientación a la que debe apuntar toda reforma es el fortalecimiento de un sistema de protección que responda a las necesidades específicas de la región y poblaciones a las que pretende proteger².

Así, sin ánimo de exhaustividad y sin pretender dejar de lado intensos debates acerca de los alcances y limitaciones del sistema, un diagnóstico básico nos permite evidenciar algunas de sus características esenciales:

1. *Legitimidad incontestable*: El SIDH es, sin duda, perfectible. Sin embargo, sus insuficiencias no han impedido que miles de víctimas de violaciones hayan aprovechado sus potencialidades de justicia. De hecho, el Sistema se ha constituido en un irremplazable foro de justicia regional, el cual, parafraseando al ex Presidente de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), Juan Méndez, en muchos casos ha sido la última esperanza de justicia para las víctimas de violaciones de derechos humanos en el Hemisferio.

Gracias a ello, el Sistema hoy en día cuenta con un grado de acogida y legitimidad muy importante. Y no sólo entre víctimas y organizaciones de derechos humanos. Funcionarios de gobiernos de todas las ideologías políticas han confiado en los órganos del Sistema importantes cuestiones internas, cada vez solicitan con mayor frecuencia la asistencia técnica y la cooperación de la CIDH e, incluso, demuestran cada vez mayor confianza en el sistema interamericano de peticiones. Muestra de ello es el reciente uso del sistema de peticiones interestatales que consagra la Convención Americana sobre Derechos Humanos por parte de dos Estados latinoamericanos.

2. *Refinación y fortalecimiento progresivo*: Una de las características esenciales del SIDH es que a través de décadas ha acumulado un grado de experiencia que le ha permitido refinar sus procedimientos

² Dulitzky, Ariel, *50 Años del Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Una propuesta de reflexión sobre cambios estratégicos*. The University of Texas at Austin School of Law, Austin, Texas, 2008.

para fortalecer la legitimidad de sus trabajos y decisiones. El SIDH ha evolucionado de manera notable. De un lado, ha estado en un constante desarrollo normativo. Desde la adopción de la Declaración Americana hace 60 años, el Sistema ha alcanzado un alto grado de complejidad y refinamiento legal a través de la adopción de la Convención Americana y, posteriormente, con la discusión y adopción de sus protocolos adicionales y demás tratados hemisféricos.

De otro lado, una similar situación ha ocurrido con los procedimientos y mecanismos a través de los cuales los dos órganos ejercen sus funciones. Un muy notable avance se observa, por ejemplo, si comparamos la CIDH de hace 50 años, que carecía un de mandato claro y operativo, y cuyas facultades eran vagas, imprecisas y muy limitadas, con la CIDH de la actualidad³.

3. *Adaptabilidad a los cambios*: Como ha sido destacado por Ariel Dulitzky, una característica que distingue a nuestro sistema de protección de otros sistemas de derechos humanos es su enorme capacidad de respuesta y adaptación a la situación hemisférica para responder a las necesidades que cada momento histórico demandaba. En momentos políticos muy complejos, el sistema logró reinventarse y redistribuir prioridades en búsqueda de una respuesta más adecuada a los problemas que los acontecimientos políticos y sociales le exigían. Así, las herramientas más exitosas del sistema, incluyendo las visitas *in loco*, la preparación y publicación de informes, la adopción de medidas cautelares y provisionales, las sentencias judiciales, las soluciones amistosas, las relatorías temáticas, o la jurisprudencia en materia de reparaciones, surgieron, se fortalecieron o redefinieron en contextos y momentos históricos determinados para responder a demandas puntuales⁴.
4. *Disparidad regional*: A pesar de que en años recientes el Sistema Interamericano ha dado pasos hacia la universalización de las

³ Medina Quiroga, Cecilia y Claudio Nash Rojas, *Sistema Interamericano de Derechos Humanos: introducción a sus mecanismos de protección*. Centro de Derechos Humanos, Universidad de Chile, Santiago de Chile, 2007.

⁴ Dulitzky, Ariel, *50 Años del Sistema Interamericano de Derechos Humanos...*

obligaciones en materia de derechos humanos respecto de todos los Estados miembros, hoy día presenta un desarrollo desigual en cuanto a la obligatoriedad de las decisiones de los órganos de supervisión⁵. Si bien la CIDH es elegida por todos los miembros de la Organización de los Estados Americanos (OEA) y actúa a nombre de todos ellos, no ocurre lo mismo con la Corte Interamericana y con la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Ello significa que una parte importante del Sistema, incluyendo la Corte, no está hoy en vigor para 11 países miembros, entre los cuales se cuentan Canadá, Estados Unidos y varios países del Caribe. Las razones para esta situación son diversas y van desde la compatibilidad de las disposiciones de la Convención con el derecho interno, hasta el temor de que la adhesión a la Convención signifique modificar normas sustantivas en materia de derechos de las personas o derechos sexuales y reproductivos.

Así, actualmente el Sistema presenta un grado de adherencia y obligatoriedad de tres niveles⁶. El primer nivel de adherencia, el más protector y de mayor obligatoriedad, aplica a aquellos Estados que han ratificado la Convención Americana y han aceptado la competencia contenciosa de la Corte Interamericana. El segundo nivel aplica a aquellos Estados que han ratificado la Convención –y, por tanto, el cumplimiento de dicho instrumento es monitoreado por la CIDH– pero que no han aceptado la competencia contenciosa de la Corte. Finalmente, el nivel de menor protección y obligatoriedad aplica a aquellos Estados que no han ratificado la Convención Americana y, por tanto, la CIDH está facultada únicamente para vigilar la observancia de los derechos contenidos en la Declaración Americana.

⁵ Cerna, Christina M., “Introductory Note to the New Rules of Procedure of the Inter-American Commission on Human Rights”, en: *International Legal Materials*, v. 40, no. 3. American Society of International Law, Washington, D.C., mayo de 2001, pág. 748.

⁶ CIDH/CORTE IDH, Joint Appeal by the Inter-American Court of Human Rights and the Inter-American Commission on Human Rights to the Representatives of the States at the Organization of American States, presented to the OAS the Permanent Council, en: OEA/Ser.G CP/CAJP-1930/02, 19 de abril de 2002.

5. *Resultados mixtos en la implementación de decisiones*: En múltiples casos las decisiones adoptadas por los órganos de protección del SIDH han producido una significativa mejoría en diversas situaciones relacionadas con graves violaciones de derechos humanos. En efecto, a través de las decisiones del Sistema se han salvado vidas, se han producido cambios legales y constitucionales, se ha acabado con horrendas prácticas sistemáticas de violaciones y se ha promovido, en general, una cultura de respeto por los derechos humanos en varios países. Sin embargo, para muchas otras víctimas, la obtención de un pronunciamiento del Sistema no se ha traducido en una mejoría real de su situación o en la reparación de las violaciones cometidas. Lo que es peor, algunas personas cubiertas por medidas de protección han sido revictimizadas o impunemente asesinadas.

En materia de implementación de los fallos de la Corte, por ejemplo, el balance de cumplimiento es ambivalente. Aceptando un generalizado retardo, puede decirse que la Corte cuenta con un aceptable récord de cumplimiento en cuanto a las órdenes de reparación monetarias. No obstante, ese récord es evidentemente menor en cuanto al cumplimiento de otros tipos de medidas. Particularmente, la Corte ha afrontado especiales dificultades a la hora de verificar cumplimiento de las órdenes de identificación y juzgamiento de aquellos responsables por la comisión de violaciones⁷.

6. *Falta de claridad en algunas competencias*: Pese a que durante los últimos años tanto la CIDH como la Corte han hecho ingentes esfuerzos por dar mayor claridad, transparencia y publicidad a muchos de sus procedimientos, algunas materias aún siguen siendo poco claras. De un lado, sigue siendo insuficientemente justificado el ejercicio de algunas de las funciones que la Convención Americana le asigna a la CIDH en su artículo 41. Por ejemplo, la CIDH no

⁷ Krsticevic, Viviana, “Reflexiones sobre la ejecución de sentencias de las decisiones del sistema interamericano de protección de derechos humanos”, en: AA.VV., *Implementación de las decisiones del sistema interamericano de derechos humanos*. CEJIL, Washington, D.C., 2007.

ha encontrado la forma de justificar suficientemente la selección de países a ser incluidos en el capítulo IV del informe que anualmente somete a la Asamblea General⁸.

Por otro lado, varias de las actuaciones procesales dentro del sistema de casos aún no han sido adecuadamente clarificadas, pese a las distintas reformas reglamentarias. Muestra de ello es el proceso de selección de casos que son remitidos ante la Corte Interamericana por parte de la CIDH. Las reformas reglamentarias obligan a la CIDH a enviar por regla general todos los casos ante la Corte. Sin embargo, el camino para que un caso llegue al estudio de fondo por parte de la CIDH mientras que otros no llegan a esta etapa es aún muy enigmático.

Veamos un ejemplo concreto. Hace unos días la Corte Interamericana sostuvo una audiencia pública en el caso Barreto Leiva vs. Venezuela. Los hechos de este caso son muy similares a los hechos del caso Figueredo Planchart⁹. De hecho, las presuntas violaciones se cometieron con ocasión del mismo procedimiento, y las peticiones fueron presentadas —con algunas diferencias menores— casi al mismo tiempo. Sin embargo, mientras que el caso Figueredo Planchart fue objeto de informe de fondo publicado por la CIDH en el 2000, sólo hasta julio de 2008 la CIDH emitió un informe de fondo en el caso Barreto Leiva y meses después lo sometió a la Corte. ¿Cómo explicar esta enorme disparidad en dos materias prácticamente idénticas?

7. *Problemas crecientes de congestión y demora*: En los últimos años, las secretarías ejecutivas de la Comisión y la Corte han venido adoptando una serie de medidas para enfrentar los desafíos provocados, tanto por la creciente acumulación de casos como por la necesidad de cumplir con las demás funciones asignadas por los órganos políticos (especialmente a la Comisión). Muchas de las reformas pudieron ser realizadas, pero otras, en cambio, ya sea

⁸ Sánchez, Nelson C., “Are some countries more equal than others?”, tesis de grado (L.L.M), no publicada. Harvard Law School, Cambridge, MA., 2007.

⁹ Cfr. Informe No. 50/00, Caso No. 11.298.

por falta de recursos o por la complejidad de la estructura de la organización, han sido de más difícil realización.

Como resultado, ante el creciente aumento de peticiones recibidas, la CIDH no puede dar respuesta oportuna a la tramitación de las peticiones y casos que tiene bajo su competencia. Los términos de tramitación de peticiones se han vuelto muy largos. Para no ir muy lejos, de nuevo el caso Barreto Leiva nos sirve de ejemplo. La petición original fue presentada en agosto de 1996. Es decir, la audiencia ante la Corte se realizó casi trece años después de que la tramitación iniciara. Y el caso ante el sistema aún no ha concluido. Afortunadamente no todos los casos padecen este trámite tan largo. Sin embargo, algunas estimaciones precisan que el promedio de duración de un caso ante el Sistema es de al menos siete años – cinco en la Comisión y dos en la Corte¹⁰.

8. *Presupuesto insuficiente*: Gran parte de los problemas de congestión y demora en la tramitación de las peticiones individuales se debe al escaso presupuesto con el que cuentan los dos órganos de derechos humanos. Por años, tanto la Corte como la Comisión han solicitado a los órganos políticos de la OEA que busquen los medios para obtener un incremento efectivo de los recursos económicos asignados, con la meta de contar con un financiamiento adecuado en el programa-presupuesto de la OEA. En los últimos años, la OEA ha destinado alrededor del 5% de su presupuesto regular para cubrir las necesidades de derechos humanos de la región¹¹. Ese presupuesto es, evidentemente, insuficiente.

Esta insuficiencia ha llevado a que la Corte y la Comisión dependan de contribuciones voluntarias de los países miembros y de organismos de cooperación internacional privados o de

¹⁰ Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL), “Aportes para la reflexión sobre posibles reformas al funcionamiento de la Comisión Interamericana y la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, documento de trabajo, Washington, D.C., 2008.

¹¹ Rodríguez, Diego y Claudia Martín, “La reforma del sistema interamericano de derechos humanos: una década de reflexión”, documento de trabajo, American University, Washington, D.C., 2007.

países europeos. De hecho, en 2008, el 40% del presupuesto de los dos órganos fue financiado a través de fuentes externas¹². Estos donantes usualmente imponen sus prioridades temáticas en la ayuda financiera, lo cual provoca distorsiones en los temas y agendas de los dos órganos e impide la planeación estratégica de actividades¹³.

2. Las propuestas para el mejoramiento del acceso al sistema

Este balance de aciertos y limitaciones no es nuevo. Tanto las capacidades como las limitaciones del SIDH son ampliamente conocidas por los Estados parte, los órganos políticos de la OEA, la Comisión y la Corte, y algunos de los usuarios regulares del Sistema. Muchas propuestas han sido publicadas y discutidas para hacer frente a la mayoría de estos problemas. Obviamente actores con intereses distintos (a veces contrapuestos) tienen agendas distintas y visiones divergentes sobre qué es y hacia dónde debería ir el sistema.

Así, al menos a partir de 1994 se han estado debatiendo con regularidad propuestas sobre las mejores formas de fortalecer o perfeccionar el Sistema. Algunas de estas propuestas han sido recogidas en reformas normativas y algunas prácticas han sido cambiadas. Pero, en general, las reformas han sido tímidas frente a los grandes desafíos que subsisten. Es muy difícil presentar quince años de propuestas y discusiones en unos pocos minutos. Para intentarlo he dividido las propuestas en dos ejes analíticos distintos, pero interrelacionados (ver cuadro en la siguiente página). De un lado, se agrupan las propuestas de reforma normativa, las cuales se dividen en las propuestas modificatorias a (i) la Carta de la OEA, (ii) la Convención Americana, y (iii) a los reglamentos de la CIDH y la Corte.

¹² CEJIL, “Aportes para la reflexión sobre posibles reformas al funcionamiento de la Comisión Interamericana y la Corte Interamericana de Derechos Humanos”...

¹³ Filipini, Leonardo, “El fortalecimiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, documento de trabajo, Asociación por los Derechos Civiles (ADC), Buenos Aires, 2008.

Por otro lado, se agrupan las propuestas que buscan reformar aspectos institucionales relacionados con las conductas y prácticas de los distintos actores del Sistema. Estos actores se dividen en tres grupos: (i) los Estados, (ii) los órganos de protección, y (iii) los usuarios del sistema, que vendrían a ser las víctimas y las organizaciones que litigan o influyen ante el Sistema. Asimismo, el contexto de influencia de los Estados es dividido en tres aproximaciones: (i) su participación en los órganos políticos de la OEA, (ii) su adherencia a las normas del sistema, y (iii) su compromiso con la implementación de las decisiones de los órganos del Sistema.

El cuadro que presento es muy básico y tiene la única pretensión de ser una hoja de ruta que facilite el estudio de las propuestas. No tiene pretensiones de establecer categorías analíticas puras que expliquen el comportamiento de los actores ante el Sistema, o las bondades y limitaciones de las propuestas y, mucho menos, su conveniencia o inconveniencia.

EVALUACIÓN – REFORMA – PERFECCIONAMIENTO – FORTALECIMIENTO (Aspectos normativos, procedimentales, institucionales y estructurales)		Ajustes institucionales/estructurales (Conductas y prácticas)				
Reformas normativas		Reglamentos CIDH y Corte IDH	Estados		Órganos de protección	Usuarios
Carta de la OEA	Convención Americana	OEA	Ratificación de tratados	Cumplimiento		
Inclusión expresa de la Corte	Reforma a la parte dogmática Avances de cuatro décadas DESC y art. 26	Prioridad Política	Asistencia Técnica	Principio de Subsidiariedad	Dialogo CIDH Corte	Litigo estratégico
Clase de sistema	Reforma a la parte orgánica	Fondos	Plazo para Ratificación	Casos complejos	Transparencia	Trabajo en redes
• Promoción	• Dos órganos/ un órgano	Relación CADH y Carta Democrática	Metas políticas	<i>Liberación de detenidos y nuevos juicios</i>	Consistencia	Agenda común
• Asesoría técnica	• No. Miembros	Miembros de los órganos		<i>Nuevos juicios y leyes de amnistía-prescripción y non bis in idem</i>	Armonización Funciones	Costos del litigio
• Sistema de casos	• Tribunal permanente	Cumplimiento de decisiones por parte de Estados			<i>Victimas Duplicidad</i>	Asistencia legal a víctimas
• Procedimiento de respuesta rápida	• Procesos colectivos				Participación usuarios	
Prioridad política	Armonización órganos				Pobreza y acceso	
Recursos	• A. Dulitzky • Juez Ventura R.					

1. *Reformas a la estructura de la OEA*: En la actualidad, el compromiso político de los miembros de la OEA al SIDH no pasa del respaldo en los discursos. Esa retórica difícilmente se traduce en acciones concretas dirigidas a mejorar el funcionamiento del Sistema y de sus órganos de protección.

Así las cosas, muchas propuestas están dirigidas a aumentar la prioridad política del tema de derechos humanos al interior de la estructura general de la OEA. Estas propuestas buscan tanto a la modificación de normas que aseguren y clarifiquen dicha prioridad, como a la implementación efectiva de medidas que demuestren, en la práctica, que los estándares de derechos humanos serán implementados al interior de los Estados.

Al respecto, una primera propuesta es centralizar el tema de derechos humanos en la OEA a través de una reforma a la Carta¹⁴. Ello pues el artículo 2 de la Carta de la OEA no establece como uno de sus “propósitos esenciales” la defensa o la promoción de los derechos humanos.

Ahora bien, el hecho de centralizar el tema de derechos humanos no necesariamente conlleva a la definición del tipo de sistema de promoción o protección que los Estados respaldan y quieren, o del sistema que es efectivamente el más apropiado para enfrentar los problemas regionales de derechos humanos. En este sentido, dos propuestas globales han sido presentadas: unas dirigidas a enfocar el sistema hacia la promoción y la asesoría técnica a los Estados, y otras dirigidas a fortalecer el sistema actual con un claro enfoque en el procedimiento de casos individuales.

Respecto del primer grupo de iniciativas, varios Estados del hemisferio han hecho propuestas para modificar las prioridades del sistema hacia la promoción y asesoría técnica, bajo el argumento que en un clima político de democracias, los procedimientos sancionatorios deberían ser reducidos. Ello se ha tratado de hacer a través de limitar las funciones de la CIDH, e incluso, se discutió durante un tiempo el establecimiento de la figura del Alto

¹⁴ Dulitzky, Ariel, *50 Años del Sistema Interamericano de Derechos Humanos...*

Comisionado. Estas propuestas no se han cristalizado en cambios normativos.

Por otro lado, otro grupo de propuestas defienden los mecanismos con los que cuenta el actual sistema (promoción, asesoría técnica, sistema de casos, procedimientos de respuesta rápida). Quienes defienden esta visión proponen el fortalecimiento de cada uno de estos procedimientos, para lo cual se requeriría de su inclusión expresa en la Carta de la OEA. Por ejemplo, Ariel Dulitzky sostiene que en la actualidad existe un desequilibrio en el reconocimiento de los dos órganos principales de derechos humanos, pues mientras la Carta reconoce expresamente a la Comisión, no hace lo mismo con la Corte Interamericana¹⁵. Otra modificación normativa propuesta es que, desde la propia Carta, se reconozca la independencia y autonomía de la Comisión, la Corte y sus respectivas secretarías.

Un segundo tema que se refiere a la estructura general de la OEA es la asignación de recursos para el financiamiento de los órganos de derechos humanos. Si el compromiso político de los Estados miembros es real, dicho compromiso tiene que traducirse en un aumento sustancial de los recursos asignados a la CIDH y a la Corte. Algunos avances se han registrado, pero son claramente insuficientes. Así, por ejemplo, durante los últimos años el porcentaje del presupuesto general de la OEA destinado a derechos humanos pasó de un 1% en el año 2000 a un 5.75% en el 2008. Sin embargo, al mismo tiempo los órganos políticos han confiado mandatos adicionales a los órganos y el número de casos y peticiones ha aumentado exponencialmente.

Por estas razones, algunos sostienen que si los derechos humanos –tal como afirman los discursos– son una de las cuatro prioridades que tiene la OEA, este tema debería contar al menos con el 25% del presupuesto regular de la organización¹⁶. Ello estaría acorde tanto con las necesidades regionales, como con la práctica de otros sistemas. En efecto, el Consejo de Europa asignó en el

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ *Ibidem*.

2008 el 26.5% de su presupuesto a la Corte Europea de Derechos Humanos¹⁷.

En tercer lugar, el respaldo político debe traducirse en la adopción de medidas políticas que garanticen el pleno funcionamiento de los órganos. Esto incluye la adopción de políticas estatales que se comprometan a hacer más transparente y participativo el proceso de selección de candidatos a ser miembros de los órganos de protección. Con estos procedimientos debería garantizarse que quienes lleguen a ser miembros de la CIDH y la Corte tengan las calidades profesionales y personales que estas dignidades requieren. Así mismo, debería hacerse una apuesta por la diversidad al interior de los órganos. Un acceso igualitario y equitativo debería provenir desde la propia composición de la Corte y la Comisión, tomando medidas efectivas para que representantes de poblaciones tradicionalmente excluidas en la región accedan a estos cargos¹⁸.

Finalmente, otras propuestas están dirigidas a que desde la estructura institucional de la OEA se aclaren las interrelaciones entre los procedimientos de derechos humanos y aquellos destinados para la protección de la democracia y sus instituciones. La principal propuesta en este sentido es mejorar la correlación entre la Convención Americana y la Carta Democrática Interamericana a través, por ejemplo, de permitir que la CIDH tenga la capacidad para generar y activar los mecanismos de protección institucional previstos en los artículos 18 y 20 de la misma¹⁹.

2. *Reformas en la práctica de los Estados frente al Sistema:* Como mencionamos al inicio de esta presentación, la disparidad en la adherencia de los Estados al Sistema es enorme. Esto produce, que sea difícil operar un Sistema en el que sus miembros responden a distintos tipos de obligaciones, y deja sin la protección adecuada a millones de personas en el hemisferio.

¹⁷ CEJIL, “Aportes para la reflexión sobre posibles reformas al funcionamiento de la Comisión Interamericana y la Corte Interamericana de Derechos Humanos”...

¹⁸ Filipini, Leonardo, “El fortalecimiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”...

¹⁹ Dulitzky, Ariel, *50 Años del Sistema Interamericano de Derechos Humanos...*

La principal propuesta en este sentido es entonces, alcanzar la universalidad de, al menos, la Convención Americana y de la aceptación de la competencia contenciosa de la Corte. La ratificación por parte de todos los países de la región del más importante instrumento jurídico en materia de derechos humanos debería ser declarado una prioridad política, lo cual requiere que los Estados adopten medidas en consecuencia.

Al respecto se ha propuesto, por ejemplo, que los órganos del Sistema brinden asesoría técnica a los Estados que aún no han ratificado la Convención para facilitar el proceso de ratificación y aceptación de la jurisdicción de la Corte. Pero como las barreras técnicas en materia de compatibilidad jurídica entre normas internas y convencionales están, de todas maneras, sujetas a la voluntad política, dos tipos de propuestas se han avanzado. De un lado, hay quienes proponen que debería fijarse una meta a diez años para buscar la ratificación con incentivos y respaldo político a los Estados que no han ratificado la Convención. Por otro lado, hay quienes sostienen que más allá de los incentivos, los Estados que al término de dicho plazo no hubieren ratificado la Convención deberían ser expulsados del Sistema por cuanto no compartirían la expresión normativa de uno de los valores regionales comunes.

Otro gran eje para el fortalecimiento del Sistema que involucra la conducta de los Estados se relaciona con la implementación de las decisiones de sus órganos. En la medida en que los Estados no se comprometan con la implementación de buena fe de las recomendaciones de la Comisión y con el cumplimiento rápido y efectivo de las sentencias de la Corte, no habrá posibilidades de avanzar verdaderamente en las posibilidades de acceso a la justicia en la región.

Para lograr que el Sistema funcione adecuadamente y cumpla con sus objetivos, es necesario que exista un mecanismo exitoso de incorporación nacional de los estándares internacionales de derechos humanos. Así, los Estados deben velar no sólo porque los derechos humanos de las personas en sus territorios no sean

violados, sino porque las normas internacionales tengan eficacia a nivel nacional. Esto incluye tanto la garantía de la aplicabilidad directa de los tratados internacionales que consagran derechos humanos, como la interpretación de esos derechos conforme la jurisprudencia de los órganos encargados de su interpretación.

Para lograr este objetivo se han sugerido algunas alternativas. Una de ellas es la reinterpretación del principio de subsidiariedad como un asunto de eficacia y de posibilidades de acceso a los sistemas internacionales y regionales de protección de los derechos humanos²⁰. A través de esta reinterpretación del principio de subsidiariedad se podrían eliminar los obstáculos técnicos y jurídicos que impiden al interior de los países, internalizar de manera directa las normas supranacionales y la interpretación de esas normas por parte de los órganos del Sistema. En esta propuesta, el involucramiento de los operadores jurídicos nacionales, especialmente los jueces, es fundamental.

Una segunda alternativa práctica es hacer obligatorio que los Estados creen un mecanismo encargado de la coordinación, impulso e implementación de las decisiones del Sistema. El mecanismo debería contar con la participación de todas las instituciones y ministerios que tienen que ver de alguna manera en el proceso de implementación como la cancillería, el ministerio de defensa, el ministerio de economía, la defensoría pública, la defensoría del pueblo, etc.²¹.

3. *Reformas a la Convención Americana*: Muchos expertos se han opuesto decididamente a que se estudie la posibilidad de una reforma a la Convención, pues consideran que sería un error estratégico dar la oportunidad a unos Estados adversos al Sistema para que revisen los contenidos progresistas consagrados en el instrumento. Según este escepticismo, abrir a discusión el contenido de la Convención

20 Uprimny Rodrigo y María Paula Saffon, "El desafío judicial de la implementación interna y de la sostenibilidad jurídica y política del Sistema Interamericano de Derechos Humanos", en: *Res Publica Argentina*, 2008-1. Ediciones Rap S.A., Buenos Aires, 2008.

21 Dulitzky, Ariel, *50 Años del Sistema Interamericano de Derechos Humanos...*

podría traer más pérdidas que ganancias en materia de acceso a la justicia y de protección de los derechos humanos.

No obstante, los expertos reconocen que algunas de las falencias del Sistema Interamericano sólo se resolverán a través de una reforma convencional. Dos tipos de reforma han sido hasta ahora propuestas.

La primera –que ha sido poco popular entre los entendidos– es abrir a discusión todo el texto convencional, incluyendo su parte dogmática. Esto se justificaría, argumentan algunos, porque en algunas materias la Convención no recoge estándares apropiados de protección (como sería el caso del artículo 26 relativo a derechos económicos, sociales y culturales). Y, además, con una reforma, la Convención se podría beneficiar de los desarrollos conceptuales de los últimos 40 años.

Una segunda serie de propuestas sugiere no tocar la parte dogmática y concentrarse en algunos ajustes a la parte orgánica de la Convención. En este sentido, se ha discutido si se debería modificar la Convención para centralizar la promoción y protección de derechos humanos en un solo órgano, para evitar duplicidad, morosidad y variación de estándares; se ha propuesto aumentar el número de miembros de la CIDH y de la Corte; y se ha debatido sobre la conveniencia de hacer de la CIDH y la Corte órganos permanentes.

Una cuestión que poco se ha discutido, pero que debería pasar por este camino, es la propuesta de crear un mecanismo de peticiones colectivas en el Sistema Interamericano. Durante los últimos años han llegado a la Comisión y a la Corte casos que involucran violaciones masivas de derechos humanos y que refieren a cientos, si no miles de víctimas. Estas peticiones han generado grandes dificultades en su tramitación, pues el mecanismo previsto en la CADH es el de peticiones individuales. Esto justificaría pensar la posible adopción de un mecanismo que permita tramitar de mejor manera este tipo de necesidades.

Finalmente, varias propuestas de reforma convencional se han avanzado con el objetivo de eliminar algunas tensiones entre las funciones de la CIDH y la Corte, especialmente en lo que refiere al rol de la Comisión ante la Corte ahora que las víctimas tienen una participación más decidida en el procedimiento ante la Corte. Vale la pena mencionar rápidamente las dos propuestas más estructuradas al respecto.

La primera iniciativa parte de una propuesta originalmente realizada por el actual Juez de la Corte Manuel Ventura Robles. Si bien el Juez Ventura propuso una reforma reglamentaria, las consideraciones de fondo de su propuesta pueden ser igualmente consideradas como parte de una modificación convencional. Según el Juez Ventura, a partir de la expedición de los reglamentos de 2000/01, la Comisión debió asumir un papel de “parte procesal” ante la Corte, pero ha seguido actuando como “parte sustantiva” lo cual ha producido una afectación al principio de igualdad de armas en perjuicio de los Estados²². Para corregir esta distorsión, el Juez Ventura asegura que la CIDH debería someter los casos ante la Corte a través del informe de artículo 50 de la CADH y las víctimas deberían ser quienes presenten la “demanda”. A partir de allí, la función de la Comisión debería ser obrar como auxiliar de la Corte en la búsqueda de la verdad procesal y de la justicia y como guardián de la integridad de la Convención, papel que haría defendiendo las conclusiones de su informe de artículo 50 sometido ante la Corte, tanto en la etapa escrita como en la etapa oral.

La segunda fue formulada por Ariel Dulitzky, quien asegura que subsisten dos materias disfuncionales en el sistema. De un lado, las cuestiones de admisibilidad son decididas por la CIDH y luego revisadas por la Corte, lo cual muestra una duplicidad innecesaria.

²² Ventura, Robles Manuel, “La necesidad de determinar procesalmente el papel de la CIDH en el proceso contencioso ante la Corte IDH, como consecuencia de haberle otorgado ‘locus standi in iudicio’ a la presunta víctima o a sus representantes en el reglamento aprobado en el año 2000”, conferencia presentada en el Congreso Internacional de Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Universidad Nacional Autónoma de México, 23 al 26 de mayo de 2006.

Por otro lado, existe también una duplicidad en el procedimiento de casos en cuanto a la producción de prueba y en las determinaciones de hecho y de derecho. Para eliminar esta situación, Dulitzky propone reformar la Convención para establecer claramente la división entre las tareas de la CIDH y la Corte. De conformidad con su propuesta, la CIDH se limitaría a ser un órgano de admisibilidad y solución amistosa. La decisión de admisibilidad sería entonces final e inapelable. En caso de que fracasara la posibilidad de llegar a una solución amistosa, el caso pasaría automáticamente a la Corte sin hacer ninguna determinación de hecho o de derecho. La Comisión no jugaría ningún rol de litigante ante la Corte, sino solamente de órgano principal de la OEA que actúa en representación de los Estados y como asistente en la búsqueda de la justicia, para lo cual contaría con la facultad de cuestionar a las partes, presentar su visión, opinión legal y propuesta de solución del caso para la consideración de la Corte²³.

4. *Reformas al interior de los órganos de protección*: Hasta ahora, la Comisión y la Corte han sido los órganos, dentro del esquema institucional de la OEA, que más empeño y decisión han puesto en hacer una revisión sincera y propositiva de las limitaciones procedimentales del sistema. Tal vez es por esta razón que erróneamente se relaciona el proceso de reforma al Sistema con la reforma a los reglamentos o prácticas de los dos órganos.

De hecho, las distintas reformas reglamentarias adelantadas tanto por la CIDH como por la Corte a partir del inicio del “proceso de reflexión” han producido unos resultados nada despreciables: un aumento en el número de casos enviados a la Corte, una mayor participación autónoma de las víctimas ante la Corte, el incremento de la jurisprudencia interamericana, y un incremento de las decisiones de admisibilidad de la CIDH²⁴.

²³ Dulitzky, Ariel, *50 Años del Sistema Interamericano de Derechos Humanos...*

²⁴ Cançado Trindade, Antonio, “El nuevo reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2000) y su proyección hacia el futuro: la emancipación del ser humano como sujeto del derecho internacional”, en: Cançado, A. & Ventura, M., *El futuro de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. ACNUR, San José, Costa Rica, 2003.

No obstante, estos cambios no han producido, primero, un aumento de los casos decididos por el Sistema y, segundo, aún subsisten cuestiones procesales y competencias indefinidas entre la CIDH y la Corte en cuanto al tratamiento de casos. Para enfrentar estas cuestiones (hasta al grado en que los dos órganos pueden hacerlo sin recurrir a otras autoridades) la Comisión y la Corte iniciaron hace un par de años un diálogo interinstitucional para tratar de aumentar su eficacia y evitar prácticas que limiten el acceso al Sistema y su eficiencia global. Los puntos en debate son los siguientes.

En primer lugar, los dos órganos han estado discutiendo sobre la relación entre el informe del artículo 50 y la demanda. La idea es encontrar un acuerdo sobre cuál es el instrumento de introducción a la instancia judicial que mejor responde a los requerimientos de la Convención, al objeto y fin de la mejor protección de los derechos humanos, y a las realidades en la situación de las víctimas.

En segundo lugar, se discuten los aspectos de duplicación del procedimiento de admisibilidad. El punto que aún no se ha logrado definir es si debe o no el examen de admisibilidad que hace la Comisión ser objeto de escrutinio por parte de la Corte y, en ambos casos, cuáles son las circunstancias y criterios que deberían informar dicho escrutinio.

En tercer lugar se encuentra el tema de la duplicación de la actividad probatoria. La pregunta clave es si debe la actividad probatoria desplegada por la Comisión ser o no duplicada en el proceso ante la Corte, y cuáles son los criterios y circunstancias que guían las decisiones a este respecto.

En cuarto lugar, los órganos debaten cuál es el rol de la Comisión en la actividad de litigio, que incluye aspectos tales como el ofrecimiento de prueba, interrogatorios, posición frente a nuevos hechos, posición frente a nuevos alegatos, identificación de las víctimas, rol cuando las víctimas no tienen representación. La idea sería llegar a un consenso sobre cuál es el rol que una mejor defensa de los derechos humanos impone a la Comisión en el procedimiento contencioso ante la Corte.

En quinto lugar, se discuten varios asuntos atinentes a la representación de víctimas en la práctica de casos colectivos o masivos. Aquí los aspectos controversiales giran en torno a la identificación de las víctimas y su efectiva representación ante el Tribunal; a cuáles son las instituciones procesales que garantizan de mejor manera la defensa de los derechos humanos, los intereses de las víctimas y el derecho de defensa de los Estados; cuáles son los estándares que deben regir el patrocinio letrado, y a cuáles son los deberes y atribuciones de los órganos del Sistema frente a patrocinio que no es efectivo, responsable o competente.

Finalmente, los órganos sostienen una discusión técnica sobre las pruebas. Especialmente sobre cuáles son los retos particulares que enfrentan las partes y el Tribunal con respecto al manejo de prueba en casos colectivos, y cuáles son las instituciones procesales que mejor atienden a la defensa de los derechos humanos.

Al mismo tiempo, la Comisión y la Corte se han esforzado por captar recursos financieros fuera del presupuesto regular, y por optimizar sus formas de trabajo para ser más efectivos con los escasos recursos con los que cuentan. Así, por ejemplo, en los últimos años la CIDH ha implementado varias medidas de reingeniería institucional las cuales, a pesar de no haber sido evaluadas todavía, prometen mejorar el funcionamiento del procedimiento de casos. Así, de un lado, la Comisión lanzó en 2007 un ambicioso programa para ponerse al día y descongestionar las peticiones que han quedado atrapadas en las etapas preliminares del procedimiento (que cuentan como la mayoría de peticiones ante el Sistema), a cargo de un grupo especializado de registro.

Por otro lado, la CIDH ha tratado de homogeneizar y dar coherencia al trabajo jurídico a través de la creación de grupos de grupos de gestión especializados. Así, además del ya mencionado grupo de descongestión, en la actualidad la CIDH cuenta con un grupo con dedicación exclusiva al apoyo del litigio ante la Corte, y un grupo de protección, a cargo de la evaluación, trámite y seguimiento de las medidas cautelares. Por último, recientemente la CIDH creó unas

“unidades funcionales” con el fin de promover la especialización y la productividad de informes de admisibilidad y fondo a través de la asignación de estas funciones a equipos de trabajo (Secciones), definidas con un criterio geográfico. Así, cada equipo de trabajo tiene aproximadamente la misma carga de trabajo. Asimismo, dentro de cada grupo de trabajo se dividen las tareas en base a la etapa procesal, ya sea admisibilidad o fondo, en que se encuentren los casos.

Ahora bien, no puede desconocerse que en este proceso de eficiencia y descongestión se han presentado una gran tensión. De un lado, se ha promovido la descongestión del sistema (especialmente la Comisión) a través de medidas que dificultan el acceso de las víctimas al Sistema a través de mayores cargas procesales y mayor rigor y ritualismo jurídico. Esto lo han planteado varios Estados miembros, a lo cual se han opuesto férreamente las ONG de la región. Sin embargo, por otro lado, las alternativas posibles para garantizar un sistema que sea amigable a las víctimas, pero efectivo para la consecución expedita de los fines que se propone, son escasas. Si bien los órganos del Sistema han visto con cautela reformas reglamentarias que puedan afectar el acceso de las víctimas al Sistema, no han tenido en todos los casos argumentos suficientes para oponerse a las pretensiones de los Estados.

5. *Reformas al litigio interamericano*: Algunos expertos y académicos de la región han señalado que dado el ambiente político general (en donde no se prevé que en el futuro cercano exista la voluntad política para lograr los cambios normativos e institucionales que el Sistema requiere), lo pertinente sería intentar maximizar los recursos existentes a través de racionalizar el tipo de casos que se someten ante el Sistema. Así, estas propuestas abogan por una suerte de litigio estratégico que asegure un impacto generalizado de los casos que eviten que casos similares tengan que ser tramitados por instancias internacionales.

Esta posición puede resumirse en la tesis del Profesor James Cavallaro de “menos es más” (*less is more*)²⁵. Su propuesta es la siguiente: si escogemos mejor los casos, podemos llevar menos casos pero producir un mayor impacto y cambio social, lo cual es una mejoría para el acceso global al sistema y la satisfacción de los derechos a una mayor proporción de la población. En este sentido, las cortes internacionales deberían concentrarse exclusivamente en casos que son emblemáticos de problemas persistentes o estructurales de violaciones de derechos humanos. Sin este enfoque estratégico, en un contexto en donde las violaciones están a la orden del día, el litigio internacional termina funcionando como una lotería en donde unos pocos peticionarios acceden a las cortes en contraposición con la mayoría de víctimas que está en la misma situación. De esta manera, el litigio interamericano estaría produciendo más daños que los que pretende solucionar.

Y, además, con la proliferación de casos y de denuncias se pierde en calidad del juicio, pues los órganos internacionales tienen que sacrificar profundidad por abundancia. Así, por ejemplo, para el caso del Sistema Interamericano, con las reformas reglamentarias que aumentaron el número de casos ante la Corte se ha producido una reducción de los días destinados para escuchar cada caso en audiencia pública, así como del número de testigos escuchados por la Corte. Es decir, más casos han sido escuchados, pero a un precio muy alto en términos de calidad de la justicia impartida.

Con base en estas premisas, Cavallaro y Brewer proponen que para ser más efectivos en la tarea de contribuir al respeto de los derechos humanos, los casos y decisiones de la Comisión y de la

²⁵ Cavallaro, James L., y Emily J. Schaffer, “Less as More: Rethinking Supranational Litigation of Economic and Social Rights in the Americas”, en: *Hastings Law Journal*, v. 56. Hastings College of the Law, University of California, 2005, pág. 217; Cavallaro, James L. y Emily J. Schaffer, “Rejoinder: Finding Common Ground to Promote Social Justice and Economic, Social and Cultural Rights in the Americas”, en: *New York University Journal of International Law and Politics*, v. 39, 2006; Cavallaro, James L. y Stephanie E. Brewer, “Reevaluating Regional Human Rights Litigation in the Twenty-First Century: The Case of the Inter-American Court”. *The American Journal of International Law and Justice*, 2008.

Corte Interamericana deberían estar incorporados en agendas más amplias que articulen una serie de estrategias de cambio que estén apoyadas en campañas de movilización social²⁶.

Para alcanzar esta racionalización es pues, necesario aumentar el trabajo en redes y crear agendas comunes de litigio e incidencia. Lo cual, de hecho, ya se viene haciendo por parte de muchas organizaciones que activamente litigan en el Sistema. Distintas organizaciones se encuentran promoviendo acciones destinadas a evaluar la eficacia y pertinencia de los mecanismos de protección del SIDH, los avances alcanzados mediante su utilización, y los principales obstáculos que impiden la mejor protección de sus intereses temáticos o geográficos a través de los mecanismos de justicia regional²⁷.

Ahora bien, el impacto de estas redes también es limitado. Aun cuando no hay muchos estudios al respecto, los datos muestran que la mayoría de peticionarios con casos pendientes ante la Comisión son aquellas presuntas víctimas que acuden sin el respaldo de un abogado, o a través de abogados privados que no pertenecen a ONG con incidencia ante el Sistema. Es allí cuando la situación se vuelve más acuciante. Las víctimas que están solas son las que más barreras tienen para obtener justicia, tanto a nivel local, como a nivel supranacional.

Y poco se ha hecho al respecto. Por ejemplo, poco se ha hecho para proveer una debida asistencia legal a las víctimas. El acceso al Sistema parte del principio general de la gratuidad. Pero la realidad no podría estar más lejos de ese principio.

Como ha señalado el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL), litigar un caso ante el Sistema es asumir un

²⁶ Cavallaro, James L. y Stephanie E. Brewer, "Reevaluating Regional Human Rights Litigation in the Twenty-First Century: The Case of the Inter-American Court"...

²⁷ Sánchez, Nelson C., *Promoviendo la agenda inconclusa: Propuestas para la optimización de los mecanismos del SIDH para la garantía de los DESC*. Plataforma Interamericana de Derechos Humanos, Democracia y Desarrollo, 2008 (en prensa).

complejo proceso legal por varios años, en los que se tienen que asumir, entre otros, los siguientes gastos: costos de investigación y documentación, de negociaciones amistosas con el Estado, de producción de prueba, de reuniones de trabajo y audiencias en Washington, D.C., y San José, de traslado de abogados, víctimas, testigos y peritos, de visas y requisitos de viaje, hoteles, y otros costos profesionales²⁸. En promedio, CEJIL ha calculado que los costos globales de un proceso que llega a tramitarse hasta la Corte es de aproximadamente US\$ 55,000.00. Los cuales hay que financiar a la espera de obtenerlos de vuelta tras el procedimiento ante la Corte. Sin embargo, la Corte Interamericana no acostumbra a reconocer la totalidad de estos gastos en sus indemnizaciones por concepto de “costas judiciales”. Según CEJIL, el monto máximo otorgado por la Corte como costas y gastos ascendió a US\$ 45,000.00.

Quisiera dejar estas cifras para que a partir de allí puedan reflexionar con un panorama amplio sobre ese tema que propusimos al principio y que está a la base del tema general de este curso: las imbricaciones entre acceso a la justicia e inclusión social. Como hemos visto, resolver los múltiples problemas que en este aspecto presenta nuestro sistema regional de justicia es una tarea para nada sencilla, pero que merece mayores esfuerzos.

Si no se logra encontrar respuestas a estos desafíos, en momentos en que hay una demanda creciente para utilizar el Sistema, cada vez será más difícil obtener buenos resultados, y por consiguiente mantener la credibilidad que han alcanzado la Comisión y la Corte luego de décadas de importante trabajo.

Son desafíos grandes y complejos. Afortunadamente contamos con personas como ustedes, deseosas de darnos una mano para fortalecer nuestro apreciado sistema de justicia regional de derechos humanos.

²⁸ CEJIL, “Aportes para la reflexión sobre posibles reformas al funcionamiento de la Comisión Interamericana y la Corte Interamericana de Derechos Humanos”...

Notas sobre acceso a la justicia y derechos sociales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

*Óscar Parra Vera**

1. Notas sobre el artículo 26 de la Convención Americana

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (Convención Americana, CADH o Pacto de San José) fue adoptada en 1969 y está conformada por un Preámbulo y tres partes. La primera parte se titula “Deberes de los Estados y Derechos Protegidos” y se divide en cinco capítulos: el primero enuncia los deberes de los Estados y el segundo refiere a derechos civiles y políticos. El tercer capítulo se titula “Derechos Económicos, Sociales y Culturales” y contiene solo un artículo, el artículo 26, al que se le tituló “Desarrollo Progresivo”.

Al hablar sobre derechos económicos, sociales y culturales (DESC), el Pacto de San José hace una remisión a la Carta de la Organización de los Estados Americanos (Carta de la OEA), adoptada en 1948 y modificada en 1967. El artículo 26 consagra lo siguiente:

Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la [OEA], reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.

* Abogado de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Máster en derecho de la Universidad Nacional de Colombia. Previamente se desempeñó como Becario “Rómulo Gallegos” y consultor en derechos sociales de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Parte de estas notas se derivan de Óscar Parra Vera, María Aránzazu Villanueva Hermida y Agustín Enrique Martín, *Protección Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Sistema Universal y Sistema Interamericano*. IIDH/UNFPA, San José, Costa Rica, 2008. Las opiniones del autor son de su exclusiva responsabilidad y no reflejan necesariamente el parecer de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ni de su Secretaría.

La determinación del alcance del artículo 26 ha generado diversos debates doctrinales. El primero de ellos es si la Convención Americana consagra derechos sociales exigibles.

Algunas posiciones consideran que el énfasis en el desarrollo progresivo de estos derechos les priva de justiciabilidad, de tal forma que habría que entenderlos exclusivamente como objetivos programáticos. A ello contribuye una interpretación que considera que “los derechos” consagrados por la Carta de la OEA no serían “derechos en estricto sentido”. En efecto, y como lo señala Héctor Gros Espiell al criticar la no inclusión expresa de cada uno de los DESC en la Convención Americana,

El error consistió en no comprender que las normas económicas, sociales y culturales del Protocolo de Buenos Aires, aunque enumeraban derechos económicos, sociales y culturales no tenían como objetivo aclarar y garantizar derechos humanos sino fijar pautas de conducta de los Estados en materia económica, social y cultural¹.

Por su parte, el Juez Manuel Ventura Robles, después de analizar los antecedentes y trabajos preparatorios de la Convención Americana, considera que los DESC “no fueron incluidos” en la misma. Por esta razón, el Juez Ventura señala que la jurisprudencia de la Corte IDH ha hecho mención a estos derechos a partir de la violación de derechos civiles y políticos². Posiciones que consideran que el artículo 26 no incluyen derechos sociales, hacen énfasis en el proyecto presentado por la Comisión Interamericana ante la Conferencia Interamericana especializada de 1969 –que no incluía estos derechos³– y en el entendimiento de la cláusula de progresividad como “estándar de no justiciabilidad”⁴.

¹ Gros Espiell, Héctor, *Los derechos económicos, sociales y culturales en el Sistema Interamericano*. Asociación Libro Libre, San José, Costa Rica, 1986, pág. 114.

² Ventura Robles, Manuel, “Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales”, en: *Revista IIDH*, No. 40. IIDH, San José, Costa Rica, 2004, págs. 91 y 130.

³ Craven, Matthew, “Economic, Social and Cultural Rights”, en: Harris, David y Stephen Livingstone, *The Inter-American System of Human Rights*. Oxford University Press, 1998, págs. 297-306.

⁴ Cavallaro, James y Emily Schaffer, “Less as More: Rethinking Supranational Litigation of Economic and Social Rights in the Americas”, en: *Hastings Law*

El problema de estas posturas es que todos los derechos, sean civiles y políticos o sociales, son prestacionales –en el sentido de que involucran obligaciones de hacer– obligaciones positivas– y que todos son programáticos –dependen de políticas públicas que los desarrollan– por ejemplo las políticas relacionadas con administración de justicia –hacer tribunales, etc.–, en cuanto a debido proceso. En este sentido, la Corte Constitucional de Colombia (sentencia T-760 de 2008) ha precisado que “la condición de ‘prestacional’ no se predica de la categoría ‘derecho’, sino de la ‘faceta de un derecho’. Es un error categorial hablar de ‘derechos prestacionales’, pues... todo derecho tiene facetas prestacionales y facetas no prestacionales”. Al respecto, dicho Tribunal Constitucional señaló que:

3.3.6. Algunas de las obligaciones que se derivan de un derecho fundamental y que tienen un carácter prestacional, son de cumplimiento inmediato, bien sea porque se trata de una acción simple del Estado, que no requiere mayores recursos (por ejemplo, la obligación de suministrar la información de cuáles son sus derechos a los pacientes, antes de ser sometidos a un tratamiento médico), o porque a pesar de la movilización de recursos que la labor implica, la gravedad y urgencia del asunto demandan una acción estatal inmediata (por ejemplo, la obligación de adoptar las medidas adecuadas y necesarias para garantizar la atención en salud de todo bebé durante su primer año de vida –art. 50, CP–). Otras de las obligaciones de carácter prestacional derivadas de un derecho fundamental son de cumplimiento progresivo, por la complejidad de las acciones y los recursos que se requieren para garantizar efectivamente el goce efectivo de estas facetas de protección de un derecho...

3.3.8. La progresividad justifica la imposibilidad de exigir judicialmente en casos individuales y concretos, el inmediato cumplimiento de todas las obligaciones que se derivarían del ámbito de protección de un derecho constitucional, pero no es un permiso al Estado para que deje de adoptar las medidas adecuadas y necesarias orientadas a cumplir las obligaciones en cuestión, valga repetir, progresivamente. Para la jurisprudencia “el que una prestación amparada por un derecho sea de carácter programático no quiere decir que no sea exigible o que eternamente pueda incumplirse”.

3.3.9. Para la jurisprudencia constitucional, cuando el goce efectivo de un derecho constitucional fundamental depende del desarrollo progresivo, “lo mínimo que debe hacer [la autoridad responsable] para proteger la prestación de carácter programático derivada de la dimensión positiva de [un derecho fundamental] en un Estado Social de Derecho y en una democracia participativa, es, precisamente, contar con un programa o con un plan encaminado a asegurar el goce efectivo de sus derechos. Por ello, al considerar un caso al respecto, la Corte señaló que si bien el accionante ‘no tiene derecho a gozar de manera inmediata e individualizada de las prestaciones por él pedidas, sí tiene derecho a que por lo menos exista un plan’ ”.

La obligación de desarrollo progresivo es entonces aplicable tanto a derechos civiles como a derechos sociales. El debate surge por las complejidades de las dimensiones prestacionales de los derechos sociales. Con todo, respecto a todos los derechos, sean civiles o sociales, la justiciabilidad de sus dimensiones prestacionales progresivas se relacionan con: i) la existencia de una política pública; ii) que no sea simbólica, es decir, que esté dirigida a garantizar el goce efectivo del derecho a través de acciones concretas, y iii) participación y rendición de cuentas.

Otras posturas respecto al artículo 26 de la Convención Americana defienden la tesis de la consagración de derechos exigibles en dicho instrumento. En cuanto al debate sobre los antecedentes históricos de la norma, en las actas de la Conferencia Especializada Interamericana se registran tres posturas distintas⁵: a) no alusión a los DESC; b) enumeración prolija y expresa de los mismos, y c) referencia a los DESC en forma muy general y con referencia a compromisos de progresividad. Cabe anotar que la delegación colombiana hizo una propuesta expresa por la inclusión detallada de los DESC. Esta iniciativa fue rechazada y se propuso una fórmula intermedia de remisión al Protocolo de Buenos Aires, en la que se incluyen los

⁵ Urquilla Bonilla, Carlos Rafael, “Los derechos económicos, sociales y culturales en el contexto de la reforma al Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos”, en: *Revista IIDH*, No. 30-31. IIDH, San José, Costa Rica, 2000.

derechos sociales que adicionan la Carta de la OEA⁶. Teniendo en cuenta dichas actas y el preámbulo de la Convención, según el cual compete a este instrumento la determinación de competencias de los órganos del sistema en materia de DESC⁷, es posible inferir que al aceptar la remisión consagrada en el artículo 26, los Estados manifestaron su consentimiento respecto al reconocimiento de los DESC en la CADH⁸.

Por su parte, Abramovich y Rossi resaltan que el artículo 26 alude claramente a la “adopción de medidas” para dar “plena efectividad” a “derechos”. En este sentido, su interpretación literal permite concluir que no enuncia meros objetivos programáticos⁹. Estos derechos, de acuerdo a las palabras de la norma, deben inferirse a partir de las normas económicas, sociales y culturales de la Carta de la OEA. Asimismo, cabe anotar que el Juez Sergio García Ramírez también ha señalado que el artículo 26 contempla derechos y que

6 OEA, Secretaría General, Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos. Actas y Documentos, Doc. OEA/Ser.K/XVI/1.2, Washington, 1969.

7 En el preámbulo de la Convención se afirma que los Estados parte en la Convención Americana la aprueban “[c]onsiderando que la Tercera Conferencia Interamericana Extraordinaria (Buenos Aires, 1967) aprobó la incorporación a la propia Carta de la Organización de normas más amplias sobre derechos económicos, sociales y educacionales y resolvió que una convención interamericana sobre derechos humanos determinara la estructura, competencia y procedimiento de los órganos encargados de esa materia”.

8 Un exhaustivo análisis de los trabajos preparatorios y del recorrido de los DESC en la Conferencia Especializada Interamericana, en orden a defender la tesis del consentimiento de los Estados respecto a la protección de los derechos sociales a través de la CADH, puede verse en Melish, Tara, *Rethinking the “Less as More” Thesis: Supranational Litigation of Economic, Social and Cultural Rights in the Americas*. Center for Human Rights and Global Justice, Nueva York, 2006, págs. 49 a 56.

9 Abramovich, Victor y Julieta Rossi, “La tutela de los derechos económicos, sociales y culturales en el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, en: Martin, Claudia, Diego Rodríguez-Pinzón y José A. Guevara (comps.), *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Fontamara, México, 2004.

Todos los derechos... contenidos en el Pacto de San José y aceptados por los Estados... se hallan sujetos al régimen general de supervisión y decisión, o dicho de otra manera, a los “medios de protección”¹⁰.

Si se aceptan estos puntos de partida (que la Convención Americana consagra derechos sociales), la tarea posterior recae en la interpretación del artículo 26 para determinar i) cuáles son los derechos que es posible inferir a la luz de dicha remisión a la Carta de la OEA, ii) cuáles son los alcances de la cláusula de desarrollo progresivo y iii) cómo operan las obligaciones estatales en relación con estos derechos¹¹.

Al resolver estos problemas jurídicos, si existen posiciones en conflicto o dudas, la Corte IDH ha señalado que al interpretar la Convención debe siempre elegirse la alternativa más favorable para la tutela de los derechos protegidos por dicho tratado, según el principio de la norma más favorable al ser humano (entre muchos otros, ver el Caso de la Masacre de Mapiripán, párr. 106). Por otra parte, es imprescindible reconocer la jurisprudencia constante de la Corte IDH, siguiendo en este punto a la Corte Europea de Derechos Humanos, en el sentido de considerar a las convenciones de derechos humanos como “instrumentos vivos” que deben ser interpretados a la luz de las condiciones actuales y que la interpretación de los derechos debe hacerse “en el marco de la evolución de los derechos fundamentales de la persona humana en el derecho internacional

¹⁰ García Ramírez, Sergio, “Protección jurisdiccional internacional de los derechos económicos, sociales y culturales”, en: *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, No. 9. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, julio-diciembre 2003, págs. 139 y 141.

¹¹ La doctrina ha evaluado exhaustivamente estos temas. Ver en particular, Melish, Tara, *La Protección de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. Yale Law School/CDES, Quito, 2003, págs. 379-392; Abramovich y Rossi, “La tutela de los derechos económicos, sociales y culturales en el artículo 26...” págs. 457-478; Faúndez Ledesma, Héctor, “Los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema interamericano”, en: AA.VV., *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos: su jurisprudencia sobre debido proceso, DESC, libertad personal y libertad de expresión*. IIDH, San José, Costa Rica, 2004, págs. 98 a102 y 113 a 120; Courtis, Christian, “La protección de los derechos económicos, sociales y culturales a través del artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, en: Courtis, Christian, Denise Hauser y Gabriela Rodríguez Huerta (comps.), *Protección internacional de los derechos humanos. Nuevos desafíos*. Porrúa-ITAM, México, 2005, págs. 1 a 66.

contemporáneo”¹². La tarea del intérprete es actualizar el sentido normativo de la Convención. Además, como lo resalta Héctor Faúndez, el artículo 29 d) de la CADH señala que ninguna de sus disposiciones se puede interpretar en el sentido de excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos de la misma naturaleza¹³. Cabe resaltar que esta declaración, tal como fue precisado, consagra expresamente diversos derechos sociales.

Ahora bien, entre las posturas sobre los derechos sociales que se derivan del artículo 26 se encuentran: i) interpretaciones que entienden como derechos incluidos en la norma sólo aquellos que puedan derivarse de la Carta de la OEA, sin que pueda utilizarse la Declaración Americana o el principio pro persona para su determinación. Según esta postura, el principio de interpretación más favorable sólo debe ser utilizado para fijar el alcance de la respectiva norma¹⁴. Por otra parte, se encuentran: ii) posturas que mediante la aplicación del principio de interpretación más favorable determinan los derechos armonizando la Carta de la OEA, la Declaración Americana¹⁵ y el Protocolo de San Salvador¹⁶ así como otros instrumentos internacionales pertinentes a la materia (PIDESC, Convenios de la OIT, etc.)¹⁷.

¹² Opinión Consultiva OC-16/99, párr. 114; Opinión Consultiva OC-18/03, párr. 120.

¹³ Faúndez Ledesma, Héctor, “Los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema interamericano”... pág. 100.

¹⁴ Abramovich y Rossi, “La tutela de los derechos económicos, sociales y culturales en el artículo 26...”... págs. 470 a 478.

¹⁵ Entre las opciones de litigio defendidas por el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL) se encuentra la utilización del estándar definido por la Corte IDH en su Opinión Consultiva sobre la Declaración Americana, según el cual, “la Declaración Americana determina los derechos a los que se refiere la Carta de la OEA”. CEJIL considera que “los derechos protegidos por la Carta, a que se refiere el artículo 26, serían aquellos contenidos en la Declaración Americana”. CEJIL, *La protección de los derechos económicos, sociales y culturales y el Sistema Interamericano*. CEJIL, San José, 2005, pág. 75.

¹⁶ Melish, Tara, “Enfoque según el artículo 26: Invocando los DESC que se derivan de la Carta de la OEA”... págs. 383-388.

¹⁷ Courtis, Christian, “La protección de los derechos económicos, sociales y culturales a través del artículo 26...”... págs. 8 a 29; CEJIL, *La protección de los derechos económicos, sociales y culturales...*... págs. 76 a 78 y Krsticevic, Viviana, “La protección de los derechos económicos, sociales y culturales en el Sistema Interamericano”, en: CEJIL, *Construyendo una agenda para la justiciabilidad de los derechos sociales*. CEJIL, San José, 2004, págs. 167 a 173.

A continuación se hace referencia a algunos elementos interpretativos que pueden ser de utilidad al enfrentar estos problemas.

Respecto a los derechos consagrados en el artículo 26, es importante tener presente que la remisión efectuada por este artículo involucra varias normas de la Carta de la OEA. El conjunto de derechos que es posible inferir puede ser relativamente amplio, pero todo depende de la técnica argumentativa que se utilice para ello¹⁸. Más aún si se tiene en cuenta la dificultad de derivar derechos a partir de normas que establecen objetivos y medidas de políticas públicas. Coincido con Christian Courtis, quien señala que

La validez de la inferencia es susceptible de grado: cuanto más clara y abundante sea la base normativa –los “índices”– a partir de la cual se realiza la inferencia, mayor certeza habrá al respecto de su validez. Por el contrario, si las referencias normativas a partir de las cuales se realiza la inferencia son oscuras, vagas o aisladas, la validez de la inferencia se verá debilitada¹⁹.

Cabe resaltar que la Comisión Interamericana ha defendido la exigibilidad de algunos derechos sociales a través del artículo 26 en el marco de informes de país²⁰ e informes sobre casos individuales. En

¹⁸ En forma meramente explorativa, y bajo la prevención de que siempre es necesaria una construcción argumentativa que justifique la inferencia concreta de derechos, es posible aludir, *inter alia*, a estos derechos sociales en el artículo 26 de la CADH: derechos laborales (derecho al trabajo y conexos) tales como el derecho a salarios justos, condiciones seguras para la vida y la salud en el trabajo, nivel de vida decoroso, jubilación, pensiones por incapacidad, sindicalización, libertad sindical, negociación colectiva y huelga (artículo 26 CADH y artículos 34 g), 45 b), 45 c), 45 d), 45 g) y 46 de la Carta de la OEA), derecho a la seguridad social (artículo 26 CADH y artículos 45 b) y h) y 46 de la Carta de la OEA), derecho a la educación (artículo 26 CADH y artículos 34 h), 47, 48, 49, 50 y 52 de la Carta de la OEA), derecho a los beneficios de la cultura (artículo 26 CADH y artículos 47, 48, 50, 51 y 52 de la Carta de la OEA), derecho al bienestar material o a un nivel de vida adecuado (artículo 26 CADH y artículos 34, 45 a) y 45 f) de la Carta de la OEA), derecho a la salud (artículo 26 y artículos 34 i, 34.l de la Carta de la OEA), derecho a la alimentación (artículo 26 y artículos 34 j), 45 a) y 45 f) de la Carta de la OEA), derecho a la vivienda (artículo 26 CADH y artículos 34 k), 45 a) y 45 f) de la Carta de la OEA) y derecho a un ambiente sano (artículo 26 CADH y artículos 34 l, 45 a) y 45 f) de la Carta de la OEA).

¹⁹ Courtis, Christian, “La protección de los derechos económicos, sociales y culturales a través del artículo 26...”..., págs. 8 a 9.

²⁰ La CIDH ha dicho que “la Carta de la [OEA] en la reforma efectuada a través del Protocolo de Buenos Aires, en diferentes artículos, entre los que se destacan

el caso Milton García Fajardo y otros contra Nicaragua, relacionado, *inter alia*, con un despido arbitrario posterior al desarrollo de una huelga, la CIDH consideró que “los derechos económicos de los trabajadores aduaneros entran en el marco de la protección de los [DESC] tutelados por la Convención Americana en su artículo 26” y que en dicho caso, “el Estado nicaragüense, en vez de adoptar medidas de desarrollo progresivo en beneficio de los trabajadores aduaneros, buscó reducir sus derechos, ocasionándoles perjuicios graves en sus derechos económicos y sociales”. Asimismo, la CIDH ha reconocido expresamente que el artículo 26 consagra el derecho a la salud (caso Jorge Odir Miranda Cortez, párr. 47; caso Luis Rolando Cuscul Pivaral y otros, párr. 42) y el derecho a la seguridad social (Informe de fondo en el caso Cinco Pensionistas; caso Jesús Manuel Naranjo Cárdenas, párrs. 61 a 64).

Por su parte, la Corte IDH ha tenido que analizar el artículo 26 en algunos casos contenciosos. En el caso Cinco Pensionistas, la CIDH alegó que el retroceso no justificado respecto al grado de desarrollo del derecho a la seguridad social constituía una violación del artículo 26. La Corte declaró violado el derecho a la propiedad (artículo 21 de la Convención) pero no el derecho a la seguridad social, considerando que “el desarrollo progresivo” de los derechos sociales se debe medir

en función de la creciente cobertura de los derechos económicos, sociales y culturales en general, y del derecho a la seguridad social y a la pensión en particular, sobre el conjunto de la población, teniendo presentes los imperativos de la equidad social, y no en función de las circunstancias de un muy limitado grupo de pensionistas no necesariamente representativos de la situación general prevaleciente [(párr. 147), razón por la cual desestimó] la solicitud de pronunciamiento sobre el desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales en el Perú, en el marco de (dicho) caso [(párr. 148)].

el 33, 44 y 48, consagra diferentes derechos económicos, sociales y culturales”. (Tercer informe sobre la situación de los derechos humanos en Colombia. OEA/Ser.L/V/II.102 Doc. 9 rev. 1, 26 febrero 1999. Capítulo III, párr. 4).

Diversas críticas han surgido en relación con este fallo²¹. Sin embargo, cabe resaltar que la Corte entendió que la Convención Americana consagra derechos sociales en su artículo 26 aunque, en el caso concreto, la Corte IDH concentró su análisis en una interpretación del principio de progresividad con requisitos de prueba de tipo colectivo.

En el caso Instituto de Reeducción del Menor, la Corte analizó el alegato de los representantes según el cual se vulneraba el artículo 26 por la no garantía de niveles mínimos de satisfacción de los derechos sociales. Para fijar el alcance del derecho a la vida, el Tribunal tuvo en cuenta derechos sociales consagrados en la Convención sobre los Derechos del Niño y el Protocolo de San Salvador, razón por la cual consideró innecesario pronunciarse, en el caso concreto, respecto al artículo 26.

De otro lado, en el caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa, la Corte utilizó el artículo 26 en su análisis de la violación del derecho a la vida. El Tribunal señaló que la obligación de “generar las condiciones de vida mínimas compatibles con la dignidad de la persona humana y a no producir condiciones que la dificulten o impidan”, es un deber para cuya verificación, en el caso concreto, debía ser tenido en cuenta, *inter alia*, el deber de desarrollo progresivo contenido en el artículo 26 de la Convención y algunos derechos sociales establecidos en el Protocolo de San Salvador (párrs. 162 y 163).

La Corte IDH pareciera abandonar la opción de determinar derechos sociales a partir del artículo 26 para concentrar la exigibilidad de los mismos a través de los derechos civiles y políticos. Esta opción, basada en el principio de interdependencia de los derechos humanos, es sumamente valiosa. Sin embargo, el enfoque de interdependencia podría constituir una disminución del ámbito de protección de cada derecho social en particular, dado que existen algunos componentes de los derechos sociales que no pueden ser reconducidos a estándares

²¹ Melish, Tara, “A Phyrrie Victory for Peru’s Pensioners: Pensions, Property, and the Perversion of Progressivity”, en: *Revista CEJIL*, No. 1. CEJIL, San José, Costa Rica, 2006, y Courtis, Christian, “La prohibición de regresividad: Apuntes introductorios”, en: Courtis, Christian, (coord.), *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*. Del Puerto, Buenos Aires, 2006.

de derechos civiles y políticos²². En este sentido, se pierde la especificidad tanto de derechos civiles y políticos (que empiezan a abarcarlo todo) como de derechos sociales (que no logran proyectar sus especificidades).

De allí la importancia del debate sobre las obligaciones que se derivan del artículo 26. Al respecto, la CADH enuncia en sus dos primeros artículos obligaciones generales (“respetar”, “garantizar” y, en función de este último deber, “adoptar medidas”). Luego, en su segundo capítulo, refiere a los derechos civiles y políticos sin enunciar deberes de tal carácter. Posteriormente, en el único artículo perteneciente a su tercer capítulo, que versa sobre DESC, la CADH se refiere a obligaciones generales relativas a estos derechos (“adoptar providencias... para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos”). Surge la duda entonces de si las obligaciones expresadas en los artículos 1 y 2 del Pacto de San José son o no aplicables a los DESC reconocidos en el tratado.

El Juez García Ramírez señala que “[l]as obligaciones generales contenidas en los artículos 1 y 2 abarcan todos los derechos abarcados por el tratado, no apenas aquellos que figuran en el capítulo II”²³. La misma postura es avalada por Christian Curtis aduciendo que si estos artículos no distinguen a qué derechos refieren, tampoco debe hacerlo el intérprete²⁴. La Jueza Cecilia Medina Quiroga acepta esta razón y agrega que a la misma puede adicionarse el principio de interpretación más favorable. No obstante, la Jueza Medina expresa sus reparos, aduciendo que, dado que los artículos 2 y 26 se superponen, en el sentido que ambos establecen el deber de adoptar medidas, parecería

22 Sobre este punto, ver Melish, Tara, “El litigio supranacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales: avances y retrocesos en el Sistema Interamericano”, en AA.VV., *Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. Programa de Derechos Humanos del Ministerio de Relaciones Exteriores, México, 2005, págs. 215 a 217.

23 García Ramírez, Sergio, “Protección jurisdiccional internacional de los derechos económicos, sociales y culturales”... pág. 139.

24 Curtis, Christian, “La Protección de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales a través del Artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”... págs. 2 a 29.

que se han querido establecer obligaciones distintas. Además, agrega, si los artículos 1 y 2 se aplican al artículo 26 tampoco estaría claro qué deben respetar y garantizar los Estados. Una solución, según la Jueza de la Corte IDH, sería sostener que debe garantizarse y respetarse el desarrollo progresivo, aunque señala que “la aplicación de (esos deberes generales de la CADH) no parece ayudar al progreso de los (DESC) si el objeto del respeto y garantía es la progresividad de éstos²⁵.”

Sin embargo, compartimos la respuesta de Christian Courtis a este argumento en el sentido de que el objeto de las obligaciones de respeto y garantía son los derechos sociales consagrados en el artículo 26. En palabras de este autor,

...lo que agrega el artículo 26 –y por eso se trata de un caso de *lex specialis* en relación con el artículo 2– es que el Estado puede concretar la garantía de esos derechos –es decir, en los términos coincidentes de los artículos 2 y 26, el logro de su efectividad– en forma progresiva, y en la medida de los recursos disponibles...

salvo las obligaciones de respeto, protección y cumplimiento de niveles mínimos esenciales de estos derechos, que no están subordinadas a la progresividad y son de efecto inmediato²⁶.

Cabe resaltar que la obligación de desarrollo progresivo no niega la justiciabilidad de estos derechos e, incluso, abre algunas esferas de control judicial del deber de no regresividad.

De otra parte, es importante resaltar que las obligaciones establecidas en el artículo 1.1 (deber de garantía) y 2 (deber de adoptar disposiciones de derecho interno) son aplicables a los DESC consagrados en el artículo 26²⁷.

²⁵ Medina Quiroga, Cecilia, “Las obligaciones de los Estados bajo la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, en: *La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Un cuarto de siglo 1979-2004*. Corte IDH, San José, Costa Rica, 2005, págs. 227 a 228.

²⁶ Courtis, Christian, “La protección de los derechos económicos, sociales y culturales a través del artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, ponencia presentada en el Curso Interdisciplinario de Derechos Humanos, IIDH, San José, 2007, pág. 23.

²⁷ Ver los artículos de Christian Courtis y Tara Melish citados, así como Melish, Tara, “The Inter-American Court of Human Rights: Beyond Progressivity”,

En conclusión, el debate en torno al artículo 26 de la Convención Americana es amplio. Con todo, es posible inferir que en este artículo se consagran derechos económicos, sociales y culturales exigibles a los cuales son aplicables las obligaciones de respeto y garantía (prevención, protección y cumplimiento).

2. Dos grandes avances en la Comisión Interamericana: los informes sobre acceso a la justicia e indicadores en derechos sociales

a. El informe sobre acceso a la justicia en derechos sociales

En septiembre de 2007 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) adoptó su informe sobre el acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales, desde la perspectiva de los estándares fijados por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (en adelante “Informe sobre Acceso a la Justicia en DESC”)²⁸.

en: Langford, Malcolm (ed.), *Social Rights Jurisprudence: Emerging Trends in Comparative and International Law*. Cambridge University Press, 2007. Cabe anotar que esta última autora considera que el éxito del litigio internacional ante el Sistema Interamericano que invoque directamente DESC estará asociado a que se analicen los casos con base en los deberes de respeto y garantía y no con base en la obligación de desarrollo progresivo. Para Melish, la progresividad es un estándar de monitoreo, no utilizable en el litigio. La autora explica que el deber de respeto es una obligación negativa e inmediata, y que el deber de garantía involucra obligaciones positivas que en algún modo dependen de los recursos de los Estados. Por el contrario, la obligación de desarrollo progresivo se evalúa ponderando los resultados alcanzados en la satisfacción de los derechos de la población. Finalmente, esta autora considera que “la diferenciación entre “tipos” de obligaciones aplicada a los derechos del Capítulo II y del Capítulo III [de la CADH], respectivamente –uno enfocado en la apropiada conducta estatal, el otro en los niveles globales de disfrute de los derechos más allá de la conducta de los Estados– es la mayor debilidad de la [Corte IDH] en términos de la adecuada protección de los derechos socioeconómicos”. Ver Melish, Tara, “El litigio supranacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales: avances y retrocesos en el Sistema Interamericano”... págs. 213 y ss.

²⁸ CIDH, *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 del 7 de septiembre 2007.

En primer lugar, respecto a la obligación de remover obstáculos económicos o financieros para garantizar el acceso a los tribunales, la CIDH señaló que es común que “la desigual situación económica o social de los litigantes se reflej[e] en una desigual posibilidad de defensa en juicio”.

En este punto, aspectos tales como la disponibilidad de la defensa pública gratuita para las personas sin recursos y los costos del proceso, resultan de importante valor instrumental para la exigibilidad de los DESC. Por ello, retomando pronunciamientos tales como la Opinión Consultiva OC-11 de la Corte IDH sobre excepciones al agotamiento de recursos internos, la CIDH indicó que debería proceder asistencia legal gratuita teniendo en cuenta: a) la disponibilidad de recursos por parte de la persona afectada; b) la complejidad de las cuestiones involucradas en el caso, y c) la importancia de los derechos afectados. Además, se indicó que ciertas acciones judiciales –como algunas acciones constitucionales– requieren necesariamente de asistencia jurídica gratuita para su interposición y seguimiento.

De otra parte, se analizó la forma en que los costos del proceso, sea éste judicial o administrativo, y la localización de los tribunales, son factores que también pueden redundar en la imposibilidad de acceder a la justicia y en la consecuente violación del derecho a las garantías judiciales. Ello ocurrió en el caso *Cantos vs. Argentina*, analizado por la Corte IDH, donde la tasa que se le cobraba a una persona para poder litigar era tan desproporcionada como para limitar excesivamente su acceso a la justicia. De otra parte, la CIDH ha señalado que el recurso judicial que se establezca para revisar el actuar de la administración, no sólo debe ser rápido y efectivo, sino también “económico” o asequible, en particular, cuando quien intenta la revisión de su queja hace parte de un grupo en situación de vulnerabilidad, como fue recomendado en el informe sobre acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas.

Teniendo en cuenta este último informe, particularmente en lo que refiere a mujeres afrodescendientes y pueblos indígenas, la CIDH resaltó la necesidad de identificar situaciones estructurales de

desigualdad que restringen el acceso a la justicia a determinados sectores de la sociedad. En estos casos, la CIDH ha destacado la obligación estatal de proveer servicios legales gratuitos y de reforzar los dispositivos comunitarios al efecto, a fin de facilitar a estos sectores sociales en situación de desventaja y desigualdad, el acceso a instancias judiciales de protección y a información adecuada sobre los derechos que poseen y los recursos judiciales disponibles para su tutela.

En segundo lugar, la CIDH analizó los componentes del debido proceso en los procedimientos administrativos relativos a derechos sociales. En particular, fueron analizados casos que involucran, entre otros, derechos económicos, sociales y culturales, derechos de los pueblos indígenas, derechos de los inmigrantes y derechos vinculados a la protección del ambiente; tanto la CIDH como la Corte IDH han gestado un claro estándar relativo a la plena aplicabilidad de la garantía del debido proceso legal en los procedimientos administrativos. Así, ambos órganos han establecido que el debido proceso legal debe ser respetado en todo procedimiento tendiente a la determinación de los derechos y obligaciones de las personas, en particular, la garantía de debido proceso en sede administrativa. Por ejemplo, la Comisión Interamericana ha considerado que entre los elementos componentes del debido proceso legal administrativo se encuentra la garantía de una audiencia para la determinación de los derechos en juego. De acuerdo con la CIDH, dicha garantía incluye: el derecho a ser asistido jurídicamente; a ejercer una defensa y a disponer de un plazo razonable para preparar los alegatos y formalizarlos, así como para promover y evacuar las correspondientes pruebas. La Comisión Interamericana también ha considerado a la notificación previa sobre la existencia misma del proceso, como un componente básico de la garantía. Además, la CIDH precisó el contenido del derecho a contar con una decisión fundada relativa al fondo del asunto y el derecho al plazo razonable del proceso.

Otro aspecto analizado en el informe se relaciona con el derecho a la tutela judicial efectiva de los derechos sociales. Este derecho exige que los Estados brinden mecanismos judiciales idóneos y efectivos

para la protección de los derechos sociales, tanto en su dimensión individual como colectiva. Tradicionalmente las acciones judiciales tipificadas por el ordenamiento jurídico han sido pensadas para la protección de los derechos civiles y políticos clásicos. La CIDH precisó la necesidad de procedimientos judiciales que no presenten condiciones u obstáculos que le quiten efectividad para cumplir con los fines para los que fueron previstos. Sobre esto último, la CIDH resaltó algunos casos relacionados con asegurar la efectiva ejecución de las sentencias que dicta el Poder Judicial de cada Estado.

b. El informe sobre indicadores

El 19 de julio de 2008 la CIDH emitió uno de sus más importantes pronunciamientos en materia de derechos económicos, sociales y culturales. Se trata del informe “Lineamientos para la elaboración de indicadores de progreso en materia de derechos económicos, sociales y culturales” (en adelante “Lineamientos”)²⁹. Este informe reconstruye parte de la experiencia interamericana en la materia y propone algunas estrategias para la supervisión del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (“Protocolo de San Salvador”).

El artículo 19 del Protocolo de San Salvador establece la obligación que tienen los Estados Partes de presentar informes periódicos sobre las medidas progresivas que hayan adoptado para asegurar el respeto de los derechos protegidos por el protocolo. En relación con este mecanismo de monitoreo, la Asamblea General de la OEA aprobó en junio de 2005 las “Normas para la confección de los informes periódicos previstos en el Protocolo de San Salvador”³⁰. Estas normas encomendaron al Consejo Permanente que, a través de la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos, propusiera la composición y el funcionamiento del Grupo de Trabajo establecido para el análisis de los informes nacionales. De otra parte, la Asamblea dispuso que la CIDH propusiera los indicadores de progreso a ser empleados para cada agrupamiento de derechos protegidos sobre los que deba presentarse informe.

