

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



38

Justicia y Seguridad
Julio-Diciembre 2003



AGENCIA SUECA
DE COOPERACION
INTERNACIONAL PARA
EL DESARROLLO

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

© 2004, 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

1. 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.

Diagramado y montaje electrónico de artes finales: Unidad de Información y Servicio Editorial del IIDH.

Impresión litográfica: Imprenta y Litografía Mundo Gráfico 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 original y una copia escritos a doble espacio, dentro de un máximo de 45 cuartillas tamaño carta. El envío deberá acompañarse con disquetes de computador, indicando el sistema y el programa en que fue elaborado.
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\$ 30,00. El precio del número suelto es de US\$ 15,00. 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.

Dirigir todas las órdenes de suscripción a la Unidad de Información y Servicio Editorial del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, A. P. 10.081-1000 San José, Costa Rica.

Las instituciones académicas, interesadas en adquirir la Revista IIDH, mediante canje de sus propias publicaciones pueden escribir a la Unidad de Información y Servicio Editorial del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, A. P. 10.081-1000 San José, Costa Rica.

Índice

Presentación.....	7
--------------------------	----------

Roberto Cuéllar

Aplicación del derecho internacional en el derecho interno: casos de América Latina

Derecho internacional de los derechos humanos y Tribunal Constitucional: un repaso al caso boliviano.....	13
---	----

Guido Ibagüen Burgos

Fundamentos, objetivos y proyecciones de la Corte Penal Internacional.....	67
--	----

Mariano R. La Rosa

Aplicación del derecho internacional de los derechos humanos por los tribunales de la República Argentina.....	111
--	-----

Carlos R. Constenla

Seguridad, justicia y política en los países latinoamericanos

El fenómeno delictivo en Buenos Aires: seguridad ciudadana y rol de la policía.....	153
---	-----

Elena Laura Mariani

El Ecuador frente al Plan Colombia. Inseguridad en la frontera colombo-ecuatoriana.....	199
---	-----

Lorena Isabel Sánchez

La represión del delito y su funcionalidad con el
paradigma económico, político y social.....251
Horacio Esber

Seguridad ciudadana en el hemisferio.....289
Marta Altolaquirre Larraondo

**Seguridad y derechos humanos de grupos en
condición de vulnerabilidad**

Tortura e segurança pública no brasil.....313
Marcia Canario de Oliveira Gomes

Tráfico de mulheres, crianças e adolescentes
para fins de exploração sexual comercial e a
segurança social.....349
Welinton Pereira da Silva

La dimensión política de la responsabilidad penal
de los adolescentes en América Latina: notas para la
construcción de una modesta utopía.....421
Emilio García Méndez

Justicia y seguridad: su relevancia para la
protección internacional de los refugiados.....447
Juan Carlos Murillo González

Presentación

El Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH) se complace en presentar el número 38 de su Revista IIDH, correspondiente al segundo semestre de 2003. Se trata de una edición monográfica dedicada al tema *Justicia y seguridad*, eje temático del XXI Curso Interdisciplinario en Derechos Humanos, llevado a cabo en San José, Costa Rica, del 23 de junio al 4 de julio de 2003. Como anunciáramos en el número anterior, el correspondiente al segundo semestre de cada año recogerá las ponencias de algunos de los docentes, así como trabajos de investigación de varias personas participantes en este curso anual -preparados para optar por el Certificado Académico correspondiente al XXI Curso-, como lo hemos hecho en números monográficos anteriores (No. 32-33, Acceso a la justicia; No. 34-35, Participación política; No. 36, Educación en derechos humanos).

A partir de la evaluación del escenario actual latinoamericano, dentro del contexto de globalización, y los retos actuales a los derechos humanos, el IIDH ha formulado una estrategia institucional que propone focalizar la acción institucional en aquellos derechos y conjuntos de derechos en los que puede realizar aportes más sustanciosos y que, además, considera prioritarios. Uno de estos campos de derechos es el relativo al acceso a la justicia y dentro de ese marco, el de la seguridad ciudadana.

Ciertamente el Instituto ha venido desarrollando diversas actividades en torno a esta temática, entre otras, las impulsadas dentro del *Proyecto derechos humanos, seguridad ciudadana y sociedad civil* (1996-1999). Asimismo, desde hace varios años ofrece oportunidades de capacitación para miembros de la fuerza pública en varios países. Actualmente ejecuta un nuevo proyecto dentro del Programa de Fuerzas Armadas del Departamento de Instituciones Públicas.

Otro proyecto en curso de ejecución atiende el tema de políticas públicas de seguridad; como parte de este proyecto se llevó a cabo el *Taller sobre seguridad ciudadana* realizado el 21 y 22 de Junio del 2003. Además, el IIDH mantiene una sección especializada sobre el tema en su sitio web: *Seguridad y derechos humanos* (<http://www.iidh.ed.cr/comunidades/seguridad/>).

Hemos dividido este número de la Revista IIDH en tres partes: la aplicación del derecho internacional en el derecho interno en América Latina; seguridad, justicia y política en los países latinoamericanos; y, seguridad y derechos de grupos en condición de vulnerabilidad. En la primera parte hemos incluido tres artículos, de Guido Ibargüen, boliviano, Mariano La Rosa y Carlos Constenla, argentinos, participantes del XXI Curso. El primero nos ofrece una revisión del caso boliviano con relación al derecho internacional, el derecho internacional de los derechos humanos y el Tribunal Constitucional, repaso analítico y crítico que hace con el fin de determinar si la vinculación entre aquellos permite una mejor protección de los derechos humanos en su país. La Rosa presenta una investigación que realizó con el objeto de determinar la importancia y trascendencia de la Corte Penal Internacional en la represión de actos que, en forma más grave y desmesurada, atentan contra los derechos fundamentales de la humanidad. Constenla desarrolla el tema de la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos por los tribunales argentinos.

La segunda parte incluye cuatro artículos sobre el tema general de seguridad, justicia y política en América Latina. Los dos primeros tratan de casos particulares: la participante argentina del Curso, Elena Mariani, analiza el fenómeno delictivo en Buenos Aires; Lorena Sánchez, ecuatoriana, nos habla de la inseguridad en la frontera ecuatoriano-colombiana, en el marco del Plan Colombia. Los otros dos tratan el tema desde una perspectiva más general: Horacio Esber, argentino, nos invita con su ensayo sobre la represión del delito y su funcionalidad a reflexionar sobre temas claves del problema de seguridad hemisférico; de Marta Altolaquirre Larraondo, guatemalteca, ex Presidenta de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, publicamos su ponencia sobre seguridad ciudadana en el hemisferio americano.

Por último, publicamos en la tercera parte cuatro artículos, relativos al tema de la seguridad en el caso de grupos en condición de vul-

nerabilidad. Los dos primeros sobre el caso brasilero: Marcia Canario de Oliveira desarrolla el tema de la tortura y la seguridad pública en Brasil; Welinton Pereira da Silva analiza el tráfico de mujeres, niños y adolescentes y su relación con la seguridad social. Con el aporte de dos ponentes se cierran la tercera parte y la edición: de Emilio García Méndez, Profesor asociado de criminología (Facultad de Psicología, Universidad de Buenos Aires), publicamos la ponencia que ofreció en el marco del XXI Curso sobre la responsabilidad penal de los adolescentes en América Latina. Juan Carlos Murillo, Encargado de Capacitación en Protección de la Unidad Legal Regional del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), nos invita a reflexionar sobre la relevancia de la justicia y la seguridad para la protección internacional de los refugiados, tema sobre el que habló en el marco de la Cátedra Nansen que ACNUR ofrece anualmente en el Interdisciplinario del IIDH.

Los invitamos a conocer los alcances de este tema, central para la vida de todas las personas que habitamos este hemisferio, mediante los aportes e interesantes perspectivas de los autores y autoras, agradeciendo a Byron Barillas (Guatemala) por su participación en la edición de este número. Dejamos abierta la invitación a todas aquellas personas que deseen enviar sus trabajos a la consideración del Comité Editorial de la Revista IIDH, aprovechando 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, con cuyos aportes y contribuciones es posible la labor del IIDH.

Roberto Cuéllar M.

Director Ejecutivo

**Aplicación del derecho internacional
en el derecho interno:
casos de América Latina**

Derecho internacional, derecho internacional de los derechos humanos y Tribunal Constitucional: un repaso al caso boliviano

*Guido M. Ibargüen Burgos**

1. Introducción

La relación entre Derecho Internacional, Derecho Internacional de los Derechos Humanos (en adelante DIDH) y Tribunal Constitucional (en adelante TC) es muy reciente por la corta edad de este último y porque el DIDH empieza a adquirir importancia, cuando menos en su dimensión jurisdiccional, a partir del trabajo de este órgano judicial. En realidad, el tema de los derechos humanos, sistemática e institucionalmente abordado, es también nuevo en Bolivia. Hasta antes de la década de los 90 y, especialmente, de la reforma constitucional de 1994 no estaba articulado y obedecía a una lógica de lucha, casi exclusivamente, unilateral. Sus principales actores eran, por un lado, organizaciones ligadas a la Iglesia Católica, sectores sociales y organizaciones civiles abiertamente ideologizadas y contestatarias al poder público y, por el otro, ciertas instancias de la administración pública, generalmente lideradas por los organismos de seguridad.

Con la reforma se crean diferentes reparticiones públicas de promoción y protección de los derechos humanos, tanto independientes¹, como ligadas a los órganos tradicionales². Asimismo, los sucesivos gobiernos empiezan a mirar con mayor seriedad y amplitud la relación del Estado que administran con los compromisos en materia de DIDH. En ese escenario, germinante, pero incierto al mismo tiem-

* Participante en el XXI Curso Interdisciplinario en Derechos Humanos. Abogado graduado de la Universidad Católica Boliviana. Diploma de especialista en Derecho Administrativo, Universidad Andina "Simón Bolívar". LLM in International Human Rights Law, University of Nottingham, Inglaterra. Asesor en Derechos Humanos, Defensoría del Pueblo de Bolivia.

¹ El Defensor del Pueblo.

² Por el Ejecutivo, el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos; por el Judicial, el Tribunal Constitucional.

po, al TC le toca trazar las principales líneas para el desarrollo interno del DIDH, pero también trazar su propio camino, con los aciertos y desaciertos propios de un proceso en construcción. En este proceso, el tribunal debe enfrentar concepciones radicales de soberanía arraigadas en el país, pero también en sus propios miembros; contravenir dogmas para brindar una mejor protección a los derechos fundamentales; y generar y enfrentar contradicciones. El Tribunal Constitucional, como órgano de protección de los derechos humanos, se transforma en un articulador entre la justicia doméstica y la supranacional, entre el derecho constitucional y el derecho internacional y entre un pasado histórico de inseguridad jurídica y un presente -y futuro- comprometido en dar muestras de cambio.

En esta investigación se hace un repaso analítico y crítico a diferentes aspectos de derecho internacional, DIDH y justicia constitucional en el contexto boliviano, tomando en cuenta, esencialmente, fundamentos doctrinales, comparaciones normativas y precedentes jurisprudenciales con el fin de evaluar si la vinculación entre aquellos permite una mejor protección de los derechos humanos en Bolivia.

2. El Tribunal Constitucional boliviano

Como punto trascendental de los acuerdos políticos de 1992 se decidió la reforma de la Constitución Política del Estado (en adelante CPE) vigente desde 1967. La reforma tomó cuerpo en la Ley 1585 de 12 de agosto de 1994 que promulgó la Constitución reformada incorporando una serie de aspectos sustantivos de indudable significado como el artículo (art.) 1º modificado por el cual Bolivia se reconoce como una república multiétnica y pluricultural, o el 171, disposición que, entre otras cosas, introduce el reconocimiento, respeto y protección de los “derechos sociales, económicos y culturales de los pueblos indígenas que habitan en el territorio nacional, especialmente los relativos a sus tierras comunitarias de origen garantizando el uso y aprovechamiento sostenible de los recursos naturales, a su identidad, valores, lenguas y costumbres e instituciones”. Al margen de estos trascendentales reconocimientos y de la modificación de una treintena de preceptos, la Constitución también creó tres nuevas instituciones: el Defensor del Pueblo, el Consejo de la Judicatura y el Tribunal Constitucional.

El TC tuvo su ley orgánica el 1° de abril de 1998³ y sus cinco primeros magistrados fueron designados, por diez años, el 24 de julio de 1998. Como sucedió con el Defensor del Pueblo y el Consejo de la Judicatura, la ley del TC entró en vigencia plena luego de una *vacatio legis* que duró algo más de nueve meses desde la posesión de sus magistrados – el 5 de agosto de 1998. El 1° de junio de 1999 el TC empezó a ejercer jurisdicción⁴.

El TC, o más bien la idea de contar con él enfrentó una serie de obstáculos. El más importante, sin duda, fue la marcada oposición de la Corte Suprema de Justicia (en adelante CSJ) de que se cree un órgano que pudiera competir o disputar su hegemonía como máximo tribunal de justicia del país⁵. Se discutió entonces la creación de una sala constitucional dentro de la propia Corte Suprema, sin embargo, esa propuesta fue descartada y se decidió por la creación de un órgano independiente⁶ como parte del Poder Judicial⁷. No obstante, se dejó sentado en el texto constitucional que la primera atribución de la CSJ sería representar al Poder Judicial⁸ lo que marcó la preeminencia institucional de la corte sobre el tribunal y, de paso, acentuó una división latente entre los dos órganos que se iría revelando en el curso de los años siguientes.

Al tribunal se le acordó el control de la constitucionalidad⁹ a través de diez atribuciones específicas enumeradas en la CPE¹⁰ y desarrolladas en su ley orgánica. Básicamente, el TC ejerce sus atribuciones en tres ámbitos. El primero es el del control normativo, tanto de manera previa, a través de la absolución de consultas, como correctiva, por medio de los recursos de inconstitucionalidad, los recursos

³ Ley 1836 del Tribunal Constitucional de 1° de abril de 1998.