²⁹ OEA/Ser/L/V/II.132 Doc 14, 19 julio 2008.

³⁰ Resolución AG/ RES. 2074 (XXXV-0/05).

En cumplimiento de este mandato, la CIDH presentó en julio de 2008 la versión final de los Lineamientos. Entre los principales aportes del documento se destacan los siguientes:

i. Precisiones estratégicas en relación con el principio de regresividad y la prohibición de no regresividad

La prohibición de regresividad como estándar de protección judicial ha sido objeto de innumerables discusiones³¹. Su alcance está ligado a su alter-ego, el principio de progresividad de los derechos humanos, en particular, de los derechos sociales. En sus Lineamientos, la CIDH caracteriza este criterio de protección y resalta su importante papel para el control de las políticas sociales:

El principio de progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales permite su aplicación tanto en el examen de situaciones generales, como respecto de situaciones particulares de eventual retroceso en relación con el ejercicio de ciertos derechos. [Aplica no solo para analizar] los cambios del cuadro de situación general de un país en un período determinado, sino también, en la medida de lo posible, [para] identificar ciertas situaciones particulares graves de afectación de derechos del Protocolo, en especial problemas de alcance colectivo o que obedezcan a prácticas o patrones reiterados, o a factores de índole estructural que puedan afectar a ciertos sectores de la población, por ejemplo la negación del acceso a derechos sociales básicos de una comunidad étnica o de un grupo social determinado.

En virtud de la obligación de progresividad, en principio le está vedado al Estado adoptar políticas, medidas, y sancionar normas jurídicas, que sin una justificación adecuada, empeoren la situación de los derechos económicos, sociales y culturales de los que gozaba la población al momento de adoptado el Protocolo o bien con posterioridad a cada avance “progresivo”. Dado que el Estado se obliga a mejorar la situación de estos derechos, simultáneamente asume la prohibición de reducir los niveles de protección de los derechos vigentes, o, en su caso, de derogar los derechos ya existentes, sin una justificación suficiente. De esta forma, una primera instancia

31 Análisis doctrinal exhaustivo en relación con esta figura puede verse en Christian Courtis (comp.), *Ni un paso atrás...* y Rodrigo Uprimny y Diana Guarnizo, “¿Es posible una dogmática adecuada sobre la prohibición de regresividad? Un enfoque desde la jurisprudencia constitucional colombiana”, en: *Homenaje a Héctor Fix Zamudio*. UNAM, México, 2008.

de evaluación de la progresividad en la implementación de los derechos sociales, consiste en comparar la extensión de la titularidad y del contenido de los derechos y de sus garantías concedidas a través de nuevas medidas normativas con la situación de reconocimiento, extensión y alcance previos³².

A continuación se profundiza en este importante estándar de los Lineamientos teniendo en cuenta la experiencia colombiana y del Comité DESC de Naciones Unidas. Al respecto, cabe resaltar que el diálogo entre estos estándares abstractos y su aplicación a casos concretos permitirá dar luces respecto a si esta prohibición de regresividad aplica sólo a situaciones generales, colectivas o vinculadas a patrones, o si también puede aplicar a situaciones concretas asociables a derechos subjetivos.

Así por ejemplo, desde su sentencia C-251 de 1997, en el marco del control abstracto de constitucionalidad, la Corte Constitucional de Colombia resaltó que

...el mandato de progresividad implica que una vez alcanzado un determinado nivel de protección, la amplia libertad de configuración del legislador en materia de derechos sociales se ve menguada, al menos en un aspecto: todo retroceso frente al nivel de protección alcanzado debe presumirse en principio inconstitucional y por ello está sometido a control judicial estricto³³.

Aplicando este criterio al caso del derecho a la salud, en las sentencias C-1165 de 2000 y C-040 de 2004 se declaró la inexecutable de normas que desconocían el mandato de ampliación progresiva de la seguridad social. Se trataba de una disminución de los recursos para el régimen subsidiado de salud (el régimen para las personas que no tienen capacidad de pago) so pretexto de la “racionalización del gasto público”. Dado que se disminuían en forma drástica los aportes del Presupuesto Nacional con destino a las necesidades de salud de los sectores más pobres de la población colombiana, la Corte resaltó, *inter*

³² CIDH, *Lineamientos*, párrs 5 y 6.

³³ Una delimitación exhaustiva de los diversos componentes de este control estricto, a partir de la jurisprudencia colombiana, puede verse en Arango, Rodolfo “La prohibición de retroceso en Colombia”, en: Courtis, Christian (comp.), *Ni un paso atrás...* págs. 153 a 171.

alia, el principio de prioridad del gasto público social sobre cualquier otra asignación. Además, se indicó que se vulnera el principio de progresividad cuando no se avanza en orden a lograr el principio de universalidad en la cobertura de salud, según lo ordena la Constitución y la ley³⁴.

Pero la prohibición de regresividad también ha sido aplicada en casos concretos sobre derecho a la salud. Un ejemplo es el caso denunciado por una persona que tuvo que trasladarse de una ciudad a otra para continuar su tratamiento de hemodiálisis debido a que su entidad de salud terminó unilateralmente el contrato con la unidad renal que se encontraba en su ciudad. La Corte colombiana³⁵, tomando como punto de partida el derecho internacional (en particular, la Observación General No. 14 del Comité DESC) ponderó entre los principios de accesibilidad y calidad del servicio, a lo cual es inherente proclamar su necesaria coexistencia y la imposibilidad de sacrificar el uno para salvaguardar el otro (dado que son elementos esenciales del derecho a la salud). El caso permitía analizar la tensión que surge cuando se disponen servicios de salud más cercanos pero con condiciones médico-científicas inferiores a otros menos cercanos. El juicio de ponderación establecido por la Corte fue el siguiente:

- Definir si la medida resultante no constituye una política pública regresiva, no justificada con base en la consecución de un fin constitucionalmente legítimo y que fue tomada sin realizar un análisis suficiente de otras posibilidades distintas a la medida contraria al cumplimiento del deber de progresividad. En caso que este análisis resulte fallido, la medida vulnerará el derecho a la salud y, por ende, no será admisible.

³⁴ En este sentido, la sentencia C-130 de 2002 señaló que “si bien el desarrollo progresivo de la seguridad social para lograr la cobertura total de los servicios de salud para todos los habitantes... debe hacerse gradualmente, para lo cual los recursos existentes en un momento dado juegan un papel determinante, esto no puede ser obstáculo para lograr esa meta en el menor tiempo posible, pues de no cumplirse con prontitud se estarían desconociendo los fines esenciales del Estado y, por ende, en flagrante violación de (la Constitución)”.

³⁵ Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-739 de 2004.

- Cuando se acredite que la política adoptada no es regresiva e injustificada, será procedente el ejercicio de ponderación entre los postulados antes anotados, labor que deberá satisfacer dos requisitos básicos:

* Que la medida resultante no afecte el núcleo esencial de cada postulado, constituyéndose como una política desproporcionada o irrazonable que impide el goce cierto del derecho a la salud. La Corte resaltó que en dicho caso bajo estudio,

...no será admisible una decisión que permita que el servicio público de salud sea prestado en condiciones médico científicas que pongan en riesgo la vida de los pacientes o que estén dispuestas de forma tal que los afectados queden objetivamente aislados del acceso físico a las instituciones encargadas de las prestaciones asistenciales.

* Que la política implantada sea compatible con la protección adecuada de los fines básicos del derecho a la salud, tales como la conservación de la vida en condiciones dignas. El Tribunal indicó que:

En el presente estudio, este requisito sería desconocido en caso que, bien por la imposibilidad de acceder a los establecimientos de asistencia médica o debido a la falta de calidad de los procedimientos médicos suministrados, no sea posible obtener el tratamiento adecuado para recobrar el estado de salud o, incluso, se afecte el bienestar físico o emocional del usuario del servicio.

Al resolver el caso concreto, la Corte consideró que la actuación de la entidad de salud no vulneró los derechos fundamentales de los accionantes puesto que (i) el traslado de los usuarios del tratamiento de hemodiálisis a [otra] ciudad se fundó en motivos serios y compatibles con el cumplimiento de las finalidades propias del derecho a la salud, en especial la protección de la vida en condiciones dignas; (ii) esta decisión no constituyó una afectación injustificada del principio de progresividad del derecho a la salud ni afectó el contenido esencial de los postulados de accesibilidad y calidad, sino que, antes bien, constituyeron un desarrollo de los mismos para el caso concreto, y (iii) no existe prueba suficiente que los pacientes o sus familias

carezcan de los recursos necesarios para asumir los costos de transporte, razón por la cual no está acreditada la vulneración del postulado de accesibilidad al servicio de salud. Cabe resaltar que no existían otras posibilidades de atención menos gravosas dado que la única unidad renal ubicada en la ciudad en la que se quería el servicio era una unidad que había sido descalificada en una auditoría. De otra parte, se estableció que el servicio de transporte entre ambas ciudades era de fácil acceso y que los pacientes no carecían de los recursos económicos necesarios para desplazarse entre una y otra.

Como se observa, los juicios de proporcionalidad y ponderación que se aplican en estos casos exigen el seguimiento de pasos metodológicos que salvaguarden la fundamentación y legitimidad de la decisión judicial que se adopte. Al respecto, puede resultar útil la propuesta de criterios de control desarrollada en 2007 por el Comité DESC³⁶. Según este Comité, el análisis de denuncias según las cuáles un Estado Parte no ha adoptado medidas hasta el máximo de los recursos de que disponga, requiere analizar las medidas, legislativas o de otra índole, que el Estado Parte haya adoptado efectivamente. Para determinar si esas medidas son “adecuadas” o “razonables”, se pueden tener en cuenta:

- a) hasta qué punto las medidas adoptadas fueron deliberadas, concretas y orientadas al disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales;
- b) si el Estado Parte ejerció sus facultades discrecionales de manera no discriminatoria y no arbitraria;
- c) si la decisión del Estado Parte de no asignar recursos disponibles se ajustó a las normas internacionales de derechos humanos;
- d) en caso de que existan varias opciones en materia de normas, si el Estado Parte se inclinó por la opción que menos limitaba los derechos reconocidos en el Pacto;

³⁶ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Evaluación de la obligación de adoptar medidas hasta el “máximo de los recursos de que disponga” de conformidad con un Protocolo Facultativo del Pacto*, E/C.12/2007/1 del 21 de septiembre de 2007.

- e) el marco cronológico en que se adoptaron las medidas;
- f) si las medidas se adoptaron teniendo en cuenta la precaria situación de las personas y los grupos desfavorecidos y marginados, si las medidas fueron no discriminatorias y si se dio prioridad a las situaciones graves o de riesgo.

Asimismo, dicho Comité señaló que cuando no se adoptan medidas o éstas son de carácter regresivo, corresponde al Estado Parte probar que la decisión pertinente se basó en el examen más exhaustivo posible y que está debidamente justificada en relación con la totalidad de los derechos enunciados en el Pacto y por el hecho de que se utilizaron plenamente los recursos disponibles. Cuando se aduzca “limitaciones de recursos” para explicar cualquier medida regresiva que haya adoptado, el Comité señaló que examinará esa información en función de las circunstancias concretas del país de que se trate y con arreglo a estos criterios:

- a) el nivel de desarrollo del país;
- b) la gravedad de la presunta infracción, teniendo particularmente en cuenta si la situación afecta al disfrute de los derechos básicos enunciados en el Pacto;
- c) la situación económica del país en ese momento, teniendo particularmente en cuenta si el país atraviesa un período de recesión económica;
- d) la existencia de otras necesidades importantes que el Estado Parte deba satisfacer con los recursos limitados de que dispone; por ejemplo, debido a un reciente desastre natural o a un reciente conflicto armado interno o internacional;
- e) si el Estado Parte trató de encontrar opciones de bajo costo, y
- f) si el Estado Parte recabó cooperación y asistencia de la comunidad internacional o rechazó sin motivos suficientes los recursos ofrecidos por la comunidad internacional para la aplicación de lo dispuesto en el Pacto³⁷.

³⁷ *Ibidem*.

ii. La diferenciación conceptual entre indicadores socioeconómicos e indicadores sobre derechos

La CIDH introduce esta distinción a efectos de esclarecer en qué términos esta propuesta no busca duplicar el trabajo de otros organismos especializados que ya producen indicadores en la región. En este sentido, los Lineamientos diferencian entre progreso económico y social y cumplimiento del Protocolo de San Salvador. Esto último implica el cumplimiento de obligaciones jurídicas y su evaluación no implica una valoración general de las políticas públicas. No obstante, existen puntos de contacto, ya que el cumplimiento de los referidos deberes frecuentemente se hará mediante la adopción de políticas. De todos modos, no se trata de apreciar la opción que libremente escojan los Estados para satisfacer los derechos, sino de evaluar si las mismas violan o no derechos reconocidos en el Protocolo. Una política puede ser eficiente en términos de aumento de riqueza pero ser incompatible con dicho tratado, por ejemplo, por ser discriminatoria.

En consecuencia, la CIDH propone diferenciar entre indicadores de contexto económico y social e indicadores de derechos. Éstos, a diferencia de lo que puede ocurrir con los primeros, no se restringen a recabar información sobre la situación económica y social de un Estado. Si bien tal determinación será útil, se trata de complementar estos datos con otros referidos a mecanismos institucionales y políticas que apunten a efectivizar los derechos y a factores estructurales que hagan esto posible, como pueden ser el reconocimiento legal de un derecho, el funcionamiento de sistemas de justicia o mecanismos de participación, transparencia y rendición de cuentas, entre otros. Los indicadores de derechos también deben apuntar a ponderar la capacidad de las personas de exigirlos, lo que depende de capacidades materiales, intelectuales, información, conocimiento, entre otros.

iii. La propuesta de indicadores cuantitativos y señales de progreso cualitativas

La propuesta de la CIDH exige diferenciar entre los objetivos, que son aquellos fines que se desea alcanzar y se expresan en términos cualitativos (“reducir la mortalidad de los niños menores de 5 años”),

las metas, que son los niveles cuantitativos que se desean alcanzar en un período determinado (“reducir en dos terceras partes, entre 1990 y 2015, la mortalidad de los niños menores de 5 años”) y por último los indicadores, que son variables usadas en las metas para medir el progreso hacia los objetivos (“tasa de mortalidad de los niños menores de 5 años”).

En cuanto al tipo de indicadores de derechos a utilizar, la CIDH propone complementar indicadores cuantitativos –por ejemplo, en relación con el derecho a la salud, “cantidad de médicos por habitante”– con indicadores de progreso, a los que llama “señales de progreso cualitativas”, que tienen por finalidad poner en contexto a los primeros.

Las señales de progreso cualitativas involucran indicadores estructurales, indicadores de proceso e indicadores de resultado. Los estructurales visibilizan cómo se organiza el aparato estatal para satisfacer los derechos. Por ejemplo, relevan información sobre el reconocimiento legal de los derechos o si se han adoptado políticas o creado agencias para satisfacer los mismos. Los indicadores de proceso tienen por objetivo “medir la calidad y magnitud de los esfuerzos del Estado para implementar los derechos” (párr. 31), por ejemplo, midiendo el alcance o cobertura de planes estatales. Finalmente, los indicadores de resultado apuntan a ponderar el impacto real de las acciones estatales³⁸.

Cada uno de estos indicadores deberá aplicarse a la evaluación de tres categorías: “recepción del derecho”, “capacidades estatales” y “contexto financiero y compromiso presupuestario”. La primera refiere al modo en que un derecho es incorporado por el orden normativo interno³⁹. La segunda ilustra sobre la forma como los diversos poderes

³⁸ La CIDH advierte sobre la importancia de considerar en conjunto los indicadores. Así, si bien atendiendo a indicadores de resultados, podría advertirse una mejora en el grado de satisfacción de los derechos, la misma puede ser fortuita; por el contrario, si se observa una desmejora, la misma puede no ser atribuible al quehacer estatal. Esto marca la importancia de dar relevancia a los indicadores de proceso (Cfr. Lineamientos..., párr. 32).

³⁹ Por ejemplo, un indicador estructural al respecto es si el derecho está reconocido en la constitución o en leyes, un indicador de proceso es si existe jurisprudencia al respecto (Cfr. Lineamientos..., párr. 37).

y reparticiones estatales se organizan en relación al cumplimiento de los derechos. Ello exige analizar la existencia de agencias estatales, sus competencias e interacción, sus capacidades legales y financieras, entre otros aspectos. La tercera, “contexto financiero y compromiso presupuestario” refiere a la disponibilidad de recursos de un Estado para afrontar el Gasto Público Social y de qué forma se distribuyen los mismos.

Los Lineamientos ofrecen algunos ejemplos que se derivan de la experiencia del Sistema de Naciones Unidas en la materia, particularmente de los aportes del primer Relator de Naciones Unidas para el Derecho a la Salud, el profesor Paul Hunt. En uno de sus informes, el Relator señaló que los indicadores de resultados miden las repercusiones de los programas, las actividades y las intervenciones sobre la situación sanitaria y cuestiones conexas. A modo de ejemplo señaló que los indicadores de resultados incluyen la mortalidad derivada de la maternidad, la mortalidad infantil, las tasas de prevalencia del VIH y el porcentaje de mujeres que conocen los métodos anticonceptivos. El Relator también destacó que resulta posible establecer algunos vínculos entre un indicador estructural (¿Existe una estrategia y un plan de acción para reducir las defunciones maternas?), un indicador de proceso (la proporción de nacimientos asistidos por personal sanitario cualificado) y un indicador de resultados (mortalidad derivada de la maternidad).

iv. Temas transversales en los que se proyecta un “enfoque basado en los derechos”

La CIDH propone analizar temas transversales que permiten medir si existen condiciones favorables para el acceso de la población a los derechos sociales del Protocolo, así como la efectividad de las garantías institucionales y de los mecanismos de protección doméstica de los derechos consagrados en ese instrumento. En particular, se desarrollan tres temas transversales para ser medidos por indicadores y señales de progreso: i) igualdad; ii) acceso a la justicia, y iii) acceso a la información y a la participación. Como se observa, son temáticas directamente relacionadas con los temas estratégicos del “enfoque

basado en los derechos” analizado en la primera parte del presente texto.

En cuanto a igualdad, el énfasis se dirige a medir los avances o retrocesos en cuanto a acciones adoptadas respecto de grupos históricamente discriminados. El acceso a la justicia, por su parte, “comprende el examen sobre la posibilidad legal y fáctica de acceso a mecanismos de reclamo y protección administrativos y judiciales” (párr. 66). La CIDH recuerda al respecto que en el entendimiento del Comité DESC, aspectos significativos de los DESC son exigibles inmediatamente ante autoridades judiciales. También señala los estándares desarrollados en el SIDH, y señala que la obligación estatal no es solo negativa –no impedir el acceso a los tribunales–, sino también positiva: organizar el aparato del Estado de modo que las personas puedan acceder efectivamente a la justicia. El acceso a la información y la posibilidad de participación, por último, son temas íntimamente vinculados. El primero es necesario para viabilizar con efectividad el segundo, y ambos son esenciales a fin de hacer factible el control de las políticas estatales y la incidencia de personas o grupos en las acciones estatales referentes a sus derechos.

Luego de ejemplificar el sistema de indicadores respecto a los derechos a la salud y a la seguridad social, aclarando que el mismo es aplicable a los demás derechos consagrados en el Protocolo de San Salvador, la CIDH expone algunas propuestas en relación con la elaboración y presentación de los informes. Al respecto, resalta la importancia de garantizar la más amplia publicidad y la participación de la sociedad civil en las distintas etapas del procedimiento.

Por otra parte, considerando la estructura institucional de la OEA y las posibilidades de labor del Grupo de Trabajo, recomienda que el sistema se desarrolle por fases de acuerdo al agrupamiento de derechos y temáticas afines, y no que se evalúen, de una sola vez, todos los derechos plasmados en el Protocolo. En esta línea, el punto de partida podría ser la presentación de informes sobre ejes transversales comunes a todos los derechos, de acuerdo a lo expuesto al respecto en el documento.

También sugiere la CIDH, a efectos de evitar que el sistema de indicadores sea una herramienta demasiado rígida, ajustar el sistema general a las pautas de cada región. Para ello el Grupo de Trabajo debería elaborar un diagnóstico preliminar en relación a cada país. Esto podría hacerse con base en información de órganos especializados, de la sociedad civil, de la CIDH y del propio Estado. Finalmente, en cuanto a la evaluación que hará el Grupo de Trabajo, destaca la CIDH que sus miembros y procedimientos deben asegurar los principios de autonomía, independencia e imparcialidad. Asimismo, expresa que sería beneficioso que el Grupo de Trabajo pueda hacer visitas a los países y que la evaluación tenga en cuenta información presentada por organizaciones no gubernamentales relativa a informes presentados por los Estados.

Acceso a la justicia, Estado de Derecho y garantías institucionales

*Hernán Salgado Pesantes**

1. Planteamiento del tema

En la época actual que nos ha tocado vivir, entre un siglo que concluyó y otro que avanza a su primera década, encontramos un dinamismo creciente en el mundo de las ideas que acompaña al progreso científico y tecnológico. Este dinamismo que impulsa nuevas concepciones, confirma o modifica presupuestos, se hace presente también en el campo de los derechos humanos, donde profundiza su conocimiento interdisciplinario.

En el siglo pasado, a partir de la segunda guerra mundial, se amplió el catálogo de los derechos humanos y se alcanzó su universalidad mediante su inserción tanto en los textos constitucionales de los Estados, como en los instrumentos internacionales de la comunidad de naciones. Mientras en la academia se trabajó por encontrar nuevos fundamentos jurídicos que legitimen los derechos y libertades.

Hoy –en el siglo XXI– la preocupación mayor, en mi concepto, radica en dar a los derechos humanos una concreción real; dicho de otro modo, hay una tendencia a conseguir una práctica que sea cada vez más efectiva, concreta, sistemática; que se traduzca en aquello que menciona reiteradamente la jurisprudencia de los órganos supranacionales de protección: un efecto útil (un resultado práctico).

En este contexto dinámico a la vez que complejo –como todo lo humano– por una parte analizaremos el acceso a la justicia pensando siempre que debe ser incluyente, el concepto actual del Estado de

* Doctor en Ciencias Políticas por la Universidad Panthéon Sorbonne de París. Profesor Principal de Derecho Constitucional en la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Antiguo Decano de su Facultad de Jurisprudencia. Ex Magistrado del Tribunal Constitucional. Ex Presidente y Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (períodos 1992-1997 y 1998-2003). Ex Magistrado de la Corte Suprema del Ecuador (2005-2008).

Derecho y las garantías institucionales que buscan la efectividad de los derechos y libertades; por otra, examinaremos los mecanismos internos de protección de los derechos humanos.

2. Estado de Derecho, una noción remozada

El Estado de Derecho es una expresión muy reiterada pero no por ello su contenido se ha diluido. No sería exacto pensar que se trata de una noción desgastada, que ya no responde a nuestra época. Este concepto se desarrolló con el avance del constitucionalismo clásico del siglo XVIII y, como toda noción humana, el Estado de Derecho ha evolucionado junto con la sociedad política; lo que significa que se ha enriquecido con nuevos contenidos. Veámoslo.

Cuando los pensadores del siglo XVIII proclamaron el fin del absolutismo, se afirmó que la ley sería el fundamento de todo gobierno porque éste se sujetaría al Derecho (concebido como un ordenamiento jurídico). Y la Revolución Francesa llevó adelante la consigna de que el gobierno de hombres sería remplazado por el gobierno de las leyes.

Para el régimen absolutista no existió un límite legal, por ello fue discrecional y despótico. Este sistema debía dar paso a un nuevo paradigma: el imperio de la ley. Y, la ley sería elaborada por los representantes elegidos por el pueblo con un carácter general y abstracto; además, como producto racional y deliberado debía tender al bien común. Esta concepción, con algunas variantes, fue desarrollada desde los tiempos de Aristóteles y Cicerón, de Tomás de Aquino, hasta Montesquieu y Rousseau, para citar a los principales exponentes.

Para entonces, la ley constituía la síntesis del ordenamiento jurídico, en ella se reflejaba la idea del Derecho, ese Derecho que alcanza su legitimidad al provenir de la fuente de la soberanía popular. Recuérdese que al proclamarse –como dogma político– el principio de que la soberanía radica en el pueblo, el Poder Legislativo pasa a tener un papel mayor en un régimen de legitimidad democrática, pues sus miembros numerosos son los representantes inmediatos del pueblo soberano.

Bajo esta perspectiva, la ley –obra del órgano legislativo– será la expresión de la voluntad general, en frase roussoniana. La Declaración de Derechos de la Revolución francesa, en su artículo sexto, afirmará:

La ley es la expresión de la voluntad general. Todos los ciudadanos tienen el derecho de participar personalmente, o por sus representantes, en su formación. Debe ser la misma para todos, tanto cuando protege como cuando castiga. Siendo todos los ciudadanos iguales a sus ojos, son igualmente admisibles a todas las dignidades, puestos y empleos públicos, según su capacidad, y sin otra distinción que la de sus virtudes y la de sus talentos.

Como se observa, esta disposición en su parte final destaca la igualdad de todos ante la ley, cuestión esencial que tiende a la inclusión de todos en la justicia, superando las barreras de la discriminación. En suma, lo expresado permite comprender que la expresión “imperio de la ley” haya sido utilizada como sinónimo de Estado de Derecho.

Después de la Segunda Guerra Mundial el panorama sociopolítico y económico tuvo un cambio sustancial, igual transformación se daría en lo jurídico, particularmente en materia constitucional y de los derechos fundamentales. Estas transformaciones fueron dándose a medida que se extinguieron los regímenes autoritarios (totalitarismos europeos y dictaduras latinoamericanas) y con la descolonización de numerosos pueblos. En este contexto político-jurídico, el constitucionalismo de posguerra tomó un renovado impulso y, como era lógico, las nuevas tendencias constitucionales incidieron también en la noción de Estado de Derecho.

Si antes se concibió al Estado de Derecho como el sometimiento del poder público a un ordenamiento jurídico, y que dicho poder público es establecido por la ley y ejercido de conformidad con ella, en la segunda mitad del siglo XX se pone el énfasis en la norma constitucional, en la Ley de leyes o Ley fundamental. Esta tendencia, en el momento actual toma aún mayor fuerza e impulso.

La razón está en que, con mayor exactitud jurídica, es la Constitución la que limita el Poder, organiza las funciones del Estado y garantiza los derechos fundamentales, ella contiene los valores superiores de la comunidad. Además, es la norma de jerarquía superior

del ordenamiento jurídico, que confiere a éste validez y unidad. En consecuencia, el Poder público se somete a la Ley de leyes y la actividad político-administrativa del Estado está constreñida a aplicar los mandatos constitucionales.

De esta manera, la Constitución suplanta a la ley, con igual o mayor legitimidad democrática al provenir del Poder constituyente que encarna la voluntad popular. Por otro lado, como se dijo, el constitucionalismo fue remozado con las nuevas tendencias de posguerra, ya en lo relativo a la participación ciudadana en las instituciones políticas como en lo atinente a la esfera –ilimitada e indivisible– de los derechos humanos.

De lo expresado, es fácil observar el enriquecimiento del concepto de Estado de Derecho, concepto que está en función de un ordenamiento jurídico, de un sistema normativo encabezado por la Constitución. Y, vale hacer una importante precisión. Este ordenamiento jurídico debe estar centrado en los derechos y libertades humanas, como fin último de la actividad estatal.

Esta concepción ya estuvo en el constitucionalismo clásico del siglo XVIII, por tanto el Estado de Derecho no podía darse con cualquier orden jurídico; recuérdese la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de la Revolución Francesa que inicia su preámbulo afirmando que “la ignorancia, el olvido o el desprecio de los derechos del hombre, son las únicas causas de los males públicos y de la corrupción de los gobiernos”. En el art. 2 se dice: “La finalidad de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre”. Y, el art. 16 afirma: “Toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no está asegurada y la separación de poderes determinada no tiene constitución”¹. También, en la época contemporánea, se ha discutido la idea de que no basta la Constitución sin la democracia y viceversa, una democracia sin Constitución; lo cual ha llevado a crear el término “democracia constitucional”².

¹ Ver, Salgado Pesantes, Hernán, *Lecciones de Derecho Constitucional*, tercera edición. Ediciones Legales, Quito, 2004, págs. 29 y ss.

² La concepción de vincular estrechamente la democracia y la Constitución ha llevado a muchos tratadistas (Friedrich, Loewenstein, entre otros) en las

3. Los derechos fundamentales o derechos humanos

Como sabemos, el estudio de los Derechos Humanos comprende un análisis interdisciplinario que permita aprehender sus múltiples facetas. Aquí, privilegiaré el análisis que realiza la ciencia del Derecho. Desde la óptica jurídica esta temática se ha insertado tradicionalmente en el Derecho Constitucional y de manera especial en la teoría de la Constitución, en cuya parte dogmática consta el catálogo de derechos y libertades, junto con los principios y valores de la comunidad. A los primeros se los denominó derechos fundamentales, al menos durante dos siglos.

Con la internacionalización de determinados principios del Derecho Constitucional, fenómeno que se dio después de la segunda guerra mundial, esta parte dogmática se desbordó de los ordenamientos jurídicos internos de los Estados para pasar a conformar el *corpus iuris* del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en un contexto supranacional comunitario.

En efecto, concluida la guerra en 1945 y reestructurada la Organización de Naciones Unidas, la comunidad internacional aprueba instrumentos de protección para los derechos y libertades de las personas. Igual ocurre en los organismos regionales (Comunidad Europea, OEA y otros). Entonces el vocablo derechos humanos se vuelve de uso corriente, hasta nuestros días. En suma, las dos expresiones (derechos fundamentales y derechos humanos) pueden tomarse como sinónimos³.

últimas décadas, a hablar de “democracias constitucionales”; a la democracia le conviene el calificativo de constitucional porque precisa su rasgo principal (de ser una forma de gobierno y un estilo de vida) y no se la reduce a alguno de sus tipos o aspectos, como decir “democracia liberal” (el liberalismo no es sino un ingrediente).

³ Sin embargo, hay autores que establecen sutiles diferencias entre estas denominaciones, con cierto matiz doctrinario (positivismo versus ius naturalismo). Los derechos fundamentales son los positivizados en el orden interno mientras que los derechos humanos serían los derechos naturales, positivizados o no en los instrumentos internacionales sobre esta materia. Ver, Pérez Luño, Antonio E., *Los Derechos Fundamentales*, sexta edición. Editorial Tecnos, Madrid, 1995, págs. 44 y ss.

a. Principios y valores, complemento de los Derechos Humanos

No es desconocido que la Constitución de todo Estado, además de organizar las instituciones políticas y de consagrar los derechos y libertades, contiene también los principios básicos y los valores esenciales con los que se identifica una comunidad política, ellos configuran el espíritu nacional, al tiempo de orientar la acción de los gobernantes.

Podemos afirmar que los valores superiores de toda sociedad democrática giran en torno del ser humano, individual y colectivamente considerado, porque la persona humana es la razón de ser de toda organización estatal, es el fundamento de la autoridad que manda y la legitimación moral y política de todo gobierno. Por otro lado, la dimensión ética de la dignidad humana determina que las personas no deban ser nunca instrumentalizadas, como un simple medio al servicio de otros objetivos.

Entre aquellos principios y valores que todo texto constitucional proclama, muchas veces desde el preámbulo, están los relativos a la libertad, igualdad, justicia, progreso y paz; en Latinoamérica se reconoce la diversidad de etnias y culturas en las cuales debe consolidarse la unidad de la nación. Se propugna que la organización del Estado y de sus instituciones adopten un carácter democrático, y que el desarrollo económico y social se fundamente en la equidad, el bien común y la solidaridad. Esta es la cosmovisión de un país expresada a través de su Ley Fundamental.

Si bien los derechos humanos están en la base de todos los principios y valores, hay muchos de éstos que los explicitan de manera particular así, por ejemplo, la dignidad de las personas como condición inherente de la vida humana; el respeto a los grupos vulnerables entre los que se destacan los niños, los ancianos y los discapacitados; los principios que regulan el trabajo; los principios de la economía que buscan la existencia digna y entre cuyos objetivos están la eliminación de la pobreza y la distribución equitativa de la riqueza. Sería extenso señalar todos los principios y valores que constan en la normativa constitucional de los Estados.

En este punto, cabe señalar –desde ya– que es importante que los jueces, y en particular el juez constitucional, conozcan e interpreten adecuadamente los principios y valores contenidos en la Ley de Leyes, por cuanto ellos dan sentido y determinan el alcance de las normas de la Constitución. De ello debemos estar conscientes.

b. Reconocimiento de los derechos humanos a nivel interno e internacional

Tesis central del constitucionalismo clásico fue la de organizar al Estado con sujeción a la ley y que el Estado y su ordenamiento jurídico tuvieran como núcleo esencial el respeto a las libertades y derechos de los gobernados. Dicho de otro modo, no se trataba de instaurar cualquier ordenamiento jurídico sino uno que garantice los derechos del ser humano. Esta concepción garantista del individuo frente al Estado se irá perfeccionando con el paso del tiempo hasta llegar al pensamiento actual.

A partir del constitucionalismo clásico los ordenamientos jurídicos de cada Estado, presididos por su Ley Superior, reconocieron y consagraron los denominados derechos fundamentales. Estos derechos constituyen una categoría diferente de otras facultades o pretensiones subjetivas y pasan a formar parte inseparable del texto constitucional, al tiempo que obtienen igual jerarquía jurídica.

La Constitución asegura la vigencia de los derechos humanos y establece la protección de los derechos de la persona como una de las obligaciones primordiales del Estado, el cual debe garantizar su goce y ejercicio de manera eficaz. Con esta finalidad, las normas constitucionales han creado un sistema de garantías para los derechos, es decir, hay un grupo de instrumentos jurídicos encargados de tutelar los derechos y en caso de violación cuidar de su pronta reparación y de restaurar su vigencia. Estas garantías constitucionales hacen realidad la eficacia de los derechos.

En el siglo XX, los derechos de la persona, considerada individualmente o como miembro de la sociedad, alcanzaron un mayor desarrollo; su esfera se amplió con un contenido substancial acorde con las exigencias vitales de los seres humanos. Como sabemos, a los

derechos civiles y políticos se agregaron los llamados derechos de segunda y tercera generación que buscan transformar la acción del Estado, a fin de que se conviertan en objetivos concretos que deben ser realizados por los gobernantes.

Vale reiterar que estas llamadas generaciones de derechos, si bien tienen un carácter histórico didáctico, no pueden significar que a los derechos se los considere por separado ya que constituyen un todo indivisible, además son interdependientes. Así, los derechos económicos sociales y culturales (DESC), junto con los clásicos derechos civiles y políticos forman un todo armónico e indivisible; que si en una primera época por razones político-ideológicas se los adoptó separadamente, este hecho ha sido superado⁴.

Una nota característica de nuestra época es la de que los Estados reconozcan que los derechos y libertades pueden estar establecidos tanto en el ordenamiento jurídico interno (Constitución y leyes de un país) como en los instrumentos internacionales vigentes. Es decir, se ensancha el mundo de los derechos, del ámbito jurídico nacional se avanza al contexto internacional. Esta importante evolución tiene una historia más reciente que todos recordamos. Para superar la barbarie de la primera y segunda guerras mundiales, la comunidad internacional consideró que no podía permanecer impasible frente a la violación de los derechos de la persona por parte de un Estado y buscó construir un sistema internacional de protección de las libertades y derechos.

Si anteriormente fueron las constituciones de los Estados las que recogieron el catálogo de derechos fundamentales, luego de las posguerras son los instrumentos internacionales de carácter multilateral que positivizan a los derechos bajo la denominación de derechos humanos, expresión que va a tener una común aceptación.

La mayoría de los Estados, en ejercicio de su potestad soberana, se han adherido a numerosas convenciones, pactos y protocolos, tanto de carácter mundial como regional, que garantizan el goce y ejercicio

⁴ Me refiero a los dos Pactos Internacionales aprobados el 16 de diciembre de 1966: el de Derechos Civiles y Políticos promovido por los Estados Unidos y el de Derechos Económicos Sociales y Culturales auspiciado por la Unión Soviética.

de los derechos humanos, haciéndose jurídicamente responsables de su vulneración. Esta protección supranacional de los derechos fundamentales de la persona, que se suma a la tutela interna o nacional, constituye un importante progreso y quedará marcado como un valioso aporte que el Derecho Internacional hizo al siglo XXI⁵.

4. El significado de la Democracia

Hablar de un régimen democrático es referirse al ejercicio político del Poder, dicho ejercicio debe caracterizarse por poner en práctica determinados valores sociales, que en lo esencial son: el pluralismo y la tolerancia; el respeto irrestricto a los derechos de la persona y la participación mayoritaria de los ciudadanos en la *res publicae*.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos da mucha importancia al carácter democrático de las instituciones políticas, como de la sociedad. Un buen ejemplo constituye el Inicio del Preámbulo cuando señala que los Estados Americanos van a consolidar “un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre”, “dentro del cuadro de las instituciones democráticas”. Asimismo, muchas disposiciones hacen referencia a una sociedad democrática como un parámetro adecuado para aquellos casos en que sea necesario establecer restricciones a determinados derechos.

Al momento actual, hay una clara consciencia de la relación directa que existe entre derechos humanos y democracia. Únicamente en un régimen democrático habrá respeto para la persona y, de ser necesario, podrá hacer valer sus derechos en el marco del debido proceso. En un régimen autoritario o dictatorial al no tener efectividad la Constitución tampoco tendrán vigencia práctica los derechos fundamentales.

El mismo ejercicio consciente de los derechos políticos, unido al goce de los otros derechos, lleva a la comunidad a vivir un sistema

⁵ Así, la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su Preámbulo se referirá a “una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos”.

democrático⁶. Esto significa que existe una interacción recíproca, los derechos humanos ejercen una función transformadora en la sociedad y, al mismo tiempo, establecen los cimientos para una verdadera democracia.

Nuestra época ha visto intensificarse la promoción a nivel internacional de la democracia, en el entendido que su fortalecimiento asegura la consolidación de los derechos humanos. Esta cuestión se hizo patente en la Declaración de Viena de 1993 que fuera adoptada por la II Conferencia Mundial de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, donde se enfatizó que la trilogía: democracia, desarrollo y derechos humanos, son interdependientes y se refuerzan mutuamente.

A propósito de esta nueva trilogía, una anterior destacaba como necesaria la conjunción del Estado de Derecho, la democracia y los derechos humanos. Podríamos pensar que la democracia, por su propia naturaleza y contenido, tiene cabida en el Estado de Derecho, está inserta en él, y a esta fusión se la ha denominado democracia constitucional (a la que me referiré al hablar de las instituciones políticas). No cabe duda que para la época que vivimos el desarrollo sostenido, que implica un progreso hacia la vida digna, se vuelve una exigencia.

En todo caso, es en el marco de un Estado democrático de Derecho –o democracia constitucional– que se darán las condiciones indispensables para el ejercicio y goce de los derechos, pues, como dice Bobbio, “se necesita el poder democrático para garantizar la existencia y la persistencia de las libertades fundamentales”⁷.

5. La institucionalidad democrática, una garantía objetiva

El constitucionalismo coherente con sus postulados de respetar los derechos y delimitar el marco de ejercicio del poder público, estableció los principios democráticos con los cuales se debía organizar a las instituciones políticas. Algunos de estos principios, que luego los

⁶ De esa democracia que tiene como núcleo definitorio la idea de la participación política.

⁷ Bobbio, Norberto, *El futuro de la democracia*. Barcelona, 1985, págs. 23-24.

mencionaré, son considerados también como técnicas jurídicas del constitucionalismo, que deben tenerse en cuenta para institucionalizar la democracia y fortalecer el Estado de Derecho. Entre estos principios constan los siguientes:

- Supremacía –con fuerza normativa– de la Carta constitucional, donde se incorporan los derechos fundamentales.
- La separación o división de poderes, doctrina que ha sido concebida de diversas maneras pero hay acuerdo en considerar que en una democracia constitucional debe existir un determinado grado de división de poderes o funciones, caso contrario se produciría una centralización peligrosa que conducirá al autoritarismo.
- Designación por sufragio popular universal, normativamente regulado, de los representantes al parlamento o congreso y del ejecutivo en lo que corresponda.
- Introducción de mecanismos adecuados para una activa participación de los ciudadanos en los asuntos públicos (diversas formas de consulta popular: referéndum, iniciativa de leyes, revocatoria del mandato, etc.).
- Institucionalización de la oposición como garantía de lo que hoy conocemos como transparencia de la gestión pública.
- El control de la actividad de los órganos estatales, que incluye la fiscalización política por parte del poder legislativo y de otras instituciones especializadas. Para la eficacia de este tipo de control es útil la rendición de cuentas.
- El control de la legalidad administrativa y el de constitucionalidad con un carácter jurisdiccional, realizado por los respectivos jueces.
- La independencia del poder judicial como medio indispensable para acceder a la justicia y alcanzar los fines que ésta se propone.

Otras garantías institucionales

Me atrevería a decir que es evidente la importancia práctica de los principios reseñados y que deben estar a la base de la organización de un Estado democrático de Derecho. No obstante, la experiencia

nos indica que para un adecuado funcionamiento de las instituciones, es indispensable contar con los protagonistas encargados de ponerlas en actividad: personas dotadas de un *ethos* especial, con mentalidad, actitudes y comportamientos básicamente democráticos, que hagan de la función pública un servicio.

Esta es la parte que corresponde a lo que el concepto de la democracia concibe como una forma o estilo de vida, además de los principios organizativos. Desde luego aquí se hace referencia sólo a los funcionarios públicos del Estado, porque el complemento lo dan los ciudadanos –la sociedad toda–, quienes deben actuar con un código de conducta impregnado de los valores democráticos. En otras palabras, es necesario desarrollar la cultura democrática, la cultura constitucional que interacciona con la cultura de derechos humanos.

El desarrollo de la cultura democrática contribuiría a superar un mal que aqueja a muchos países del mundo. En nuestra región la institucionalización carece de estabilidad, lo cual constituye un grave obstáculo para la consolidación de la democracia y la garantía de los derechos. Esta inestabilidad, que se manifiesta en lo político y jurídico, da como resultado una debilidad crónica de las instituciones, es una especie de círculo vicioso que impide el progreso de un país.

Una de las garantías esenciales para un convivir democrático y para que haya un acceso inclusivo a la justicia, es la independencia del Poder Judicial. Si los jueces no son independientes tampoco serán imparciales; los conflictos derivados de las querellas jurídicas incidirán en la paz social y en tal contexto, muchos quedarán marginados de acceder a una justicia pronta y eficaz. Volveremos sobre este tema.

Reflexión final

Uno de los desafíos que nuestros países deben enfrentar en el siglo XXI consiste en superar la democracia meramente formal y conseguir la democracia material; ésta debe remplazar a aquella. Con este criterio, también se ha expresado que los derechos de segunda generación deben sustituir a los derechos de la primera generación⁸.

⁸ Ara Pinilla, Ignacio, *Las Transformaciones de los Derechos Humanos*, reimpresión. Tecnos, Madrid, 1994, pág. 103.

Quizás, más que una sustitución se trata de complementar los derechos civiles y políticos, creando las condiciones materiales para los derechos –en conjunto– tengan mayor efectividad y eficacia. El carácter de indivisibilidad de los derechos conduce a esta percepción.

En esta perspectiva y como sabemos, los derechos sociales, económicos y culturales dan un contenido real a los demás y permiten su goce efectivo. En este contexto se proclamó el Estado social de Derecho, en el sentido de que el gobierno se convierte en un promotor activo para crear las condiciones necesarias indispensables que permitan el desarrollo integral del ser humano en sociedad. Tampoco se trata de conferir al Estado una función paternalista.

Igualmente, el Estado social de Derecho debe revertir los condicionamientos negativos que pesan sobre la comunidad –desde lo social y económico hasta lo cultural y político–, con la finalidad de concretar la vigencia real de los derechos, especialmente, sociales. Sin embargo, existe frustración en los pueblos pues estos derechos aún mantienen el carácter de enunciados teóricos para sectores mayoritarios de la población, justamente para aquellos que más los necesitan.

La concreción de los derechos económicos, sociales y culturales constituye un difícil problema en un mundo en desequilibrio y crisis, con alta densidad poblacional. Este problema, que da la impresión de tornarse irresoluble, deberá ser enfrentado con decisión en el nuevo milenio, conscientes de que sólo un determinado grado de desarrollo de la sociedad podrá asegurar a sus miembros el goce de estos derechos.

En todo caso, lo que queda claro es que los Estados tienen la obligación de dedicar sus recursos financieros, dentro del máximo de sus posibilidades, a la satisfacción de los derechos sociales y económicos, eliminando toda clase de corrupción. Lamentablemente, la deuda externa que arrastran nuestros países se ha presentado en las últimas décadas como el mayor freno para el desarrollo humano, lo que no deja de ser paradójico.

También se debe señalar que los organismos financieros adoptan políticas económicas que no contribuyen –al menos en el corto y mediano plazos– a que los Estados en vías de desarrollo puedan crear

aquellas condiciones favorables a la concreción de los derechos. No sería aventurado afirmar que las medidas económicas dispuestas por los entes financieros se revelan –en muchos casos– como desastrosas para el desarrollo social de las naciones.

Corresponde a las instituciones políticas impulsar una transformación que establezca las condiciones adecuadas para obtener un equitativo desarrollo social, económico y político de la población.

Por otro lado, una adecuada integración regional, orientada por la justicia distributiva, puede contribuir al desarrollo progresivo de la comunidad; asimismo la solidaridad internacional puede neutralizar en algo los efectos nocivos de la globalización. Es un imperativo de justicia que los Estados industrializados se decidan, finalmente, a poner en práctica aquello que se denominó el nuevo orden económico internacional y que el siglo XX terminó sin verlo cristalizado.

Acceso a la justicia de las mujeres

*Line Bareiro y Marcella Zub Centeno**

Introducción

Los silencios sobre las mujeres en los estudios de casi todas las ciencias y de la filosofía impregnaron el conocimiento humano durante siglos. Los estudios sobre la justicia no han sido excepción. Sin embargo, en los últimos 30 años, en el contexto del renacer del movimiento feminista, se han dado enormes saltos de conocimiento.

En todo proceso histórico se construyen mitos. Uno de ellos es que uno de los más relevantes científicos sociales del mundo decidió hace unos cinco años leer algún libro que le acercase al conocimiento sobre la producción acerca de las mujeres. Para su sorpresa, se encontró con bibliotecas enteras que revisaban la filosofía y todas las ciencias desde una teoría que había comenzado como una perspectiva y que había sido aplicada a preguntas sobre problemas sociales en todos los países del mundo y en todos ellos había tenido capacidad de explicar una parte de los temas relevantes para las sociedades. Se trata de la perspectiva de género, que diferencia entre lo biológico y lo cultural-social para explicar uno de los sistemas de poder más extendidos del mundo y también para hacer planteamientos de cambio.

* Line Barerio, paraguaya, es abogada y politóloga. Es investigadora del Centro de Documentación y Estudios, donde dirige los proyectos contra toda forma de discriminación e igualdad para las trabajadoras del servicio doméstico. Es Coordinadora General de la Red contra toda forma de discriminación, directora académica del Informe sobre derechos humanos Paraguay, de la Coordinadora por los Derechos Humanos en el Paraguay (CODEHUPY) y presidenta de Sakã, iniciativa por la transparencia electoral. Es integrante de la Articulación Feminista Mercosur, de la Asamblea del Centro de Documentación y Estudios, y de la Asamblea General del Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

Marcella Zub Centeno, abogada, paraguaya, ha participado en la elaboración de los últimos tres informes de derechos humanos en Paraguay de la Coordinadora de Derechos Humanos del Paraguay (Codehupy).

América Latina y el Caribe no han estado ausentes de esta producción, debiendo rescatarse algunos nombres como los de la costarricense Alda Facio, las peruanas Giulia Tamayo, Rocío Villanueva y Roxana Vázquez, la chilena Lorena Frías, la boliviana Julieta Montaña, la portorriqueña Ana Rivera Lassen, y las argentinas Haydée Birgin y Susana Chiarotti, por citar solamente a algunas investigadoras, que construyeron conocimientos desde la sociedad civil en iniciativas como CLADEM e ILSA y una infinidad de organizaciones no gubernamentales e impactaron en instituciones como ILANUD, el Instituto Interamericano de Derechos Humanos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y muy lentamente, en los propios poderes judiciales de la región.

En este trabajo se verá muy someramente algunos ejemplos de abordaje del acceso a la justicia de las mujeres, para revisar posteriormente las observaciones y recomendaciones del Comité CEDAW al respecto.

El acceso a la justicia según el estudio del IIDH 2000

El estudio sobre acceso a la justicia publicado por el IIDH en el año 2000, coordinado por José Thompson, conjuga la hoy ya clásica definición de Mauro Capeletti, que entiende como acceso a la justicia la posibilidad de toda persona de acudir al sistema previsto para la resolución de conflictos conforme al ordenamiento jurídico y de obtener atención a sus necesidades de determinación externa de situaciones jurídicas, con la posición de que el mejoramiento de la administración de justicia es una forma de realizar el principio de acceso a la justicia¹.

El estudio se realizó en siete países de la región: Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Nicaragua, Perú y República Dominicana. Para el tema que hoy nos ocupa, resulta relevante que

Uno de los casos más reiterados en la selección que los investigadores locales han efectuado, es el de las oficinas de la mujer. Esta relativa

¹ Thompson, José, "Introducción", en: IIDH/BID, *Acceso a la justicia y equidad. Estudio en siete países de América Latina*. San José, Costa Rica, 2000, pág. 25.

unanimidad merece ser destacada como el caso más extendido en el curso de la investigación, que ha sido también escogido en la mayoría de las ocasiones. Hay que tomar en cuenta, sin embargo, que el alcance de cada una de estas instancias varía considerablemente y que a menudo ha imperado la diversidad de formas de acción como criterio para escoger estos modelos. Parece haber contribuido a su éxito relativo el formar parte de una estrategia compleja, ya que en todos los países involucrados hay legislación de menos de una década de antigüedad en el tema de violencia o en igualdad para la mujer, que ha funcionado como motor o resorte en la instalación o consolidación de oficinas especializadas.

El caso de las oficinas de la mujer ilustra la diversidad de formas de acción que pueden emplear los modelos en materia de ampliación del acceso a la justicia. En general, combinan la asistencia letrada con la promoción de derechos y de vías para el planteamiento de denuncias en áreas específicas; instalan equipos interdisciplinario para un tratamiento integral de las situaciones concernidas; utilizan diversos canales para el trámite de los casos, y crean a menudo condiciones o etapas para el uso de mecanismos de resolución alterna; buscan a su clientela y detectan sus necesidades específicas².

Visto una década después se pueden sacar dos ideas del estudio del IIDH/BID

1. La emergencia de la problemática de la violencia contra las mujeres implicó un abordaje multidisciplinario, pero estuvo concentrado inicialmente en la violencia doméstica a pesar de que la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer (más conocida como Convención de Belém do Pará), aprobada en el año 1994 y ratificada muy rápidamente por todos los países de la región, tiene un enfoque integral de la violencia hacia las mujeres.
2. El principal motor de las iniciativas eran las organizaciones feministas y de mujeres, pero los Estados comenzaban ya a asumir responsabilidades principalmente desde los mecanismos nacionales para la igualdad de las mujeres y la policía.

2 Thompson, José, "Comparación de resultados", en: IIDH/BID, Acceso a la justicia y equidad... pág. 437.

El informe de la CIDH

En el año 2007 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), presentó un informe sobre acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas. El informe fue dirigido por la entonces comisionada Susana Villarán y constituye una referencia obligada sobre el tema.

Algunas conclusiones del informe son:

- a. La mayoría de los actos de violencia quedan en la impunidad, perpetuando la aceptación social del fenómeno.
- b. Es obligación incumplida por los Estados de la región la de emplear la debida diligencia para prevenir, investigar, sancionar y erradicar la violencia hacia las mujeres y garantizar recursos judiciales idóneos y efectivos.
- c. Las recomendaciones del informe están orientadas al diseño de intervenciones y acciones estatales para garantizar una respuesta judicial idónea, inmediata, oportuna, exhaustiva, seria e imparcial, frente a actos de violencia contra las mujeres.
- d. Las recomendaciones van dirigidas a problemas que surgen de la actuación de la justicia, las leyes y normas de los Estados, y las políticas de gobierno.

Recomendaciones generales:

- a. Diseñar políticas integrales y con recursos para garantizar el acceso a la justicia de las mujeres víctimas de violencia.
- b. Garantizar diligencia para todos los casos de violencia por razón de género.
- c. Fortalecer la capacidad institucional para combatir el patrón de impunidad.
- d. Adoptar políticas públicas destinadas a reestructurar los estereotipos sobre el rol de las mujeres en la sociedad y promover la erradicación de patrones socioculturales discriminatorios.

- e. Revisión de la normativa y prácticas que pueda tener la CIDH, de la Relatora de la ONU sobre violencia contra la Mujer y del Comité CEDAW.

El informe presentó también recomendaciones específicas en los siguientes campos:

- a. Investigación, juzgamiento y sanción de actos de violencia contra las mujeres.
- b. Protección cautelar y preventiva.
- c. Tratamiento de las víctimas por instancias judiciales de protección.
- d. Instancias de la administración de la justicia.
- e. Necesidades especiales de las mujeres indígenas y afrodescendientes.
- f. Legislación, políticas y programas de gobierno.

Una experiencia de monitoreo de la administración de justicia en casos de violencia hacia las mujeres

Evidentemente la violencia es la puerta de entrada hacia el acceso de las mujeres a la justicia. Del 2000 a esta parte, siete países han pasado ya de las leyes contra la violencia doméstica e intrafamiliar a las leyes integrales contra la violencia. Se ha sacado a la violencia doméstica del ámbito privado para llevarla a lo público.

Uno de los instrumentos ha sido el monitoreo que los propios poderes judiciales han establecido generalmente en alianza con organizaciones no gubernamentales. En el caso paraguayo se ha establecido un mecanismo relativamente sencillo de monitoreo, que se presenta a continuación.

METAS A 3 AÑOS	INDICADORES	FUENTES VERIFIC.	PERIODICIDAD MONITOREO
Existe una instancia en el PJ que da seguimiento al acceso de las mujeres a la justicia en casos de violencia doméstica e intrafamiliar	La CSJ designa una instancia encargada de dar seguimiento al acceso a la justicia a las mujeres víctimas de violencia doméstica e intrafamiliar.	Acordada de nombramiento.	Al finalizar el primer año o hasta que se designe.
	La instancia cuenta con una planificación trienal para la aplicación del Plan de Monitoreo.	Documento del Plan.	Al finalizar el segundo año y el tercer año.
	La instancia cuenta con recursos humanos, financieros e infraestructurales adecuados para realizar el seguimiento.	Presupuesto. Entrev. a el/la resp. de la instancia.	Cada año desde la creación de la instancia.
Se cuenta con estadísticas sobre acceso a la justicia de las mujeres víctimas de violencia, de toda la judicatura nacional, con datos desagregados por sexo sobre violencia doméstica e intrafamiliar.	Se cuenta con formularios adecuados para registrar la entrada y salida (en cada instancia) de casos de violencia contra las mujeres en la administración de justicia.	Hay un formulario de entrada y otro de salida.	Al finalizar el primer año, siempre y cuando se haya designado la instancia.
	% sobre el total, de Juzgados de Paz, entrenados para el correcto llenado de los formularios.	Participantes de las capacitaciones.	Anual.
	% sobre el total de juzgados de paz que llenan y entregan el formulario.	Formularios entregados a los juzgados de paz, llenados, devueltos PJ.	Anual.
	Anualmente la instancia responsable publica datos desagregados por sexo sobre denuncias y sobre los resultados de los procesos sobre violencia doméstica e intrafamiliar.	Informe.	Anual.

METAS A 3 AÑOS	INDICADORES	FUENTES VERIFIC.	PERIODICIDAD MONITOREO
La judicatura aplica la normativa que garantiza a las mujeres una vida libre de violencia.	No. de resoluciones que se citan en el artículo 60 de la CP92 en su fundamentación.	Respuesta en formulario.	Anual.
	No. de administradores de justicia que aplica Belém do Pará y/o CEDAW para fundamentar sus resoluciones.	Respuesta en formulario.	Anual.
	No- de administradores de justicia que utiliza la Ley nacional contra la violencia doméstica e intrafamiliar y la normativa concordante.	Respuesta en formulario.	Anual.
	% de cumplimiento del principio procesal de celeridad en los procesos sobre violencia doméstica.	Respuesta en formulario.	Anual.
Se aplica un programa de capacitación sistemática, con perspectiva de género, a las y los operadores de justicia para atender casos de violencia hacia las mujeres.	La Escuela Judicial incorpora el programa a su curricula.	Programa E.J.	Anual.
	No. de operadores/as de justicia capacitados, desagregados por tipo de operadores, de capacitación y circunscripción judicial.	Base de dato actualizada de operadores de justicia capacitados en el PJ.	Anual.
	Grado de cumplimiento de los convenios de cooperación vigentes para desarrollar programas de capacitación y actualización a operadores/as de justicia, en temas de violencia doméstica e intrafamiliar.	Sistema autoevaluativo.	Anual.

Pero es interesante consignar también que la aplicación de estos instrumentos científicos también ha generado importantes resistencias. Personalmente me cupo ser testigo de la agresión por parte de juezas y jueces de paz en contra de la persona que aplicó el monitoreo por encargo de la Corte Suprema de Justicia, llegando a elevar una nota denunciando haber sido agredidos injustamente. Notablemente, la encargada del monitoreo había dedicado por años sus esfuerzos a la formación de jueces en la comprensión de la perspectiva de género, en los derechos de las mujeres, en las mejores formas de aplicar la ley vigente contra la violencia y en los derechos de niños, niñas y adolescentes.

Lo denunciado como agresión era una conclusión de que en gran medida, la impunidad se basaba en el desconocimiento de las razones y efectos de la violencia de género.

Recomendaciones del Comité CEDAW sobre acceso a la justicia a los países de América Latina y el Caribe hispano

La Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer contempla el derecho de las mujeres a la justicia en los artículos 2c, 15-2. Como es sabido, el Comité CEDAW, por el artículo 17 de la Convención, es el encargado de revisar los informes que presentan los Estados parte de la Convención y hacer observaciones y recomendaciones a los mismos. Los Estados parte deben presentar un informe al año de la ratificación del instrumento y posteriormente cada cuatro años.

La presentación de informes ha sido irregular y ha habido países que demoraron dos décadas para presentar su primer informe al Comité, después de haberlo ratificado. A su vez el Comité está saturado de informes que debe estudiar, pues se debe tener en cuenta que la CEDAW es el segundo instrumento del sistema universal más ratificado. Actualmente son Estados Parte 186 países del mundo.

Para este artículo hemos revisado las recomendaciones del Comité CEDAW sobre acceso a la justicia a países de América Latina y el

Caribe desde 1982 hasta 2008. Las recomendaciones han ido de menos a más. Así, las recomendaciones específicas sobre el tema que nos ocupa que adquieren un desarrollo importante son del año 2006 en adelante, aunque como veremos más adelante, el Comité ha realizado observaciones sobre justicia recién desde el año 2000.

En ese sentido, las recomendaciones que pueden considerarse como más claras en este campo son las realizadas a Honduras, Perú y Bolivia, en 2007 y 2008. Así el Comité se dirigió a Honduras de la siguiente manera:

12. Aunque observa con beneplácito la creación de la Fiscalía de la Mujer, el Comité está preocupado porque la capacidad de las mujeres para entablar acciones judiciales por discriminación se vea limitada por factores como la pobreza, la falta de asistencia para defender sus derechos, la ausencia de información sobre sus derechos y las actitudes de los funcionarios judiciales y de los encargados de hacer cumplir la ley que oponen obstáculos a las mujeres que tratan de acceder a la justicia.

13. El Comité recomienda que se lleven a cabo campañas sostenidas de concienciación y divulgación jurídica focalizadas en las mujeres, incluidas las mujeres del medio rural, las mujeres indígenas y las mujeres de ascendencia africana, en materia de igualdad de género, a fin de alentar y empoderar a las mujeres para que se valgan de los procedimientos y amparos disponibles en relación con la violación de sus derechos en virtud de la Convención. El Comité exhorta al Estado Parte a que brinde servicios de asistencia letrada a las mujeres, incluidas las mujeres del medio rural, las mujeres indígenas y las mujeres de ascendencia africana, y a que elimine todos los impedimentos que se puedan plantear a las mujeres cuando acuden a la justicia, incluidos los gastos para interponer acciones e incoar juicios y las demoras prolongadas en las actuaciones judiciales. El Comité exhorta también al Estado Parte a que sensibilice a las mujeres respecto de su derecho a interponer recursos contra los funcionarios públicos que no apliquen las leyes pertinentes para beneficio de la mujer y a que fiscalice los resultados de esos recursos. El Comité alienta al Estado Parte a recabar la asistencia de la comunidad internacional para instituir medidas que faciliten el acceso de las mujeres a la justicia. El Comité pide al Estado Parte que suministre

información sobre el acceso de las mujeres a la justicia, incluida la asistencia letrada que se les brinde, en su próximo informe periódico³.

En este caso podemos ver que el foco de la recomendación es el fortalecimiento de la capacidad de las mujeres para defender sus derechos ante la administración de justicia. Esta capacidad se encuentra limitada por razones sociales como la situación de pobreza, de carencia de defensa o capacidad de contratar la defensa, así como de desconocimiento de los instrumentos y mecanismos que podría utilizar para la defensa de su derecho a la justicia. En ese sentido, hay una serie de recomendaciones para la superación de estas limitaciones debidas a la desigualdad de oportunidades, principalmente de las mujeres que pertenecen a grupos discriminados de la sociedad, como las mujeres rurales, las indígenas y las afrodescendientes.

Pero el Comité no centra solamente en la condición y posición de las mujeres en la sociedad las restricciones al ejercicio de su ciudadanía civil, sino que ve en el propio Estado las limitaciones, ya que considera que el acceso a la justicia de las mujeres está también obstaculizado desde el propio Estado y ello se refleja en “actitudes de los funcionarios judiciales y de los encargados de hacer cumplir la ley que oponen obstáculos a las mujeres que tratan de acceder a la justicia”.

Ahora bien, el Comité ha desarrollado mucho más la obligación del Estado de sensibilizar, capacitar y ofrecer asistencia a las mujeres, que la necesidad de transformar la cultura institucional incluso de la magistratura, que constituye una limitación tan relevante como la que proviene de las condiciones sociales en las que están las mujeres. Resulta aún muy general la recomendación de que elimine todos los impedimentos, aunque tiene dos elementos concretos: la necesidad de gratuidad y la aplicación real del principio de celeridad, al decir “que elimine todos los impedimentos que se puedan plantear a las mujeres cuando acuden a la justicia, incluidos los gastos para interponer acciones e incoar juicios y las demoras prolongadas en las actuaciones judiciales”.

³ CEDAW/C/HON/CO/6, 2007.

Las recomendaciones a Perú sobre acceso a la justicia tienen un contenido similar, aunque no enfatiza tanto en el tipo de mujeres a las que se dificulta el goce de este derecho sino en que hay cierto tipo de hechos contra las mujeres que encuentran mayores resistencias. Lo dice en los siguientes términos:

22. Al Comité le preocupa que las mujeres tengan un acceso restringido a la justicia, en particular debido a la falta de información respecto de sus derechos, la falta de asistencia jurídica, el hecho de que en el poder judicial no se conozca lo suficiente la Convención y los dilatados procesos judiciales que no son comprendidos por las mujeres. Al Comité le preocupa que los actos de violencia física y psicológica sean particularmente difíciles de enjuiciar en el sistema judicial⁴.

Es interesante que además de recomendar al Perú suprimir los impedimentos y promover el conocimiento de las mujeres sobre la legislación que las ampara contra toda forma de violencia, tanto la nacional como la Convención, el Protocolo Facultativo y las Recomendaciones Generales del Comité, recomienda la ejecución de

...programas destinados a los fiscales, jueces y abogados en los que se traten todos los aspectos pertinentes de la Convención y el Protocolo Facultativo.

Un detalle más en las recomendaciones al Perú del año 2007: el Comité considera que en las campañas se debe incluir a “las organizaciones no gubernamentales que se ocupan de las cuestiones que afectan a la mujeres”.

De esta manera, el Comité recomienda al Estado parte la eliminación de los factores que restringen el acceso a la justicia de las mujeres y esa tarea debe ser realizada con organizaciones no gubernamentales.

En las observaciones a Bolivia en el 2008, el Comité agrega a las ya citadas causas de limitación las altas tasas de analfabetismo y “el hecho de que en el poder judicial no se conozca lo suficiente la Convención”⁵.

4 37º período de sesiones, CEDAW/C/PER/CO/6, 2007.

5 CEDAW/C/BOL/CO/4, 2008.

Se recomendó también la promoción del conocimiento de la legislación en los idiomas de las personas y la ejecución de programas de capacitación destinados a “los fiscales, jueces y abogados en los que se traten todos los aspectos pertinentes de la Convención y el Protocolo Facultativo”.

Las intersecciones

Es la intersección con otras discriminaciones lo que en opinión del Comité agrava las dificultades de las mujeres para acceder a la justicia. Concretamente ha señalado de manera reiterada que los “efectos de la pobreza sobre las mujeres brasileñas de ascendencia africana, las mujeres indígenas, las mujeres cabezas de familia y otros grupos de mujeres socialmente excluidos o marginados” les pone en posición desventajosa para acceder a los derechos sociales y también a la justicia y por lo tanto, ha recomendado que cuando se tomen medidas de erradicación de la pobreza se preste atención prioritaria a esos grupos de mujeres⁶.

De igual manera, ha recomendado a Bolivia con respecto a las mujeres en situación de pobreza y las mujeres rurales e indígenas y a Perú insistiendo además en la pertenencia a minorías y su preocupación por los efectos del racismo y las múltiples formas de discriminación hacia las mujeres afroperuanas⁷.

A Venezuela le recomendó también que facilite a las mujeres de todas las regiones, incluidas las mujeres indígenas y las de ascendencia africana, un acceso efectivo a la asistencia letrada, y exhortó a

...asegurarse de que los funcionarios públicos, en especial la policía, el Poder Judicial, el personal de los servicios de salud y los trabajadores sociales, conozcan bien las disposiciones legales aplicables y estén sensibilizados con respecto a todos los tipos de violencia contra la mujer y capacitados para responder adecuadamente a ellos. El Comité insta al Estado Parte a crear un sistema centralizado para recopilar datos sobre la incidencia de la violencia contra las mujeres

⁶ Brasil Suplemento No. 38 (A/58/38), 2003.

⁷ 37° período de sesiones, CEDAW/C/PER/CO/6, 2007.

y a incorporar dichos datos e información acerca de los efectos de las medidas adoptadas en su próximo informe periódico⁸.

Observaciones y recomendaciones sobre violencia

El principal tema vinculado a la justicia que ha observado y recomendado el Comité se refiere a la violencia hacia las mujeres, tanto a la violencia doméstica e intrafamiliar como a lo referente a la trata de mujeres y niñas. En ese sentido, el Comité ha reiterado la necesidad de que los Estados Parte tomen en cuenta la Recomendación General No. 19 referida a la violencia, ya que la Convención no tiene un artículo específico al respecto.

Ha recomendado un enfoque comprensivo de la violencia a la Argentina, enfatizando que se debe

...asegurar que las mujeres que son víctimas de la violencia y el acoso sexual tengan acceso a medios de protección y recursos eficaces, y que los autores de tales actos sean efectivamente enjuiciados y castigados, y que las mujeres sean efectivamente protegidas contra las represalias⁹.

Sobre el mismo tema y en términos similares ha realizado recomendaciones a Brasil¹⁰ y Bolivia, pero en este caso agregó un punto relevante y novedoso, el del acoso político. Lo que no es casual ya que han sido investigadoras de este país justamente las que han puesto de manifiesto tan grave problema y acuñado el término¹¹. En ese sentido dijo el Comité

31. El Comité recomienda que se adopten políticas dinámicas y efectivas para aumentar la participación de la mujer a todos los niveles de la vida profesional y pública, incluso adoptando medidas especiales de carácter temporal, y que se sancione debidamente el incumplimiento de las disposiciones existentes orientadas a establecer un porcentaje mínimo y máximo de cada sexo y que se establezcan otros medios eficaces y dinámicos de apoyar su cumplimiento. El Comité insta al

⁸ 34º período de sesiones, CEDAW/C/VEN/CO/6, 2006.

⁹ Informe sobre el quincuagésimo noveno período de sesiones, Suplemento No. 38 (A/59/38), 2004.

¹⁰ Suplemento No. 38 (A/58/38), 2003.

¹¹ Concretamente Ximena Machicao.

Estado Parte a que apruebe lo antes posible el proyecto de ley contra el acoso político con el fin de combatir y erradicar este tipo de violencia y asegurar que las mujeres que sean víctimas de acoso político tengan acceso a medios de protección y recursos eficaces, que los autores de tales actos sean enjuiciados y castigados de forma apropiada y que las mujeres sean efectivamente protegidas contra las represalias¹².

A Colombia le instó a eliminar el clima de violencia, a que haga frente a las causas subyacentes de la violencia contra la mujer y a que mejore el acceso de las víctimas a la justicia y los programas de protección. Pero además, manifestó su preocupación por que

...el traspaso de competencias de los jueces de familia a los comisarios de familia, los jueces civiles o los jueces municipales pueda reducir en la práctica el acceso de la mujer a la justicia. Le preocupa el uso de la conciliación en los casos de violencia en el hogar, así como la falta de una supervisión eficaz de los efectos de dichos procedimientos en el acceso de la mujer a la justicia y a las vías de recurso. Le preocupa también que no haya suficientes datos estadísticos sobre la violencia contra la mujer en el hogar¹³.

De manera consecuente, el Comité ha criticado la persistencia de mecanismos de conciliación entre víctimas y victimarios, y recomendado su eliminación. Pero en algunos casos ha criticado incluso la falta de leyes para combatir la violencia en el hogar y el hostigamiento sexual en el trabajo. Así lo ha observado en el caso de Cuba, país al que le invitó a que “en su próximo informe incluya datos sobre el acceso de la mujer a los tribunales, en general, y con respecto a la violencia, en particular”¹⁴.

A El Salvador y a México recomendó tanto medidas legislativas como de otro tipo para que las víctimas de violencia

...tengan acceso a medios de protección y recursos eficaces y que los autores de esos actos sean efectivamente enjuiciados y castigados y no gocen de impunidad [y que] adopte medidas para modificar las actitudes sociales y culturales que son las causas fundamentales de

¹² CEDAW/C/BOL/CO/4, 2008.

¹³ 37° período de sesiones, 2007.

¹⁴ Suplemento No. 38 (A/55/38), 2000.

la mayoría de las formas de violencia dirigidas contra la mujer, en particular los asesinatos motivados por prejuicios de género¹⁵.

A México le recomendó que proceda a la aprobación sin demora del proyecto de Ley general para el acceso de las mujeres a una vida sin violencia y a mejorar el acceso de las víctimas a la justicia, y a garantizar que sistemáticamente se imponga un castigo efectivo a los culpables y que las víctimas se puedan beneficiar de programas de protección. Pero al manifestar su preocupación por la continuación de desapariciones de mujeres le reiteró “las recomendaciones que formuló al Estado Parte en relación con su investigación emprendida de conformidad con lo dispuesto en el artículo 8 del Protocolo Facultativo”¹⁶ e insta al Estado Parte a que refuerce su labor encaminada a aplicarlas plenamente. El Comité pide al Estado Parte que establezca mecanismos de seguimiento concretos para evaluar de manera sistemática los avances realizados en la aplicación de esas recomendaciones y, en particular, los progresos obtenidos en la labor destinada a prevenir esos delitos¹⁷.

Similares recomendaciones ha realizado el Comité a Nicaragua¹⁸, Perú¹⁹, Guatemala²⁰, Venezuela²¹ y al Brasil, al que además recomendó una estrategia amplia de acceso a la justicia de las mujeres víctimas de trata de personas²².

Recomendaciones sobre derechos laborales

El tercer gran tema vinculado con el acceso a la justicia abordado por el Comité CEDAW es el de los derechos laborales. Así, exhortó a la Argentina para que “asegure la plena observancia de la legislación

¹⁵ 42° período de sesiones, 2008.

¹⁶ CEDAW/C/2005/OP.8/MEXICO.

¹⁷ 36° período de sesiones, 2006.

¹⁸ 37° período de sesiones, 2007.

¹⁹ CEDAW/C/PER/CO/6, 2007.

²⁰ CEDAW/C/GUA/CO/6, 2006.

²¹ CEDAW/C/VEN/CO/6, 2006.

²² Suplemento No. 38 (A/58/38), 2003.

vigente, de forma que las mujeres puedan utilizar los recursos disponibles sin temor a represalias por parte de sus empleadores”²³.

Pero la mayor parte de las recomendaciones en este sentido se han dado a los países centroamericanos y se vinculan a los tratados de libre comercio y al régimen de maquila, así como a las migrantes, las asalariadas temporales y las trabajadoras domésticas, todas ellas con bajo acceso a la justicia.

En ese sentido, ha realizado recomendaciones a El Salvador²⁴, a Guatemala²⁵, a Costa Rica, a México y a Nicaragua. Pero en el caso de Costa Rica sumó la recomendación de promoción de “una adecuada reglamentación de la Ley sobre Hostigamiento Sexual en el Empleo y la Docencia a fin de que sea acatada sin exclusiones y debidamente implementada por el sector privado”²⁶. En el caso de México, además de instarle a realizar “un seguimiento eficaz de las condiciones de trabajo de las mujeres, [recomendó que] se castigue a quienes violen los derechos de las mujeres en las industrias maquiladoras y se mejore el acceso a la justicia por parte de las mujeres trabajadoras”²⁷. En el caso de Nicaragua, instó a que haga cumplir la legislación laboral vigente y a adoptar medidas eficaces para evitar y sancionar la vulneración de los derechos de las mujeres que trabajan en las industrias maquiladoras; a hacer frente al incumplimiento de las normas de seguridad y salud en esas industrias; y a mejorar el acceso de las trabajadoras a la justicia y la asistencia jurídica²⁸. Al Brasil le instó a velar por la plena aplicación de las garantías constitucionales²⁹.

23 Informe sobre el quincuagésimo noveno período de sesiones Suplemento No. 38 (A/59/38), 2004.

24 42° período de sesiones, 2008.

25 Suplemento No. 38 (A/57/38), 2002, y CEDAW/C/GUA/CO/6, 2006.

26 Suplemento No. 38 (A/58/38), 2003.

27 36° período de sesiones, 2006.

28 CEDAW/C/NIC/CO/6, 2007.

29 Suplemento No. 38 (A/58/38), 2003.

Para finalizar

Los principales estudios y seguimiento de cumplimiento de derechos se dirigen a formas gravísimas de violación del derecho de las mujeres a acceder a la justicia. Pero seguramente si revisamos hoy otras fuentes podríamos estudiar cuestiones ausentes en esta ponencia, como el derecho a la participación política igualitaria, lo referente a derechos de familia y en todos los fueros en los que todavía poca justicia se imparte a las mujeres en nuestro continente.

El acceso a la justicia de niños, niñas y jóvenes

*María de Jesús Conde**

El derecho de acceso a la justicia hace referencia a un conjunto de derechos y garantías que los Estados tienen que asegurar a sus ciudadanos, sin ningún tipo de distinción, para que puedan acudir a la administración de justicia a resolver un conflicto y obtener una sentencia justa, de conformidad con el ordenamiento jurídico. Se aplica a todas las jurisdicciones y tiene un contenido amplio, siendo concreciones del mismo la asistencia jurídica y la defensa por un abogado totalmente independiente, la especialización de la justicia, la eliminación de barreras arquitectónicas, la protección de las víctimas y testigos, la gratuidad, la asistencia de un intérprete, si fuera necesario, así como las garantías del debido proceso.

Hoy vamos a hablar del acceso a la justicia de las personas menores de 18 años desde las perspectivas más comunes, la del adolescente infractor en la justicia especializada y la del menor de edad víctima o testigo del delito en la justicia penal. Lo vamos a hacer con el siguiente orden:

1. Qué dice el derecho internacional de los derechos humanos.
2. Cuáles son los problemas comunes de acceso a la justicia que afrontan por lo general los menores de 18 años.
3. Cuáles son las recomendaciones y directrices internacionales.

* Española. Ha sido abogada, Directora de Derechos Humanos del Gobierno Vasco, Juez Penal suplente (Bilbao), Asesora Regional de Protección de la Infancia de UNICEF para América latina y el Caribe, Directora de Migración y Desarrollo de la Fundación Internacional y para Iberoamérica de Administración y Políticas Públicas (Madrid). Actualmente es Representante de UNICEF en Nicaragua.

1. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos

Declaración Universal de DDHH

- Los arts. 1 y 2 consagran la igualdad de todos los seres humanos, cuando declara que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos, y el principio de no discriminación.
- Con relación al acceso a la justicia, el art. 8 establece el derecho de toda persona a un recurso efectivo en caso de vulneración de los derechos fundamentales. El art. 9 prohíbe la detención, prisión o destierros arbitrarios, y los arts. 10 y 11 reconocen una serie de garantías procesales, como el derecho a ser oído públicamente y con justicia por un tribunal imparcial e independiente, la presunción de inocencia, el derecho a la defensa jurídica y la irretroactividad de la ley penal.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Con relación a la justicia, el art. 9 prohíbe la detención por causas ajenas a la ley y reconoce el derecho a ser juzgado en plazo y a recurrir a los tribunales. Los art. 14 y 15 consagran la igualdad ante los tribunales y las garantías del debido proceso

Convención Americana sobre Derechos Humanos

En términos similares se expresa la Convención Americana (arts. 8, 9 y 10) con relación a las garantías judiciales, al principio de legalidad, a la irretroactividad de la ley penal y al derecho a la indemnización del perjudicado.

Convención sobre los Derechos del Niño (CDN)

Es el primer tratado internacional que reconoce los derechos humanos de todos los niños, niñas y adolescentes. A lo largo de sus 54 artículos, la Convención crea un marco inédito de protección integral a favor de las personas menores de 18 años que obliga a los Estados parte a respetar, proteger y garantizar tanto los derechos civiles y políticos como los económicos, sociales y culturales de todas las personas menores de 18 años. Con su ratificación, los Estados han aceptado obligarse legalmente a reconocer a los niños y las niñas

los derechos que con carácter general se habían consagrado en el derecho internacional a favor de todos los seres humanos, además de otros específicos dirigidos a asegurar su crecimiento, supervivencia y desarrollo en las mejores condiciones de bienestar.

Cuatro principios generales orientan su aplicación: no-discriminación (artículo 2), interés superior del niño (artículo 3), derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo (artículo 6) y derecho a opinar libremente (artículo 12).

- El art. 12 consagra el derecho a involucrarse de manera apropiada en las decisiones que los afectan. Para ello, establece que los órganos que toman decisiones relacionadas con sus intereses, las familias y otras instituciones sociales deben escuchar y tomar en cuenta las opiniones de los niños, de acuerdo a su edad y madurez. Para que los niños puedan ejercer este derecho debidamente, deben contar con información relevante, presentada de forma comprensible.

El derecho a opinar y ser oído cobra especial forma en los siguientes artículos:

- Art. 9, relativo a los procedimientos de separación del niño de sus padres, reconoce el derecho de las partes interesadas a participar y a dar a conocer sus opiniones.
- Art. 21, relativo a las adopciones, reconoce también el derecho de las personas interesadas al consentimiento informado.
- Art. 22, relativo a la solicitud de asilo, obliga a los Estados a establecer un sistema para tramitar estas solicitudes y promulgar una legislación en la que se refleje el trato especial de los menores no acompañados y separados.
- Art. 37 relativo a los derechos de los niños en conflicto con la ley, prohíbe a los Estados parte privar de libertad a un niño si no es de conformidad con la ley y obliga a facilitar de forma rápida el acceso del niño privado de libertad a la asistencia jurídica, a ser juzgado por un tribunal independiente e imparcial y a que un tribunal superior pueda revisar la sentencia, garantizando en todo

momento el respeto inherente a toda persona humana y teniendo en cuenta las necesidades de su edad.

- Art. 40, también relativo a la justicia penal juvenil, obliga a los Estados a establecer una edad mínima a partir de la cual un niño puede ser declarado imputable y reconoce todos los derechos propios del sistema acusatorio, como la irretroactividad de la ley penal, la presunción de inocencia, la información sobre los hechos de que se le acusa, que deberán ser probados por la acusación, el derecho a la defensa y el derecho a la doble instancia.

Con relación a la recuperación física y psicológica de los niños víctimas, el art. 39 de la CDN obliga a los Estados a poner todos los medios para que las víctimas de la violencia, la explotación, los malos tratos, el abandono, el abuso o la tortura se recuperen y reintegren a la sociedad rápidamente.

Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing, de 1985)

Anteriores a la CDN, estas Reglas se formularon deliberadamente para ser aplicables en diferentes sistemas jurídicos, con arreglo a cualquier definición de joven y de delito, y a cualquier sistema de tratamiento de los menores delincuentes. Las Reglas, que se aplicarán siempre con imparcialidad y sin distinción alguna, tienen como objetivos:

- Administrar justicia de forma democrática: Garantías del debido proceso, principio acusatorio (fases de instrucción y juicio oral corresponden a distintos órganos judiciales; prohibido que el órgano decisor realice funciones acusatorias) y presunción de inocencia.
- Fomentar la responsabilidad del adolescente que ha cometido una infracción penal.
- Promover su integración social.
- Favorecer la participación de la comunidad en el proceso de reinserción social, mediante la oferta de servicios y programas para el cumplimiento de medidas socio-educativas.

Directrices de Naciones Unidas sobre la Justicia de los Niños Víctimas y Testigos (2004)

Dirigidas a garantizar la justicia para los niños víctimas y testigos de los delitos, asegurando el derecho a la información, a la participación, a la asistencia y a la protección.

Están dirigidas a los profesionales de la justicia para que, combinando los conocimientos contemporáneos con la aplicación de las normas internacionales, se evite la revictimización del niño por el contacto con la administración de justicia:

- a. *Derecho a un trato digno y con empatía a lo largo de todo el procedimiento*: Atender las necesidades especiales individuales y la edad; usar un lenguaje comprensible; evitar las entrevistas innecesarias y el trato por profesionales no capacitados; la injerencia en la vida privada del niño.
- b. *Derecho de protección contra la discriminación*.
- c. *Derecho a estar informado de los servicios de apoyo existentes y de todo lo que acontece a lo largo del procedimiento*:
 - Servicios sociales, de representación y asesoría jurídica, de apoyo financiero de emergencia, etc.
 - Fecha y lugar de las audiencias.
 - Medidas de protección.
 - El papel del niño víctima o testigo en el procedimiento, la forma en que se realizarán los interrogatorios durante la investigación y el juicio.
 - De lo que cabe esperar del proceso.
 - La evolución del caso: detención, privación de libertad o situación legal del acusado, así como cualquier cambio que se acuerde durante y después del juicio.
 - Oportunidades para la reparación en el proceso penal o en el civil.
- d. *Derecho a expresar opiniones y a ser oído*.

- e. *Derecho a una asistencia eficaz*: Además del establecimiento de los servicios de atención a las víctimas, los profesionales de la justicia y todos los que vayan a estar en contacto con las víctimas y testigos tienen que estar debidamente capacitados para ayudar a los niños para que proporcionen las pruebas correctamente y entiendan lo que está ocurriendo a su alrededor sin sufrir.
- f. *Derecho a la privacidad*: la participación de un niño en un proceso debe ser protegida, para lo que hay que evitar la divulgación de información, impidiendo la presencia del público y de los medios de comunicación en la sala.
- g. *Derecho a ser protegido de todo perjuicio que pueda causar el proceso de investigación y enjuiciamiento*:
- Acompañar al niño a lo largo del proceso y reducir las posibilidades de que se sienta intimidado.
 - Planificar la participación del niño: salas de entrevistas especiales, modificación y programación de audiencias en horas apropiadas y con descansos, si fuera necesario.
 - Garantizar juicios ágiles.
 - Limitar el número de entrevistas, declaraciones y audiencias, así como el contacto innecesario con el presunto autor y con su defensa.
- h. *Derecho a la seguridad*: Reconocer y prevenir las situaciones en las que un niño puede ser intimidado, amenazado antes y después del juicio y notificarlo a las autoridades competentes, manteniendo incluso en secreto su paradero.
- i. *Derecho a la reparación*: Dentro del proceso penal, junto con mecanismos oficiosos de justicia o de justicia comunitaria, si fuera posible. Responsabilidad civil derivada del delito y pago de costas judiciales.
- j. *Derecho a medidas preventivas especiales cuando exista la posibilidad de que se siga victimizando al niño*.

2. La justicia penal juvenil en América Latina: situación actual y recomendaciones

Situación

En los últimos diez años, todos los países de América Latina han adaptado ya sus legislaciones nacionales a la Convención sobre los Derechos del Niño mediante códigos integrales o mediante leyes reguladoras de la justicia penal juvenil.

Casi todas estas leyes, establecen su ámbito subjetivo de aplicación entre los 13 y los 17 años, para exigir responsabilidad por la comisión de hechos tipificados como delitos o faltas en los códigos penales. Por debajo de la edad mínima los niños que cometen infracciones quedan sujetos al control de sus familias o de las instituciones de protección, y por encima, al derecho penal de adultos. Asimismo, debido a que la intervención del Estado tiene como finalidad la educación y la reinserción social, se incorporan una serie de sanciones alternativas a la privación de libertad, quedando ésta como último recurso y para delitos graves.

En estas leyes, el derecho de acceso a la justicia se vincula con las garantías del debido proceso. El nuevo derecho consagra los principios de legalidad, interés superior, defensa jurídica, especialización judicial, oralidad, inmediatez, contradicción o celeridad de las actuaciones, es decir, principios sustantivos y procesales, con el fin de facilitar la labor de enjuiciamiento y la reinserción de los adolescentes infractores y, por otro, para que a lo largo de todo el procedimiento los adolescentes sean tratados con el más escrupuloso respeto de sus derechos humanos.

Los avances en la reforma y modernización de los sistemas de administración de la justicia especializada no ha sido homogénea en todos los países. Mientras que en unos países las reformas legislativas han tenido un efecto declarativo y poco más, en otros, las revisiones han alcanzado a los marcos políticos y han incidido en la democratización de las relaciones entre el Estado y la infancia. Con mayor o menor éxito, se ha avanzado en la creación de jurisdicciones especializadas, en la reorganización de las fiscalías, en la creación de equipos técnicos interdisciplinarios y en la formación de jueces. Sin

embargo, los problemas más comunes de acceso a la justicia penal juvenil en la región tienen que ver con aspectos medulares del Estado de Derecho, como son la falta de institucionalización de la defensa pública a lo largo y ancho de cada uno de los países y con la falta de institucionalización de las medidas alternativas socio-comunitarias.

Los Estados tienen que garantizar el derecho a la defensa, sin distinción, a todas las personas contra quienes se incoa un procedimiento a fin de llegar a una sentencia justa. En virtud de los principios de igualdad ante la ley y de presunción de inocencia, el derecho de acceso a la justicia obliga al Estado a designar gratuitamente un defensor público que defienda los intereses del acusado, cuando ni él ni su familia dispongan de los recursos necesarios para contratar los servicios profesionales de un abogado. La vigencia de este derecho es fundamental en actuaciones judiciales en las que, como en el caso de la prueba, se requiere la inmediatez del órgano jurisdiccional y activación de los principios de contradicción y de igualdad.

A pesar de que la falta de asistencia jurídica durante la investigación y el juicio constituye un incumplimiento de las garantías del debido proceso, la realidad de muchos de los adolescentes pobres que son juzgados y sentenciados es ajena a la legalidad, siendo los incumplimientos más comunes:

- Omisión de información por el Juez, el Ministerio Fiscal, o agente de la policía de los derechos que le asisten.
- Negación del derecho a la defensa a lo largo de todo el procedimiento y del derecho a entrevistarse reservadamente con el abogado antes de prestar declaración.
- Negación del derecho a intervenir en las diligencias que se le practiquen durante la investigación preliminar y en el proceso, y negación de la posibilidad de proponer y solicitar la práctica de pruebas.
- Negación del derecho a ser oído por el juez o tribunal antes de adoptar cualquier resolución que le concierne personalmente.

- Negación del derecho a ser evaluado por los servicios de un equipo técnico interdisciplinar, adscrito al juzgado especializado.
- Negación del derecho a interponer un recurso contra la decisión judicial.
- Negación del derecho a proponer la sustitución de medidas.
- Negación del derecho al recurso contra sanciones disciplinarias.

En cuanto a las medidas socioeducativas, de poca implantación en la región y con muchos años de desarrollo en Europa, Canadá o Nueva Zelanda, se considera que son las que verdaderamente facilitan la reinserción social del adolescente, y se basan en gran medida en los recursos existentes en la comunidad. Sin embargo, pocos países han llegado a institucionalizar el elenco de medidas que tiene que estar a disposición del juez, como si de un menú se tratara, y para cuya aplicación se requiere el asesoramiento del equipo técnico interdisciplinario.

Se entiende que el Estado, considerando al adolescente como un sujeto en plena evolución intelectual y emocional, limita la acción de su potestad sancionadora y trata de evitar, en primer lugar y cuando sea posible, la imposición de una condena a pesar de haber encontrado al adolescente responsable de una conducta delictiva, es decir, tiende a la desjudicialización y, en segundo lugar, cuando la intervención es inevitable, dispone la menor restricción de derechos posible, dejando como último recurso la privación de libertad, que podrá imponerse única y exclusivamente ante infracciones graves.

Entre las medidas alternativas al sistema oficial de justicia penal juvenil, destacan:

- a. Mediación o conciliación. El ofensor y el perjudicado dialogan, ayudados por un equipo experto, y la persona perjudicada recibe una satisfacción psicológica por parte del infractor que reconoce el daño causado y pide disculpas. El conflicto termina con la no incoación o el sobreseimiento del expediente.
- b. Desistimiento o criterio de oportunidad reglado o remisión. En algunas legislaciones, se permite al Ministerio Fiscal desistir de la

incoación del expediente, siempre que se trate de delitos o faltas de poca gravedad, no haya habido violencia o cuando el adolescente haya tenido escasa participación en la comisión del hecho punible

Entre las medidas alternativas al internamiento, cabe destacar:

- a. *Libertad vigilada o libertad asistida.* En estos casos se hace un seguimiento a las actividades de la persona sujeta a la medida y de su asistencia a la escuela, al trabajo o al centro respectivo, procurando ayudarlo a superar los factores que motivaron la comisión de la infracción. Normalmente el seguimiento lo lleva a cabo un profesional u orientador y muchas veces va asociada a determinadas reglas de conducta señaladas por el juez. Para la ejecución de esta medida, el orientador o supervisor debe elaborar un plan individual, que contenga los posibles programas educativos o formativos a los que el infractor puede asistir, el tipo de orientación requerida y el seguimiento para el cumplimiento de los fines de la medida.
- b. *Prestación de servicios a la comunidad.* El adolescente, con su consentimiento, debe realizar actividades no retribuidas, de interés social o en beneficio de personas en situación de necesidad o en entidades sin ánimo de lucro. Lo ideal es relacionar el tipo de actividad con la naturaleza del bien jurídico lesionado por la infracción. Las actividades deben realizarse normalmente durante un máximo de horas a la semana y en horarios compatibles con la formación o el trabajo del adolescente. El personal encargado de la ejecución deberá elaborar un plan individual, señalando el lugar en el que se prestarán los servicios, el tipo de servicio y la persona encargada del adolescente dentro de la entidad.
- c. *Amonestación y advertencia.* El juez reprende al adolescente, haciéndole ver la gravedad de los hechos cometidos e instándole a no repetirlos en el futuro. Se trata de una llamada de atención que el juez dirige al adolescente para que en adelante se acoja a las normas de la convivencia social. Es una medida de ejecución instantánea, pues el juez en audiencia se dirige de forma clara y concreta al adolescente, indicándole el delito cometido y previniéndole de

que en caso de continuar con su conducta se le podrían aplicar sanciones más severas. De la ejecución de esta medida se deja constancia mediante un acta que será firmada por el juez y por el adolescente.

- d. *Obligación de reparar el daño*. Esta medida funciona en la mayoría de las legislaciones latinoamericanas como una medida socio-educativa, no como medida de exclusión del proceso. Cuando se trata de una infracción de contenido patrimonial, el juez puede determinar que el adolescente restituya la cosa, promueva el resarcimiento o de otra forma compense a la víctima. Si la reparación no es inmediata, se elabora un plan individual de ejecución, señalando la forma en que se hará la restitución del daño, el lugar, los días que el adolescente le dedicará a esa función y el horario. En algunas legislaciones se permite que la reparación sea sustituida por una suma de dinero, pero debe procurarse que ese dinero provenga del esfuerzo del adolescente y que no se provoque un traslado de la responsabilidad del infractor hacia sus padres o responsables.

Recomendaciones

El sistema de ejecución de las medidas de justicia juvenil tiene que concebirse como una inversión útil y productiva igual que la salud, la educación y el empleo. Los adolescentes que infringen la ley pueden ser recuperados en una proporción muy superior a los delincuentes adultos, pero el tiempo para su recuperación es sumamente fugaz.

Implementar las nuevas leyes requiere invertir en la modernización y reforma de la justicia, en la formación, en la dotación de medios humanos y materiales, además de grandes dosis de voluntad política para convertir la administración de justicia en un servicio público accesible a todos los ciudadanos. En concreto, es necesario seguir avanzando en:

1. La formación y especialización de los jueces, que tienen que velar por el cumplimiento de los derechos fundamentales de los adolescentes sujetos a un proceso del que pueden derivarse medidas restrictivas de su libertad.

2. La creación de secciones o salas de apelación en los tribunales superiores.
3. Reorganización y formación del Ministerio Público.
4. Creación de equipos técnicos especializados para la emisión de informes complementarios a la instrucción y al enjuiciamiento de los hechos.
5. Dotación de abogados o defensores públicos especializados en todos los juzgados de los territorios.
6. Formación de la policía y del resto del personal vinculado a la administración de justicia de adolescentes.
7. Para la ejecución de las medidas socio-educativas y de orientación hay que llegar a acuerdos con las entidades municipales, empresas públicas y con asociaciones sin ánimo de lucro para el diseño de los correspondientes programas y planes de trabajo individualizados. Las soluciones que se presentan desde esta esfera no sólo son las más baratas, sino también las más transparentes y responsabilizadoras. El trabajo consiste simplemente en identificar a las posibles entidades colaboradoras, conocer las actividades que pueden ofrecer, capacitar a sus equipos humanos sobre los contenidos de la colaboración y formalizar los programas educativos.

3. Los niños y niñas víctimas o testigos de delitos en la justicia penal en América Latina: situación y recomendaciones

Situación

La práctica diaria indica que la mayoría de las veces el niño o la niña que ha sido víctima de un delito presta la primera declaración ante la policía. Esta declaración tiene que ser ratificada después en presencia del juez de instrucción y posteriormente en el juicio oral. A su vez, el juzgado de instrucción puede interrogar al menor de edad en más de una ocasión, hacerlo participar en careos y reconocimientos y someterlo a exploraciones y evaluaciones por médicos y psicólogos

forenses del juzgado o por otros peritos aportados por las partes. Generalmente, cuando llega el juicio oral suele haber pasado tanto tiempo desde que ocurrieron los hechos que el menor de edad o ya ha superado el proceso de recuperación, o ha quedado con secuelas permanentes. La celebración del juicio oral supone, por su parte, un elevado nivel de estrés para la víctima, que ha de recordar hechos dolorosos y que en muchos casos pueden implicar a personas con las que está vinculada emocionalmente; tiene que presenciar al agresor o sabe de su presencia en la sala; está obligada a responder a preguntas formuladas en un lenguaje que frecuentemente no entiende y a participar en una escenificación (sala, vestuario, funciones de los profesionales que intervienen, etc.) que supera su capacidad de comprensión.

a. Dificultades para una protección real de los niños y niñas víctimas de la violencia y abusos sexuales durante el procedimiento judicial

El desconocimiento de la psicología infantil es característico de los profesionales de la justicia, que, por lo general, tratan a los niños como si fueran personas mayores. Mientras ante el hundimiento de un barco o una quiebra fraudulenta, un juez responsable considera imprescindibles los informes periciales de expertos, cuando se trata de la declaración de un menor de edad por lo general ni se plantea ese asesoramiento, porque considera que su conocimiento y experiencia va a ser suficiente para saber si el niño dice o no la verdad.

Por otro lado, las mismas estrategias de defensa que se siguen en los pleitos entre adultos se suelen reproducir cuando la víctima o el testigo es un niño; así, el abogado defensor aconseja a su cliente declararse inocente durante todo el proceso y con su interrogatorio tratará de poner nerviosa a la víctima para que su testimonio pierda consistencia, sin reparar en el grave daño se puede estar causando en el bienestar y desarrollo emocional del niño o de la niña.

El desconocimiento de los profesionales de la justicia acerca de las características del abusador sexual y los patrones culturales dominantes pueden convertirse en graves obstáculos para perseguir estos delitos.

Una persona que quiera abusar sexualmente de niños se esforzará por encontrar un método para tener fácil acceso a ellos y no generar desconfianza. Desde el entorno del agresor las investigaciones pueden hacerse imposibles por los pactos de silencio con los que se suele echar tierra a conductas reprochables socialmente. Es bastante frecuente que, cuando el agresor sexual de un niño o una niña es un profesional, los compañeros del trabajo se muestren reacios a declarar, llegando incluso a no denunciar los hechos bien por no verse implicados en problemas judiciales bien por mantener la reputación del centro. En ocasiones ni siquiera se toman medidas administrativas contra el presunto agresor, de forma que la probabilidad de reincidencia es altísima y el niño o niña víctima termina obligado a convivir con él, sufriendo sus abusos, sus amenazas o sus venganzas.

Por último, dentro de este capítulo cabría añadir la falta de objetividad y profesionalidad que a veces muestran algunos jueces al imponer las penas, especialmente cuando son consideradas muy graves.

b. Problemas de procedimiento

Estos delitos presentan dos problemas relacionados con la prueba. Uno, que en la mayoría de los casos el agresor abusa de su poder sobre el menor de edad sin emplear violencia física, por lo que no suele haber lesiones que puedan recogerse en un peritaje médico. El otro, deriva de que estos delitos se cometen sin público, con lo cual tampoco existen testigos que hayan podido presenciar algo. La cosa se complica de tal forma que el principio de presunción de inocencia se va ver enfrentado por una sola prueba: el relato de la víctima.

Los procesos de este tipo pueden durar años. Durante todo ese tiempo, si el abuso es extra-familiar, el niño va a poder verse obligado a relacionarse con el supuesto agresor si éste es un profesor, un vecino o un adulto cercano, como ocurre en la mayoría de los casos.

Cuando la agresión se produce en el hogar, en lugar de sacar al presunto agresor de la casa, los sistemas de protección se inclinan por sacar al niño, asumiendo su tutela, cuando son bien conocidos los perjuicios psicológicos y los daños emocionales que este hecho añade a la vivencia del abuso, sin olvidar que, con la separación de su familia,

el niño pudo ver cumplidas las posibles amenazas de castigo que el agresor le pudo proferir si lo delataba.

Está sobradamente demostrado que las entrevistas y exploraciones causan un grave perjuicio psicológico al niño o niña, terminan dañando la credibilidad de su testimonio y la consecuente viabilidad del caso. Si incluimos las apelaciones, los informes de parte, etc., perfectamente se puede someter al menor de edad a unas siete entrevistas en unos tres años, tiempo que, si no impulsamos las reformas oportunas, pasará en un hogar de acogida, si se les hubiera retirado la tutela a sus progenitores, o conviviendo cerca del agresor, en caso contrario.

Estos problemas adquieren una dimensión más grave cuando las víctimas y testigos son niños con discapacidades, por las dificultades de comunicación que pueden tener según su grado o tipo de discapacidad y la falta de un lenguaje apropiado para comunicar lo ocurrido, por el aislamiento en que viven y su mayor tendencia a dar y recibir afecto y por la educación que reciben dirigida a obedecer al adulto y someterse a sus indicaciones.

Recomendaciones

1. Revisar las leyes de procedimiento penal y reducir los plazos de los procesos judiciales, en virtud de los principios de agilidad e inmediatez, para evitar perjuicios innecesarios que puedan derivarse de la rigidez de aquellos.
2. Capacitar a todos los profesionales de la administración de justicia y a quienes intervienen en situaciones de este tipo.
3. Realizar una sola exploración médica en la que participen el médico asistencial y el forense.
4. Evitar que el niño o la niña repitan la declaración, grabándose en vídeo la primera y única que presta o habilitándose otros sistemas que no interfieran con los derechos procesales del acusado al tiempo que protegen a la víctima.
5. Prestar declaración en presencia del juez con la ayuda de un profesional especializado para poder validar la propuesta anterior.

6. Elaborar protocolos de coordinación entre los juzgados, la fiscalía, la policía, los servicios médicos y los servicios sociales que permitan llevar a la práctica algunas de las recomendaciones anteriores.
7. Utilizar una sala adecuada con espejo unidireccional o monitores de TV, y separada para que las partes puedan presenciar la declaración y aportar sus preguntas a través del juez o de un experto.
8. Evitar los careos y la reconstrucción de los hechos.
9. Utilización de periciales de expertos en testimonio infantil.
10. Evitar siempre que sea posible la declaración del menor de edad en el juicio oral.
11. Modificar el lenguaje judicial, utilizando una terminología sencilla y adecuada a la edad y la madurez del niño.
12. Modificar el entorno físico de la sala para adecuarla al mundo del menor de edad, incluyendo la indumentaria de las partes y del juez.
13. Evitar en la medida de lo posible que el niño o niña víctima abandone el domicilio familiar, excepto cuando se prevean daños mayores.
14. No hacer constar en las diligencias ciertos datos, como su nueva residencia o el hogar de acogida en el que se encuentra.
15. Fijar como domicilio la sede del órgano judicial para le lleguen al niño o niña y a sus representantes legales las citaciones y notificaciones de forma reservada.
16. Evitar fotografías o que se tome su imagen por cualquier procedimiento.
17. Apoyar la creación de servicios de atención a las víctimas de los delitos dentro de las fiscalías.
18. Creación de centros de referencia, dentro de la red de los servicios sociales de base, en los que tanto el agresor como la víctima pueden participar en programas de tratamiento, dirigidos por profesionales especializados, que elaboren para el juez informes periciales.

Para terminar, quisiera recordar que el derecho de los niños a acceder a la justicia no se agota en las dos jurisdicciones que acabamos de revisar. El reconocimiento que la CDN hace de los menores de 18 años como sujetos de derechos conlleva el de su participación progresiva en la búsqueda y satisfacción de sus necesidades. Generalmente y de forma orientativa, se admite que a los 12 años puede ejercer ya ese derecho directamente. Decimos orientativa porque si un niño de 10 u 11 años tiene un desarrollo cognoscitivo alto y así lo acredita el psicólogo forense, podría participación directamente.

El menor de edad podrá ser oído, por ejemplo, cuando el juez decida remitirlo a un centro de acogida o cuando se retire la tutela a sus progenitores, cuando sus padres mantengan un contencioso matrimonial, en las cuestiones relativas al cambio de titular de la patria potestad, a la prestación de alimentos, al régimen de visitas o con asuntos relacionados con sus derechos sucesorios. Lógicamente se tiene que contar con su consentimiento cuando a esa edad vaya a ser adoptado.

Por último, en 2005, el Comité de Derechos del Niño, en su Observación General No. 6 (2005), relativa al trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen, reconoció el derecho de acceso gratuito a la justicia, mediante un representante jurídico que lo asista en su demanda de asilo, el derecho a ser oído si la edad y madurez se lo permiten y el derecho a que la solicitud sea resuelta por una autoridad competente. En los casos de niños inmigrantes no acompañados sobre los que recae una orden de expulsión, el Comité recomienda también garantizar sus derechos de participación y acceso a la justicia.

Atención integral a las víctimas de violaciones a los derechos humanos. Algunos apuntes desde la victimología

*David Lovatón Palacios**

1. Victimología: conceptos y alcances

Uno de los grandes desafíos del derecho es, como señalan explícitamente gran cantidad de constituciones de Estado, la protección de la persona humana. Todo el ordenamiento jurídico está dirigido a ello, o por lo menos, debe intentar cumplir esta finalidad esencial para la que fueron constituidos los Estados. Este propósito se hizo más visible y patente con posterioridad a las dos guerras mundiales, donde las graves violaciones a los derechos humanos dieron cuenta de la barbarie a la que se había llegado y a la que no se debía volver jamás. No obstante este propósito, los cruentos conflictos armados han continuado en diversas regiones del mundo.

El profesor Antonio Beristain, junto a otros importantes especialistas, nos han hecho ver que esta persona humana, sus familiares, y todos y todas aquellas que hayan resultado perjudicadas por los actos criminales, es decir, las víctimas, deben convertirse también en el centro de atención de toda política y estudio que trate de prevenir estos hechos. En ese marco, uno de los propósitos es reparar los daños sufridos, teniendo en cuenta todos y cada uno de los ámbitos de la persona humana (el social, el cultural, el psicológico, el físico, el educacional, el económico, el político), para poder hablar de una

* Abogado peruano, Magíster en Derecho Constitucional por la Pontificia Universidad Católica del Perú, de la que es profesor desde el año 1992. Desde 1988 forma parte del Instituto de Defensa Legal (IDL), en el que ha ocupado diversos cargos; actualmente es el Director General. Fue uno de los representantes de la sociedad civil ante la Comisión especial de reforma integral de la administración de justicia en su país. Ha sido consultor de la OEA y el PNUD en temas de acceso a la justicia y profesor invitado de la Academia de la Magistratura.

reparación integral; no en vano es que se señala la necesidad de la interdisciplinariedad.

Esta necesidad de volver nuestra mirada a las víctimas y sus necesidades, perspectivas, problemas, etc., es lo que los especialistas de la llamada **victimología** han puesto en la agenda de los derechos humanos desde el primer Symposium Internacional de Victimología realizado en Jerusalem en 1973. Lamentablemente, a pesar de la importancia de este planteamiento, aún las políticas públicas suelen incurrir en el olvido de las víctimas, perdiéndose así temas relacionados, por ejemplo, al tipo de reparaciones que son necesarias.

La victimología, a diferencia de la criminología, que tiene como centro de estudio al delito y al llamado “delincuente” (mejor dicho, a quien cometió el delito), pone en el centro y visibiliza a la víctima en los hechos delictivos, en su prevención y en el tratamiento de sus consecuencias¹. Desde temprano, (como indica Elias Neuman) la victimología da cuenta de una crítica esencial a la ciencia del derecho penal: que limita demasiado el concepto de víctima, al considerar que es tal sólo aquél sujeto pasivo del hecho delictivo, y nada más; dejando de lado todas aquellos agravios a la integridad de la persona que se llevan a cabo no sólo en los casos contemplados en la norma penal. ¿Qué sucede, por ejemplo, con las personas que padecen de las consecuencias perniciosas de estructuras sociales, económicas, políticas palmariamente injustas u opresivas o de la afectación del ambiente o los recursos naturales?

¿Qué es lo nuevo que aporta la victimología al derecho penal y a la criminología? De acuerdo a Antonio Beristain, lo siguiente²:

- Un nuevo paradigma: se va de la “dimensión vindicativa, violenta punitiva y afflictiva del derecho penal” a la “dimensión de restauración y dignificación de las víctimas”.

¹ Neuman, Elias, *Victimología. El rol de la víctima en los delitos convencionales y no convencionales*. Editorial Universidad, Buenos Aires, 1984, págs. 17-57.

² Beristain, Antonio, S.J., “Presentación”, en: *Transformación del derecho penal y la criminología hacia la victimología (dignidad ético-mística de las macrovíctimas)*. ARA Editores, Perú, 2008, págs. 25-27.

- La idea de las **macrovíctimas** del terrorismo (víctima del abuso del poder. El autor señala como ejemplos el genocidio de seis millones de judíos de parte del nazismo).
- La idea de la **justicia victimal** (que coloca en el centro a la víctima): jueces y operadores del derecho con cosmovisiones victimales diferentes a las de ahora. La víctima ya no es el “perjudicado” o “agraviado” solamente, sino que se convierte en el protagonista de la política criminal.
- Noción de la “pareja victimal”. En ella existe el victimario y la víctima, para la que se pretende la reparación y dignificación en lugar de una “sanción vindicativa”.
- En relación a la pena, la concepción de la misma cambia hacia “un deber del victimario que está obligado a reparar –en cuanto sea posible– todo el daño causado a la víctima, y también contribuir a su dignificación, con obligación –deber de trabajar a favor de las víctimas– y –en determinados casos públicos– con “conmemoraciones y homenajes a las víctimas”.

¿Y qué se necesita, de acuerdo a Berinstain, para hacer una buena victimología?³ Para ello, hay que tener en cuenta:

- Primero, la existencia jurídico-penal de delito.
- Segundo, la importancia de las víctimas como base de todo delito. Se habla aquí del “triángulo virtual”, una trilogía entre victimario, víctima y comunidad, en la que formando parte la víctima de la misma, no se puede prescindir de ella.
- Tercero, la llamada “virtualidad” de las víctimas e incluso del delito. El adjetivo de “virtual” hará referencia a la capacidad dinámica, de acuerdo a Beristain, que han de tener y tienen las víctimas ante el delito, ante la tragedia, que las guía a apreciar de forma diferente tanto la vida como la muerte, apreciación de la que la sociedad debe y puede aprender.

³ Beristain, Antonio, “El nuevo código penal de 1995 desde la victimología”, en: *Transformación del derecho penal y la criminología hacia la victimología...* págs. 37, 43.

Es preciso señalar, de acuerdo a la definición que realiza Marisol Collazos (<http://www.marisolcollazos.es>)⁴, que en el interior de la victimología pueden entenderse tres tipos: la constructivista, la crítica y la victimodogmática. La **constructivista** pone de relieve que el ordenamiento jurídico, en lugar de ser creado o construido desde derechos y libertades básicas, habría de ser estructurado desde los derechos de las víctimas como tales; recordando a Luis Joinet, tales derechos residen en la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición. La autora señala que es armonizar el *ius puniendi* del Estado con los intereses de la víctima, perspectiva en la que el derecho penal tiene la labor de equilibrar la situación del delincuente con la de la víctima. La **victimología crítica**, nos sigue indicando la misma autora, propone que: existen victimizaciones sociales supraindividuales, institucionales u opresivo-estructurales (fruto de la estructura social: por ejemplo, la condición de víctimas latentes que la estructura centralista estatal, sumada a la discriminación estructural social hizo caer sobre las víctimas del terrorismo en el Perú, que presentó el perfil de hombre pobre del campo y quechuahablante, de acuerdo con el *Informe final de la Comisión de la Verdad y Reconciliación*).

Por su parte, la **victimodogmática** evalúa la interacción entre el delincuente y la víctima, llegando a tratar de discernir las conductas conscientes o inconscientes de la víctima que habrían podido influir en la conducta delictiva. Sobre el particular, la crítica que señala la autora para la victimodogmática es el que un delito es un delito, se haya o no autoprotegido la víctima. En este punto, creemos que la victimodogmática puede ser de utilidad, por ejemplo, para delitos en que la víctima ha tenido participación y ha sido agraviada (y aún así habría polémica), pero en todo caso, queda absolutamente claro que entre tales delitos no se encuentran las graves violaciones a los derechos humanos como la tortura, la desaparición forzada, la ejecución extrajudicial, la violencia sexual, el genocidio, el *apartheid*, entre otros.

⁴ Disponible al 28 de julio de 2010.

2. Victimología *vis a vis* derechos de los imputados

¿Quiere decir, entonces, que se deja de lado con la centralidad en la víctima, los derechos y la posición de los imputados? Por supuesto que no.

Hay que recordar que los imputados, como parte en un proceso judicial, pueden resultar agraviados por el actuar de los operadores del sistema de justicia, a través de la denominada “victimización secundaria”, que posteriormente analizaremos con más detalle. Ésta, puede darse no sólo en el transcurso del juicio oral del proceso, sino también antes, como por ejemplo, a través de las detenciones irregulares o las que se excedan del plazo legal (situaciones que visualizan la problemática estructural de los sistemas judiciales penales para el desarrollo de estas causas).

El sistema penitenciario también representa un medio de posible victimización debido a los problemas del hacinamiento, corrupción, estereotipos y dinámicas internas jerarquizadas entre quienes por delinquir, comparten este espacio. Esto, a pesar que la ejecución de la pena, como ya se ha señalado, no debe concretizarse en los hechos como una venganza por haber delinquido, sino como un deber que el sancionado debe cumplir para con la víctima. Además, no debe olvidarse que, siendo el condenado también una persona cuya dignidad hemos de proteger, es necesario procurar que el sistema penitenciario cumpla con su rol: lograr reinsertarlo a la sociedad.

De lo anterior, es claro que la exigencia de la justicia victimal no niega los derechos del inculpado o, en todo caso, pretende evitar que éste también sea victimizado. Como se ha tenido de forma muy clara recientemente en el Perú, con el proceso a Alberto Fujimori Fujimori por graves violaciones a los derechos humanos en los casos Barrios Altos, La Cantuta y Sótanos SIE, exigir justicia no es estar desligado del respeto de los derechos fundamentales del procesado, lo que es posible (así lo demostró la Sala Especial de la Corte Suprema presidida por el vocal César San Martín). A los imputados, de acuerdo a la lógica de la pena desde la perspectiva de la víctima, les asiste la obligación de ser sancionados de acuerdo a la gravedad de sus actos, de ser juzgados

de acuerdo a las garantías del debido proceso y de ser receptores de los deberes de reparación que el daño ocasionado a las víctimas exige.

3. ¿A quién se considera víctima? ¿Los violadores de derechos humanos pueden ser considerados víctimas también?

En este punto, no hay que olvidar la crítica inicial de la victimología al derecho penal: la insuficiencia de definir como víctima al sujeto pasivo del hecho delictivo. Primero, porque se deja por lo general de lado a quienes no sufren un agravio directo con el hecho delictivo; segundo, porque se deja de lado a las víctimas de las estructuras sociales, económicas, políticas (de acuerdo a Elias Neuman), y tercero porque se le adjunta a la víctima una actitud de pasividad, cuando ella es actor principal y como tal requiere que tanto en el campo de las reparaciones, como de la actuación procesal, búsqueda de la verdad, etc., sea tomada en cuenta.

¿A quién considerar víctima? De acuerdo con las *100 Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad*, y a efectos de tales 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” (párrafo 10). Como puede observarse, o puede tomarse como base la definición a la infracción penal, o el concepto de víctima se amplía para incluir, por lo menos, a los familiares o a las personas que están bajo el cuidado de la víctima.

Muy importante para la victimología resulta ser, como señala Beristain, el concepto que se toma desde 1945: “macro víctimas o víctima del abuso del poder”, las mismas que (siguiendo a Beristain) fueron definidas por la ONU como

...las personas que, individual o colectivamente hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que no lleguen a constituir

violaciones del Derecho Penal nacional, pero violenten normas internacionalmente reconocidas relativas a los derechos humanos⁵.

Mención especial debe merecer, por ser uno de los temas que nos convoca, las víctimas de terrorismo, de delitos de lesa humanidad, de graves violaciones a los derechos humanos. Como se ha señalado por varios juristas y victimólogos, en ellos la víctima se vuelve universal, el bien jurídico vulnerado ya no es una persona humana, sino toda la humanidad. En este caso, es necesario que el derecho amplíe su mirada.

En ese sentido, hizo bien la Comisión de la Verdad y Reconciliación (CVR) del Perú, al considerar como víctimas a aquellas personas que no sólo resultaban vulneradas por las normas nacionales, sino sobre todo, por las normas internacionales que, a juicio del ex magistrado de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Cançado Trindade, no hacen más que descubrir y guiarse por la “conciencia jurídica universal”⁶, concepto que considera abierta la posibilidad de nuevos criterios que definan las vulneraciones a los derechos de las personas. Así, la CVR reconoció un concepto amplio de víctima en su propuesta de reparaciones: no sólo individuales, no sólo para los directamente afectados; también para los familiares, también para las comunidades.

Teniendo en cuenta que la victimología nos exige analizar los hechos desde y hacia las víctimas, a fin de procurar los tratamientos preventivo y de post victimización adecuados, tomamos algunas consideraciones de Beristain sobre las víctimas⁷, consideraciones que de tomarse en cuenta ahondarán en un mejor acceso a la justicia: ¿qué saben las víctimas de la política y la agresión terrorista sufrida?, ¿qué hacen?, ¿qué esperan? Las respuestas:

5 Beristain, Antonio, “El nuevo código penal de 1995 desde la victimología”, en: *Transformación del derecho penal y la criminología hacia la victimología...* pág. 35.

6 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia del 14 de marzo del 2001. Caso Barrios Altos (Chumbipuma Aguirre y otros vs. Perú). Voto concurrente del Juez A. A. Cançado Trindade, párrs. 17-19. Disponible al 28 de julio en: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/votos/vsc_cancado_75_esp.doc>.

7 Beristain, Antonio, “Nuevas víctimas del terrorismo: su no provocación y su respuesta irenológica crean su dignidad máxima”, en: *Transformación del derecho penal y la criminología hacia la victimología...* págs. 201-202.

- ¿Qué saben las víctimas de la textura política (medios y fines “políticos”)? Que la delincuencia terrorista es un grupo minoritario que emplea medios criminales para alcanzar fines “políticos”. Que cuentan con fuerte apoyo y complicidad en personas que se dicen “neutrales”, “que el terrorismo no es materia “política”.
- ¿Qué hacen? Tienen un comportamiento complejo y contradictorio: dan su vida (“no abandonan el barco, siguen viviendo como antes de haber sido amenazadas”), y a la vez “hacen todo lo posible porque no se les quite la vida” (quieren vivir, no son masoquistas ni victimistas).
- ¿Qué esperan? Que “el bien triunfe sobre el mal”, “que la justicia triunfe frente a la injusticia”, “la felicidad” (la que es más valiosa que la presente y la inmediata), no la venganza, el contribuir a crear un nuevo sentido del vivir y del morir, una convivencia humana y fraternal.

Es también importante destacar lo que el mismo Beristain señala en relación a las víctimas del terrorismo y sus derechos humanos. Indica que en ellas hay derechos y dignidad nuevos, ante “derechos victimales” y “dignidad máxima”, diferentes a los derechos humanos, por el hecho de haber tenido un “segundo renacimiento” a raíz de haberse encontrado sometidas a graves violaciones, sin su voluntad, y sin haber respondido con violencia⁸. Ese comportamiento paradigmático es el que hace de ellas personas con esta dignidad máxima que, a pesar de lo vivido, son capaces de ver el valor de la paz social, dándole, como se señaló anteriormente, un sentido diferente a la forma de vivir y de morir luego de haber sido constante en sus vidas el sentimiento de terror.

¿Los violadores de derechos humanos pueden ser considerados víctimas también?

Aunque cueste trabajo aceptarlo, un violador de derechos humanos también puede ser considerado víctima, por ejemplo, a través de la

⁸ Beristain, Antonio, “Nuevas víctimas del terrorismo: su no provocación y su respuesta irenológica crean su dignidad máxima”, en: *Transformación del derecho penal y la criminología hacia la victimología...* págs. 196-208.

victimización secundaria y terciaria. También, hemos visto que sus derechos deben ser protegidos, debido a la dignidad intrínseca que guardamos como personas humanas.

Hubo un debate, en el Perú, al momento de definir el concepto de “víctima beneficiaria” del Plan Integral de Reparaciones que se diseñó para las víctimas de la violencia interna (1980-2000). ¿Los terroristas, podían ser considerados víctimas si habían sufrido, por ejemplo, tortura? El debate se vislumbró más complicado en el ámbito político que en el ámbito principista. Cualquier persona, que haya sufrido una violación a sus derechos humanos, debe ser reparada; pues el hecho de haber inflingido un daño gravísimo a otros (por el que debe ser drásticamente sancionado) no invisibiliza el propio daño recibido.

4. Victimización primaria, secundaria y terciaria

La “victimización”, el proceso en que se llega a ser víctima, puede darse de acuerdo a la clasificación hecha por diversos victimólogos, bajo tres modalidades:

- *Victimización primaria*: Cuando el perjuicio es ocasionado por los efectos negativos del delito⁹. Podría considerarse que son los efectos directos del injusto jurídico.
- *Victimización secundaria*: Cuando el daño sufrido por la víctima es “incrementado como consecuencia de su contacto con el sistema de justicia”¹⁰.
- *Victimización terciaria*¹¹: Sea a través de la victimización de quien es condenado, por ejemplo, a purgar condena en un centro penitenciario hacinado; sea a causa de la conducta posterior de la víctima (por ejemplo, para vengarse).

⁹ Definición de acuerdo a las Reglas de Brasilia, párrafo 12.

¹⁰ Definición de acuerdo a las Reglas de Brasilia, párrafo 12.

¹¹ Beristain, Antonio, “El nuevo código penal de 1995 desde la victimología”, en: *Transformación del derecho penal y la criminología hacia la victimología...* pág. 36.

5. Re-victimización en el acceso a la justicia, desde la perspectiva de los sectores más excluidos y discriminados

El sistema de justicia cumple una función esencial para el respeto, defensa y reparación de los derechos vulnerados. No obstante este rol, muchas veces la dinámica de diversos operadores en lugar de encausar el reclamo lo que hace es crear nuevos perjuicios a las víctimas, produciéndose lo que se conoce como una “re-victimización”. ¿En qué se concreta? ¿Cuáles son los efectos de la misma sobre las víctimas? Es necesario reevaluar este punto desde la particular perspectiva de las víctimas, sobre todo cuando la respuesta del sistema de justicia, como en el caso de graves violaciones a los derechos humanos, es una necesidad (además de un derecho) que incidirá en la dignidad de saberse reconocido oficialmente como víctima, de conocerse la sanción (esperemos, justa) a los responsables y de recibirse reparación integral.

Sobre este particular, cabe resaltar el papel que en el sistema de justicia debe cumplir la sentencia judicial en este tipo de casos que, tal como lo señalan Rodrigo Uprimny y María Paula Saffon¹² ya no sólo se limita a subsumir el hecho en el tipo delictivo, sino que ahora hay un deber de descifrar el contexto y circunstancias que le dieron origen. Ello, aportará: (i) al hallazgo adecuado de la responsabilidad de los infractores; (ii) a explicitar integralmente lo sucedido de acuerdo a las exigencias del derecho a la verdad (a la que la sentencia judicial aporta en carácter de oficial), y (iii) a concretizar las respectivas reparaciones que, teniendo en cuenta lo señalado en la explicación del contexto y las causas que hicieron posible que la víctima se convierta en víctima (materia de estudio de la victimología), cada vez más concluirán en las de carácter institucional, sobre todo cuando los infractores pertenecen a la estructura del Estado.

¹² Saffo, María Paula y Rodrigo Uprimny, “Las masacres de Ituango Colombia: una sentencia de desarrollo incremental”, en: *Revista CEJIL. Debate sobre derechos humanos y el sistema interamericano*, Año II, No. 3. Argentina, septiembre de 2007, pág. 48.

Esta necesidad de tomar en cuenta el carácter integral de las reparaciones ha sido ya señalada, en el plano internacional –plano en que, si bien es cierto, se tiene como objeto de juzgamiento la actividad estatal y no la particular– por el Juez Sergio García Ramírez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹³. Ello, hace ver la importancia de la resolución judicial, y en sí, de toda la actividad judicial que le antecede y da sustento.

No obstante, la realidad es que la actividad judicial se vuelve muchas veces un factor más de victimización (lo que, de acuerdo a las Reglas de Brasilia, es la **victimización secundaria**). Esta situación no sólo es grave por el drama personal que se suma a la tragedia de la víctima, sino que además cuestiona otros valores como: el derecho a la igualdad ante la ley, el cumplimiento del rol del derecho (la defensa de la persona humana), la regla de los Estados constitucionales modernos relacionada a la ductilidad y la tolerancia en la diversidad (de acuerdo a lo señalado por Zagrebelsky en *El derecho dúctil*), la legitimidad del sistema de justicia (cuestionamiento que resulta en peligrosas consecuencias para la democracia, como los linchamientos, el desacato de resoluciones judiciales y la no concurrencia al sistema de justicia para reclamar la protección de derechos).

La re-victimización resulta doblemente preocupante cuando está referida a los sectores más excluidos y discriminados. Haciendo un breve y no cerrado recuento de cuáles son tales sectores, hay que mencionar a: (i) los y las integrantes de las comunidades campesinas y nativas (por razones de lejanía territorial, falta de una política de interculturalidad en justicia, discriminación racial, discriminación cultural o lingüística); (ii) quienes no cuentan con recursos económicos suficientes para procurarse la satisfacción de las necesidades mínimas (exclusión social y económica); (iii) las personas con discapacidad; (iv) las personas afro descendientes; (v) las mujeres, adolescentes y

¹³ Corte IDH, Sentencia del 29 de noviembre del 2006. Caso La Cantuta vs. Perú. Voto razonado del Juez Sergio García Ramírez. Disponible al 28 de julio de 2010 en: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/votos/vsc_garcia_162_esp.doc>.

niñas¹⁴; (vi) las personas de opción sexual diversa a la heterosexual; entre otros sectores.

En esta lista también hay que considerar, por supuesto, a las víctimas de las graves violaciones a los derechos humanos, como la tortura –de las que una de sus formas es la violación sexual–, las desapariciones forzadas o las ejecuciones extrajudiciales, quienes muchas veces han de vivir con un estigma social injusto y discriminatorio, sin contar la grave afectación de considerárseles “terroristas” durante mucho tiempo (tal como sucedió en el Perú con las víctimas de las matanzas de La Cantuta y Barrios Altos).

Antes de referirnos a la actividad judicial concreta que efectiviza la re-victimización, es necesario recordar que existe la llamada cifra ausente de denuncias de casos de violaciones a los derechos. Esta situación es causada, entre otros factores (como la vergüenza de denunciar una agresión sexual) por el propio desempeño del sistema de justicia, “para evitar ser victimizado por la policía, peritos forenses, jueces”, como indica Elias Neuman en relación a los delitos que denomina “convencionales” (aquellos tipificados y que suelen llegar a los despachos judiciales)¹⁵.

¿Cómo se concreta esta re-victimización? Uno de los casos en los que la re-victimización aparece con frecuencia es aquel de violencia contra la mujer. De acuerdo a la Organización de los Estados Ameri-

¹⁴ De acuerdo a las Reglas de Brasilia, 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 cualquiera otra esfera”. Párr. 14.

¹⁵ Neuman, Elias, *Victimología...* pág. 49. Otras razones que Neuman señala son: “1. El temor del victimizado a serlo nuevamente. 2. Por considerar que no es grave la conducta lesiva. 3. No confiar en la justicia. 4. Temor a perjudicar al autor porque es miembro de la familia. 5. La pérdida de tiempo que implican la denuncia y los trámites judiciales. 6. La víctima agredió al autor y se sabe tan responsable del delito como éste. 7. La denuncia la perjudica: violación, estafa, etc. 8. La víctima no tiene pruebas o desconoce al autor... 10. Por la presión familiar y social al ser identificada como víctima de ciertos delitos que la marginan y humillan”.

canos¹⁶ (OEA), la respuesta del sistema de justicia ante los casos de violencia contra la mujer no sólo cuenta con el común denominador de las taras estructurales del sistema (por ejemplo, la insuficiencia presupuestaria o la inestabilidad de los jueces en el cargo), sino que además, éstas le afectan más. Ello, porque la actividad de los actores (como la magistratura y los integrantes de la policía) suele seguir siendo discriminatoria al persistir

...patrones y comportamientos socioculturales discriminatorios que obran en detrimento de las mujeres; [originando a la larga] un patrón de impunidad sistemática en el procesamiento judicial y en las actuaciones relacionadas con casos de violencia contra las mujeres. La mayoría de estos casos no son formalmente investigados, juzgados y sancionados por los sistemas de administración de justicia en el hemisferio¹⁷.

Por su lado, la re-victimización se produce “cuando las autoridades muestran mayor interés en su vida privada que en el esclarecimiento de los hechos y la sanción de los responsables”¹⁸, omitiéndose la seriedad y reserva que el tratamiento de este tipo de casos requiere.

Ello, sumado al hecho de la indebida ejecución de la etapa probatoria en que a la víctima se le hace recrear una y otra vez el hecho de violencia, convierte al proceso de búsqueda de justicia en una nueva victimización. El caso de las mujeres que sufren violencia es sólo un ejemplo de cómo los sectores en condiciones de vulnerabilidad pueden resultar victimizados por el propio sistema de justicia llamado, paradójicamente, a defenderlo. Situaciones similares sufren los niños y niñas que sufren violencia y denuncian el hecho al sistema de justicia.

El caso de quienes pertenecen a comunidades campesinas y nativas, que con otra lengua y cultura buscan justicia, es otra forma de re-victimización ante un sistema en el que, por ejemplo, se carece de peritos culturales y traductores oficiales. Aquellos casos en los que confluyan diversas situaciones de exclusión merecen especial y urgente atención, tal como lo fue, por ejemplo, en la época de la violencia

¹⁶ OEA, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas*. Washington, D.C., 2006, 2007.

¹⁷ *Ibidem*, pág. 6.

¹⁸ *Ibidem*, pág. 9.

interna en el Perú (1980-2000), el perfil víctima del campesino, pobre, que vive alejado de la ciudad y quechuahablante; un perfil donde si la persona agraviada era mujer, la agresión podía generar consecuencias aún más graves.

El informe de las organizaciones de derechos humanos sobre violencia sexual contra la mujer durante el conflicto armado interno presentado ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), “Rompiendo el silencio”¹⁹, nos ilustra sobre estos hechos:

Sabemos que en el curso de conflictos armados, varones y mujeres comparten un conjunto de circunstancias que los exponen a situaciones especialmente adversas y a la vulneración de sus derechos humanos. Sin embargo, hay riesgos, daños y desventajas, basados en el género que afectan particular o desproporcionadamente a las mujeres... Poseer violentamente a las mujeres buscaba vulnerar el honor del vencido... Las mujeres que han sido víctimas de violencia sexual están marcadas por estos episodios de violencia; son condenadas al silencio, ya sea por vergüenza, por culpa o por miedo a ser estigmatizadas... En muchas comunidades donde sucedieron hechos de violencia sexual, las víctimas son estigmatizadas como “mujeres de militares”, “de haberse buscado lo que vivieron” sin tomar en cuenta que las Bases Militares controlaban la vida de las comunidades en todos sus aspectos... algunos varones de comunidades afectadas muestran fuertes resistencias a hablar del tema porque sienten que su identidad de género se ve cuestionada en cuanto ellos no fueron capaces de defender a las mujeres de la comunidad de las agresiones militares.

6. Las reparaciones integrales a las víctimas de violaciones de derechos humanos

Teniendo en cuenta lo que nos señala la victimología sobre las necesidades de las víctimas y los daños a ser reparados, podemos señalar claramente que la naturaleza de las reparaciones no puede ser más que integral, tanto individual como colectiva:

- Pecuniarias.
- De servicios (educación, vivienda, salud, psicológicos; como forma de retribuir en alguna medida las oportunidades perdidas).

¹⁹ Aprodeh, Perú, 2008, págs. 29, 31.

- De fortalecimiento institucional (reconstrucción de redes sociales, económicas).
- De justicia, que implica conocer la verdad de los hechos, verdad que por cierto en el ordenamiento peruano a través de la sentencia del Tribunal Constitucional en el caso Genaro Villegas Namuche, es consagrado como un “nuevo” derecho humano, autónomo, de naturaleza individual y colectiva, consistente en conocer no sólo los hechos en sí, sino las causas que lo ocasionaron, quiénes ejecutaron directa e indirectamente los hechos, así como el derecho a saber dónde se encuentra ubicado el cuerpo no hallado.
- De memoria.
- De garantías de no repetición, las mismas que implican reformas institucionales estructurales.

La CIDH ha señalado los lineamientos principales para una política integral de reparaciones²⁰, con ocasión de una solicitud dirigida por el gobierno de Colombia. Algunos de tales lineamientos a tener en cuenta son:

- El Estado debe garantizar el acceso efectivo y real a las reparaciones, a favor de las víctimas.
- El programa de reparación administrativa a ser implementado (pecuniario, sin perjuicio de los de otra naturaleza) debe ser el resultado de un proceso abierto y de consulta, además de convertirse en una política de Estado a fin de que tenga sostenibilidad.
- Acceder a estas vías administrativas no debe excluir el poder acceder a la vía judicial. No deben ser excluyentes sino complementarios.
- Todas las reparaciones son un símbolo de la responsabilidad jurídica por los hechos reparados, y no un compromiso humanitario con las víctimas.
- Estos procedimientos administrativos de reparación deben respetar el debido proceso.

²⁰ CIDH, *Lineamientos principales para una política integral de reparaciones*. Washington, D.C., febrero de 2008.

- Este proceso de reparación debe ser difundido, descentralizado en cuanto al trámite y centralizado en cuanto a la decisión, para garantizar accesibilidad e igualdad ante la ley.
- Se debe tener en cuenta las afectaciones sufridas por grupos discriminados como mujeres, niñas y niños (de los que se debe velar su interés superior y hacerles partícipes del procedimiento), pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes, grupos desplazados.

Por otro lado, de acuerdo al informe solicitado por la Subcomisión de Prevención y Protección de las Minorías (Resolución 1996/19), Comisión de Derechos Humanos, ONU-ECOSOC, Luis Joinet nos expone los derechos base de las víctimas: saber, justicia, reparación y garantías de no repetición de las violaciones. Como podemos observar, no es que se excluyan y unas queden fuera del campo de un concepto de reparación “integral”, sobre todo teniendo en cuenta las necesidades de las víctimas.

El derecho a la verdad (contrapartida del deber de memoria de los Estados) ha sido buscado de diversas maneras. Como sabemos, las llamadas comisiones de la verdad han sido muy importantes para este fin. De acuerdo al mencionado informe, los objetivos concretos van desde desmontar los mecanismos institucionales que dieron origen a las violaciones, pasando por “preservar las pruebas para la justicia” (además de preservar los archivos), hasta la finalidad de “determinar que lo que era denunciado como patrañas por parte de los opresores, tenía la finalidad de desacreditar a los defensores de derechos humanos y era verdad”²¹.

²¹ Organización de las Naciones Unidas, ECOSOC (Consejo Económico y Social), Distr. General E/CN. 4/Sub. 2/1997/20/Rev.1, 2 octubre de 1997. Comisión de Derechos Humanos, Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección de las Minorías, *La administración de la justicia y los derechos humanos de los detenidos. La cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos (civiles y políticos)*. Informe final elaborado y revisado por M. Joinet en aplicación de la decisión 1996/119 de la Subcomisión, párr. 19. Una versión en español puede verse es: <<http://www.derechos.org/nizkor/doc/joinete.html>>, disponible al 28 de julio de 2010.

En relación a las reformas institucionales, a fin de no permitir la repetición de tales hechos, cabe decir que el sistema de justicia tiene un rol estelar. Uno es, qué duda cabe, a través de sentencias justas que condenen a los responsables de violaciones a los derechos humanos de acuerdo a todas las herramientas del derecho. La otra, menos visible pero igualmente importante y ligada a la anterior, es que los sistemas de carrera judicial y fiscal aspiren a una reforma silenciosa que provea del personal adecuado para enfrentar estos graves casos de vulneración de derechos humanos. La selección, capacitación y destitución de magistrados se vuelven temas centrales en los que urge avocarse. Sobre el particular, cabe decir que medidas como la integración de cursos relacionados a la victimología, el derecho internacional de los derechos humanos o género en la formación de los magistrados, deben de ser implementados.

La victimología ayuda pues, a visibilizar en los procesos judiciales o administrativos, en las reparaciones o en las políticas de reforma institucional, a las víctimas y sus necesidades, a fin de que las medidas impacten real y positivamente en ellas. Esta exigencia no es sólo ética sino también jurídica: derechos consagrados a nivel nacional e internacional como la igualdad ante la ley, la no discriminación, el debido proceso o el acceso a la justicia, exigen al Estado y la sociedad no hacer caso omiso a la víctima. ¿Se ha avanzado en esa dirección? Hay primeros pasos urgentes a dar como la adopción de estándares internacionales de delitos contra los derechos humanos o el estudio de las situaciones estructurales de las víctimas (sobre todo de los grupos más vulnerados) que les hacen más pasibles de convertirse en tales (estudios de discriminación, de impacto desigual de las normas, estudios de género, etc.).

En relación a las reparaciones, es importante considerar no sólo las pecuniarias e individuales, sino también las colectivas (como se ha considerado en el Perú, a través del Plan Integral de Reparaciones, cuya necesidad había sido ya esbozada por el *Informe final de la verdad y reconciliación*); además de no perder de vista el apoyo económico estatal que este tipo de programas deben tener para implementarse. Hay que tener en cuenta, por cierto, que no toda medida de reparación

integral de las víctimas proviene exclusivamente del Estado: la sociedad es también parte actora del proceso de reparación, por ejemplo, a través de la participación activa en encuentros cuya finalidad es recordar lo sucedido o la no estigmatización de las víctimas. La importancia de esta conducta y conciencia social es vital para que, a largo plazo, estos graves hechos no vuelvan a repetirse; he ahí uno de los propósitos de la memoria.

Experiencias de acceso a la justicia en América Latina*

*David Lovatón Palacios***

Introducción

Si bien en las últimas décadas ha habido algunos avances importantes en el ámbito normativo (constituciones que han reconocido derechos y creado instituciones democráticas, tratados de derechos humanos ratificados por nuestros países, avances en los sistemas interamericano y universal de protección de los derechos humanos, entre otros), la realidad nos muestra la falta o el insuficiente acceso a la justicia de amplios sectores sociales del Continente, en especial de sectores en condiciones de vulnerabilidad, como las mujeres, los pueblos indígenas, afrodescendientes y niñez.

Las democracias insuficientes en América Latina no han logrado hasta ahora y salvo excepciones, traducir la democracia en mayor bienestar y desarrollo para la mayoría de sus ciudadanos y ciudadanas. Como era de esperar, ello ha generado el “represamiento” (acumulación) y hasta la exacerbación de diversas y legítimas demandas populares y locales, en salud, educación, carreteras y obras públicas, empleo, manejo del agua, contaminación, etc., que con frecuencia jaquean a regímenes democráticos y ponen en cuestión, inclusive, la viabilidad del sistema democrático en algunos países de la región y, a la vez, abren la puerta a nuevas propuestas autoritarias que, a diferencia de las pasadas dictaduras militares, suelen instrumentalizar las formas democráticas para, paradójicamente, vaciar de contenido a la democracia a través de la concentración del poder en el líder, el control de instituciones o la desaparición fáctica del equilibrio de poderes.

* Esta ponencia es una síntesis y actualización de un documento anterior del autor. “Acceso a la justicia: llave para la gobernabilidad democrática”, reporte final del proyecto “Lineamientos y buenas prácticas para un adecuado acceso a la justicia en las Américas”, Organización de los Estados Americanos, Washington, D.C., 2007.

** El autor es actualmente el Director del IDL, profesor asociado de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP), abogado y Máster en Derecho Constitucional.

Por ello, no le falta razón al actual Secretario General de la Organización de los Estados Americanos (OEA), José Miguel Insulza, al hablar con claridad sobre los desafíos actuales de nuestras democracias:

La democracia no es privilegio de los ricos; pero para los pobres debe significar algo más: debe ser el vehículo para su protección y progreso dentro de la sociedad. Nos falta lograr que este instrumento sea eficaz para cambiar la vida de los latinoamericanos, sobre todo sus condiciones sociales... Las carencias de la sociedad son la tarea de la democracia porque ella es una forma de organización social cuyo objeto es la creación de ciudadanía. Sin plena ciudadanía política, civil y social, tendremos una democracia incompleta¹.

Hay pues, un serio y preocupante problema de legitimidad y respaldo ciudadano al sistema democrático, fundamentalmente por que hasta ahora las democracias se han mostrado insuficientes o incompletas para satisfacer los necesidades básicas de sus ciudadanos y ciudadanas en materia de seguridad, empleo, salud, educación, acceso a la justicia, etc. De lo que se trata es de que la democracia suponga desarrollo y bienestar y, en ese empeño, mejorar el acceso a la justicia es un aspecto central. Se suele decir que la calidad de una democracia se puede medir por la posibilidad o no que tienen sus ciudadanos y ciudadanas de proteger o dilucidar sus derechos acudiendo a un sistema o mecanismo de justicia independiente y eficiente, sea estatal o no estatal. Así, las reformas judiciales exitosas sólo pueden darse en contextos institucionales democráticos y de respeto del Estado de Derecho y que, por ende, fortalecen la independencia judicial y mejoran el acceso a la justicia y la tutela de los derechos fundamentales: “las reformas exitosas son aquéllas que incrementan la independencia judicial –y, por lo tanto– modifican el contexto político en el que operan y promueven el acceso efectivo y equitativo a la justicia”².

¹ Discurso en el quinto aniversario de la suscripción de la Carta Democrática Interamericana. Sesión Especial del Consejo Permanente de la OEA, 12 de septiembre de 2006, Washington, D.C.

² Uprimny, Rodrigo, César Rodríguez y Mauricio García, *¿Justicia para todos?, Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia*. Grupo Editorial Norma, Bogotá, 2006, pág. 28.

1. Concepto amplio e interamericano de acceso a la justicia

Somos plenamente conscientes que en torno al concepto de “acceso a la justicia”, desde la clásica obra de Mauro Cappelletti y Bryant Garth de fines de los 70³, ha habido un vasto desarrollo doctrinal desde el derecho y otras ciencias sociales, lo que hace que, en la actualidad, el concepto de acceso a la justicia tenga un amplio contenido y diversas aproximaciones y definiciones. Sin embargo, para efectos del presente informe, hemos optado por una definición lo más amplia posible del concepto de acceso a la justicia, que supone definirlo, por ende, como el “derecho de las personas, sin distinción de sexo, raza, edad, identidad sexual, ideología política o creencias religiosas, a obtener una respuesta satisfactoria a sus necesidades jurídicas”⁴. Como señala Javier La Rosa,

...esta noción [de acceso a la justicia] ha transitado sucesivas etapas que han ido desde establecer una asociación directa con garantías procesales básicas (tutela judicial)... para pasar posteriormente a una visión vinculada a un derecho más complejo referido a toda clase de mecanismo eficaz que permita solucionar un conflicto de relevancia jurídica⁵.

En ese sentido, es de destacar la investigación regional que en 1999 llevó a cabo el Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH) de San José de Costa Rica⁶, que, con el apoyo del Banco

³ Cappelletti, Mauro y Bryant Garth, *El acceso a la justicia. La tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivos los derechos*, primera edición en español. Fondo de Cultura Económica, México, 1996. “Es casi obligatorio referirse al proyecto de Florencia para el acceso a la justicia que Mauro Cappelletti dirigió en la pasada década del setenta, donde se pasa revista a los diversos esfuerzos que en varios países llevaban a cabo para contrarrestar las diversas barreras de acceso, asociándola básicamente a la noción de pobreza legal y la ausencia estatal para cubrir estos vacíos” (La Rosa, Javier, “Acceso a la justicia: elementos para desarrollar una política pública en el país”, en: *Derecho virtual* Año 1, No. 3, octubre-diciembre 2006, pág. 2.)

⁴ Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), *Manual de Políticas Públicas para el acceso a la justicia*. Instituto Talcahuano, Buenos Aires, 2005, pág. 7, citado en: La Rosa, Javier, *ibidem*, pág. 3.

⁵ La Rosa, Javier, *ibidem*, pág. 3.

⁶ Thompson, José (coord.), *Acceso a la justicia y equidad. Estudio en siete países de América Latina*. Banco Interamericano de Desarrollo/Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 2000.

Interamericano de Desarrollo (BID), contribuyó a reforzar la noción del acceso a la justicia como un derecho fundamental y como un aspecto central de la agenda del desarrollo de los derechos humanos en las Américas.

Por supuesto que esta definición amplia del “acceso a la justicia” comprende también el acceso al sistema estatal de justicia, esto es, a la tutela judicial efectiva que los Estados están en la obligación de otorgar a sus ciudadanos y ciudadanas. Pero no se agota en él, es decir, que “acceso a la justicia” no es equivalente a “tutela judicial efectiva” sino mucho más. Esto no es tan sólo una digresión teórica sino que tiene grandes implicancias prácticas, en especial, en el diseño e implementación de políticas públicas para mejorar el acceso a la justicia que, por ende, no deberían limitarse a ampliar la cobertura del sistema estatal de justicia (más órganos jurisdiccionales, por ejemplo), sino que también debería contemplar medidas de promoción de otros mecanismos no judiciales o no estatales de respuesta satisfactoria a las necesidades jurídicas de los ciudadanos y ciudadanas de las Américas que, con frecuencia, ni siquiera tienen posibilidad de acudir a los tribunales, como es el caso de muchos pueblos indígenas.

De esta manera, este enfoque integral del derecho al acceso a la justicia comprende, por un lado, el concepto “tradicional” del derecho de toda persona de “hacer valer sus derechos o resolver sus disputas bajo el auspicio del Estado”⁷ a través del acceso a tribunales “independientes e imparciales” y con las garantías del debido proceso, de conformidad con los artículos 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH). Por otro lado, desde esta perspectiva, los mecanismos comunitarios o indígenas, los Mecanismos Alternativos de Resolución de Conflictos (MARC), los tribunales administrativos o instancias estatales como la Defensoría del Pueblo, también pueden ser idóneos para satisfacer la demanda de acceso a la justicia de los ciudadanos y ciudadanas y, por ende, acceso a la justicia no será sinónimo –necesariamente– de tutela judicial efectiva.

⁷ Cappelletti, Mauro y Bryant Garth, *El acceso a la justicia...* pág. 9.

Dicho esto, sin embargo, esta perspectiva integral del acceso a la justicia no debe hacernos perder de vista que en una realidad como la de nuestros países, de desatención estatal o de ausencia de Estado en muchas regiones, también es fundamental seguir insistiendo para que el sistema estatal de justicia asegure, mínimamente, a la ciudadanía, una tutela judicial efectiva, esto es, el acceso a los juzgados y tribunales en igualdad de condiciones y sin discriminación alguna.

En cuanto al derecho de acceso a la justicia entendido específicamente como el derecho a la tutela judicial efectiva o a la protección judicial consagrado en el artículo 25 de la CADH, la Comisión y la Corte interamericanas han desarrollado con amplitud este derecho. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha tenido la oportunidad de condensar y actualizar el contenido de este derecho a la tutela judicial efectiva, gracias a su informe *Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas*, que fue presentado en marzo del 2007 en Washington, D.C. A continuación, los aspectos centrales de estos estándares interamericanos desarrollados en torno al derecho a la protección judicial (artículo 25) y al derecho al debido proceso (artículo 8):

- En primer lugar, el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) se basa en la premisa de que el acceso a recursos judiciales idóneos y efectivos constituye la primera línea de defensa de los derechos fundamentales⁸.
- En segundo lugar, los principios de igualdad y no discriminación representan el eje central del SIDH⁹. Al respecto, la CIDH ha señalado que

El sistema interamericano no sólo recoge una noción formal de igualdad, limitada a exigir criterios de distinción objetivos y razonables y, por lo tanto, a prohibir diferencias de trato irrazonables, caprichosas o arbitrarias, sino que avanza hacia un concepto de igualdad material o estructural que parte del reconocimiento de que ciertos sectores de la población requieren

⁸ CIDH, *Acceso a la Justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas*. OEA, Washington, D.C., 2007, pág. 10.

⁹ *Ibidem*, pág. 10.

la adopción de medidas especiales de equiparación. Ello implica la necesidad de trato diferenciado cuando, debido a las circunstancias que afectan a un grupo desaventajado, la igualdad de trato suponga coartar o empeorar el acceso a un servicio, bien o el ejercicio de un derecho¹⁰.

- En tercer lugar,

La Declaración Americana y la Convención Americana han consagrado una serie de principios básicos y obligaciones relacionados con el derecho a acceder a una adecuada protección judicial. Los artículos XVIII de la Declaración Americana y los artículos 8 y 25 de la Convención Americana establecen que todas las personas tienen el derecho a acceder a recursos judiciales y a ser oídas, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un tribunal competente, independiente e imparcial cuando creen que sus derechos han sido violados. La protección de estos derechos se ve reforzada por la obligación general de respetar, impuesta por el artículo 1.1 de la Convención Americana¹¹.

Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha desarrollado, a través de sus sentencias, este derecho a la tutela judicial efectiva, a la protección judicial o de acceso a recursos judiciales idóneos y efectivos:

El artículo 25 en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana, obliga al Estado a garantizar a toda persona el acceso a la administración de justicia y, en particular, a un recurso rápido y sencillo para lograr, entre otros resultados, que los responsables de las violaciones de los derechos humanos sean juzgados y para obtener una reparación por el daño sufrido... [El artículo 25] constituye uno de los pilares básicos, no sólo de la Convención Americana, sino del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática... [Dicho artículo] guarda relación directa con el artículo 8.1... que consagra el derecho de toda persona a ser oída con las debidas garantías... para la determinación de sus derechos de cualquier naturaleza¹².

¹⁰ *Ibidem*, pág. 43.

¹¹ *Ibidem*, pág. 11.

¹² *Ibidem*, pág. 11.

- En cuarto lugar, el sistema interamericano ha consagrado y desarrollado el deber de los Estados de debida diligencia, esto es, ...el deber de los Estados de proveer recursos judiciales no se limita a ponerlos formalmente a disposición de las víctimas, sino que tales recursos deben ser idóneos para remediar las violaciones de derechos humanos denunciadas. La Corte Interamericana ha afirmado que... debe subrayarse que, para que tal recurso exista, no basta con que esté previsto por la Constitución o la ley o con que sea formalmente admisible, sino que se requiere que sea realmente idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla¹³.

Al respecto, la Corte Interamericana ha precisado aún más el alcance efectivo y no sólo formal de este derecho, señalando que

...no es suficiente con que en los procesos de amparo se emitieran decisiones definitivas, en las cuales se ordenó la protección a los derechos de los demandantes. Además, es preciso que existan mecanismos eficaces para ejecutar las decisiones o sentencias, de manera que se protejan efectivamente los derechos declarados... la ejecución de las sentencias debe ser considerada como parte integrante del derecho de acceso al recurso, que abarque también el cumplimiento pleno de la decisión respectiva¹⁴.

- En quinto lugar, el SIDH considera que la falta de acceso a la justicia, entendida como el derecho a la tutela judicial efectiva o de protección judicial, propicia la impunidad de las violaciones de derechos humanos y la repetición de las mismas:

La impunidad ante las violaciones de derechos humanos existe cuando hay la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos protegidos por la Convención Americana... la impunidad propicia la repetición crónica de las violaciones de derechos humanos y la total indefensión de las víctimas y sus familiares¹⁵.

¹³ *Ibidem*, pág. 12.

¹⁴ *Ibidem*, pág. 12.

¹⁵ *Ibidem*, pág. 13.

- En sexto lugar, el SIDH ha afirmado que la responsabilidad de los Estados de actuar con la debida diligencia frente a actos violentos comprende a las acciones de actores no estatales, terceros y particulares¹⁶.
- En séptimo lugar, la CIDH ha señalado que el deber de diligencia para prevenir situaciones de violencia, en especial en un contexto de prácticas extendidas o estructurales –como en el caso de los pueblos indígenas, afrodescendientes, mujeres, niños, inmigrantes, entre otros–
 - ...impone a los Estado el correlativo deber de vigilar la situación social mediante la producción de información estadística adecuada que permita el diseño y la evaluación de las políticas públicas, así como el control de las políticas que se implementen por parte de la sociedad civil¹⁷.
- En octavo lugar, los instrumentos internacionales, tanto del Sistema Interamericano como del Sistema Universal de Derechos Humanos, contemplan un conjunto de garantías básicas que todo proceso judicial debería ostentar para la vigencia efectiva del derecho al acceso a la justicia. En ese sentido,
 - ...establecen que la recopilación de evidencias físicas en los casos debe ser efectuada por especialistas capacitados en el tipo de violencia que se está investigando... En todo momento, la cultura de la víctima y el contexto en el que se produjo la violencia deben tomarse en consideración y de ser necesario un intérprete, éste debe hacerse disponible¹⁸.
- En noveno lugar, la CIDH ha interpretado que una dimensión particular del derecho a la protección judicial efectiva consagrado en el artículo 25 de la Convención Americana, es el derecho a acceder también a una tutela cautelar efectiva.

En su Informe sobre la Situación de Defensoras y Defensores de los Derechos Humanos en las Américas, la CIDH estableció algunos principios generales que deben regir las acciones de tutela

¹⁶ *Ibidem*, pág. 13.

¹⁷ *Ibidem*, pág. 20.

¹⁸ *Ibidem*, pág. 23.

cautelar en los Estados... el derecho a la protección judicial crea en los Estados la obligación de establecer y garantizar recursos judiciales idóneos y efectivos para la protección cautelar de los derechos... que los recursos sean sencillos, urgentes, informales, accesibles y tramitados por órganos independientes... es necesaria una amplia legitimación activa de estos recursos, tal que permita que los mismos puedan ser promovidos por familiares u órganos públicos... También es conveniente que tales recursos puedan tramitarse como recursos individuales e igualmente como acciones cautelares colectivas... por tratarse de acciones de protección de derechos fundamentales en casos urgentes, la ritualidad de las pruebas no debería ser la misma que se exige en los procesos ordinarios¹⁹.

2. El derecho al nombre para acceder a la justicia

Un aspecto muy concreto que los Estados de América Latina podrían impulsar muy agresivamente, que debería ser objeto de amplio consenso político y social y que podría contribuir significativamente a superar esa “ciudadanía de baja intensidad” o esa “pobreza legal” de la que hablan los expertos y los organismos internacionales, es el otorgamiento de documento de identidad a millones de ciudadanos y ciudadanas del continente que no lo tienen.

Estas personas, literalmente, no existen legalmente para los Estados y sociedades de nuestros países y están impedidos de realizar transacciones económicas, de recibir beneficios o subsidios estatales, de participar en programas educativos, sociales o productivos o de acudir al sistema estatal de justicia para proteger sus derechos fundamentales, entre otras tantas limitaciones. Por ejemplo, las mujeres indígenas que sufren violencia doméstica y que son indocumentadas, están impedidas de poder acudir al sistema de justicia en busca de protección, pues para cualquier trámite las autoridades policiales o judiciales les piden documento de identidad. Asimismo, los niños que requieren demandar ante las autoridades judiciales a sus padres para que les brinden alimento y sostén, tampoco pueden hacerlo si es que no cuentan con un documento de identidad.

¹⁹ *Ibidem*, pág. 27.

Las causas de dicha situación varían en cada país, pero algunas raíces comunes son las siguientes:

- Los altos costos económicos para obtener el documento de identidad.
- Los excesivos trámites o trabas burocráticas existentes en algunos ordenamientos.
- El desconocimiento de los ciudadanos en torno a la existencia o importancia de este trámite.
- Las grandes distancias geográficas que separan los centros poblados rurales o indígenas de las oficinas que otorgan estos documentos de identidad.
- La destrucción de registros civiles por desastres naturales o conflictos armados internos que vivieron muchos países.
- La falta o deficiente coordinación entre diversas entidades estatales involucradas en este tema: entre gobiernos municipales y entidades nacionales, por ejemplo.