⁴ Tribunal Constitucional de la República de Bolivia *Informe del Primer Año de Labores Jurisdiccionales 1999-2000*, Tribunal Constitucional, Sucre, Bolivia, 2000, pp. 11-12.

⁵ Rivera, José Antonio. *Jurisdicción Constitucional, Procedimientos Constitucionales en Bolivia*, Edit. Academia Boliviana de Estudios Constitucionales, Cochabamba, 2001, p. 129.

⁶ Constitución Política del Estado, Bolivia, art. 119(1).

⁷ Rivera, *Jurisdicción Constitucional...*, p. 130.

⁸ Constitución Política del Estado, Bolivia, art. 118(1).

⁹ *Ibíd.*, art. 116(4).

¹⁰ *Ibíd.*, art. 120.

contra tributos inconstitucionales, las impugnaciones a resoluciones legislativas, prefecturales y municipales y las demandas de infracción al procedimiento de reforma constitucional. El segundo es el del control del ejercicio del poder político, a través del recurso directo de nulidad y definiendo los conflictos de competencia entre varios órganos públicos. El tercero es el del control del ejercicio de los derechos fundamentales y garantías constitucionales, especialmente a través de la revisión de los recursos de *habeas corpus* y amparo constitucional¹¹ – también a través de los recursos de inconstitucionalidad.

A partir de estas atribuciones, y muy especialmente de las referidas a la competencia que ejerce en materia de garantías judiciales y derechos fundamentales, queda claro que el TC no sólo es un legislador negativo, sino un órgano de tutela de los derechos humanos como lo establece el art. 1(II) de la Ley 1836¹². En ese papel, al TC le corresponde revisar una numerosa cantidad de resoluciones judiciales pronunciadas por jueces y tribunales en el trámite de recursos de *habeas corpus* y amparo constitucional y resolver, en única instancia, recursos de inconstitucionalidad (abstractos e incidentales), en varios de los cuales se impugnan normas contrarias a los derechos reconocidos en la norma fundamental. Ese papel tutelar en materia de derechos humanos es, en realidad, el que absorbe la mayor parte del trabajo del tribunal. El año 2002 el TC recibió 1.970 (100%) expedientes, de los cuales 501 (25.43%) fueron revisiones de *habeas corpus* y 1.131 (57.41%) de amparos constitucionales. Los restantes 338 (17.16%) expedientes correspondieron a otros trámites.

Al tribunal se le pueden hacer varias críticas. Se puede decir que sus sentencias, sobre todo las que emergen de la revisión de recursos de amparo constitucional y *habeas corpus*, se limitan, cuando confirman las resoluciones revisadas, a dar por bien hecho lo decidido por el juez o tribunal de amparo o *habeas*, pero rara vez desarrollan doctrina que permita enriquecer la jurisprudencia. Esto podría explicar-

¹¹ Rivera, *Jurisdicción Constitucional...*, pp. 131-133.

¹² Ley 1836, art. 1 (independencia y fines del tribunal constitucional).- I. El Tribunal Constitucional es independiente y está sometido sólo a la Constitución y la presente Ley. Tiene su sede en la ciudad de Sucre.

II. Son fines del Tribunal Constitucional ejercer el control de constitucionalidad y garantizar la primacía de la Constitución, el respeto y vigencia de los derechos y garantías fundamentales de las personas, así como la constitucionalidad de las convenciones y tratados.

se por la avalancha de expedientes que le toca revisar ya que la Ley 1836 prevé, sin excepción, que todas las resoluciones emitidas por los jueces y tribunales de amparo y *habeas* deben ser revisadas por el TC¹³.

Una segunda crítica está conectada con la primera. La CPE señala en su art. 29 que “**sólo el Poder Legislativo tiene facultad** para alterar y modificar Códigos, así como para **dictar reglamentos y disposiciones sobre procedimientos judiciales**” (énfasis agregado). Igualmente, el art. 121(IV) señala que “[l]a Ley reglamenta la organización y funcionamiento del Tribunal Constitucional, **así como las condiciones para la admisión de los recursos** y sus procedimientos” (énfasis agregado). Sin embargo, seguramente apremiado por el gran número de resoluciones de amparo que debe revisar, el TC ha pasado a ser de legislador negativo a legislador positivo, usurpando funciones del Poder Legislativo puesto que en su jurisprudencia ha señalado, repetidamente, que el plazo de caducidad para presentar el recurso de amparo vence después de los seis meses de producido el hecho vulnerador. Sin embargo, ni el art. 19 de la CPE ni los arts. 94-104 de la Ley 1836 señalan plazo alguno para la interposición del recurso.

Es comprensible que el TC quiera limitar el acceso a este recurso no sólo por una razón que involucra a su propia eficiencia, sino también por una razón de seguridad jurídica. Empero, no es el TC el que debía encargarse de establecer los procedimientos judiciales -siendo la caducidad en el recurso de amparo un instituto procesal de la justicia constitucional-, sino el Poder Legislativo tal y como lo señalan los arts. 29, 71(II) y 121(IV) de la CPE.

Una tercera crítica tiene que ver con el constante apego del TC a fundamentar sus decisiones basándose en el derecho comparado. Por ejemplo, en la sentencia constitucional 52/2002, uno de los principales fundamentos del fallo fue que “regulaciones como las contenidas en el [artículo] impugnado, se encuentran recogidas dentro de la legislación comparada, en las que se establecen regulaciones a la propaganda electoral en términos similares a las contenidas en las normas impugnadas”¹⁴. Y no es que apelar a la legislación comparada

¹³ Ley 1836, arts. 7(8), 93, 102(5). Como se apuntó antes, eso representa más del 80% del trabajo del TC.

¹⁴ Sentencia constitucional 52/2002 de 27 de junio de 2002; sentencia constitucional 1036/2002-R de 29 de agosto de 2002, Tribunal Constitucional de Bolivia.

sea erróneo para respaldar una decisión, pero si esa decisión está cimentada exclusiva o casi exclusivamente en normas extranjeras sin que se hubiera desentrañado el problema jurídico-constitucional en función a lo que sucede en la propia jurisdicción nacional, entonces sí existe un dilema. En otra sentencia, el TC señaló que

se extrae que el [Código de Procedimiento Penal] (art. 226) permite -aunque no lo diga expresamente- la aprehensión directa del imputado, sin necesidad de citación previa de comparendo, en la persecución de aquellas acciones delictivas que por su gravedad lesionan los intereses y bienes jurídicos vitales y fundamentales para la vida y desarrollo del individuo y la comunidad [...] **[e]l entendimiento interpretativo aludido guarda concordancia con lo establecido sobre la materia en la legislación comparada**¹⁵ (énfasis agregado).

¿No debería la interpretación del TC ser concordante con la CPE y no con las leyes de otros países?

Otras críticas serán analizadas en los puntos que se desarrollan más adelante. Sin perjuicio de ellas y de las ya anotadas, no hay que desconocer el importante aporte del novel TC al fortalecimiento del estado de derecho y a la protección de los derechos humanos en Bolivia. Ha sido este tribunal el primero en declarar la inconstitucionalidad de un estado de sitio y ordenar medidas reparatorias de indemnización a favor de las víctimas de detenciones y confinamientos ilegales realizadas en esa circunstancia¹⁶.

Igualmente, el tribunal ha fallado en favor de personas que reclamaban la protección al derecho a la salud amenazado por la suspensión de tratamientos de hemodiálisis¹⁷ y por la suspensión en la dotación de medicamentos antiretrovirales,¹⁸ contribuyendo, con ello, a romper el mito de la no justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales¹⁹.

¹⁵ Sentencia constitucional 1508/2002-R de 11 de diciembre de 2002, Tribunal Constitucional de Bolivia.

¹⁶ Sentencia constitucional 439/2000-R de 5 de mayo de 2000, Tribunal Constitucional de Bolivia.

¹⁷ Sentencias constitucionales 420/99-R de 20 de diciembre de 1999, 411/00-R de 28 de abril de 2000, 433/2000-R de 4 de mayo de 2000, Tribunal Constitucional de Bolivia.

¹⁸ Sentencia constitucional 26/2003-R de 8 de enero de 2003, Tribunal Constitucional de Bolivia.

¹⁹ La no justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales es una limitación que se da esencialmente en el derecho internacional de los derechos

Asimismo, gracias a la interpretación del tribunal del art. 7(a) de la Constitución Política²⁰, se reconoció a la seguridad jurídica como un derecho fundamental²¹. También este tribunal, muy acertadamente, desmitificó el carácter sagrado de la cosa juzgada -cuando es producto de violaciones al debido proceso- al señalar que “cuando una resolución ilegal afecta al contenido esencial de un derecho fundamental no se puede sustentar su ilegalidad bajo una supuesta cosa juzgada, en cuyo caso se abre el ámbito de aplicación del Amparo Constitucional”²².

Finalmente, y aunque este punto se verá luego con mayor detenimiento, ha sido este tribunal el que introdujo el concepto de “bloque de constitucionalidad”²³ dentro de la doctrina constitucional boliviana dando paso a la aplicación interna del DIDH con equivalencia al derecho constitucional.

3. Bolivia y el DIDH

Ciertamente el del DIDH es un terreno casi inexplorado en Bolivia. Esto puede explicarse por algunas circunstancias, aunque también resulta poco comprensible a luz de otras. Ambas se explican a continuación.

humanos debido a la falta de un protocolo adicional al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales similar al que existe respecto al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. En los sistemas de justicia domésticos, aunque algunos autores sugieren la existencia de esta restricción, no es del todo evidente.

20 Constitución Política..., art. 7.- Toda persona tiene los siguientes derechos fundamentales, conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio: (a) A la vida, la salud y la seguridad.

21 “El principio de la seguridad jurídica, proclamado como derecho fundamental por el art. 7-a) de la Constitución Política del Estado, por cuanto desconocen un acto y una resolución administrativa obtenida por el administrado bajo el principio de la buena fe, en el marco de la legalidad y legitimidad; pues como se tiene referido, los planos de construcción debidamente aprobados por la Alcaldía Municipal de La Paz cumpliendo con los requisitos, formalidades y procedimientos previstas en la normativa vigente en ese entonces, tienen plena legitimidad, lo que significa que tienen el sello de validez mientras su posible nulidad no haya sido declarada por autoridad competente...”. Ver: Sentencia constitucional 95/01 de 21 de diciembre de 2001, Tribunal Constitucional de Bolivia.

22 Sentencia constitucional 504/01 de 29 de mayo de 2001, Tribunal Constitucional de Bolivia.

23 Sentencia constitucional 95/01 de 21 de diciembre de 2001, Tribunal Constitucional de Bolivia.

3.1. El marco normativo internacional

Bolivia es parte de los siete principales tratados sobre derechos humanos en el ámbito universal: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos²⁴ (de su Primer Protocolo Facultativo²⁵, mas no del segundo), Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales²⁶, Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial²⁷, Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes²⁸ (no del protocolo), Convención sobre los Derechos del Niño²⁹ (sólo de uno de los dos protocolos³⁰), Convención sobre la Elimina-

24 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Vigente desde el 23 de marzo de 1976. Introducido al derecho interno boliviano en virtud del Decreto Supremo 18950 de 17 de mayo de 1982, dictado en el gobierno *de facto* del Gral. Celso Torrelio Villa. Posteriormente, durante el gobierno constitucional de Jaime Paz Zamora se promulgó Ley 2119 de 11 de septiembre de 2000 mediante la cual se elevó a rango de ley el Pacto.

25 De acuerdo a la misma Ley 2119.

26 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Vigente desde el 3 de enero de 1976. Introducido al derecho interno boliviano en virtud del Decreto Supremo 18950 de 17 de mayo de 1982, dictado en el gobierno *de facto* del Gral. Celso Torrelio Villa. Posteriormente, durante el gobierno constitucional de Jaime Paz Zamora se promulgó Ley 2119 de 11 de septiembre de 2000 mediante la cual se elevó a rango de ley el Pacto.

27 Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial. Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 2106 A (XX), de 21 de diciembre de 1965. Vigente desde el 4 de enero de 1969. Introducida al derecho interno boliviano en virtud del Decreto Supremo 9345 de 13.08.70. Posteriormente, se promulgó la Ley 1978 de 14.05.99.

28 Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes. Adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 39/46, de 10 de diciembre de 1984. Vigente desde el 26 de junio de 1987. Introducida al derecho interno boliviano en virtud de la Ley 1939 de 10.02.99.

29 Convención sobre los Derechos del Niño. Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989. Vigente desde el 2 de septiembre de 1990. Introducida al derecho interno boliviano en virtud de la Ley 1152 de 14.05.99.

30 Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño Relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de Niños en la Pornografía. Asamblea General - Resolución A/RES/54/263 del 25 de mayo de 2000.

ción de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer³¹ (y de su protocolo³²) y Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares³³.

De igual forma, el Estado boliviano es parte de otra serie de tratados referidos a derechos humanos que fueron adoptados bajo el auspicio de la Organización de las Naciones Unidas (en adelante ONU)³⁴ y de la Organización Internacional del Trabajo³⁵.

En el plano regional, Bolivia ha ratificado o se ha adherido a la Convención Americana sobre Derechos Humanos³⁶ (sin embargo, no lo hizo respecto a sus dos protocolos), a la Convención Interame-

31 Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. Adoptada y abierta a la firma y ratificación, o adhesión, por la Asamblea General en su resolución 34/180, de 18 de diciembre de 1979. Vigente desde el 3 de septiembre de 1981. Introducida al derecho interno boliviano en virtud de la Ley 1100 de 15.09.89.

32 Protocolo Facultativo de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. Adoptada por la Asamblea General en su resolución A/54/4 de 6 de octubre de 1999. Introducido al derecho interno boliviano en virtud de la Ley 2103 de 20.06.00.

33 Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares. Adoptada por la Asamblea General en su resolución 45/158, de 18 de diciembre de 1990. Vigente desde el 1° de julio de 2003. Introducida al derecho interno boliviano en virtud de la Ley 1976 de 30.04.99.

34 Entre otros, Convención Internacional sobre la Supresión y Castigo del Crimen del Apartheid; Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad; Convención Suplementaria sobre la abolición de la Esclavitud del Tráfico de Esclavos, y las Instituciones y Prácticas similares a la Esclavitud; Convención para la Represión de la Trata de Personas y Explotación de la Prostitución Ajena; Convención sobre el Estatuto de los Apartidas; Convención para Reducir los Casos de Apartidas; Convención sobre el Estatuto de los Refugiados. Para una lista amplia de los tratados internacionales de derechos humanos de los que Bolivia es parte véase Instituto Interamericano de Derechos Humanos *Bolivia Mapa de Progresos en Derechos Humanos*, IIDH, San José, 2003, pp.93-96.

35 Para una lista amplia de los tratados internacionales de orden social relacionados a los derechos humanos de los que Bolivia es parte ver: <http://www.ilo.org/ilolex/spanish/>.

36 Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica”, suscrita en San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos. Serie sobre Tratados, OEA, No. 36. Ley 1430 de 11 de febrero de 1993 mediante la cual “[s]e aprueba y ratifica la Convención Americana sobre Derechos Humanos”.

ricana sobre Desaparición Forzada de Personas³⁷, a la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer³⁸ y a la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad³⁹.

Los principales instrumentos internacionales sobre derechos humanos han sido ratificados sin que el Estado boliviano hubiera formulado una reserva o declaración interpretativa⁴⁰. Esto puede significar dos cosas: o bien Bolivia es un Estado incondicional y muy bien dispuesto al DIDH, lo que se expresaría en la aceptación plena de todas las obligaciones impuestas convencionalmente; o bien es un Estado indiferente al DIDH, que no se toma la molestia de analizar si las disposiciones internacionales están en conflicto con la legislación nacional o si las disposiciones convencionales podrán aplicarse efectivamente. Uno tiende a inclinarse por la segunda opción, pues si el Estado estuviera verdadera e incondicionalmente dispuesto a sujetarse a las normas internacionales en materia de derechos humanos, entonces haría mayores esfuerzos en cumplirlas y esto, ciertamente, no ocurre.

En suma, Bolivia es un Estado que tiene un sólido marco legal internacional para la protección de los derechos humanos, normas que muchas veces coinciden con las que conforman el marco constitucional y legal interno, pero que también lo superan en cuanto a exten-

37 Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, adoptada en Belém do Pará, Brasil, el 9 de junio de 1994 en el Vigésimo Cuarto Período Ordinario de Sesiones de la Asamblea General. Introducida al derecho interno boliviano en virtud de la Ley 1695 de 12.07.96.

38 Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, aprobada en Belém do Pará, Brasil, el 9 de junio de 1994, en el Vigésimo Cuarto Período Ordinario de Sesiones de la Asamblea General. Introducida al derecho interno boliviano en virtud de la Ley 1599 de 18.08.94.

39 Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, aprobada en Ciudad de Guatemala, Guatemala el 7 de junio de 1999, vigente a partir del 14 de septiembre de 2001. Introducida al derecho interno boliviano en virtud de la Ley 2344 de 26.04.02.

40 Salvo una de estas últimas, con relación al reconocimiento de la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que señala que “[l]os preceptos de incondicionalidad y plazo indefinido se aplicarán en estricta observancia de la Constitución Política del Estado boliviano especialmente de los principios de reciprocidad, irretroactividad y autonomía judicial”. En <http://www.cidh.org/Basicos/Basicos3.htm> (25.09.03).

sión de la tutela que ofrecen. Por ejemplo, algunos derechos, como el derecho a la rectificación o respuesta, o libertades fundamentales, como la libertad de conciencia, no están reconocidos en el catálogo de derechos fundamentales enumerados en el art. 7 de la CPE; pero sí lo están en la Convención Americana sobre Derechos Humanos o en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Otras convenciones ratificadas por el Estado boliviano velan por sectores que carecen de protección en el derecho interno o prohíben conductas que las normas bolivianas omiten hacerlo. Por ejemplo, no existe en Bolivia una ley que proteja expresamente los derechos de los trabajadores migratorios y de sus familiares ni que sancione la desaparición forzada de personas o la discriminación. Desafortunadamente, todo este marco normativo que viene del DIDH no es utilizado internamente en la medida en que debería serlo para lograr una mejor protección de los derechos humanos en Bolivia.

3.2. La relación con los órganos internacionales y regionales

Un segundo argumento que podría esgrimirse como razón para que el DIDH estuviera más difundido en el país es la relación bastante regular que se tuvo con la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH) en la década de los 70 y principios de los 80 pero que, con el retorno a la democracia, fue diluyéndose hasta convertirse en una relación esporádica, casi nula.

Sin duda los 70 fueron los años en que el DIDH se practicó con mayor frecuencia en el país. En esos años la CIDH recibió un importante número de denuncias por violaciones cometidas durante el gobierno *de facto* del Gral. Hugo Banzer (1971-1978), prueba de ello es que de los veinte informes sobre peticiones individuales publicados por la Comisión, once corresponden a esa época. En el régimen igualmente *de facto* del Gral. Luis García Meza (1980-1981), la CIDH también tuvo cierta actividad. A ese periodo corresponden ocho informes sobre peticiones individuales publicados y el único Informe País (1981)⁴¹, en sentido estricto, elaborado por la Comisión pese a no haber realizado una vista *in loco* previamente.

De ahí en más, luego del retorno a la democracia (1982), la relación con la CIDH se resume en un solo informe -de admisibilidad-

⁴¹ Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en la República de Bolivia, 13 octubre 1981, CIDH OEA/Ser.L/V/II.53, doc.6 rev.2.

sobre peticiones individuales publicado (2001)⁴², un informe especial referido a la Masacre de Navidad (1996)⁴³, una medida cautelar (2002)⁴⁴ y un tibio comunicado de prensa emitido en oportunidad de los conflictos sociales de octubre de 2003 que condujeron a la renuncia del Presidente Gonzalo Sánchez de Lozada (2003).

Todo esto lleva a pensar, de una u otra forma, a que en Bolivia no se habría superado del todo aquella concepción anacrónica, sobre todo latinoamericana, de ideologización de los derechos humanos, de que deben invocarse contra los excesos y restricciones más groseros del poder político *de facto* y de que estos sólo se relacionan con bienes jurídicos supremos como la vida, la integridad personal y la libertad individual. En los años 70 y 80 se abrió una puerta amplia de posibilidades para la protección internacional y regional de los derechos humanos en Bolivia. Incluso en los 80 se tuvo como miembro y, luego, presidente de la Comisión Interamericana al boliviano y ex Presidente de la República Luis Adolfo Siles Salinas, nombramiento que pudo servir para que en el país se promoció el trabajo y funcionamiento del sistema regional. Pero la democratización del país internalizó la lucha por los derechos humanos, a través de la interpeleación directa a las autoridades nacionales usando mecanismos internos e instituciones nacionales o recurriendo a expresiones de presión social. La puerta del DIDH se fue cerrando.

Con otros Estados, en cambio, en los que sus ciudadanos hicieron uso frecuente de los mecanismos del sistema regional durante las épocas de gobiernos no democráticos, la relación con el sistema interamericano no se ha disuelto, por el contrario se acrecentó y fortaleció. Al comparar la actual relación que la CIDH tiene con varios Estados del hemisferio, la valoración previa se hace mucho más evidente. Tomando en cuenta como punto de referencia los últimos Informes Anuales de la CIDH en los que da cuenta de sus principales actuaciones, se tiene que en el año 2000 sólo nueve comunicaciones fueron presentadas contra Bolivia, mientras que 141 lo fueron con-

⁴² *Caso 12.350, MZ vs. BOLIVIA*, Informe N° 73/01 de 10 de octubre de 2001, CIDH.

⁴³ *Informe sobre los Hechos Ocurredos en las Localidades de Amayapampa, Llagua y Capasirca, Norte del Departamento de Potosí, Bolivia en Diciembre de 1996*, 29 de julio 1997, CIDH, OEA/Ser.L/V/II, Doc. 8 rev. 1.

⁴⁴ Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2002, 7 marzo 2003, CIDH, OEA/Ser.L/V/II.117 Doc. 1 rev. 1, en <http://www.cidh.org/annualrep/2002sp/cap.3e.htm#1>.

tra Perú y 129 contra Argentina⁴⁵; asimismo, de los 79 informes sobre casos individuales publicados por la CIDH durante ese año, ninguno de ellos estuvo referido a casos “bolivianos”⁴⁶. En el Informe Anual de la gestión 2001 las estadísticas continuaron mostrando la relación marginal de Bolivia con el sistema interamericano de peticiones individuales. Por ejemplo, del total de 936 casos y peticiones en trámite, sólo diez corresponden a Bolivia, mientras que 143 a Perú y 45 a Ecuador⁴⁷. Otro ejemplo, del total de 718 denuncias recibidas por la CIDH entre enero y diciembre de 2001, 171 fueron presentadas contra Argentina y 163 contra Perú; sólo seis contra Bolivia⁴⁸. En cuanto a los diferentes tipos de informes sobre peticiones y casos individuales publicados por la Comisión⁴⁹, apenas uno (de admisibilidad), de un total de 50, correspondió a Bolivia. En cuanto al Informe Anual del año 2002, las cifras son similares a las de los informes 2000 y 2001. Ninguno de los 50 informes publicados, 38 de admisibilidad, cuatro de inadmisibilidad, tres de solución amistosa y siete de fondo, tiene relación con Bolivia⁵⁰.

En el balance general, haciendo una relación entre el total de Informes Anuales publicados por la CIDH desde 1970 hasta 2002 y el total de informes sobre peticiones y casos individuales referidos a Bolivia contenidos en esos Informes Anuales, resulta que la CIDH ha emitido, en promedio, 0.64 informes individuales por año, una cifra verdaderamente minúscula.

Respecto a la relación de Bolivia con la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH), ésta ha sido aún mucho más puntual que la que ha mantenido con la Comisión. Sólo un caso boliviano se ha tramitado en el tribunal de San José, *Trujillo Oroza*

⁴⁵ Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2000, 16 abril 2001, CIDH OEA/Ser.L/V/II.111 doc. 20 rev., en <http://www.cidh.org/annualrep/2000sp/cap.3.htm#B> (25.09.03).

⁴⁶ *Ibíd.*

⁴⁷ Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2001, 16 abril 2001, CIDH, OEA/Ser.L/V/II.114, doc. 5 rev., en <http://www.cidh.org/annualrep/2001sp/cap.3.htm#B> (25.09.03).

⁴⁸ *Ibíd.*

⁴⁹ Respecto a peticiones y casos individuales, la CIDH publica informes de admisibilidad, inadmisibilidad, solución amistosa y fondo.

⁵⁰ Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2002, 7 marzo 2003, CIDH, OEA/Ser.L/V/II.117 Doc. 1 rev. 1, en <http://www.cidh.org/annualrep/2002sp/cap.3.htm#B> (25.09.03).

vs. *Bolivia*, que a la fecha cuenta con una sentencia de fondo⁵¹ y otra de reparaciones⁵². Este caso permite sumar una actuación más a las muy pocas que tiene la Comisión Interamericana respecto a Bolivia, pues fue la CIDH la que sometió el caso a la Corte el 9 de junio de 1999. Al margen de ese caso, la Corte IDH nunca ordenó a Bolivia la adopción de medidas provisionales y tampoco recibió de este Estado una solicitud de opinión consultiva ni información que contribuya al análisis que hace ese tribunal para la adopción de tales opiniones.

Fuera del sistema regional, con relación al sistema de peticiones individuales que se tramitan ante los órganos de supervisión de los principales convenios universales, únicamente se registran dos casos que fueron decididos por el Comité de Derechos Humanos⁵³: *Nicole Fillastre vs. Bolivia*⁵⁴ y *Juana Peñarrieta vs. Bolivia*⁵⁵.

Con todo esto, se puede concluir que en Bolivia no existe un conocimiento apropiado de los mecanismos internacionales convencionales de protección de los derechos humanos o que, si existe, no se los considera muy importantes. Esto resulta paradójico en un país en el que se pregona que el sistema de justicia nacional es excluyente, discriminatorio y cómplice de la impunidad. Si hay tanto descontento con la justicia boliviana, por qué entonces no se recurre a la internacional o regional. Por su parte, el Estado boliviano ha cerrado las puertas de la queja subsidiaria internacional a quienes consideren que en ese ámbito encontrarán justicia, pues, a falta de una declaración suya, los individuos no pueden presentar comunicaciones a los comités supervisores de las Convenciones contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes (art. 21) y sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (art.

51 Caso Trujillo Oroza. Serie C No. 64. Sentencia de 26 de enero de 2000, Corte IDH.

52 Caso Trujillo Oroza. Reparaciones (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Serie C No. 92. Sentencia de 27 de febrero de 2002, Corte IDH.

53 Este comité supervisa el cumplimiento del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

54 Comunicación No. 336/1988, Comité de Derechos Humanos.

55 Comunicación No. 176/1984, Comité de Derechos Humanos.

14)⁵⁶. Esta restricción impuesta por el propio Estado boliviano a sus ciudadanos e individuos sometidos a su jurisdicción se complementa con las omisiones repetidas de cara a otros ámbitos de trabajo de los mencionados comités, como se verá a continuación.