Por lo general, los sectores más perjudicados con esta situación de “indocumentación” son las mujeres indígenas y las niñas y niños rurales, en especial, los niños que nacen producto de una relación extramatrimonial. Por tanto, una medida concreta que se podría recomendar a los Estados miembros es la adopción de una política pública de documentación de ciudadanos y ciudadanas indocumentadas que debería suponer, entre otros aspectos:

- La gratuidad o sustancial subsidio estatal de los costos para el otorgamiento de documentos de identidad a favor de los sectores sociales de extrema pobreza.
- La simplificación de los trámites burocráticos.
- La expansión geográfica de las oficinas estatales encargadas del otorgamiento del documento de identidad, en especial en las zonas rurales.
- Una mejor coordinación entre las entidades estatales, por ejemplo, entre el ámbito municipal y nacional.
- La inversión en tecnología que permita facilitar el otorgamiento del documento de identidad.

- La participación de la sociedad civil y la cooperación internacional en este proceso, a fin de que cooperen y fiscalicen.
- Contemplar modificaciones legislativas que permitan a los hijos fruto de una relación extramatrimonial, tener derecho al nombre, aunque ello no signifique necesariamente vínculo de filiación con el padre²⁰. Para ello, debería impulsarse la disociación legislativa del derecho al nombre del derecho a la filiación.

En cuanto a la disociación entre el derecho al nombre y el derecho a la filiación, la experta peruana Elizabeth Salmón sostiene que ello tiene sustento en los instrumentos internacionales del Sistema Universal y del SIDH y que, por tanto, si bien guardan estrecha relación, son derechos humanos autónomos:

...en la mayoría de los instrumentos internacionales el derecho al nombre aparece consignado de manera autónoma, sin establecer un nexo o relación con la filiación. Sólo en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, en parte, se hace una referencia expresa al vínculo que debe existir entre los progenitores y los apellidos del hijo. Sin embargo, la misma Convención Americana sobre Derechos Humanos en la parte final de su artículo 18° señala: “La ley reglamentará la forma de asegurar este derecho para todos mediante nombre supuestos, si fuere necesario”. De lo anterior se observa que si bien es común que el nombre guarde estrecha relación con el tronco familiar, esto no ocurre en todos los casos, por lo que podemos concluir que el derecho al nombre y la filiación, si bien se encuentran íntimamente vinculados, pueden ser separados y, por lo tanto, constituyen derechos autónomos... la simple posesión del nombre no debe, o no debiera, establecer ningún

²⁰ En el Perú, la coalición “Alianza por el Derecho Ciudadano”, que agrupa a ONG, instituciones estatales y cooperación internacional, y que está enfocada a promover el derecho al nombre y a la identidad, contribuyó a la aprobación de la Ley No. 28720 “Ley que modifica los artículos 20 y 21 del Código Civil”. Dicha modificación permite la inscripción de los hijos nacidos de una relación sin vínculo matrimonial con los apellidos del padre y la madre, aún cuando uno de ellos estuviera ausente al momento de la inscripción, sin que ello signifique vínculo de filiación (AA.VV., *El Derecho al nombre e identidad, tres estudios*. Alianza por el Derecho Ciudadano (ADC) y Oxfam Internacional, Lima, 2006, págs. 16 y 17).

vínculo de filiación, sino hasta que el supuesto progenitor hiciera el correspondiente reconocimiento²¹.

3. Creciente (in)seguridad ciudadana y demanda social por mas seguridad

Una de las más serias y actuales preocupaciones en América Latina es la incapacidad de los sistemas de seguridad ciudadana y de administración de justicia de nuestros países, para enfrentar con éxito la delincuencia y sus secuelas de creciente percepción ciudadana de impunidad del delito, de deslegitimación de los sistemas judiciales, de impulso hacia atajos primarios como los linchamientos, entre otros.

Sobre el particular, Susana Villarán, en un documento no publicado consigna la valiosa opinión del perito médico Carlos Martín Beristain, en un proceso ventilado ante la Corte Interamericana en el caso de la desaparición del niño Marco Antonio Molina Theissen contra Guatemala:

Desde una perspectiva psico-social, la impunidad tiene varios efectos. En primer lugar, los efectos educativos, es decir, el cambio de valores que se produce en una sociedad en la que se paraliza la capacidad de denunciar o en la que el hecho de denunciar se convierte en una nueva fuente de peligro o de posible retraumatización por las amenazas que se ciernen sobre los denunciantes. Esto genera la llamada “impotencia aprendida”, es decir, se aprende que no se puede hacer nada para cambiar y que lo que hay que hacer es volver a las formas más primitivas de adaptación, tratar de protegerse. Otro efecto de la impunidad, dentro de ese cambio de valores, es que estimula el aumento de las venganzas privadas. Cuando no hay un sistema judicial que responda en un ámbito público a generar un cierto reequilibrio después de ocurrida una violación o hecho traumático, se produce un aumento de la violencia social... un contexto de impunidad lleva muchas veces a un descrédito de la democracia, porque el valor de la justicia no es rescatado como el valor de un nuevo proceso social, y ello induce a generar situaciones en las cuales las violaciones de

²¹ Salmón, Elizabeth, “El derecho a la identidad y al nombre como parte de las obligaciones del Estado peruano en materia de derechos humanos”, en: AA.VV., *El derecho al nombre e identidad, tres estudios...* págs. 38 y 39.

derechos humanos se consideran parte de la salida para luchar contra un contexto de impunidad...²².

Por un lado, cada vez más algunas protestas sociales (muchas de ellas con demandas justas) incurren en virulentos actos de violencia contra personas o bienes públicos y privados que, a la vez, son duramente reprimidos por los cuerpos de seguridad. Por otro lado, los índices de criminalidad y delincuencia se han incrementado considerablemente en la región, lo que supone todo un reto para los servicios de seguridad ciudadana (policías, gobiernos locales) y para los sistemas penales de justicia para evitar la impunidad, reto al que a la fecha no han podido responder adecuadamente²³.

No es casual, por ello, que en el marco de la OEA los Estados hayan suscrito la Declaración sobre la Seguridad en las Américas, en la ciudad de México en octubre del 2003. En dicha Declaración, pese a la grave situación de inseguridad que viven, en especial, algunas ciudades, los Estados reafirmaron “que la democracia constituye un derecho y un valor compartido fundamental que contribuye a la estabilidad, la paz y el desarrollo de los Estados del hemisferio y su plena vigencia es esencial para la consolidación del Estado de Derecho...” (Punto III.5).

¿Por qué este problema afecta el acceso a la justicia? No sólo por las secuelas de deslegitimación, sensación de impunidad o justicia por mano propia que ya hemos visto, sino también propicia discursos políticos o gubernamentales de “mano dura” contra la delincuencia que se traducen, con frecuencia y entre otras cosas, en graves violaciones o restricciones a las garantías ciudadanas como el debido proceso, o en el

²² Corte IDH, Caso Molina Theissen vs. Guatemala, reparaciones. Sentencia de 3 de julio de 2004, citado en: Villarán, Susana, “Acceso a la justicia en el sistema interamericano de derechos humanos”, documento inédito, pág. 17.

²³ Lovatón Palacios, David, “Apuntes para una agenda andina de derechos humanos”, en: *Situación humanitaria en la región andina*, Memorias de la Conferencia Regional Humanitaria llevada a cabo en Cali en septiembre del 2004. Programa Democracia y Derechos Humanos de la Unión Europea, Bogotá, junio del 2005, págs. 295 y ss.

endurecimiento de la legislación penal (penas más severas, persecución penal contra menores de edad, hacinamiento de las cárceles, etc.)²⁴.

Sin embargo, también hay que señalar que hay algunas experiencias nacionales que demuestran que con un enfoque correcto y voluntad política, es posible combatir o controlar con relativo éxito la criminalidad. Recientes experiencias relativamente exitosas en algunas ciudades de Colombia (Bogotá y Medellín) y de Chile (Santiago) dan pistas de que ello es posible.

Por tanto, ante la magnitud y gravedad del incremento de los índices de criminalidad y de la inseguridad ciudadana en muchos países del continente, es pues grande la tentación en gobernantes y gobernados por implementar políticas de “mano dura” que terminan afectando el Estado de Derecho y el acceso a la justicia y, con frecuencia, dejan sin resolver los problemas de fondo. Que las Fuerzas Armadas pasen a cumplir funciones de orden interno, declaratorias de estados de excepción, de emergencia o de sitio; que todo delito sea sancionado con cárcel por menor que aquél sea; contemplar la responsabilidad penal de menores de edad; agravar las penas o, inclusive, la reinstauración de la pena de muerte, son algunas de las propuestas de mano dura que encuentran terreno fértil en determinadas coyunturas en los que, en efecto, el Estado democrático de Derecho se muestra ineficiente al combatir la delincuencia.

El problema con estas posturas de “mano dura” no sólo es que se traducen en una peligrosa reducción de las garantías y derechos civiles que los ciudadanos suelen gozar en un Estado de Derecho (libertad de tránsito, presunción de inocencia, inviolabilidad del domicilio, etc.), sino que resultan absolutamente demagógicas pues no suelen resolver los problemas sino, inclusive, los agravan. La actual condición de las cárceles en América Latina es la mejor muestra de ello: están sobrepobladas y, sin embargo, se propone aumentar las penas y castigar con encierro más tipos penales.

Las cárceles en América Latina no son –como supuestamente deberían ser– centros de resocialización de las personas que delinquen,

²⁴ *Ibidem*, pág. 297.

sino que –salvo excepciones– se han convertido en escuelas del crimen, lugares controlados por el hampa o centros de hacinamiento infrahumano. Al respecto, datos recogidos del “Reporte sobre el estado de la justicia en las Américas 2004-2005” del web site del Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA) (<http://www.cejamericas.org>), revelan esta dramática situación²⁵:

Capacidad instalada de cárceles
en América Latina y el Caribe
(estimación sobre la base de 20 países²⁶, año 2004) 2 340 176 personas

Total de población penitenciaria
en América Latina y el Caribe
(estimación sobre la base de 20 países²⁷, año 2004) 2 881 912 personas

Total de sobrepoblación
(19 países²⁸, uno no tiene sobrepoblación) 541 736 personas

Fuente: CEJA, Estado de la Justicia en las Américas, 2004-2005. Elaboración propia.

Hay una gran incoherencia entre el discurso político y mediático de “mano dura” contra la delincuencia (penas más severas, más penas de cárcel, menos beneficios penitenciarios, etc.), y la crisis del sistema penitenciario en muchos de nuestros países: falta de recursos, elevado porcentaje de presos sin condena, corrupción enquistada, ausencia de política penitenciaria, ausencia de sistemas de cumplimiento de penas alternativas, etc.

Otra prueba de lo demagógicas e ineficaces que suelen ser las políticas de “mano dura” son los graves problemas por los que suelen atravesar los cuerpos policiales en el continente y que, por lo general, dichas políticas no atacan. Como bien señala el experto Gino Costa:

... nuestras instituciones policiales están mal gestionadas, carecen de sistemas de planificación y evaluación de su trabajo, y de la capacidad

25 CEJA, *Reporte sobre el estado de la Justicia en las Américas (2004-2005)*, disponible al 28 de julio de 2010 en: <<http://www1.cejamericas.org/cejacommunity/index.php?id=286&Accion=VeRes&item2=529>>.

26 Canadá no se incluye.

27 No se incluye Puerto Rico porque no hay sobrepoblación en este país; tampoco Canadá porque no se han consignado datos de sobrepoblación.

28 Canadá no se incluye porque no se poseen datos de sobrepoblación. El porcentaje promedio incluye la cifra negativa de Puerto Rico (-12%).

para adecuarse a los rápidos cambios del entorno. Son, en la mayoría de los casos, instituciones costosas y sumamente ineficientes, en las que la corrupción y las violaciones de derechos humanos son no sólo crónicas sino normalmente encubiertas. Ello explica la percepción negativa de la opinión pública y la gran desconfianza para otorgarle mayores poderes. Paradójicamente, esta situación va acompañada de una demanda general en la región por contar con una mayor presencia policial²⁹.

En consecuencia, el reto es ¿cómo compatibilizar, cómo encontrar el equilibrio entre el legítimo combate a la delincuencia y el respeto a los derechos humanos, tanto de las víctimas como de las personas acusadas de haber cometido algún delito? Como se sabe, la otra cara de la moneda es que, con frecuencia, personas inocentes –por lo general de grupos vulnerables como indígenas o afrodescendientes– son acusadas de delinquir injustamente.

En primer lugar, hay que ser claros al precisar que la seguridad ciudadana y el combate del crimen no son asuntos de responsabilidad exclusiva del sistema de justicia. Los sistemas de seguridad están llamados a cumplir un rol central en este ámbito, sin perjuicio que la justicia cumpla con las obligaciones y funciones que le corresponden y que exista coherencia y coordinación entre las políticas públicas y medidas que se adopten en uno y otro ámbito.

En ese sentido, si nuestro objetivo final es fortalecer el Estado de Derecho y hacer viable la gobernabilidad democrática de nuestros países, y con tal fin propiciamos en el ámbito de la administración de justicia propuestas e iniciativas que contribuyan a mejorar la vigencia de los derechos humanos a través de la mejora del acceso a la justicia, entonces deberíamos preocuparnos por propiciar también en el ámbito de la seguridad ciudadana, modelos que manteniéndose distantes de los discursos de “mano dura”, aspiren a un equilibrio entre la tutela de los derechos fundamentales y una real eficacia en el combate del delito.

²⁹ Costa, Gino, “Prólogo”, en: Rico, José María y Laura Chinchilla, *Las reformas policiales en América Latina: situación, problemas y perspectivas*. Instituto de Defensa Legal y Open Society Institute, Lima, 2006, pág. 18.

A esta altura y ante la gravedad de la situación, no es suficiente tan sólo preocuparse para que una política de seguridad cautele escrupulosamente los derechos humanos, sino también cómo logra ser exitosa en el combate, reducción y prevención del delito.

Por ello, luego de revisar la bibliografía especializada en español sobre la materia, consideramos que un buen modelo de seguridad ciudadana es el modelo de policía comunitaria, también denominada como policía de proximidad. Para tal efecto, nos remitimos a una excelente investigación regional publicada por los expertos José María Rico y Laura Chinchilla, que cuenta, además, con un muy buen prólogo del experto Gino Costa³⁰. Precisamente éste último sostiene que

Los autores comienzan por recordarnos que la evidencia empírica disponible, sobre todo en los países desarrollados, da cuenta del fracaso de las políticas criminales punitivas, médico-terapéuticas (la rehabilitación a través del sistema penitenciario) y sociales (reformas estructurales para enfrentar las causas del delito). Ellos se encargan de subrayar los límites del sistema penal y llaman la atención sobre la necesidad de realizar una mayor labor de prevención... sin abandonar la empresa de hacer más eficiente el sistema penal³¹.

Modelo de policía comunitaria o de proximidad

La policía comunitaria o de proximidad surge en los Estados Unidos a fines de la década de los setenta, ante el escaso éxito de los métodos tradicionales de prevención y debido al incremento de hechos de violencia, drogas, de los llamados “delitos de la calle” y de los actos de incivilidad (*disorders*). El nuevo modelo se extendió rápidamente a Canadá y Europa con respecto a la pequeña y mediana delincuencia³². Tiene como objetivo principal “Mejorar la calidad de vida y bienestar

³⁰ Rico, José María y Chinchilla, Laura, *Las reformas policiales en América Latina...*

³¹ Costa, Gino, “Prólogo”, en: Rico, José María y Laura Chinchilla, *Las reformas policiales en América Latina...* págs. 20 y 21.

³² *Ibidem*, pág. 124.

de los ciudadanos y favorecer una mayor cohesión y solidaridad sociales³³. Tiene como principales características las siguientes³⁴:

- Énfasis puesto en la descentralización operativa de la policía, así como en el patrullaje del barrio.
- La ampliación del mandato policial más allá del mantenimiento del orden público, y que abarca la solución y prevención de otros problemas comunitarios.
- Un mayor acercamiento a la comunidad.
- Amplia y activa participación de la comunidad en la identificación y solución de los problemas de orden público, incluyendo la criminalidad.
- Establecimiento de mecanismos de cooperación y coordinación con las autoridades locales, los servicios públicos y privados, la prensa y la comunidad en general.
- Inserción de la acción policial en las políticas locales de desarrollo social.
- Deber de rendición de cuentas ante las autoridades locales y la comunidad.

En el capítulo tercero de la publicación de Rico y Chinchilla se desarrollan unos lineamientos prácticos para una política integral de seguridad, algunos de cuyos principales rasgos, en apretada síntesis, son los siguientes³⁵: i) el valor principal es la protección de la sociedad y de sus miembros y, por ende, el amparo de los derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos; ii) la policía debe ser un servicio profesional y, por ende, desmilitarizarse y despolitizarse; iii) el establecimiento de efectivos controles disciplinarios de la actuación policial; iv) la elaboración y actualización de un diagnóstico de la situación de la policía; v) revisión de programas de capacitación; vi) reorganización integral del servicio policial; vii) redistribución territorial de los recursos y personal; viii) implementación de experiencias piloto; ix) establecimiento y alimentación de un banco de datos confiable.

³³ *Ibidem*, pág. 124.

³⁴ *Ibidem*, pág. 125.

³⁵ *Ibidem*, págs. 203-223.

Al respecto, Gino Costa resalta la importancia de implementar previamente experiencias piloto que nos enseñen cómo funcionan las instituciones en la realidad: “Antes de convertirla en política pública... es preciso poner en práctica un proyecto piloto para probarla en la realidad, cosa que rara vez hacemos, pues o adoptamos un enfoque o modelo acríticamente, o ponemos en práctica un piloto que luego no evaluamos y abandonamos al poco tiempo”³⁶.

Asimismo, Costa condensa con gran claridad una de las características esenciales de todo servicio público de seguridad, esto es, que la policía debe estar lo más próximo y ser lo más parecido a la comunidad y sociedad a la que sirve y, por ejemplo, si la sociedad es multicultural, la policía también: “Para ser instituciones que sirven y protegen a la sociedad, las policías deben ser lo más parecido a ella. Por eso es importante que cuenten con una representación significativa de mujeres y de grupos étnicos”³⁷.

Frente a los graves problemas de corrupción y abuso policial que padecen muchos cuerpos de seguridad en la región, mecanismos de transparencia de la gestión pública y de rendición de cuentas serán las herramientas con las que contará una reforma policial de signo democrático para prevenir esos problemas y, además, hacer más eficiente el gasto público:

La única manera de combatir con éxito la corrupción y los abusos policiales es superando las deficiencias de los regímenes disciplinarios vigentes y fortaleciendo los mecanismos de control y supervisión, tanto internos como externos. La transparencia y el desarrollo de mecanismos de rendición de cuentas y de acceso a la información institucional contribuirán a reducir cualquier forma de abuso... pues de lo contrario más recursos no se traducirán en mayor eficiencia³⁸.

³⁶ *Ibidem*, pág. 16.

³⁷ *Ibidem*, pág. 18.

³⁸ *Ibidem*, págs. 18 y 19.

4. Tensión entre reformas penales y demanda por más seguridad ciudadana

Es conocido que a partir de la década de los noventa algunos Estados, organizaciones de sociedad civil y agencias de cooperación internacional, impulsaron procesos de reforma procesal penal, para migrar de viejos sistemas penales caracterizados ampliamente como “inquisitivos”, a otro modelo penal más moderno y de corte “acusatorio”, más eficiente y tuitivo de los derechos fundamentales durante el proceso penal. Para ello se aprobaron significativos cambios legislativos nacionales (nuevos códigos, nuevas leyes procesales) y se ha invertido gran cantidad de recursos económicos y humanos y, sin embargo, a excepción de Chile, los resultados en el resto de países son, a la fecha, aún insatisfactorios.

Sin duda, una de las instituciones hemisféricas que más ha contribuido a impulsar y hacer un balance de estos procesos de reforma procesal penal en los diversos países del continente donde se ha implementado, es, precisamente, un centro creado por la OEA: el Centro de Estudios para la Justicia de las Américas (CEJA). Con sede en Santiago de Chile, en los últimos años el CEJA ha contribuido significativamente al balance, promoción y difusión de estas reformas.

Al inicio del año 2007, eran 14 los países en la región que habían iniciado procesos de reforma procesal penal: Guatemala (1994), El Salvador (1998), Costa Rica (1998), Argentina (1998), Paraguay (1999), Venezuela (1999), Bolivia (2000), Chile (2000), Ecuador (2001), Nicaragua (2001), Honduras (2002), República Dominicana (2004), Colombia (2005) y Perú (2006)³⁹.

Por su parte, en otro documento de balance de la actuación de los ministerios públicos en estos procesos de reforma, el CEJA sostiene que la reforma procesal penal

...en general ha estado orientada a dar vigencia a los principios del debido proceso. Además, el proceso de reforma ha buscado superar

³⁹ Ponce, Nataly, “Avances y desafíos de las defensorías públicas para garantizar el acceso a la justicia en las reformas procesales penales en América Latina”, documento inédito, Santiago de Chile, 2007, pág. 3.

la rigidez y la burocratización de la instrucción tradicional, por la vía de flexibilizarla y reducir su duración. También se han entregado a los fiscales facultades para derivar los casos hacia nuevas alternativas de solución de los conflictos penales, basadas fundamentalmente en el acuerdo de las partes⁴⁰.

Esta ola de reformas en el continente se ubica en el centro del acceso a la justicia en el ámbito de la persecución penal, pues apunta, por un lado, a que el acusado de haber cometido algún ilícito penal, tenga derecho a defenderse y a probar su inocencia en un marco de respeto al debido proceso.

Por otro lado, estas reformas también apuntan a que la víctima tenga una participación más activa en el proceso y que sus intereses y pretensiones no sean dejados de lado; se ha constatado, por ejemplo, que con frecuencia la víctima lo que quiere no es necesariamente la imposición de una pena al delincuente, sino la reparación del daño sufrido; sin embargo, esta preocupación por una mayor participación de la víctima en el nuevo proceso penal, no se ha traducido necesariamente en la defensa de sus intereses por parte de los institutos de defensa pública, más enfocados en la defensa de los imputados⁴¹.

Por tanto, un aspecto clave en estos procesos de reforma procesal penal es el impulso y mejora de los servicios públicos de defensa gratuita o “defensa de oficio” (tal como se conoce en algunos países del continente), que sin duda constituye una pieza fundamental para propiciar (o no) una buena defensa del acusado y, también, de la víctima. En algunos países del continente se han erigido institutos especializados y con presupuesto propio, encargados de la defensa pública penal como en Chile, Ecuador, Bolivia, Panamá, Colombia, Venezuela, México, entre otros. En algunos países este servicio depende de la Defensoría del Pueblo, en otros del Ministerio de Justicia y otros son autónomos.

⁴⁰ Duce, Mauricio y Cristián Riego, (redactores principales), *Desafíos del Ministerio Público Fiscal en América Latina*. CEJA, Santiago de Chile, noviembre del 2005, pág. 3.

⁴¹ Sobre el particular, Nataly Ponce sostiene que “Las defensorías públicas se concentran sobre todo en el derecho de los imputados a fin de equilibrar el desempeño de los fiscales. Su rol respecto a la víctima gira en función de las labores de defensa de los imputados” (comunicación electrónica del 7 de mayo del 2007).

Uno de los cuestionamientos políticos y sociales más frecuentes que suele hacerse en contra de un servicio estatal de defensa gratuita de las personas acusadas de haber cometido algún delito, sobre todo en la actual coyuntura de creciente demanda ciudadana por mayor seguridad frente al crimen, es ¿por qué invertir recursos públicos en defender a supuestos delincuentes o sospechosos?

Lo primero que hay que responder es que no toda persona acusada de un delito es culpable, sobre todo, en realidades nacionales como las nuestras, en las que el margen de error o abuso a nivel policial, fiscal o judicial, es aún muy grande. Los países que han sufrido conflictos armados internos en la región, pueden dar fe de los abusos y atropellos que se cometieron contra miles de personas inocentes que eran injustamente acusadas de haber cometido delitos graves; en su abrumadora mayoría, estas personas eran indígenas, pobres o de zonas rurales⁴².

Sin embargo, pese a la necesidad de contar con un eficiente sistema de defensa pública para la tutela de los derechos fundamentales en un proceso penal de corte adversarial, la realidad muestra diversas debilidades de estos servicios estatales en algunos de nuestros países.

El otro pilar para el éxito de los procesos de reforma procesal penal, es el “empoderamiento” del Ministerio Público o, en determinadas realidades nacionales, el “re-direccionamiento” de la Fiscalía hacia su papel central de investigación y persecución del delito y de defensa de los intereses de la sociedad. Ello es mucho más importante hoy en día en que el sistema de justicia cada vez más viene enfrentando conflictos de gran relevancia social, económica o política.

Por ello, en una atmósfera política y ciudadana de creciente demanda de más seguridad y no impunidad contra el crimen, el buen

⁴² La Comisión de la Verdad y Reconciliación (CVR) del Perú constató sobre este punto que “el resultado de la aplicación estricta y acrítica de la legislación antiterrorista de 1992 permitió que en el procesamiento de detenidos no se garantizara la imparcialidad ni la exactitud de los juicios. No solamente cientos de personas inocentes tuvieron que sufrir largas condenas, sino que la violación de las garantías de debido proceso arrojó una severa sombra de duda sobre los procesos realizados” (Conclusión No. 130 del Informe Final de la CVR).

funcionamiento del Ministerio Público es clave para legitimar al sistema de justicia frente a la sociedad, a través de una eficiente persecución penal del delito.

Sin embargo, pese a esa centralidad, los ministerios públicos adolecen en el continente de diversas debilidades, como seguir ostentando una organización refleja o “espejo” a la del Poder Judicial, a pesar de que cumplen funciones diferentes; una estructura no funcional a la rendición de cuentas; problemas de liderazgo; debilidades en el diseño de los procesos de trabajo adecuadas a las nuevas funciones; carencia de metas concretas en la labor de las fiscalías; debilidades en la coordinación con otros actores del sistema de justicia, en especial, con la policía, entre otras⁴³.

Frente a ello, el CEJA propone un conjunto de medidas concretas para un “cambio de paradigma” de los ministerios públicos fiscales en América Latina, esto es, de un “paradigma tradicional” hacia un nuevo paradigma en el que el Ministerio Público debe responder, fundamentalmente, a las expectativas sociales⁴⁴. En consecuencia, la agenda para los próximos años que propone el CEJA en relación a mejorar el desempeño de los ministerios públicos fiscales en el Continente, puede ser resumida de la siguiente manera⁴⁵:

- *Primera tarea*: posicionamiento institucional del Ministerio Público, más fuerte y complejo del que hasta ahora ha tenido.
- *Segunda tarea*: manejo del flujo de casos del sistema.
- *Tercera tarea*: aumento de la capacidad de respuesta.
- *Cuarta tarea*: contribución en materia de seguridad ciudadana.

En síntesis, el reto de acceso a la justicia en el marco de los procesos de reforma procesal penal en América Latina, es el siguiente: ¿Cómo compatibilizar la corriente de reforma procesal penal, de

⁴³ Para un mayor desarrollo de tales debilidades del Ministerio Público, puede consultarse: Duce, Mauricio y Cristián Riego, (redactores principales), *Desafíos del Ministerio Público Fiscal en América Latina...* págs. 12-23.

⁴⁴ *Ibidem*, pág. 29. Para más información sobre el cambio de paradigma que postula en CEJA en relación al Ministerio Público, ver: *Ibidem*, págs. 23-28.

⁴⁵ *Ibidem*, págs. 29-33.

signo garantista y que permitiría, en consecuencia, un mejor acceso a la justicia, con la creciente demanda ciudadana de mayor seguridad pública que, con frecuencia, ha derivado en discursos políticos de “mano dura” contra el crimen?

Planteamos el reto por que si bien estamos convencidos que un sistema penal de corte adversarial, moderno y tuitivo de las garantías del debido proceso no tiene por qué ser considerado sinónimo de ineficacia en el combate de la delincuencia y de impunidad, a la vez, hay que ser conscientes que en algunas experiencias de implementación esa es una de las principales acusaciones interesadas que se le hacen desde algunos sectores sociales y políticos. Por ejemplo en Chile, experiencia nacional que puede ser considerada exitosa en la implementación del nuevo proceso penal, Nataly Ponce afirma que debido a que la reforma comprende salidas tempranas ante algunos delitos, la primera percepción –errónea– de la comunidad es que los ladrones “salen” inmediatamente y que esta situación es conocida como “la puerta giratoria”, dando a entender que los delincuentes ingresan y horas después salen del sistema de justicia; problemática que exige políticas públicas y estrategias de información a la ciudadanía, especialmente para las víctimas de los delitos que son archivados o donde se aplican medidas preventivas diferentes a la privación de libertad⁴⁶.

Por su parte, en Colombia recientes investigaciones sobre la justicia en dicho país⁴⁷ expresan su preocupación por el decantamiento de dos extremos en la actuación judicial; por un lado, la “justicia protagónica”, esto es, los casos emblemáticos y materia de atención pública (narcotráfico, secuestros, cuando la víctima es un alto dignatario, casos políticamente relevantes, etc.), que son resueltos con cierta eficacia; por otro lado, la “justicia rutinaria”, esto es, los casos comunes y corrientes, que afectan a los ciudadanos de a pie y que con frecuencia quedan en la impunidad pues el sistema decide no procesarlos:

... el protagonismo judicial ha ido de la mano de la llamada rutinización de la justicia ordinaria, debido al acento, a veces excesivo, que

⁴⁶ Nataly Ponce, comunicación electrónica de 7 de mayo del 2007.

⁴⁷ Uprimny, Rodrigo, César Rodríguez y Mauricio García, *¿Justicia para todos?...*

los jueces tienden a poner en los conflictos más visibles, es decir, en aquellos con mayor efecto social o político. Esto puede implicar... una cierta actitud negligente frente a la conflictividad social ordinaria, que va desde las violaciones diarias al derecho laboral hasta la penalización de los delitos comunes, cuyo descuido conlleva al incumplimiento de funciones igualmente importantes de la rama judicial⁴⁸.

Por ende, consideramos válido plantearnos como reto cómo sintonizar los procesos de reforma procesal penal con la creciente demanda ciudadana de una más eficaz seguridad pública ante la delincuencia y, en ese sentido, identificamos tres ejes sobre los cuales debería girar dicha sintonía entre uno y otro proceso:

- Primero, empoderar los ministerios públicos penales, en la línea de cambio de paradigma que plantea el CEJA, que, entre otros aspectos, aconseja tener cuidado con las distorsiones en las que también se puede incurrir en ministerios públicos “empoderados”, como en el caso de México o Colombia.
- Segundo, empoderar los servicios de defensa pública penal, en dos sentidos: tanto la defensa del imputado como, en determinados supuestos graves, la defensa de la víctima también. Ese segundo extremo, creemos, es clave para legitimar ante la sociedad la actuación de la defensa pública y de la reforma procesal penal en general.

En esta línea van las 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, aprobadas por la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana celebrada en Brasilia en marzo del 2008:

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 creación de mecanismos de asistencia letrada; consultorías jurídicas con la participación de las universidades, casas de justicia, intervención de colegios o barras de abogados (Regla 29).

⁴⁸ *Ibidem*, pág. 16.

- Tercero, otro camino de armonización podría ser reforzar o “empoderar” los sistemas policiales, administrativos, judiciales, fiscales o municipales, enfocados, por un lado, al seguimiento y vigilancia de personas con medidas cautelares distintas a la detención y, por otro lado, al seguimiento del cumplimiento de las penas alternativas (trabajo comunitario). En este punto, experiencias canadienses como los “círculos de justicia” o enfoques como los de “justicia terapéutica” podrían ser de gran utilidad en el continente.

5. Pueblos indígenas y afrodescendientes

Si bien en casi todas las constituciones nacionales del Continente y los tratados de derechos humanos ratificados por los Estados se consagra la igualdad ante la ley, la igualdad de oportunidades y se condena cualquier acto de discriminación, la realidad nos muestra que tanto en la vida pública como privada, persisten diversas prácticas discriminatorias en contra de amplios sectores sociales indígenas y afrodescendientes en nuestro continente.

Esta situación es mucho más grave si tomamos en cuenta que nuestros países son mayoritariamente multirraciales y con amplios sectores sociales indígenas y afrodescendientes, con lo cual las prácticas de discriminación y exclusión no se perpetran contra una minoría sino en perjuicio de amplios sectores sociales de varios de los países del continente. En gran medida, esta es otro de los rasgos de la “ciudadanía de baja intensidad” de la que ya hablamos.

Si bien las estadísticas varían mucho según la metodología de medición, según la CEPAL⁴⁹, en América Latina y el Caribe vivirían entre 30 y 50 millones de indígenas: 671 pueblos indígenas, de los cuales 642 se encontrarían asentados en América Latina. Estos datos coinciden con el Informe PNUD de 2004 sobre pueblos indígenas⁵⁰.

⁴⁹ Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), *Panorama Social de América Latina 2006*. Disponible al 28 de julio de 2010 en: <http://www.eclac.cl/publicaciones/xml/0/27480/PSE2006_Sintesis_Lanzamiento.pdf>, pág. 28.

⁵⁰ Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), *Informe sobre Desarrollo Humano 2004: la libertad cultural en el mundo diverso de hoy*. Mundi

Según la CEPAL, en términos de volumen, el Perú es el país que más población indígena tendría, con aproximadamente 8,5 millones de personas, seguido de México (6,1 millones), Bolivia (5 millones) y Guatemala (4,6 millones); En Bolivia, Guatemala y Perú la población indígena representaba un 62%, un 41% y un 32%, respectivamente. México es un caso especial, ya que aun cuando el porcentaje de población indígena es relativamente bajo, su volumen se equipara a las cifras de Bolivia y Guatemala.

En segundo lugar se encuentran los países cuya población indígena fluctúa entre un millón y medio millón de personas: Brasil, Colombia, Chile, Ecuador y República Bolivariana de Venezuela. Por último, están los países en los que no supera el medio millón: Argentina, Costa Rica, El Salvador, Honduras, Nicaragua, Panamá, Paraguay y Uruguay.

Por su parte, el total de la población afrodescendiente en América Latina y el Caribe es de 150 millones, según la CEPAL. Brasil constituye el 50% de dicha población, el Caribe el 16%, en tanto Colombia y Venezuela tienen una población afrodescendiente significativa.

Pese a esta realidad multicultural, en el ámbito público los sistemas nacionales de justicia aún están diseñados fundamentalmente para realidades sociales monolingües y monoculturales, a pesar de la realidad multicultural de nuestros países. Si bien en países como Ecuador, Bolivia o Brasil ha habido avances importantes para revertir esta situación, aún resultan insuficientes.

Una de las medidas positivas que se han implementado en algunos de los países del continente para superar barreras lingüísticas y culturales en el acceso a la justicia, son los traductores judiciales, que contribuyen a que los ciudadanos y ciudadanas cuya lengua materna no es el español, puedan expresarse en su propia lengua ante un tribunal o en diversos momentos del proceso judicial. Otra medida es la implementación de peritos culturales, que en ocasiones ayudan

a determinar si un ciudadano o ciudadana perteneciente a un pueblo o comunidad indígena ha incurrido o no en responsabilidad penal o si es que ha seguido su derecho consuetudinario. Otra medida es establecer como uno de los requisitos para acceder al cargo de juez o fiscal, dominar el idioma predominante en el lugar o pertenecer al grupo social predominante en el lugar.

La Comisión Interamericana, ha adoptado dos informes comprensivos sobre los derechos humanos de los Pueblos Indígenas y ha sentado doctrina y jurisprudencia en los casos contenciosos que han llegado a su conocimiento, llegando varios de ellos a la Corte Interamericana. En el año 2000, publicó su informe acerca de “La situación de los Derechos Humanos de los Indígenas en las Américas”⁵¹ y en el año 2002, “Fuentes en el Derecho Internacional y Nacional del Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas”⁵². En ambos, desarrolla, aspectos relacionados con el acceso a la justicia para los pueblos indígenas⁵³.

Así, en su primer informe especial la CIDH señala que:

Los más de cuarenta millones de mujeres, hombres y niños indígenas americanos organizados en unos 400 pueblos, en casos mayoritarios en otros minoritarios dentro de la población total de cada país, son en todos los casos actores necesarios para el pleno desarrollo de las

51 OEA/Ser. L/VII.108, Doc. 62, 20 octubre 2000.

52 OEA/Ser. L/V/II.110, Doc. 22, 1 marzo 2001.

53 Además, la Relatoría para los Derechos de los Pueblos Indígenas, ha elaborado capítulos dedicados a la situación de los pueblos indígenas en informes de país y en casos, en varios de los cuales se trata el acceso a la justicia y la justicia indígena. Entre ellos: *Justicia e inclusión social: los desafíos de la democracia en Guatemala*, IV) La situación de los pueblos indígenas, diciembre de 2003. *Informe de seguimiento sobre el cumplimiento por el Estado de Paraguay de las recomendaciones efectuadas por la CIDH en el Tercer Informe sobre la situación de los derechos humanos en Paraguay*, VII) Recomendaciones sobre los derechos de los pueblos indígenas, abril de 2001. *Tercer informe sobre la situación de los derechos humanos en Paraguay*, IX) Pueblos indígenas, marzo de 2001. *Tercer informe sobre la situación de los derechos humanos en Colombia*, X) Los derechos de los indígenas, 1999. *Informe sobre la situación de los derechos humanos en Brasil*, VI) Los derechos humanos de los pueblos indígenas en Brasil, 1997. *Informe especial sobre la situación de los derechos humanos de las llamadas «comunidades de población en resistencia» de Guatemala*, 1994.

identidades y culturas nacionales, y su contribución económica, política y social es indispensable para el pleno funcionamiento de sus democracias e instituciones. El respeto a su dignidad y derechos individuales y como colectivos es parte de ese objetivo⁵⁴.

Lo central es el reconocimiento que hace en su informe del 2000 respecto a las falencias que existen en el abordaje de los derechos de los pueblos indígenas:

El tratamiento tradicional de sus derechos como minorías, o por la vía de la prohibición de discriminaciones, no es suficiente, pues desconoce la naturaleza y complejidad de los pueblos indígenas. Se trata en efecto de un hecho más complejo y completo que el de las minorías, o incluso el de un grupo étnico. En efecto, los pueblos indígenas configuran una historia, y unas culturas, lenguas, diversidades étnicas, cultos o religiones, técnicas ancestrales, tradiciones artísticas, instituciones propias, regímenes jurídicos y de administración de justicia, territorios y hábitat. En fin, dicha realidad rica y compleja es mucho más que una minoría o una raza. Además, los derechos de los indígenas tienen una doble dinámica simultánea consistente en la interconexión entre los derechos individuales y los colectivos⁵⁵.

Un indicador de la adecuación y apertura de los sistemas estatales de justicia al carácter multicultural de muchas de nuestras sociedades, es en qué medida los procesos de reforma procesal penal en América Latina han tomado en cuenta las especiales necesidades de acceso a la justicia de los pueblos indígenas. Al respecto, un informe sobre la reforma procesal penal y pueblos indígenas de octubre del 2006 elaborado por el CEJA, y que comprendió a Bolivia, Chile, Colombia, Guatemala y Perú, sugiere que el

...proceso de reforma a la justicia criminal y el reconocimiento de los Derechos Indígenas resultan políticas públicas que presentan puntos en tensión: De un lado un proceso que... busca modernizar y estandarizar el modelo de justicia penal en la Región, del otro lado, una política que revaloriza y respeta las culturas originarias, buscando así generar fracturas en el paradigma monocultural dominante en Latinoamérica⁵⁶.

54 Villarán, Susana, "Acceso a la justicia en el sistema interamericano..."... pág. 31.

55 *Ibidem*, pág. 32.

56 CEJA, Informe "Reforma procesal penal y Pueblos indígenas", octubre de 2006, pág. 4.

Un aspecto clave en el reconocimiento de la justicia indígena por los ordenamientos nacionales, son los puntos de conexión o contacto entre uno y otro ámbito de la justicia: i) en qué supuestos es posible que la justicia estatal revise lo resuelto por la justicia indígena, y ii) en qué supuestos la justicia indígena excede las materias que le son propias. Al respecto, el Informe del CEJA sostiene que a la fecha no existe en los países estudiados una ley específica que regule estos supuestos y, por ende, la materia queda librada a la interpretación jurisprudencial de los tribunales: “a partir de la resolución de los casos concretos se van conformando criterios de decisión general para los conflictos en esta materia... las reglas que surgen de los fallos de la Corte Constitucional de Colombia son un ejemplo de ello”⁵⁷.

Sobre el particular, nuestra experiencia es que no necesariamente una ley en la materia resuelve las tensiones y roces entre una y otra justicia. En cambio, el terreno jurisprudencial puede resultar más propicio para una regulación más flexible y caso por caso, como lo requiere el tema. Sin embargo, la conveniencia de la opción legislativa o jurisprudencial para regular las relaciones entre la justicia estatal y la indígena, dependerá de las condiciones de cada realidad nacional y, en especial, del nivel de desarrollo que haya alcanzado la jurisprudencia nacional.

En cuanto a la situación de los afrodescendientes en el sistema de justicia y, en especial, en torno a las dificultades que tienen para acceder a la justicia, hay escasa bibliografía en el Continente. Las investigaciones y estudios dan cuenta de la discriminación de la que son objeto, en general, las poblaciones afrodescendientes en diversos ámbitos de la vida pública y privada, pero no en relación al sistema de justicia. Así, otro estudio llevado a cabo por el CEJA sobre el sistema judicial y el racismo contra los afrodescendientes en Brasil, Colombia, Perú y República Dominicana, concluyó que “subsiste en el continente americano un serio problema de invisibilidad de las prácticas de racismo e intolerancia que afectan a la población afrodescendiente”⁵⁸.

⁵⁷ *Ibidem*, pág. 7.

⁵⁸ CEJA, *Sistema judicial y racismo contra afrodescendientes, Brasil, Colombia, Perú y República Dominicana*, Observaciones finales y recomendaciones, marzo de 2004, pág. 16.

Si bien en algunos países como Brasil, se han dado algunos pasos iniciales para comenzar a enfrentar este problema, el panorama general es sumamente precario al respecto. “El caso de Perú... es ilustrativo a este respecto... las prácticas de racismo contra dicha población no se encuentran asumidas socialmente y se constata una ausencia prácticamente completa de políticas públicas al respecto... es mínimo el recurso al sistema judicial por este tipo de problemas”⁵⁹ Asimismo, en un país del Caribe como República Dominicana, “el tratamiento judicial del racismo (y xenofobia)... se encuentra en una etapa incipiente”⁶⁰.

Uno de los indicadores de esta invisibilidad de las diversas barreras que los afrodescendientes padecen para acceder a la justicia, es el contraste entre esta problemática y la de otros sectores sociales en condiciones de vulnerabilidad y que en los últimos años, sin embargo, han sido objeto de atención y denuncia, como es el caso de los pueblos indígenas o de las mujeres:

...la situación de la población afrodescendiente resulta ser de una invisibilidad especialmente grave, si se la compara con la de otros colectivos vulnerables que en las últimas décadas han venido siendo objeto de una creciente –aunque todavía insuficiente– atención por parte de los Estados del Continente americano, como es la situación de las mujeres, de los pueblos indígenas... El contraste con los pueblos indígenas es, en algunos casos, especialmente revelador del grado de invisibilidad de los afrodescendientes, en tanto ambos grupos son víctimas de extendidas prácticas de racismo, pero, como se ha visto, no reciben igual atención, ni de parte del Estado, ni de la propia sociedad civil⁶¹.

Sólo las legislaciones de Brasil y Colombia han venido incorporando estándares y mecanismos relativos a la protección de la población afrodescendiente contra la discriminación racial; sin embargo, se trata de un proceso aún embrionario⁶². El Informe del CEJA bajo referencia, concluye formulando algunas recomendaciones dirigidas a promover

⁵⁹ *Ibidem*, págs. 16 y 17.

⁶⁰ *Ibidem*, pág. 16.

⁶¹ *Ibidem*, págs. 17 y 18.

⁶² *Ibidem*, pág. 18.

que, cada vez más, los Estados comiencen a reconocer la existencia de este problema, como primer paso para enfrentarlo:

- “Una tarea elemental... debiera consistir en el establecimiento de indicadores acerca de la presencia de afrodescendientes en diversas esferas del quehacer nacional, incluyendo... el sistema judicial y áreas conexas”⁶³.
- La desagregación de la población carcelaria por origen racial⁶⁴, que permita determinar si hay o no una posible sobrepenalización de la población afrodescendiente.
- “La incorporación de acciones afirmativas destinadas a asegurar una mayor presencia de los afrodescendientes en el sistema judicial”⁶⁵.

6. Las potencialidades de la justicia indígena y comunitaria

En cuanto al derecho de los pueblos indígenas a tener un sistema de administración de justicia, normativamente se encuentra reconocido por la mayoría de los Estados miembros de la OEA, quienes han ratificado el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, que les reconoce, entre otros derechos:

Artículo 8.2. Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos.

Al respecto, los artículos 8, 9 y 10 del Convenio 169

...de acuerdo a las interpretaciones más extendidas, otorga a los Pueblos Indígenas el derecho de administrar justicias siguiendo sus propias pautas, a la vez que atribuye a los Estados la obligación de respetar sus propias decisiones⁶⁶.

⁶³ *Ibidem*, pág. 20.

⁶⁴ *Ibidem*, pág. 20.

⁶⁵ *Ibidem*, pág. 22.

⁶⁶ CEJA, Informe “Reforma procesal penal y pueblos indígenas”... pág. 7.

Sin duda este reconocimiento normativo es un avance para las comunidades o pueblos indígenas, aunque en los hechos habría que preguntarse hasta qué punto estos derechos son respetados y llevados a la práctica –como es el caso de la justicia indígena–, ya que en muchos países donde existe pluralidad de culturas, usos y costumbres, los sectores sociales indígenas siguen formando parte de los sectores sociales históricamente discriminados y excluidos.

En el caso de la justicia indígena, las resistencias “de hecho” que encuentra en diversos sistemas nacionales de justicia, suelen provenir de los propios actores del sistema (abogados, policías, fiscales, jueces), renuentes a reconocerles un espacio de actuación autónoma. Con frecuencia, por ejemplo, las autoridades indígenas son acusadas penalmente de violar la ley o de usurpar las funciones de las autoridades oficiales.

Por otro lado, hay otros mecanismos comunitarios de administración de justicia o resolución de conflictos, que se han desarrollado en el Continente, en parte ante la ineficacia de los sistemas estatales de justicia y, en parte, por que resuelven mejor determinados conflictos familiares o vecinales. Quizás una de las experiencias más emblemáticas en el América del Sur, específicamente en la región andina, es la figura del “juez de paz” existente en Perú y otros países andinos. Al respecto, existe un buen estudio regional andino publicado por el IDL de Perú y la Red Andina de Justicia de Paz y Comunitaria en el año 2005⁶⁷.

Junto con la justicia indígena en Ecuador y Bolivia, los conciliadores en equidad de Colombia, los mediadores comunitarios del Ecuador o las rondas campesinas del Perú, la justicia de paz es uno de los mecanismos comunitarios de acceso a la justicia que se han desarrollado en la región andina; está reconocida en la Constitución del Perú de 1993, en la Constitución de Venezuela de 1999, en la Constitución de Colombia de 1991 y en la de Ecuador del 2008, aunque

⁶⁷ Instituto de Defensa Legal/Red andina de justicia de paz y comunitaria, *La justicia de paz en los andes. Estudio regional*. Lima, 2005.

en este último país aún no existe legislación de desarrollo⁶⁸. El perfil del juez o jueza de paz difiere dependiendo del país o de la región: “en Venezuela y Colombia, la justicia de paz se ha instalado sobre todo en las zonas periurbanas, en tanto en el Perú es un fenómeno mayoritariamente rural”⁶⁹; en este último país, en la actualidad existen más de 5 000 jueces de paz en todo el territorio nacional, en especial, en las regiones altoandinas.

Según dicho estudio regional,

La justicia de paz en la región andina comparte rasgos comunes como: i) su carácter lego –no es ejercida por abogados–; ii) su naturaleza esencialmente conciliadora; iii) el hecho de que está facultada para aplicar no sólo la ley sino también los usos y las costumbres del lugar o criterios de justicia o equidad –“según su leal saber y entender” en el Perú o “lo justo comunitario” en Colombia–; iv) su cercanía geográfica y cultural a los potenciales usuarios –los jueces de paz suelen utilizar el idioma predominante en el lugar–; v) su bajo costo económico; vi) el que su competencia habitual esté constituida por problemas vecinales o familiares, la represión de conductas antisociales menores –faltas o contravenciones–, pequeños conflictos económicos, entre otros; y vii) el mayor o menor control que la comunidad suele ejercer en la designación –elección popular– y fiscalización de los jueces de paz⁷⁰.

Dicho estudio regional, si bien resalta como muy positivo este carácter de juez-conciliador del juez de paz, a la vez sostiene que una dosis de coerción estatal podría empoderarlos y propiciar su extensión en países como Colombia y Venezuela, que ya cuentan con la figura pero a menor escala:

Nuestra hipótesis es que la justicia de paz requiere determinadas dosis de coerción estatal para hacer más eficaz y extendida su labor en la región andina. Un dato que parece corroborar esta idea es la demanda de más herramientas de coerción por parte de los jueces de paz venezolanos y colombianos, así como de los propios usuarios del servicio, quienes en los hechos piden mayores dosis de exigibilidad en la actuación de esta justicia. Ello no quiere decir, sin embargo, que sea necesario pasar de un juez-conciliador a un juez-sentenciador, pues la

68 *Ibidem*, pág. 15.

69 *Ibidem*, pág. 16.

70 *Ibidem*, pág. 16.

esencia de la justicia de paz es –y debe seguir siendo– la conciliación; lo que no impide, como lo demuestra la experiencia peruana, que se contemple determinadas dosis de coerción en materias tan sensibles como los alimentos o la protección contra la violencia familiar⁷¹.

Otra figura similar en características pero con las peculiaridades que cada contexto nacional le imprime, es la experiencia de las defensorías comunitarias en el Perú. Reconocidas en el Código del Niño y del Adolescente, son equipos conformados por miembros de la propia comunidad que tras una previa capacitación y motivación de diversas instituciones (ONG, Iglesias), orientan y apoyan a las personas –en especial mujeres y niños– en sus denuncias ante el sistema de justicia en casos de violencia familiar o sexual o en sus reclamos de derechos tales como alimentos y manutención a favor de menores de edad.

Estos equipos se caracterizan por estar conformados paritariamente por hombres y mujeres elegidos en asamblea de la propia comunidad. Tienen la virtud que hablan la lengua de la zona. En regiones quechuas alto andinas como Cusco, Apurímac, Huancavelica, Junín y Puno, las defensorías comunitarias han mostrado una incidencia valiosa en la promoción del acceso a la justicia a favor, en especial, de mujeres indígenas quechua hablantes, que son las que más dificultades tienen para acceder a la justicia en casos de violencia en contra de ellas o sus hijos.

Por otro lado, aparte de la necesidad de un mayor reconocimiento y respeto a la justicia indígena y comunitaria por parte de los sistemas estatales de justicia, uno de los puntos de tensión en este ámbito es el respeto de los derechos humanos por parte de la justicia indígena o comunitaria en determinadas situaciones, en especial, frente a los derechos de la mujer y ante la represión de conductas delictivas.

Como se sabe, tanto el Convenio OIT 169 como la mayor parte de las constituciones nacionales, dispone que la justicia indígena debe respetar los derechos humanos. Sin embargo, en ocasiones suelen surgir tensiones entre el derecho de los derechos humanos y el derecho

⁷¹ *Ibidem*, pág. 18.

consuetudinario de algunos pueblos o comunidades indígenas, que reclama el respeto de determinadas prácticas o costumbres que, a veces, podrían colisionar con algunos principios de derechos humanos. Ese es el caso de los derechos de la mujer al interior de algunas comunidades o pueblos indígenas o el de la imposición de castigos físicos en contra de las personas que han delinquido, que van desde los “saludables” (obligarlos a hacer ejercicio físico), hasta los que pueden constituir verdaderas prácticas de tortura o tratos denigrantes.

Es importante precisar, sin embargo, que estos últimos casos –a diferencia de las estigmatizaciones de algunos sectores sociales o medios de comunicación– son excepcionales, pues las autoridades indígenas o comunitarias suelen aplicar sanciones que resultan compatibles con los principios de los derechos humanos. En ese sentido, con frecuencia se suele confundir –equivocadamente– un acto de ajusticiamiento o linchamiento con la aplicación de la justicia indígena. En forma similar hay que precisar que en relación a los derechos de las mujeres, similares limitaciones o violaciones se detectan tanto en el ámbito de la justicia indígena como estatal, tal como veremos más adelante.

Finalmente, así como nos inscribimos en la orilla de quienes venimos promoviendo diversos mecanismos indígenas y comunitarios de acceso a la justicia, a la vez hay que advertir de la tentación de una excesiva “oferta” de mecanismos de justicia comunitaria que podría tener efectos negativos como terminar confundiendo a los usuarios:

En principio, en el ámbito local o comunal dicha “oferta” es positiva, pero hay que tener cuidado de no sobredimensionarla, pues se corre el riesgo de confundir al usuario o de entusiasmarse con mecanismos nuevos en desmedro de figuras que fueron implantadas hace algún tiempo pero cuyo proceso de consolidación aún no ha concluido... Colombia es, tal vez, el ejemplo más claro de esta multiplicidad de “oferta de justicia”, pues cuenta con justicia de paz, conciliación en equidad, casas de justicia, mediadores, justicia indígena, entre otras figuras; sería conveniente hacer un balance de los efectos de esta situación en los usuarios del servicio y de los niveles de coordinación –o conflicto– entre dichos mecanismos⁷².

⁷² *Ibidem*, pág. 21.

7. Mecanismos alternativos y administrativos de acceso a la justicia

Los MARC son los Medios Alternativos (o alternos) de Resolución de Conflictos (o controversias)⁷³, siglas con las que se conoce al conjunto de mecanismos privados de solución de conflictos como la conciliación, la mediación y el arbitraje; al interior de cada una de estas figuras, hay un abanico extenso de variantes.

En la actualidad, hay relativo consenso en gobiernos, organizaciones de sociedad civil, academia y cooperación internacional, en torno a la importancia de que los Estados promuevan y extiendan su uso por parte de los ciudadanos y ciudadanas del Continente, no sólo por que constituyen una alternativa potencialmente exitosa para hacerle frente a la creciente “demanda” de justicia que soportan los sistemas judiciales, sino también porque en determinados ámbitos de la vida pública o privada, los MARC pueden resolver mejor los conflictos, restaurando las relaciones interpersonales, tomando en cuenta los verdaderos intereses de las personas y recurriendo a criterios de equidad.

Sin embargo, lo que no es consenso aún son las fronteras o los límites entre los MARC y el sistema estatal de justicia, es decir, las materias que deberían ser de competencia de uno y otro. En otras palabras, el debate se centra en determinar acertadamente qué “núcleo” de conflictos o materias el Estado no debería renunciar a resolver; por ejemplo, los casos de homicidio o de violación sexual son dos supuestos indiscutibles que no deberían ser resueltos en sede de MARC. En el otro lado de la orilla, casos de pequeñas deudas de dinero o controversias patrimoniales entre vecinos, para citar dos ejemplos, es claro que son los típicos supuestos que bien podrían ser resueltos por los MARC. Este punto es clave porque es la frontera entre un buen uso de los MARC y su desnaturalización, pues de lo que se trata es que complementen la labor del sistema judicial, no que lo sustituyan, no que lo reemplacen.

⁷³ En algunos ordenamientos jurídicos nacionales se les denomina “medios extra-judiciales” de resolución de conflictos.

Algunas experiencias nacionales como la peruana y la chilena, demuestran que el arbitraje comercial ejercido por cámaras de comercio, colegios profesionales o instituciones privadas afines, constituyen una buena ruta extrajudicial de solución satisfactoria de controversias comerciales, esto es, entre personas naturales o jurídicas dedicadas al negocio y el comercio. Asimismo, los servicios de conciliación y mediación laboral que brindan algunos ministerios de trabajo, constituyen una buena alternativa siempre y cuando no se trate de conflictos en los que no estén en juego derechos fundamentales como la libertad sindical o la no discriminación, sino supuestos incumplimientos patronales de beneficios laborales (pago de algún concepto, otorgamiento de un beneficio de descanso, etc.).

Otro tema polémico en la promoción de los MARC es la intensidad de la obligatoriedad de los mismos, como un camino para extender su uso. Si bien está claro que, en principio, son mecanismos voluntarios por que nacen de la “autonomía de la voluntad” (o de la libertad personal), en algunos países del continente como Colombia y Perú se ha planteado la posibilidad de obligar a los ciudadanos a transitar o intentar la conciliación antes de recurrir al Poder Judicial para dilucidar alguna controversia civil o patrimonial. En nuestra opinión, las políticas de promoción de los MARC podrían establecer determinados estímulos para recurrir a ellos, pero no al extremo de obligar a transitar por ellos como paso previo al sistema estatal de justicia.

Otra vía no judicial de acceso a la justicia son las instancias u oficinas administrativas enfocadas en un ámbito determinado de controversias jurídicas. Así, la solución de los conflictos no sólo recae en los aparatos judiciales, en la justicia indígena o en mecanismos comunitarios o privados, sino también en diversas instancias administrativas especializadas que, con frecuencia, resuelven controversias en una amplia gama de materias: propiedad de la tierra, uso del agua, cuidado del ambiente, protección del consumidor, funcionamiento del mercado, conflictos laborales o sindicales, etc.

Un rasgo diferenciador de esta solución de la controversia por parte de un “tercero” administrativo –que puede fungir de conciliador,

mediador o árbitro—, en relación a los mecanismos privados, es que ese tercero es una autoridad pública preocupada no sólo por resolver satisfactoriamente la controversia entre dos o más particulares, sino que también vela —o debe velar— por cautelar los intereses del Estado y de los propios particulares; en concreto, debe estar mucho más atento a situaciones de inequidad o desigualdad que podrían afectar derechos fundamentales.

Otro rasgo distintivo entre la solución de la controversia en sede administrativa en comparación con los MARC, es que la primera suele contar con algunos mecanismos coercitivos en caso de incumplimiento por parte de los particulares: apercibimientos, multas, inspecciones, solicitar apoyo policial, entre otros.

En tal sentido, es oportuno reflexionar sobre la necesidad de incorporar en los debates sobre las políticas públicas dirigidas a superar las barreras al acceso a la justicia, la creación, impulso o renovación de determinadas instancias administrativas especializadas que, en ciertas áreas de intervención (como relaciones laborales u otorgamiento de pensiones), puedan satisfacer el derecho de acceso a la justicia de sectores sociales actualmente excluidos.

Por otro lado, en los últimos años se han consolidado en el Continente instituciones independientes como las defensorías del pueblo, comisiones de derechos humanos (así se le conoce en México) u *ombudsman*, que si bien sólo suelen tener facultades disuasivas o de denuncia, se han erigido en una palanca muy importante para promover el acceso a la justicia. Ejercen lo que se ha convenido en llamar “la magistratura de la persuasión”.

Tal es la importancia de la figura de los *ombudsman* que en 1993, la Asamblea General de Naciones Unidas

...hizo suyos los llamados Principios de París, documento que contiene las condiciones de creación, así como las principales facultades que las instituciones nacionales de derechos humanos deben de observar para lograr un funcionamiento eficaz. El término “instituciones nacionales de derechos humanos”... (INDH) se utiliza para referirse al conjunto de organismos, como las comisiones de derechos humanos,

defensorías del pueblo y ombudsman, cuya finalidad principal es promover y proteger los derechos humanos al interior de los Estados⁷⁴.

Una de las ventajas en la actuación del *ombudsman* de cara a mejorar el acceso a la justicia a favor de los grupos sociales en situación de vulnerabilidad, es la sencillez, rapidez y flexibilidad de sus procedimientos e investigaciones.

Tal es la importancia de la figura del *ombudsman* en el Continente que países como México no sólo lo han consagrado constitucionalmente –cosa que hacen las constituciones de muchos Estados nacionales–, sino que además han creado en torno a esta figura, un sistema no jurisdiccional de protección de derechos fundamentales, al lado del sistema jurisdiccional:

...la Constitución mexicana prevé varios mecanismos jurisdiccionales para proteger los derechos humanos y, desde 1992, uno no jurisdiccional, el llamado Sistema No Jurisdiccional de Protección a los Derechos Humanos (Sistema no jurisdiccional), integrado por la Comisión Nacional de los Derechos Humanos... y 32 organismos públicos de protección a los derechos humanos, uno por cada entidad federativa⁷⁵.

Ello no impide analizar y criticar los problemas y déficit que la institución adolece en el mismo México.

8. (Des)protección de los derechos de las mujeres

En los últimos años ha habido un avance importante –aunque aún insuficiente– en el terreno normativo a favor de la consagración de los derechos de las mujeres, tanto en el ámbito de los tratados internacionales como de las legislaciones nacionales. Sin embargo, diversos estudios coinciden en constatar que en el sistema de justicia y en el aparato estatal y la sociedad en general, persisten prácticas discriminatorias, siendo uno de los problemas más graves el de la violencia contra la mujer, tanto en el ámbito doméstico como sexual.

⁷⁴ Serrano, Sandra, “Acceso a la justicia y derechos humanos en México. ¿Es el Ombudsman una institución eficaz para acceder a la justicia?”, documento inédito, abril del 2007, pág. 4.

⁷⁵ *Ibidem*, pág. 13.

Si bien en el Continente tenemos importantes instrumentos internacionales como la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, “Convención de Belém do Pará” del año 1994, y la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (conocida como CEDAW por sus siglas en inglés)⁷⁶, y que en muchos países se han aprobado leyes de protección contra la violencia familiar, intrafamiliar, doméstica o contra la mujer, las cifras sobre el particular muestran que la realidad está aún muy distante del marco normativo existente.

Uno de los casos emblemáticos de este divorcio es el Perú. Según datos del Instituto de Medicina Legal del año 2004, en todo el país cada hora se presentan nueve denuncias por violencia familiar y son violadas dos mujeres⁷⁷. Según datos del EndeS del año 2000 (Encuesta demográfica y de salud familiar), el 39.6% de las mujeres de zonas rurales había sido agredida físicamente por su esposo o conviviente y el 23.2% por otros miembros de la familia⁷⁸ (padre, hermano, etc.); es decir, un 62.8% de mujeres del campo habían sido víctimas de violencia al interior de la familia, esto es, 2 de cada 3 mujeres en el campo⁷⁹.

76 “El hecho de que la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer... sea el instrumento más ratificado del sistema interamericano, y de que la mayoría de los Estados americanos hayan ratificado la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer así como su Protocolo Facultativo, refleja el consenso regional de que la violencia contra las mujeres constituye un problema público y prevalente, meritorio de acciones estatales para lograr su prevención, investigación, sanción y reparación” (CIDH, *Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas*. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, OEA, Washington, D.C., 2007, págs. VII y VIII).

77 Benoit, Christine, “Violencia familiar en zonas rurales. Estadísticas y análisis”, en: *Acceso a la justicia en el mundo rural: ¿una agenda para construir?*, separata. Equipo de justicia de paz y comunitaria del Instituto de Defensa Legal, Lima, diciembre del 2005, pág. 16.

78 *Ibidem*, pág. 17.

79 “Entonces al lado del Fiscal había llorado mi esposo, ‘no he hecho nada, desde hoy me voy a comportar bien’. Bueno bonitas palabras le ha engañado. Cuando hemos llegado allá a la comunidad... peor se ha puesto, porque peor me ha maltratado. ¿Dónde está juececito, dónde está fiscal, dónde está ese vicario, dónde está? Ahora que estemos, ahora tú me has denunciado, ¿dónde están ellas? ¿Dónde están?”. Revelador testimonio de mujer indígena víctima de violencia

En consecuencia, aún existen en los países del Continente diversas barreras en los sistemas de justicia estatal que impiden o dificultan la debida protección de los derechos de las mujeres, en especial, en casos de violencia doméstica y sexual, y que van más allá de leyes y reglamentos, pues tienen que ver con prácticas y culturas discriminatorias muy enraizadas en los diversos actores del sistema de justicia: abogados, policías, empleados judiciales, fiscales, jueces, etc.

Al respecto, la Relatoría para los Derechos de la Mujer de la CIDH publicó y presentó en marzo del 2007, en Washington, D.C., el excelente informe temático *Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas*, que contiene, por un lado, información muy valiosa sobre la situación actual de esta problemática en el Continente y, por otro lado, un conjunto de recomendaciones a los Estados nacionales para superar tal situación.

Una de las principales y más graves constataciones de la CIDH en este informe es que, pese al reconocimiento formal de los Estados de que la violencia contra las mujeres es un desafío prioritario y forma parte de la agenda pública, aún existe una gran brecha entre los que consagran leyes y políticas y lo que sucede en la realidad, un “patrón de impunidad”:

6... la CIDH observa que a pesar del reconocimiento formal y jurídico de los Estados de que la violencia contra las mujeres constituye un desafío prioritario, existe una gran brecha entre la incidencia y la gravedad del problema y la calidad de la respuesta judicial ofrecida. Si bien la Comisión reconoce los esfuerzos de los Estados por adoptar un marco jurídico y político que permita abordar la violencia contra las mujeres, aún persiste una enorme distancia entre la disponibilidad formal de ciertos recursos y su aplicabilidad efectiva. La mayoría de los casos de violencia contra las mujeres no son formalmente investigados, juzgados y sancionados... En consecuencia, la CIDH ha constatado en varios países un patrón de impunidad sistemática en las actuaciones y en el procesamiento judicial de estos casos...

doméstica, 45 años. Provincia de Canas, departamento del Cusco. Benoit, Christine, “Opiniones de las defensoras comunitarias frente a la normativa de violencia familiar”, en: *Acceso a la justicia en el mundo rural: ¿una agenda para construir?...* pág. 22.

esta situación es particularmente crítica en las zonas rurales y marginadas⁸⁰.

El informe de la CIDH constata también “la ineficacia de los sistemas de justicia para juzgar y sancionar a los perpetradores de actos de violencia contra las mujeres... si bien existen carencias estructurales en el ámbito económico y de recursos humanos para procesar casos con celeridad y eficacia, en casos de violencia contra las mujeres... [la investigación] se ve afectada por la existencia de patrones socioculturales discriminatorios”⁸¹. A todo ello contribuyen, sin duda, los endémicos problemas estructurales que padecen muchos de nuestros sistemas de justicia y que agravan aún más esta condición de indefensión de las mujeres frente a la violencia.

Otro de los grandes obstáculos señalados por el informe de la CIDH para el acceso a la justicia de las mujeres víctimas de violencia, es la victimización secundaria de la mujer agredida o atacada, esto es, que durante la investigación y juzgamiento del delito, se le obliga repetidas veces, a volver a relatar los hechos de los que fue víctima, bajo el manto de desconfianza o de burla por parte de algunas autoridades:

12... la CIDH ha verificado una serie de obstáculos que dificultan la interposición de denuncias de actos de violencia. Entre las razones expuestas para este problema se encuentran la victimización secundaria que pueden sufrir las víctimas al intentar denunciar los hechos perpetrados, la falta de protecciones y garantías judiciales para proteger la dignidad y la seguridad de las víctimas y de los testigos durante el proceso⁸².

Por otro lado, el Informe de la CIDH expresa su honda preocupación por la grave condición de vulnerabilidad en la que se encuentran, en especial, las mujeres indígenas y afrodescendientes víctimas de violencia:

14... La CIDH ha observado que la violencia, la discriminación y las dificultades para acceder a la justicia, afectan en forma diferenciada

⁸⁰ CIDH, *Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas...* págs. VIII, IX y XII.

⁸¹ *Ibidem*, pág. IX.

⁸² *Ibidem*, pág. X.

a las mujeres indígenas y afrodescendientes, debido a que están particularmente expuestas al menoscabo de sus derechos por causa del racismo. Asimismo, ha constatado que los obstáculos que enfrentan... pueden ser particularmente críticos porque sufren de varias formas de discriminación combinadas, por ser mujeres, por su origen étnico o racial y/o por su condición socio-económica⁸³.

En base a estas constataciones sobre la muy preocupante situación de las mujeres que sufren violencia y que enfrentan grandes obstáculos para acceder a la justicia, la CIDH formula un conjunto de recomendaciones a los Estados que, en síntesis, tienen tres objetivos:

En primer lugar, los Estados deben diseñar una política estatal integral, respaldada con recursos públicos adecuados, para garantizar que las víctimas de violencia tengan un acceso adecuado a la justicia y que los actos de violencia se prevengan, investiguen, sancionen y reparen en forma adecuada. En segundo lugar, tienen como objetivo exhortar a los Estados a crear las condiciones necesarias para que las mujeres puedan usar el sistema de administración de justicia para remediar los actos de violencia sufridos y reciban un trato digno por parte de los funcionarios al acudir a las distintas instancias judiciales. Por último, están encaminadas a motivar que los Estados adopten medidas públicas para redefinir las concepciones tradicionales sobre el rol de las mujeres en la sociedad⁸⁴.

En ese sentido, ¿qué medidas concretas podrían adoptar los Estados a fin de mejorar el acceso a la justicia de las mujeres, en especial, de las que son víctimas de violencia?

- En primer lugar, en los casos de violencia familiar, luego de la sentencia, podría introducirse una modificación legislativa a fin de establecer la obligación de los jueces de llevar a cabo “audiencias de seguimiento” de lo dispuesto en la sentencia y las obligaciones y compromisos del agresor. En Canadá se denominan “audiencias de revisión judicial”.

Una variante de esto es la siguiente. En la provincia de Yukón en Canadá (en la que hay una significativa población indígena), hay una experiencia muy interesante y positiva de abordaje integral de los

⁸³ *Ibidem*, pág. XI.

⁸⁴ *Ibidem*, págs. XII y XIII.

casos de violencia familiar por parte del sistema formal de justicia: el Tribunal de Tratamiento Facultativo de la Violencia Familiar (TFVF, por sus siglas en inglés). El agresor decide voluntariamente someterse a dicho tribunal pero, para ello, tiene que declararse culpable y aceptar ingresar a un programa de rehabilitación. La ventaja es que, de resultar exitosa la rehabilitación, puede salvarse de ir a la cárcel y, en su lugar, ser sancionado con trabajo comunitario o beneficiado con una pena suspendida.

- Otra medida que algunos Estados podrían implementar para mejorar la protección del sistema de justicia a favor de los derechos de las mujeres, en especial frente a casos de violencia sexual o violencia familiar, sería terminar de proscribir, en los pocos países que aún lo mantienen, el eximente de responsabilidad penal cuando el violador contrae matrimonio con la víctima.
- Asimismo, que los Estados no contemplen en sus legislaciones procesales penales la figura del “desistimiento” en casos de violencia sexual o violencia familiar, por la precariedad de la protección a la víctima y por la vulnerabilidad de ésta. Al respecto el interesante informe del CEJA *Evaluación de la reforma procesal penal desde una perspectiva de género* sostiene:

...la figura del desistimiento (originalmente denominado retractación de instancia) fue incorporada por el movimiento de reforma específicamente para los casos de delitos sexuales, y constituye un punto central del debate entre el movimiento feminista de América Latina y los referentes de la criminología crítica... En uso del desistimiento en el caso de delitos sexuales, de acuerdo a las entrevistas realizadas, no ha contribuido en muchos casos a una devolución del conflicto a la víctima, sino que por el contrario ha sido el mecanismo de presión para obtener acuerdos que no son fundados en la libre decisión sino en la extorsión, lo que refuerza las condiciones de sometimiento... En nuestra opinión, la existencia de la figura del desistimiento como tal no es el problema central, sin embargo, coadyuva significativamente. Los resultados de la investigación muestran que el uso inadecuado de la “retractación” tiene que ver con la inexistencia de una política clara de persecución de los delitos sexuales por parte del Ministerio Público... la falta de acompañamiento a la víctima

de estos delitos... por lo cual las víctimas quedan expuestas al ejercicio de presiones de todo tipo para que abandonen los procesos⁸⁵.

Por tanto, creemos que en los procesos de reforma procesal penal que se vienen impulsando en el continente y que ya hemos analizado en el presente informe, no debería contemplarse esta figura del “desistimiento” para el caso de los delitos sexuales por la indefensión que ello puede generar en la víctima. En el caso de la violencia familiar, consideramos que sí podría contemplarse –legislativamente– la posibilidad que excepcionalmente el Ministerio Público –en un nuevo proceso penal– pueda eventualmente recurrir a alguna medida de terminación anticipada del proceso distinta al desistimiento, pero con la previa anuencia de la víctima, y siempre y cuando se monte detrás de la fórmula de terminación anticipada, una estrategia e infraestructura de tratamiento y rehabilitación del victimario, de atención médica y psicológica de la víctima y de protección de ésta última, entre otras medidas de no repetición de la violencia.

- Necesidad de fortalecer los servicios de peritaje médico y psicológico en los casos de violencia sexual y violencia familiar, dadas las dificultades probatorias en este tipo de delitos. Al respecto, el Informe del CEJA constata que “son notorias las exigencias que plantean los fiscales para llevar un caso a juicio... existe un ‘estándar’ mayor de prueba para decidir llevar estos casos a juicio”⁸⁶.
- Propiciar la creación y fortalecimiento de fiscalías especializadas en violencia sexual y violencia familiar. Sobre el particular, hay fiscalías especializadas en Honduras, Ecuador, Guatemala o Chile, “Esto en principio es una solución adecuada, sin embargo se puede constatar que en los países donde existen unidades especializadas,

⁸⁵ Simon, Farith y Lidia Casas, *Evaluación de la reforma procesal penal desde una perspectiva de género. Primera fase: Chile, Ecuador, Honduras, Guatemala*. CEJA, Noviembre del 2004, pág. 8.

⁸⁶ *Ibidem*, pág. 9.

éstas únicamente funcionan en las ciudades principales”⁸⁷. Por tanto, esta medida debería ir acompañada de un plan de ampliación de la cobertura geográfica de este servicio especializado.

- Propiciar la creación y fortalecimiento de unidades especiales de protección de las víctimas de violencia sexual y violencia familiar. Al respecto, hay que recordar que un aspecto central en los procesos de reforma procesal penal es la preocupación por los derechos e intereses de las víctimas, por lo que la protección de éstas y de los testigos es una consecuencia natural y así lo demuestra al menos la experiencia de tres países donde la reforma se ha comenzado a implementar (Chile, Ecuador y Guatemala).
- Los Estados también podrían adoptar medidas para amortiguar la “victimización secundaria” de las víctimas de violencia sexual, cuando deciden ponerse en contacto con el sistema de justicia. En este sentido, el Informe del CEJA sobre el particular propone las siguientes⁸⁸:
 - o La reducción de tiempos de espera para la atención de la víctima.
 - o Trato digno en el sistema judicial, a favor de la víctima.
 - o Entrevistas adecuadamente realizadas (lo que podría incluir grabación de las entrevistas para evitar repeticiones). Al respecto, Las 100 Reglas de Brasilia precisamente recomiendan que “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... 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” (Regla 37).
 - o Medidas especiales para la comparecencia en juicio, cuando la víctima se encuentra en un estado de especial vulnerabilidad.

⁸⁷ *Ibidem*, pág. 12.

⁸⁸ *Ibidem*, págs. 25 y 26.

- La adopción de protocolos para la atención y las entrevistas a la víctima.

Uno de los puntos de tensión identificados en los procesos de reforma procesal penal de signo acusatorio que se han impulsado en los últimos años en América Latina, relativos a la protección de los derechos de las mujeres en casos de violencia familiar y violencia sexual, es la nueva actitud o comportamiento que suelen asumir los fiscales cuando dilucidan qué casos son formalizados en denuncia penal ante el Poder Judicial y qué casos deciden no llevar a juicio. Por lo general, señala el informe del CEJA, los fiscales deciden llevar a juicio los “buenos casos”, esto es, aquellos que tienen una gran probabilidad de ganar y no aquellos que presentan dificultades probatorias, como son muchos casos de violencia sexual o violencia familiar. El caso de Chile, donde viene funcionando la reforma procesal penal, es emblemático en este sentido:

...los fiscales tienen consideraciones más exigentes para llevar estos casos a juicio, por lo tanto buscan un nivel de “certeza” imposible de lograr por la naturaleza de estos delitos... De esta forma, el interés de obrar sobre seguro no ha empujado a la institucionalidad a resolver en forma más adecuada estos delitos⁸⁹.

Hay que tomar en cuenta que “generalmente son delitos cometidos en condiciones en las cuales no se cuenta con testigos, además de que la propia víctima tiene relaciones de dependencia económica o afectiva con los perpetradores o sus conocidos, familiares o vecinos”⁹⁰. Por ende, una posible solución a esta “distorsión” del nuevo proceso penal frente a la necesidad real de proteger los derechos de las mujeres en casos de violencia sexual o familiar, podría ser establecer la obligación de los fiscales de denunciar los casos de violencia sexual que cuenten con indicios probatorios y no necesariamente cuando sólo sean “buenos casos”.

En ese sentido, frente a los casos de violencia sexual, por su gravedad y la vulnerabilidad de la víctima, creemos que es conveniente

⁸⁹ *Ibidem*, pág. 18.

⁹⁰ *Ibidem*, pág. 19.

llegar al consenso de que en este supuesto, excepcionalmente, los fiscales no privilegiarán los casos con más probabilidades de éxito, sino la protección de los derechos de las víctimas, que es, finalmente, uno de los objetivos centrales del sistema acusatorio. En este caso, el valor de la “eficiencia” debe ceder frente a la protección de los derechos fundamentales de un sector social en condiciones de vulnerabilidad, como es el caso de las mujeres víctimas de violencia.

9. (Des)protección de los derechos de los niños y niñas

El acceso a la justicia de los niños y niñas que sufren violación de sus derechos fundamentales en América Latina, es una situación de serio divorcio entre lo consagrado en los instrumentos internacionales de derechos humanos y las legislaciones nacionales por un lado, y lo que sucede en la realidad: la gran desprotección de los derechos de los niños y niñas en el sistema de justicia, al punto que podría hablarse de la “invisibilidad” de esta problemática en muchos países del continente. Este divorcio entre andamiaje normativo y realidad es mucho más grave si tomamos en cuenta que el principio medular que debería regir la actuación de los Estados en la protección de los derechos del niño es el principio del “interés superior del niño”.