3.3. El deber de informar de los progresos en derechos humanos

Al margen de las peticiones individuales, los comités supervisores del cumplimiento de los tratados sobre derechos humanos auspiciados por la ONU tienen como atribución común evaluar el cumplimiento de las obligaciones convencionales a través de la revisión periódica de informes remitidos por los Estados parte. Una vez enviados esos informes a los comités, éstos entablan un diálogo constructivo con los representantes del Estado para, finalmente, emitir sus observaciones finales con las recomendaciones que correspondan.

Todos los Estados parte de estas convenciones, sin excepción, están en la obligación de remitir los informes periódicos desde que cada una de las convenciones entra en vigencia para ellos. Bolivia es parte de todos estos tratados, por lo tanto está obligada a cumplir oportunamente con la obligación de informar sobre el cumplimiento de las obligaciones asumidas, sin embargo el Estado boliviano no ha asumido con seriedad este compromiso. Por ejemplo, con relación al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Bolivia tiene casi cinco años de retraso en la presentación de su tercer informe que debió haber sido enviado al Comité de Derechos Humanos hasta el 31 de diciembre de 1999⁵⁷. Con relación a la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, Bolivia aún no presentó el segundo, tercero y cuarto informe periódico a su comité supervisor. Con relación al segundo informe su retraso es de más de ocho años⁵⁸. Referente a la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, el 25 de abril de 1995 Bolivia presentó su informe al Comité señalando que “[e]l presente documento contiene los informes pe-

⁵⁶ Bolivia únicamente reconoció la competencia en este ámbito del Comité de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer al ser parte de su protocolo facultativo y del Comité de Derechos Humanos al ser parte del Primer Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

⁵⁷ <http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/RepStatfrset?OpenFrameSet>.

⁵⁸ *Ibíd.*

riódicos octavo, noveno, décimo, 11° y 12° que debían presentarse el 21 de octubre de 1985, 1987, 1989, 1991 y 1993, así como el 13° informe periódico que deberá presentarse el 21 de octubre de 1995.⁵⁹

La conclusión de esta breve evaluación sobre la observancia del compromiso del Estado boliviano de informar a los respectivos comités es inequívoca: los derechos humanos no son una real prioridad para el Estado boliviano. Esta afirmación se apoya en más hechos vinculados con la elaboración y presentación de informes a los comités de supervisión. Primero, hasta 1997 no existía en la estructura del Poder Ejecutivo un ministerio u otra dependencia gubernamental que se ocupara de las políticas en materia de derechos humanos. En el primer gobierno de Sánchez de Lozada (1993-1997) se creó el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, lo que se consideró un gran avance. Ese ministerio, entre otras cosas, impulsó una serie de reformas legislativas compatibles con los compromisos internacionales en el campo de los derechos humanos, como la promulgación de la Ley de Abolición de Prisión y Apremio Corporal por Obligaciones Patrimoniales⁶⁰. Ese mismo ministerio asumió la presentación de algunos informes a diferentes comités, entre ellos el Comité contra la Tortura⁶¹, el Comité de los Derechos del Niño⁶² y el Comité de Derechos Humanos⁶³.

Con los sucesivos cambios de ministros y gobiernos, el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos fue perdiendo importancia y sumiéndose en la intrascendencia hasta que, durante el segundo gobierno del propio Sánchez de Lozada (2002-2003), fue remplazado por un poco influyente Viceministerio de Justicia bajo la dependencia del Ministerio de la Presidencia.

Segundo, ante la ausencia de un Ministerio o Secretaría de Derechos Humanos, varios Estados del hemisferio y de otras partes del

⁵⁹ Decimoterceros informes periódicos de los Estados Partes que deben presentarse en 1995: CERD/C/281/Add.1. (State Party Report), 12/07/95, Naciones Unidas, Bolivia.

⁶⁰ Ley 1602 de Abolición de Prisión y Apremio Corporal por Obligaciones Patrimoniales de 15 de noviembre de 1994.

⁶¹ Summary record of the first part of the 465th meeting CAT/C/SR.465. (Summary Record), 12/05/2001, Naciones Unidas, Bolivia.

⁶² Acta resumida de la 485ª sesión: CRC/C/SR.485. (Summary Record), 30/09/98, Naciones Unidas, Bolivia.

⁶³ Acta resumida de la 1562ª sesión: CCPR/C/SR.1562. (Summary Record), 06/11/97, Naciones Unidas, Bolivia.

globo conducen el tema del DIDH a través de su Cancillería. En esos Estados, los respectivos Ministerios de Relaciones Exteriores tienen equipos especializados, permanentes y, a veces, numerosos responsables de la gestión en derecho internacional de los derechos humanos. México es un buen ejemplo de esto (Perú, Argentina y el Reino Unido también). En Bolivia, en cambio, la Cancillería no cuenta con un departamento ni con personal especializado en esta materia. La dependencia encargada del tema es la Dirección General de Asuntos Multilaterales, que no sólo debe ocuparse del DIDH, sino de otros temas, especialmente de tipo comercial, como son las relaciones con el MERCOSUR y la Comunidad Andina, que se atienden, en todo caso, como una prioridad.

Por todo esto, uno puede atribuir los constantes retrasos e incumplimientos en la presentación de informes a la falta de una cabeza responsable, sea un Ministerio de Derechos Humanos, la Cancillería u otra institución que de manera permanente se ocupe de esta cuestión.

3.4. El papel de la sociedad civil organizada

Otro elemento que debe considerarse en esta relación de Bolivia con el DIDH es el papel de la sociedad civil organizada, de las organizaciones no gubernamentales y redes de éstas promotoras y protectoras de los derechos humanos en Bolivia, especialmente la Asamblea Permanente de Derechos Humanos de Bolivia (APDHB) y el Capítulo Boliviano de Derechos Humanos y Democracia y Desarrollo.

La APDHB es una organización creada en 1976 que apoya a diversos sectores de la población en la protección y promoción de derechos humanos.

[S]e distinguen cuatro etapas en la historia institucional de la APDHB [...] En una primera etapa (1976-1982) predomina la defensa de los derechos civiles y políticos como parte de la lucha por la democracia, debido a la supresión de libertades por parte de los gobiernos dictatoriales [...] La segunda etapa está vinculada a la transición democrática, que modifica las relaciones de la APDHB con el Estado, puesto que logra la adhesión y ratificación de Bolivia a los pactos internacionales [...] Transforma paulatinamente su rol, caracterizado en el pasado inmediato por una posición opositora a los gobiernos militares y por el énfasis en los derechos civiles y políticos [...] La tercera etapa, de cambio en el modelo económico nacional a partir de 1985, orienta la labor de la APDHB hacia el apoyo de los

sectores más vulnerables y de los afectados por las medidas de ajuste estructural [...] Desde mediados de los 80 se abre un nuevo frente de violación de derechos humanos en la zona de producción de coca que exige una atención especial de la APDHB [...] El cuarto período, a partir de 1988, se caracteriza por la importancia creciente de nuevos temas en los derechos humanos: derecho al desarrollo, a la paz, a la autodeterminación, que incluyen los derechos de los pueblos indígenas [...] Es decir, hay un desplazamiento de orientación debido a la crisis de los actores clasistas y a la emergencia de actores étnico-culturales⁶⁴.

La APDHB ha concentrado sus esfuerzos en el último tiempo, junto al Defensor del Pueblo y a la Iglesia Católica, en servir de mediadora o facilitadora del diálogo en los conflictos entre el gobierno y diversos grupos o movimientos sociales. Por otro lado, su papel continuo de protección de los derechos humanos ha sido desenvuelto internamente sin acudir sistemáticamente a las instancias internacionales o regionales. Tampoco ha hecho contribuciones visibles en cuanto a información alternativa o seguimiento de recomendaciones de los comités de supervisión de los principales pactos.

Por su parte, el Capítulo Boliviano de Derechos Humanos y Democracia y Desarrollo, integrante de la Plataforma Interamericana de Derechos Humanos, Democracia y Desarrollo, es una red de organizaciones cuyos miembros asociados provienen de la sociedad civil.

A diferencia de la APDHB, el Capítulo [...] es más proclive a influir en las decisiones estatales [...] incidió en la elaboración del Plan Nacional de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos [...] No incluye en su estructura institucional a sindicatos; agrupa principalmente a ONGs y fundaciones [...] que orientan su labor a mujeres, campesinos e indígenas y a algunas [otras] agrupaciones [...] Su tarea es de apoyo a los grupos que sufren discriminación o exclusión para que fortalezcan su identidad y, a partir de ese reconocimiento, asuman la defensa y el ejercicio de sus derechos. Es una labor que busca el fortalecimiento de los actores sociales antes que la intermediación de sus reivindicaciones ante las entidades estatales [...] Este perfil define, en cierta medida, la orientación de su accionar: no compite con la APDHB en la denuncia, sino que dirige su labor a la “vigilancia social” y a la “presión política”⁶⁵.

⁶⁴ Estudio sobre Derechos Humanos en Bolivia (borrador), Defensor del Pueblo de Bolivia, La Paz, 2003, pp. 33-38 (se omitieron las citas del texto original).

⁶⁵ *Ibíd.*, pp. 38-40 (se omitieron las citas del texto original).

Por su afiliación a una plataforma internacional, el Capítulo, a diferencia de la Asamblea, se ha involucrado más con los órganos internacionales de protección de los derechos humanos. Un acierto importante en este contexto fue la elaboración y remisión en 2000, inédita hasta entonces, de un informe sombra al Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Una similitud que comparte con la APDHB es que el Capítulo no interviene como peticionario en denuncias ante los sistemas internacional y regional.

En Bolivia trabajan otras organizaciones de promoción y protección de los derechos humanos, sobre todo vinculadas a los derechos de sectores específicos: niños y jóvenes, ancianos, personas que viven con el VIH/SIDA, indígenas y campesinos, mujeres, etc. Una de éstas organizaciones es la Oficina Jurídica para la Mujer que desempeña un papel importante especialmente en el departamento de Cochabamba. Hasta ahora esta oficina ha sido la única organización boliviana que, junto a CEJIL⁶⁶, ha patrocinado exitosamente un caso ante la Corte IDH. Su actual responsable es, además, miembro de la junta directiva de CEJIL.

4. El derecho internacional, el DIDH y el derecho interno

Sin desconocer el valor de todas las fuentes del derecho internacional general señaladas en el art. 38 (1) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, especialmente la costumbre internacional, las consideraciones que se harán de aquí en adelante se concentrarán sobre todo en los tratados porque es esta fuente la que, con relación a los derechos humanos, concretamente al DIDH, ha cobrado mayor relevancia desde mediados del siglo pasado. No en vano, desde la creación de la ONU en 1945 y la adopción de la Declaración Universal de los Derechos Humanos en 1948, se han adoptado alrededor de 40 tratados internacionales sobre la materia⁶⁷, al margen de los tratados regionales en el ámbito de la Organización de Estados Ameri-

⁶⁶ “El Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL) es una organización de defensa y promoción de los derechos humanos en el hemisferio americano. El objetivo principal de CEJIL es asegurar la plena implementación de normas internacionales de derechos humanos en los Estados miembros de la Organización de Estados Americanos, mediante el uso efectivo del sistema interamericano de derechos humanos y otros mecanismos de protección internacional”. V. <http://www.cejil.org/main.cfm?switch=e>.

⁶⁷ V. http://www.unhchr.ch/spanish/html/intlinst_sp.htm.

canos (en adelante OEA), el Consejo de Europa, la Unión Europea y la Organización de la Unidad Africana.

Igualmente, desde la década del 50 del siglo XX, junto a la Corte Internacional de Justicia (1946), vienen operando regionalmente tribunales de justicia en materia de derechos humanos como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y se espera que en algún momento empiece a funcionar la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos. Estas cortes tienen como eje vector de su trabajo, desde el punto de vista orgánico, sustantivo y adjetivo, a las diferentes convenciones adoptadas regionalmente como son la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales⁶⁸ y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La jurisprudencia de estos tribunales ha sido hasta hoy de incalculable significado pues, con sus interpretaciones, no sólo ha enriquecido y ampliado los derechos humanos contenidos en los convenios, también los ha reafirmado.

No hay que dejar de lado a otros órganos, como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos y los distintos comités de supervisión de los pactos que, sin ser jurisdiccionales como los precitados, ejercen atribuciones *quasi* judiciales que generan precedentes igual de trascendentales. Del mismo modo que los tribunales regionales, estos órganos tienen como base legislativa tratados internacionales y regionales sobre derechos humanos.

4.1. Monismo y dualismo

Insoslayablemente, al abordar el tema de los tratados y el derecho interno – o el tema del derecho internacional y el derecho interno –, hay que referirse a las tesis dualista y monista. Aquí no se va a exponer ni discutir con profundidad cuáles son los fundamentos y proposiciones de cada una de estas tesis, ese no es el objetivo de este trabajo. Simplemente se dirá que el dualismo postula la existencia de dos órdenes jurídicos, el nacional, por un lado, y el internacional, por el otro. Son dos sistemas “iguales, independientes y separados, que no se confunden”⁶⁹. Su independencia se funda en que ambos nacen

⁶⁸ Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms ETS No: 005.

⁶⁹ Monroy, Marco. *Derecho Internacional Público*, Edit. Temis, Bogotá, 4ª. Edición, 1998, p. 126.

de fuentes diferentes: consentimiento de los Estados para el derecho internacional y voluntad de un solo Estado para el derecho interno; regulan relaciones de sujetos diferentes: Estados con Estados en el derecho internacional y Estados con personas o personas con otras personas en el derecho interno; y regulan relaciones de distinta naturaleza: de coordinación entre Estados, en el derecho internacional, y de subordinación de los individuos respecto al Estado, en el derecho interno⁷⁰.