En el caso de los derechos de los niños, el referente de derecho internacional es la Convención sobre los Derechos del Niño de la ONU, adoptada en 1989 y en vigencia desde 1990. Asimismo, las diversas legislaciones nacionales del continente consagran una amplia gama de derechos de los niños, tanto en el seno de la familia como de la escuela y la sociedad en general. En el ámbito interamericano, por un lado, tenemos el Instituto Interamericano del Niño, Niña y Adolescente (IIN) con sede en Montevideo (Uruguay), que ha producido valiosos documentos e informes sobre la explotación sexual de los niños en las Américas⁹¹, sobre políticas públicas y derechos humanos del niño⁹²,

⁹¹ IX Informe al Secretario General de la OEA sobre las acciones emprendidas por los Estados miembros para combatir la explotación sexual comercial de niñas, niños y adolescentes en las Américas, Montevideo, abril del 2009.

⁹² Políticas públicas y derechos humanos del niño, Observaciones generales, Comité de los Derechos del Niño, Montevideo, noviembre del 2007.

un interesante decálogo sobre la defensa de la niñez y la juventud en épocas de crisis, entre otros.

Por otro lado, la Corte IDH tiene la Opinión Consultiva OC-17 del 28 de agosto del 2002, solicitada por la CIDH, sobre la condición jurídica y los derechos humanos del niño, que estableció valiosos criterios de interpretación de las normas internacionales que los Estados miembros de la OEA deben seguir en la implementación de políticas públicas referidas o que afecten los derechos de los niños y niñas. Así, la Corte IDH, entre otras cosas, señaló:

Que de conformidad con la normativa contemporánea del Derecho Internacional de los Derechos Humanos... los niños son titulares de derechos y no sólo objeto de protección... Que la expresión “interés superior del niño”, consagrada en el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, implica que el desarrollo de éste y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño.

Sin embargo, nuevamente la realidad dista mucho de lo consagrado en el ámbito normativo. Hay países como Colombia con conflicto armado interno en los que el problema de los “niños soldados” es un terrible problema de derechos humanos que es urgente resolver. En esa misma línea, en algunos países de Centroamérica o en Brasil, el crimen organizado cada vez más recluta a niños para sus actividades delictivas.

Por otro lado, otra fuente de graves violaciones a los derechos humanos de los niños es el caso de los “niños trabajadores” que laboran en duras condiciones en actividades riesgosas o peligrosas como los lavaderos de oro, ladrilleras, etc. Asimismo, la explotación sexual infantil es otra fuente de graves vulneraciones a los derechos humanos de niños y niñas del Continente, en especial poniendo en riesgo su integridad física y psicológica.

Frente a estas graves violaciones de los derechos humanos de los niños y niñas del Continente, ¿cómo vienen respondiendo los sistemas nacionales de justicia? ¿Qué políticas o medidas preventivas y represivas vienen adoptando los Estados para combatirlas? La

impresión general es que los Estados miembros de la OEA no vienen desplegando los esfuerzos suficientes para enfrentar estos problemas, pese a la gravedad de los mismos y al consenso existente en torno a la necesidad de abolir estas prácticas.

10. (Des)protección de los derechos de personas con discapacidad y de los migrantes

Las personas con discapacidad cuentan –además de los instrumentos de derechos humanos con carácter general en los sistemas Universal e Interamericano– con otro valioso instrumento en el Continente: la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, adoptada en Ciudad de Guatemala el 7 de junio de 1999, y que entró en vigor el 14 de septiembre del 2001.

En dicha Convención, se establece como derecho de las personas con discapacidad y como obligación internacional de los Estados miembro, adoptar

Medidas para eliminar progresivamente la discriminación y promover la integración por parte de las autoridades gubernamentales y entidades privadas en la prestación o suministro de bienes, servicios, instalaciones, programas y actividades, tales como el empleo, el transporte, las comunicaciones, la vivienda, la recreación, la educación, el deporte, el acceso a la justicia y los servicios policiales, y las actividades políticas y de administración. (Artículos III.1.a)

En tal sentido, las personas con discapacidad tienen el derecho a que los Estados miembro remuevan –progresivamente– todo obstáculo que les impida acceder a la justicia en sus respectivos sistemas legales, lo que incluye acceder a la tutela de los servicios policiales.

Asimismo, en las 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad aprobadas por la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana celebrada en Brasilia (Brasil) en marzo del 2008, se señala que:

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. (Regla 8)

Finalmente, el acceso a la justicia de las personas migrantes ha sido objeto de la Opinión Consultiva OC-18 del 17 de septiembre del 2003, sobre la condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, emitida por la Corte IDH). En este valioso documento, la Corte ratifica a nivel interamericano un conjunto de principios de derechos humanos que siempre deben ser atendidos por los Estados miembros, entre los que destacan el derecho al debido proceso legal:

...la obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos vincula a los Estados, independientemente de cualquier circunstancia o consideración, inclusive el estatus migratorio de las personas... el derecho al debido proceso legal debe ser reconocido en el marco de las garantías mínimas que se deben brindar a todo migrante, independientemente de su estatus migratorio. El amplio alcance de la intangibilidad del debido proceso comprende todas las materias y todas las personas, sin discriminación alguna... la calidad migratoria de una persona no puede constituir una justificación para privarla del goce y ejercicio de sus derechos humanos...

11. Algunas pistas para la superación de barreras al acceso a la justicia

1. Recomendar a los Estados el diseño e implementación de un plan nacional de documentación de indocumentados, para el otorgamiento gratuito o subvencionado de documento de identidad; con especial énfasis en los niños y niñas de zonas rurales o nacidos en el marco de relaciones extramatrimoniales.
2. Recomendar a los Estados el diseño e implementación de un plan de evaluación y formulación de recomendaciones, de los casos y materias que podrían ser resueltos en sede privada o administrativa y no necesariamente en el sistema de justicia. En este plan deben participar activamente el Ministerio de Justicia, los jueces, fiscales y el *ombudsman*.

3. Recomendar a los Estados que en sus políticas públicas de seguridad ciudadana, tomen en cuenta el modelo de policía comunitaria o de proximidad como un enfoque más adecuado de prevención y combate efectivo e integral del delito en un Estado democrático de Derecho, en el marco de la Declaración sobre la seguridad de las Américas del año 2003. En estos procesos deben participar activa y coordinadamente jueces, fiscales, policías, sistema penitenciario y otros operadores del sistema de justicia.
4. Recomendar a los Estados que toda política pública de reforma judicial y de acceso a la justicia, debe contemplar mecanismos de evaluación periódica de su implementación y/o experiencias piloto. En estos procesos deben participar activamente los jueces, fiscales y la sociedad civil.
5. Recomendar a los Estados la implementación de las siguientes medidas, con la finalidad de que los procesos de reforma procesal penal en curso respondan mejor a la creciente demanda ciudadana por mayor seguridad pública:
 - a. Que los diversos sistemas de defensa pública penal contemplen como beneficiarios del servicio, no sólo a los imputados, sino también a las víctimas que no pueden solventar una defensa privada, en especial, los grupos sociales en situación de vulnerabilidad (mujeres víctimas de violencia, niños, pueblos indígenas, afrodescendientes, entre otros). En estos procesos deben participar activamente jueces, fiscales y sistemas de defensa pública penal.
 - b. “Empoderar” a los ministerios públicos, esto es, dotarles de las prerrogativas necesarias para que contribuyan a la investigación y sanción efectiva de la delincuencia. En ese sentido, recomendar a los Estados que tomen en cuenta el “cambio de paradigma” que propone el CEJA en relación al Ministerio Público, dirigido a su nuevo rol persecutorio en el marco de las reformas procesales penales. En estos procesos deben participar activamente los fiscales.

- c. Diseñar e implementar sistemas nacionales, regionales o locales de cumplimiento y seguimiento de penas alternativas o servicio comunitario, frente a delitos menores. En estos procesos deben participar activamente jueces, fiscales, policías, sistema penitenciario, gobiernos locales y sociedad civil.
6. Recomendar a los Estados dar cumplimiento a las recomendaciones formuladas por la CIDH en su informe *Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas* de marzo del 2007. En estos procesos deben participar activamente jueces, fiscales, policías y otros operadores del sistema de justicia, incluyendo a las organizaciones de la sociedad civil.
 7. Recomendar a los Estados que, además de dar cumplimiento a las recomendaciones formuladas por la CIDH en su informe *Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas*, implementen también las siguientes medidas:
 - a. En los casos de violencia familiar, luego de la sentencia, que la legislación procesal o la jurisprudencia contemplen “audiencias de seguimiento”.
 - b. Terminar de proscribir, en los pocos países que aún lo mantienen, el eximente de responsabilidad penal cuando el violador contrae matrimonio con la víctima.
 - c. Fortalecer los servicios de peritaje médico y psicológico en los casos de violencia sexual y violencia familiar, dadas las dificultades probatorias en este tipo de delitos.
 - d. Propiciar la creación y/o fortalecimiento de fiscalías especializadas en violencia sexual y violencia familiar.
 - e. Propiciar la creación y/o fortalecimiento de unidades especiales de protección de las víctimas de violencia sexual y violencia familiar.
 - f. Adopción de protocolos para la atención y las entrevistas a la víctima de violencia sexual y violencia familiar y otras medidas similares, a fin de aminorar la victimización secundaria.

- g. En el marco de las facultades discrecionales que los fiscales tienen en el nuevo proceso penal adversarial, contemplar excepcionalmente –vía legislación o jurisprudencia– que en casos de violencia sexual deben primar la protección de la víctima y la no impunidad sobre otras consideraciones fiscales, como las referidas a las dificultades probatorias en determinados casos.
8. Recomendar a los Estados que aún no lo han hecho, contemplar en sus legislaciones nacionales mecanismos procesales de acción pública o demandas colectivas, que permitan al sistema de justicia resolver de manera conjunta casos similares y que beneficien a cientos y hasta miles de ciudadanos y ciudadanas que, así, ya no tendrían que iniciar nuevos reclamos administrativos o judiciales.
9. Recomendar a los Estados que, vía leyes de coordinación o vía jurisprudencia de las altas cortes (Corte Suprema o Corte Constitucional), se reconozca espacios de libre y autónoma actuación de la justicia indígena y comunitaria, con la exclusiva limitación de respetar los derechos humanos. En estos procesos deben participar activamente los jueces, fiscales y las organizaciones de sociedad civil.
10. Recomendar a los Estados el reconocimiento, apoyo y promoción de experiencias de justicia indígena o comunitaria, en especial, aquellas inspiradas en experiencias exitosas como los jueces de paz de Perú, Colombia y Venezuela, y otras figuras similares. En estos procesos deben participar activamente los jueces, fiscales, las organizaciones indígenas y las organizaciones de sociedad civil.
11. Recomendar a los Estados que aún no lo han hecho, la adopción de mecanismos de acceso a la justicia a favor de los pueblos indígenas, entre otros, los siguientes:
- a. Traductores judiciales en idiomas originarios.
 - b. Peritos culturales.
 - c. En la designación de jueces o fiscales, el dominio del idioma del lugar debe ser un criterio importante de selección.

- d. La instalación de módulos de atención y orientación bilingüe en sedes judiciales donde predomina una lengua indígena.
- e. Las defensorías públicas penales deben contemplar la creación y/o reforzamiento de una unidad especializada en la defensa de ciudadanos y ciudadanas indígenas.

En estos procesos deben participar activamente los jueces y fiscales.

12. Recomendar a los Estados la realización o promoción de diversos diagnósticos, investigaciones y foros públicos a fin de identificar y visibilizar los problemas de acceso a la justicia de los afrodescendientes.
13. Recomendar a los Estados que exhorten a los jueces de cada uno de sus países, que en las decisiones jurisdiccionales nacionales se incorporen los estándares de derechos fundamentales y Estado de Derecho desarrollados por los sistemas Universal e Interamericano de derechos humanos, en especial, por la jurisprudencia de la Comisión y la Corte interamericanas de derechos humanos.

Educación en derechos humanos y acceso a la justicia: retos de las escuelas judiciales en capacitación para una justicia inclusiva

*Alfredo Chirino Sánchez**

Introducción

No hay duda que el tema de la educación en derechos humanos ha ocupado un papel trascendental en el cambio de la visión de la actividad judicial en América Latina. Y esto último no es un fenómeno casual, sino que es una respuesta a las necesidades sentidas en la formación de los juristas en nuestro margen cultural, formación que tiene lagunas de indudable importancia que deben ser llenadas lo más pronto posible.

Las facultades de derecho de las universidades latinoamericanas han dejado de lado en la formación de los juristas la inclusión de temas clave en materia de derechos humanos. No se trata solamente de la formación sobre las generaciones de los derechos humanos y la discusión filosófica sobre su definición, legitimidad y trascendencia, sino también sobre las instancias jurisdiccionales internacionales y la forma de exigir el cumplimiento de los derechos humanos en los diversos contextos en que estos pueden ser lesionados o transgredidos por el poder público.

Esa ausencia de años en la currícula universitaria obliga a incluir los diversos temas de derechos humanos en la formación regular de los programas de las escuelas judiciales, lo que se ha venido haciendo de

* Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Costa Rica y Juez de Casación del II Circuito Judicial de San José. Fue por espacio de siete años Director de la Escuela Judicial de Costa Rica y miembro de la Junta Directiva de la Red de Escuelas Judiciales de Iberoamérica.

una manera sistemática, aplicando diversas metodologías presenciales y a distancia, con diferentes niveles de éxito¹.

Es evidente que una mejor formación práctica y teórica en materia de derechos humanos prepara a los jueces para enfrentar casos problemáticos, que introducen circunstancias de indudable complejidad en su trabajo cotidiano.

En algunos países de nuestra región, por ejemplo, la posible jerarquía del derecho convencional en derechos humanos exige ejercicios interpretativos de diversa complejidad, para darle a estos instrumentos internacionales el impacto de valor inmediato en la decisión de asuntos jurisdiccionales. Esto es especialmente cierto en casos de la jurisdicción penal, pero también en otras áreas jurídicas como lo son por ejemplo, las del derecho laboral y las de la jurisdicción contencioso-administrativa.

Baste pensar en los diversos escenarios jurisdiccionales donde se dilucidan importantes cuestiones sobre igualdad e inclusión social para imaginar la forma en que muchas hipótesis de participación de los ciudadanos y ciudadanas pueden ser comprometidas al punto de hacerlas nugatorias, como lo sería, por ejemplo, seguir opinando que los derechos sociales (educación, empleo, vivienda, salud, etc.) son simples aspiraciones formales de la ciudadanía y no derechos que pueden y deben ejercitarse ante los poderes públicos².

Aun cuando la introducción del tema de los derechos humanos en el pensum de la formación de los jueces y funcionarios judiciales es relativamente reciente, es sin duda un tópico que ha tenido un singular desarrollo, tanto en términos de metodología educativa como también de temática.

¹ El programa de educación virtual en derechos humanos de la Academia de la Magistratura del Perú, es un buen ejemplo del éxito que pueden tener programas en esta materia que se ofrezcan por igual a jueces y magistrados de diversos países, al mismo tiempo y mediante metodologías de educación a distancia.

² Al respecto, cfr. Sáez, Teresa, “El aprendizaje y práctica de la igualdad en el contexto educativo. Reflexiones para cambiar las reglas del juego”, en: Martínez de Bringas, Asier (Director), *Teoría y práctica de la educación en derechos humanos*. Editor Diputación Foral de Guipúzcoa, Guipúzcoa, España, 2006, pág. 80.

El énfasis, hay que reconocerlo, se ha hecho principalmente desde las garantías procesales y sus consecuencias en la administración de la justicia, pero cada vez más se observa la inclusión de ofertas de cursos en otras áreas de derechos humanos, como es el caso de la sensibilidad de género, la problemática de la familia y la violencia, la inclusión de minorías étnicas y culturales, y los problemas de la administración de justicia en determinados colectivos sociales.

Si bien el acercamiento aún no es del todo satisfactorio (desde que no se incorporan todos los problemas que eventualmente tendrían relevancia desde lo judicial a partir desde la perspectiva de los derechos humanos) hay esperanza desde que ya se toma en cuenta la medición o el *test* de inclusión como un tema de aplicación práctica de la justicia³.

Habría que hacer un análisis más detallado de la currícula de las escuelas judiciales de América Latina para detectar si ese “*test* de inclusión” es completo, es decir, si se tratan todas las áreas donde el principio de igualdad es sometido a estrés para ubicar qué desigualdades están siendo estimuladas desde la perspectiva de la interpretación jurisdiccional, pero sin duda el análisis será mucho más optimista hoy que hace unos diez o veinte años.

Este artículo pretende analizar precisamente estos problemas en el acercamiento judicial a la temática de la inclusión social y ofrecer una perspectiva de cómo es posible mejorar la construcción de esa

³ No nos referimos a que se haga un “*test*” específico de inclusión social, en concreto, de determinadas personas en situación de vulnerabilidad, sino de que ya existe una preocupación, como política judicial, de que ciertos colectivos reciban una atención específica de la judicatura. Así ha sucedido con la temática de género (de la que se pueden reportar incontables actividades de capacitación) o el problema de la niñez y la adolescencia (desde la perspectiva de la Convención de los Derechos del Niño) o de la violencia (como sucedió en el caso de la reforma legal para introducir legislación cautelar contra la violencia doméstica). Los jueces son preparados para que desplieguen determinadas actitudes en la interpretación de situaciones conflictivas, no se trata solo de conocer la legislación o los instrumentos internacionales, sino que cuenten con herramientas interpretativas que sean sensibles a las situaciones conflictivas que presentan estas personas. Sin duda se trata de un cambio importante en el acercamiento de la formación judicial, que puede analizarse en casi todos los países.

formación de los jueces para garantizar una justicia con mayor sensibilidad a los problemas que se derivan de las circunstancias en que esta inclusión no está plenamente alcanzada o en ciernes.

Un eje fundamental de este trabajo es observar a la justicia como valor fundamental en toda sociedad, y que como tal debe involucrar el reconocimiento, protección y defensa de los derechos de todos sus integrantes. Se trata de alcanzar una justicia “inclusiva” que elimine los obstáculos para que los ciudadanos y ciudadanas formen parte activa de su sociedad, y con un desarrollo de su personalidad y dignidad en la forma que la ideología de los derechos humanos ha previsto que sea alcanzada.

Lograr una justicia “inclusiva” es una necesidad imperiosa en el momento actual que vivimos, donde se requiere una fuerte orientación hacia la solidaridad para paliar los efectos nocivos de las decisiones económicas y de las decisiones políticas.

1. El acceso a la justicia en relación al derecho a la educación en derechos humanos. Alcances

El acceso a la justicia significa, en términos muy sencillos, el derecho de toda persona, demandada o demandante, víctima o imputado, a acudir a las instancias judiciales o administrativas y resolver sus diferencias. También significa el derecho a ser oída y a resolver también estos conflictos por medios alternos⁴. En los instrumentos internacionales de derechos humanos es observado el acceso a la justicia como un derecho humano en sí mismo, pero también como una garantía para la realización de los derechos humanos⁵. Por ello en esta doble consideración debe observarse si el acceso a la justicia realmente está cumpliendo, por ejemplo con su función de garantía de realización. Esto podría discutirse, por ejemplo, si la forma de resolución de las controversias respeta otros derechos

⁴ Así Llobet, Javier, “El derecho de acceso a la justicia penal”, documento base presentado al Foro Nacional sobre Desarrollo Humano y Seguridad Ciudadana. FLACSO, PNUD, Unión Europea, PAIRCA, Defensoría de los Habitantes, San José, Costa Rica, 2009, pendiente de publicación.

⁵ *Ibidem*.

fundamentales del ser humano, si el proceso mediante el cual se da una respuesta formalizada al conflicto ha seguido las reglas del debido proceso, pero también si la fundamentación de las resoluciones toma en cuenta, por ejemplo, particulares interpretaciones que deben hacerse de documentos internacionales que acojan derechos que tienden a la inclusión y a la participación de importantes colectivos sociales.

El acceso a la justicia suele ser valorado en términos de las posibilidades reales de ser oído y de provocar una solución formalizada al conflicto. De entrada podría decirse que ese derecho podría formalmente satisfacerse con la existencia de tribunales imparciales, una jurisdicción independiente y un sistema jurídico moderno. Sin embargo, ciertas dificultades prácticas podrían llevar al traste con un adecuado acceso a la justicia. No sólo la tremenda carga de trabajo, sino también la excesiva litigiosidad podrían cerrar las puertas a una efectiva justicia y a una solución adecuada a las controversias, sobre todo en un tiempo razonable. Se suele decir que una justicia que llega con retraso no es justicia.

El acceso a la justicia también choca hoy en día con ciertos problemas de carácter interpretativo que junto a las dificultades naturales de la falta de publicidad de muchos procesos, así como la casi inexistente humanidad de ciertos tratamientos jurisdiccionales a ciertos conflictos, podría también limitar el acceso a una justicia transparente y confiable.

El acceso a la justicia debe, además, analizarse en el contexto de una “justicia inclusiva” que se enfrenta a escenarios cada vez más conflictivos. Estos escenarios abarcan no sólo la conflictividad de una sociedad específica sino también el enfrentamiento de derechos y jurisdicciones distintas, de tradiciones y costumbre jurídicas diversas. También la aplicación de la justicia puede suponer aplicaciones transnacionales de derechos que son ajenos a las culturas de los países, donde intervienen normativas procedentes de diferentes órganos internacionales (OMC, Banco Mundial, Fondo Monetario Internacional) que podrían incidir en la interpretación que se hace de un determinado conflicto. Se trata, sin duda, del enfrentamiento

moderno entre la visión local y la visión global, donde la solución de los conflictos suele depender no sólo de las decisiones estatales en un determinado contexto, sino también de los factores mundiales que caracterizan el acercamiento a la economía y a las relaciones de poder⁶.

Es probable que un escenario de conflictividad de esta naturaleza y trascendencia requiera un retorno a lo local, a los acercamientos de justicia acorde a las necesidades de los pueblos y las tradiciones nacionales, donde el acceso a una justicia “sostenible” depende de que haya un acercamiento “amigable” con la cultura de las regiones y, por supuesto, con los derechos humanos en juego. Se trataría, entonces, en que los que juzgan, sepan cómo juzgan, cuáles son las consecuencias de sus decisiones, y cómo se coordinan sus interpretaciones con el eje dinámico de los derechos humanos. Es quizá por ello que hemos visto en las últimas dos décadas un renacimiento de la justicia de paz, de una justicia más cercana al conflicto y a la cultura de las localidades, pero, al mismo tiempo, más sensible a las singularidades y a las tradiciones culturales.

Una justicia “inclusiva”, ya lo hemos sugerido, puede alcanzarse, entonces, con una estrategia educativa que prepare a los jueces para asumir los retos de la solidaridad y del respeto a la dignidad del ser humano. Para hacerlo, sin duda, se requiere conocer en todas sus dimensiones el impacto de la ideología de los derechos humanos en la acción de la justicia. Por ello, hemos de hacer un énfasis en la educación en derechos humanos⁷.

El tema del derecho a la educación, pero sobre todo a la educación en derechos humanos, podría quedar finiquitado con sólo tomar

⁶ Cfr. Boaventura de Sousa, Santos, *La globalización del derecho: Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*. Bogotá, 1998.

⁷ Es claro que otros problemas, junto a los educativos, se confabulan para dificultar un acceso a la justicia amplio y abierto. Es evidente, por ejemplo, que las barreras económicas afectan a muchas personas, al no poder pagar el consejo legal o la representación letrada. También las barreras de género y los prejuicios sociales, provocan trabas para una adecuada atención de los problemas o conflictos individuales. Tampoco es descartable la barrera lingüística que en sociedades multiculturales y multiétnicas propone dificultades adicionales a un adecuado acceso a la justicia.

consciencia de que no es posible aspirar a la vigencia de los derechos humanos en la época actual si estos derechos no son adecuadamente aprendidos y viabilizados en la vida cotidiana, algo que no puede ser alcanzado sin un esfuerzo educativo sistemático. La misma Conferencia Mundial de Derechos humanos considera que “la educación, la capacitación y la información pública en materia de derechos humanos son indispensables para establecer y promover relaciones estables entre las comunidades y para fomentar la comprensión mutua, la tolerancia y la paz”⁸.

La importancia de la educación en derechos humanos solo puede ser medida a través de su capacidad para promover la realización de esos derechos. Alcanzar una adecuada información y formación en esta materia puede ser la base para que los seres humanos puedan asumirlos como algo cercano, como un instrumento efectivo para la vida en convivencia y para hacer posible la vida en comunidad. La realización de los derechos humanos como tales, pero su comprensión como algo elemental para garantizar la vida social, deben ser objetivos inmediatos de la formación y educación en derechos humanos.

Que exista un derecho efectivo a la “educación en derechos humanos” no es más que la otra cara de la moneda de la realización de los derechos humanos como tales. Así como que estos valgan en todo momento y circunstancia de la vida de convivencia tiene que ver directamente con su amplia difusión, con el fin de que sirvan para garantizar, principalmente, la igualdad, el desarrollo sostenible y el mejoramiento de las condiciones de participación de todas las personas, tal y como lo formula claramente la Resolución 2004/71 de la Comisión de Derechos Humanos.

La educación en derechos humanos, en esta línea de pensamiento, ha sido considerada en los más importantes instrumentos internacionales, como lo son el artículo 26 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el artículo 29 de la Convención

⁸ Conferencia Mundial de Derechos Humanos, Declaración y Programa de Acción de Viena, Parte II D, pág. 78.

sobre los Derechos del Niño, el artículo 10 de la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, entre otros documentos en materia de derechos humanos.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos plantea, en primer lugar, el derecho a la educación en su párrafo primero y, de seguido, en el segundo párrafo, insiste en el objetivo central de la educación de desarrollar la personalidad humana y fortalecer el respeto de los derechos humanos. Ya desde ese punto de partida puede entenderse que la educación tiene una relación inescindible con los derechos humanos: persona humana, derechos humanos y educación son tres elementos de la triada a la que aluden las declaraciones cuando refieren al derecho a la educación. Pero aún más importante, es la señal que se hace de que la educación tiene que ir dirigida a crear una cultura universal sobre los derechos humanos, no sólo transmitiendo conocimiento, valores, actitudes y comportamientos, sino también promoviendo la adopción de medidas para fomentar la defensa y promoción de los derechos humanos.

No se trata, entonces, de una educación estática, sino que se trata de una estrategia que trasciende la mera comunicación de datos y que se convierte en un esfuerzo ordenado e intenso por hacer posible la transformación de la cultura. De una cultura basada en el respeto de la personalidad y dignidad humanas, en la promoción de la tolerancia, las igualdad y la comprensión, en la participación efectiva de las personas en la democracia, en la paz, la justicia social y en el desarrollo sostenible⁹.

Si traducimos las consecuencias y alcances de estas enunciaciones sobre el derecho a la educación en derechos humanos a la función judicial, comprenderemos, de inmediato, que formar jueces para que apliquen y hagan valer los derechos humanos, no se puede conformar con una mera transmisión de conocimientos, sino que tiene convertirse

⁹ OACNUDH, Programa Mundial para la Educación en Derechos Humanos, Plan de Acción para la Primera Etapa (2005-2007), en: University of Minnesota, Human Rights Library, disponible al 29 de julio de 2010 en: <<http://www.ohchr.org/Documents/Publications/PAActionEducationsp.pdf>>.

en una estrategia que haga posible la realización de los derechos humanos y una sociedad donde estos florezcan y se desarrollen.

Poco o nada podrá alcanzarse en materia de esa realización práctica de los derechos humanos si no se integra una visión holística del problema de la aplicación del derecho frente a diversas circunstancias de la vida de convivencia, donde la desigualdad, la intolerancia, la falta de solidaridad y, por supuesto, la difícil vigencia de principios básicos de una cultura democrática de paz y solidaridad, hacen imposible el reconocimiento de los valores fundamentales de la persona humana.

La educación en derechos humanos para los jueces debe posibilitar, entonces, un plan de acción y no una mera constatación filosófica del valor de los derechos humanos.

Fue Paulo Freire quien planteó la necesidad de una metodología educativa que hiciera posible una revisión integral de lo hecho para tratar de disponer hoy de las condiciones para lograr que en el mañana fuera posible lo que hoy no se puede hacer¹⁰. Con esta propuesta nos alerta Freire que la educación, pero sobre todo la educación en derechos humanos, debe preparar el camino para que mañana sea posible todo lo que hoy no es alcanzable. Me parece que esta visión está llena de esperanza, sobre todo cuando se le piensa desde la perspectiva de los jueces y la aplicación del derecho.

Muchas de las visiones judiciales sobre los derechos humanos están impregnadas de la idea de que son aspiraciones ideales, contextos utópicos hacia los cuales debe tender el legislador pero que no son realidades asequibles desde la perspectiva de la aplicación jurídica. En el mejor de los casos, algunos se han pronunciado en que son meras reglas que sirven para “llenar lagunas” en el derecho escrito y quizá, los más esperanzados, los observan como reglas jurídicas de aplicación

¹⁰ El Achkar, Soraya, “Una mirada a la educación en derechos humanos desde el pensamiento de Paulo Freire. Prácticas de intervención político cultural”, en: Mato, Daniel (coord.), *Estudios y otras prácticas intelectuales latinoamericanas en cultura y poder*. Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales (CLACSO), CEAP y FACES, Universidad Central de Venezuela, Caracas, págs. 111-120. Disponible al 29 de julio de 2010 en: <<http://www.globalcult.org.ve/pdf/Achkar.pdf>>.

de instancias internacionales pero no de los jueces territoriales con un derecho interno que los niega.

Sin duda todas esas perspectivas del hoy en materia de derechos humanos, se van derrumbando poco a poco, no sólo por el efectivo trabajo de las instancias internacionales que velan por la vigencia y realización de los derechos humanos, sino también por la propia vivencia de los jueces, quienes hoy, con más frecuencia, ven en los derechos humanos también importantes reivindicaciones frente a los problemas que vive la judicatura en nuestros países. En efecto, es una realidad que los colectivos de jueces apelan a los derechos humanos, sobre todo en casos donde su independencia judicial está amenazada. Estos colectivos buscan ya la tutela internacional, cuando las instancias internas, a veces comprometidas con el poder político, les niegan reconocimiento a sus capacidades de interpretar de manera objetiva e independiente el derecho.

Sin embargo, la voz del oprimido, del excluido, del que no tiene esperanza, a la que quería prestar atención Freire, aun debe ser escuchada mejor en el campo de la aplicación del derecho, y es en esa dirección que debe trabajarse más intensamente.

Se trata del “soñar” en el sentido de Freire, esto es, de soñar para la acción práctica y política: “No hay cambio sin sueño, como no hay sueño sin esperanza”¹¹. Soñar en términos de formación de los juristas, es, en cierta forma, una esperanza cifrada en cambios que se dan muy lentamente. Pero lo más bello de la propuesta de Freire, llevada a un campo que quizá no fue una prioridad para él, es pensar la formación del juez en contextos de esperanza, en el convencimiento de que hay que ampliar el ámbito de visión del juez para que este pueda convertirse en un instrumento de inclusión.

La educación en derechos humanos, y por supuesto el “derecho” a la educación en derechos humanos se convierten así en un compromiso inmediato con la solidaridad, y en el involucramiento del juez con su realidad. De otra manera no es posible pensar al juez como un

¹¹ Freire, Paulo, *Pedagogía de la esperanza*. Siglo XXI Editores, México, 1993, pág. 87.

instrumento del cambio social. En la medida que el juez sienta que su intervención en la sociedad hace la diferencia, que su visión solidaria puede cambiar las circunstancias en que inmensos colectivos pueden ser “incluidos” práctica y materialmente en la sociedad, tendremos ya una correcta medida de la forma en que la educación de los juristas realmente puede hacer una diferencia.

El derecho a la “educación en derechos humanos” es, principalmente, una acción positiva con caracteres políticos inevitables: se trata de construir una aplicación del derecho que haga presentes a los no incluidos, que haga partícipes a los que no están participando. Esta acción político-educativa, como el mismo Freire lo reconocía, no es posible sino se traduce en una acción formativa constante, que ya es parte de nuestra condición de seres humanos. Esta intuición de Freire en su diseño educativo es particularmente cierta en la formación de los jueces: “No soy si tú no eres y sobre todo, si te prohíbo ser”¹². Se trata de formar juristas inclusivos, esto es, personas que interpretan el derecho no para anular la participación de otros sino para propiciarla, que incluyan incluyéndose a sí mismos. Se trata, sin duda, de una vivencia de los jueces en su sociedad y en su entorno, porque a su vez los jueces pueden estar siendo excluidos de la sociedad, quizá de una manera diferente a la de otros colectivos. De allí que la comprensión de los mecanismos sociales en que esto está sucediendo, los procesos políticos y económicos que lo explican, pero sobre todo el conocimiento de la coyuntura en que estas “exclusiones” están teniendo lugar, resultan indispensables para un juez orientado a la inclusión¹³.

¹² *Ibidem*, pág. 95.

¹³ El Programa de Formación Inicial de Jueces que fue impulsado en la Escuela Judicial de Costa Rica en los años 2004 a 2006 y que hoy ya tiene toda la esperanza de entrar en funcionamiento pleno, dada la voluntad política de ponerlo en marcha, hizo especial hincapié en la formación de los futuros candidatos a la judicatura sobre los contextos sociales, culturales, políticos y económicos en que se desenvolvía su actividad jurisdiccional. Es cierto que con un curso no es posible generar esa sensibilidad y mucho menos los mecanismos que harían posible una interpretación judicial inclusiva, pero sin duda entendiéndolo como un tema transversal de toda la formación de los jueces podría significar un cambio trascendente en las formas tradicionales en que se prepara a los jueces para decir el derecho. Ya esto está formulado también en el así denominado

2. El derecho a la educación en derechos humanos. De obligación internacional a parámetro de política pública

Lo dicho no tendría más trascendencia que la de una visión sobre la educación en derechos humanos sino se le observa, también, como un parámetro de política pública. A este último respecto la visión de Paulo Freire vuelve a convertirse en una pista clave. Sostenía este educador la necesidad de desarrollar una pedagogía que facilitara el análisis de significados e interpretaciones culturales de los acontecimientos, la comprensión de los hechos y la realidad de la complejidad de las relaciones¹⁴. Si deseamos realizar una completa y adecuada visión de los derechos humanos en el momento presente, mal haríamos en integrar la orientación educativa exclusivamente a lo mnemotécnico y olvidáramos la necesidad de comprender los contextos y las dificultades que enfrentan, en la práctica, los derechos humanos para su efectiva realización. Esto es cierto para los derechos de la primera y segunda generación, pero también para los de la tercera generación.

Por ello, la educación en derechos humanos bien puede convertirse no sólo en un parámetro para medir las políticas públicas sino también para medir la tendencia de los esfuerzos estatales para la efectiva realización de los derechos humanos.

La obligación internacional consiste en impulsar programas de formación en derechos humanos, que ya tienen plenamente validadas metodologías y estrategias educativas que garantizan en la práctica la realización de pasos correctos hacia una integración de esta temática en la formación de las personas. Sin embargo, bien podría decirse que la educación en derechos humanos de la misma manera podría ser parte de una lista de revisión de las otras estrategias estatales, sobre todo en la formación de los juristas y, en especial de los jueces.

Programa de Formación General Básica para juezas y jueces, con el curso “Función jurisdiccional en el Estado Democrático y Social de Derecho”, <<http://www.poder-judicial.go.cr/escuelajudicial/>>, disponible al 29 de julio de 2010.

¹⁴ El Achkar, Soraya, “Una mirada a la educación en derechos humanos desde el pensamiento de Paulo Freire. Prácticas de intervención político cultural”... pág. 115.

Sin esperar a que este tema se incorpore formalmente como un criterio de evaluación de las políticas estatales de formación y selección de jueces, ya tener un programa formal en derechos humanos resulta esencial en los poderes judiciales de la región.

El gran reto de las sociedades democráticas, pero también de los poderes judiciales que las integran, es lograr que los derechos humanos como ideología y como normatividad se puedan traducir en realidades concretas para sus habitantes¹⁵. Por ello, el esfuerzo de los países por integrar la educación en derechos humanos no puede ser una mera introducción de nuevos contenidos curriculares o de nuevas metodologías, sino que debe medirse en términos de su impacto, esto es, en la realización de los derechos humanos, otra no es la orientación de las declaraciones internacionales en esta materia.

Difícil es poder traducir la política en efectivas estrategias de reducción de violaciones de derechos humanos, las que, muchas veces, responden a lógicas distintas, a coyunturas y contextos políticos que exceden las estrategias estatales, como es el caso lamentable de muchas violaciones de derechos humanos en Centroamérica en el último decenio. Sin embargo, la expectativa es que la presencia del debate permanente sobre los derechos humanos contribuya a ese cambio de cultura, que es indispensable para asentar a estos derechos en la sociedad y darles su papel como protagonistas de la vida cotidiana de las sociedades democráticas.

La política pública tampoco podría concentrarse en la medición de los contenidos y estrategias educativas con las que se forman los jueces, también debe tener una buena base de diagnóstico, de determinación de dónde estamos y hacia dónde vamos. En otras palabras, debemos definir el estado de la cuestión y definir a partir de ella una estrategia.

¹⁵ Así, Incalcaterra, Amerigo, Conferencia Magistral: “Elaboración de políticas públicas para la promoción y defensa de los derechos humanos en México”, disponible al 29 de julio de 2010 en: <http://www.derechoshumanos.gob.mx/archivos/anexos/Conferencia_Magistral_Amerigo_Incalcaterra.pdf>.

En lo que se refiere al tema de la inclusión como un elemento central de la formación de los jueces, habría que analizarla en contexto con los otros retos de la judicatura en una estrategia de realización de los derechos humanos.

Hay que tener en cuenta que la realización completa de los derechos humanos es un elemento esencial para el desarrollo social y económico de un país, por ello la implementación de una política general en materia de derechos humanos debería contribuir a:

1. Fomentar la realización de los derechos humanos como una forma de alcanzar la mejora continua de la sociedad en su conjunto, incluyendo a todos los habitantes, de una manera igualitaria y tomando en cuenta sus diferencias para alcanzar un adecuado retorno participativo en la democracia.
2. Generar una actividad eficiente de los poderes públicos, sobre todo de los jueces, que permita alcanzar mejores niveles de inclusión al priorizar temas específicos de poblaciones vulnerables y de personas en especiales condiciones de desigualdad.
3. Influir en forma activa en la toma de decisiones estratégicas en materia de capacitación judicial para generar cambios en la jurisprudencia que abran puertas a nuevas visiones sobre los derechos humanos.
4. Determinar políticas activas de inclusión que puedan ser vertebradas con decisiones judiciales innovadoras que permitan la inclusión positiva de colectivos sociales, sobre todo en tiempos de crisis donde la solidaridad se exige como un ingrediente indispensable de la convivencia social.

El impacto de esta política pública de inclusión mediante la actividad de la judicatura debe verse en términos de los cambios duraderos que se puedan producir en la sociedad, en la economía y en las relaciones de poder como producto de la aplicación inmediata de los derechos humanos, introduciendo valor añadido a la calidad de la justicia y de las decisiones de los tribunales.

La evaluación de este “cambio duradero” no es sencilla, ya que los parámetros “cuantitativos” no son fáciles de determinar y quizá es el elemento “cualitativo” el que sea más medible, en términos de una mejor sociedad, una democracia más inclusiva y solidaria. Es, entonces, el beneficio social, en tanto mejora del desarrollo del país, en términos de calidad de vida de los beneficiarios de las políticas públicas de mejoramiento de la educación en derechos humanos, lo que tendrá un papel trascendente en la medición del éxito de la política pública aquí descrita.

No puede olvidarse, tampoco, que definir una política pública en materia de la enseñanza de derechos humanos pasa directamente por establecer las diferencias fundamentales con las otras ópticas y perspectivas para observar los problemas sociales. En efecto, el acercamiento desde la enseñanza de los derechos humanos bien podría chocar con otras “visiones” de los problemas de inclusión y desigualdad, los que probablemente, y desde una óptica puramente argumental, podrían dar otras respuestas y acercamientos a los problemas. En un acercamiento exclusivo desde las visiones del poder, por ejemplo, se pondría énfasis no en la formación de los juristas o jueces en materia de derechos humanos si no en la dilucidación de los aspectos causales que podrían estar generando las condiciones de no participación o de exclusión social, que quizá podrían ser atendidas con políticas estatales en materia de inversión social (construcción de casas de habitación, habilitación de crédito fácil para las pequeñas y medianas empresas, creación de empleo, distribución de ayudas y becas a poblaciones especialmente vulnerables, etc.). No es descartable que una visión causal del problema de la desigualdad y la exclusión es importante, de hecho forma parte de las soluciones que deben ser implementadas. Lo que debe ser considerado es que ninguno de los dos enfoques por sí solos provocarán “soluciones” a los problemas de inclusión y desigualdad real en la sociedad.

Por otra parte, una política pública sin datos, sin mediciones, sin argumentos y sin herramientas heurísticas no puede ser tal. Deben observarse sistemáticamente los datos objetivos y diseñar cuidadosamente las estrategias.

El concepto de política pública encierra en sí mismo los grandes retos de la problemática que se está estudiando. No se puede entender a la política pública como algo estático. Se trata del Estado, sí, de algo dado, que ha sido aceptado y constituido en un consenso constitucional, pero lo que este decide siempre forma parte de un enfoque conflictivo, dinámico, de enfrentamientos, donde concurren diversos intereses y se dan diversas opciones prescriptivas. Los enfrentamientos no suelen ser tampoco pacíficos y abarcan diversos grados de conflictividad. Sin embargo, cuando se toman las decisiones “políticas”, cuando se opta entre diversas posibilidades de cursos de acción, se opta porque se cree que son las mejores decisiones con los datos disponibles. Se trata entonces más que de lucha política de escogencia entre varias acciones posibles para enfrentar y resolver el problema de la desigualdad y la no inclusión de importantes colectivos en la sociedad.

El carácter público de las decisiones políticas, por supuesto, resulta alcanzado solo si sirven al interés público y responden al agregado de las voluntades e intereses del público ciudadano y que han formado parte del debate público.

A este último nivel de la discusión, esto es, del carácter público de las decisiones políticas, debe decirse que la materia de los derechos humanos ya forma parte del debate público, pero aún no forma parte de las “soluciones”, siguen observándose, por el contrario como parte de los problemas. Se trata, por ejemplo, de ver los déficits de derechos humanos, de las carencias de reconocimientos efectivos, de la falta de aplicación de alguna garantía concreta, etc. Sin embargo, aún no se estructura una línea de pensamiento donde la realización de los derechos humanos es el resultado efectivo de las políticas del Estado, y no observarlos como parte de los problemas, de las carencias y, por qué no, de las dificultades. Este acercamiento quizá ayude a superar el enfoque actual y permita ampliar el ámbito de soluciones que puedan derivarse del enfoque de los derechos humanos.

Ahora bien, este parámetro de política pública depende de los recursos que se dispone para llevarlas adelante, y al respecto habría mucho que decir. Los diseñadores de políticas educativas en materia de formación judicial tienen como primer reto hacer mucho con muy

poco, ya que las necesidades crecientes de formación y actualización de los jueces no siempre permiten los programas más adecuados o las metodologías educativas más idóneas. Este eterno “estira y encoge” de los presupuestos de las escuelas judiciales termina por afectar las estrategias que se pueden asumir para alcanzar una adecuada formación, por lo que hoy más que nunca resulta trascendente introducir la formación en materia de derechos humanos como un verdadero tema trascendental de la formación judicial. Esto ha venido calando, lentamente, en la comprensión de los poderes judiciales, por lo que puede estimarse que hay una coyuntura idónea para la realización de un programa en derechos humanos que ponga en adecuada perspectiva los otros esfuerzos educativos.

3. Distintos niveles de promoción y protección del derecho a la educación en derechos humanos

Llegados al punto de reconocer ya el derecho a la educación en derechos humanos como un verdadero derecho de inmediata y necesaria aplicación práctica, deberíamos analizar la forma de convertirlo en algo efectivo, ayudados, por supuesto, de un cierto enfoque planificado, de las normas necesarias para realizarlo y la inclusión de estos tópicos en los planes educativos.

Para acercarnos a las dificultades que presenta la promoción y protección del derecho a la educación en derechos humanos debemos tomar conciencia de que los derechos políticos, que abarcan los derechos de participación, por ejemplo, son solo el escalón último de la inclusión¹⁶. Esto quiere decir que la franja dentro de la que se mueve la necesidad de inclusión es muy diversa. No sólo se trata de una nacionalidad efectiva y de un *status civitatis* que le permita a la ciudadanía realizarse efectivamente en diversos contextos, sino que se trata también de asegurar participación, lo que a su vez requiere información, acceso a los datos públicos de interés para la ciudadanía, a una opinión pública informada y a medios de comunicación que sean realmente formadores.

¹⁶ Así Sáez, Teresa, “El aprendizaje y práctica de la igualdad en el contexto educativo. Reflexiones para cambiar las reglas del juego”... pág. 80.

Las condiciones anteriores son solo parte de las condiciones en que el acceso a derechos sociales nos permitirá hablar realmente de una vigencia de los derechos humanos relacionados con la inclusión, ¿pero será este el único contexto en que se desarrollará la actividad del derecho de educación a los derechos humanos? Esta pregunta no es de fácil respuesta desde que intervienen en las decisiones políticas otros contextos, como lo son, por supuesto, la satisfacciones de necesidades básicas: educación formal, salud, transporte, vivienda, trabajo y salario dignos. Por lo que el carácter dentro del cual la educación en derechos humanos realizará su efecto vendrá en conjunto con otras decisiones y otros planes de acción. Lo que si puede observarse como una cuestión de conjunto, es que todas esas decisiones parecen originarse en el Estado, y bien pueden tener traducción en un plan estatal orquestado para alcanzar los objetivos deseados.

Debemos tomar conciencia, entonces, de las dificultades de los conceptos de igualdad e inclusión en el momento actual. En primer lugar, la desigualdad puede manifestarse en diversas formas y en diversas intensidades. Hay desigualdad de salario, hay desigualdad de oportunidades, de poder, de prestigio, hay desigualdades de clase, de género, de origen étnico y hasta de preferencia sexual. El acercamiento a estas desigualdades puede variar metodológicamente, como también pueden variar las herramientas e instrumentos dispuestos para tratar de combatir las causas de esas desigualdades¹⁷.

Solo en las desigualdades laborales podemos encontrar diversas intensidades y matices. No sólo se trata del trabajo infantil o de los trabajos forzados y hasta esclavizantes que se han desarrollado en muchos lugares del mundo, sino también de cómo esas formas de trabajo también tienen una explicación cultural que proviene de condiciones de pobreza y analfabetismo profundamente arraigadas. Cierto es que no es un fenómeno de todos los países de la región de

¹⁷ La desigualdad es un elemento predominante en América Latina, donde las diferencias de ingreso y al poder son evidentes. También el trato del sistema judicial y de la policía refleja desigualdad. Cfr. Perry, Guillermo, Francisco Ferreira y Michael Walton, *Desigualdad en América Latina y el Caribe: ¿Ruptura con la historia?* Estudios del Banco Mundial sobre América Latina y el Caribe, Banco Mundial, Washington, D.C., 2003.

América Latina, no podemos descartar que la globalización de la pobreza ha llevado a que muchos de los fenómenos que antes formaban parte de otras experiencias sociales, hoy también asolan nuestros países. Miramos estupefactos el aumento del tráfico de personas con fines de explotación laboral y sexual, como también observamos criterios de flexibilización laboral que someten a las personas que intervienen en el mercado de trabajo a cada vez más terribles jornadas y a actividades extenuantes para llevar un exiguo alimento a sus familias.

De lo anterior, y en una apretada síntesis de los paisajes mundiales sobre la exclusión, podríamos decir que el concepto de exclusión social es principalmente un concepto que se deriva de la pobreza, pero que lleva a fracturas importantes del tejido social, lo que sin duda afecta otros aspectos importantes de la vida social.

Lo anterior lleva, indefectiblemente, a considerar la educación en derechos humanos como un plan de acción, esto es, como un marco de aprendizaje pero también de análisis de los factores determinantes y los procesos que provocan que ciertos grupos sociales entren en una situación de vulnerabilidad y desventaja sociales¹⁸.

Para lograr este marco teórico que haga visibles los riesgos de vulnerabilidad deben estudiarse los mecanismos institucionales y los mecanismos socio-culturales que intervienen en las condiciones de exclusión de grupos poblacionales¹⁹. Sin duda que dentro de los mecanismos institucionales haya que estudiar la responsabilidad del propio sistema de justicia en su incorrecto acercamiento al problema de acceso a la justicia y, en los segundos, poner interés en los problemas de género, de edad o de etnicidad, que pudieran incidir en que ciudadanos concretos carezcan de posibilidades reales de ver resueltos sus conflictos y de recibir un adecuada atención a sus circunstancias personales.

¹⁸ Gacitúa, Estanislao y Shelton Davis, *Exclusión social y reducción de la pobreza en América Latina y el Caribe*. FLACSO, San José, Costa Rica, 2000.

¹⁹ *Ibidem*.

a. Lo curricular en la formación de los jueces

Con lo anterior, podemos deducir que la formación de los jueces requiere del valor agregado de un acercamiento de ciencias sociales para abrir la perspectiva del juez. Es necesario trascender de lo meramente normativo para atisbar la problemática social y poder estar en condiciones de valorar la vulnerabilidad y la exclusión sociales.

Esto no puede alcanzarse con el simple expediente de producir una formación normativa y esperar que los jueces adquieran la sensibilidad. Se requiere, adicionalmente, que el juez tenga las herramientas para auscultar la realidad y estas herramientas no suelen serle proveídas en la enseñanza tradicional para ser juez. Además los escenarios de la enseñanza judicial tampoco son todos coincidentes.

La experiencia de las escuelas judiciales de América Latina ha sido muy variada y cambiante. Se ha observado un desarrollo pronunciado desde los acercamientos puramente informales, donde toda la capacitación era proveída por colegas que organizaban conversatorios y charlas sobre temas varios de la reforma legislativa, hasta los modelos modernos, donde todo el acercamiento a la formación de los jueces se hace con modernas metodologías andragógicas y el enfoque por competencias.

Estos dos modelos, tanto el informal y el que podemos denominar “formal andragógico”, manifiestan dos fases diversas de la evolución de la formación judicial en América Latina, también dos etapas históricas de los poderes judiciales.

En los tiempos de la informalidad, la misma escogencia de los jueces no era basada en requerimientos formativos, como tampoco de concurso de méritos. La selección se basaba en criterios aleatorios, muy subjetivos y, en el peor de los casos, proclives al desarrollo de pequeños feudos y el control ideológico y político de los jueces de una determinada circunscripción geográfica. Este sistema formativo, propio de sistemas de escasa independencia judicial, ha ido desterrándose para darle paso al sistema formal, el cual va unido, en la mayoría de los casos, a sistemas más o menos rígidos de selección de los jueces.

Casi se podría establecer una correlación entre la formalidad e informalidad de los sistemas de capacitación judicial con la mayor o menor independencia de los jueces y el carácter objetivo o subjetivo de la selección de los miembros de la judicatura.

Por supuesto que la selección de jueces en un sistema de carrera judicial tiene que tener como correlato una formación judicial en el servicio (y de preferencia inicial) basada en metodologías modernas. Al respecto, la mayoría de escuelas judiciales ha empleado dentro de su personal a pedagogos y metodólogos que han permitido un cambio trascendental en la forma de preparar el material educativo, el diseño curricular y, por supuesto, de las metodologías formativas. El desarrollo de diversos mecanismos de formación a distancia, como también de metodologías basadas en tecnologías de la comunicación y la información, han permitido que los poderes judiciales puedan programar mejor los cursos que los jueces recibirán y mejorar la relación costo/beneficio de la capacitación.

Uno de los impactos más fuertes de las políticas de capacitación en servicio son los costos inmediatos de sacar a un juez de su jurisdicción y actividades cotidianas para participar en cursos de formación. Este es un impacto que la mayoría de los poderes judiciales trata de evitar al máximo. Es quizá por esta razón que nuevas metodologías y herramientas educativas han sido implementadas para reducir el impacto de la capacitación en el servicio, y dar paso a metodologías menos invasivas del tiempo de judicatura.

No hay modelos perfectos, por supuesto, pero sin duda las metodologías a distancia han tenido un desarrollo muy intenso, sobre todo en la última década del siglo XX, y han transformado la forma de entender la capacitación judicial.

Ahora bien, la ubicación de la temática de derechos humanos en la formación de los jueces también ha transitado por esas dos épocas que hemos definido de previo.

En la época de la informalidad era posible que las temáticas de derechos humanos tuvieran menor receptividad entre los jueces, no sólo por el escaso desarrollo doctrinal y jurisprudencial de la materia

en aquellas épocas, sino también porque las urgencias de los jueces estaban quizá más referidas a los cambios legislativos que se sucedían en las diversas materias.

En la época de la formalidad metodológica, sin duda, fue más evidente la integración de cursos referidos a derechos humanos. Sobre todo en el área penal, sobre todo en la década de los años ochenta, se hizo un especial hincapié en derechos humanos, especialmente de aquellos involucrados en la investigación de los delitos, la imposición de penas y en la fase de ejecución de las sanciones. Esas tres áreas, junto con la problemática intensa de la prisión preventiva, abarcó la preocupación de la formación de los jueces y era frecuente observar a la Escuela Judicial costarricense, por ejemplo, preocupada por discutir los problemas de aplicación de la ley desde una óptica de derechos humanos.

Los cambios en la jurisprudencia, en la medida de que pudieran optar por la aplicación de criterios de derechos humanos y sus consecuencias, se pudieron notar avanzada la década de los ochenta. Quizá el cambio se debió no tanto a la formación de los juristas en materia de derechos humanos, la que seguía siendo deficitaria tanto a lo interno de los poderes judiciales, como, en especial, al influjo de los cambios normativos, procesales principalmente, que empezaron a experimentarse a todo lo largo de esa década de los años ochenta, hasta por lo menos finales de la década de los años noventa. Los cambios procesales experimentados en materia procesal hacían referencia expresa a la temática de los derechos humanos y a cómo la legislación pretendía hacerlos valer en todos y cada uno de sus variados contextos, en especial, de la investigación de los hechos punibles.

No sólo en materia penal, sino también en el proceso civil y, recientemente, en el proceso contencioso-administrativo se ha notado una diversificación impresionante y un fuerte énfasis en la conexión legislativa con los derechos humanos.

b. Planes y programas de formación en derechos humanos

Basta dar un vistazo a los planes y programas formativos de las escuelas judiciales para observar cómo lo curricular ha empezado a variar los antiguos acercamientos al tema de los derechos humanos.

Ya no sólo se incluyen cursos sobre los fundamentos históricos e ideológicos de los derechos humanos o sobre las generaciones de los mismos, sino que ahora se incorporan cursos sobre problemas específicos de los derechos humanos en la judicatura. El caso del curso sobre el impacto de los instrumentos internacionales en la judicatura penal, para el que se preparó un excelente material educativo por uno de los más importantes procesalistas de Costa Rica, Javier Llobet, significó para la Escuela Judicial de este país un cambio copernicano en la forma de tratar el tema de los derechos humanos. La metodología escogida también fue novedosa, introduciendo casos y películas donde se exponían las problemáticas y se ofrecían discusiones de interés sobre la vigencia de los derechos humanos para la solución de los casos propuestos.

Este ejemplo quizá sirva para explicar una realidad que ya es más que evidente en las escuelas judiciales: el conjunto de tópicos derivado de los derechos humanos debe ser un tema transversal de la formación de los jueces tanto en los programas de formación en el servicio como también en la formación inicial.

Denominaremos formación “en el servicio” a la capacitación que reciben los jueces una vez seleccionados y cumpliendo sus labores en la judicatura. Se trata de una formación que bien puede responder a un plan, con una línea curricular definida, como también a una formación que bien puede depender de los cambios legislativos que se van suscitando. Este último acercamiento, desordenado y altamente improductivo, es el que sostiene el “programa” de algunos centros de formación judicial en América Latina, aun cuando la tónica moderna es evitar este tipo de descoordinación curricular y ofrecer programas lineales y bien organizados, con una oferta constante y durante todo el año de cursos previamente elaborados, con material educativo de

calidad y con una orientación totalmente práctica o por lo menos mitad práctica y mitad teórica.

Por su parte, la formación inicial es la preparación de los futuros candidatos a la judicatura en aquellos temas que se consideran esenciales para su trabajo futuro como jueces. Se trata de una preparación sobre lo que encontrarán “en el terreno” en términos de conflictos jurídicos, sociales y económicos, de los problemas interpretativos y éticos de su labor, así como del marco teórico necesario para atender los diversos niveles de complejidad de los casos que se presentan a sus oficinas judiciales.

En los planes de formación inicial es frecuente ver a los derechos humanos como un tema transversal que acompaña toda la preparación de los futuros candidatos a jueces. La orientación andragógica, pero sobre todo la orientación de los cursos en una formulación por competencias, permite alcanzar una mejor atención de los problemas de derechos humanos, sobre todo en la dimensión que aquí interesa de inclusión social de importantes colectivos.

Los cursos de formación inicial incorporan, por ejemplo, no sólo conocimiento sobre instrumentos internacionales de derechos humanos, sino también sobre estudios sobre el impacto práctico de los mismos, la interpretación que han sufrido por parte de los altos tribunales, la forma en que dicha interpretación debe ser llevada hacia delante para alcanzar mejores niveles de respeto de los derechos humanos.

Las diversas temáticas que van desde el enfoque de género, la justicia restaurativa y la orientación a las consecuencias, se aderezan con discusiones y debates sobre los problemas sociales, económicos y políticos que acompañan el ejercicio de la judicatura en la actualidad. Se trata, en una palabra, de ampliar la perspectiva de los futuros candidatos a la judicatura sobre la forma y contenido de sus decisiones, de cómo estas impactarán a la sociedad y cómo deben enfrentarse a los casos prácticos donde los problemas de derechos humanos están a la orden del día.

Es en el plan o programa de formación inicial donde puede atenderse la temática de la desigualdad y de la inclusión de una manera más amplia, y donde puede obtenerse mejores posibilidades de reflexión sobre el papel de la judicatura en este campo.

Desgraciadamente los programas de formación inicial no son frecuentes en la región, pero ahí donde han existido y funcionado, como es el caso de El Salvador, se ha podido notar que los candidatos a la judicatura tienen la formación necesaria para impactar con su conocimiento en la realidad de sus países. Costa Rica empieza recién este año con su programa de formación inicial de jueces, y se espera que la experiencia recogida en el Programa de Formación General Básica le sirva para preparar a los futuros candidatos a la judicatura en una coyuntura particularmente problemática para la judicatura democrática en Costa Rica y en la región centroamericana.

4. Propuestas de evaluación y monitoreo de planes de educación en derechos humanos

Uno de los temas más urgentes y olvidados de la formación de los jueces es, sin duda, el de la evaluación y monitoreo de los planes educativos. Esto no es solo cierto para las iniciativas en materia de educación en derechos humanos sino que es cierto para todos los temas en que se forma hoy a los jueces.

La elaboración de los planes educativos en las escuelas judiciales pone siempre especial interés en el contenido, en las metodologías, en los materiales educativos y, quizá, en la forma en que ese contenido ayudará a una mejor judicatura. Sin embargo, no hay medios comprobados de alcanzar certeza sobre la forma e intensidad en que esa capacitación generará cambios en el área particular en que se desempeña el juez o jueza.

Una forma de garantizar un mejor éxito en la preparación de planes educativos en las escuelas judiciales es mediante la modalidad participativa. No se trata solo de encontrar a los actores idóneos, a los jueces de experiencia y a los que ya se han enfrentado rudamente con los problemas de la judicatura, sino también todos aquellos

actores que de una u otra forma tienen que ver con la prestación del servicio de justicia. Quizá la visión de los usuarios es importante para entender cómo las decisiones de los jueces se acercan o se alejan de las expectativas sociales y cómo dichas expectativas satisfacen, también, las expectativas cifradas en la validez universal de los derechos humanos.

Si los cursos se preparan participativamente, por supuesto, la metodología para evaluarlos y monitorearlos debería ser igualmente participativa. La Escuela Judicial de Costa Rica ha tenido experiencias positivas a este respecto. Allí se ha involucrado un grupo de jueces de alto nivel técnico y académico, por periodos prolongados de tiempo, que han proveído información sobre los problemas de la judicatura, han participado en la discusión de los diseños curriculares y de los planes de estudio, han preparado los materiales educativos e, igualmente, han impartido los cursos. La idea es que esta participación no concluya con la elaboración de los materiales o con la discusión metodológica sino también con la discusión crítica de los cursos, de su impacto y de las experiencias positivas y negativas recogidas.

Se trata sin duda de una metodología cara por los recursos humanos que hay que involucrar como también intensiva en tiempo ya que requiere que los involucrados pasen mucho tiempo en la Escuela Judicial, apartados de sus labores judiciales mientras elaboran los estudios preliminares, diseñan los cursos y después los evalúan. Pero sin duda la metodología participativa ha garantizado el éxito de los programas, sobre todo del de formación general básica que ya ha preparado una nutrida cantidad de jueces de jurisdicciones muy variadas y en todo el país.

Mediante la metodología participativa se beneficia a la institución ya que la Escuela Judicial recoge las experiencias. A lo interno de la institución se organizan debates profundos y provechosos sobre los problemas, se ordenan las circunstancias en que se han proveído los cursos y se sacan conclusiones sobre los errores y aciertos cometidos. La metodología participativa también involucra a las instancias decisorias, a los poderes administrativos de los poderes judiciales, y los involucra en la iniciativa. Esto último compromete políticamente

a las instancias decisorias y las hace partícipes del diseño integral de la política educativa.

Las escuelas judiciales que se han dado la oportunidad de una experiencia participativa se han transformado profundamente, y hasta puede hablarse de un antes y un después, luego de que se han propuesto realizar este tipo de iniciativas.

La cuestión del cambio profundo que una evaluación y monitoreo participativo pueden generar para los poderes judiciales pasa también por la comprensión de que las consecuencias del proceso educativo “transforma” a la institución. Si el proceso participativo se organiza bien y participan personas comprometidas resulta indudable que se ganan adeptos para la causa de la formación, pero también se transforman ciertos preconceptos y prejuicios muy arraigados en la cultura judicial, sobre todo aquél que indica que los que se dedican a la formación y capacitación no son aptos para el trabajo cotidiano de la justicia.

El involucramiento de jueces de mucha experiencia elimina estos prejuicios, pero también hace que los otros jueces piensen de nuevo cuando hacen recriminaciones acerca de los cambios que se producen. La cultura del “aquí siempre se ha hecho así” se transforma integralmente, y los jueces asumen nuevos enfoques que prometen soluciones novedosas a problemas cada vez más nuevos y complejos. Es aquí donde el tema de la inclusión puede trabajarse en mejor manera.

Otro efecto positivo de un buen plan de monitoreo y evaluación también puede verse en la forma en que las experiencias exitosas del Poder Judicial pueden trasladarse a otras instituciones estatales y a otras perspectivas de la cuestión judicial. Esto es importante, ya que si se trata de la vigencia y realización de los derechos humanos, el efecto desbordante de las metodologías educativas bien podría llegar a las aulas universitarias y afectar positivamente a los futuros juristas.

Es probable que también la intercomunicación y retroalimentación a las universidades no puede dejarse de lado, ya que el efecto de una buena capacitación judicial terminará por incidir en las aulas

universitarias, pues no pocos jueces son también docentes universitarios, y en sus clases y propuestas podrían estarse filtrando todas estas consecuencias positivas de los programas en materia de derechos humanos.

Las metodologías innovativas, los cambios de actitudes de los actores, los buenos materiales educativos, el estudio de casos y, por supuesto, la crítica que se puede generar de la práctica, mejoran el nivel del debate y la discusión dentro del Poder Judicial y esto ya es, de por sí, una ventaja valiosísima de este enfoque participativo. Si el Poder Judicial está dispuesto a escuchar a sus jueces y a sentirse “evaluado” cuando se discute su papel, por ejemplo, en crear o reducir condiciones de desigualdad o de exclusión, podrían estarse allanando caminos para cambios trascendentes en la visión de la sociedad sobre sus poderes judiciales. Sobre todo la cultura de la institución podría transformarse por medio del influjo de la formación y capacitación de su personal. Ese cambio cultural podría generar las transformaciones institucionales que son necesarias para alcanzar cotas más altas de realización de los derechos humanos.

Con todo, no debe perderse de vista que la esfera política no es separable de los problemas de derechos humanos que debe atender la judicatura. No sólo el acercamiento puro y simple de las temáticas de derechos humanos provocará cambios importantes en “las situaciones” de inclusión y desigualdad de los colectivos sociales. Buena parte de los problemas tienen que ver con una ciudadanía activa y participativa que tiene que estimularse más allá de la mera estrategia judicial. Se necesita una agenda ciudadana donde los problemas de inclusión y desigualdad sean adecuadamente tratados, los afectados adecuadamente informados y se creen condiciones objetivas para que la ciudadanía pueda ser actora también en el proceso de su inclusión.

La agenda social, la participación democrática, la organización de los diversos colectivos, son solo pasos dirigidos a la realización de los derechos humanos. También la justicia debe articularse en ello y vencer los prejuicios que puedan estar dificultando el acceso a la justicia y a una justicia más inclusiva.

Reforma policial para la seguridad ciudadana con justicia, equidad y derechos humanos

*Francisco Javier Bautista Lara**

América Latina es una de las regiones del mundo más desiguales y presenta las tasas de violencia delictiva más crecientes. Tres de los siete países de Centroamérica (Honduras, El Salvador y Guatemala) registran los niveles de violencia delictiva más altas del Continente. Al terminar el conflicto bélico, restaurarse la paz y reiniciarse el funcionamiento democrático de las instituciones, quedaron en evidencia los viejos problemas de la región: la inequidad, la pobreza, la exclusión étnica y social, las frágiles instituciones, la vulnerabilidad medioambiental, la impunidad y la violencia criminal.

Los procesos de reforma policial y a la justicia penal, muestran que la región presenta mejores condiciones de respeto al Estado de Derecho y los derechos humanos que la que tenía dos décadas atrás. Todas las circunstancias actuales son en general significativamente mejores. Nuevas y crecientes amenazas de criminalidad, ingobernabilidad y desequilibrios socioeconómicos afloran en la región. Los cambios contemporáneos plantean nuevos retos en una dinámica que no da suficiente tiempo de adaptación. Las manifestaciones del crimen organizado son crecientes, la administración de la conflictividad social cotidiana en medio de la diversidad y pluralidad ante entidades estatales y organizaciones sociales insuficientes, desgasta sus capacidades y produce desencanto social abriéndose nuevas tentaciones de retroceso y estilos autoritarios para recuperar “el orden perdido”. El riesgo y percepción de riesgo a ser víctima de delitos, la insuficiente respuesta preventiva, ante el delito y las víctimas, la desconfianza creciente,

* Nicaragüense, economista y administrador de empresas. Realizó estudios policiales en Bulgaria, España, Taiwán, Francia y EE. UU. Fundador de la Policía Nacional de Nicaragua, en la que desde septiembre de 1979 ocupó diferentes cargos hasta llegar a ser Subdirector General y Comisionado General. Fue miembro de la Comisión Técnica de la Comisión de Seguridad de Centroamérica.

redunda en impunidad, afecta los derechos humanos, incentiva medidas sociales y gubernamentales cortoplacistas, autoritarias y al margen de la ley, reduce el apoyo al modelo democrático y deteriora la gobernabilidad democrática.

La seguridad y la justicia requieren equidad, ello implica, tomar necesariamente en cuenta las diferencias. No hay una inseguridad ni una injusticia, hay muchas en dependencia de los grupos sociales, económicos, de género, generacionales, étnicos, etc. que conviven en la sociedad. Los temores, riesgos y expectativas son diferentes, ¿Cómo se puede ser equitativo sin tomar en cuenta las diferencias? ¿Cómo aplicar la justicia y brindar seguridad a las personas sin tomar en cuenta las particularidades locales mixtas y cambiantes? Es precisamente eso lo que hace compleja la reforma policial y judicial en América Latina, entendida como un proceso continuo.

1. Complejidad de la seguridad ciudadana

El concepto de **seguridad ciudadana** puede tener una definición extensiva o estrecha y distintos enfoques¹. Desde el diccionario de la Lengua Española de la RAE “seguridad” es la cualidad de “seguro” que a su vez se define como “libre y exento de todo peligro, daño o riesgo”². La palabra se deriva del latín *securus* que significa “tranquilo, sin cuidado, sin peligro”³. La inseguridad ciudadana afecta derechos fundamentales de las personas como la vida, la integridad física, la libre movilización y el respeto de su honra y reputación. Todo individuo tiene “derecho a la vida, la libertad y la seguridad de su persona”⁴. Ciudadano/a, trascendiendo la definición jurídica

¹ Jácome, Francine (coord.), *Seguridad democrática en Centroamérica. Logros y limitaciones en Costa Rica, Panamá, Guatemala y El Salvador*, primera edición. Coordinadora Regional de Investigaciones Económicas y Sociales, Caracas, Venezuela, 2004.

² Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, tomo IX, Vigésima segunda edición. Impreso en Colombia, 2001.

³ *Breve diccionario etimológico de la lengua castellana*, tercera edición muy revisada y mejorada. Gredos, Madrid, 2003.

⁴ Constitución Política de Nicaragua, 1987, Capítulo I: Derechos individuales; Declaración Universal de los Derechos Humanos, Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas, diciembre 1948.

de “ciudadanía” y tomando su connotación social y política, “es el habitante de un Estado moderno como sujeto de derechos políticos y que interviene, ejercitándoles en el gobierno del país”⁵. Cuando nos referimos a seguridad ciudadana en el sentido amplio, decimos que “es el estado de cosas en donde el individuo, sujeto activo, con derechos y obligaciones, se encuentra libre de peligros y riesgos”. Esta definición considera cualquier amenaza o daño que afecte a las personas incluyendo desastres naturales, epidemias, desempleo, pobreza, tránsito vehicular, contaminación ambiental, inestabilidad política, guerras, delincuencia, etc. El sujeto no es pasivo ante la “seguridad” que pueda y deba proporcionarle el Estado como principal responsable, sino que participa y coadyuva activamente para que sea suministrada. Este es el contenido relevante que supera el concepto tradicional de seguridad pública. Es una construcción social cambiante que carece de definiciones limitadas por el derecho positivo, trasciende a la norma penal, se incluye como parte del comportamiento e interrelación social y cultural y la convivencia cotidiana de las personas.

Un concepto que podemos tomar en cuenta es el que asume el *Estado de la región 2008*: “la condición personal objetiva y subjetiva de encontrarse libre de violencia o amenaza de violencia o despojo intencional por parte de otros”⁶. El Tratado Marco de Seguridad Democrática en Centroamérica (1995) utiliza la definición que sigue: “seguridad de las personas y sus bienes”, y afirma que “la seguridad democrática es integral e indivisible”, e “inseparable de su dimensión humana”⁷.

Para la presente conferencia, asumimos una definición estrecha, limitándonos a aquellos riesgos o amenazas que impiden el disfrute

⁵ Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, tomo III...

⁶ Estado de la Región en Desarrollo Humano Sostenible, *Un informe desde Centroamérica para Centroamérica; Costa Rica*, Capítulo 12, septiembre 2008; La misma definición fue considerada en el Informe de Desarrollo Humano 2005 “Venciendo el temor, (In)seguridad ciudadana y desarrollo humano en Costa Rica”, febrero 2006, Capítulo 2: El concepto de seguridad ciudadana.

⁷ Tratado Marco de Seguridad Democrática en Centroamérica, suscrito por los Presidentes de Centroamérica en San Pedro Sula, Honduras, diciembre 1995; vigente desde 1997.

de los derechos de las personas y se vinculan o derivan directa o indirectamente de la amenaza o acción de la delincuencia. Incluimos los siguientes elementos: a) Riesgo de ser afectado por un delito, lo que puede ser valorado como la probabilidad que una persona o grupo de personas sea víctima de un delito definido y penado en el derecho positivo; b) percepción de riesgo o amenaza de ser afectado como víctima de un delito cualquiera, sin olvidar la imprecisa, heterogénea y variada definición que la apreciación social e individual puede atribuir a una afectación de este tipo. La víctima no siempre sabe o entiende que lo es, a veces cree serlo, así lo siente, sin que necesariamente sea real. Existe una brecha que puede ser creciente entre hechos y percepción sobre los hechos. La percepción de riesgo al igual que el riesgo, pueden variar en dependencia de la persona o grupo de personas en consideración al género, edad, ubicación territorial, grupo étnico, nivel educativo, acceso y calidad de la información, prejuicios, posición política, económica y social. Puede ser distinto el riesgo, las mujeres son más víctimas que victimarias en los delitos en general y particularmente en los de violencia intrafamiliar y sexual⁸; los hombres son más víctimas de los delitos de homicidio, son más afectados en los espacios públicos; las mujeres perciben mayor inseguridad que los hombres y tienen mayores amenazas en los espacios privados y familiares. Las niñas, adolescentes y jóvenes mujeres tienen mayor riesgo a ser víctimas de un delito cualquiera que los niños, adolescentes y jóvenes varones de similar edad. ¿Cómo sufren los efectos del riesgo y las percepciones las minorías étnicas nacionales y los inmigrantes? ¿Desde la visión nacional y centralista se logran entender e incidir en esas diferencias o simplemente, como es común, se subestiman y olvidan bajo un criterio homogenizante y excluyente? Todo lo anterior obliga a aceptar que no existe una **inseguridad** sino muchas **inseguridades** o niveles de inseguridad ciudadana. La justicia y la equidad no son conceptos singulares ni homogéneos. Los promedios nos hacen perder de vista los extremos; la seguridad o inseguridad no es similar en una región, país, departamento, municipio o barrio. Los

⁸ Diversos estudios nacionales y regionales lo confirma. En Nicaragua: Policía Nacional, Dirección Comisaria de la Mujer y la Niñez, “Diagnóstico de la violencia intrafamiliar y sexual en Nicaragua”, Managua, diciembre de 2008.

datos o valoraciones cualitativas nacionales tienden a perder de vista las particularidades que requerirán abordajes diferenciados a partir de políticas públicas y estrategias nacionales. La equidad y la justicia, obligan a atender diferenciadamente los distintos niveles de riesgos y percepciones de riesgos. Cuando se enuncia desde la ley o del discurso público “respuestas equitativas del Estado” se discrimina, porque los y las ciudadanas tienen diversas realidades/necesidades/demandas, que requieren una discriminación positiva para facilitar el acceso a la seguridad y la justicia a quienes están más excluido, marginados, perciben mayor amenaza, son más vulnerables a la violencia criminal y tienen menos posibilidades de enfrentarla con éxito para su protección y la de los suyos. El Director General de la Agencia Sueca para la Cooperación Internacional (1998) conversando en Nicaragua sobre por qué apoyar a las instituciones policiales, afirmó que la policía es una de las instituciones que atiende a los más pobres, allí llega la gente a denunciar, recurre cuando tiene necesidad de protección; la gente pudiente enviará a un abogado o asesor, contratará una empresa privada de seguridad, implementará medidas de protección particulares en su vivienda, lugar de trabajo, etc., se moviliza en vehículo privado al que le instalará alarma u otros medios técnicos. La inmensa mayoría de los pobladores espera encontrar en el servicio policial un apoyo, un auxilio inmediato. La policía es una entidad visible y cercana que las personas encontrarán con frecuencia durante su movilización cotidiana, si ese servidor público, percibido como “representante del poder público” actúa con respeto a la dignidad de la persona y sus derechos humanos con eficacia y apegado a la ley, entonces se fortalece un sistema policial de servicio que atienda esa demanda social creciente, se reduce la pobreza, se mejora la convivencia social y se fortalece el modelo democrático al lograr apoyo ciudadano al Estado de Derecho.

La definición que planteamos:

Seguridad ciudadana es la ausencia de riesgos y amenazas provocadas por la violencia criminal, no ser afectado y no percibir amenazas por un delito o disturbio en el ámbito público y privado, intuir en la persona y la comunidad que existe muy poca probabilidad que sus derechos fundamentales sean afectados por acciones criminales y que

podrá contar, en el caso que suceda, con el auxilio inmediato de las instituciones encargadas de la seguridad pública, la justicia penal y la sociedad quienes actuarán con eficacia y protegerán sus derechos.

Es importante resaltar: a) bajo riesgo y amenaza de violencia criminal; b) poca probabilidad de afectación a los derechos fundamentales por esos riesgos y amenazas; c) intuir baja probabilidad de ser perjudicado por un delito o disturbio; d) confiar en que tendrá auxilio inmediato y eficaz por parte de la seguridad pública; e) confiar en que sus derechos serán protegidos por las instituciones encargadas.

En esta desagregación del concepto tenemos el ámbito objetivo y el subjetivo de la seguridad. En el objetivo nos referimos a casos que ocurren (denunciados y no denunciados) y a la respuesta que sobre los hechos conocidos las instituciones están obligadas a dar, por ley. El ámbito subjetivo es la percepción que las personas tienen de ser amenazadas por delitos, la confianza y credibilidad que tengan en que las instituciones policiales y de la justicia actuarán con prontitud, eficacia y transparencia, para proteger o resarcir derechos. Ambos aspectos son inseparables a la naturaleza humana que es profundamente subjetiva. Lo probabilístico, es estadístico, objetivo y cuantitativo, el ser realmente amenazado y no sólo creerlo o sentirlo, en la esfera pública o privada como ocurre con los delitos de violencia intrafamiliar. Si “seguridad ciudadana” es, en su connotación positiva, la ausencia de riesgos y amenazas por delitos, en el otro extremo, desde una óptica negativa, tenemos la presencia de altísimo riesgo y vulnerabilidad de las personas por la violencia criminal, esto es “inseguridad ciudadana”.