La doctrina dualista está ideológicamente adherida a las teorías del positivismo y de la soberanía⁷¹, de ahí el énfasis notorio al reafirmar la independencia de los dos sistemas jurídicos. Por eso mismo, la tesis dualista exige que la incorporación de un tratado internacional al ordenamiento jurídico interno, para que tenga efecto en el ámbito nacional, se haga a través de una disposición legislativa expresa que transforme el derecho internacional en derecho interno. La sola ratificación del tratado es suficiente para que el Estado quede obligado internacionalmente, pero no lo es para que el tratado pueda ser invocado ante los tribunales nacionales como norma interna. Por ejemplo, en Gran Bretaña, como lo explica Malanczuk, “un tratado es efectivo en el derecho internacional cuando es ratificado por la Reina, pero normalmente no tiene efecto en el derecho interno hasta que una ley del Parlamento sea aprobada para darle efecto”⁷². Una muestra de esto es el *Human Rights Act* de 1998⁷³ que hizo efectiva en el derecho interno británico la aplicación de la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales.

Otro ejemplo. Los Estados que conformaban el bloque soviético tenían un

[...] sistema legal [...] protegido de cualquier penetración directa del derecho internacional por su concepción de que el derecho interna-

⁷⁰ *Ibíd.*, p. 126.

⁷¹ Malanczuk, Peter. *Akehurst's Modern Introduction to International Law*, Edit. Routledge, Great Britain, 7th revised edition, 1997, p. 63.

⁷² *Ibíd.*, p. 66.

⁷³ En el preámbulo del Human Rights Act de 1998 se lee: “*An Act to give further effect to rights and freedoms guaranteed under the European Convention on Human Rights; to make provision with respect to holders of certain judicial offices who become judges of the European Court of Human Rights; and for connected purposes.*” Human Rights Act 1998, 1998 Chapter 42, en <http://www.hmsso.gov.uk/acts/acts1998/80042—a.htm#1>, 1998, p. 3.

cional y el derecho interno eran dos sistemas legales completamente diferentes. Como resultado de es[e] enfoque dualista, las obligaciones internacionales del Estado soviético serían aplicables internamente sólo si hubiesen sido transformadas por el Legislativo en una regulación legal o administrativa. Apoyándose en la doctrina de la transformación, la Unión Soviética pudo suscribir numerosos tratados internacionales, incluidos tratados de derechos humanos, y aún así eludir la implementación de algunos o todos sus preceptos en el orden legal interno⁷⁴.

Esto ya cambió. La Constitución rusa de 1993 señala en su art. 15(4) que “los principios generalmente reconocidos y normas del derecho internacional y los tratados internacionales de la Federación Rusa constituyen parte de su sistema legal. Si un tratado internacional de la Federación Rusa establece otras reglas que las estipuladas por la ley, deben aplicarse las reglas del derecho internacional”⁷⁵.

El monismo, por su parte, está inspirado en la teoría del derecho natural⁷⁶, se cree “en la existencia de un solo orden jurídico universal”⁷⁷, es decir que el derecho internacional y el derecho interno no son sistemas independientes, sino que forman parte de un solo sistema jurídico y por lo tanto el derecho creado por los tratados puede invocarse y hacerse plenamente efectivo en la jurisdicción interna.

Dentro de esta tesis se requiere, obviamente, una incorporación del derecho convencional al sistema jurídico nacional, pero ésta no se hace siguiendo la teoría o doctrina de la transformación a través de un acto parlamentario expreso como en el esquema dualista y en los ejemplos inglés y soviético, sino, como dice Dhommeaux, a través de “las exigencias mínimas de ratificación [...] y de publicación”⁷⁸ del tratado en cuestión. De darse la ratificación o adhesión, el Estado queda obligado internacionalmente a cumplir las obliga-

⁷⁴ Danilenko, Gennady. “Implementation of International Law in Russia and others CIS Status”. en <http://www.nato.int/acad/fellow/96-98/danilenk.pdf>, 13 agosto 2003, y Malanzuck, *Akehurst's Modern Introduction...*, p. 68.

⁷⁵ Constitución de la Federación Rusa, art. 15.

⁷⁶ Malanzuk, *Akehurst's Modern Introduction...*, p. 63.

⁷⁷ Barboza, Julio, *Derecho Internacional Público*, Edit. Zavalia, Buenos Aires, 2001, p.55

⁷⁸ Dhommeaux, Jean. “Droits de l'Homme, Monismes et Dualismes en Droit International des Droits de l'Homme” en *Annuaire Francais de Droit International* XLI, 1995, p. 450.

ciones convencionales, pero también queda obligado a hacerlas efectivas internamente, a través de sus tribunales y su práctica administrativa.

Está claro que ambos, el monismo y el dualismo, cada uno a su modo, resuelven el problema de relacionar el derecho internacional con el derecho interno. Sin embargo, el verdadero problema no es el de vinculación, sino el de supremacía de uno sobre otro -o de subordinación de uno a otro- en una situación de conflicto normativo. La pregunta, entonces, es: ¿cuál de los dos prima?

4.2. Monismo con enfoque internacional

El monismo puede ser entendido desde dos perspectivas, una nacionalista y otra internacionalista. De acuerdo a la primera, pese a que el derecho interno y el derecho internacional son componentes de un solo orden legal, el primero, el nacional, tiene superioridad respecto al segundo. Para los monistas “nacionalistas” en la cúspide del ordenamiento jurídico está la Constitución Política, norma eminentemente nacional, y luego, por debajo, están las demás normas internas y también las del derecho internacional, los tratados. La ubicación de esas normas internas e internacionales dependerá, generalmente, de lo que disponga el derecho constitucional. Algunas Constituciones dirán que los tratados están por encima de las leyes formales y otras que están a un mismo nivel. Lo que sí está claro, en cualquiera de los dos casos, es que la norma suprema es la Constitución y ésta es una norma nacional.

El otro enfoque es el del monismo con preeminencia del derecho internacional. Para esta tesis, atribuida a Kelsen⁷⁹, el orden legal integrado está encabezado por el derecho internacional, teniendo subordinado al derecho interno. Por lo general esta tesis no se encuen-

⁷⁹ Varios autores señalan que se debe a Kelsen la tesis del monismo con primacía del derecho internacional. Monroy afirma que “Kelsen es monista y postula la unidad del derecho internacional y el derecho interno[...] Igualmente, sostiene la primacía del derecho internacional [...] existe un sistema jurídico universal fundado sobre la primacía del derecho internacional”. Monroy, *Derecho Internacional Público*, p.127. Malanczuk dice que para Kelsen “la última fuente de validez de todo derecho derivaba de una regla básica (*Grundnorm*) de derecho internacional. La teoría de Kelsen llevó a la conclusión de que todas las reglas de derecho internacional eran supremas al derecho interno, que todo el derecho interno inconsistente con el derecho internacional era automáticamente nulo y viciado y que las reglas del derecho internacional eran directamente aplicables en la esfera doméstica de los Estados”. Malanczuk, *Akehurst's Modern Introduction...*, p. 63.

tra respaldada por el derecho positivo nacional. Pocas Constituciones reconocen tal supremacía del derecho internacional sobre el derecho interno⁸⁰. En cambio, las fuentes del derecho internacional sí la reconocen. El más claro ejemplo, sin ser el único, lo da la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969⁸¹ en su art. 27 (El derecho interno y la observancia de los tratados) al señalar que “una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46”.

Este enfoque ha sido también plasmado en las opiniones y decisiones de varios tribunales internacionales, como es el caso de la propia Corte IDH que ha señalado que:

[s]egún el derecho internacional las obligaciones que éste impone deben ser cumplidas de buena fe y no puede invocarse para su incumplimiento el derecho interno. Estas reglas pueden ser consideradas como principios generales del derecho y han sido aplicadas, aún tratándose de disposiciones de carácter constitucional, por la Corte Permanente de Justicia Internacional y la Corte Internacional de Justicia[...] Asimismo estas reglas han sido codificadas en los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969⁸².

No obstante la contundencia del art. 27 de la Convención de Viena y de la opinión de la Corte Interamericana, cabe hacer especiales puntualizaciones con relación a los tratados de DIDH.

4.3. El estatuto de los tratados internacionales de derechos humanos

El DIDH debe ser considerado con especificidad respecto al derecho internacional general y a los demás ámbitos especializados del

⁸⁰ El régimen constitucional holandés era un ejemplo. “La Constitución holandesa de 1953, revisada en 1956, claramente establecía que todo el derecho interno, incluso el derecho constitucional, no debe ser considerado si es incompatible con disposiciones de los tratados o decisiones de organismos internacionales que son vinculantes para todas las personas”. Malanczuk, *Akehurst's Modern Introduction...*, p. 67.

⁸¹ Doc A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331, entered into force January 27, 1980, 23 de mayo de 1969, U.N., Viena.

⁸² Corte IDH. Responsabilidad Internacional por Expedición y Aplicación de Leyes Violatorias de la Convención (arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-14/94 del 9 de diciembre de 1994. Serie A No. 14, párr. 35.

derecho internacional (medio ambiente, comercial, marítimo, etc.) por diferentes razones, de las cuales se destacan dos. Primero, el derecho internacional, por definición, se ocupa de las relaciones jurídicas entre los sujetos de este derecho que, siendo simplistas para ilustrar el razonamiento y sin ignorar el desarrollo que en esta materia se ha dado, son los Estados. En cambio, las relaciones jurídicas en el DIDH, si bien se dan entre los Estados, pues ellos son los que suscriben, se adhieren y ratifican los tratados, también se dan entre los Estados parte y las personas sujetas a su jurisdicción de manera mucho más evidente que en cualquier otra materia del derecho internacional. En las convenciones internacionales sobre derechos humanos los Estados se obligan a **“respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en [dichas convenciones], sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”**⁸³(énfasis agregado). En esta línea, la Corte IDH ha sido muy clara al señalar que

[...] los tratados modernos sobre derechos humanos ... no son tratados multilaterales de tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes [...] Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción⁸⁴.

Segundo, varias Constituciones tienen disposiciones específicas sobre los tratados de derechos humanos -no así sobre los demás- que reconocen expresamente que esas convenciones en particular tienen un rango superior al derecho interno, comprendida la Constitución Política; un rango cuando menos equivalente al de la Constitución; o un rango intermedio entre la Constitución y las demás normas internas. Un ejemplo de la supremacía del derecho internacional sobre el derecho nacional, incluida la Constitución, es el art. 46 del texto fundamental guatemalteco que dice que “[s]e establece el principio general de que en materia de derechos humanos, los tratados y conven-

⁸³ Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 1(1).

⁸⁴ Corte IDH. El Efecto de las Reservas sobre la Entrada en Vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Arts. 74 y 75), Opinión Consultiva OC-2/82 de 24 de septiembre de 1982. Serie A No. 2, párr. 29.

ciones aceptados y ratificados por Guatemala, tienen preeminencia sobre el derecho interno”. Como apunta Brewer-Carías, se incluye a la Constitución Política por ser una norma del derecho interno⁸⁵.

Otro ejemplo, esta vez de equivalencia entre el derecho internacional y el derecho constitucional, es el art. 75(22) de la Constitución argentina que dice:

[...] la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos [...] en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional.

Un tercer ejemplo es la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, cuyo art. 23 señala que “los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas por esta Constitución y la ley de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público”.

Otras constituciones utilizan mecanismos no explícitos, como los vistos en los ejemplos anteriores, para reconocer la equivalencia del DIDH con el derecho constitucional y su supremacía con relación a las demás normas secundarias del derecho interno. Uno de estos métodos es denominado por Carlos Ayala como **técnica interpretativa** y “consiste en incorporar en la Constitución una cláusula conforme a la cual las normas sobre derechos que la propia Constitución reconoce explícitamente deben interpretarse de acuerdo a los instrumentos internacionales sobre derechos humanos”⁸⁶. Ayala cita algunos

⁸⁵ Brewer-Carías, Allan. “Mecanismos Nacionales de Protección de los Derechos Humanos. Justicia Constitucional”, 23 de junio al 4 de julio de 2003, en: IIDH, *XXI Curso Interdisciplinario en Derechos Humanos Justicia y Seguridad*, San José, Costa Rica, p. 17 (ponencia).

⁸⁶ Ayala Corao, Carlos. *Del Amparo Constitucional al Amparo Interamericano como Institutos para la Protección de los Derechos Humanos*. IIDH, San José, 1998, p. 40.

ejemplos sobre el empleo de esta técnica: Colombia, España y Portugal. El art. 93 de la Constitución colombiana dice que “los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia [...]” Este artículo está a caballo entre una declaración explícita de la supremacía del derecho internacional con relación al derecho interno (primer párrafo), al estilo guatemalteco⁸⁷, y entre la técnica interpretativa (segundo párrafo).

Ayala también se refiere a la **técnica de las cláusulas enunciativas**, muy diseminada entre las Constituciones del hemisferio. Según Brewer-Carías, “todas las Constituciones de América Latina, con muy pocas excepciones (Cuba, Chile, México y Panamá), contienen una cláusula enunciativa de los derechos”⁸⁸. Ambos constitucionalistas venezolanos coinciden en afirmar que

esta técnica consiste en las cláusulas constitucionales que declaran como derechos (constitucionales) a todos aquellos que sean “inherentes a la persona humana”, aunque no figuren expresamente en el Texto Fundamental [...] Por tanto, cualquier enumeración de derechos contenida en la Constitución, debe entenderse como meramente enunciativa (“*numerus apertus*”), y no limitativa o taxativa. En consecuencia son igualmente constitucionales todos aquellos derechos que no estén enumerados expresa o explícitamente en el Texto Fundamental, en virtud de que implícitamente son tenidos como tales⁸⁹.

Hay varios ejemplos sobre cómo pueden estar redactadas estas **cláusulas enunciativas**, también llamadas **cláusulas abiertas**. El art. 94 de la Constitución colombiana dice que “la enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos”. Por su parte, el art. 45 de la Constitución de Paraguay señala lo mismo, con el aditamento de que la falta de re-

⁸⁷ *Ibíd.* p. 23.

⁸⁸ Brewer-Carías, “Mecanismos Nacionales...”, p. 16.

⁸⁹ *Ibíd.*, p. 47.

glamentación de esos derechos en el ordenamiento jurídico interno no puede justificar la negación de esos derechos no enunciados⁹⁰. Otras Constituciones que contienen cláusulas abiertas reconocen otros derechos no por ser inherentes a la persona humana, sino por derivar del principio cristiano de la justicia social⁹¹, por nacer de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno⁹² o por derivar de la forma republicana y de la forma representativa de gobierno⁹³.

En todo caso, sea por una u otra razón, las cláusulas abiertas permiten que los derechos humanos reconocidos por el DIDH a través de los tratados ratificados por los Estados se incorporen al sistema jurídico interno a un mismo nivel que los derechos (humanos) fundamentales reconocidos en los catálogos de los diferentes textos constitucionales.

5. Derecho de los tratados, DIDH y su interpretación en Bolivia

A partir de esta sección se retomará el importante trabajo del TC con relación al DIDH. No cabe duda que ha sido el TC, con otras pocas instituciones, el que ha permitido un mayor desarrollo del DIDH en Bolivia, aunque todavía insuficiente. Pero antes de ello, se intentará descifrar si Bolivia sigue la doctrina monista o dualista.

⁹⁰ Constitución de la República de Paraguay, art. 45. La enunciación de los derechos y garantías contenidos en esta Constitución no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la personalidad humana, no figuren expresamente en ella. La falta de ley reglamentaria no podrá ser invocada para negar ni para menoscabar algún derecho o garantía.

⁹¹ Constitución de la República de Costa Rica, art. 74. Los derechos y beneficios a que este Capítulo se refiere son irrenunciables. **Su enumeración no excluye otros que se deriven del principio cristiano de justicia social** y que indique la ley; serán aplicables por igual a todos los factores concurrentes al proceso de producción, y reglamentados en una legislación social y de trabajo, a fin de procurar una política permanente de solidaridad nacional.

⁹² Constitución de la Nación Argentina, art. 33. Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados; **pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno.**

⁹³ Constitución de la República de Honduras, art. 63. Las declaraciones, derechos y garantías que enumera esta Constitución, no serán entendidos como negación de otras declaraciones, derechos y garantías no especificadas, **que nacen de la soberanía, de la forma republicana, democrática y representativa de gobierno** y de la dignidad del hombre.

5.1. Bolivia, ¿dualista o monista?

“Bolivia está generalmente concebido como un país ‘dualista’, lo cual significa que las normas que provienen de un nivel internacional (por ejemplo convenios internacionales ratificados y firmados por el gobierno boliviano), deben ser convertidas al derecho nacional para adquirir validez dentro del orden jurídico nacional”⁹⁴. Subieta sostiene que “el Estado boliviano posee una concepción dualista [...] Para que una norma de Derecho Internacional pueda ingresar al ordenamiento jurídico del Estado, se debería transformarla, mediante el dictado de una ley, es decir, ya no sería la norma internacional la que obligaría en el orden interno del Estado, sino, una nueva ley[...]”⁹⁵.

Estas afirmaciones, en cuanto a la identidad dualista, son ciertamente discutibles si se toma en cuenta lo señalado por Dhommeaux en su referencia a la tesis monista, en sentido de que para el reconocimiento de un tratado internacional como parte del derecho interno basta que se cumplan las exigencias mínimas de ratificación y de publicación, y por Malanczuk, en torno a que “en la vasta mayoría de países democráticos fuera del *Commonwealth*, el Legislativo [...] participa en el proceso de ratificación, por lo que esa ratificación se convierte en un acto legislativo, y el tratado se vuelve efectivo en el derecho internacional y en el derecho interno simultáneamente”⁹⁶. Esto se refuerza con lo apuntado por Sorensen cuando, refiriéndose también al monismo, señala que “la posibilidad de aplicar los tratados como derecho interno se hace depender del cumplimiento de ciertas formalidades, tales como la promulgación en la misma forma que las leyes (aunque este requisito ha desaparecido en casi todas partes) o la publicación en la gaceta oficial”⁹⁷.

El procedimiento descrito por estos tres autores es justamente el que se da en Bolivia. Para que un tratado sea incorporado al derecho interno debe ser ratificado por el Poder Ejecutivo, pero previamente debe ser aprobado por el Congreso. En consecuencia, el Congreso

⁹⁴ Marinissen, Judith. *Legislación Boliviana y Pueblos Indígenas. Inventario y Análisis en la Perspectiva de las Demandas Indígenas*, Edit. SNV-Bolivia/CÉ-JIS, Santa Cruz, 2ª. edición actualizada y ampliada, 1998, p. 96.

⁹⁵ Subieta, Juan José. *Tratados sobre Derechos Humanos: Jerarquía Constitucional en Bolivia*, Edit. UPSA, Santa Cruz, 2003, pp. 98-99.

⁹⁶ Malanczuk, *Akehurst's Modern Introduction...*, p. 66.

⁹⁷ Sorensen, Max (editor). *Manual de Derecho Internacional Público*, Edit. Fondo de Cultura Económica, México, DF, 1973, p.193.

participa necesariamente del proceso de ratificación. Incluso, algunas leyes bolivianas aprobatorias de tratados internacionales señalan: “de conformidad con el artículo 59, atribución 12, de la CPE, se aprueba y **ratifica** la Convención[...]”⁹⁸. Estas formalidades se completan con la publicación en la Gaceta Oficial de Bolivia, donde no se transcribe el texto del tratado.

Existen, entonces, cuando menos algunos elementos para dudar que Bolivia sea dualista y no monista. Evidentemente el Congreso boliviano emite una ley aprobatoria del tratado, pero no podría ser de otra manera ya que el Poder Ejecutivo no podría ratificar el convenio sin esa previa actuación legislativa. En consecuencia, no se puede aseverar con contundencia, como también sucede con otros Estados, si Bolivia es monista o dualista y esto se debe, principalmente, a que, en la literatura, las dos teorías tienen diversas variaciones y ambas escuelas han tenido que modificar sus posiciones originales en muchos aspectos, acercándose una a la otra sin producir respuestas concluyentes sobre la verdadera relación entre derecho internacional y derecho interno⁹⁹.

5.2. La jerarquía de los tratados en el derecho interno boliviano

Varios juristas bolivianos coinciden en afirmar que los tratados tienen rango de ley dentro del sistema legal interno. Muchas de esas opiniones se ven plasmadas en textos jurídicos universitarios, por lo que las nuevas generaciones de abogados retoman este criterio y luego lo reciclan sin cuestionarlo. Jaime Prudencio señalaba que “los trámites relacionados a la ratificación de los tratados internacionales están sujetos en definitiva a los mismos trámites de una ley -sanción por el Congreso Nacional y promulgación por el Poder Ejecutivo- por lo cual obviamente tienen la misma autoridad que una ley interna”¹⁰⁰. Para Subieta “la [CPE] señala que los tratados internacionales que hubieran sido suscritos por el órgano Ejecutivo (Art. 96 atri-

⁹⁸ Ley 1430 de 11 de febrero de 1993. Sin embargo, la generalidad de leyes aprobatorias de tratados internacionales señalan: “[d]e acuerdo con el artículo 59, atribución 12, de la Constitución Política del Estado, se **aprueba** [...]”. Cf. Ley 2119 de 11 de septiembre de 2000.

⁹⁹ Malanczuk, *Akehurst's Modern Introduction...*, p. 63.

¹⁰⁰ Prudencio, Jaime. *Curso de Derecho Internacional Privado*, La Paz, Edit.Librería Editorial “Juventud”, 1989, p. 28.

bución 2) deben ser ratificados por el órgano Legislativo (Art. 59 atribución 12), a través de una Ley de la República, para que puedan ingresar al ordenamiento jurídico nacional, y a cuyo efecto poseen rango de ley la generalidad de convenciones internacionales, sin merecer especial tratamiento las relativas a derechos humanos”¹⁰¹.

Otros autores han soslayado el tema, no se han referido expresamente a valor de los tratados dentro del derecho interno, tal vez asumiendo su valor de ley, y más bien han enfatizado la jerarquía de la Constitución Política sobre las leyes -los tratados, por ende- y cualquier otra norma. Este es el caso de quien fuera el primer Presidente del Tribunal Constitucional boliviano, para quien

las normas constitucionales tienen supremacía sobre las demás, llámense éstas leyes, decretos supremos, resoluciones supremas, resoluciones ministeriales, resoluciones y ordenanzas de las autoridades regionales y locales, etc. Al respecto el Art. 228 de nuestra Constitución expresa lo siguiente: “La Constitución Política del Estado es la ley suprema del ordenamiento jurídico nacional. Los tribunales, jueces y autoridades la aplicarán con preferencia a las leyes, y éstas con preferencia a cualesquiera otras resoluciones”¹⁰².

Ahora bien las dos primeras opiniones (Prudencio y Subieta) no se sostienen en un respaldo sólido e inequívoco que nazca del texto constitucional. El constitucionalista boliviano Jorge Asbún lo advirtió, de forma muy general, escueta y sin referirse directamente al texto fundamental boliviano, al decir que un “inusitado debate [...] se ha desarrollado a la hora de las reformas constitucionales, para incorporar alguna previsión expresa sobre tratados, habiéndose asignado a los mismos desde jerarquía constitucional, pasando por un nivel superior a la ley y en otros se les ha otorgado similar nivel normativo que aquellas”¹⁰³. Con mayor contundencia, el peruano Javier Ciurlizza, haciendo referencia a los tratados de derechos humanos, ha señalado que en Bolivia “no existe una norma específica que señale la jerarquía concreta del tratado internacional [...] en materia de derecho interno”¹⁰⁴. Y esto es evidente, la Constitución boliviana, a di-

¹⁰¹ Subieta, *Tratados sobre Derechos Humanos...*, p. 85.

¹⁰² Dermizaky, Pablo. *Derechos Constitucionales*, Edit. Arol, Cochabamba, 2ª Edición, 1991, p. 59.

¹⁰³ Asbún, Jorge. *Derecho Constitucional General*, Edit. Academia Boliviana de Estudios Constitucionales, Santa Cruz de la Sierra 3ª. Edición, 2001, pp. 22-23.

¹⁰⁴ Ciurlizza, Javier. “Derecho Internacional de los Derechos Humanos y Jurisdicción Constitucional”, en: *Derechos Humanos y Justicia Constitucional*, Semi-

ferencia de la ecuatoriana, la hondureña, la peruana y la salvadoreña, por citar algunas, no tiene un capítulo específico que se refiera a los tratados. Las disposiciones constitucionales bolivianas referidas a los tratados son pocas y están dispersas¹⁰⁵ y ninguna de ellas señala expresamente cuál es el valor de los tratados dentro del derecho interno¹⁰⁶. Entre esas disposiciones, a la que se recurre frecuentemente para afirmar que los tratados tienen rango de ley es el art. 59(12) que, comúnmente, se lo ha interpretado conjuntamente con los arts. 59(1) y 228.

El art.59, en lo pertinente, y el 228 de la CPE de Bolivia dicen:

Artículo 59.- Son atribuciones del Poder Legislativo: 1°. Dictar leyes, abrogarlas, derogarlas, modificarlas e interpretarlas [...] 12°. Aprobar los tratados, concordatos y convenios internacionales.

Artículo 228°. La Constitución Política del Estado es la ley suprema del ordenamiento jurídico nacional. Los tribunales, jueces y autoridades la aplicarán con preferencia a las leyes, y éstas con preferencia a cualesquiera otras resoluciones.

Siguiendo estos artículos, no se discute la potestad legislativa de aprobar tratados internacionales, y menos aún la potestad natural del órgano legislativo de dictar leyes. Lo que se pone en tela de juicio es la incuestionable interpretación, a partir de estas disposiciones, que considera que por ser aprobados por el Poder Legislativo (art. 59(12)) mediante una ley que éste dicta (art. 59(1)) para ese fin aprobatorio, los tratados tengan inevitable y automáticamente el rango de ley. Una cosa es el mecanismo por el cual se introduce una norma internacional al derecho doméstico para que tenga valor internamente, y eso se hace, como se dijo antes, a través de la aprobación legislativa mediante una ley que dicta ese Poder y su posterior promulgación y publicación por el Poder Ejecutivo; y otra cosa es el rango que tiene esa norma internacional en el derecho interno. Ese rango no lo reconoce explícitamente la Constitución boliviana, sin embargo, la doctrina, la práctica administrativa y los tribunales han otorgado a los tratados rango legal por el hecho de ser aprobados mediante una ley formal.

nario Internacional Mayo 2000, Tribunal Constitucional de Bolivia, Sucre, 2000, p. 262.

¹⁰⁵ Arts. 37(1), 39, 59(12), 96(2) y 120(9) de la Constitución Política del Estado.

¹⁰⁶ Prudencio, *Curso de Derecho Internacional Privado*..., p. 27.

Un juez penal del distrito judicial de Santa Cruz señalaba que “según la pirámide de Kelsen, la Constitución está por encima de todas las normas, inclusive sobre los Tratados Internacionales, que tienen el rango de Ley¹⁰⁷, que para considerar la cuestión previa de prescripción, se tomó en cuenta que el asesinato es un delito de consumación inmediata[...]”¹⁰⁸.

De igual modo, los Vocales de la Sala Social y Administrativa Primera de la Corte Superior de Justicia de La Paz afirmaban que “según el principio constitucional de la primacía a que se refiere el art. 228, los convenios, tratados y pactos internacionales dentro de la jerarquía normativa que rige al Estado boliviano, ocupa lugar inmediato y subsidiario...”¹⁰⁹.