Los hechos delictivos son el punto de partida y un indicador clave de inseguridad, el factor detonante que alimenta sus otros componentes. A mayor cantidad de hechos es probable que exista mayor inseguridad. Pero las personas, no ven **todos los hechos**, se enteran de la ocurrencia de los más públicos y evidentes a través de los medios de comunicación social, los informes de las autoridades policiales, fiscales, forenses y judiciales, la transmisión popular de la noticia en el vecindario, entre amigos, parientes y conocidos. Esos hechos son transmitidos con “la subjetividad del medio informativo o la persona”, en imágenes, textos,

sonidos y voces. El medio transmisor (personal, técnico, formal o informal) discriminará la forma de presentar la “noticia”, seleccionará qué enfatizar y qué omitir, recreará la información, la alimentará con su apreciación y juicio. El receptor de la noticia sobre el suceso, que no conoce si no que lo percibe a través de una intermediación, lo construye desde las imágenes, colores, movimientos, textos y la oralidad como mecanismo de reproducción cultural y social. En ésta compleja “elaboración personal y social” está presente el imaginario colectivo, las creencias, paradigmas y estigmatizaciones asumidas desde la costumbre y el poder dominante, asimiladas y modificadas, que recrimina o acepta comportamientos, que excluye o discrimina a personas (personas con capacidades diferentes, mujeres, negros, etnias, homosexuales, jóvenes, disidentes, opiniones religiosas o políticas, estratos socioeconómicos, pobladores de ciertos barrios, hábitos y costumbres) o comportamientos y estilos de vida (formas de vestir, hablar, gustos musicales o artísticos) por considerarlos “anormales” según los parámetros del pensamiento cultural-social-político impuesto y “asumido”.

En la percepción se suman las propias inseguridades y miedos, los traumas personales, los estados de ánimo, la situación de salud física, psíquica y social. Estos dos aspectos: **hechos** y **percepción de los hechos**, –el primero de carácter objetivo, porque existe u ocurre independientemente de la opinión o apreciación de las personas: robo, homicidio, lesión, secuestro; el segundo de carácter subjetivo, conlleva la “apreciación” del receptor final y, a partir de ello, construirá su idea del suceso–, son ajenos a las instituciones de seguridad y justicia. Entre más distante está el receptor del hecho más distorsionada será la información. Comunicar formal, clara y con inmediatez sobre los casos reduce la especulación por la excesiva intermediación de la noticia; la información ponderada puede reducir la brecha por la percepción. El delito ocurre porque una persona con intencionalidad causa un daño y la ley penal sanciona; el hecho es percibido por las personas que vieron y oyeron a través de una diversidad de formas contaminadas, directas o indirectas, lejanas o cercanas, formales o informales, mediante un proceso de transmisión, selección y calificación.

Hay dos aspectos que dependen de las instituciones públicas encargadas, particularmente la policía y el sistema de justicia penal (fiscales y jueces). En primer lugar, la respuesta sobre el hecho ocurrido: la prontitud con que acudieron a la escena del crimen, la transparencia de sus actos, el respeto a la ley, las normas de procedimiento y los derechos, el auxilio que prestaron a las víctimas, la ocupación de las evidencias, la captura del autor, la sanción al culpable y el cumplimiento de la pena impuesta. Esta es la respuesta, la eficacia, el esclarecimiento y “corrección” por la responsabilidad ante el hecho delictivo. Sin embargo la gente no conoce los expedientes policiales ni judiciales ni analiza las evidencias, no ven al detenido, pero “perciben la actuación policial o judicial”, confían o desconfían. No entienden los detalles técnicos ni jurídicos, solamente “interpretan y califican” la calidad de la actuación sobre la base de la subjetividad individual y colectiva, a partir de la confianza o desconfianza que se ha construido. Carecen de formación jurídica para evaluar, se pueden dejar llevar por las primeras opiniones calificadas o no lanzadas al espacio público. Si no hay credibilidad, en la percepción social habrá duda, desconfianza. Lo anterior indica que construir y fortalecer la confianza y credibilidad en las instituciones encargadas de la seguridad ciudadana es fundamental: a mayor confianza y credibilidad en las instituciones de la seguridad y la justicia, mayor percepción o sensación de seguridad de las personas. Los vecinos escuchan la noticia a través de los medios de comunicación, la queja o satisfacción de la víctima, la estadística policial sobre el esclarecimiento, la explicación de las autoridades sobre el acontecimiento, el comportamiento policial/judicial público, la mora y congestiónamiento judicial, las críticas por corrupción o abuso policial y penal, las condiciones carcelarias inhumanas y el hacinamiento, los comentarios periodísticos sobre la “eficacia o ineficacia” del actuar de las fuerzas del orden y la investigación criminal, las valoraciones y opiniones sobre la impunidad, corrupción o incapacidad institucional, todo ello condiciona la “imagen” que sobre un hecho concreto y su respuesta la gente tiene.

Estos dos aspectos, respuesta institucional (esclarecimiento) y el grado de confianza o credibilidad que las personas dan a las instituciones encargadas, condiciona la apreciación de los resultados

sobre cada suceso; la primera de carácter objetivo, y la segunda subjetiva, pueden ser influidas por el comportamiento organizativo y operativo de la policía y los demás órganos del sistema penal.

Esquema conceptual

<p>I. HECHOS DELICTIVOS:</p> <p>1.1-Denuncias totales</p> <p>1.2-Homicidios</p> <p>1.3-Robos</p> <p>1.4-Lesiones</p> <p>1.5-Violaciones</p> <p>1.6-Secuestro simple y extorsivo</p> <p>Magnitud, intensidad, frecuencia, orientación; Esfera pública y privada</p>	<p>III. RESPUESTA INSTITUCIONAL SOBRE LOS HECHOS:</p> <p>3.1 Esclarecimiento policial</p> <p>3.2 Esclarecimiento fiscal</p> <p>3.3 Respuesta judicial</p>	<p>Ámbito objetivo</p>
<p>II. PERCEPCIÓN SOCIAL SOBRE LOS HECHOS DELICTIVOS:</p> <p>2.1 Índice de victimización.</p> <p>2.2 Cifra oscura.</p> <p>2.3 Percepción de impunidad</p>	<p>IV. CONFIANZA Y CREDIBILIDAD EN LAS INSTITUCIONES:</p> <p>4.1 Confianza en la policía</p> <p>4.2 Confianza en el sistema de justicia penal</p> <p>4.3 Confianza en el sistema político</p> <p>4.4 Percepción de corrupción</p>	<p>Ámbito subjetivo</p>
<p>EXTERNO A LAS INSTITUCIONES</p>	<p>VINCULADO A LAS INSTITUCIONES</p>	

El factor detonante y preponderante son los **hechos**⁹. Ellos desencadenan las percepciones, ponen a prueba la eficacia institucional, contribuyen a incrementar o deteriorar la confianza. Sin embargo, no es suficiente la reducción de la cantidad y gravedad de los hechos criminales para mejorar la seguridad ciudadana, ya que hay otros factores, que podrían ser dependientes, pero adquieren su

⁹ En el Informe de Desarrollo Humano del PNUD de 1994, se afirmaba que “posiblemente ningún aspecto de la seguridad humana es tan vital para la gente como su seguridad frente a la violencia física”. Son por lo tanto, de relevancia principal los hechos, especialmente aquellos que afectan físicamente al individuo, quizás porque son más visibles y son más fáciles de percibir por las personas, a pesar que tengan menor grado de sensibilidad de percibir los delitos o la violencia en todas sus manifestaciones.

propia dinámica y comportamiento, influyen socialmente de manera autónoma. Es posible que la seguridad ciudadana mejore, incidiendo en la percepción sobre los hechos, reduciendo la brecha, mejorando la capacidad de las instituciones, su imagen pública, cercanía, accesibilidad y servicio a la población. Cada acto y su respuesta es una prueba de calidad, como la venta de un producto de una casa comercial que resulta fallado e implica el reclamo por insatisfacción del cliente; es difícil reconstruir el prestigio y la confianza cuando por actuaciones erróneas, mal planteadas o manipuladas, por respuestas fracasadas, que, aunque no sean generalizadas y se demuestre que representan la excepción, la construcción social no lo entiende así; la imagen dañada y sobre la cual, se podrá insistir por motivaciones mercantiles de los medios de comunicación u otros intereses en la opinión colectiva, no es fácil reconstruir o revertir. Requiere estrategias sostenidas de manejo de la información pública, campañas publicitarias y ajustes organizativos que presenten una renovada respuesta, más acorde a las expectativas social, siempre volátiles y crecientes, difíciles de abarcar y comprender en medio de la heterogeneidad e hibridez contemporánea.

Los hechos delictivos están constituidos por muchos tipos penales. Unos tienen bajo nivel de frecuencia y otros alto, unos producen gran impacto a pesar de su frecuencia baja, otros son muy numerosos pero tienen bajo impacto, provocan poco daño, son de baja cuantía, pero, suelen generar un efecto extendido en la percepción de inseguridad de los pobladores, a pesar que la legislación los cataloga como delitos menores (de bagatela), afectan a los más desfavorecidos y contribuyen significativamente a generar un ambiente de inseguridad en el colectivo social, aunque menos influyente política, social y económicamente. Eso obliga a priorizar, tomándose las siguientes categorías:

1. Denuncias totales conocidas.
2. Identificar los tipos delictivos sobre la base de:
 - a) alto impacto y peligrosidad: homicidios, robos, secuestros, plagios, violaciones;
 - b) mayor frecuencia: hurtos, lesiones, amenazas, violencia intrafamiliar;

- c) afecta a las personas: homicidios, lesiones, violaciones, secuestros y plagios;
- d) afecta la propiedad: robos, hurtos, estafas.

En la categoría de homicidio, se agregan: asesinato, homicidio, infanticidio, parricidio; se excluye: aborto, homicidio por accidente de tránsito y suicidio. En la categoría de robos se incluyen todos los *modus operandis*: robos con fuerza, escalamiento, violencia o intimidación. En lesiones y hurtos se agregan los leves, graves y muy graves, determinados sin importar la cuantía y gravedad del daño físico-síquico causado en la víctima según las estipulaciones de la norma penal.

La cantidad total de denuncias conocidas hay que considerarlas en relación a la “cifra oscura o desconocida” (o subregistro) cuya estimación se basa en las encuestas de opinión generalmente poco sistemáticas, con diversas metodologías e intereses. Es el total de hechos delictivos que ocurrieron pero que no fueron denunciados: Delitos totales ocurridos = Delitos conocidos/denunciados + delitos no conocidos/cifra oscura. No es homogénea entre los distintos tipos delictivos, suele ser muy alta en delitos menores como lesiones leves, hurtos, amenazas y en otros, como violencia intrafamiliar y el abuso sexual. Son bajos (casi cero) en delitos graves como asesinatos. No es igual en un territorio; es alta donde la población no dispone de servicios policiales cercanos, los trámites para denunciar son engorrosos o costosos o cuando la confianza en la institución encargada se deteriora. También puede ser diferente entre las personas en dependencia del sexo, edad, origen étnico, posición socioeconómica, etc., aunque lamentablemente no hay evidencia empírica que lo demuestre.

El índice de victimización es un porcentaje que se obtiene de encuestas de opinión, debiendo partir preferiblemente de la siguiente pregunta: “¿ha sido víctima usted durante los últimos doce meses de algún delito, aunque no lo haya denunciado?”. Se construye desde la diversificada y heterogénea calificación que las personas tengan de lo que es el delito que les afecta, no siempre desde la definición jurídica; aquello que afirman les daña, se constituye en un tipo penal

definido. Sin embargo, las personas, con distinto nivel de formación, información, posición socioeconómica y cultural, así lo entienden y perciben; varía entre condiciones de vida, territorios, culturas y épocas. Está influenciado por percepciones y temores personales y colectivos, por carencias de información, distintos niveles educativos y por el deterioro de la confianza social e institucional.

2. Reforma policial para la seguridad ciudadana

La reforma policial, entendida como el proceso mediante el cual se adapta la fuerza policial para responder al contexto histórico de los derechos humanos, la seguridad ciudadana, la violencia criminal y las condiciones sociopolíticas del país, es de carácter cíclico, permanente e inagotable. Modernizar es actualizar y adecuarse a la demanda social en un contexto histórico, político y geográfico determinado y cambiante. Aunque hay factores comunes y tendencias, la capacidad de adaptar los órganos de policía a un modelo de desarrollo concreto en cada país responde a la propia habilidad de quienes integran la institución, a la correlación de las fuerzas políticas y gubernamentales con capacidad de ejecutar cambios, a la beligerancia y calidad de la participación social organizada que influye en la opinión pública y a la problemática delictiva que enfrenta.

En América Latina y particularmente en Centroamérica, la reforma policial y de justicia penal ha tenido, a partir de 1986, dos grandes procesos de reformas institucionales con objetivos comunes y diferenciados. La primera etapa, ocurrida entre 1986 a 1996, la segunda iniciada en 1994 y que continúa vigente con distintos matices e impulsos.

La primera etapa parte de los Acuerdos de Esquipulas I y II, que permitieron el fin de la guerra en la región; se restauró el funcionamiento de las instituciones democráticas, se pasó de la seguridad nacional a la seguridad democrática, se modificaron las instituciones de seguridad y defensa de los países de la región. Acontecimientos importantes que incluyó esa década fueron la firma de los Acuerdos de Paz (el último fue en Guatemala, 1996), reformas constitucionales, nuevas doctrinas y leyes de policía, la puesta en marcha de tratados de

integración regional y finalmente la aprobación del Tratado Marco de Seguridad Democrática en Centroamérica (San Pedro Sula, 1995), que modifica la doctrina de la seguridad regional. Los cuatro objetivos de esta primera etapa, muy similares en Latinoamérica, fueron:

1. Desmilitarizar a las fuerzas policiales y quitar su dependencia del ejército.
2. Despartidarizar los órganos de la policía y la seguridad pública.
3. Profesionalizar a sus funcionarios institucionalizando la carrera de servicio.
4. Promover el respeto de los derechos humanos.

En el marco de las realidades, los países emprendieron estos cambios con distintos grados de éxito, con avances y retrocesos. Según distintas opiniones, las evaluaciones institucionales y la percepción social identificó, en la búsqueda de esos objetivos, logros importantes particularmente en Chile, Uruguay, Colombia, Nicaragua y El Salvador. En otros como Guatemala, Bolivia y México, se valoran distintos reveses que frenaron o estancaron el proceso de reforma.

Al finalizar la década pasada, concluido el conflicto armado e instaurados en todos los países gobiernos democráticamente electos, restablecido el funcionamiento de las principales instituciones del Estado, comenzó a ser evidente el crecimiento de la violencia criminal, nuevas y variadas manifestaciones de la delincuencia organizada nacional y transnacional, la violencia juvenil, aumento de la percepción de inseguridad, de desconfianza y falta de credibilidad en las instituciones, particularmente las relacionadas a la seguridad pública, que se mostraban incapaces o limitadas de frenar la “delincuencia”. Surgió la necesidad de nuevos procesos de cambio que fueron planteados de distinta manera y en diferente grado de celeridad. Algunos gobiernos y entidades policiales los asumieron con mayor voluntad política que otros. Sus objetivos comunes fueron cuatro:

1. Eficacia para el enfrentamiento a la delincuencia común y organizada.
2. Fortalecer la capacidad preventiva del Estado y las fuerzas policiales.

3. Promover la participación social en la prevención.
4. Servicio cercano, accesible y descentralizado a la población.

Este nuevo bloque de objetivos, iniciado con la reforma procesal penal en varios países latinoamericanos, que enfatizan un proceso oral, garantista, sumario y acusatorio en sustitución al modelo escrito, largo, inquisitorio y menos garantista, además de códigos de la niñez y la adolescencia que contemplan la justicia penal especializada del adolescente, debe ser visto como una continuidad de los anteriores (aún no plenamente logrados). Sin embargo, particularmente el primero, ha llevado a retroceder o intentar retroceder lo avanzado en los objetivos iniciales. Al buscar la eficacia, algunos sectores políticos, gubernamentales y sociales, se han cuestionado, ante la gravedad de la violencia criminal observada en México, Brasil, Guatemala, El Salvador y Honduras, si no deberían volverse a “estilos autoritarios y militarizados” para enfrentar “con firmeza a los delincuentes”, o si no deberían “reducirse las garantías” en la “lucha contra la criminalidad” ya que estos “delincuentes comunes, grupos organizados, mareros o pandilleros”, “no entienden de derechos y violentan los de la mayoría”. Incluso, se ha cuestionado si los “modelos procesales penales garantistas” y los códigos de la niñez y la adolescencia no “dificultan la aplicación de la ley” y de alguna manera “contribuyen a la impunidad”. También se cuestiona la “democracia”¹⁰, la participación ciudadana y la base del Estado de Derecho. El desenlace de la crisis en Honduras que llevó al golpe de Estado, rompiéndose uno de los eslabones más

¹⁰ Edward W. Said (Jerusalén, 1935-2003) comentó lo que otros autores mencionan al relacionar los “deseos de participación democrática” como “riesgo para la estabilidad”. Algunas personalidades del ámbito político y económico de Estados Unidos, Canadá, Europa occidental y Japón (Comisión Trilateral, organismo internacional privado) afirmaban en 1960 la tesis “que demasiada democracia es mala para la gobernabilidad y que son esas dosis de pasividad lo que facilita a las oligarquías de expertos técnicos y políticos mantener a raya a la población”. De modo que “si unos expertos autorizados nos adoctrinan sin cesar en que la libertad que todos deseamos exige desregulación, privatización o guerra y que el nuevo orden mundial no es nada menos que el final de la historia, sentimos muy pocos deseos de abordar este orden con algo que parezca a demandas individuales y, menos aún, colectivas”. Chomsky también ha venido ocupándose de este paralizante síndrome. (Said, Edward W., *Humanismo y crítica democrática* Colección Debate, primera edición. Madrid, octubre de 2006).

frágiles de la región genera un adverso precedente: ¿Quién sigue después? Este es el debate que aún subsiste. Una especie de estira y encoge para justificar acciones “autoritarias” dada la “incapacidad de abordaje del Estado”, en el marco del respeto de los derechos humanos y del Estado de Derecho, el creciente riesgo de la criminalidad, que como todos sabemos, es multicausal y encuentra sus raíces profundas en la desigualdad, la exclusión, la fragilidad institucional, la falta de opciones y las imposiciones. Las alternativas coercitivas de “solución” sólo demuestran que agravan el problema social. Aquello que podría parecer solución –acciones de “mano dura”–, es un *boomerang* cuyos efectos no tardarán en volverse acrecentados.

3. Desmilitarización de la seguridad pública

Uno de los objetivos más visibles y explícitos de la reforma policial de la década del noventa en Centroamérica, fue la “desmilitarización de las fuerzas policíacas y de seguridad pública”, dado que la función policial es de naturaleza esencialmente civil. En Honduras, la Fuerza de Seguridad Pública era uno de los cuerpos de las Fuerzas Armadas; en los órganos policiales de Guatemala, Honduras y El Salvador, los mandos eran oficiales activos del Ejército. Armamento, medios técnicos y entrenamiento estaban enfocados al enfrentamiento militar, a la lucha “contrainsurgente” más que a la prevención de la violencia criminal. Las unidades policiales se concentraban en grandes contingentes con vida “cuartelaria”. Prevalecía el enfoque de “seguridad nacional”, lo principal la defensa del territorio, del Estado, y no de “seguridad democrática” donde el ciudadano adquiere un rol relevante y activo.

Desmilitarización no es solamente establecer en la ley el “carácter civil de la Policía Nacional”, tal y como fue expresado en Nicaragua (Decreto de 1992, reforma constitucional de 1995, Ley 228 de 1996), implica un conjunto de ajustes organizativos, doctrinales y de la cultura organizacional, modificar los programas de capacitación y formación reduciendo el peso de la formación física, uso de armamento y tácticas militares, fortalecer la descentralización y hacer estructuras policiales más horizontales, cambiar la jerarquía militar por una

jerarquía civil disciplinada. Una estructura policial civil facilita el servicio, la comunicación interna y externa desde el nivel local y la prevención. La historia de los órganos policiales en América Latina llevó a considerar en las reformas la conveniencia de desmilitarizarlos, aunque, como sabemos, en países europeos: Portugal, España, Francia e Italia, han existido tradicionalmente cuerpos de policía militar socialmente aceptados; en América del Sur prevalecen instituciones policiales militares en Chile y Brasil.

En Nicaragua, durante la década del noventa, el ejército fue utilizado, conjuntamente con la policía en planes de “seguridad en el campo”, para “proteger la cosecha de café” o “combatir las bandas delictivas, de rearmados o de abigeato” que afectaban el interior del país. Los ejércitos en la región, desde el nuevo enfoque de la doctrina militar nacional y continental, han sido orientados para justificar y aprovechar su existencia ante la ausencia de conflictos bélicos en Centroamérica, no sólo a su tradicional rol de “defensa de la soberanía nacional”, sino también a la lucha contra el narcotráfico y otras manifestaciones del crimen organizado, aprovechando sus medios aéreos, acuáticos y terrestres. En Guatemala, Honduras y El Salvador, fuerzas militares han sido usadas para patrullar las calles de las ciudades debido a los altos niveles de violencia criminal. Diversas encuestas en Centroamérica justifican en alto porcentaje el uso de los ejércitos en la “seguridad pública” ante lo que perciben la incapacidad de las “policías civiles” de enfrentar el fenómeno creciente de la violencia.

La formación de los militares, su organización, despliegue y técnica tienen un enfoque distinto: no para enfrentar a la delincuencia, sino a un enemigo externo a quien hay que aniquilar. Los ejércitos centroamericanos han comenzado a introducir medios, capacitación y normativas que les permitan cumplir ese rol. Es una tendencia inapropiada que cuenta con el impulso del Comando Sur de Estados Unidos; es parte del debate académico, político y social. La propuesta en la discusión de implementar para Centroamérica y México el Plan Mérida (1,600 millones de dólares por tres años) y que algunos han definido como una “versión actualizada del Plan Colombia”, un “intento por

sellar la frontera con México”, que “vulnera la soberanía de los países”, involucra a los ejércitos para frenar el narcotráfico, la delincuencia común y organizada; otros lo justifican porque el “crimen organizado se ha globalizado”. No faltan los temores y la desconfianza geopolítica sobre los condicionamientos y usos que puede tener este despliegue de recursos, fuerzas y medios.

4. Despartidarización

La policía, es, por su naturaleza, un instrumento del poder institucional. En los modelos políticos actuales, los partidos políticos asumen el control del Estado mediante elecciones previamente concertadas. Desde el ejercicio del poder político, los partidos no están exentos del interés partidario. Una de sus contradicciones es cómo conciliar el interés de gobierno, Estado o Nación en aras “del bien común”, con el interés partidario o particular del grupo al cual representan. Un equilibrio difícil pero conveniente para el sano balance de la convivencia entre las personas de distinta opinión y posición socio-económica.

Durante la Dictadura Somocista (1937-1979), la función policial, asumida militarmente por la Guardia Nacional, era ejercida en evidente inclinación a favor del partido del gobernante, del dictador, su partido, allegados y familiares. La mayoría de los órganos de policía de América Latina estaban organizados a partir de la fidelidad al grupo en el poder, participaban activa o solapadamente en el proselitismo político, respaldaban las acciones de hecho, violatorias a los derechos humanos y las de “aparente legalidad” de la autoridad gubernamental, eran cómplices de los fraudes electorales y la represión, la selección y promoción interna obedecía a la incondicionalidad personal y política al liderazgo civil o militar, prevaleciente bajo la doctrina de la “seguridad nacional”. Las reformas policiales emprendidas incluyeron dentro de sus objetivos más visibles la despartidarización de los órganos de policía y de seguridad pública. Las nuevas leyes orgánicas y reformas constitucionales así lo expresaron con claridad.

En el caso de Nicaragua, en el artículo 95 de la Constitución Política se enunció: “La Policía Nacional es profesional, apolítica, apartidista,

obediente y no deliberante”. La Ley 228 dice: “Los miembros de la Policía Nacional no podrán realizar proselitismo político dentro o fuera de la institución, ni desempeñar cargos públicos de carácter civil”. La reforma realizada en la Ley de Policía en Honduras de 1998 (art. 2), introdujo un importante ajuste y enunció entre los principios: “jerarquía, disciplina, apoliticidad partidista”. El concepto relaciona la apoliticidad en el sentido partidario, que es precisamente el límite del cual los órganos policiales deben ser despojados. Si entendemos por lo “político” la búsqueda del bien común, los órganos de policía, en cuanto contribuyen a la seguridad de las personas y sus bienes, son parte del fin del Estado que es, al menos en términos conceptuales según las ciencias políticas, “la búsqueda del bienestar común”.

En algunos países, particularmente en Guatemala, Honduras, Colombia y Ecuador, los extremos de la interpretación del “carácter apartidario” han llevado a prohibir a policías y militares de “ejercer el derecho ciudadano del voto”, lo cual, desde mi punto de vista, afecta su desarrollo y compromiso como ciudadanos, independientemente de la labor profesional que desempeñan. Algunas de estas prohibiciones son históricas, incluso provienen desde cuando dichas entidades eran efectivos instrumentos de los gobiernos autoritarios en el control del poder. En algunos países europeos, como Suecia, por ejemplo, los oficiales de policía pueden participar en cargos de elección popular con el partido político de su simpatía, estando obligados, durante el tiempo de campaña y ejercicio del cargo por el cual fueron electos, a retirarse temporalmente del servicio policial, pudiendo incorporarse con posterioridad con los mismos derechos en la continuación de su carrera. Lo anterior demuestra la amplitud con que, en distintas realidades políticas, económicas y sociales, sin obviar los antecedentes históricos, se administra el apartidismo de las instituciones. Es evidente que en todos los casos, las instituciones pretenden preservar su carácter apartidista, aunque los miembros que integran los órganos de policía y de seguridad pública tengan distintas opiniones y diferentes grados de autorización para participar, en su carácter personal, en la vida política-partidaria de su país.

En Nicaragua, durante la década del ochenta, la nueva Policía organizada a partir de septiembre de 1979 creó, como en todas las estructuras del Estado y las organizaciones populares y gremiales afines a la revolución, estructuras partidarias de base e intermedias en donde se integraban los militantes y aspirantes sandinistas, cumpliendo las obligaciones y ejerciendo los derechos que implicaba. Los procesos evaluativos y la promoción interna, aparte de considerar aspectos profesionales, técnicos y de desarrollo profesional, incluían fundamentalmente criterios de disciplina y trayectoria partidaria; en su capacitación y formación se incorporó la educación político-ideológica. Las estructuras partidarias fueron desmontadas después de las elecciones de febrero de 1990, los programas educativos modificados. Valores importantes del proceso revolucionario se incorporaron y asimilaron en el comportamiento organizacional de la Policía, que, desde mi punto de vista y diversas evaluaciones externas, se constituyó, en el nuevo contexto, en una fortaleza facilitadora de su profesionalización.

La institución policial dejó de ser partidaria, aunque sus miembros, en su carácter personal, continuaron teniendo una opinión partidaria según su derecho ciudadano, ejerciendo el voto en las elecciones, participando en el nivel local de su residencia según quisieran, aunque limitados a no hacer proselitismo político en las unidades policiales y en su vida pública.

5. Profesionalización policial

Un objetivo principal de la reforma policial fue profesionalizar a los funcionarios. Es un fin en permanente evolución con varias connotaciones:

1. La definición y aplicación de una carrera de servicio desde el ingreso a la institución hasta su egreso veinte o treinta años después, estableciendo criterios profesionales de evaluación, promoción y ascenso propios del servicio y el desempeño.
2. Desarrollar programas de formación, capacitación y especialización constantes para habilitar capacidades y competencias a los funcio-

narios policiales en los distintos niveles y cargos a lo largo de su tiempo de servicio, para actualizarse a las demandas de la seguridad ciudadana.

3. Institucionalizar los procesos de trabajo de tal forma que obedezcan a las necesidades de los ciudadanos en el ámbito de su competencia y, en la medida de lo posible, exentos de intereses particulares ilícitos o incompatibles (económicos, políticos u otros) internos y externos.
4. Desempeñarse con competencia en el doble sentido: i) por conocer y saber hacer, ii) por estar facultado por ley y responsabilidad a hacer.

Todo lo anterior es, sin lugar a dudas, una aspiración loable, pero no siempre posible, en las distintas realidades nacionales. Las personas que dirigen las instituciones policiales y la autoridad política-gubernamental, a veces, dentro o fuera de los límites de sus facultades, pueden mover la promoción interna y el ascenso de sus funcionarios, el despliegue territorial, la utilización de los recursos materiales y humanos, el carácter de la actuación operativa y su desempeño profesional, motivados por enfoques ajenos, intereses particulares, legítimos o ilegítimos, para obtener beneficio político, económico, familiar o personal. Estos son riesgos reales que en unos países son más preocupantes que en otros. En Nicaragua, a pesar de las dificultades, la profesionalización del órgano policial ha sido en general exitosa, pero no es un estado alcanzado e inalterable sino un proceso constante de actualización y adecuación al entorno de la seguridad y al contexto socio-político en el cual se desenvuelve.

Profesionalización, no es la obtención de un título profesional, es el comportamiento competente de los funcionarios policiales en particular y del órgano policial en su conjunto, con equidad, sin discriminación y atendiendo las obligaciones por las cuales existe, contribuyendo así al bien común.

El concepto “profesional” no está exento de “manipulaciones” precisamente por los intereses que se manifiestan en la sociedad y el Estado, en su correlación de fuerzas, en factores culturales y de

desarrollo institucional. Es posible que se apele a él, desde la óptica del gobernante o mando policial, pero que, en la realidad, se ha sesgado el marco jurídico para hacer posible la decisión, justificar la actuación, evadir la responsabilidad o imponer un nombramiento, ascenso o procedimiento. Es difícil que, ante algunos delitos, conflictos sociales o alteraciones al orden público que requieren a la fuerza policial para “inclinarse la balanza” o restablecer “el orden de cosas”, las partes en conflicto queden satisfechas por la actuación o el desencadenamiento de los hechos; algunos tratarán de desacreditar o desconocer los resultados. La Policía, a quien no le compete “deliberar”, actuará movida por la “orden” lícita procedente del órgano competente, y en ella, o en la respuesta de la propia entidad, no siempre es posible ocultar el “intrínseco interés particular”.

En ocasiones se puede hacer un nombramiento, destitución o retiro y se apela a la profesionalización o al Estado de Derecho y, en otras, bajo las mismas circunstancias legales, se puede señalar todo lo contrario. ¿Qué hace que una cosa sea buena y otra igual mala? Como dice el conocido refrán: “lo que es bueno para el ganso, es bueno para la gansa”, la diferencia está en el carácter relativo del concepto de profesionalización. Un escritor guatemalteco de la segunda mitad del siglo XIX, José Milla, en uno de sus pintorescos relatos cargados de humor escribió: “hay palabras que tienen la propiedad del hule; esto es, la de ser excesivamente elásticas”, se “estiran y encogen según la voluntad de quienes la emplean”, ésta, podría ser una de ellas, si caemos en la amplia discrecionalidad para administrarla.

Son factores que pueden atentar o limitar la profesionalización de los órganos policiales los siguientes:

1. Las propias fuerzas internas, funcionarios preocupados en obtener beneficio propio para mandos o grupos de poder, nombrando, ingresando o promoviendo a personas de su preferencia por encima de los criterios de desempeño y eficacia.
2. El poder político y gubernamental que pretenda someter la entidad a su servicio y no al del Estado y la sociedad, para la consecución del bienestar común.

3. La delincuencia común y organizada que busca vulnerar los sistemas policiales, comprar, sobornar y comprometer a funcionarios para facilitar sus operaciones criminales y lograr impunidad.
4. El sector privado y sus organizaciones persiguen la obtención de privilegios, excepciones, facilidades inadecuadas o protección “especial”, para lo cual pueden “financiar” actividades, suministrar ayuda, pagar servicios, conceder regalías, etc.

No podemos dejar de considerar factores culturales y sociales que pueden prevalecer y ser tolerados, como el conformismo, el amiguismo, el fanatismo, etc. En la realidad humana e institucional convergen distintas fuerzas y, en el marco de esa interrelación, debe ser fortalecida la profesionalización policial, asunto necesario y fundamental en el impulso de la seguridad de las personas.

6. Institucionalidad policial

Hay palabras que expresan conceptos de moda, se mencionan reiteradamente en escritos y discursos públicos y privados, pero aunque se dicen y escriben de igual forma, pueden tener diferentes y contradictorios significados en dependencia del punto vista e interés ideológico, político, económico, religioso y social de quien los dice. **Institucionalidad** es cualidad de **institucional**, perteneciente o relativo a las **instituciones**, que no es más que, desde la definición del lenguaje: “cosa establecida o fundada, organismo que desempeña una función de interés público, cada una de las instituciones fundamentales de un Estado, nación o sociedad”.

Según el derecho administrativo la **cualidad** de las instituciones, la institucionalidad, se basa, en el Estado contemporáneo, en dos criterios básicos: a) una norma jurídica preestablecida, clara y aplicable, y b) actuación o comportamiento sin injerencia externa a su naturaleza, acorde y no opuesta a la norma vigente. Esos dos criterios son la base fundamental para medir si una entidad tiene o no la cualidad de institucionalidad; nos podrá indicar qué tanto lo real se aleja o aproxima a su razón de ser legal. No es un problema de disgusto, simpatía o popularidad, es la brecha entre norma y práctica. Surge una

pregunta: ¿Quién y sobre la base de qué se hace o impone la ley? La definición, no es ajena al ejercicio del poder, en dependencia de cuál sea la posición, interés e influencia, también podrá variar la interpretación y aplicación. Es posible que lo que para unos sea institucionalidad para otros no. Eso hace complejo el asunto, es evidente la diversidad conceptual, en un contexto de iniquidad socioeconómica, distintos de prejuicios, experiencias, educación e información.

Refiriéndonos a la Policía en Nicaragua, a manera ilustrativa, como institución, ¿tiene la cualidad de institucionalidad? Volvamos a los dos criterios; partamos del primero, la base se sustenta en la existencia de una norma legal aplicable, si existe tenemos el primer peldaño de la institucionalidad o una cara de la moneda. Su norma principal está determinada en el art. 95 de la Constitución Política, la Ley 228 y el Reglamento de la Ley. Los tres instrumentos definen la misión, funciones, estructura, principales procedimientos, carrera policial y otros aspectos orgánicos. En general son claros y se ajustan (aunque podrían demandar reformas), a lo vigente en el marco de la doctrina de seguridad democrática.

El segundo criterio es determinar si el comportamiento organizativo, administrativo y operativo, interno y externo, si la actuación policial se desarrolla conforme a esa norma, desempeña sus funciones y ejecuta sus actividades de conformidad a su “naturaleza y propósito”, sin injerencia significativa que lo afecte o sesgue para favorecer intereses ajenos al bien común por motivos: partidarios, económicos, familiares, delictivos, religiosos, raciales, etc. En una institución policial son aspectos principales los siguientes:

1. Internos:

- a) ajuste de la organización, estructura y procesos a lo previsto en la ley;
- b) funcionamiento de la carrera policial profesional para nombramientos, ascensos, promociones, capacitación y entrenamiento, condecoraciones, reconocimientos, sanciones, retiros, jubilaciones, beneficios sociales... ¿se cumplen los criterios de profesionalidad o eficacia o prevalecen –en qué grado: generalizado, excepcional– otros no pertinentes?;

- c) la corrupción interna, el manejo y uso de los recursos humanos, materiales y financieros ¿se usan para fines institucionales o personales? ¿En qué grado: generalizado, ocasional?
2. Externos:
- a) relativos a la actuación policial y servicios policiales administrativos y operativos en la investigación criminal, detención, prevención, protección de la integridad física de las personas y sus bienes, respeto a derechos y garantías de detenidos, víctimas y ciudadanía en general;
- b) el cumplimiento de las funciones, trámites y resultados del servicio a la población;
- c) la transparencia en la prestación de servicios y el uso de la fuerza ¿se ofrecen con prontitud, sin pedir prebendas o beneficios de ningún tipo?

La institucionalidad no se basa en la imagen artificial y mediática construida para una o varias personas, sino en una cualidad de actuación y organización ajustada al Estado de Derecho. No es alcanzada e inamovible, es dinámica, cambiante; requiere adaptación y actualización. No se llega a un nivel para siempre, como criterio de **calidad** está sujeta a mejoras, avances y retrocesos. La institucionalidad como cualidad es un proceso evolutivo que podemos enunciar como **institucionalización**; un ciclo constante e inacabable de proximidad y lejanía, de ajuste y evaluación. Preguntas claves son: ¿lo que se ha normado, se dice, o debe hacerse se cumple, se hace? En la práctica las cosas no son blancas y negras. Si “10” fuera la calificación máxima, cuando la norma jurídica se cumple a cabalidad, seguramente no habría ninguna en el mundo que alcance tal puntaje. En sentido opuesto la calificación de “0” es la nulidad de la calidad de institucionalidad; tampoco creo que exista. Desde mi punto de vista, la medida de institucionalidad está determinada por lo que manda la norma y lo que hace o deja de hacer la institución. ¿Cuál es la brecha?

7. Factores de éxito de la reforma

No se puede obviar que la reforma institucional del sistema policial y penal es un proceso cíclico e inagotable, permanente, conlleva una adaptación constante hacia la demanda creciente y variable de la población en un contexto de las corrientes posmodernistas, crisis de paradigmas, rotura de la forma, aumento de la incertidumbre, en donde la imagen, la percepción, es más importante que los hechos; los medios de comunicación y la información son determinantes por su inmediatez y extensión; los factores culturales heterogéneos e híbridos, adquieren mayor relevancia que los procesos puramente técnicos; en donde la identidad, en las tendencias de un mundo globalizado, son diversas y han entrado en crisis de pertenencia e identidad, desencanto e incredulidad en casi todo lo que algún día se consideró inmutable. El mundo en su manera de ver las cosas e interpretarlas, enfrenta nuevas y desconocidas formas que hacen que las soluciones sean complejas y los cambios dinámicos. Las fronteras se pierden, las distancias se acortan, las identidades nacionales se redefinen hacia un rumbo incierto, la delincuencia adquiere la connotación de un “capitalismo puro” sin límites ni restricciones; al margen de cualquier regulación, se expande y penetra cualquier forma de organización para obtener el máximo beneficio sin detenerse en el daño que cause. El deterioro medioambiental y el calentamiento global, la inmigración creciente, la explosión demográfica en el marco de graves desequilibrios socioeconómicos, contribuyen a generar una creciente percepción de inseguridad y desconfianza. La convivencia social adquiere la complejidad en lo diverso que obliga a la tolerancia, a la solución alternativa y temprana de los conflictos, los cuales, más hoy que nunca, pueden escalar proporciones gigantes en breve tiempo.

Cualquier proceso de reforma en el sector público, es un proceso político que se efectúa alrededor de numerosos intereses que requieren ser armonizados o concertados para hacerla viable. No es lo mismo introducir modificaciones en una empresa privada que en una entidad pública, aunque también es cierto, si una entidad privada hace reformas sin considerar los aspectos socioculturales y económicos del mercado en el cual se suscribe, es posible que decaiga en sus ventas y en la

aceptación de los consumidores sobre los bienes y servicios que ofrece. Proporcionar a sus clientes el producto en el precio, la forma, la presentación y calidad que demandan requiere estudios previos, monitoreo sistemático y adaptación a la demanda. Actualizarse permanentemente a esa realidad es condición indispensable para sobrevivir en el mundo contemporáneo en donde proliferan otras opciones, los consumidores tienen posibilidad de informarse sobre el producto o servicio que requieren desde una diversidad de fuentes y pueden desprestigiar al proveedor a través de los medios de comunicación afectando su imagen, haciéndole perder espacio en el mercado y deteriorando la rentabilidad del negocio.

La naturaleza de una organización de carácter público, que es pagada a través del presupuesto estatal, respaldada, regulada y dirigida por el Estado, en donde se desempeñan funcionarios públicos, es distinta, aunque comparte similares características a las de cualquier organización. Las reformas a instituciones gubernamentales con presencia o influencia en amplios espacios del territorio de un país es una tarea difícil que requiere considerar un conjunto de factores: estas instituciones están dispersas, atienden problemas de diversa naturaleza y complejidad, están obligadas al contacto directo con la población, y más cuando ésta es de una amplia diversidad étnica, sociocultural y generacional; requieren capacidades de decisión desde cada escenario local y nacional. La seguridad pública es una función del Estado que puede ejercerla a través de una o varias organizaciones policiales en dependencia de las características políticas, jurídicas, económicas y culturales de los países. Parece mentira, pero el principal obstáculo para una reforma efectiva no está tanto en los aspectos económicos sino en los culturales, es decir, la costumbre y tradición de hacer las cosas y entender el problema de la seguridad desde la óptica social e institucional, es decir, desde fuera y hacia dentro de la organización.

Una empresa privada, orientada a un negocio específico, normalmente se focaliza hacia un nicho de mercado, un grupo de clientes con determinadas características, gustos, capacidades de consumo, tradiciones o intereses, a los cuales quiere atraer. Eso facilita que pueda adaptarse a ellos con suficiente especificidad. Cuando su “nicho” es

más amplio, su dificultad para llegar a ellos es mayor, porque tiene que enfocar su publicidad, producto y servicios a esas costumbres, gustos e intereses diversos. De allí la mayor complejidad de una empresa pública cuyo universo de consumidores o demandantes de servicios es muy amplio y disperso: toda la diversidad poblacional y territorial de cada país.

En la posmodernidad, donde la subjetividad puede sobredimensionarse y colectivizarse con rapidez y evolucionar inesperadamente bajo nuevos paradigmas, la reforma de la seguridad pública enfrenta mayores complejidades, tiene menos probabilidad de éxito. A pesar de la creciente privatización de algunos servicios de seguridad como la vigilancia privada, los servicios de investigaciones particulares, la adquisición de armas de fuego para la protección personal, la contratación de servicios de alarma electrónica, la instalación de verjas, cercas y otras innovaciones, la seguridad pública sigue siendo una tarea ineludible del Estado, y los servicios que los particulares pagan no hacen más que complementar las insuficiencias de las entidades estatales. La violencia criminal crece, la percepción de inseguridad de las personas aumenta, la confianza en las instituciones públicas se deteriora, todo ello lleva a hacer de la oferta privada de seguridad y protección un negocio rentable en aumento, un negocio que se beneficia lícitamente de la inseguridad y la violencia delictiva, de los temores e incertidumbres, pero principalmente responde a la sensación de las personas, proporcionándole aquello que las familias y negocios creen les reduce el riesgo contra su persona y bienes.

Lo anterior lleva a sintetizar que para que una reforma a la seguridad pública –en general y en particular hacia la Policía– en un país tenga éxito, hay que considerar tres cuestiones clave: a) formulación técnica de la reforma, b) viabilidad política, y c) adaptación cultural.

Al referirnos a la **formulación técnica** de la reforma policial, nos suscribimos al estudio diagnóstico, conocimiento del fenómeno, sus causas y efectos, magnitud del problema y sus interrelaciones, elaboración legal y normativa, diseño organizativo y estructural,

despliegue territorial, diseño de carrera de servicio, sistema de educación y especialización, mecanismos de control y supervisión, plan de ejecución. Requiere involucrar especialistas en la materia, identificación de las mejores prácticas nacionales y extranjeras, actuales y anteriores, valorar los factores de éxito y fracaso, aprender e imitar al mejor en los ámbitos fundamentales, discutir y construir formulaciones con los actores nacionales clave. ¿Cómo se identifica y planifica el cambio a emprender?

La **viabilidad política** para aprobar e implementar, parte de la correlación de fuerzas y el compromiso de los actores políticos clave a los planteamientos de la reforma, alrededor de la cual construyen un consenso básico que lleva a la toma de las decisiones fundamentales que permitan su puesta en marcha. Implica el apoyo político, la formulación legislativa y el soporte económico para hacerla posible. Los actores políticos, gubernamentales y legislativos, que son quienes deciden proponer, aprobar y reglamentar una ley, reformar la Constitución –en el caso de ser necesario–, aprobar otras normativas, otorgar una distribución presupuestaria de acuerdo a las prioridades para implementar la reforma y gestionar la cooperación internacional (técnica y económica) –en el caso de ser necesaria–, asumen ese compromiso; si no lo hacen la reforma no se implementa o queda truncada, al ser abortada después de cierto camino andado.

La **adaptación cultural** es un asunto indispensable, muchas veces menospreciado e insuficientemente considerado. Aquello que puede ser bueno en un lugar o época, entre las personas de una población de un país, es probable que no surta los mismos efectos en otro ¿Qué hace la diferencia de éxito o fracaso? Indudablemente la cultura, la costumbre, la manera en cómo las personas perciben sus prioridades y necesidades diferenciadas, en cómo interpretan las acciones que se hacen, cómo entienden su posición con respecto a ello. A pesar de la globalización, hay un factor cultural y humano, individual y colectivo que hace algo aceptable o inaceptable, hay heterogeneidad, es una especie de orden social o inconsciente colectivo como afirma Jung, que está allí, tal vez indeterminado, pero se manifiesta en la cotidianidad. Es aceptado por la mayoría y puede ser percibido cuando alguien

extraño al medio circundante se introduce en el, pero no siempre es percibido o diferenciado por aquel que ha estado inmiscuido en ese medio, de tal forma que todo aquello le parece obvio, sólo se percata cuando falta.

La adaptación cultural tiene dos ámbitos: el interno y el externo o social. El primero se refiere a la cultura organizacional, es decir a la tradición, costumbre, valores, creencias, prácticas que los integrantes de las organizaciones de la seguridad pública o la policía han desarrollado durante años; aquello se vuelve tradición, actuar contra ella no siempre es posible, requiere minuciosos y largos procesos. Se ha dicho que en la policía se desarrolla una subcultura. El segundo es la costumbre social. ¿Cómo percibe la gente qué debe ser la seguridad pública o la policía? ¿A qué está acostumbrada o qué espera como aceptable? Este ámbito tiene otras complejidades, aunque frecuentemente se habla de “identidad nacional”, en la práctica se sabe que no es homogénea, y es más compleja aún en países multiculturales, multiétnicos y multilingüísticos, como Guatemala o Bolivia, por ejemplo, en donde esa riqueza cultural no puede ser obviada en la reforma de las entidades públicas de la seguridad ciudadana. Pero también es el caso de países como Nicaragua o Honduras, por ejemplo, en donde si bien es cierto tienen minorías étnicas y lingüísticas, la otra mayoría mestiza tampoco es idéntica, se marcan diferencias en los departamentos, municipios y grupos sociales, diferentes entornos ecosociales que imponen tradiciones que no es posible romper u homogenizar. Hay que convivir en medio de las diferencias al diseñar los sistemas policiales y de seguridad pública atendiendo la demanda local. Lo anterior obliga a diseños descentralizados y desconcentrados de la policía, flexibles, capaces de entender las necesidades de la comunidad y responder a ellas. En algunos países se ha privilegiado la ubicación de los funcionarios policiales en su mismo lugar de origen para que presten servicios en zonas que conocen, entre personas con las cuales comparten costumbres similares. En algunas experiencias –Guatemala, por ejemplo– esa práctica se ha visto como riesgosa por razones de corrupción, al generar favoritismo entre los conocidos de la vecindad; por otro lado, genera riesgos porque, al ser personas

conocidas (él y sus familiares), cuando actúa contra delincuentes, fácilmente pueden amenazar su integridad personal o la de alguno de sus parientes. El equilibrio entre estas cuestiones sólo es posible hacerlo en la plena comprensión de las particularidades culturales del país y el territorio.

Factores de éxito para la reforma policial/judicial

Es obvio que una excelente formulación técnica de la reforma puede fracasar si la viabilidad política de quienes deciden no se logra, es decir, esa formulación quedará engavetada, no prosperará y se frustrará porque los actores políticos que la iniciaron no crearon la capacidad para consensuarla con quienes la continuarán, no lograron asentar los conceptos de la formulación estratégica. También esa formulación técnica puede fracasar si su adaptación a la cultura interna y social es insuficiente, a fin de cuentas la gente la desestimarán, la desprestigiarán. Los propios funcionarios, si no logran percibir sus bonanzas, por insuficiente información o por considerar que lo planteado trastoca sus costumbres y prácticas, daña sus legítimos y sanos intereses, porque no va a tener éxito, la socavarán y poco a poco –por mucha voluntad política e imposición autoritaria– terminará extinguiéndose en el olvido para regresar a su punto de partida. A veces es preferible que la formulación técnica no sea “perfecta”, pero que exista un alto compromiso-consenso-disenso político sobre la base de cuestiones clave adaptadas/asimiladas a la cultura social e interna. En este caso es muy seguro que se pongan en marcha cambios importantes.

Tenemos tres partes inseparables, como las de un triángulo, si las tres no se articulan, no hay probabilidad de éxito al emprender una reforma policial o las probabilidades de éxito serán muy escasas. Si las tres logran ser consideradas efectivamente, las probabilidades de cambio exitoso son considerablemente mayores, la durabilidad de la reforma puede ser larga y sostenible.

8. Tendencias de la seguridad y la justicia

Nuestra época es algo imprecisa de definir, es la que se llama “después de” y como no se sabe con precisión “qué es” se dice es lo

post o lo **neo**, lo que ocurre después de lo anterior. ¿Qué viene después del modernismo precedente? Se define como **postmodernismo** a ese período que modifica la cultura, las artes, la literatura, la economía, la filosofía, las ciencias, la tecnología, el derecho, la justicia, la seguridad, etc. y reestructura el comportamiento individual y colectivo. Este es el impreciso tránsito de nuestros tiempos. Lo imprevisible prevalece, todo se relativiza, los espacios privados se reducen (incluso en la legislación civil o penal), se universalizan los problemas, no existe la identidad como totalidad, sino que es una construcción social cambiante, creativa e inconclusa, hay crisis de pertenencia y el sujeto se siente fragmentado. Los servicios básicos en las ciudades colapsan, el hacinamiento, el crecimiento espontáneo y desordenado de los núcleos urbanos, la basura, la contaminación ambiental, el ruido, el congestionamiento del tráfico es insoportable, la ciudad para los carros y no para la gente. Son crecientes las necesidades insatisfechas de la población (alimentación, empleo, agua potable, alcantarillas, viviendas, calles, centros recreativos, áreas verdes), la lucha por los espacios públicos (de la que serán expulsados los excluidos), la tardía e improvisada administración del conflicto cotidiano de la convivencia entre las personas, cada vez más diferentes y simultáneamente similares, la masificación, diversificación e inmediatez de los medios de comunicación social con sus “legítimos” intereses empresariales no necesariamente compatibles con los sociales, el conocimiento en tiempo real de la noticia, en vivo y directo desde la comodidad y privacidad del hogar nos hace, como diría Susan Sontag, espectadores del dolor ajeno. ¿Aumenta eso la solidaridad y la sensibilidad humana? Lamentablemente hay que reconocer que no, simplemente insensibiliza y quizás hasta llena de satisfacción morbosa o de tranquilidad al saber que el mal y la tragedia están al otro lado de la pantalla de la televisión o del ordenador electrónico. Sin embargo, esto lleva a un efecto de cercanía y generalización de un fenómeno que quizás está lejos y es excepcional. Ello influye entonces en el estado de ánimo, en el miedo y la inseguridad. La inmigración es creciente, aumenta el desarraigo y la desarticulación familiar y de origen, se modifica la composición étnica y cultural de las ciudades, renace desde los países desarrollados y receptores de los flujos migratorios, el racismo, la xenofobia, la

estigmatización del migrante como causante de suciedad, inseguridad, violencia y desequilibrios del bienestar.

Prevalece lo virtual que sin embargo, tiene efectos sobre el mundo real, desde la crisis del capitalismo mundial actual que comprueba que “no era tan inteligente el mercado” ni tan racional el criterio de sus agentes; nos envuelve y arroja el capitalismo de ficción¹¹. Todo se hace mercancía y se puede vender o comprar, se satura de publicidad cualquier espacio público, se privatiza lo imprivatizable. Se derrumban los mitos, se pierde la fe en la razón y las ciencias, se vive el hoy y se olvida el pasado y no se piensa con responsabilidad en el futuro, se confunde la realidad con lo inexistente, es cada vez más difusa y menos posible de identificar en medio de la diversidad globalizada. Hay un *shock* generacional como afirma Alvin Toffler¹² entre el antes y el ahora, entre el ahora y el después; las generaciones se encuentran inadaptadas; la nueva generación no entiende a la precedente y viceversa, parece que se rompe la comunicación generacional porque los estilos de vida, gustos y maneras de pensar han cambiado, y todo ocurre tan rápido que no da tiempo de asimilarlo. No es el problema que no existan “valores”, lo que pasa es que los que hay son distintos, los códigos para interpretar al mundo se han modificado sin darnos tiempo de descifrarlos. ¿Cuál es el concepto y contenido de patria, matrimonio, democracia, ley, justicia, paz, felicidad, música, arte, delito, violencia, seguridad, etc.? ¿Cómo se define familia, quiénes la integran, cuáles son sus fines? El alcance de ningún concepto es igual al de antes (sólo unas décadas antes); ha cambiado y sigue cambiando aunque no nos demos cuenta y nos cueste entenderlo y asumirlo. No es un único concepto, prevalecen muchos sobre lo mismo.

Se desmitifican los líderes, se desacredita la política, se desencanta el poder público, se es más incrédulo, se renuncia a utopías, se revaloriza la naturaleza, aumenta la vulnerabilidad medioambiental y la amenaza del cambio climático es creciente e inminente, ya estamos

¹¹ Verdú, Vicente, *El estilo del mundo*, segunda edición. Anagrama, Barcelona, España, julio de 2003.

¹² Toffler, Alvin, *La creación de una nueva civilización. La política de la tercera ola*, tercera edición. España, febrero de 1999.

en ella. Hay despreocupación por la injusticia, el desarrollo tecnológico incursiona en ámbitos nunca antes imaginados, como la manipulación genética de células para la clonación humana.

Desde el ámbito de la seguridad ciudadana en el mundo contemporáneo, precisamente el contexto del pensamiento, comportamiento y prácticas actuales globales y crecientes que se debaten entre la fisión y la fusión, es lo que aumenta la complejidad de entender y actuar sobre las inseguridades ciudadanas que nos aquejan. Ningún factor por sí solo puede explicar el fenómeno de la criminalidad en su tendencia global y dispar¹³. No son ajenas al conjunto de los vertiginosos cambios que el mundo, las organizaciones y sus habitantes experimentamos. Algunos han afirmado que vivimos un cambio de era, “un mundo sin rumbo”¹⁴. No hemos terminado de entender algo cuando otra cosa surge y prevalece para luego volverse a extinguir; no hemos asimilado una idea, cuando nos damos cuenta que hay muchas más similares, distintas y hasta contradictorias y todas ellas son ciertas y a la vez falsas, que ninguna permite entender el asunto y tal vez todas ellas juntas explican insuficientemente la verdad, que lamentablemente nunca logramos abarcar y seguimos buscando. Construimos entonces nuestras verdades y nos atrincheramos en ellas para protegernos de lo que no conocemos y apenas sospechamos. Prevalece la incertidumbre y lo imprevisible.

Thérèse Delpech afirma con dramatismo que “las emociones y los temores suscitados por las imágenes de la violencia y de destrucción quizá lleven de nuevo a la humanidad a un período de trastornos en el que la razón, la argumentación y el equilibrio serán superados por la exacerbación de las pasiones”¹⁵, cosa similar a la escrita por Freud en carta a su amigo Einstein a principios del siglo pasado.

¹³ Centro Internacional para la Prevención de la Criminalidad (CIPC), *Informe Internacional: Prevención de la criminalidad y seguridad cotidiana: tendencias y perspectivas*. Montreal, Quebec, Canadá, junio de 2008.

¹⁴ Ramonet, Ignacio, *Un mundo sin rumbo*, Temas de debate, segunda edición. Madrid, España, junio de 1997.

¹⁵ Delpech, Thérèse, *El retorno a la barbarie en el siglo XXI*, primera edición. Editorial El Ateneo, Argentina, noviembre de 2006.

Diversas encuestas y estudios confirman una creciente correlación entre los medios a través de los cuales las personas se informan, la inseguridad y victimización que perciben. Aquellos que privilegian la imagen en movimiento, como la televisión y el internet, sienten un creciente y mayor temor e incertidumbre que los que privilegian la radio o los medios escritos, con la particularidad de que es la televisión la utilizada con más frecuencia. El efecto ante un auditorio impredecible, diverso y disperso de ancianos, adultos, jóvenes y niños, hombres y mujeres, sanos y enfermos, informados y desinformados... puede tener inesperadas, complejas y dramáticas consecuencias. Esa caja mágica de sonidos, imágenes y colores, que tiene el privilegio de ser la última en apagarse al caer la noche y la primera en encenderse al despertar la mañana, provoca las pasiones y las emociones, exagera el ánimo y transmite en tiempo real cualquier suceso en cualquier parte del mundo, ha desplazado paulatinamente a otras maneras de informarse y también será desplazada por otras después.

Desde esta valoración, la seguridad ciudadana, tal y como la entendemos ahora y como se desarrolla en la variabilidad de circunstancias en las cuales vivimos, presenta algunas características o tendencias contemporáneas que enumeramos en dieciséis enunciados:

1. Es más importante la percepción que los hechos en la construcción de la seguridad ciudadana. Las imágenes en movimiento influyen significativamente en la percepción de inseguridad.
2. Es fundamental la confianza en las instituciones para percibir seguridad ciudadana.
3. Se demanda servicio local, descentralizado y adaptado a las necesidades particulares heterogéneas e híbridas de las personas.
4. Las instituciones policiales, de seguridad pública y de la justicia penal no se dan abasto ante la demanda creciente, lo que obliga a fragmentarse, creatividad en la solución de los problemas, reducir funciones, adaptarse de manera ágil a las nuevas y variadas formas de la delincuencia común y organizada.

5. La organización policial/fiscal/judicial requiere con urgencia redimensionarse, simplificarse bajo una visión global e integrada, de manera inteligente para adaptarse con prontitud a la dinámica cambiante e inestable actual.
6. Las acciones espectaculares, los operativos policiales, ya no son suficientes para incrementar la confianza y credibilidad, se demanda eficacia ante una población diversa y dispersa.
7. La gravedad de los hechos criminales se magnifica e incrementa el temor y la incertidumbre desde los medios de comunicación social, el internet y otras formas de transmisión pública.
8. La delincuencia organizada transnacional en su multitud de manifestaciones, busca el máximo beneficio con el mínimo control sin importar barreras de ningún tipo, lo cual es típico de un capitalismo global postmodernista.
9. Conviven crecientemente la economía formal y la economía subterránea, informal o ilícita. Se complementan en una dualidad inseparable.
10. Las maras o pandillas son expresiones de la crisis de identidad, la necesidad de arraigo y pertenencia, dentro del fenómeno del caos y la incertidumbre postmodernista.
11. El conflicto en la convivencia cotidiana aumenta ante la diversidad y heterogeneidad ante la carencia de mecanismos oportunos y pronto para la administración de conflictos, lo que puede generar violencia.
12. Tendencias a militarizar la seguridad pública, particularmente en América Latina. Las fuerzas militares se involucran en la lucha contra la delincuencia, que rebasa las capacidades policiales; se justifica su existencia.
13. La tendencia a penalizar cada vez más comportamientos y agravar las penas, de llenar las cárceles, después de una época fugaz en que se insistió en lo contrario, no soluciona el problema de la convivencia social, agudiza la inequidad y genera costos económicos y humanos incalculables.

14. “Glocalización” del crimen y la inseguridad¹⁶, aprovecha las facilidades aportadas por la globalización económica, las comunicaciones y lo virtual.
15. La inseguridad ciudadana integra inseparablemente en la dimensión humana todos los temores e incertidumbres que las personas perciben en los tiempos actuales, no es solamente la ausencia o reducción de hechos criminales.
16. La inseguridad ciudadana y sus complejos componentes es cada vez más cambiante, menos estática, más volátil, virtual y diversa. ¿Cómo actuar contra un fenómeno que es impreciso y cambia con inusitada rapidez y sobre el cual influyen elementos tan dispares?

Para influir en la seguridad de las personas o en la seguridad ciudadana como hemos asumido en el presente ensayo, necesitamos inseparablemente incidir en la reducción de los hechos delictivos que implican riesgo objetivo a la persona. Influir en la percepción que sobre los hechos las personas tienen, tener una respuesta eficaz acorde a las expectativas sociales y la normativa legal, con transparencia y prontitud, y finalmente insistir en construir confianza y credibilidad de las personas hacia las instituciones públicas de la seguridad y la justicia.

El deterioro de la seguridad ciudadana afecta la confianza interpersonal, condición indispensable para la convivencia comunitaria y social. Las personas tendrán miedo al subir a un bus o al taxi, desconfiarán del vecino o el transeúnte en la vía pública, del compañero de estudio o trabajo, su comunicación se altera, la solidaridad social se extingue y prevalece la indiferencia y la predisposición entre los habitantes de la comunidad. Afecta la confianza en las instituciones públicas, de manera inmediata en los órganos de policía, seguridad y justicia penal, lo que obstaculiza el cumplimiento de su misión. Esa desconfianza institucional, a medida que aumenta la gravedad del problema, se amplía a las entidades del sistema estatal y a la

¹⁶ Curbet, Jaume, *La glocalización de la (in) seguridad*, Colección Gobernabilidad y Desarrollo, primera edición. Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, octubre de 2006.

institucionalidad del Estado de Derecho, se deteriora la aplicación de los derechos humanos, se reduce el apoyo al modelo democrático, ese *status quo* que no es capaz de preservar tranquilidad y brindar protección a sus ciudadanos, por lo que las personas comienzan a ver con simpatía medidas al margen del modelo institucional. Algunas extremas son la búsqueda de justicia por su propia mano, la pretensión de obtener su seguridad adquiriendo armas de fuego para la protección personal, familiar y de su negocio, habilitación de medidas de protección en su residencia, mayor privatización de la seguridad, modificación de su rutina de vida y simpatía por acciones oficiales autoritarias y coercitivas –que el liderazgo político gubernamental suele considerar para preservar la simpatía de sus electores en el corto plazo, aunque en el fondo saben que esa ruta no resuelve nada–, reducción de derechos y garantías, estigmatización de personas o grupos sociales, más penalización, más detenciones, redadas indiscriminadas, medidas de excepción, militarización de la seguridad pública, etc. Cuando se afecta la confianza en las entidades del modelo democrático se afecta, en consecuencia, la gobernabilidad democrática, se reduce la viabilidad de lograr consenso social para la construcción de los proyectos comunes de la nación, de la búsqueda del bien e interés común. En medio de la diversidad es cada vez más difícil la construcción de consensos que, a fin de cuentas, no dejan de ser excluyentes, al imponer las decisiones o enfoques –quizás de una mayoría– a una minoría distinta que quedará omitida u olvidada.

Finalmente, a lo anterior se suma la complejidad de que los riesgos a ser víctima, la percepción sobre esos riesgos, las respuestas institucionales y la confianza y credibilidad en las instituciones públicas, no son homogéneos. Las personas sufren de manera distinta los efectos de la violencia criminal y también padecen la inseguridad en grados diferentes. Lamentablemente aunque conceptualmente se pretenda lo contrario, los y las ciudadanas) no son de igual categoría ante el Estado y la sociedad, hay una respuesta diferenciada. Quien es influyente, afín al grupo político en el poder, o tiene influencia económica, tendrá más facilidades para resolver a su favor los conflictos. Quien está en la marginalidad y el olvido social, no será discriminado positivamente

para apoyarlo. Injusticias, inseguridades, riesgos y respuestas institucionales son distintas entre las personas.

Es en esa diversidad de problemas, efectos, causas y percepciones que se construyen las inseguridades ciudadanas con una diversidad de actores e intereses y en cuya visión centralista, monoétnica y homogenizante del Estado tradicional, se actúa con profunda inequidad y exclusión. Sobre ello el Estado está obligado ineludiblemente a actuar, en medio de la complejidad de diversidades. La seguridad es preocupación de todas las personas, es cierto, pero se diluye y se pierde en la imprecisión; tenemos que afirmar qué es responsabilidad principal del Estado¹⁷, abordarla y ofrecerla a sus habitantes en medio de sus diferencias.

¹⁷ En el documento elaborado por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos *Seguridad ciudadana en América Latina* (2007), se recoge, entre los lineamientos propuestos, que “La seguridad ciudadana es una responsabilidad esencial del Estado y debe asumirse como una política pública que compromete la acción integral de este”, y que debe avanzar “en la inclusión social y la igualdad de oportunidades”.

Trabajos académicos

La Convención sobre los Derechos del Niño: el cambio de paradigma y el acceso a la justicia

*Shirley Campos García**

Introducción

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos ha tenido importantes avances en materia de protección de los derechos humanos de los niños y adolescentes, resultado de la aprobación y posterior entrada en vigor de la Convención sobre los Derechos del Niño (Convención del Niño) que los reconoce como sujetos de derecho. Esta Convención marca un hito importante en el desarrollo de los derechos de la niñez y adolescencia debido a que consagra la prevalencia de la doctrina de la protección integral frente a la doctrina de la situación irregular, que concebía al niño como objeto de protección del Estado, de la sociedad y de la familia. Esto implicó la separación de la concepción de *patria potestas*, que se venía arrastrando desde el derecho romano y que se vio fortalecido por el derecho canónico, al reconocimiento del niño como sujeto de derecho fundamentado en el interés superior del niño como fin de la autoridad parental.

Si entendemos por personalidad jurídica la aptitud para ser titular de derechos y deberes, y por capacidad jurídica la aptitud para ejercerlos, llegamos a la conclusión de que la capacidad se encuentra ligada a la personalidad¹. A su vez esto nos permite entender que si por alguna situación una persona no dispone de la plena capacidad, no por eso deja de ser sujeto de derechos, ya que capacidad y personalidad aunque ligados, no son lo mismo y este es precisamente el caso de los niños.

* Abogada costarricense, Licenciado en Derecho por la Universidad de Costa Rica. Especialista en Derecho Notarial y Registral. Estudiante de la Maestría en Justicia Constitucional de la Universidad de Costa Rica. Asistente en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2004-2010; actualmente abogada de la Dirección Jurídica del Instituto de Desarrollo Agrario.

¹ Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay, fondo, reparaciones y costas*, sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr. 88.

A partir de la aprobación de la Convención del Niño en 1989, los Estados americanos iniciaron un proceso de adecuación de su legislación a la luz de la doctrina de la protección integral; se dio así una transición del sistema tutelar represivo al de responsabilidad garantista en relación con los niños y adolescentes. La jurisdicción especial se enmarca en el principio de legalidad, siguiendo las debidas garantías, y se adoptan medidas orientadas al reparo de la víctima y a la reeducación del menor de edad infractor de la ley, convirtiendo el internamiento en última medida.

En este ámbito de cambio de pensamiento procede resaltar que la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) posee una norma que establece que los derechos en ella contemplados son propios de todo ser humano, y por ello, el pleno goce y ejercicio de los mismos está garantizado también para los niños y adolescentes². Esto, unido al artículo 19 referente a los derechos del niño, permitió que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en el caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros), sostuviera en su argumentación que “la razón de ser del artículo 19 de la Convención [Americana]³ radica en la vulnerabilidad de los niños y su incapacidad para asegurar por sí mismos el respeto de sus derechos”. Igualmente, afirmó que “mientras que las consecuentes responsabilidades de protección corresponden en principio a las familias, en el caso de niños en riesgo se requieren medidas que emanen del Estado”⁴ lo que revela que el *corpus iuris* aplicable a la niñez es cada vez más amplio.

La protección de los niños y adolescentes en los instrumentos internacionales tiene como objetivo último el desarrollo armonioso de su personalidad y el disfrute de los derechos que les han sido reconocidos. Corresponde al Estado precisar las medidas que adoptará para alentar ese desarrollo en su propio ámbito de competencia y apoyar a la familia en esta función de brindar protección a los niños que forman parte de ella.

² Cfr. arts. 1 (1.1) y 3.

³ Cfr. art. 19.

⁴ Cfr. Corte IDH, *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala, fondo*, sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, párr. 185.

En esta investigación se sostiene que la importancia de la Convención del Niño es enorme por las razones expuestas, y porque aclara el significado de prácticamente toda la gama de derechos humanos para los niños y adolescentes; establece un Comité Internacional de Expertos especializados en los derechos del niño, con nuevas competencias para la promoción de tales derechos, todo lo cual ha generado no sólo una modificación en el pensamiento hacia la concepción del niño, sino también una serie de cambios en todo el aparato estatal.

Se pretende alcanzar los siguientes objetivos:

1. Dar a conocer la importancia de la Convención sobre los Derechos del Niño en el cambio de paradigma respecto del niño, a partir de su promulgación.
2. Resaltar que los niños, debido a su especial situación de vulnerabilidad, necesitan una protección especial, lo cual ha implicado modificaciones en la legislación interna.
3. Dar a conocer la importancia del acceso a la justicia de los niños y adolescentes en el marco del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos (SIDH).

1. La Convención sobre los Derechos del Niño: el cambio de paradigma

Un correcto análisis de la protección de los derechos del niño no debe centrarse únicamente en la Convención del Niño, sino que debe abarcar todos aquellos instrumentos que brindan algún aporte a la materia.

En este sentido se debe tomar en consideración la CADH, que no define el término “niño”. Por lo tanto, conforme lo prevé el artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, en el SIDH aplica el concepto establecido en el derecho internacional, concretamente en el artículo 1 de la Convención adoptada en 1989 por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), que define como niño a “todo ser humano menor de 18 años

de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”⁵. En consecuencia, tal y como lo estableció el Comité de los Derechos del Niño (Comité del niño), los adolescentes hasta los 18 años de edad son titulares de todos los derechos consagrados en la Convención del Niño, tienen derecho a medidas especiales de protección y, en consecuencia, con la evolución de sus facultades, pueden ejercer progresivamente sus derechos.

Esta definición es reafirmada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) que estableció en la Opinión Consultiva No. 17 que “tomando en cuenta la normativa internacional y el criterio sustentado por la Corte en otros casos, se entiende por ‘niño’ a toda persona que no ha cumplido los 18 años de edad”⁶.

La Convención del Niño ha desencadenado un proceso de reforma que ha pretendido, en primer lugar, reconstruir las imágenes de la infancia, y con ello, modificar las relaciones del Estado y de los adultos con los niños; su fuerza es evidente en las reformas en las diferentes legislaciones con el fin de adaptarlas a este instrumento, y es resaltado por la determinación de la Corte IDH de considerarla como fuente de derecho para sus decisiones, aún cuando se trata de un instrumento promulgado por la ONU. Al respecto en el caso Villagrán Morales y otros vs. Guatemala se expresó que “tanto la Convención Americana como la Convención sobre los Derechos del Niño forman parte de un muy comprensivo *corpus juris* internacional de protección de los niños que debe servir a [la] Corte para fijar el contenido y los alcances de la disposición general definida en el artículo 19 de la Convención Americana”⁷.

Finalmente, en materia de niñez existe un marco jurídico omnicompreensivo de derechos humanos, que se nutre de los instrumentos y la

⁵ Cfr. Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 4, *La salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño*. 33º período de sesiones, 19 de mayo a 6 de junio de 2003.

⁶ Cfr. Corte IDH, *El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Opinión Consultiva OC-2/82 del 24 de septiembre de 1982. Serie A No. 2, párr. 42.

⁷ Cfr. Corte IDH, *Caso de los “Niños de la Calle”*... párr. 194.

jurisprudencia internacional que existe sobre la materia independiente del sistema internacional del cual se emite.

a. Doctrina de la situación irregular. Implicaciones

El fundamento de esta doctrina radica en que la categoría “infancia” no designa un campo social homogéneo, ya que en su interior se producen grandes diferencias entre los que tienen acceso a las condiciones de vida mínimas y los que no. Estos niños excluidos, considerados “los demás” se transforman en “menores” y en el objeto principal de esta doctrina. Para ellos se construye todo un aparato institucional que abarca legislación, instituciones, juzgados y demás.

El “problema de los menores” se llevó a la judicialización en los diferentes países principalmente por la falta de recursos, lo que generó la promulgación de normas de carácter ambiguo e indeterminado que permitió su consolidación como compartimiento “estanco y variable independiente del desarrollo socio-económico y de las políticas sociales”⁸.

La década de los 80, caracterizada por el crecimiento de la pobreza y la retracción relativa del gasto estatal, especialmente el destinado a los sectores más vulnerables, provocó un crecimiento de la infancia excluida, el que se manifestó en la figura de los “niños de la calle” que a su vez, provocó que la orientación de la política social fuera la que tiene como objetivo prioritario ejercer el control social de los menores; ello se tradujo en la facultad discrecional de la justicia para declarar el abandono material o moral del menor. “[S]e abandona la distinción entre menores delincuentes, abandonados o maltratados”, los cuales en este marco pueden ser objeto de las mismas medidas, [esto] conlleva a que el sistema sea un ‘padre vigilante’⁹.

Lo anterior, implica que no existía una preocupación explícita por las causas que originan la “irregularidad” y de allí que lo que se enfatice sea la atención protectora y rehabilitadora, siendo ajeno a esta teoría la acción preventiva.

⁸ Cfr. Laje, María Inés, “Los menores de ayer-los niños de mañana”, en <<http://www.biblioteca.clasco.edu.ar/>>, disponible al 2 de agosto de 2010.

⁹ *Ibidem*.

El eje central del discurso tutelar es la idea de hacer el “bien” a los niños y adolescentes, quienes necesitan de la intervención irrestricta, sin límite, por parte de los adultos para lograr su adecuado desarrollo; esta idea de “bien” siempre recibía el contenido por parte del adulto. Se estereotipa a los niños como incapaces, necesitados de “tutela”, lo que genera una idea errónea hacia esta población, que se traduce en relaciones verticales con el adulto.

En consecuencia, el derecho tutelar de menores recurre a las características personales, familiares y sociales de los adolescentes para el caso del derecho penal, y de los niños en general para justificar la aplicación de las “medidas”, más que en el haber cometido un hecho delictivo.

Por último, debe considerarse que este sistema considera a los niños y adolescentes como objeto de tutela, no así como sujetos de derechos, lo que relativiza la vigencia de los derechos, pues no se contemplaba que éstos fueran aplicables a este grupo de personas.

b. Doctrina de la protección integral. Implicaciones

La tendencia en los instrumentos sobre derechos de los grupos vulnerabilizados es incorporar en un solo instrumento todos los derechos fundamentales, cualquiera que sea su naturaleza; la Convención del Niño tomando esta línea de acción, abarca todos los derechos fundamentales del niño, independientemente de su categoría. Sin embargo, reduce sus objetivos a la eliminación de la discriminación.

Hemos afirmado que la entrada en vigor de la Convención del Niño introduce una nueva visión de la infancia que genera un cambio en su relación con los adultos y con el Estado. Esta nueva visión es lo que se conoce como “doctrina de la protección integral”, que se enfoca en el interés superior del niño y tiene su fundamento en la dignidad del ser humano, en las características propias de los niños y adolescentes, y en la necesidad de propiciar su desarrollo con el máximo aprovechamiento de sus capacidades y su naturaleza.

Este principio se encontraba establecido en el artículo 2 de la declaración de los Derechos del Niño de 1959, que establecía que “el niño gozará de una protección especial... al promulgar leyes la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño”. Es reiterado a su vez en el artículo 3 de la Convención del Niño que establece que “en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social... una consideración principal a que se atenderá será el interés superior del niño”.

La Convención del Niño alude a la protección del niño desde el parámetro de este principio como punto de referencia para asegurar la efectiva realización de todos los demás derechos contemplados en ella, lo que permitirá en conjunto que el niño desarrolle al máximo sus potencialidades. En razón de lo anterior, la Corte IDH declaró

...que la expresión interés superior del niño, consagrada en el artículo 3 de la Convención sobre los derechos del niño, implica que el desarrollo de éste y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño¹⁰.

Se supera la idea de incapacidad de los niños para asumir responsabilidad. Así como se reconocen los derechos de los niños, se entiende que ellos tienen deberes y que su incumplimiento conlleva responsabilidades, como en el caso de los adultos. La base de este sistema se concentra en la protección de derechos, más que en la protección de personas, lo que elimina el peligro de una selección que estigmatice y segregue a aquellos más desfavorecidos; se trata de una protección más objetiva que reduce las posibilidades de discriminación.

En conclusión, se reconoce la condición de personas a los niños y adolescentes, se disminuye la posibilidad de manipulación del derecho por parte del poder debido a que está limitado por los derechos fundamentales de toda persona y se atiende a las necesidades del niño, más que a las del Estado.

¹⁰ Cfr. Corte IDH, *Condición jurídica y derechos humanos del niño*, opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17.

2. Los niños: especial situación de protección

Los derechos fundamentales aseguran posiciones *prima facie*, que deben ser realizadas en la mayor medida posible ya que se trata de mandatos de optimización, según lo permita la condición concreta. A su vez, estos derechos generan deberes correlativos para terceros y para el Estado, se crea una expectativa de comportamiento de los demás frente a estos derechos¹¹.

Como los derechos fundamentales no son razones definitivas, pueden ser desplazados por las razones que representan otros principios, sin que por ello pierdan su vigencia. Pero para que este desplazamiento se produzca es indispensable que frente a una situación concreta, los principios opuestos a la protección de un determinado derecho fundamental tengan un peso mayor que este último, es decir, en una situación dada sea más importante para la sociedad proteger aquellos en contra de éste. De acuerdo con lo establecido por el ordenamiento jurídico respectivo, esto se conoce como “relación condicionada de precedencia”.

El artículo 19 de la Convención Americana establece que “todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”. Este artículo define una esfera de protección especial de los derechos humanos de los niños, que conlleva la existencia de obligaciones especiales, complementarias y adicionales de protección a cargo de los Estados. Esta esfera de protección especial tiene su fundamento en las condiciones especiales del niño como sujeto de derecho, aunado a la vulnerabilidad a la que está expuesto el niño, así como su dependencia de los adultos para el ejercicio de algunos derechos, el grado de madurez, su desarrollo progresivo y el desconocimiento de sus derechos humanos y de los mecanismos de exigibilidad, que no permite ubicarlo en una situación similar a la de los adultos y que por tanto justifica la adopción de medidas especiales.