5.3. El Artículo 80(I) de la Constitución Política del Estado

Curiosamente, quienes defienden la tesis de que los tratados internacionales tienen rango de ley en el sistema jurídico interno boliviano no se basan en el art. 80(I) de la Constitución que dice que

I. la promulgación de las leyes se hará por el Presidente de la República en esta forma:

“Por cuanto, el Congreso Nacional ha sancionado la siguiente ley”:

[...]

“Por tanto, la promulgo **para que se tenga y cumpla como ley de la República**” (énfasis agregado).

Este podría ser el argumento más sólido, el único tal vez, para justificar el rango legal de los tratados internacionales, pues la parte final del art. 80(I) señala que el instrumento que contiene el acto legislativo de aprobación del tratado se **tenga y cumpla** como ley.

¹⁰⁷ Este pronunciamiento judicial, que reproduce la opinión de Prudencio y de la mayoría de los juristas bolivianos, es impreciso en cuanto a la referencia a Kelsen. Ya se vio antes que para Kelsen el derecho internacional tenía supremacía sobre el derecho interno, por lo tanto un tratado no puede tener el rango de una ley.

¹⁰⁸ Tribunal Constitucional de Bolivia, sentencia constitucional 1190/01-R de 12 de noviembre de 2001.

¹⁰⁹ Res. No. 029/03-SS AI dictada por la Sala Social y Administrativa Primera de la Corte Superior de Justicia de La Paz el 4 de septiembre de 2003, dentro del amparo constitucional interpuesto por el Defensor del Pueblo, en representación del ciudadano Alfredo Díaz Bustos, contra el Ministro de Defensa Nacional.

Sin embargo, hay que enfatizar en que si bien no cabe duda que el instrumento normativo que sanciona el Congreso y promulga el Presidente para introducir un tratado internacional al derecho interno es una ley, eso no es lo mismo que decir que el tratado en sí mismo, introducido por ese instrumento normativo denominado ley, tenga el rango de una ley. Hay que tener presente que el art. 80(I) ha sido pensado, esencialmente, de cara a la aprobación y promulgación de normas internas de carácter general y obligatorio dictadas por el Poder Legislativo, vale decir leyes formales, sean orgánicas, de presupuesto, sustantivas, adjetivas, etc. Entonces, la fórmula que expresa el art. 80(I) no podría ser otra. Por eso, la posición irrecusable, a partir de ese enunciado, de que los tratados tienen un rango de ley, aunque imperante, no es del todo convincente.

Este enfoque teórico reduccionista del tratado se refuerza en la práctica cuando los tribunales y la administración invocan el artículo constitucional 228 y concluyen que la Constitución es la norma suprema y por debajo de ella están las leyes, donde se incluye a los tratados, y luego las demás disposiciones normativas. No obstante, esta posición ha sido también inconsistente en algunos pronunciamientos judiciales, como se verá luego¹¹⁰, y en las propias leyes dictadas por el Poder Legislativo. Un ejemplo de esto último es el nuevo Código de Procedimiento Penal¹¹¹ que, en su art. 3 (Imparcialidad e independencia) señala que “los jueces serán imparciales e independientes, sometidos únicamente a la Constitución, las Convenciones y Tratados internacionales vigentes y a las leyes” y, más categóricamente aún, en su art. 34 (Tratados internacionales), que señala que “tendrán aplicación preferente las reglas sobre prescripción contenidas en Tratados y Convenios internacionales vigentes”.

5.4. Las opciones del derecho constitucional comparado

El derecho constitucional comparado prueba que hay otras opciones y que no todo lo que se aprueba con una ley tiene el rango de ley. Por ejemplo, la Constitución de Honduras señala lo siguiente:

ARTÍCULO 16.- Todos los tratados internacionales deben ser aprobados por el Congreso Nacional antes de su ratificación por el Poder Ejecutivo.

¹¹⁰ *Ibíd.*, n. 115, pp. 33-34.

¹¹¹ Ley 1970 del Código de Procedimiento Penal de 25 de marzo de 1970.

Los tratados internacionales celebrados por Honduras con otros estados, una vez que entran en vigor, forman parte del derecho interno.

ARTÍCULO 18.- En caso de conflicto entre el tratado o convención y la Ley prevalecerá el primero.

Esto demuestra que la aprobación legislativa de un tratado no conduce necesariamente a que ese tratado, cuando pasa a formar parte del derecho interno, tenga automáticamente el rango de una ley. El caso hondureño es completamente ilustrativo a este respecto, el tratado aprobado por el Congreso, por lo tanto norma incorporada al derecho interno, tiene carácter *supra* legal cuando entra en conflicto con una ley.

En la misma línea, la Constitución ecuatoriana dice que

Art. 162.- La aprobación de los tratados y convenios, se hará en un solo debate y con el voto conforme de la mayoría de los miembros del Congreso.

[...]

Art. 163.- Las normas contenidas en los tratados y convenios internacionales, una vez promulgados en el Registro Oficial, formarán parte del ordenamiento jurídico de la República y prevalecerán sobre leyes y otras normas de menor jerarquía.

Una vez más, un tratado aprobado por el Poder Legislativo -ecuatoriano-, órgano generador de leyes, no necesariamente tiene rango de ley.

Está claro que en las dos constituciones mencionadas no hay lugar a cuestionamientos sobre el rango normativo de los tratados, pues ambas tienen preceptos expuestos sobre este punto. Por el contrario, en Bolivia surge la duda porque su Constitución, como lo remarcaba Ciurlizza¹¹², carece de tal precisión explícita. Ante esto, ante esta laguna y esta duda, surge la pregunta: ¿por qué en el caso boliviano se ha optado tradicionalmente por una postura propia del monismo nacionalista radical? Seguramente las respuestas pueden ser varias y algunas puedan encontrarse en las teorías que acompañan a las tesis del monismo interno y del dualismo, es decir el nacionalismo y la teoría de la soberanía.

¹¹² Res. No. 029/03-SS AI dictada por la Sala Social... n.104, p. 28.

5.5. El DIDH y su interpretación en Bolivia

Como se apuntó antes, en el derecho constitucional de la región y de otras partes los tratados específicos de DIDH tienen un tratamiento diferente a los tratados del derecho internacional general¹¹³. El caso boliviano, aunque solo recientemente, no es la excepción. Un análisis del estatuto de los tratados internacionales sobre derechos humanos en el derecho interno boliviano debe necesariamente partir de la revisión de la jurisprudencia del TC boliviano pues, sin duda, es a partir de sus sentencias que este estatuto empieza a definirse y, ciertamente, a consolidarse.

Pero antes, es importante referirse a una de las atribuciones que tiene este tribunal de acuerdo a la Constitución Política¹¹⁴ y a su ley orgánica. El Capítulo XIII (De la Constitucionalidad de Tratados o Convenios Internacionales) de la Ley 1836 señala lo siguiente:

Artículo 113. -DE LA CONSULTA.- Cuando en los tratados o convenios internacionales exista duda fundada sobre la constitucionalidad de los mismos, el Presidente del Congreso Nacional, con resolución camarál expresa, deberá enviar el mismo en consulta al Tribunal Constitucional antes de su ratificación.

Artículo 114. -TRÁMITE.- Recibida la consulta, el Tribunal Constitucional dispondrá la citación del Ministro de Relaciones Exteriores en representación del Poder Ejecutivo, con noticia del requirente, a fin de que aquél en el término de quince días exprese su opinión fundada sobre la consulta. El Tribunal, en el término de treinta días, emitirá declaración constitucional.

Artículo 115. -DECLARACIÓN Y EFECTOS.- I. La declaración tendrá efecto vinculante. II. Si el Tribunal declare que el tratado o convenio es contrario a la Constitución no podrá ser aprobado. III. En el caso de tratados o convenios multilaterales, la declaración de inconstitucionalidad de alguna de sus cláusulas no impedirá su aprobación, siempre que se formule reserva que refleje la decisión del Tribunal Constitucional.

En estos tres artículos no se hace distinción a la materia sobre la que versan los tratados, la referencia es a las convenciones en general, sean de derechos humanos o de cualquier otra cosa. Lo que sí está claro es que, de cierta manera, la Ley 1836 reconoce a los tratados

¹¹³ *Ibíd.* n. 84, p. 22.

¹¹⁴ Constitución Política..., art. 120.- Son atribuciones del Tribunal Constitucional conocer y resolver [...] 9ª La constitucionalidad de tratados o convenios con gobiernos extranjeros u organismos internacionales.

un rango normativo *infra* constitucional, por ello el art. 115 habla de **inconstitucionalidad de los tratados**. Esta posición parece no haber sido compartida por la Corte Suprema de Justicia la cual, palabras más palabras menos, remarcó que los tratados -el derecho internacional- tienen preeminencia con relación al derecho interno al señalar que

II.1 [...] [1]a aprobación del tratado a través del señalado procedimiento constitucional, lo incorporó al ordenamiento jurídico nacional y rige desde entonces en materia de extradición con los Estados Unidos de América[...] Se trata de un instrumento de derecho internacional producto de una negociación aprobada legislativamente que establece una relación entre dos Estados, mas no entre particulares, quienes no pueden suplir las competencias de las autoridades que lo perfeccionaron y menos provocar su unilateral ruptura. d) Si bien la Constitución reconoce al Tribunal la atribución de conocer y resolver “la constitucionalidad de tratados y convenios con gobiernos extranjeros u organismos internacionales”, debe advertirse que esta capacidad sólo puede ser efectiva antes del perfeccionamiento del instrumento internacional, es decir, antes de efectuarse en canje las comunicaciones de ratificación. **Una decisión posterior que afecte su vigencia, sin observar los procedimientos del derecho internacional y aquellos dispuestos en los tratados, no sólo que alteraría las facultades constitucionales del Presidente de la República y el Poder Legislativo, sino afectaría a los compromisos adoptados entre los Estados, los mismos que estando en vigor deben ser cumplidos de buena fe** (énfasis agregado)¹¹⁵.

Sin embargo, el TC no acogió los fundamentos de la Corte Suprema sobre la supremacía del derecho internacional respecto al derecho interno. Es más, fue categórico en fijar un rango de ley para los tratados internacionales cuando señaló que:

IV.2 [...] lo que corresponde determinar es si el texto de la **norma impugnada (inc. b del art. XVII del Tratado de extradición)**, implica en el sentido del orden constitucional boliviano una aplicación retroactiva de la Ley, prohibida por el artículo 33 de la norma Suprema del País.

IV.3 Que, a tiempo de realizar el debido contraste entre la norma legal impugnada y los artículos 33 y 81 de la Constitución Política del Estado [...]

[...]

¹¹⁵ Sentencia constitucional 36/01 de 30 de mayo de 2001, Tribunal Constitucional de Bolivia.

Que en este sentido, el inciso b) del art. XVII de la Ley N° 1721 de 6 de noviembre de 1996, mediante el cual se ratifica el Tratado Bilateral de Extradición suscrito entre el Gobierno de Bolivia y el Gobierno de los Estados Unidos de América, no contradice las normas constitucionales antes aludidas.

POR TANTO: El Tribunal Constitucional [...] declara **CONSTITUCIONAL el inciso b) del art. XVII del Tratado Bilateral de Extradición** suscrito entre el Gobierno de Bolivia y el Gobierno de Estados Unidos de América¹¹⁶.

Hasta agosto de 2003, el Tribunal Constitucional no había emitido otra declaración de (in)constitucionalidad de tratados, por lo que su línea jurisprudencial sobre el rango legal de los **convenios internacionales en general** permanece definida, no así respecto a los tratados sobre derechos humanos. El TC ha sido el primer órgano jurisdiccional boliviano, y posiblemente la primera institución pública boliviana, en reconocer a los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos un rango constitucional, obviamente superior a las leyes.

La fórmula que ha utilizado el TC boliviano para conferir a los derechos humanos reconocidos en los tratados el rango de derechos constitucionales ha sido la del “bloque de constitucionalidad”, que no es nueva en el hemisferio ya que Colombia la había utilizado antes como una “solución ingeniosa y sutil que permite superar el dilema de hablar de jerarquía normativa entre tratado internacional y Constitución”¹¹⁷.

El concepto de bloque de constitucionalidad apareció por vez primera en la jurisprudencia boliviana en una sentencia del año 2001 en la que el TC señaló que “[...] es deber del Estado proveer seguridad jurídica a los ciudadanos asegurando a todas las personas el efectivo ejercicio de sus derechos fundamentales y garantías constitucionales proclamados por la Constitución, los tratados, convenios y convenciones suscritos y ratificados por el Estado como parte del bloque de constitucionalidad, así como las leyes ordinarias”¹¹⁸. En otra más reciente señaló que “la Constitución como los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos que forman parte del

¹¹⁶ *Ibíd.*

¹¹⁷ Ciurlizza, “Derecho Internacional de los Derechos Humanos...”, p. 262.

¹¹⁸ Sentencia constitucional 95/01 de 21 de diciembre de 2001, párr. V. 2., Tribunal Constitucional de Bolivia.

bloque de constitucionalidad, no se limitan a proclamar el conjunto de los derechos, libertades y garantías de los seres humanos”¹¹⁹.

Pero uno de los pronunciamientos más importantes a este respecto, porque de cierta forma tiende a explicar las razones por las cuales los derechos humanos reconocidos en los tratados son considerados como derechos constitucionales al ser parte del denominado bloque de constitucionalidad, fue el emitido por el Magistrado José Antonio Rivera en un voto disidente. Según el Magistrado,

[...] la disposición legal establecida por el art. 42-II de la L. N° 1760 es incompatible con los valores, los derechos y las normas previstas en las normas de la Constitución Política del Estado, precedentemente citadas, asimismo vulneran las normas previstas en los arts. 17-2) de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y 21-2) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, instrumentos internacionales que al tenor de lo dispuesto por el art. 35 de la Constitución forman parte del bloque de constitucionalidad al haber sido ratificados y aprobados por el Estado Boliviano¹²⁰.