¹¹ Cfr. Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH), *Manual autoformativo en acceso a la justicia y derechos de la niñez y adolescencia en Centroamérica*. San José, 2008, pág. 25.

Al respecto, es importante resaltar que la Corte IDH ha señalado reiteradamente que revisten especial gravedad los casos en los cuales las víctimas de violaciones a los derechos humanos son niños¹², conforme lo prevé la CADH y numerosos instrumentos internacionales, ampliamente aceptados por la comunidad internacional, entre los cuales destaca la Convención del Niño, que hace recaer en el Estado el deber de adoptar medidas especiales de protección a favor de los niños bajo su jurisdicción¹³. Asimismo, ha señalado que las disposiciones de la Convención Americana permiten precisar, en variadas direcciones, los alcances de las medidas de protección a que alude el artículo 19 de dicho instrumento.

La Convención del Niño contiene una serie de disposiciones relativas a la protección especial de los niños, principalmente en los artículos 2, 3, 4, 19, 28 y 37 y de este conjunto de disposiciones se desprende que los Estados, la sociedad y la familia deben prevenir y evitar por todos los medios posibles, toda forma de violencia, discriminación y prácticas tradicionales nocivas para su integridad personal¹⁴. En este sentido, la Corte Interamericana ha señalado que “la adopción de medidas especiales para la protección del niño corresponde tanto al Estado como a la familia, la comunidad y la sociedad a la que aquél pertenece”¹⁵.

La Corte Europea de Derechos Humanos, haciendo alusión a los artículos 19 y 37 de la Convención del Niño, ha reconocido el derecho del niño a ser protegido contra interferencias de actores no estatales;

¹² Cfr. Corte IDH, *Caso de las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas*, sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130, párr. 134; *Caso niños de la calle (Villagrán Morales y otros)*... párr. 64; *Caso Bulacio vs. Argentina, fondo, reparaciones y costas*, sentencia de 18 de septiembre de 2003. Serie C No. 100 párr. 100.

¹³ Cfr. Corte IDH, *Caso de los hermanos Gómez Paquiyauri*, sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C No. 110, párr. 162; *Caso Bulacio*... párr. 133; *Caso de los Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros)*..., párr. 188.

¹⁴ Cfr. Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 8, *El derecho del niño a la protección contra los castigos corporales y otras formas de castigo crueles o degradantes (artículo 19, párrafo 2 del artículo 28 y artículo 37, entre otros)*. 42º período de sesiones, Ginebra, 15 de mayo a 2 de junio de 2006.

¹⁵ Cfr. Corte IDH, *Condición jurídica y derechos humanos del niño*... párr. 62.

además, ha reconocido que si los niños han sido descuidados por sus padres y carecen de medios para afrontar sus necesidades sociales básicas, el Estado tiene el deber de intervenir para protegerlos¹⁶.

En conclusión, no existen derechos absolutos, siempre deben ser objeto de ponderación en cada situación concreta, más aún tratándose de niños y adolescentes por su situación particular, y ello permite, en atención a sus especiales necesidades, una adecuada tutela de sus derechos.

a. El contexto de violencia y riesgo social

La Corte Interamericana ha tratado el tema de la violencia en contra de las personas menores de edad en riesgo social, como un patrón sistemático donde han sido víctimas de funcionarios o de particulares, y en el cual aparece la estigmatización de la pobreza y el riesgo social como un parámetro para suponer que las personas menores que se encuentran en estas condiciones son indiscutiblemente delincuentes. Al respecto el Tribunal advirtió que

...en atención al principio de igualdad ante la ley y no discriminación, el Estado no puede permitir por parte de sus agentes, ni fomentar en la sociedad prácticas que reproduzcan el estigma de que niños y jóvenes pobres están condicionados a la delincuencia¹⁷.

Advierte la Corte IDH que esta estigmatización crea un ambiente propicio para que los menores en riesgo social se encuentren en una amenaza latente, y que su vida y libertad sean ilegalmente restringidas.

La mayor parte de los artículos de la Convención del Niño dedicados a la definición de los derechos y libertades del niño, tratan

¹⁶ Cfr. Corte IDH, *Condición jurídica y derechos humanos del niño...* párr. 90, citando a la Corte Europea, caso Z y otros vs. El Reino Unido, sentencia de 10 de mayo de 2001, párrs. 73-75.

¹⁷ Cfr. Corte IDH, *Caso de las masacres de Ituango vs. Colombia, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas*, sentencia de 1 de julio de 2006. Serie C No. 148, párr. 244; *Caso de la masacre de Mapiripán vs. Colombia, fondo, reparaciones y costas*, sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134, párr. 152, y *Caso "Instituto de Reeducación del Menor" vs. Paraguay. excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas*, sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112, párr. 147.

de obligaciones del Estado hacia el niño sin referirse al papel de la familia. No obstante, algunos artículos son dedicados a diversos aspectos de la relación entre Estado, familia y niño, explicitando el papel de la familia en cuanto coresponsable con el Estado en la realización de algunos de los derechos del niño, trazando los límites de la autoridad paterna y materna frente a la autonomía y bienestar del niño, y finalmente definiendo las responsabilidades del Estado en la tutela de esos límites.

El artículo 5 establece un principio general que constituye la piedra angular de la Convención del Niño. “Las responsabilidades, los derechos y los deberes” de los padres hacia el niño, según este principio, son dobles: por una parte, han de permitirle ejercer los derechos reconocidos en dicho tratado, y por otra, han de proporcionarle la “dirección y orientación apropiadas” para su ejercicio. Ambas funciones, la permisiva y la orientadora, deben ser acordes a la “evolución de las facultades del niño”.

La obligación principal del Estado de acuerdo con este artículo, es la de respetar esta dinámica entre los padres y los hijos. El Estado también tiene la obligación de ayudar a los padres en el cumplimiento de sus responsabilidades.

El problema de la “aplicación” o puesta en práctica de los instrumentos internacionales de derechos humanos es a veces, conceptualizado exclusivamente en términos jurídicos, la revisión de la legislación nacional con el fin de asegurar su compatibilidad o eventualmente la incorporación del instrumento internacional a la normativa interna en forma directa, de manera que los tribunales nacionales velen por su cumplimiento. Por más importante que sea la incorporación de tales instrumentos a la normativa interna de los países, su valor moral y político es de igual o mayor importancia. Por una parte, legitima las aspiraciones populares y sirve como marco de referencia para la evaluación del empeño y de los programas de todo gobierno, independientemente de las ideologías. Por otra parte, como instrumento que afirma y codifica valores universales, se presta a esfuerzos de concientización y capacitación a nivel sectorial, local o popular.

Finalmente, la confirmación del estado del niño como sujeto de los derechos fundamentales de la persona humana, por ejemplo, tiene consecuencias que trascienden ampliamente el ámbito jurídico. El reconocimiento de esa condición de sujeto de derechos constituye el punto de partida de todo esfuerzo de reflexión y concientización relativos al niño y su lugar en la sociedad, su relación con los adultos. Es el punto de partida para tratar este tema.

b. Principio de no discriminación e igualdad. Implicaciones

La discriminación sigue existiendo en nuestro medio. Pese a los mecanismos de protección y garantía de los derechos humanos de los cuales hemos venido hablando, la población infantil no es ajena a esta situación, y miles de niños y niñas en el mundo ven cómo sus derechos son violados, lo que les coloca sin duda alguna en una situación de vulnerabilidad aún mayor. La discriminación se manifiesta en el trato individual, pero también se revela en la situación de desventaja y subordinación que padecen grandes grupos de niños y niñas, originada en causas diversas.

En razón de lo anterior, se afirma de forma reiterada que los esfuerzos de los Estados y sus instituciones, así como de la población civil en general, deben orientarse a garantizar la condición de ciudadanos de los niños, ya que en situaciones de discriminación queda como mucho en una mera ilusión, olvidando que los niños y niñas tienen derecho a gozar y ejercer esa condición de ciudadanía.

La discriminación como fenómeno social implica desigualdad, falta de oportunidades, una menor calidad de vida, falta de participación, entre otros. Es claro por ende, que se trata de un fenómeno que puede ser fácilmente descrito como un “círculo vicioso” en el cual está población queda atrapada. Debido a ello, se deben intensificar los esfuerzos por romper con este círculo y lograr así mejoras verdaderamente significativas en la vida de la población menor mundial.

El principio de no discriminación se reafirma en la materia del niño ya que está consagrado en la Convención del Niño. Se trata de un principio transversal, lo que quiere decir que se puede encontrar

en sus diferentes manifestaciones a lo largo de todo el instrumento internacional en mención. Este es un principio general que involucra dos derechos: la no discriminación por cualidades del niño, y la no discriminación por cualidades de los padres. Se encuentra en el artículo 2 de la Convención del Niño y cuenta con dos partes: en la primera se encomienda a los Estados aplicar la Convención

...sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, sus padres o de sus representantes legales.

La segunda parte establece que

...la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de los padres o tutores de las personas menores de edad tampoco podrán usarse como razones para un trato discriminatorio.

Este artículo resalta el vínculo indisoluble entre este principio y el de igualdad, debido a que hace un llamado a la no discriminación en términos muy amplios, y fortalece la idea de que los niños son personas en desarrollo y que por ende, requieren una protección especial frente al adulto. Cabe resaltar que la Convención del Niño por primera vez hace una prohibición expresa de la discriminación basada en el origen étnico de la persona y aquella fundamentada no sólo por características del niño sino en las características de sus padres o tutores.

Tratándose de niños y niñas, se debe tener presente que el modelo de igualdad que se aplique debe utilizar lo que se conoce como “norma de tratamiento igualitario”; debe tratarse de un modelo que entienda que todas las personas son titulares de derechos y por lo tanto, destinatarias de diferentes regulaciones que para su protección se ha establecido, pero que a la vez, promueva una protección o trato diferente cuando éste se encuentra razonablemente justificado, según lo expresado líneas atrás.

El punto de partida es el tratamiento igual de todas las personas, entre ellas los niños y niñas, que se expresa en “tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales”. El principio es por tanto que

todos somos iguales en derechos, por lo que la carga argumentativa, su fundamentación o justificación, es la que debe tener un trato diferente¹⁸.

Este tratamiento diferente en la carga argumentativa implica que siempre debe existir una razón que justifique de forma suficiente ese trato diferenciado, caso contrario debe prevalecer el trato igualitario. Es importante tener esto claro, debido a que ello nos lleva a afirmar que todos los instrumentos internacionales de derechos humanos en general son de aplicación para los niños y niñas, ya que están dirigidos a proteger a la persona. Sin embargo, ello no es obstáculo para que adicionalmente a dichos instrumentos se creen otros específicos para esta población, con mecanismos de protección especiales, como es el caso de la Convención del Niño.

El SIDH no cuenta con un instrumento normativo específico sobre discriminación, pero existen muchas cláusulas en las normas interamericanas que permiten un tratamiento adecuado y efectivo para combatirla. Estas cláusulas plasman el compromiso de los Estados partes de garantizar los derechos reconocidos en las distintas convenciones “sin discriminación alguna por motivo de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”¹⁹.

En función del reconocimiento de la igualdad ante la ley, se prohíbe todo tratamiento discriminatorio de origen legal. Los Estados partes se comprometen a no introducir en sus ordenamientos jurídicos regulaciones discriminatorias referentes a la protección de la ley, con base en las garantías y derechos estipulados en la CADH²⁰.

¹⁸ Cfr. IIDH, *Manual autoformativo en acceso a la justiderechos de la niñez y adolescencia en Centroamérica...* pág 26.

¹⁹ Cfr. art. 1.1 CADH.

²⁰ Cfr. Corte IDH, *Caso Yatama vs. Nicaragua, Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas*, sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127, párr. 185; *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*, opinión consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18 párr. 88; *Condición jurídica y derechos humanos del niño...* párr. 44; y *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización*, opinión consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984. Serie A No. 4, párr. 54.

La Corte IDH ha afirmado que no todo tratamiento jurídico diferente es propiamente discriminatorio, ya que no toda distinción de trato debe considerarse ofensiva por sí misma. Existen desigualdades de hecho que legítimamente pueden traducirse en desigualdades de tratamiento jurídico, sin que tales situaciones contraríen la justicia. Por el contrario, algunas desigualdades pueden estar orientadas a fortalecer a los sectores más débiles de la sociedad²¹.

En un sentido muy específico el artículo 24 de la CADH consagra el principio de igualdad ante la ley, la prohibición general de no discriminación que se establece en el artículo 1.1 se ve extendida al derecho interno de los Estados partes. De acuerdo a lo anterior, la Corte, en la opinión consultiva OC-4/84, estableció que al examinar las implicaciones del trato diferenciado que algunas normas pueden dar a sus destinatarios, no “toda distinción de trato puede considerarse ofensiva, por sí misma, de la dignidad humana”²².

En la opinión consultiva OC-17/02 se señaló que “sólo es discriminatoria una distinción cuando carece de justificación objetiva y razonable”²³.

Tras mencionar la exigibilidad inmediata que establece la Convención del Niño, cabe preguntarse ¿se supervisa la actuación de los Estados? La respuesta es afirmativa. La Convención del Niño establece todo un sistema de vigilancia de las acciones estatales por medio del mecanismo de verificación oficial creado en el artículo 44 del instrumento, por el cual los Estados deben presentar informes oficiales periódicos, los cuales se realizan mediante el Secretario General de las Naciones Unidas ante el Comité de los Derechos del Niño. El Comité sobre los Derechos del Niño puede a su vez pedir a los Estados partes más información relativa a la aplicación de la Convención del Niño. Aunado a lo anterior, el artículo 45 establece que los organismos especializados tienen derecho de presentar información

²¹ Cfr. Corte IDH, *Caso Yatama vs. Nicaragua...* párr. 185; *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados...* párr. 88;

²² Cfr. Corte IDH, *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización...* párr. 55.

²³ Cfr. Corte IDH, *Condición jurídica y derechos humanos del niño...* párr. 50.

al Comité con el fin de darle un mayor conocimiento sobre los temas en los cuales se especializan.

Con los datos obtenidos de la información brindada por los Estados o por los entes especializados, el Comité dicta recomendaciones finales a los Estados, las cuales no son vinculantes y su peso es simplemente moral, ético y político.

Estos dos principios están a su vez relacionados con el de exigibilidad inmediata, lo cual supone que su realización y en general de todos los derechos consagrados en la Convención del Niño, debe ser inmediata, sin esperar que el Estado por voluntad los incorpore paulatinamente en las políticas públicas y sociales. Se trata no de un acto voluntario del Estado, sino de un deber, lo cual ha sido reiteradamente afirmado por la Corte IDH.

En la opinión consultiva OC-4/84 el Tribunal interpretó que:

La noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de la naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que a la inversa, por considerarlo inferior lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran [incluidos] en tal situación de inferioridad²⁴.

La Corte establece una excepción a la regla anterior, en el sentido de que

...al examinar las implicaciones del trato diferenciado que algunas normas pueden dar a sus destinatarios, es importante hacer referencia a lo señalado por [el] Tribunal en el sentido de que no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva, por sí misma, de la dignidad humana. Pueden establecerse distinciones, basadas en desigualdades de hecho, que constituyen un instrumento para la protección de quienes deban ser protegidos, considerando la situación de mayor o menor debilidad o desvalimiento en que se encuentran²⁵.

²⁴ Cfr. Corte IDH, *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización...* párr. 55.

²⁵ Cfr. Corte IDH, *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados...* párr. 89.

Pero este tema también ha sido tratado en el marco de la función contenciosa del Tribunal, en el Caso Yatama vs. Nicaragua, señaló que

...en la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *jus cogens*. Sobre él descansa el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y permea todo el ordenamiento jurídico²⁶.

c. Autonomía progresiva

Se refiere a la posibilidad que tienen los niños de ejercer de manera autónoma sus derechos, pero sin llegar a poner en duda que son titulares de derechos, al igual que cualquier persona adulta. Se trata de reconocer que para el ejercicio de los mismos puede ser necesario el apoyo de los padres, encargados o en su defecto del Estado, para un correcto ejercicio.

Esta autonomía es expresada en la Convención del Niño en el artículo 5 que la regula como un principio que dispone que el ejercicio de los derechos del niño es progresivo en virtud de la evolución de sus facultades, y a los padres o encargados les corresponde brindar orientación y dirección apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la Convención del Niño.

Consecuencia de lo anterior es el reconocer como un interés de la Convención del Niño el proteger el desarrollo de los niños en el ejercicio autónomo de sus derechos, y asignar como correlativa la responsabilidad a los padres o encargados así como al Estado. Por esto, es usual que existan normas con diferencias en el ejercicio autónomo de los derechos entre los niños y los adolescentes, ya que a éstos últimos se les reconoce algunas capacidades en razón de su edad y desarrollo.

Finalmente, este principio de autonomía progresiva en el ejercicio de los derechos resulta fundamental para efectos de determinar la capacidad procesal de los niños y adolescentes.

²⁶ Cfr. Corte IDH, *Caso Yatama vs. Nicaragua...* párr. 184.

3. Administración de justicia: participación como sujeto de derecho

El sistema de justicia es uno de los componentes esenciales de cualquier sistema de protección de derechos, ya que es el medio que permite asegurar la efectiva vigencia de los mismos. No obstante, el sistema de protección de derechos va más allá de la administración de justicia ya que involucra a todas las instituciones de un país en la medida que se trata de una protección integral. El acceso a la justicia de los niños y adolescentes debe considerarse desde los diferentes posiciones en que ellos pueden encontrarse frente a la administración de justicia.

a. La capacidad procesal de los niños

El artículo 12 de la Convención del Niño establece el principio de participación de los niños en los procesos que sean de su interés, y es la base jurídica que determina la capacidad jurídica para actuar directamente de los menores e independientemente en los procesos judiciales. Este artículo otorga el derecho a expresarse en cualquier proceso en que puedan verse afectados los intereses de los niños y niñas, opinión que debe valorarse de acuerdo a la edad y madurez del niño y la niña.

No existe, sin embargo, duda alguna sobre la capacidad de los niños y adolescentes para ser titulares de derechos; se trata de definir si el ordenamiento faculta a los niños y adolescentes para actuar personalmente o si requieren de un representante para poder hacerlo. Lo importante es si necesitan o no de un acompañamiento que les permita el ejercicio de sus derechos y facultades procesales. Cuando se habla de capacidad procesal no se trata de la titularidad del derecho de acceso a la justicia por parte de los niños y adolescentes, sino de su capacidad para actuar autónomamente como un requisito de validez del proceso judicial.

Ahora bien, la base para este reconocimiento procesal se encuentra en la propia Convención del Niño, de la cual se puede extraer que en cualquier proceso en que se puedan ver afectados los derechos de una persona menor de edad, a esta se le debe conceder la oportunidad de

expresar su opinión, la que debe a su vez ser valorada por el juez de acuerdo a la edad y la madurez del afectado. El punto de discusión en este momento es que la definición de cuando un niño puede ejercer por sí mismo sus derechos no lo establece la Convención del Niño, sino que lo deja en manos del derecho interno. El problema radica en que algunas veces la edad que se reconoce para establecer este tipo de derecho no coincide en todas las materias; por ejemplo, puede darse el caso que la edad para actuar en el ámbito penal y familiar sean diferentes, aunque no existen verdaderas razones para hacer este tipo de diferencia.

Este análisis es concordante con el principio de formación integral de los niños que contempla la misma Convención del Niño, así como con la idea de que la negación de derechos es contraria a cualquier idea formativa.

b. Necesidad de especialización

El principio de especialidad se encuentra en la Convención del Niño en el artículo 40, el cual alude a que los Estados deben crear leyes, procedimientos y órganos especializados para los niños.

Al respecto, se puede extraer de este artículo que la especialidad es consecuencia de la obligación de trato diferente que asumen los Estados con la Convención del Niño, siempre y cuando existan razones suficientes para ello, según se ha analizado. Este criterio ha sido reiterado por la Corte Interamericana.

Entre la normativa especial que se ha venido creando a raíz del fenómeno de concientización de los niños como sujetos de derechos y que desembocó en la Convención del Niño, podemos citar una serie de instrumentos que poseen importancia suprema en el tema de la justicia para los niños.

Normativa internacional

El 28 de noviembre de 1985, por medio de la resolución 40/33, la Asamblea General de la ONU adoptó las *Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores*, mejor conocidas como “Reglas de Beijing”. En la primera parte de las

Reglas de Beijing se enumeran los principios generales que orientan su aplicación,

...la justicia de 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 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.

En los comentarios a esta norma se indica

...estas orientaciones básicas de carácter general se refieren a la política social en su conjunto y tienen por objeto promover el bienestar del menor en la mayor medida posible, lo que permitiría reducir al mínimo el número de casos en que haya de intervenir el sistema de justicia de menores.

Otros aspectos relevantes de las reglas son: la inclusión del principio de igualdad, brindar una definición de menor –que leída en forma conjunta con la Convención del Niño, permite comprender que se habla de menor justiciable y no de menor en general– y, en la regla 5, los objetivos de la justicia de menores, al establecer que

...el sistema de justicia de menores hará hincapié en el bienestar de éstos y garantizará que cualquier respuesta a los menores delincuentes será en todo momento proporcionada a las circunstancias del delincuente y del delito.

Así, en la norma anterior se plasma el fomento del bienestar del menor como objetivo prioritario, y el principio de proporcionalidad.

Órganos especializados

Consecuencia evidente de la obligación de atender en forma diferenciada y específica las cuestiones referentes a los niños, y particularmente las relacionadas con la conducta ilícita, es el establecimiento de órganos jurisdiccionales especializados para el conocimiento de conductas penalmente típicas atribuidas a ellos y un procedimiento especial por el cual se conozcan estas infracciones a la ley²⁷.

²⁷ Cfr. Corte IDH, *Caso “Instituto de Reeduación del Menor” vs. Paraguay...* párr. 210.

Respecto de la creación de instituciones específicas, se trata de la creación de diferentes instancias dedicadas a atender a los niños tanto en lo que a su responsabilidad respecta como a sus derechos. Adicionalmente, también se hace referencia a la creación de procedimientos específicos.

Sobre este aspecto la Corte IDH se pronunció en la opinión consultiva OC-17/02, en el sentido de que

...la administración de justicia debe estar a cargo de un juez natural, competente, independiente e imparcial, de conformidad con el artículo 8 de la Convención Americana. Asimismo, al decidir sobre controversias o situaciones que involucren niños y adolescentes, debe buscar preservarse la especialidad de los organismos encargados de esta tarea²⁸.

En lo que se refiere a los derechos del niño protegidos en la Convención, la Corte ha establecido que

...los niños tienen derechos especiales a los que corresponden deberes específicos por parte de la familia, la sociedad y el Estado. Además, su condición exige una protección especial debida por este último y que debe ser entendida como un derecho adicional y complementario a los demás derechos que la Convención reconoce a toda persona²⁹.

La prevalencia del interés superior del niño debe ser entendida como la necesidad de satisfacción de todos los derechos de los niños, que obliga al Estado e irradia efectos en la interpretación de todos los demás derechos de la Convención cuando el caso se refiera a menores de edad³⁰.

Asimismo, el Estado debe prestar especial atención a las necesidades y a los derechos de los niños, en consideración a su condición particular de vulnerabilidad³¹.

28 Cfr. Corte IDH, *Condición jurídica y derechos humanos del niño...*

29 Cfr. *Ibidem*, párrs. 53, 54 y 60; *Caso de las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana...* párr. 133, y *Caso Servellón García y otros vs. Honduras, fondo, reparaciones y costas*, sentencia de 21 de septiembre de 2006. Serie C No. 152, párr. 113.

30 Cfr. Corte IDH, *Condición jurídica y derechos humanos del niño...* párrs. 56, 57 y 60, y *Caso de las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana...* párr. 134.

31 Cfr. Corte IDH, *Caso de la masacre de las Dos Erres vs. Guatemala, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas*, sentencia de 24 de noviembre de 2009 Serie C No. 211, párr. 184.

Exclusividad es la creación de órganos dedicadas específicamente a administrar justicia, en este caso, en materia de niñez y adolescencia, excluyéndose así toda otra materia. Es la traducción de los esfuerzos de los Estados por cumplir con el principio de especialidad y con el compromiso asumido en la Convención del Niño.

A modo de ejemplo podemos citar el caso de Costa Rica, en el que los juzgados de familia conocen de toda acción u omisión que constituya amenaza o violación de los derechos de las personas menores de edad, salvo lo relativo a la materia penal³², y los juzgados penales juveniles conocen sobre los hechos ilícitos cometidos por adolescentes, según lo establecen los artículos 28 y 29 de la Ley de Justicia Penal Juvenil.

Al respecto, en Costa Rica por medio de la Ley 7739 se promulgó el Código de la Niñez y la Adolescencia. Este instrumento nos permite ejemplificar el impacto de la Convención del Niño en la legislación nacional costarricense y nos brinda la oportunidad de concretar todo lo dicho arriba.

El Código define al niño como “toda persona desde su concepción hasta los doce años de edad cumplidos, y adolescente a toda persona mayor de doce años y menor de dieciocho”³³. Establece, la norma transcrita que en caso de duda, prevalece la condición de adolescente por sobre la adulto, y la de niño frente a la de adolescente.

Asimismo, establece que las normas del Código se aplicarán sin distinción alguna; se reafirma aquí el principio de igualdad y no discriminación contenido en la Convención del Niño. En este sentido, se trae al derecho interno otra norma internacional, como lo es el interés superior del niño contemplado en el artículo 5.

Toda acción pública o privada concerniente a una persona menor de dieciocho años, deberá considerar su interés superior, el cual le garantiza el respeto de sus derechos en un ambiente físico y mental sano, en procura del pleno desarrollo personal.

³² *Código de la Niñez y la Adolescencia, Ley 7739, Costa Rica*, primera edición. Patronato Nacional de la Infancia, San José, 1998, art. 116.

³³ *Ibidem*, art. 2.

La determinación del interés superior deberá considerar:

- a. su condición de sujeto de derechos y responsabilidades;
- b. su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales;
- c. las condiciones socioeconómicas en que se desenvuelve, y
- d. la correspondencia entre el interés individual y el social.

La norma transcrita refleja claramente la influencia de la Convención del Niño en la normativa costarricense: se plasma el principio rector del interés superior, la condición de sujeto de derechos del niño y la autonomía progresiva del menor. Aún más, en el artículo 8, que establece la jerarquía normativa expresamente, se indica que las normas del Código se deben aplicar e interpretar de conformidad con la Constitución y la Convención del Niño.

En el segundo título, que se refiere a los derechos y obligaciones, se evidencia un cambio en la concepción de la niñez ya que

...se visualiza [a] este grupo de población dentro de la aplicación de los derechos humanos. Es así como se le reconoce la libertad de expresión, creencias, de culto, de tránsito. Igualmente se le permite la libertad de asociación y el derecho de información. En el campo de la justicia, se le abre la posibilidad de acceder a la misma. Aspecto que anteriormente le estaba vedado o sumamente restringido³⁴.

Este derecho de acceso a la justicia se enmarca en el derecho de denuncia que tienen los menores de “denunciar una acción cometida en su perjuicio”³⁵, así como el respeto de la opinión de los menores en los procesos, tomando en cuenta su madurez emocional; en el artículo 107 se establece una lista de derechos que el menor posee en los procesos.

Finalmente, el Código crea un proceso especial de protección en el capítulo segundo, de naturaleza administrativa, con el fin de proteger el interés superior del menor; está a cargo del Patronato Nacional de la Infancia y se refiere a casos relacionados con acciones u omisiones del

³⁴ Campos Zúñiga, Mayra y Omar Vargas Rojas, *Derechos humanos de las personas menores de edad en el ordenamiento jurídico costarricense*. Publicación conmemorativa del XXV aniversario del Ministerio Público. San José, Costa Rica, pág. 393.

³⁵ *Código de la Niñez y la adolescencia*, art. 104.

Estado, de los padres, tutores o encargados, que puedan causar daño a un menor. Con este procedimiento se ejemplifica la especialización que la Convención del Niño ordena a los Estados partes.

Producto de este mandato de especialización contenido en la Convención del Niño, en Costa Rica, se aprueba la Ley de Justicia Penal Juvenil, Ley No. 7576 de 30 de abril de 1996. Está normativa concretiza legalmente el cambio de la concepción tutelar a la aplicación de la protección integral³⁶.

La Ley Penal Juvenil comienza estableciendo que se aplica a todas las personas cuya edad está comprendida entre los doce y menos de dieciocho años. No hace una distinción entre niño y adolescente, para ello se debe recurrir al Código de la Niñez y a la propia Convención del Niño. Señala la ley que los menores de doce años no son objeto de la misma, en otras palabras no tienen responsabilidad penal.

El principio de interés superior del niño aparece establecido en el artículo 7 como un principio rector, en el sentido de que “se debe considerar lo que es más conveniente para la reinserción familiar y social del joven... que lleva a diferenciar el derecho penal juvenil del derecho penal de adultos”³⁷.

Establece la Ley Penal Juvenil una serie de derechos y principios que pretenden crear un *corpus juris* sólido en materia de justicia penal juvenil. Se crea, en síntesis, una ley que separa a los adolescentes de los adultos en materia penal, teniendo en cuenta lo establecido por instrumentos internacionales, dentro del cual domina sin duda alguna, la Convención del Niño.

No está de más mencionar que producto de los mismos cambios iniciados por la Convención del Niño, se crean leyes especiales para cumplir con sus múltiples mandatos, entre las que está la Ley contra la explotación sexual de las personas menores de edad.

³⁶ La Ley Orgánica de la Jurisdicción Tutelar de Menores, mantenía una tendencia “proteccionista”, en la que el sujeto sometido al proceso era considerado un objeto de protección, más que un individuo con derechos y obligaciones. Campos Zúñiga, Mayra y Omar Vargas Rojas, *Derechos humanos de las personas menores de edad...* pág. 61.

³⁷ *Ibidem*, pág. 406.

Finalmente, cabe mencionar que la mera dedicación exclusiva no conlleva la satisfacción plena del principio de especialidad, por ello es necesaria además una adecuada capacitación de las autoridades competentes.

c. Asesoría jurídica y defensa

Se trata de un derecho previsto a nivel internacional, es el derecho a contar con un abogado en todo proceso judicial y es a su vez un requerimiento indispensable del acceso a la justicia.

Al respecto, debe entenderse que este es un requerimiento que debe cumplirse también en el caso de los niños en cualquier posición procesal en que se encuentren, ya sea como demandado, actor o como denunciante. Lo anterior es aún más necesario en este caso, ya que se trata de personas que no cuentan con el conocimiento de la administración de justicia, la mayoría de las veces en razón de su edad.

Aunado a lo anterior, cabe resaltar que las

...secuelas de la doctrina de la situación irregular, en donde el adolescente se encontraba en una condición de desprotección de sus derechos y garantías fundamentales, deben fortalecer la idea de otorgar al adolescente la respectiva asesoría jurídica para enfrentar el proceso³⁸.

En los procesos donde se encuentren involucrados menores, de acuerdo a todo lo que se ha mencionado anteriormente, se deben aplicar una serie de instrumentos internacionales en caso de que la regla no se encuentre ya incluida en la normativa interna del país.

Al respecto las mencionadas Reglas de Beijing brindan una serie de normas que deben ser aplicadas en dichos procesos de menores, en especial las contempladas en la segunda parte dedicada a la investigación y procesamiento, algunas de las cuales sirven para cerrar este apartado:

- a. notificación inmediata al padre o tutor cada vez que un menor sea detenido;

³⁸ IIDH, *Manual autoformativo en acceso a la justicia y derechos de la niñez y adolescencia en Centroamérica...* pág. 82.

- b. examen del caso por parte del juez de forma inmediata, con el fin de decidir la libertad del menor;
- c. la prisión preventiva se concibe como último recurso y durante el plazo más breve posible;
- d. se prefieren las medidas sustitutivas a la prisión.

Conclusiones

A lo largo de los años el Derecho Internacional de los Derechos Humanos se ha venido desarrollando, producto de ello es el principio de respeto a la dignidad humana de la persona independientemente de su condición; es por ello que toda persona, cualquiera sea su situación y la circunstancia en la que se encuentra, tiene derecho a la dignidad. Este principio, que resulta fundamental en el tema de los niños y su acceso a la justicia, es invocado por la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989 y en la Declaración sobre los Derechos del Niño de 1959.

Si se realiza un pequeño “viaje” por la evolución de los derechos del niño, se puede concluir que en los últimos años los esfuerzos por reivindicar los derechos de los niños y niñas se centraron básicamente en lograr que se les considere personas, bajo la misma condición de cualquier persona adulta.

Una fase posterior fue la de lograr que en materia de niñez, cuando existe una razón suficiente para ordenar un tratamiento desigual, éste debe hacerse. Según esta línea de argumentación, el tratamiento igualitario rige en principio, por lo que no es necesario ningún tipo de fundamentación adicional para su aplicación; pero esto no procede con la norma de tratamiento diferente, que no sería jurídicamente aplicable si no existe una razón que así lo ordene.

La Convención del Niño representa un esfuerzo de reafirmación y de consolidación de los derechos del niño. Su importancia es doble. Jurídicamente, se reafirman una amplia gama de derechos fundamentales que eliminan cualquier duda que pudiese subsistir con respecto al lugar del niño en el derecho internacional de los derechos humanos: no es el mero objeto del derecho a una protección especial,

sino sujeto de todos los derechos reconocidos por la normativa internacional como “derecho de toda persona”; socialmente, se plasman en un solo instrumento los compromisos que los Estados partes han adquirido.

La jurisprudencia de la Corte Interamericana ha sido determinante en esta materia. Los casos en los que el tema ha sido tratado son prolíficos en cuanto a la profundidad y claridad con que el mismo es estudiado, por cuanto la Corte se ha pronunciado en forma concisa sobre aspectos medulares relacionados con la protección y el acceso a la justicia de los niños al tratar el artículo 19 de la CADH y en el ejercicio de su función consultiva. El Tribunal ha sido firme en su idea de ir poco a poco ampliando el *corpus juris* de protección de los derechos del niño, por cuanto no se limita solo a la Convención Americana sino a otros instrumentos, como la Convención del Niño.

Finalmente, la Convención del Niño ha representado en las legislaciones y en el pensamiento jurídico y social en general, un verdadero punto de transición. Sus aportes son muchos y valiosos pero sin duda, el más grande de ellos es el cambio de la idea de que los niños son objeto de derechos a la de que son sujetos de derechos.

Estado, globalización y derechos indígenas: una mirada a la situación de los pueblos indígenas en México

*Leopoldo Francisco Maldonado Gutiérrez**

Introducción

En los últimos años los derechos de los pueblos indígenas han tenido constante desarrollo en cuanto a sus alcances e implicaciones. Su reconocimiento en instrumentos internacionales y la adopción de dichos estándares en los ordenamientos jurídicos de los países latinoamericanos, ha sido resultado de una larga lucha de los pueblos y comunidades originarias.

Muchas veces tales normas se han visto vigorosamente confrontadas por el modelo económico hegemónico y los planes de desarrollo que del mismo derivan. Esto se da en el contexto de la globalización contemporánea, a través de la cual se pretende imponer un proyecto de desarrollo y progreso bajo nuevas formas de dominación.

Las estructuras políticas, económicas, sociales y culturales del Estado-Nación han sido redefinidas y reconfiguradas pretendiendo desregular las economías nacionales, privatizar las empresas, los servicios y recursos públicos, y flexibilizar las relaciones laborales. En este proceso se ha buscado también homogenizar a como dé lugar la vida de naciones y pueblos que difieren sustancialmente de los valores “universales” impuestos desde los grupos de poder nacionales e internacionales.

* Abogado mexicano. Licenciado en Derecho de la Universidad Iberoamericana campus León, Guanajuato. Estudiante de la maestría en Derechos Humanos por la Universidad Iberoamericana campus Ciudad de México. Actualmente abogado del Área de Defensa Integral del Centro de Derechos Humanos “Miguel Agustín Pro Juárez”.

Partimos del supuesto de que la tensión existente entre pueblos indígenas por un lado, y globalización hegemónica con Estados intencionadamente debilitados, por otro, es resultado de la naturaleza misma de los derechos en cuestión, la cual responde a las formas de organización social, la cosmovisión, el espíritu comunitario, la íntima relación con la tierra y otros aspectos esenciales de la identidad cultural de los pueblos indígenas.

La plena vigencia de los derechos a la autodeterminación, al territorio, la tierra y los recursos naturales de los pueblos originarios, presuponen un reto para el Estado y la política económica vigente, toda vez que los sucesivos gobiernos de corte tecnocrático han querido eludir los efectos del modelo económico sobre la vida de las comunidades indígenas. En los hechos se les ha segregado de los procesos de desarrollo que directamente les atañen, despojándolos de sus tierras como medio de subsistencia y elemento cultural de cohesión, y provocando daños ambientales por la explotación de los recursos ahí ubicados.

Por ende, la importancia del presente trabajo reside en la contradicción estructural entre la aplicación efectiva de los derechos indígenas y la implementación de planes de ajuste estructural en el marco de la globalización neoliberal. En concreto se parte de los derechos que conforman los ejes reivindicativos de los pueblos: autodeterminación, tierra y territorio. También se busca comprobar cómo un Estado débil coloca a los pueblos indígenas en situaciones más agudas de vulnerabilidad, independientemente de la responsabilidad internacional en que incurre por la falta de garantía efectiva de los derechos indígenas.

Para ello se realiza un repaso de los principales instrumentos internacionales, las recomendaciones de los órganos convencionales y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en la materia, como elementos que marcan pautas mínimas para la aplicación efectiva de los derechos en cuestión.

1. La redefinición del papel del Estado-Nación en el marco de la globalización económica

a. De la soberanía del Estado-Nación a la globalización hegemónica

Hoy en día resulta difícil definir de manera clara y precisa lo que la globalización significa. Aunado a esto, hablar de un tipo de globalización resultaría reducir un proceso constante en la historia de la humanidad que presenta sus especificidades en cada época. Como afirma Anthony Giddens, podríamos ubicar el inicio de la globalización en la Europa del siglo XVII, precedido por los cambios en la ciencia y la tecnología ocurridos hacia el siglo XVI¹.

Hoy en día, la globalización de finales del siglo XX y principios del siglo XXI tiene como característica el desarrollo acelerado de las tecnologías de la comunicación, situación novedosa que trastoca las antiguas relaciones sociales bajo una nueva definición de espacio y tiempo. Algunos autores, lejos de considerarlo un proceso homogéneo o caer en reduccionismos, refieren que la globalización presenta transformaciones diferenciales en aspectos variados como la política, la cultura, lo jurídico y lo económico. No obstante, sería inconducente soslayar que la racionalidad inherente al campo económico condiciona la dinámica social, política y cultural de las comunidades nacionales, regionales y locales.

Por ende, debido a los acelerados cambios observados en diferentes ámbitos con motivo de los avances tecnológicos, es evidente que existen “ámbitos de acción deslocalizados en los cuales el Estado, en su estructura tradicional, no puede ejercer plenamente su poder (soberanía)”².

Como resultado, el espacio del Estado-Nación, en tanto ente regulador de la vida humana en distintos territorios y contextos,

¹ Giddens, Anthony, *Consecuencias de la modernidad*. Alianza Editorial, Madrid, 1993, págs. 15-16.

² López Ayllón, Sergio, “Globalización, Estado Nacional y Derecho: los problemas normativos de los espacios deslocalizados”, en: *Revista Isonomía*, Revista de teoría y filosofía del derecho, No. 11. Departamento Académico de Derecho del ITAM, México, octubre de 1999, pág. 8.

está siendo redefinido de manera sustantiva, en un proceso que no está exento de conflictividad ética y que requiere de una mayor comprensión cuando se aborda desde el discurso de la pluriculturalidad e interculturalidad.

La progresiva disolución de las funciones habituales del Estado moderno a partir de su desplazamiento por parte del poder económico transnacional, tiene como raíz la desterritorialización de los ámbitos de validez de soberanía. En el proceso de adelgazamiento estatal se han creado espacios normativos que desbordan las instancias legislativas del Estado comúnmente legitimadas por la comunidad³. La pérdida de poder estatal implica un fuerte peligro en razón de que apenas en las últimas décadas, los pueblos indígenas estaban en un proceso de construcción de una nueva relación con éste.

Si bien el diálogo Estado-pueblos indígenas estaba cargado de discrepancias y, en ocasiones, de fuertes retrocesos, hoy por hoy, las empresas globales y los monopolios nacionales no constituyen un actor confiable y mucho menos un referente en el respeto, garantía y cumplimiento de los derechos que les pertenecen a los pueblos indígenas. Al contrario, han encontrado en los gobiernos a sus aliados para imponer sus intereses particulares. A continuación se expondrá de manera somera algunos procesos político-sociales que decantaron en la actual situación de peligro inminente y real para los derechos de los pueblos originarios a la autodeterminación, el territorio, la tierra y la utilización de los recursos naturales.

b. Aproximación a la génesis, desarrollo y consolidación del Estado-Nación moderno

Como ya comentábamos, las consecuencias de la globalización se visibilizan en la recomposición del Estado-Nación, entendido éste como el paradigma moderno de organización territorial-

³ López Ayllón, Sergio, "Globalización, Estado Nacional y Derecho: los problemas normativos de los espacios deslocalizados"... págs. 13-14. Como ejemplos encontramos el arbitraje comercial privado y las reglas de fabricación de ciertos productos, pág. 14.

político-administrativa formulado en Europa desde el siglo XVI y materializado en su actual caracterización de los siglos XVIII y XIX⁴.

Debemos partir de la idea de que el Estado moderno es una construcción europea que confeccionó el mapa político actual, cuya formación podría ser ubicada como consecuencia de dos hitos históricos: la Reforma y la Paz de Westfalia.

El primero de los procesos históricos diluyó la idea de unidad cristiana universal debido a los conflictos suscitados entre católicos y protestantes, atrayendo como consecuencia inmediata el surgimiento del poder secular, con el cual se aminoró la influencia política de la Iglesia Católica y los efectos del fragmentarismo feudalista a través de la centralización de la autoridad soberana en un monarca, forma de gobierno que ha sido identificada como absolutismo⁵. Asimismo, en el plano filosófico, cimbró los postulados mismos del gobierno teocrático planteando nuevas interrogantes sobre la obligación y la obediencia política.

La paz westfaliana, por su parte, se identifica como la constitución de un sistema interestatal basado en un equilibrio de poderes soberanos cuya única fuente de neutralización era la constante amenaza militar exterior⁶.

Es así que en el complejo y heterogéneo proceso de formación estatal, encontramos como antecedente inmediato al Estado absolutista y al sistema interestatal conocido en un principio como orden westfaliano. Al condensar y concentrar el poder político en unas cuantas manos, y al promover la creación de un gobierno central, el absolutismo allanó el camino del poder secular y nacional⁷. En tanto la “sociedad de Estados” derivada de la Guerra de los Treinta Años, estableció las reglas de convivencia en la Europa post-medieval, sustentado las relaciones internacionales en un gran complejo

4 Held, David, *La democracia y el orden global: del Estado moderno al gobierno cosmopolita*. Ed. Paidós, Barcelona, 1997, pág. 53.

5 *Ibidem*, pág. 56.

6 *Ibidem*, págs. 100 a 106.

7 *Ibidem*, pág. 59 y ss.

normativo que postulaban los principios de coexistencia y cooperación, teniendo como unidad política a cada uno de los Estados soberanos dentro de un orden autorregulado, y que encontró los canales de comunicación e intercambio en la formalización de las relaciones diplomáticas⁸.

Entonces, los Estados modernos, desarrollados como Estados-Nación, se podrían definir como

...aparatos políticos distintos tanto de los gobernantes como de los gobernados, con suprema jurisdicción sobre un área territorial delimitada, basados en el monopolio del poder coercitivo, y dotados de legitimidad como resultado de un nivel mínimo de apoyo o lealtad de sus ciudadanos⁹.

De lo anterior se desprenden los elementos esenciales del Estado moderno que, a partir de la globalización actual, se han visto trastocados, a saber¹⁰:

- *Territorialidad*: los Estados fijaron fronteras exactas a la vez que formularon diversas reivindicaciones territoriales, en específico, sobre “sus” colonias.
- *Poder estatal impersonal*: entendido como orden político soberano e impersonal que ejerce suprema jurisdicción sobre un área territorial delimitada. La soberanía se hace valer a través de los representantes populares o ciudadanos, y estos a su vez, materializan en la ley la voluntad general¹¹.
- *Control de los medios de violencia*: constituye el derecho a detentar el monopolio de la fuerza y los medios de coerción. Así, se someten

⁸ La coexistencia se materializó en los principios de uso legítimo de la fuerza, naturaleza de los acuerdos (*pacta sunt servanda*) y la jurisdicción apropiada del Estado. La cooperación internacional, en su forma moderna primigenia, se tejió a través de alianzas políticas y económicas estratégicas entre Estados individuales, sin el reconocimiento de una autoridad supranacional. *Ibidem*, pág. 103.

⁹ *Ibidem*, pág. 71.

¹⁰ *Ibidem*, pág. 71.

¹¹ Finalmente prevaleció el concepto de soberanía popular, fundamento de la democracia liberal, mismo que fuera propuesto por Rosseau y Locke, sobre su contraparte, la soberanía estatal, formulada por Hobbes y Bodin, la cual establece que los gobernados ceden parte de sus libertades y derechos a un poder circunscrito de gobernantes que dirigen los destinos del pueblo.

y erradican los centros de poder dispersos por el territorio que el Estado se ha apropiado.

- *Legitimidad*: se sustituye el derecho divino y el estatal por el derecho de individuos y pueblos, a los cuales el poder central tendrá que convencer respecto a la representación de sus intereses y perspectivas.

Ahora bien, es importante resaltar que la forma que tomó el Estado moderno fue la del Estado-Nación, dentro del cual quedó embebida la democracia representativa liberal. Debemos partir entonces, de que el mundo occidental fue primero liberal y después demócrata, en razón de la necesidad de las clases sociales emergentes que demandan la reformulación del Estado, aumentando la esfera de libertades y derechos individuales como contrapeso del poder público¹². Sólo fue a partir de los fuertes conflictos entre distintos grupos sociales que defendían multitud de intereses diversos que ocurrieron transformaciones sustantivas en la arena política nacional, introduciendo el modelo de representación política a través de personajes elegidos por el pueblo.

Para entender la configuración del Estado-Nación como liberal y democrático debemos tomar en cuenta los procesos históricos o pautas que se intersectaron para dar pie a esa forma de organización política validada a nivel mundial: las guerras y el militarismo que de ellas decantó, la emergencia del capitalismo y la lucha por la ciudadanía¹³.

En cuanto al primero de los desarrollos, se puede decir que existió una conexión directa entre el crecimiento de la necesidad de recursos financieros para la guerra y la expansión de procesos de extracción con la formación de cargos ejecutivos y burocráticos para organizar dichas transformaciones.

¹² Se enaltecieron por la burguesía a partir de la Revolución norteamericana y, sobre todo, de la ocurrida en 1789 en Francia, el derecho a la vida, la libertad y la propiedad.

¹³ Held, David, *La democracia y el orden global: del Estado moderno al gobierno cosmopolita...* pág. 75 y ss.

Esta dinámica belicista propiciaría una movilización de recursos y personas sin precedentes, a la par que se logró el robustecimiento del comercio y la imposición de las reglas del juego a otros Estados más débiles. Esto decantaría en la visión de Estado unificado y centralizado. Los Estados que tuvieron la capacidad de imponerse en esta lógica militarista a través de la disposición de recursos de grandes poblaciones, consolidación de la economía nacional y la implementación de nuevas tecnologías, se convirtieron en las potencias dominantes que establecieron las reglas del juego político planetario¹⁴.

Los costos y exigencias de las guerras sucesivas provocaron que los gobernantes buscaran legitimarse ante sus súbditos debido al aumento de tales exigencias, profundizándose de esta manera la dependencia de los gobernantes hacia las “formas cooperativas de relaciones sociales”¹⁵. Mientras tanto, la participación de la ciudadanía en este proceso generó identidad y sentido de pertenencia a una comunidad política, lo que culmina en la toma de conciencia de los derechos y obligaciones que implica dicha pertenencia.

Es en este proceso que el nacionalismo se encuentra estrechamente ligado a la unificación administrativa del Estado, ya que se configura un proceso de formación de las identidades nacionales como resultado de la lucha de la ciudadanía en la nueva comunidad política y de las élites y gobernantes por crear una identidad que legitimara las acciones estatales; así, se conforma un medio para asegurarse la coordinación de las medidas políticas, movilización masiva y legitimidad¹⁶.

Las élites se embarcaron en el proyecto de aglomerar gente en un territorio con el propósito de afirmar o aumentar el poder del Estado a través de la configuración de una “comunidad nacional de destino” fundamentada en “focos étnicos”. Es decir, las clases dirigentes no hicieron *tabula rasa* para la construcción de la “identidad nacional”, sino que partieron de una o varias “comunidades de historia y cultura”

¹⁴ Ibidem, págs. 78-79.

¹⁵ Giddens, Anthony, *El Estado-Nación y la violencia*. Fondo de Cultura Económica, México, 1990, págs. 14-15 y 198 y ss.

¹⁶ Breuilly, John, *Nacionalismo y Estado*. Ed. Pomares-Corredor, Barcelona, 1982, pág. 365 y ss.

particulares y preexistentes a partir de las cuales se fue edificando la nueva nación¹⁷.

En lo referente al proceso de acumulación capitalista, debemos partir de que el expansionismo europeo del siglo XVI constituyó la fuente del desarrollo de la eficiencia y actividad estatales, además de los frenéticos cambios que significó en el campo de la tecnología. Como parte primordial de este crecimiento acelerado se encuentran la conquista y colonización de América y otros territorios, que proveyeron infinidad de recursos materiales y mano de obra esclavizada y semiesclavizada.

Así, la difusión del poder de Europa se llevó acabo a través de campañas marítimas militares y comerciales, quedando conectado el viejo Continente a un entramado global de relaciones comerciales y productivas. En el centro de esas relaciones se encontraba el espíritu mismo del capitalismo, el cual, desde sus orígenes fue un asunto internacional que no conoció fronteras territoriales¹⁸.

El desarrollo capitalista contribuyó de manera determinante a la etapa formativa del Estado-Nación europeo, toda vez que los grupos poderosos esperaban moldear la acción estatal y adecuarla a sus intereses, lo cual alcanzan mediante alianzas entre quienes detentaban el poder político y aquellos de predominante interés económico. Los primeros consolidaban su poder de coerción y desplazaban a viejos grupos de poder (terratenientes e Iglesia). Los segundos favorecían sus actividades y la expansión de sus redes y relaciones de mercado¹⁹.

Lo anterior no estuvo exento de conflictos entre los grupos de poder político y económico, lo que daría pie a la doctrina del liberalismo económico, mediante la cual se luchó por una esfera económica independiente de la injerencia estatal y la representatividad en el plano

¹⁷ Smith, Anthony D., citado por Held, David, Held, David, *La democracia y el orden global: del Estado moderno al gobierno cosmopolita...* pág. 82.

¹⁸ Wallerstein, Immanuel, *La economía capitalista*. Fondo de Cultura Económica, México, 1979.

¹⁹ Held, David, *La democracia y el orden global: del Estado moderno al gobierno cosmopolita...* pág. 88.

político. El principal nexo era afirmar la lucha por el reconocimiento, únicamente, de derechos civiles y políticos²⁰.

La expansión europea se convirtió en la principal fuente de desarrollo de la actividad y eficiencia estatales, lo cual implicó, desde la perspectiva de los vencidos, la erosión y degradación de sus civilizaciones. Lo que significó el fortalecimiento de redes económicas, sociales y políticas para los Estados europeos a través de la conformación de mecanismos de expansión capitalista, y conllevó para las civilizaciones no europeas, como las musulmanas, chinas, hindús e indias americanas, su destrucción y sometimiento a nuevas formas de poder²¹. Acompañando este incremento exponencial de la acumulación de capital, en el plano político-jurídico se impuso al Estado como la única forma de organización política reconocida en el sistema mundial²².

Volviendo al contexto europeo es importante examinar que la democracia representativa liberal deviene de los tipos de lucha que emprendieron los diversos grupos, clases y movimientos, para obtener mayores grados de autonomía y control sobre sus vidas ante las distintas formas de estratificación, jerarquía y obstáculos políticos²³.

En un principio, la lucha por las libertades y derechos reconocidos como civiles y políticos respondió al interés de las nacientes clases capitalistas por reafirmar su autonomía individual frente al Estado, reivindicando de esta manera el derecho a la propiedad, libre elección, libertad de pensamiento, expresión y religión. Las nuevas libertades individuales impugnaron las formas tradicionales de poder, mas no resistieron las nuevas desigualdades creadas por la efervescencia del mercado capitalista competitivo.

²⁰ *Ibidem*, pág. 90.

²¹ Aquí David Held hace una clara diferenciación entre las relaciones de mercado capitalistas basadas en “comprar, vender y acumular capital” y el desarrollo capitalista industrial fundado en el control de una clase sobre los medios de producción. Held, David, *La democracia y el orden global: del Estado moderno al gobierno cosmopolita...* pág. 86.

²² López Ayllón, Sergio, “Globalización, Estado Nacional y Derecho: los problemas normativos de los espacios deslocalizados”... pág. 12.

²³ Held, David, *La democracia y el orden global: del Estado moderno al gobierno cosmopolita...* pág. 91.

De esta manera, las clases poderosas ubicadas dentro de la llamada “sociedad civil” centraron su atención en el poder del Estado, mismo que trataron de controlar y encausar hacia la consecución de sus intereses. Fue así que surgió la alianza –descrita por Max Weber– entre capitalismo moderno y Estado moderno emergente.

Ante las nuevas necesidades y relaciones de poder, se fue abriendo más la gama de libertades fundamentadas en el principio de igualdad formal y autonomía. Así, la nueva sociedad conformada por individuos “libres e iguales” permitió la participación de algunos estratos sociales en la vida política del Estado. Sin embargo, numerosos grupos, como las mujeres, los obreros y otras minorías, fueron segregados. Fue hasta finales del siglo XIX y principios del XX que las luchas obreras y feministas resignificaron los derechos de las personas, otorgándoles a las reivindicaciones inherentes a sus contiendas el carácter de derechos sociales.

La más importante razón por la cual se consolidó la democracia representativa es que resultó inocua e inofensiva para el mundo capitalista moderno en virtud de la separación arbitraria que hace entre los derechos políticos y los económico-sociales, ya que la lógica de la política no fue extendida directamente a la industria, lo cual nos lleva a concluir que se mueve bajo el principio de la autonomía²⁴.

c. Los pueblos indígenas en el proceso de construcción del Estado moderno

Las potencias coloniales del siglo XVI que asentaron sus reales en el continente americano, lograron el control de los territorios conquistados a través de un modelo de férreo control económico, político y social, que se tradujo en la dominación de los pueblos indígenas durante tres siglos.

Los europeos que arribaron al Continente consideraron a los nativos como salvajes e incivilizados, procreando doctrinas que justificaban su dominio sobre las tierras conquistadas tales como *terra nulius*, derechos de comunicación, descubrimiento, *ius migrandi*, entre otras. En ese momento histórico las naciones indígenas fueron

²⁴ *Ibidem*, págs. 91-96.

despojadas de la soberanía sobre sus territorios y sus formas de gobierno²⁵. No obstante, durante la colonia española se reconoció a algunas comunidades el derecho a nombrar autoridades tradicionales y autoorganizarse en lo que se denominó “repúblicas de indios”. En este periodo se estableció el pilar de la economía colonial y del control socio-político de los pueblos indígenas: la encomienda.

En el siglo XIX, el proceso emancipatorio que en las colonias españolas concluyó con la conformación de las repúblicas latinoamericanas no trastocó sustantivamente el sistema de castas, simplemente se redefinieron las relaciones de dominación a través del Estado-Nación. Esta nueva forma de organización derivada de una idea lineal de progreso, implicó la imposición de un sólo idioma, religión, sistema jurídico, suplantando el viejo régimen legal proteccionista veladamente expoliador, por uno de índole liberal donde se otorgaba, en el discurso normativo, un trato igualitario a los pueblos indígenas. Ante la desprotección normativa de las comunidades indígenas se abrió el camino para la asimilación de las culturas autóctonas, a la vez que se continuaba con el régimen de explotación inhumana.

En México, como en otras naciones del subcontinente, se sustituyó la encomienda por la hacienda, dominando esta forma de producción, organización política y tenencia de la tierra hasta el año la revolución de 1910, mediante el sometimiento de pueblos enteros. Los indígenas se convirtieron en peones que trabajaban jornadas extenuantes por magras remuneraciones, sometidos a deudas esclavizantes contraídas con el latifundista o hacendado. La proporción de jefes de familia que detentaban una propiedad rural era mínima y sobrevivían en condiciones de extrema pobreza²⁶.

A partir de la Constitución de 1917 se inició un proceso de reforma agraria en el cual se repartieron las tierras acaparadas por

25 Aylwin, José, “Derechos humanos y derechos indígenas en América del Sur: antecedentes, movimientos y desafíos”, documento de trabajo. Temuco, Chile, marzo de 2003, pág. 2.

26 Whetten, Nathan L., “El surgimiento de la clase media en México”, en: *Las clases sociales en México*, tercera edición. Editorial Nuestro Tiempo, Colección Los Grandes Problemas Nacionales, México, 1972, págs. 75-76.

los latifundistas. El Estado, frente a los pueblos originarios, hizo a un lado las políticas integracionistas o asimilacionistas adoptando otras conocidas como indigenistas, desde las cuales se consideraba a dichas culturas como objetos de protección en la medida que no fungieran como obstáculos para la integración nacional, el desarrollo y el progreso.

El Congreso de Pátzcuaro de 1940 fue el banderazo para la adopción del indigenismo en gran parte de América Latina. En el discurso, con un escaso correlato factual, se ponderaba que sus tierras, lenguas y costumbres, “debían ser protegidas por los Estados a través de legislaciones e instituciones indigenistas. Su desarrollo económico debía fomentarse a través del impulso de políticas especiales de apoyo al indígena”²⁷.

Los efectos de esta política no se hicieron esperar. Los pueblos indígenas fueron relegados del bienestar económico y social a la vez que fueron desapoderados de sus territorios y tierras, conformando actualmente el sector más empobrecido de la realidad nacional y latinoamericana.

d. Globalización. ¿Dónde queda el Estado?

El principio westfaliano de “equilibrio” político entre iguales, es decir, entre países europeos, pierde fuerza con el ascenso de Inglaterra como hegemonía imperial (fines del siglo XIX hasta el fin de la primera guerra mundial), y en el siglo XX es determinadamente socavada por el fortalecimiento vertiginoso del sistema capitalista y con la conversión en centros de gravedad de Estados Unidos y la URSS, en tanto potencias político-militares de posguerra.

A pesar de la constitución de instituciones financieras internacionales, como el Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial (en lo económico) y la ONU (en lo político), la construcción de un orden multipolar continuó siendo una quimera. La formalización de tratados internacionales, pese al discurso normativo excepcionalmente construido, han encontrado fuertes obstáculos en su aplicación efectiva

²⁷ Aylwin, José, “Derechos humanos y derechos indígenas en América del Sur: antecedentes, movimientos y desafíos”... pág. 6.

al interior de naciones poderosas y no poderosas, de la misma manera que son repelidos en el marco de relaciones entre países centrales y periféricos (también conocidas como relaciones Norte-Sur).

Algunos de ellos, como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, fueron impugnados por varios países ubicados en el bloque capitalista occidental, desde una perspectiva ideológica que los consideraba mandatos morales y no prerrogativas de las personas que obligaban a los Estados a su cumplimiento, respondiendo de esta manera a la dinámica de acumulación capitalista sustentada en la maximización del beneficio al menor costo.

Con la caída del bloque soviético y la subsiguiente pregonación del “fin de la historia”, el sistema capitalista, encabezado por Estados Unidos, encontró un terreno fértil más allá de su espacio de influencia, donde de por sí ya estaba consolidando las políticas de ajuste estructural impulsadas desde los organismos financieros internacionales con el apoyo del Grupo de los Siete (después denominado G-8 con la inclusión de la Rusia capitalista).

Prescindiendo de “interpretaciones monolíticas y explicaciones monocausales”, la globalización se presenta hoy en día con un rostro multifacético²⁸. No obstante lo anterior, un factor determinante en la mutación estatal fue la suplantación del parcial control logrado en el campo económico con la construcción del Estado benefactor o *Welfare State*, como representación simbólica del consenso entre las posiciones liberales y comunitaristas.

Dicha confluencia atrajo como consecuencia inmediata una mayor legitimidad del Estado frente a la sociedad civil, en especial de aquellos sectores históricamente excluidas del bienestar y desarrollo económicos²⁹. No obstante, en América Latina, como es sabido, el experimento del Estado de bienestar sufrió un menoscabo en su

²⁸ De Sousa Santos, Boaventura, *La caída del Angelus Novus: ensayos para una nueva teoría social y una nueva práctica política*. ILSA-Universidad Nacional de Colombia, 2003, pág. 171.

²⁹ Fistteti, F., *Comunidad. Léxico de la política*. Ediciones Nueva Visión, Buenos Aires, 2004, pág. 119.

legitimidad política con la irrupción de dictaduras militares, algunas de ellas de corte populista pero no por ello menos represivas.

A partir de los años ochenta, las empresas multinacionales se erigieron como actores centrales del sistema económico mundial. En esta nueva etapa de hegemonía y acumulación capitalistas, la división del trabajo alcanzó su internacionalización a través del fenómeno de relocalización de la producción aparejado de flujos financieros irrestrictos, la desregulación de las economías nacionales, la predominancia de las instituciones financieras internacionales, la inversión global.

En el ámbito nacional, las políticas económicas se orientaron bajo rígidas directrices que entrañaban la apertura de los mercados, adecuación de precios domésticos a las fluctuaciones del mercado internacional, reducción de la inflación, sobreprotección de los derechos de propiedad y privatización de las empresas estatales. En resumen, la regulación mínima de la actividad económica y financiera³⁰.

Así se impuso, en palabras de Boaventura de Sousa Santos, la globalización entendida como

...proceso por medio del cual una condición o entidad local dada tiene éxito en extender su rango de acción sobre todo el globo y haciéndolo, desarrolla la capacidad de designar a una condición o entidad rival adversaria como local³¹.

Como efecto inmediato de la imposición del nuevo modelo económico, las desigualdades sociales existentes al interior de los Estados se han acentuado con la alianza establecida entre las empresas transnacionales, los capitalistas locales y las élites políticas nacionales.

³⁰ De Sousa Santos, Boaventura, *La caída del Angelus Novus: ensayos para una nueva teoría social y una nueva práctica política...* pág. 172.

³¹ De Sousa Santos, Boaventura, *De la mano de Alicia: lo social y lo político en la posmodernidad*. Edición Uniandes-Universidad de los Andes, Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 1998, pág. 348. Así, se puede hablar de dos modalidades de globalización: el localismo globalizado, como proceso mediante el cual un fenómeno local dado se globaliza exitosamente, y globalismo localizado, consistente en el impacto específico de las prácticas transnacionales sobre las realidades locales. Por consiguiente, podríamos hablar de la globalización hegemónica o globalización desde arriba (págs. 350-351).

Mediante esta convergencia de intereses, se ha desmantelado el Estado-Nación moderno en razón de la modificación del capitalismo nacional y disminución del rol de los poderes públicos, desproveyéndolo intencionadamente de los “medios para oponerse a los mercados”³².

En el plano social, las aludidas recetas neoliberales heterónomas exigen la reducción de los derechos laborales y la disminución del gasto público social, provocando la “implosión” del pacto social construido con el Estado de bienestar. La organización del Estado y la distribución del ingreso al interior de éste se trastocan por el principio de libre comercio basado “en la circulación, sin barreras, de mercancías, inversiones, servicios, transmisión multimedia, turistas y personas de negocios y no en la libre circulación legal de mano de obra mundial”³³. Asimismo la actual modificación del papel del Estado por el mercado “tiende a imponer en todas partes idénticos comportamientos económicos, sin tener en cuenta singularidades culturales locales”³⁴.

En resumen, una asignatura pendiente en el orden internacional es la regulación efectiva de temas estratégicos en las nuevas relaciones de poder mundiales. Atendiendo a la nueva realidad político-social-económica global, caracterizada por la supremacía de los corporativos privados transnacionales e instituciones financieras internacionales, resulta necesaria una normatividad que someta sus campos de acción a responsabilidades específicas, sobre todo en materia de respeto y cumplimiento de derechos humanos que violan de manera directa o en contubernio con el Estado³⁵.

³² Ramonet, Ignacio, *Un mundo sin rumbo: crisis de fin de siglo*. Editorial Debate, Madrid, 1999, pág. 77.

³³ Rodríguez, Nemesio J., “Pueblos indígenas, globalización y desarrollo”, en: *Estado del desarrollo económico y social de los pueblos indígenas de México. Segundo Informe*. INI/PNUD, México, 2002, pág. 9.

³⁴ Ramonet, Ignacio, *Un mundo sin rumbo: crisis de fin de siglo...* pág. 152.

³⁵ Como explica De Sousa Santos, los consensos que componen el llamado Consenso de Washington son tres: el consenso del Estado débil, el consenso de la democracia liberal y el consenso del Estado de Derecho y el sistema judicial. Los tres se suman al consenso económico neoliberal. De Sousa Santos, *Boaventura, La caída del Angelus Novus: ensayos para una nueva teoría social y una nueva práctica política...* pág. 183.

Los detractores de la sujeción privada a los estándares de derechos humanos sostienen que el único responsable por violación a derechos fundamentales es, en última instancia, el Estado. Sin embargo, en los últimos años han surgido iniciativas tendientes a crear instrumentos internacionales sobre obligaciones corporativas. Los esfuerzos han resultado insuficientes e infructuosos debido al carácter no vinculante de las declaraciones internacionales y se condiciona a la “buena voluntad” de las empresas para acatarlos³⁶.

e. Pueblos indígenas frente a la globalización

Desde la perspectiva de los pueblos indígenas, la emergencia de los movimientos reivindicatorios de sus derechos ha implicado *per se* un cuestionamiento al capitalismo anterior al neoliberalismo y también a éste. La centralidad de sus demandas a partir de la década de los setenta, ha sido tutela de sus formas de libre determinación y autonomía, participación política en pie de igualdad frente al Estado, tierra y territorio, identidad cultural y reconocimiento de sus instituciones sociales y normativas³⁷.

A pesar de su posicionamiento como actores relevantes en el foro internacional, las realidades nacionales tienden a recrudecer la de por sí indignante situación de exclusión social, política, jurídica y económico en la que perviven. La marcada tendencia a la privatización del desarrollo contribuye al desplazamiento del espacio de definición de prioridades en la materia al ámbito privado, relegando a actores públicos y sociales en el proceso de decisión e instrumentación. Entre ellos se encuentran precisamente los pueblos indígenas.

³⁶ Entre las declaraciones se encuentran: las Directrices sobre las Empresas Transnacionales de la OCDE; Declaración Tripartita de Principios sobre las Empresas Multinacionales y la Política Social de la OIT; los Lineamientos de Política del Banco Mundial, entre los cuales se encuentran la Directiva Operacional 4.20 sobre Pueblos Indígenas, y la más recientes Normas sobre las Responsabilidades de las Empresas Transnacionales en la Esfera de los Derechos Humanos de la ONU. Ver J. Schrage, Elliot y Anthony P. Ewing, “El sector empresarial y los derechos humanos: ¿puede el sector privado contribuir a promover los derechos humanos en el sector cafetalero?”, en: *Revista IIDH*, vol. 39. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, enero-junio 2004, págs. 297-298.

³⁷ Cfr. Stavenhagen, Rodolfo, *Conflictos étnicos y Estado nacional*. Siglo XXI Ed., México, 2000.

Manifestación palpable de lo anterior es la implementación de megaproyectos de desarrollo en los ámbitos locales o regionales financiados con capital privado y prohijados por el gobierno, situación que se contraponen en múltiples ocasiones con el derecho a la autodeterminación, la tierra y los recursos naturales de las comunidades indígenas específicamente consagrados en el Convenio 169 de la OIT y en la recientemente aprobada Declaración Universal sobre Derechos de los Pueblos Indígenas.

Habrà que recordar que como circunstancia particular de las regiones donde se localizan las comunidades indígenas es la existencia de biodiversidad conservada gracias al profundo arraigo y respeto por la tierra y la naturaleza que estos pueblos practican. Los grandes yacimientos de petróleo y minerales, recursos hídricos y biogenéticas, se encuentran en territorios o regiones indígenas, formando parte fundamental del espacio social y cultural donde se desenvuelve su vida cotidiana. Por esta razón, cuando se encuentran en juego poderosos intereses grupales, ya sean públicos o privados, a través del diseño de megaproyectos –tales como carreteras, presas hidroeléctricas, ecoturismo, corredores biológicos– con miras a establecerse en territorios indígenas, surgen fuertes amenazas a sus derechos colectivos.

En México, la actitud de las autoridades federales, estatales y municipales se traduce en la imposición de tales planes económicos mediante el engaño, la división de comunidades, despojo de tierras y recursos, el uso de la fuerza pública y el juzgamiento de los integrantes de movimientos de resistencia por delitos de índole político. Desde un enfoque normativo, la situación se agrava ante un limitado reconocimiento constitucional de los derechos inherentes a los pueblos indígenas. Casos como el de la hidroeléctrica de La Parota en el Estado de Guerrero, cuya construcción implicaba el desplazamiento de miles de familias de sus tierras y territorios sin consultarlos previamente, han merecido pronunciamientos del Comité DESC y de Relatores especiales de la ONU³⁸. Dicho proyecto se ubicaba en el marco del Plan

³⁸ Ver Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observaciones finales al Estado mexicano en 2006, Doc. UN, E/C.12/CO/MEX/4, párrs. 10 y 28. También hicieron recomendaciones al Estado mexicano los relatores

Puebla-Panamá, promocionado de manera vehemente por el gobierno de Vicente y diseñado sin consultar a los pueblos imbricados en la zona geográfica de ejecución³⁹.

También en el Estado de Oaxaca se han expuesto pretensiones de erigir presas hidroeléctricas, como la de Paso de la Reina en la cuenca del Río Verde, lo cual ha despertado legítimas protestas de organizaciones comunitarias⁴⁰. En cuanto a proyectos mineros existen ejemplos paradigmáticos: la minera San Xavier y sus minas a cielo abierto en el cerro de San Pedro en San Luis Potosí, o el intento de extracción en el ejido Grecia en Chicomuselo, Chiapas, por parte de minera El Caracol⁴¹.

Todos estos intentos de invertir sin el consentimiento de las comunidades afectadas y los subsecuentes despojos, persecuciones, estigmatizaciones y criminalización de la protesta son patrones de violaciones a derechos humanos perpetradas por los gobiernos como brazos ejecutores de los corporativos multinacionales y sus filiales locales.

2. Los derechos de los pueblos indígenas

a. El reto de su fundamentación frente al universalismo occidental

Los derechos de los pueblos indígenas son un tema que ha generado ásperas controversias en el plano internacional y nacional. Motivo de

especiales de la ONU sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos indígenas, Rodolfo Stavenhagen, y para la vivienda adecuada, Miloon Khotari, Doc. UN, A/7/16/Add.1, marzo de 2008.

³⁹ Ver Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los pueblos indígenas, Rodolfo Stavenhagen, informe sobre su visita a México, UN Doc. E/CN.4/2004/80/Add.2, 23 de diciembre de 2003, párr. 73. Afirma el Relator que en el marco de planes de desarrollo como el Plan Puebla-Panamá, se debe consultar previamente a las comunidades indígenas afectadas y respetar sus derechos e intereses.

⁴⁰ Ver, por ejemplo, el rechazo de los pueblos afectados al proyecto en <<http://www.cimacnoticias.com/site/08052112-Rechazan-pueblos-la.33252.0.html>>, disponible al 3 de agosto de 2010.

⁴¹ Puede consultarse noticias relacionadas con Chicomuselo, Chiapas en <<http://www.jornada.unam.mx/2005/08/16/049n1soc.php>>; sobre la fuerte resistencia del Frente Amplio Opositor a la Minera San Xavier hay información disponible en <http://www.greenpeace.org/mexico/news/minera_sanxavier>; ambos disponibles al 3 de agosto de 2010.

discrepancias es que la singular construcción de los derechos indígenas trasciende a los aportes de la ciencia jurídica y la filosofía política occidentales, para abreviar de las ciencias sociales desde un enfoque crítico.

Podemos ubicar entonces que la confrontación proviene de la fundamentación occidental de los derechos fundamentales, la cual parte de una concepción liberal individualista del Estado y la sociedad, frente al carácter colectivista o comunitarista de los sistemas normativos e instituciones de los pueblos indígenas.

La pretensión universalista occidental encuentra su fundamento en la teoría liberal individualista, ideología de la modernidad europea que si bien tiene su mayor auge a partir del racionalismo iluminista del siglo XVIII, se encuentra vigorosamente construida a partir del denominado “individualismo metodológico” de finales del siglo XIX y principios del siglo XX, planteamiento cuyo postulado central determina que lo único propiamente real son los individuos⁴².

Por lo tanto, aquello que se designa como “sociedad” o “comunidad” es una fórmula conceptual carente de realidad. En este sentido, Karl Popper, indica que

...la creencia en la existencia empírica de conjuntos o colectivos sociales, a la que podríamos llamar colectivismo ingenuo, debe ser reemplazada por el requerimiento de que los fenómenos sociales, incluso los colectivos, sean analizados en función de los individuos y sus acciones y relaciones⁴³.

La cuestión atinente a la existencia de relaciones sociales más o menos articuladas en la llamada comunidad política generada a partir de un pacto social, queda explicada a través del contractualismo, el

⁴² Friederich von Hayek fue fundador de la Sociedad de Mont-Pelérin en 1947, organismo que reúne a economistas y filósofos como el propio Popper, Milton Friedman, Menger y Ludwig von Mises. Osorio, Jaime, *Fundamentos del análisis social. La realidad social y conocimiento*. Universidad Autónoma Metropolitana-Fondo de Cultura Económica, México, 2001, pág. 82; Ver también, De la Torre Rangel, Jesús Antonio, *Apuntes para una introducción filosófica al derecho*. Editorial Ius, Nueva Colección de Estudios Jurídicos, México, 2001, pág. 42.

⁴³ Popper, Karl citado en Osorio, Jaime, *Fundamentos del análisis social. La realidad social y conocimiento...* pág. 83.

cual a grandes rasgos –y con diversos matices conceptuales a lo largo del pensamiento político y social moderno– establece que los seres humanos se vinculan entre sí por un acto volitivo individual para la prosecución de ciertos fines⁴⁴, en ejercicio de libertades y derechos fundamentales, estrechando relaciones con las y los demás en un plano de igualdad formal dentro un marco de libertades que implican limitaciones al poder del Estado⁴⁵.

En abstracto, dentro de ese agregado de individuos, todos los intereses y fines particulares tienen igual valor e importancia y no deben ser coaccionados por el Estado, siendo los derechos y libertades individuales (categorizados como civiles y políticos) limitaciones a su poder. De esta forma, se conforma el liberalismo como doctrina política, social y económica que entroniza las libertades del individuo y condena las intervenciones en la vida social que busquen alcanzar metas colectivas, considerando esto último como medidas coercitivas arbitrarias que constituyen “abuso de la razón”⁴⁶.

Así, el paradigma de la racionalidad económica –derivada de los postulados de Adam Smith y, más recientemente, de los teóricos neoliberales como Hayek y Friedman– permea en la comunidad de individuos-átomos definiendo al sujeto moderno como *homo oeconomicus*, encerrado en sí mismo, indiferente del entorno en el

44 Esta concepción del ser humano catalogada como atomismo, considera al individuo como unidad social irreductible y como unidad empírica básica susceptible de conocer la totalidad social. Ver, Lukes, Steven, “Reconsideración del individualismo metodológico”, en: Ryan, Alan (comp.), *La filosofía de la explicación social*. FCE, México, 1976, pág. 193. Así el individuo-átomo bajo una racionalidad calculadora y utilitarista, conforma lazos con el resto de las personas igualmente dotadas de libertades y derechos con la finalidad de brindarles seguridad a su propia vida. Físteti, F., *Comunidad. Léxico de la política...* pág. 119.

45 Máximos exponentes son Hobbes, Locke y Rosseau.

46 Como afirma Jaime Osorio, con estas formulaciones “se deja la mesa puesta para postular su rechazo a la intervención estatal en la economía y en cualquier acción que altere las reglas de un mercado regido por acciones individuales. Estas son algunas de las premisas con las que fundamenta su propuesta en materia económica”. Osorio, Jaime, *Fundamentos del análisis social. La realidad social y conocimiento...* págs. 86-87. Para efectos de corroborar la fundamentación de Hayek véase Hayek, Friedrich, *Camino a la servidumbre*. Alianza Editorial, Madrid, 1978.

que vive y guiado por una racionalidad instrumental en un mundo de recursos limitados, cuyas acciones “son elegidas y ponderadas en vista de sus mejores consecuencias probables y de su mayor utilidad individual”⁴⁷.

Como resultado, la ideología liberal-individualista hace una división tajante entre lo público y lo privado, entre Estado e individuo, como precondition necesaria del goce y disfrute del derecho a la propiedad privada, en tanto punto de partida del liberalismo económico y su mediación histórica: el capitalismo.

La ineluctable contradicción entre derechos individuales, la lógica economicista instrumental y la racionalidad moderna estado-centrista encontró una primera explicación innovadora en el planteamiento hegeliano que establece como objetivo del Estado moderno el de conciliar el máximo desarrollo de la subjetividad autónoma –respetando indefectiblemente los ámbitos existenciales individuales con todas sus singularidades, entre ellas las diversidades culturales– y la comunidad ideal de Estado, en la que el sujeto individual es despojado de sus características específicas para ser asumido en su universalidad en tanto persona-valor abstractamente igual⁴⁸.

No obstante los procesos sociales de modernización y racionalización del capitalismo pronto mostrarían la insuficiencia de la solución hegeliana. Las desigualdades reales resultantes de las disonancias del sistema económico, social y político justificables para la teoría liberal, no alcanzaron a ser percibidas en toda su magnitud por el idealismo de Hegel.

El mismo sesgo se evidencia desde la perspectiva de derechos humanos, en razón de que el liberalismo-individualista, apoyado en parte por el idealismo hegeliano, concibe la realidad social a partir de un enfoque desprovisto de culturalidad e historicidad, es decir, de contextos sociales, económicos y políticos concretos, partiendo de una visión abstracta de ser humano en la cual todos y todas somos iguales.

⁴⁷ Fistteti, F., *Comunidad. Léxico de la política...* pág. 129.

⁴⁸ *Ibidem*, pág. 132.

Este discurso ha sido considerado como el trasfondo ideológico de los derechos humanos denominado “universalismo abstracto”⁴⁹. La “dignidad inherente” a cada ser humano en lo individual –concepción inasible e intangible– implica el necesario deber del Estado de respetar la autodeterminación personal. De esta manera, la pregonada universalidad de los derechos desdeña las diversas condiciones y realidades particulares que nos singularizan.

Por ende, ante las perniciosas consecuencias de las revoluciones industriales sobre amplias mayorías pauperizadas y explotadas, el liberalismo radical fue prácticamente espoleado por las luchas obreras y campesinas en diversas partes del mundo, obligando su reconfiguración y la inclusión de contenidos más sociales tendientes a la liberación y afirmación de la dignidad desde un enfoque colectivo. Ante la interpelación de un entorno cada vez más complejo, el liberalismo –como práctica política y discurso filosófico, no como ideología– encontró en autores como John Rawls un proceso dialéctico con el comunitarismo.

Por otro lado, los pueblos indígenas cuya cosmovisión podría enmarcarse dentro de un tipo de comunitarismo⁵⁰, parte de la naturaleza social de las personas, mismas que se encuentran sujetas a las prácticas culturales válidas para la comunidad a la que pertenecen. Las reivindicaciones del movimiento de los pueblos indígenas no tienen tintes universales, sino que parten de la perspectiva de que somos sujetos contextualizados cultural e históricamente, con una situación social, económica y política concreta que impide o favorece el ejercicio

⁴⁹ Etxebarria, Xabier, “La tradición de los derechos humanos y los pueblos indígenas: una interpelación mutua”, en: Berraondo, Mikel (coord.), *Pueblos indígenas y derechos humanos*, Serie Derechos Humanos, vol. 14. Universidad de Deusto, Bilbao, 2006, pág. 65. Como afirma el autor, desde la perspectiva de la modernidad “son derechos humanos los que poseemos todos los individuos por el mero hecho de ser humanos y, por tanto, al margen de las características que nos singularizan y diferencian unos de otros, que a estos efectos son puestas en paréntesis” (pág. 65).

⁵⁰ Sin embargo, el comunitarismo occidental encuentra como marco referencial al Estado-Nación, mientras que el comunitarismo indígena, si bien la dilución subjetiva dentro de la comunidad, lo hace únicamente por lo que toca a su contexto cultural y social inmediato reivindicando autonomía (colectiva) respecto a la sociedad hegemónica. Cfr. Kymlicka, Will, *Filosofía política contemporánea*. Ed. Ariel, Barcelona, 1995.

de los derechos. En el caso de los pueblos originarios, la matriz cultural específica deriva de la historia de opresión, marginación y exclusión, es fuente de una argumentación particular y contingente⁵¹.

Es obvio que desde el universalismo abstracto y etnocentrista (o mejor dicho, eurocentrista) de corte liberal, todo aquel postulado o enfoque que cuestione sus premisas fundamentales tiende a socavar la dignidad humana, calificándola de fragmentarismo o relativismo cultural. Lo que elude esta visión hegemónica es que también parte de una concepción sesgada y parcial –o más bien transcultural y trahistórica– de ser humano, al no tomar en cuenta sus condiciones culturales, sociales y económicas particulares en un momento histórico y espacio-geográfico dado.

Conscientes de este error, varios liberales han formulado la teoría del multiculturalismo, pretendiendo validar, en el plano discursivo, todas las manifestaciones humanas colectivas desde una posición genérica y no partiendo de sus expresiones específicas a través del tiempo.

Este tipo de multiculturalismo no remueve los efectos nocivos del universalismo occidental-liberal, al contrario, reproduce las maneras etnocéntricas de comprender y explicar la diversidad, categorizando a los pueblos indígenas como minorías nacionales y “reconociendo” su derecho a la diferencia en tanto sus cosmovisiones no resulten conflictivas con las hegemónicas⁵².

⁵¹ Martínez de Bringas, Asier, “Los pueblos indígenas ante la construcción de procesos multiculturales. Inserciones en los bloques de la biodiversidad”, en: Berraondo, Mikel (coord.), *Pueblos indígenas y derechos humanos...* pág. 86. Esta propuesta retoma algunos elementos esbozados por Will Kymlicka en lo concerniente al reconocimiento de las diferencias a través de políticas multiculturalistas concretas que traten problemáticas específicas dentro del llamado “culturalismo liberal”. Ver, Kymlicka, Will, *La política vernácula. Nacionalismo, multiculturalismo y ciudadanía*. Ed. Paidós, Barcelona, pág. 36 y ss.

⁵² Este enfoque del multiculturalismo desde el liberalismo parte del supuesto de que algunas minorías no son reacias a la modernidad, por lo que se pueden integrar en la medida en que se adhieran a los principios de la modernidad liberal. Ver, Kymlicka, Will, *La política vernácula...* pág. 32.

De esta manera, las políticas multiculturales son autorizadas por el Estado en tanto no pongan en peligro la homogeneidad y puedan integrarse en sus reglas de juego. A su vez, pretenden incentivar las políticas presuntamente dialógicas e interculturales sin tomar como referencia las dinámicas de poder y opresión que reproducen la discriminación, la exclusión social, la desigualdad económica y la falta de mecanismos de participación política efectiva⁵³.

Tomando en cuenta lo anterior, como propuesta de enriquecimiento intercultural de los contenidos de los derechos humanos, Xavier Etxebarria, citando a Walzer, establece como estrategia

...distinguir, por un lado, los derechos-deberes mínimos de alcance universal en los que el consenso es sencillo y que no se impone a las diferencias (derecho a no ser despojado de la vida y de la libertad –oposición la dominación–, respeto a las creaciones culturales y derecho a la comunidad) y derechos deberes que ya no son resultado de nuestra común humanidad, sino que tiene carácter local o particular, apoyados en concepciones particulares de los bienes sociales⁵⁴.

Bajo este proceso intercultural, enmarcado en un diálogo equitativo, se estaría propiamente hablando de derechos universales pluralmente inculturados, salvando la indivisibilidad e interdependencia de los derechos, pero planteando a su vez que “debe tratarse de una indivisibilidad no uniformizante sino encarnada en la pluralidad”⁵⁵.

Dada la historicidad que reviste el necesario diálogo intercultural de construcción de derechos humanos, se requiere tomar como punto de partida las condiciones de conflicto y violencia que han caracterizado la conformación de identidades y cosmovisiones en América Latina.

El ejercicio de poder por parte de grupos hegemónicos, en lo que respecta a los pueblos indígenas, se ha desarrollado como una

⁵³ Martínez de Bringas, Asier, “Los pueblos indígenas ante la construcción de procesos multiculturales. Inserciones en los bloques de la biodiversidad”... págs. 97-100.

⁵⁴ Citado en Etxebarria, Xabier, “La tradición de los derechos humanos y los pueblos indígenas: una interpelación mutua”... pág. 77.

⁵⁵ *Ibidem*, pág. 78.

sistemática agresión sobre sus cosmovisiones. Por tanto, es menester tomar en cuenta la profunda herida que el colonialismo externo e interno ha ocasionado en las culturas originarias. Asimismo, es condición primordial reconocer que las concepciones de dignidad humana en cada cultura son disímiles, habiendo mayor apertura a la interpretación y al diálogo en unas culturas que en otras.

Esto implica hacer a un lado las pretensiones universalistas occidentales en aspectos esenciales que pueden agudizar la confrontación, tales como la propiedad comunal versus propiedad privada; la relación espiritual y cosmogónica con la tierra y los recursos naturales en contradicción con la visión instrumentalista y economicista de los mismos; las percepciones del tiempo (cíclico contra lineal); el ejercicio pleno de autonomía en formas de autogobierno que desbordan el fundamento político y jurídico del Estado-Nación.

En síntesis, es en el marco de un nuevo pacto social con los pueblos indígenas, caracterizado por el conocimiento y reconocimiento de sus procesos culturales internos y entendiendo las repercusiones de una larga historia de violencia explícita y velada que se ha materializado en etnocidio, que se pueden zanzar las enormes brechas de equidad persistentes en nuestras sociedades latinoamericanas, logrando la conformación de un Estado plurinacional en el cual se abran espacios, mecanismos y canales de interlocución y participación en la construcción teórica y práctica de los derechos de los pueblos indígenas, que trasciendan las formas institucionales tradicionales que han decantado de la democracia liberal-representativa.

b. Los derechos de los pueblos indígenas a la autodeterminación, tierra y territorio en el marco jurídico internacional

i. El inicio del reconocimiento internacional: Convenio 107 de la OIT

El Convenio 107 elaborado el 26 de junio de 1957 por la Organización Internacional del Trabajo (OIT), relativo a la protección e integración de las poblaciones indígenas tribales y semi-tribales en los países independientes, fue el primer instrumento jurídico

internacional que dio un tratamiento específico a la existencia de los pueblos indígenas. No hay que olvidar que la OIT fue creada en 1919 como parte del Tratado de Versalles, con el cual concluyó la primera Guerra Mundial, y fue concebida como una organización que debía reflejar el convencimiento de que la justicia social es esencial para alcanzar una paz duradera.

Sus disposiciones representaban cierto avance por el tratamiento específico de lo indígena, sin embargo, era limitado en cuanto a su contenido ya que lejos de reconocer, garantizar y aún establecer obligaciones a los Estados para potenciar la especificidad cultural, se limitaba a establecer los criterios para su asimilación a la cultura nacional.

Algunas de sus disposiciones, como los artículos 3.1, 3.2 y 4, establecían la protección a las instituciones, personas, bienes y trabajo de las poblaciones indígenas. Sin embargo, dicha protección se entendía en tanto se lograba su integración a los países de los que formaban parte, fundamentalmente para que esta integración no se hiciera en forma violenta o mediante “asimilación artificial” como el propio convenio disponía; con esta concepción, a pesar de reconocerse en este convenio un avance importante, no pudo incidir en forma determinante contra la discriminación y sus consecuencias sobre la cultura de estos pueblos.

ii. Comité de Derechos Humanos: la perspectiva de la protección de minorías étnicas, lingüísticas y raciales

El carácter colectivo que caracteriza la existencia de los pueblos indígenas y sus derechos seguía pendiente. Un año después, en 1966, la Asamblea General de las Naciones Unidas suscribió dos convenios internacionales: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC)⁵⁶, instrumentos que entraron en vigor en 1976, y que fueron ratificados por México en 1981. El primer pacto, previó en

⁵⁶ Aprobados por la Asamblea General de la ONU en su resolución A/RES/2200 A (XXI) de 16 de diciembre de 1966.

su artículo 27 algunos derechos para las minorías o grupos y con ello, aludía al carácter colectivo de la diversidad y a los derechos asociados a él. El artículo 27 de este instrumento dispone:

En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma.

Así el Comité de Derechos Humanos de la ONU ha interpretado el citado derecho en el sentido de que:

...la disposición reconoce la existencia de un “derecho” y establece la obligación de no negarlo. Por consiguiente, todo Estado Parte está obligado a asegurar la realización y el ejercicio de este derecho y a ampararlo contra toda negativa o violación. Así, las medidas positivas de protección adoptadas por conducto ya sea de sus autoridades legislativas, judiciales o administrativas, son procedentes no sólo contra los actos del propio Estado Parte, sino también contra el acto de cualquier persona que se encuentre en el Estado Parte⁵⁷.

El alcance del artículo 27 implica el establecimiento de medidas de protección frente a las posibles violaciones de las propias autoridades e incluso de particulares que conformen grupos de poder al interior de los países, siempre en la lógica de que el Estado es el responsable en última instancia de que los abusos contra las minorías culturales no se concreticen, tanto por omisión como por acción del aparato administrativo.

Asimismo la Observación General No. 23, pese a que hace una clara diferenciación con el derecho a la libre autodeterminación de los pueblos reconocido en el numeral 1.1 y 1.2 del PIDCP, determinando que éste hace una clara alusión a los pueblos, mientras que el art. 27 del mismo Pacto se refiere personas individuales⁵⁸; abre un camino en

⁵⁷ Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 23, *Los derechos de las minorías (art. 27)*, UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.5, de 08 de abril de 1994, párr. 6.1.

⁵⁸ *Ibidem*, párrs. 2 y 3.1. El Comité llama la atención sobre la “confusión” que se observa en algunas de las comunicaciones individuales sometidas a su conocimiento se confunde el derecho amparado en el artículo 27 con el tutelado

su interrelación con el derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas al afirmar que

...en algunos de sus aspectos los derechos de las personas amparadas en virtud de ese artículo (el 27) –por ejemplo, el disfrute de una determinada cultura– pueden guardar relación con modos de vida estrechamente asociados al territorio y al uso de sus recursos. Esto podría ser particularmente cierto en el caso de los miembros de comunidades indígenas que constituyen una minoría⁵⁹.

En la misma línea, abona afirmando que los Estados tienen obligaciones positivas en relación a los pueblos indígenas en particular, interpretando que el artículo 27 incluía aspectos significativos para la sobrevivencia de los grupos originarios relativos a “un modo particular de vida relacionado con el uso de recursos terrestres, especialmente en el caso de los pueblos indígenas”. Estas formas tradicionales de sustento, dentro de las cuales también se incluyen la pesca o la caza “puede requerir la adopción de medidas jurídicas positivas de protección y medidas para asegurar la participación eficaz de los miembros de comunidades minoritarias en las decisiones que les afectan”⁶⁰.

En esta tesitura, el Comité de Derechos Humanos de la ONU, dentro de algunos informes presentados por países, ha declarado que los Estados vulneran el artículo 1 del PIDCP. En concreto, ha señalado que el derecho a la autodeterminación –sobre el cual profundizaremos más adelante– tutelado por dicho artículo protege a los pueblos indígenas en el goce y disfrute sobre las tierras tradicionales y recomendó, en el caso de los pueblos originarios de Canadá, eliminar la práctica sistemática de restringir derechos aborígenes por ser incompatibles con el artículo 1 del Pacto⁶¹.

De la misma forma ha invocado el artículo 1 al estudiar los informes de países como Australia, Estados Unidos y Noruega, en ocasiones

por el artículo 1 del PIDCP, en la inteligencia de que el primero no menoscaba la integridad y soberanía estatal.

⁵⁹ *Ibidem*, párr. 3.2.

⁶⁰ *Ibidem*, párr. 7.

⁶¹ Comité de Derechos Humanos, Conclusiones y Recomendaciones: Canadá, CCPR/C/79/Add. 105, 07 de abril de 1999, párr. 8.

sin hacer alusiones específicas al mismo⁶². También han sido motivos de preocupación del órgano convencional, el trato discriminatorio que han recibido los pueblos indígenas en Colombia, Ecuador y Bolivia, planteando cuestionamientos a las políticas del Estado en temas concernientes a la propiedad colectiva de los pueblos frente a los megaproyectos⁶³.

Como se desprende de las pautas hermenéuticas utilizadas por el Comité, se puede deducir la fuerte interrelación entre el derecho a la identidad cultural y el derecho a la libre autodeterminación de los pueblos indígenas, pese a que las referencias normativas se centren solamente en el artículo 27 y se reste fuerza a los alcances de la libre autodeterminación de los pueblos y a derechos a la tierra, territorio y recursos naturales como prerrogativas autónomas cuyos contenidos van más allá de las “prácticas culturales”.

Dentro del sistema de comunicaciones individuales, es evidente –de cierta manera– que el Comité de Derechos Humanos incluye en su concepto de identidad cultural a la libre autodeterminación y la autonomía en ella contenida, en tanto prácticas que le dan sustento a las manifestaciones diferenciadas de las formas de vida de los pueblos originarios dentro de sus instituciones políticas y económicas.

Tal es el caso emblemático de *Ominayak, Jefe de la Banda de los Cree, del Lago Lubicon v. Canadá*, en el cual consideró que dicho país había violado el artículo 27 del PIDCP por haber permitido al gobierno

⁶² Cfr. Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos a Estados Unidos, CCPR/C/79/Add. 50, 03 de octubre de 1999. El órgano de derechos humanos critica las leyes estadounidenses que permiten la extinción de derechos aborígenes y recomienda la revisión judicial del reconocimiento legislativo relacionado con derechos de los pueblos indígenas.

⁶³ Véase las recomendaciones y preocupaciones del Comité en informes recientes: Observaciones finales a Colombia, CCPR/CO/80/COL, 26 de mayo de 2004, párr. 20 (manifiesta su preocupación debido a la falta de garantías del derecho de propiedad de los pueblos indígenas frente a los proyectos económicos de gran envergadura); Observaciones finales a Bolivia, CCPR/C/79/Add.74, 1 de mayo de 1997, párr. 35 (falta de adecuación de la legislación interna para proteger los derechos de los pueblos originarios); Observaciones finales a Ecuador, CCPR/C/79/Add.92, 18 de agosto de 1998, párr. 19 (la preocupación del Comité reside en la violación al artículo 27 con motivo de la explotación de petróleo en territorio de pueblos indígenas).

de Alberta la concesión de contratos para explotación de petróleo, gas y maderas en el territorio ancestral de la Banda del Lago Lubicon, actividades que implican injusticias históricas para las forma de vida y cultura para los pueblos indígenas ahí asentados⁶⁴.

Otros casos de vital importancia, en los cuales el Comité hace una interpretación sistemática del derecho a la identidad cultural son *Kitok v. Suecia*, afirmando que el artículo 27 del Pacto se extiende a actividades económicas, allí donde la actividad resulta un elemento esencial en la cultura de una comunidad étnica⁶⁵; así como las declaraciones vertidas en el caso *Apirana Mahuika y otros v. Nueva Zelanda*, dentro del cual determinan que el Estado cumplirá de forma cabal con el artículo 27 del PIDCP en la medida que adopten mecanismos que protejan efectivamente su cultura, profesiones y la práctica de religiones en comunidad con otros miembros del grupo⁶⁶.

En esta misma dirección, e inspirada en el artículo 27 del PIDCP, se adoptó en 1994, la Declaración sobre los Derechos de las Personas Pertencientes a Minorías Nacionales o Étnicas, Religiosas y Lingüísticas. El artículo primero de esta Declaración subraya que las obligaciones del Estado hacia las minorías no son de carácter negativo sino que incluyen la obligación de “proteger la existencia y la identidad” de las minorías en tanto colectividades. Los párrafos 3 y 4 del artículo 4 precisan que estas obligaciones positivas comprenden la enseñanza de los idiomas minoritarios y el uso de esos idiomas como instrucción, así como la promoción del conocimiento de la historia, las tradiciones y la cultura de las minorías, lo que constituye un avance en el terreno del reconocimiento de la diversidad cultural.

⁶⁴ Comité de Derechos Humanos, Comunicación No.167/1984, A/45/40., Vol. II, anexo IV.A, párr. 32.2.

⁶⁵ Comité de Derechos Humanos, Comunicación No.197/1985, A/43/40, anexo VII.G.

⁶⁶ Comité de Derechos Humanos, Comunicación No. 547/1993, UN Doc., CCPR/C70/D/547/1993, párr. 9.9. En la línea de argumentación sobre el deber del Estado de garantizar las actividades económicas inherentes a la culturalidad de los pueblos, encontramos otros casos como *Lansmann y otros v. Finlandia*, Comunicación No. 511/1992, CCPR/C/52/D/511/1992; *Anni Aarela y Jouni Nakkalajarvi v. Finlandia*, Comunicación No. 779/1997, CCPR/C/73/D/779/1997, entre otros.

Como se señalaba *supra*, en estas disposiciones, aún cuando implican el reconocimiento de colectividades con determinada identidad o especificidad, el sujeto fundamental de su tutela siguieron siendo las personas que las integran y no las colectividades consideradas en sí mismas como sujetos de derechos; además su contenido se reducía a aspectos meramente culturales, por lo que no fue suficiente para reconocer, tutelar y desarrollar la especificidad de los pueblos indígenas, cuyos planteamientos incluyen derechos políticos y territoriales.

iii. Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial: el enfoque de la no discriminación

Es importante tomar en cuenta, desde la perspectiva del principio de no discriminación como norma de *ius cogens*, el tratado internacional que precisamente recoge las disposiciones encaminadas a revertir las consecuencias funestas de la segregación racial en sus diversas variantes, la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial. Este instrumento tiene especial relevancia para los pueblos indígenas, debido a los patrones de discriminación que han padecido a lo largo de la historia.

En esta línea, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CERD), ha emitido la Recomendación General No. XXIII sobre los pueblos indígenas dentro de la cual, a grandes rasgos, los identifica como grupos vulnerables a los patrones de discriminación dentro de los Estados, en particular en lo referente a la plena vigencia de sus derechos de propiedad y su forma de vida distinta, instando a los gobiernos a que adopten mecanismos que tutelen efectivamente sus esquemas de tenencia de la tierra y las expresiones culturales que les son inherentes.

Sobre el tema del derecho a la tierra, el territorio y la disfrute de los recursos naturales, el CERD, se pronuncia tajantemente sobre la lógica de discriminación que impera dentro de los Estados, afirmando que a los pueblos indígenas

...se les ha privado de sus derechos humanos y libertades fundamentales, y concretamente, (esta consciente) de que los colonizadores, las empresas

comerciales y las empresas de Estado les han arrebatado sus tierras y sus recursos. En consecuencia, la conservación de su cultura y de su identidad histórica se ha visto y sigue viéndose amenazada⁶⁷.

Sobre este tema particular, el Comité para la Eliminación de la Discriminación exhorta a los Estados a proteger los derechos de los pueblos indígenas a “poseer, explotar, controlar y utilizar sus tierras, territorios y recursos comunales” y en el supuesto de que no se haya respetado su derecho a la consulta cuando se les haya privado de sus tierras y territorios, se “adopten medidas para que les sean devueltos” o en casos donde existan razones suficientes y fundadas para restituirlos en la posesión de sus tierras, se les otorgue una “pronta indemnización, la cual, en la medida de lo posible, deberá ser en forma de tierras y territorios”⁶⁸. Sobre el derecho a la consulta, como parte constitutiva del derecho a la libre autodeterminación, el CERD invita a los Estados a que se garantice la participación política efectiva de los pueblos indígenas en la vida pública y el consentimiento informado sobre los asuntos que les atañen directamente⁶⁹.

Un caso paradigmático que fuera revisado por el CERD en el marco de la revisión del primer informe periódico bajo la Convención entregado por Estados Unidos, es el del pueblo Western Shoshone. El Comité mostró su preocupación hacia dicho país por el trato que reciben los pueblos indios como “naciones dependientes internas” sujetas a la plena soberanía del Estado, poder que les permite derogar unilateralmente los tratados firmados con las “tribus indígenas”, así como enajenar sus tierras sin el previo consentimiento de sus propietarios originales. De lo anterior, afirma, deriva la actitud de Estados Unidos de arrogarse como propias las tierras y territorios de los pueblos originarios, utilizándolos para ampliar los proyectos de extracción minera y para asentar zonas de desechos nucleares, pudiendo también adjudicar estas tierras mediante subastas privadas.

⁶⁷ Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, Recomendación General No. XXIII relativa a los derechos de los pueblos indígenas, adoptada en el 51º período de sesiones (1997), documento de Naciones Unidas A/52/18, anexo V, párr. 3.

⁶⁸ *Ibidem*, párr. 5.

⁶⁹ *Ibidem*, párr. 4 inciso d).

Al finalizar, recomendó a los Estados Unidos utilizar el Convenio 169 de la OIT como guía en sus relaciones con los pueblos indígenas⁷⁰.

iv. Informe Martínez Cobo: hito en la tutela de derechos indígenas

Como hemos visto, los instrumentos internacionales que hemos señalado en el apartado anterior, no eran suficientes para generar un marco jurídico adecuado para la protección y desarrollo de los pueblos indígenas. La discriminación y paulatino aniquilamiento de estos pueblos seguía siendo una realidad; así se señaló en un estudio de 1971 sobre discriminación racial preparado para la Subcomisión para la Prevención de la Discriminación en el que se incluyó un capítulo acerca de las “Medidas adoptadas en relación con la protección a los pueblos indígenas”; la situación era de tal magnitud que en este documento se recomendó realizar un estudio más amplio sobre la situación de los pueblos indígenas, misma que fue retomada por el Consejo Económico y Social encomendando al Relator Especial José R. Martínez Cobo su realización⁷¹. El informe Martínez Cobo –como es conocido– constituiría el punto de inflexión en el proceso de positivización de los derechos indígenas.

Una vez elaborado y entregado, el documento detonó el debate en diversos foros internacionales y regionales sobre la pertinencia de tutelar los derechos específicos de los pueblos indígenas, ante las evidencias del daño ocasionado por el colonialismo europeo en diversas regiones del mundo y que persistían con todos sus efectos perniciosos hasta la actualidad.

En dicho informe, se hicieron patentes las nocivas políticas de dominación, incentivadas y reproducidas por oligarquías blancas y mestizas, que han sometido a las personas pertenecientes a pueblos indígenas a un estado de exclusión y marginación injustificables.

⁷⁰ CERD, Observaciones finales a Estados Unidos de América, 13 de agosto de 2001, Doc. CERD/C/SR.1486, párr. 21.

⁷¹ Véase, Estudio del problema de la discriminación contra las poblaciones indígenas, Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, elaborado por el Relator Especial, señor Martínez Cobo, documento de las Naciones Unidas E/CN.4/Sub.2/1986/7 (1986).

Desde esta realidad, se expuso la inevitable causalidad entre relaciones asimétricas de poder Estado-pueblos indígenas, y la consiguiente situación de precariedad económica y falta de desarrollo de los grupos originarios.

Las conclusiones de este estudio fueron de suma importancia en el proceso de construcción de los derechos de los pueblos indígenas; sus recomendaciones incluían el reconocimiento y respeto no sólo de la especificidad cultural, sino también de derechos sociales y políticos vinculados a ella, en especial el derecho a la libre determinación, ya que se trata de un derecho que no es reconocido para las minorías y que ha generado hasta el día de hoy intensos debates.

Asimismo, las recomendaciones en gran medida coincidían con los reclamos que se impulsaban desde el movimiento indígena nacional e internacional, en especial con el movimiento indígena en Latinoamérica, articulado en la década de los 90 en vísperas de los 500 años del descubrimiento de nuestro Continente. Como nunca antes, cobraron auge las reflexiones y exigencias de reconocer la condición de pueblos a las colectividades indígenas, asimismo la exigencia de establecer derechos colectivos como condición indispensable para la protección y desarrollo de los pueblos indígenas.

A partir de este estudio, se crearon diversas instituciones internacionales cuya labor estaba dirigida a la construcción de mecanismos efectivos de protección de los derechos indígenas⁷². De la misma manera se incluyeron indicadores de estudio dentro de los mecanismos existentes de protección de derechos humanos e interpretaciones afines de los cuerpos normativos que conforman el sistema universal e interamericano de protección de derechos humanos, reconociendo a los pueblos indígenas como sujetos de derechos y logrando de esta manera un mayor consenso sobre la problemática y los esfuerzos encaminados a solucionarla. Por último, en la década de los 80 y 90

⁷² Como muestra están el Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas, el Relator Especial sobre la situación de los derechos fundamentales, Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas y el Grupo de Trabajo Intersesional para la Elaboración del Proyecto de Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, misma que ya fue aprobada en 2007.

se caracterizó por la formulación de iniciativas intencionadas hacia la tutela específica de los derechos indígenas, concretándose en diversos marcos jurídicos que mencionaremos más adelante.

v. Nuevo horizonte en la protección internacional de los derechos indígenas

Ahora bien, los instrumentos internacionales que específicamente tutelan los derechos de los pueblos indígenas son el Convenio 169 de la OIT y la recientemente aprobada Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Esta última, si bien constituye un cuerpo normativo de derecho suave o *soft law*, recoge parte de los consensos de la comunidad internacional existentes en el tema, por lo que se configura como pauta interpretativa para la aplicación de diversos tratados y el propio Convenio 169, así como la legislación de estos derechos al interior de los Estados⁷³.

En concreto, para efectos del presente estudio es importante mostrar cómo los referidos textos normativos acogen el derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas, tomando nota de la manera en que se han aplicado en diversos casos en que han sido conculcados, estableciéndose de manera clara un desarrollo jurisprudencial que nos permite entrever sus alcances.

Convenio 169 de la OIT

El reconocimiento y protección de los pueblos indígenas a través de derechos indígenas estaba puesta en marcha. En este contexto, la 76 Conferencia de la OIT, después de un proceso de revisión del Convenio 107, aprobó el Convenio 169 sobre los Pueblos Indígenas y Tribales, instrumento que reconoce y trata a las colectividades indígenas como pueblos, señalando los elementos que deben tomarse en cuenta para ser considerados como tales; establece un conjunto de derechos que tutelan su diversidad cultural; introduce el concepto de territorio como un derecho de los pueblos, entendida con la totalidad de hábitat que los pueblos usan y disfrutan; determina que en la impartición de justicia,

⁷³ Parra Vera, Óscar et. al., *Protección internacional de los derechos económicos, sociales y culturales: Sistema Universal y Sistema Interamericano*. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 2008, pág. 316.

se deben tomar en cuenta las normas internas y formas de sancionar que tienen los pueblos; asimismo, prescribe que los pueblos tendrán derecho a decidir sus propias prioridades en clara alusión al ejercicio de la libre determinación de que gozan en tanto pueblos.

El artículo 1 establece una definición de lo que ha de entenderse por “pueblos indígenas”, aunque limita el alcance de las implicaciones de este concepto en el derecho internacional. Expresamente dispone:

Artículo 1

1. El presente Convenio se aplica:

...b) a los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas.

...3. La utilización del término pueblos en este Convenio no deberá interpretarse en el sentido de que tenga implicación alguna en lo que atañe a los derechos que pueda conferirse a dicho término en el derecho internacional.

Como precedente del artículo 1 del Convenio 169 encontramos que tanto el PIDCP como el PIDESC disponen, también en su artículo 1, el derecho a la libre autodeterminación de los pueblos.

El concepto de pueblo por sí mismo ha causado múltiples debates a través de los cuales han ido esclareciéndose las implicaciones del mismo, aunque es menester destacar que siguen existiendo representantes indígenas que lo impugnan por su carácter limitado en tanto lo sujeta a la soberanía estatal, conformándose como “objetos de la regulación del Estado frente a los que no pueden dialogar en pie de igualdad”⁷⁴.

Sin embargo, la propia Oficina Internacional del Trabajo (Secretaría de la OIT) afirmó que el uso de dicho término no limita su

⁷⁴ Aparicio Wilhelmi, Marco, “El derecho de los pueblos indígenas a la libre autodeterminación”, en: Berraondo, Mikel (coord.), *Pueblos indígenas y derechos humanos...* pág. 418.

significado sino que “constituye un medio para dejar en manos de los procedimientos de las Naciones Unidas la decisión sobre las implicaciones derivadas del empleo de este término”⁷⁵.

Quizá mediante esta aseveración se está construyendo un término operacional y contingente, que se ha traducido en su relativización y expropiación por parte de actores gubernamentales para restringirlo y utilizarlo perspicazmente como elemento de legitimación del Estado-Nación monoculturalista, con un proyecto civilizatorio etnocéntrico y economicista.

En esta misma línea se cierra la puerta, como en el caso mexicano, para el reconocimiento legal y la plena efectividad del pluralismo jurídico. Si bien atendiendo a la realidad de este país, al momento de discutir y aprobar las leyes no se toman en cuenta muchas de las normas internacionales y las interpretaciones de las mismas por parte de los órganos autorizados para ello. De haber mayor claridad en el término pueblos y en el planteamiento del derecho a la libre autodeterminación, se allanaría el camino para su posible impugnación ante los tribunales de control constitucional o la presentación de casos en que se vulnere esta prerrogativa ante los sistemas de protección internacional de derechos humanos.

Otros dispositivos esenciales del Convenio 169 de la OIT son los artículos 4 y 5, que respectivamente establecen la necesidad de reconocer y proteger los valores y prácticas “sociales, culturales, religiosos y espirituales propios”, así como la obligación para los Estados de adoptar medidas especiales que protejan sus personas, instituciones, bienes, trabajo, cultura y medio ambiente de los pueblos indígenas.

El derecho de los pueblos indígenas a “decidir sus propias prioridades”, así como su consulta y participación en todas las actividades que emprenda el Estado y que impliquen medidas legislativas que puedan afectarles, se encuentran contenidos en los artículos 6 y 7.

⁷⁵ Anaya, James, “Los derechos de los pueblos indígenas”, en: Berraondo, Mikel (coord.), *Pueblos indígenas y derechos humanos...* pág. 34. El autor hace alusión a la afirmación realizada por Lee Sweptson de la Oficina Internacional del Trabajo al Grupo de Trabajo sobre Poblaciones indígenas de la ONU, el 31 de julio de 1989.

Reconoce también la existencia del “derecho consuetudinario” indígena al establecer la obligación del Estado de tomarlas en consideración al aplicar la legislación nacional, en el artículo 8 siempre y cuando “no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos” previendo procedimientos especiales para dirimir los conflictos “que puedan surgir en la aplicación de este principio”.

De esta manera se abrió la posibilidad de legislar el reconocimiento de los sistemas normativos de los pueblos indígenas de manera sesgada –como de hecho ocurrió en el caso de México–, limitándolos en última instancia a las determinaciones de la jurisdicción estatal, menoscabando la construcción de un pluralismo jurídico que permita la coexistencia pacífica entre Estado y pueblos originarios. Así, se retorna a la perniciosa argumentación de la superioridad cultural de los grupos hegemónicos estatales y sus aliados multinacionales.

En los artículos 13 y 15 del Convenio se reconoce el “derecho a las tierras, territorios y recursos naturales”, llegando incluso a incluir dentro del término tierras el concepto de territorio como “la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna manera” (artículo 13). Consecuentemente, podrán disponer de los recursos naturales ubicados dentro de sus territorios, debiendo protegerse este derecho de manera especial para efectos de que puedan utilizar, administrar y conservar dichos recursos (artículo 15).

En caso de existir la propiedad del Estado sobre los recursos del subsuelo o las tierras ancestrales, deberá preverse un proceso de consulta con los pueblos interesados para conocer su parecer sobre la situación prevaleciente. En el supuesto de que se les perjudicará con algún proyecto de extracción que impactara en sus territorios, tendrían prelación en el usufructo de los beneficios generados (artículo 15.2).

En la medida de lo posible, los Estados deben evitar los traslados forzados de las comunidades indígenas, contando con su consentimiento si así sucediera o, en su defecto, con la representación efectiva en procedimientos para tales efectos (artículo 16.2). De ser factible, los Estados deben intentar en todo momento que los pueblos indígenas vuelvan a sus tierras (artículo 16.3)

Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas

En la misma dirección que el Convenio 169 de la OIT, la recién aprobada Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas⁷⁶, establece un conjunto de derechos de estos pueblos como prerrogativas mínimas para la supervivencia, la dignidad y el bienestar de los pueblos indígenas del mundo. Los derechos a la libre determinación y autonomía están contenidos en los artículos 3 y 4, el derecho al territorio en el artículo 26, la potestad de practicar y revitalizar sus costumbres y tradiciones culturales, historia, idioma, tradiciones orales, filosofías, sistemas de escrituras y literaturas se ubican en los artículos 11, 12 y 13; asimismo, el derecho a establecer y controlar sus instituciones docentes y medios de comunicación en los artículos 14 y 16; la facultad de mantener y desarrollar sus sistemas o instituciones políticas, económicas, sociales y sus sistemas jurídicos propios, está contenido en los artículos 5, 20 y 34.

vi. Sistema Interamericano de Derechos Humanos

Dentro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, es importante partir de que tanto la Carta de la OEA como la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (DADDH) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), no hacen referencia a los derechos de los pueblos indígenas. Como describe Luis Rodríguez-Piñero, se trata de instrumentos creados a partir de concepciones liberal-individualistas, donde se niega la existencia de sujetos más allá de los individuos⁷⁷.

El desarrollo jurisprudencial de la Corte IDH y las tesis de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), han superado las etapas previas en las cuales la OEA abordaba el tema desde una visión indigenista, pasando por un enfoque individualista desde la posición de neutralidad estatal, para llegar hasta la época actual al reconocimiento y tutela efectiva de sus derechos específicos⁷⁸.

⁷⁶ Declaración aprobada mediante Resolución A/RES/61/295 de la Asamblea General el 13 de septiembre del 2007.

⁷⁷ Rodríguez-Piñero Royo, Luis, "El sistema interamericano de derechos humanos y los pueblos indígenas", en: Berraondo, Mikel (coord.), *Pueblos indígenas y derechos humanos...* pág. 159.

⁷⁸ Como ejemplo tenemos que en la década de los 70 la CIDH adoptó la resolución denominada "Protección Especial para las Poblaciones indígenas" en la cual

Tanto la CIDH como la Corte Interamericana, en el ámbito de sus competencias y facultades, han establecido que los Estados partes de la DADDH y la CADH tienen obligaciones específicas en cuanto los derechos a la tierra y el territorio.

En esta tesitura, tienen que garantizar la delimitación y demarcación las tierras tradicionales o ancestrales, estableciendo procedimientos adecuados y efectivos para tales actos⁷⁹. Para ello, tienen el deber de titular efectivamente las tierras a favor de los pueblos indígenas⁸⁰ y no modificar dicho título frente a la omisión de consentimiento de los pueblos involucrados.

Para efectos de lo antes descrito, el Estado debe tomar en cuenta que

...los derechos territoriales indígenas abarcan un concepto más amplio y diferente que esta relacionado con el derecho colectivo a la supervivencia como pueblo organizado, con el control de su hábitat como una condición necesaria para la reproducción de su cultura, para su propio desarrollo y para llevar a cabo sus planes de vida. La propiedad sobre la tierra garantiza que los miembros de las comunidades indígenas conserven su patrimonio cultural⁸¹.

Por ello deben prevalecer los derechos colectivos de las comunidades indígenas por sobre la propiedad privada, en virtud de que al afectar el derecho ancestral sobre sus territorios también se vulneraría los derechos básicos a la identidad cultural y a la supervivencia misma

afirmaba que el compromiso del Estado hacia las poblaciones indígenas partía de razones históricas, morales y humanitarias. Así, en los dos casos presentados la CIDH archivó uno y en otro, promovido contra Paraguay por los indios Achés, aceptó que la política de genocidio seguida en contra de ellos no era más que un proyecto de asimilación dentro de un marco de libertades de la comunidad. En los años 80 adoptó una posición dirigida a proteger derechos genéricos en los casos de los Yanomami en Brasil y el pueblo miskito en Nicaragua. Desde 1989 y hasta la actualidad, se encuentra en ciernes la adopción de la Declaración Americana de los Derechos de los Pueblos Indígenas. Ver, Rodríguez-Piñero Royo, Luis, "El sistema interamericano de derechos humanos y los pueblos indígenas"... págs. 160-163.

⁷⁹ Corte IDH, *Caso comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tigni*, sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, párrs. 37 y 153.

⁸⁰ CIDH, Caso 11.140, Mary y Carrie Dann (Estados Unidos), informe de fondo No. 75/02, 27 de diciembre de 2002, párr. 130.

⁸¹ Corte IDH, *Caso comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 146.

de las comunidades y las personas que las integran⁸². Por lo tanto, las restricciones a la propiedad privada de terceros particulares pudieran ser necesarias dentro de una sociedad democrática, siempre y cuando se pague una indemnización justa⁸³.

Si las tierras de las comunidades originarias estuvieran en poder de los particulares, sería conducente su inmediata devolución o restitución, lo cual acarrearía, de ser necesario, la obligación de adquirirlas⁸⁴.

En caso de que los pueblos indígenas no pudieran ser restituidos en sus tierras tradicionales, se les deberá proporcionar tierras de igual calidad y estatuto jurídico que les permitan hacer frente a las necesidades de desarrollo. Para tales efectos, se debe respetar las formas de consulta y participación tradicionales al momento de elegir las nuevas tierras⁸⁵. Si las comunidades prefirieran el pago de indemnización, en dinero o en especie, deberá otorgárseles con las garantías apropiadas⁸⁶.

La adopción de estas medidas, así como la legislación que reconozca los respectivos derechos de los pueblos indígenas sobre sus tierras, no constituye discriminación ilegítima alguna. Por otra parte, la eventual existencia de dificultades en la comprensión de las costumbres, organización o características de los pueblos indígenas—por ejemplo, en cuanto a su régimen jurídico en relación a la tierra—, no exime a los Estados del cumplimiento de sus obligaciones⁸⁷.

De acuerdo a la doctrina de los órganos del SIDH y a lo expuesto anteriormente, parecería que en tanto un Estado no cumpla con estas

⁸² *Ibidem*, párr. 147.

⁸³ *Ibidem*, párr. 148.

⁸⁴ CIDH, *La situación de los derechos humanos de los pueblos indígenas en las Américas*, 20 de octubre de 2000, pág. 211.

⁸⁵ Corte IDH, *Caso comunidad indígena Sawhoyamaxa*, sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr. 135.

⁸⁶ Ver artículo 16.4 del Convenio 169 de la OIT. Corte IDH, *Caso comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay*... párr. 150.

⁸⁷ Corte IDH, *Caso del Pueblo Saramaka*, sentencia de 28 de noviembre de 2008. Serie C No. 172, párr. 101-103.

obligaciones, tampoco podrá efectuar el desalojo de poblaciones indígenas de tierras que de hecho ocupen, máxime cuando ello afecte otros derechos de las personas que pertenecen a las mismas⁸⁸.

La CIDH, fundada en los artículos XVIII y XXIII de la DADDH, ha establecido el deber del Estado de garantizar la consulta y participación de los pueblos indígenas en la determinación de medidas que afecten las tierras o territorios, bajo un proceso de total información en el cual participe toda la comunidad otorgando su consentimiento⁸⁹. La Corte ha declarado la prohibición de realizar procesos discrecionales de consulta, obligando a los Estados a tomar en cuenta sus propios usos, valores y derecho consuetudinario⁹⁰.

Como veremos más adelante, México ha estado lejos de aplicar de manera cabal las garantías enunciadas *supra*, modificando y adicionando la Constitución de la República desde un enfoque inconsistente respecto a los alcances de los derechos a la tierra, territorio y la consulta como concreción de la libre autodeterminación.

3. Situación general de los pueblos indígenas dentro del Estado mexicano

a. México: los efectos de tres décadas de ajuste estructural en los mecanismos de exclusión/inclusión

Tomando en cuenta la definición de cohesión social de la CEPAL⁹¹, según la cual dicho concepto se encuentra integrado tanto por los mecanismos de inclusión/exclusión como por las percepciones de la ciudadanía sobre éstos, permitiéndonos conocer el estado de la cuestión indígena en México.

⁸⁸ Medidas cautelares otorgadas a favor de la Comunidad Indígena Yakye Axa el 26 de septiembre de 2001.

⁸⁹ CIDH, Caso 11.140... párr. 140.

⁹⁰ Corte IDH, *Caso comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay...* párr. 151, y *Caso comunidad indígena Sawhoyamaya...* párr. 135.

⁹¹ Cfr. CEPAL, *La cohesión social: inclusión y sentidos de pertenencia en América Latina y el Caribe*. Santiago, Chile, 2007.

La funesta exclusión social en la que perviven los pueblos indígenas desde hace 500 años, se ha agudizado en los últimos 25 al haberse implementado en México las políticas de ajuste estructural en materia económica y social, mismas que han repercutido en la vigencia de los derechos económicos, sociales y culturales.

Esta situación ha comportado una explotación de los recursos naturales que ha generado entre otras cosas un deterioro medio-ambiental significativo, la pauperización de millones de personas en el campo y la ciudad, la pérdida del poder adquisitivo, la mercantilización de los servicios públicos básicos que corresponden al pleno goce y disfrute de los derechos humanos, en especial los económicos, sociales y culturales; emigración de cientos de miles de personas cada año a centros de población o países que detentan el poder económico⁹².

i. Elementos objetivos de exclusión de los pueblos indígenas

México tiene una población indígena que asciende a los 13 millones y medio de personas⁹³, la cual se encuentra repartida en 62 grupos etnolingüísticos ubicados en prácticamente todo el territorio nacional.

Como un dato general, el resultado de las políticas de desarrollo social excluyentes se aprecian al observar la situación de la mayoría

⁹² Como es sabido y ampliamente documentado, las ortodoxas políticas de ajuste estructural han sido impuestas por los organismos financieros internacionales desde los años 80, y sintetizadas en los 90 a raíz del denominado Consenso de Washington, el cual se define como una serie de reformas económicas recomendadas por los organismos financieros internacionales (FMI, BM, OMC), los principales bancos internacionales y el Departamento del Tesoro de Estados Unidos, dirigidos a las naciones latinoamericanas, a raíz de la recopilación y concentración de dichas políticas en un “decálogo” publicado por John Williamson en el documento “Lo que Washington quiere decir cuando se refiere a las reformas de las políticas económicas”. Para un estudio más profundo sobre este tema véase: Lechini, Gladys et. al., *La globalización y el Consenso de Washington: sus influencias sobre la democracia y el desarrollo en el sur*. Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales (CLACSO), Buenos Aires, 2008. Disponible al 3 de agosto de 2010 en: <<http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/sursur/lechES/lechES.pdf>>.

⁹³ Datos del Consejo Nacional de Población (CONAPO), “La población indígena en México 2000-2010”, disponible al 3 de agosto de 2010 en: <http://www.conapo.gob.mx/index.php?option=com_content&view=article&id=37&Itemid=235>.

de los pueblos indígenas, donde, según el Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Informática (INEGI), más del 90% de la población se encuentra dentro de la categoría de extremadamente pobres, cerca del 50% son analfabetos, el 80% de los niños indígenas menores de 5 años presentan niveles elevados de desnutrición y la tasa de mortalidad en la niñez es muy superior a la media nacional⁹⁴.

Posterior a su visita *in loco* realizada en 1998, la CIDH concluyó que los pueblos indígenas

...(respecto a) sus derechos económicos y sociales presentan grandes carencias, de por sí injustas y discriminatorias respecto a la situación promedio del resto de la población. Las tensiones existentes dentro de las comunidades indígenas, y entre estas y el resto de la sociedad global son antiguas, complejas y extendidas⁹⁵.

El Índice de Marginación 2005, elaborado por el Consejo Nacional de Población (CONAPO), claramente evidencia la situación de exclusión social en la que perviven los pueblos indígenas en nuestro país, esto es así en razón de que

...de los 317 municipios indígenas, 196 tienen grado de marginación muy alto, 119 grado de marginación alto y sólo dos municipios indígenas tienen grado de marginación medio, lo que significa que del total de 365 municipios identificados en el año 2005 con grado de marginación muy alto, más de la mitad son indígenas. La mayor incidencia de la marginación también sobresale en los 190 municipios predominantemente indígenas, donde 51 tienen grado de marginación muy alto y 119 alto, mientras que 17 municipios tienen grado de marginación medio, dos grado de marginación bajo y uno muy bajo⁹⁶.

⁹⁴ Cfr. Regino Montes, Adelfo, "Los pueblos indígenas: diversidad negada", en: *Chiapas*, No. 7. ERA-IIEC, México, 1999.

⁹⁵ CIDH, Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en México, OEA/Ser.L/V/II.100, 24 de septiembre de 1998, párr. 683.

⁹⁶ Consejo Nacional de Población, Índice de marginación 2005, noviembre de 2006, pág. 49. Disponible al 3 de agosto de 2010 en: <http://www.conapo.gob.mx/publicaciones/margina2005/01_b.pdf>. Para efectos de esta investigación, el CONAPO establece como metodología de estudio cuatro grupos de municipios con presencia de personas indígenas: clasificándolas como "i) indígenas, donde 70 por ciento o más de la población de cinco años o más habla alguna lengua indígena, ii) predominantemente indígenas, donde entre 40 y menos de 70 por ciento habla alguna lengua indígena; iii) con moderada presencia indígena,

Como señala el *Diagnóstico de sobre la situación de derechos humanos en México*, realizado por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas en 2003, a raíz del modelo globalizador se acordó privatizar las empresas de propiedad estatal, incluso aquellas estratégicas para el desarrollo, y se impulsaron reformas para reducir la propiedad social de tierras y recursos naturales con el propósito de incorporarlas a los mercados⁹⁷. En México, cabe señalar, la Revolución de inicios del siglo XX había logrado la repartición de los feudos y la preservación de modalidades colectivas para la explotación agrícola, como el ejido.

Por otra parte, como se ha mencionado, tales reformas promovieron también la flexibilización de las relaciones laborales internas con el fin de reducir los costes laborales y elevar los rendimientos de inversión. Dicho diagnóstico considera que con la apertura de la economía mexicana se ampliaron también las posibilidades de crecientes volúmenes de mercancías de contrabando, que pasaron a ser comercializadas vía el comercio informal.

En relación a esto, el *Informe alternativo DESC*⁹⁸, elaborado por organizaciones de la sociedad civil mexicana, la situación del empleo de la población indígena se enmarca en un panorama generalizado de precariedad del mercado de trabajo, agravado aún más por ubicarse principalmente en un sector en decrecimiento, el de la agricultura⁹⁹. Además, en las zonas indígenas las condiciones laborales son alarmantes pues el porcentaje de población que desarrolla su trabajo en un lugar precario representa un 80%, trabajo que casi siempre es

donde entre 10 y menos de 40 por ciento de sus residentes domina alguna lengua indígena; y iv) con escasa presencia indígena, donde menos de diez por ciento es hablante de lengua indígena" (pág. 49).

97 Con la contrarreforma al histórico artículo 27 Constitucional, impulsada e implementada por el gobierno de Carlos Salinas de Gortari en 1992, se abrió paso para la mercantilización del ejido.

98 Informe alternativo al IV Informe periódico del Estado mexicano sobre la aplicación del PIDESC; Informe de organizaciones de la sociedad civil sobre la situación de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales en México (1997-2006).

99 Informe alternativo... pág. 53.

desarrollado en parcelas, la calle o en su propio domicilio¹⁰⁰. Es decir, los indígenas además de padecer inestabilidad laboral, explotación y discriminación, se enfrentan con difíciles condiciones laborales.

La crisis del campo mexicano, la pobreza y la falta de oportunidades en las zonas rurales, han originado un incremento de la migración de las zonas rurales hacia las ciudades, donde un promedio de 600 campesinos deja su tierra cada día¹⁰¹. De acuerdo con la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), su estimación para el 2000 para México señaló que de la población rural 54.7% se encontraba bajo la línea de la pobreza y 28.5% bajo la línea de la indigencia¹⁰². A nivel macroeconómico en el año 2000, la participación del sector agropecuario en el Producto Interno Bruto (PIB) del país apenas representaba el 5.5%, lo que permite vislumbrar la precaria aportación de esta actividad a la economía nacional¹⁰³.

Datos que nos pueden apoyar en hacer un balance preciso sobre la interrelación de las actividades agrícolas que desempeñan la mayoría de las personas indígenas en nuestro país y el estado de exclusión en el que se perviven, los encontramos en el *Informe de desarrollo humano de los pueblos indígenas en México 2006*. El documento fue elaborado por el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo y la Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas, en tanto órgano ejecutivo encargado de la política de Estado en materia de derechos indígenas, establece claramente:

La población ocupada de la mayoría de los municipios indígenas tenía como principal actividad económica el sector primario, ya que en los municipios con 70% o más de población indígena cerca de 6 de cada 10 ocupados se dedicaban en actividades relacionadas

¹⁰⁰ *Ibidem*, pág. 60.

¹⁰¹ *Ibidem*, pág. 157.

¹⁰² Consultado en: <<http://www.hchr.org.mx/documentos/libros/diagnosticoCompleto.pdf>>, pág. 69, disponible al 3 de agosto de 2010.

¹⁰³ Comisión para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas (CDI)/Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) México, "Informe sobre desarrollo humano de los pueblos indígenas de México-2006", México, noviembre 2006, pág. 278. Disponible en: <http://www.cdi.gob.mx/idh/informe_desarrollo_humano_pueblos_indigenas_mexico_2006.pdf>, al 3 de agosto de 2010.

con el sector agrícola; sin embargo, se reduce en los municipios en donde la concentración de población indígena era menor, es decir, en demarcaciones territoriales de 30% a 69.99% de indígenas, en el que sólo 3 de cada 10 ocupados trabajaban en el sector primario¹⁰⁴.

Es importante destacar que las actividades agropecuarias realizadas en las comunidades indígenas son de autoconsumo o subsistencia, llevadas a cabo con técnicas de trabajo tradicionales que no garantizan el rendimiento deseado, por lo que excepcionalmente están encaminadas al comercio de sus productos. Como actividades complementarias llevadas a cabo por los pueblos indígenas están las referentes a la industria de la manufactura, elaboración de “artesanías” y comercio de las mismas. En las áreas urbanas, los indígenas se dedicaban principalmente a las actividades de la industria manufacturera y al comercio¹⁰⁵.

Vital importancia tiene la estrecha interrelación entre mercado de trabajo, características culturales y desigualdades. La falta de generación de empleos de calidad en las regiones indígenas, incentiva la emigración de personas indígenas a zonas urbanas donde, si consiguen un trabajo en el sector formal, reciben las más bajas remuneraciones, no tienen prestaciones y se les imponen condiciones de trabajo precarias. En el caso de que se integren al sector informal—como de hecho lo hace la mayoría— no se cubren las condiciones mínimas de seguridad social y laboral¹⁰⁶.

¹⁰⁴ CDI-PNUD, “Informe sobre desarrollo humano de los pueblos indígenas de México-2006” ... pág. 276.

¹⁰⁵ A este respecto el estudio del PNUD y la CDI enfatiza que “en la información del Sistema de Cuentas Nacionales se observa que la remuneración media anual en pesos del año 2000 recibidos por la población ocupada en la Gran División Agropecuaria, Silvicultura y Pesca tuvieron las remuneraciones más bajas de todas las grandes divisiones... En efecto, las diferencias llegaban a que en la Gran División Agropecuaria, Silvicultura y Pesca los ocupados tenían una remuneración media anual que era 26 veces inferior a la registrada por la Gran División de Electricidad, Gas y Agua, que fue donde la población ocupada recibió la más alta remuneración media anual del país. Esto permite confirmar la situación que ha enfrentado la población indígena que se dedica al campo, en donde no cuentan con seguridad social, menores o casi nulas remuneraciones y bajos niveles de productividad.” *Ibidem*, pág. 276.

¹⁰⁶ *Ibidem*, págs. 279-280. El Comité DESC también expuso su preocupación sobre las bajos ingresos percibidos por las personas indígenas en comparación con otros

En el plano educativo, otro indicador del Índice de Desarrollo Humano, se corrobora que también existe un rezago de los pueblos indígenas con respecto al resto de la población. Dentro del *Informe de desarrollo humano de los pueblos indígenas en México* encontramos datos espeluznantes sobre la brecha de equidad que persiste en este rubro, tan es así que los datos estadísticos comprueban

...que los indígenas tenían el más bajo grado de escolaridad de la población de 15 años y más. En los municipios con más del 70% de proporción de población indígena sólo contaban con 4.6 años de escolaridad promedio, es decir, 3.0 y 3.2 años menos que el promedio nacional y los municipios con menor población indígena que son aquellos que tenían menos del 30% de indígenas, respectivamente¹⁰⁷.

Como hace patente el mismo documento, las precarias condiciones en el acceso a la educación se recrudecen en el ámbito de los ingresos (como factor económico del IDH), arribando a la conclusión, con base en estudios comparativos, de que en muchas localidades indígenas el nivel de percepción de ingresos es equiparable al de la África Subsahariana. Similar estado de desigualdad guardan las poblaciones indígenas en el tema del pleno goce y ejercicio del derecho a la salud¹⁰⁸.

En síntesis, el multicitado estudio manifiesta con preocupación que México se caracteriza por ser una de las naciones que tienen una diversidad cultural, sin embargo la población indígena es la más pobre, discriminada, la menos educada y con empleos precarios que

sectores de la población. Ver CESCR, Observaciones finales a México, UN Doc. E/C.12/MEX/CO/4, 9 de junio de 2006, párr. 14.

¹⁰⁷ CDI-PNUD, "Informe sobre desarrollo humano de los pueblos indígenas de México-2006" ... pág. 274.

¹⁰⁸ *Ibidem*, págs. 78-79. El propio informe destaca: "A nivel nacional, el IDH de los pueblos indígenas se ubica en 0.7057, a diferencia del IDH de la población no indígena que es de 0.8304, es decir una brecha de casi 15 por ciento, que tiene gran parte de su origen en la desigualdad en el índice de ingresos, que en los pueblos indígenas registraba un índice de 0.6471 y en los no indígenas de 0.7579, que se traduce en una diferencia de 14.6 por ciento. Por su parte, el componente de educación alcanza un índice de 0.7319 para los pueblos indígenas y 0.8841 para los no indígenas, que, con 17.2 por ciento muestra la mayor diferencia de los tres componentes entre indígenas y no indígenas. El índice de salud alcanza valores casi tan altos como el educativo, lo cual señala que en este ámbito se han logrado significativos avances; con un índice de 0.7380 para los pueblos indígenas y 0.8491 para los no indígenas, lo cual significa una diferencia de 13.1 por ciento entre ambas poblaciones".

se encuentran con bajas remuneraciones, sin seguridad social, lo que no permite a un hogar indígena en nuestro país contar con una vida digna¹⁰⁹.

ii. Elementos subjetivos de excusión de los pueblos indígenas

En cuanto a las percepciones sobre la discriminación, éstas constituyen un elemento subjetivo que, como afirma Miguel Székely, tiene su origen en representaciones socioculturales, estereotipos y estigmas, así como en manifestaciones simbólicas de inequidad que no necesariamente tienen un vínculo directo con las condiciones materiales de vida¹¹⁰.

Tomando en cuenta que existen limitados estudios sobre el tema, considerando la dificultad para documentar estas dinámicas igualmente preocupantes que producen la segregación social, nos centraremos en los resultados arrojados por la *Primera encuesta nacional sobre discriminación en México*, realizada por la Secretaría de Desarrollo Social y la Comisión Nacional para Prevenir la Discriminación a mediados del 2004.

El estudio indica que 43% de los mexicanos/as opina que los indígenas tendrán siempre una limitación social por sus características raciales. En la misma tesitura, 40% de los mexicanos está dispuesto a organizarse con otras personas para solicitar que no permitan a un grupo de indígenas establecerse cerca de su comunidad, y uno de cada tres opina que lo único que tienen que hacer los indígenas para salir de la pobreza es no comportarse como indígenas¹¹¹.

Lo antes descrito es congruente con lo que opinan los indígenas mismos en razón de que 90,3 por ciento de los indígenas siente que tiene menos oportunidades para conseguir trabajo que el resto de la población. Tres de cada cuatro consideran que tienen menos oportunidades para ir a la escuela que el resto de las personas. Dos de

¹⁰⁹ Ibidem, pág. 279.

¹¹⁰ Székely, Miguel, *Un nuevo rostro en el espejo: percepciones sobre la discriminación y la cohesión social en México*. SERIE Políticas Sociales, CEPAL y Comisión Europea, Santiago de Chile, 2006, pág. 11.

¹¹¹ Ibidem, pág. 18. La *Encuesta nacional sobre discriminación 2004* puede consultarse también en <http://sedesol2006.sedesol.gob.mx/subsecretarias/prospectiva/subse_discriminacion.htm>, disponible al 3 de agosto de 2010.

cada tres opinan que tienen pocas o nulas posibilidades para mejorar sus condiciones de vida, mientras que el 45% afirma que no se le han respetado sus derechos por su condición. Uno de cada tres ha sido sujeto de discriminación en el último año por ser indígena. A uno de cada cinco le han negado trabajo por el simple hecho de ser indígena¹¹².

b. La reforma mutilada: los derechos de pueblos indígenas en la Constitución de la República

i. Antecedentes

En México, fue en el año de 1992, en el contexto de las actividades desarrolladas por el cumplimiento de los 500 años del descubrimiento de América, cuando el Constituyente permanente del Estado mexicano aprobó una reforma al artículo 4 de la Constitución Federal reconociendo su composición pluricultural. Esta disposición estuvo vigente hasta el 14 de agosto de 2001, en que tuvo lugar otra reforma constitucional en materia indígena mediante el cual se derogó el primer párrafo del artículo 4 y se adicionaron varios artículos constitucionales¹¹³; los aspectos sustanciales en materia indígena quedaron plasmados en el artículo 2 de la Constitución Federal.

La nueva reforma tuvo lugar en un contexto de movilización indígena encabezada por el Ejército Zapatista de Liberación Nacional (EZLN) —organización que el 1 de enero de 1994 se levantó en armas contra el gobierno— y como compromiso adquirido por parte del Estado en los Acuerdos de San Andrés, construidos durante mesas de diálogo entre el gobierno y la comandancia zapatista¹¹⁴.

¹¹² Székely, Miguel, *Un nuevo rostro en el espejo...*, pág. 19.

¹¹³ Con la Reforma Constitucional del 14 de agosto del 2001, publicada en el Diario Oficial de la Federación, se modificaron los artículos 1, 2, 4, 18 y 115 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, entrando en vigor al día siguiente.

¹¹⁴ El programa de trabajo convenido por el EZLN y el gobierno se componía de cuatro mesas de diálogo que se desarrollarían entre 1995 y principios de 1997. Las mesas que llegaron a buen fin fueron: Derechos y cultura indígena, y Democracia y justicia. Las dos que no se realizaron debido a la escalada de violencia incentivada por el gobierno fueron: Bienestar y desarrollo, y Derechos de la mujer. López Monjardin, Adriana, “En busca de una utopía democrática”, en: Hernández Navarro, Luis y Ramón Vera Herrera (comp.), *Acuerdos de San Andrés*. Ediciones Era, Colección Problemas de México, México, 1998, págs. 105-106.

Durante el proceso de diálogo el EZLN estuvo acompañado por una amplia red de organizaciones sociales, así como académicos y académicas, que fungieron como asesores e invitados especiales que representaban ideas y experiencias muy valiosas en las luchas por las reivindicaciones de los pueblos indígenas y en otras de naturaleza distinta¹¹⁵.

El largo proceso de negociación que finalizó el 16 de febrero de 1996 no estuvo exento de desencuentros y suspicacias, sin embargo se elaboraron cuatro documentos de vital importancia en el proceso político de reconocimiento legal de los derechos de los pueblos indígenas.

El primero consistió en un pronunciamiento conjunto sobre la necesidad de un nuevo pacto entre el Estado y los pueblos indígenas. El segundo se encontraba constituido de una serie de propuestas conjuntas que ambas partes remitirían al Congreso federal, entre las que se encontraban una propuesta de reforma constitucional conocida como la iniciativa COCOPA. El tercero implicaba una serie de reformas únicamente para Chiapas. En el cuarto se incluían algunos puntos omitidos en los tres documentos anteriores¹¹⁶.

Como acertadamente sintetiza Luis Hernández Navarro, los puntos reconocidos en los Acuerdos de San Andrés, sin abarcar la totalidad de las demandas indígenas, versaron en los siguientes términos:

- a. El reconocimiento de los pueblos indígenas en la Constitución y su derecho a la libre autodeterminación en un marco constitucional de autonomía.
- b. La ampliación de la participación y la representación políticas. El

¹¹⁵ Por parte del gobierno federal estuvo la Comisión de Concordia y Participación (COCOPA), con representantes de ambas Cámaras del Congreso de la Unión. Como mediadora estuvo la Comisión Nacional de Intermediación (CONAI) encabezada por el obispo de San Cristóbal de las Casas, Samuel Ruiz. La negociación tuvo como marco jurídico la Ley para el Diálogo, la Conciliación y la Paz Digna en Chiapas, aprobada por el Congreso publicada en marzo de 1995

¹¹⁶ Hernández Navarro, Luis, "Ciudadanos iguales, ciudadanos diferentes. La nueva lucha india", en: Hernández Navarro, Luis y Ramón Vera Herrera (comp.), *Acuerdos de San Andrés...* págs. 29-30.

- reconocimiento de de sus derechos económicos, políticos, sociales y culturales, derechos colectivos.
- c. La garantía de acceso pleno la justicia. El acceso a la jurisdicción del Estado. El reconocimiento de sus sistemas normativos. El respeto a la diferencia.
 - d. La promoción de las manifestaciones culturales de los pueblos indígenas.
 - e. La promoción de su educación y su capacitación, respetando y aprovechando sus saberes tradicionales.
 - f. El impulso a la producción y al empleo. La protección a los indígenas migrantes¹¹⁷.

Sin embargo, durante los cuatro años restantes de Ernesto Zedillo Ponce de León al frente del Ejecutivo Federal, se presentó ante el Senado el 15 de marzo de 1998 una contrapropuesta de reforma constitucional alejada de la elaborada por la COCOPA avalada por el EZLN y el Congreso Nacional Indígena¹¹⁸. La Cámara Alta se abstuvo de dictaminar el proyecto proveniente de la presidencia ante la descalificación del movimiento indígena.

Mientras tanto, en la zona de conflicto chiapaneca comenzó una violenta etapa de contrainsurgencia bajo la forma de “guerra de baja intensidad”, en la que grupos paramilitares auspiciados por los gobiernos federal y local tuvieron un funesto protagonismo. El episodio más trágico e infame de esta estrategia gubernamental fue la masacre ocurrida en la comunidad de Acteal, municipio de Chenalhó, en la cual fueron asesinadas 45 personas de origen tzotzil pertenecientes a la organización civil Las Abejas, que se encontraban en ayuno y oración por la paz en esa entidad.

Con la alternancia partidista en el poder federal, en el año

¹¹⁷ *Ibidem*, págs. 30-31.

¹¹⁸ Gómez, Magdalena, “La constitucionalidad pendiente: la hora indígena en la Corte”, en: Hernández, Aída Rosalva et. al. (coords.), *El Estado y los indígenas en los tiempos del PAN: neoindigenismo, legalidad e identidad*. Ed. Miguel Ángel Porrúa/Cámara de Diputados/CIESAS, México, 2004, pág. 177.

2000 sobrevoló la idea de apertura real hacia la conciliación y la paz verdaderas en Chiapas. Ante la nueva coyuntura, el EZLN estableció como condiciones para la paz en la entidad, entre otras, el reconocimiento constitucional de los acuerdos de San Andrés. Un vez más, el amplio y fortalecido movimiento indígena a nivel nacional, apoyado por otras organizaciones sociales, impulsó una fuerte movilización y obligó a la articulación de esfuerzos tendientes a replantear la relación del Estado con los pueblos indígenas dentro de la clase política.

En ese contexto, se generó un fuerte y complicado debate, no pocas veces cargado de posiciones intransigentes por parte de quienes decían defender la “unidad nacional” contra los supuestos “intentos de separatismo” en el sureste mexicano. En el mismo sentido, había quienes –desde una posición etnocéntrica, universalista y monoculturalista– cuestionaban la aprobación de leyes que tutelaran derechos “especiales” para los pueblos indígenas, sosteniendo que los derechos reconocidos para todas y todos los mexicanos eran suficientes para protegerlos¹¹⁹.

El 5 de diciembre de 2000, el gobierno de Vicente Fox envió al Senado la iniciativa de la COCOPA. No obstante, el Ejecutivo Federal no se caracterizó por su proactividad al momento de cabildear políticamente la aprobación del proyecto de reforma al interior de las cámaras. Previa conformación de un inusitado bloque de unidad entre los tres principales partidos políticos –Partido Revolucionario Institucional (PRI), Partido Acción Nacional (PAN) y Partido de la Revolución Democrática (PRD), que representan el centro, la derecha y la izquierda respectivamente– se aprobó una reforma calificada por amplios sectores como conservadora.

Muestra de lo anterior es que 331 municipios indígenas se inconformaron a través de igual número de controversias constitucionales interpuestas ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación, por no colmar lo plasmado en los Acuerdos de San Andrés, vulnerar

¹¹⁹ Cfr. Hernández Navarro, Luis, “Ciudadanos iguales, ciudadanos diferentes. La nueva lucha india”...

el proceso constitucional de aprobación de la reforma y no cumplir con lo dispuesto por el artículo 6.1 del Convenio 169 de la OIT en lo referente a la consulta de los pueblos indígenas. El máximo Tribunal, echando mano de razonamientos formalistas y eludiendo entrar al fondo del asunto, desechó las controversias planteadas, declarando constitucional la reforma¹²⁰.

ii. Aspectos negativos de la reforma constitucional

Aún cuando el contenido del artículo 2 constitucional no establece un marco jurídico adecuado para el ejercicio de los derechos indígenas, el reconocimiento de la diversidad cultural sustentada en los pueblos indígenas quedó estipulado de forma limitada, y su tutela mediante la prohibición de la discriminación quedó prevista en el artículo 1.

Además, podemos encontrar en el artículo 2 un conjunto de derechos de los pueblos indígenas sumamente acotados, entre otros, el derecho a la libre determinación y autonomía, el derecho a aplicar sus sistemas normativos propios, a elegir conforme a sus procedimientos y prácticas tradicionales, a preservar y enriquecer sus manifestaciones culturales; no obstante deja a las constituciones y a las leyes de las entidades federativas la facultad de reglamentar estos derechos. Esta última disposición ha generado que en las reformas estatales se dé una diversidad de modalidades de reconocimiento y reglamentación que muchas veces se aleja del espíritu de la norma constitucional.

De entrada se establece el reconocimiento de la autonomía de los pueblos indígenas en un marco “que asegure la unidad nacional” (art. 2 fracción II) y no como parte del Estado mexicano. Asimismo, se condiciona la elección del gobierno interno a los principios de la Constitución en el marco del pacto de la Federación y los estados (fracción III).

¹²⁰Gómez, Magdalena, “La constitucionalidad pendiente: la hora indígena en la Corte”... págs. 187-201. Sobre el particular, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial manifestó al Estado Mexicano que lamenta que las reformas no hayan sido reflejadas en la práctica, así como el hecho de que los pueblos indígenas no fueron consultados durante el proceso de la reforma (art. 2). CERD, Observaciones finales al Estado Mexicano, UN Doc. CERD/C/MEX/CO/15, 4 de abril de 2006, párr. 12.

Así, se tiene consolidada la soberanía estatal predominando los intereses ajenos a los pueblos indígenas, representados por los grupos hegemónicos privados y públicos, sin siquiera sentar las bases para un proceso de construcción intercultural del Estado.

Prueba de ello es la insuficiente y hasta restrictiva fórmula normativa (art. 2, párr. 4) en el cual no reconoce los pueblos indígenas como sujetos de derecho, delegando a los estados de la República el “reconocimiento de las comunidades indígenas como entidades de derecho público” en sus respectivas constituciones. El término “entidades de derecho público” encubre la negativa a reconocer a los pueblos indígenas como sujetos de derechos.

Lo mismo sucede con los derechos a la tierra, territorio y disposición de los recursos naturales, supeditándolos a las leyes secundarias y anteponiendo los intereses de particulares, puesto que el mismo artículo 2, apartado A, fracción VI, señala que podrán “acceder, con respeto a las formas y modalidades de propiedad y tenencia de la tierra establecidas en esta Constitución y a las leyes de la materia, así como a los derechos adquiridos por terceros o por integrantes de la comunidad”¹²¹.

Mediante esta disposición se vulnera el principio de preeminencia de los derechos colectivos de los pueblos indígenas sobre sus tierras ancestrales, y se trasluce la ignorancia del Constituyente sobre la relación que guardan las comunidades originarias con la tierra, reduciéndola a la visión utilitarista que prevalece en la propiedad privada. En el mismo sentido el régimen de reparaciones para casos en que las tierras y territorios reclamados se encontraren ocupados, ampliamente desarrollado en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, no se contempla.

¹²¹ Ver, Informe presentado por la Experta Independiente en cuestiones de Minorías, Gay McDougall, 2 de febrero de 2007, UN Doc. A/HRC/4/9, párr. 105. En relación al derecho sobre la tierra y la propiedad, Gay McDougall recomienda enfáticamente a los gobiernos la aplicación de leyes que salvaguarden la igualdad de derechos de las minorías sobre la tierra y propiedad, reconociendo las varias formas de propiedad que éstas practican. Por otro lado, también manifiesta la necesidad de que las minorías participen activamente en la toma de decisiones sobre los planes de desarrollo nacional y regional que les afecten directamente.

En cuanto a la participación política de los pueblos indígenas en los asuntos del Estado, la norma constitucional –de manera restrictiva– sólo considera que pudieran ejercer este derecho a nivel municipal, manteniendo la barrera histórica en los ámbitos estatal y federal¹²².

Sobre la reforma constitucional, el Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales, Rodolfo Stavenhagen, ha recomendado al Estado reabrir el debate en el Congreso Federal con la finalidad de garantizar los derechos indígenas en consonancia con los Acuerdos de San Andrés y los tratados internacionales en la materia. Sobre este punto concluye de manera tajante afirmando la conveniencia de realizar una nueva reforma, previa consulta de los pueblos originarios¹²³.

Conclusiones

Como hemos visto, pese a la oprobiosa realidad en la que perviven los pueblos indígenas el Estado mexicano no se ha colocado a la altura de las circunstancias, les ha dado la espalda. Dicho desdén, además de incumplir con los compromisos internacionales adquiridos, deniega el acceso a una justicia sustantiva para los pueblos indígenas. Prueba de ello es la reforma constitucional aprobada en 2001 en materia de derechos indígenas. El Estado minimalista se manifiesta en su cariz más funesta.

A partir de los instrumentos internacionales específicos y del progresivo avance en las pautas de interpretación dentro de los sistemas Universal e Interamericano de Derechos Humanos, se protegen más ampliamente los derechos inherentes de los pueblos indígenas, reconocidos en el plano mundial debido a la intensa lucha reivindicatoria que han llevado a cabo durante siglos.

No podemos olvidar que la irrupción del movimiento indígena como actor social de relevancia mundial ha incidido en la legitimación

¹²²CERD, Observaciones finales al Estado Mexicano... párr. 14.

¹²³Ver, Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la Situación de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de los Pueblos Indígenas, Rodolfo Stavenhagen, Informe sobre su visita a México, UN Doc. E/CN.4/2004/80/Add.2, 23 de diciembre de 2003, párrs. 64 y 66.

de los Estados conformados pluriculturalmente, así como con la apertura de importantes canales de interlocución a través de diversos foros e institutos específicamente encaminados a construir un discurso legal y político que revierta la situación de origen estructural que históricamente los ha marginalizado y vulnerado. Muchas veces ese discurso y praxis se ha entrado en conflicto con los principios “universales” de la cultura occidental. No obstante, la constante presión en diversos campos ha logrado la adaptación cultural de sus derechos en el plano nacional e internacional, persistiendo muchas asignaturas pendientes. Una posición crítica que parta de la historicidad y las realidades concretas deviene imperativa para el mejoramiento de este proceso.

La centralidad programática de los derechos a la autodeterminación, tierra y territorio, conlleva la confrontación con modelos de pensamiento y acción hegemónicos impulsados por actores no estatales. Entonces es claro que no sólo se requiere de reconocimiento formal de los derechos indígenas, sino de voluntad política materializada en su eficiente participación –en pie de igualdad– dentro de los procesos de planeación, formulación e implementación de las medidas legislativas que les atañen y de los proyectos económicos que puedan perjudicarlos dentro del Estado.

Retomar la agenda política en el tema de los derechos indígenas se vuelve necesario en un país como México. Sin embargo, en esta ocasión serán los pueblos indígenas, y nadie más, los que deben tener la última palabra. Es momento de romper el silencio y de acallar la ensoberbecida voz de la ignominia.

Instituto Interamericano de Derechos Humanos

Asamblea General (2007-2010)

Thomas Buergenthal
Presidente Honorario

Sonia Picado S.
Presidenta

Mónica Pinto
Vicepresidenta

Margareth E. Crahan
Vicepresidenta

Pedro Nikken
Consejero Permanente

Mayra Alarcón Alba
Line Bareiro
Lloyd G. Barnett
César Barros Leal
Allan Brewer-Carías
Marco Tulio Bruni-Celli
Antônio A. Cançado Trindade
Gisèle Côté-Harper
Mariano Fiallos Oyanguren
Héctor Fix-Zamudio
Robert K. Goldman
Claudio Grossman
María Elena Martínez
Juan E. Méndez
Sandra Morelli Rico
Elizabeth Odio Benito
Nina Pacari
Máximo Pacheco Gómez
Hernán Salgado Pesantes
Wendy Singh
Rodolfo Stavenhagen

Comisión Interamericana de Derechos Humanos

Luz Patricia Mejía
Víctor E. Abramovich
Felipe González
Paolo G. Carozza
Florentín Meléndez
Clare Kamau Roberts
Paulo Sérgio Pinheiro

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Cecilia Medina Quiroga
Diego García Sayán
Manuel E. Ventura Robles
Sergio García Ramírez
Leonardo Franco
Margarette May Macaulay
Rhady Abreu Blondet

Roberto Cuéllar M.
Director Ejecutivo

Los programas y actividades del Instituto Interamericano de Derechos Humanos son posibles por el aporte de agencias internacionales de cooperación, fundaciones, organizaciones no gubernamentales, agencias del sistema de Naciones Unidas, agencias y organismos de la Organización de los Estados Americanos, universidades y centros académicos. Las diferentes contribuciones fortalecen la misión del IIDH, reforzando el pluralismo de su acción educativa en valores democráticos y el respeto de los derechos humanos en las Américas.

REVISTA **IIDH**

La Revista IIDH es una publicación semestral
del Instituto Interamericano de Derechos Humanos