El argumento que utiliza Rivera se funda en la técnica de la cláusula enunciativa o abierta al interpretar el art. 35 de la CPE que dice: “las declaraciones, derechos y garantías que proclama esta Constitución no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enunciados que nacen de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno”.

El texto del art. 35 es prácticamente idéntico al art. 33 de la Constitución de Argentina y muy semejante al del art. 63 de la Constitución hondureña. Este texto fue incorporado a la Constitución Política del Estado de Bolivia de 1938 y desde entonces estuvo presente en las posteriores constituciones (incluyendo las reformadas) hasta la actual, pero no fue hasta los pronunciamientos del TC que tuvo la interpretación concluyente que actualmente tiene. Sin embargo, se debe reconocer que la interpretación del art. 35 para fines de otorgar a los tratados internacionales de DIDH rango constitucional, como la asume el Magistrado Rivera y el tribunal, no es del todo precisa porque, según esa disposición, se pueden reconocer otros derechos que

¹¹⁹ Sentencia constitucional 61/ 2003 de 1 de julio de 2003, párr. III. 6, Tribunal Constitucional de Bolivia.

¹²⁰ Sentencia constitucional 10/2002 de 30 de enero de 2002, fundamentación de voto disidente del Magistrado José Antonio Rivera Santibáñez de 22 de febrero de 2002, párr. 2.9, Tribunal Constitucional de Bolivia.

nazcan “de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno”, pero nada se dice en ella de aquellos derechos que provengan del DIDH, de los tratados internacionales. En todo caso, el TC tendrá que afinar aún más su interpretación al art. 35.

De todas maneras, esta innovación ha abierto enormes posibilidades de desarrollo para el DIDH dentro del plano interno, por lo menos en lo que toca a la justiciabilidad de los derechos no reconocidos expresamente por la CPE. Por esto, la introducción de esta doctrina a la jurisprudencia constitucional nacional debe considerarse como el principal aporte del Tribunal Constitucional a los derechos humanos en Bolivia. Pero, además, hay que reconocer que también se abrieron las puertas para el cuestionamiento del valor interno que tienen las normas del derecho internacional en el ordenamiento jurídico nacional.

6. El DIDH en las sentencias del Tribunal Constitucional boliviano

El TC es sin duda el órgano judicial que con mayor frecuencia recurre al DIDH en sus resoluciones. Sin embargo, hay que tener presente que cuando este TC invoca los tratados internacionales de protección de los derechos humanos es porque, por lo general, son los propios litigantes, en sus memoriales, los que hacen referencia a estas normas internacionales. Si esto no ocurre, el TC muy pocas veces menciona alguno de los pactos para fundamentar una decisión con relación al derecho humano que se discute y, consecuentemente, apoya su determinación en el derecho constitucional expresamente señalado en el texto fundamental. Esta forma de operar es criticable porque el máximo tribunal de garantías constitucionales no debería depender, en cuanto al derecho aplicable, del contenido de los escritos presentados por las partes, más si ese derecho está reconocido en normas de derecho internacional y, aún más, de DIDH que, como se desprende de lo anteriormente visto, es una materia de dominio poco generalizado en Bolivia.

Habida cuenta de este desconocimiento de las normas del DIDH entre abogados y en el mundo litigante, el TC debería invocar *motu proprio* normas internacionales de protección a los derechos humanos en sus resoluciones como una tarea pedagógica a fin de que los usuarios del sistema conozcan que, al margen de los instrumentos más corrientes, existen otros que pueden invocarse.

Está claro, por otra parte, que no basta que el TC mencione de manera general los instrumentos internacionales en sus resoluciones o que se refiera a algún derecho específico con la simple y llana mención del artículo referido a ese derecho en la declaración o tratado mencionado. Esto ocurre muy frecuentemente con los arts. 7 y 8 del Pacto de San José que, de lejos, son los más invocados tanto por lo abogados como por el propio Tribunal Constitucional a la hora de revisar los recursos de *habeas corpus* y amparo constitucional. Precisamente, con relación al art. 8 de la Convención Americana que reconoce el derecho al debido proceso, el TC ha sentado un importante precedente para la jurisprudencia constitucional boliviana al señalar, en la misma línea de la Corte IDH¹²¹, que

las garantías del debido proceso no son aplicables únicamente al ámbito judicial, sino que deben efectivizarse en todas las instancias en la que a las personas se les atribuya [...] la comisión de un acto que vulnere la normativa vigente y es obligación ineludible de los que asumen la calidad de Jueces, el garantizar el respeto a esta garantía constitucional”, lo que significa que el debido proceso se aplica tanto en el ámbito judicial como en el administrativo y disciplinario, interpretación ésta que concuerda con la norma prevista por el art. 8.1 del Pacto de San José¹²².

Muchas veces el texto de un instrumento internacional, en sí mismo, es insuficiente para comprender el verdadero alcance de un derecho. Por eso mismo los órganos internacionales de supervisión de los tratados vienen generando diversas interpretaciones a través de una serie de precedentes que emanan de sus pronunciamientos, sean informes (CIDH), decisiones y observaciones generales (Comité de Derechos Humanos), o sentencias y opiniones consultivas (Corte IDH) que hasta ahora han creado una vasta jurisprudencia ciertamente enriquecedora del DIDH.

¹²¹ “En materias que conciernen con la determinación de [los] derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter, el artículo 8 no especifica garantías mínimas, como lo hace en el numeral 2 al referirse a materias penales. Sin embargo, el concepto de debidas garantías se aplica también a esos órdenes y, por ende, en ese tipo de materias el individuo tiene derecho también al debido proceso que se aplica en materia penal”. Corte IDH, Excepciones al Agotamiento de los Recursos Internos (arts. 46.1, 46.2.a y 46.2.b, Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-11/90 del 10 de agosto de 1990. Serie A No. 11, párr. 28.

¹²² Sentencia constitucional 731/2000-R de 7 de julio de 2000, Tribunal Constitucional de Bolivia.

El TC boliviano ha hecho uso del tan importante recurso de los precedentes y jurisprudencia internacionales en aproximadamente una decena de sentencias (hasta julio de 2003). Recién desde 2003, en cuatro sentencias constitucionales, se refirió a las Opiniones Consultivas OC-4/84 y OC-6/86 de la Corte IDH para sustentar sus decisiones¹²³. Cabe aclarar, que como sucede con las referencias a los pactos internacionales, la mención que ha hecho el TC de la jurisprudencia consultiva del tribunal interamericano ha sido motivada por las partes litigantes -en dos ocasiones por el Defensor del Pueblo- y no como resultado de la iniciativa de la corte constitucional.

Igualmente, sólo en cuatro oportunidades el TC se ha referido a las sentencias y jurisprudencia contenciosa de la Corte Interamericana. En tres ocasiones se refirió a la garantía del juez competente señalando que

[...] un tribunal con tales características, no se queda en la literalidad de su constitución, sino que se constituye en un derecho, cual es el derecho al Juez Natural, que en criterio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos tiene dos alcances: a) la imposibilidad de ser sometido a un proceso ante la autoridad de quien no es juez o que carece de competencia para resolver determinada causa y b) que la competencia de los jueces y tribunales se encuentre previamente establecida por ley¹²⁴.

En una de esas tres sentencias, el TC no sólo mencionó el caso de la Corte Interamericana del cual extrajo el precedente jurisprudencial invocado, lo que no sucedió con las otras dos, sino que dictó un precedente muy importante sobre la obligatoriedad del Estado boliviano de observar las decisiones del tribunal de San José al señalar que:

el cumplimiento de estos requisitos que hacen al juez natural permite garantizar la correcta determinación de los derechos y obligaciones de las personas; de ahí que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuya jurisprudencia es vinculante para la jurisdicción interna, en su Sentencia de 31 de enero de 2001 (Caso Tribunal Constitucional del Perú, párrafo 77), ha establecido que “toda persona sujeta a juicio de cualquier naturaleza ante un órgano del Estado

¹²³ Sentencias constitucionales 19/2003, de 28 de febrero de 2003; 58/2003, de 25 de junio de 2003; 61/2003, de 1 de julio de 2003 y 62/2003, de 3 de julio de 2003, Tribunal Constitucional de Bolivia.

¹²⁴ Sentencias constitucionales 4/2003 de 20 de enero de 2003 y 1364/2002 – R de 7 de noviembre de 2002. En la sentencia 491/2003- R de 15 de abril de 2003, el TC también se refirió a un precedente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos referido al juez natural, Tribunal Constitucional de Bolivia.

deberá contar con la garantía de que dicho órgano sea competente, independiente e imparcial¹²⁵.

La cuarta ocasión en la que el TC hizo referencia a las decisiones de la Corte IDH fue en la Sentencia Constitucional 1190/01-R de 12 de noviembre de 2001. En este caso, el TC se vio obligado a mencionar la decisión de la Corte Interamericana pues el asunto bajo su conocimiento se refería a un recurso de amparo constitucional vinculado con el caso *Trujillo Oroza vs. Bolivia* que se tramita ante la corte de San José.

La poca familiaridad del TC con el DIDH se advierte no sólo en la mínima frecuencia con que cita la jurisprudencia de los órganos internacionales de derechos humanos o en la lacónica referencia al Pacto de San José y a otros cuantos, sino en el poco dominio sobre el contenido y alcance que tienen los derechos humanos reconocidos internacionalmente. Por ejemplo, este tribunal revisó varios recursos de *habeas corpus* en los que las partes recurrentes habían sido detenidas por imputárseles la comisión del delito de desacato. Si bien la Convención Americana sobre Derechos Humanos ni el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos mencionan de manera expresa, en los artículos relativos a la libertad de expresión, la prohibición de penalizar la expresión ofensiva dirigida a los funcionarios públicos, lo que configura una ley de desacato o delito de desacato en el derecho interno, los órganos internacionales se han pronunciado constantemente por la eliminación de esta figura penal. En este sentido, la CIDH publicó en su Informe Anual 1994 un Informe sobre la Compatibilidad entre las Leyes de Desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos¹²⁶ en el que claramente señaló que “las leyes que penalizan la expresión de ideas que no incitan a la violencia anárquica son incompatibles con la libertad de expresión y pensamiento consagrada en el art. 13 y con el propósito fundamental de la Convención Americana de proteger y garantizar la forma pluralista y democrática de vida”¹²⁷. Luego de ese informe, tanto la Comisión como el Relator Especial para la Libertad de Ex-

¹²⁵ Sentencia constitucional 491/2003-R de 15 de abril de 2003, Tribunal Constitucional de Bolivia.

¹²⁶ CIDH. Informe sobre la Compatibilidad entre las Leyes de Desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, OEA/ser L/V/II.88, Doc.9 rev (1995), Anexo D, pp. 210 - 223.

¹²⁷ *Ibíd.*, Anexo D, pp. 210-223.

presión de la OEA han mantenido invariable su posición de rechazar las leyes de desacato¹²⁸.

Sin embargo, en su sentencia constitucional 170/99-R de 24 de septiembre de 1999, el TC cuando tenía la oportunidad de declarar ilegal la detención de una persona por basarse en un delito incompatible con el derecho humano a la libertad de expresión, ni siquiera cuestionó su tipificación en el código penal ni la posibilidad de realizar detenciones, señalando que:

[...] el recurrente alega que ha sido ilegal e injustamente detenido en las celdas de la Policía Técnica Judicial, por orden expresa del referido Fiscal de Materia, por haber emitido comentarios públicos, por diversos medios, en el sentido de pedir la renuncia del señor Presidente de la República, invocando el imputado argumentos que, a juicio del Fiscal de Materia y de los denunciantes (fs.9 a 10) que se presentan como HH. Diputados Nacionales (f.9) **podrían significar una afrenta a la persona y un desacato a la alta investidura del señor Presidente Constitucional de la República, quien, obviamente, merece toda consideración y respeto, aspecto que no está en juzgamiento ni análisis en la presente revisión**, y que corresponde a otras instancias judiciales el dilucidarlo.

[...] los delitos de sedición y **desacato**, previstos por los Arts. 123 y 162, respectivamente, del Código Penal, **por los cuales se debiera juzgar al ahora recurrente** [...]

[...]

[...] el Juez Quinto de Instrucción en lo Penal [...] abre auto inicial (nº338) en fecha 29 de agosto de 1999 **con el que instruye sumario penal contra Otto Andrés Ritter Méndez por el delito de desacato** [...] (énfasis agregado).

Posteriormente, el TC tuvo otras oportunidades no para declarar formalmente la inconstitucionalidad del delito de desacato, pues hasta ahora no se ha presentado ningún recurso de inconstitucionalidad que impugne el art. 162 del Código Penal, pero sí para señalar la in-

¹²⁸ Ver entre otros, los Informes del Relator Especial para la Libertad de Expresión de 1998, 2000 y 2002 en <http://www.cidh.org/Relatoria/Spanish/InfAnuales.htm> y el discurso del ex Presidente de la CIDH Juan Méndez en oportunidad de la presentación del Informe Anual 2001 de la CIDH a la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos del Consejo Permanente de la OEA, el 30 de abril del 2002.

compatibilidad de esa figura penal con el derecho a la libertad de expresión; en ninguno de esos casos lo hizo¹²⁹.

Otro ejemplo de la falta de buen dominio del derecho internacional por parte del TC boliviano se dio en el caso del refugiado peruano Justino Soto Vargas a favor de quien el Defensor del Pueblo presentó un recurso de amparo constitucional contra ocho Ministros de la Corte Suprema de Justicia por avalar su extradición.

El [Defensor del Pueblo] alegó [...] que el Auto Supremo de extradición dictado por la [Corte Suprema de Justicia] vulneraba el derecho a la no devolución del que gozaba Justino Soto en virtud de su status jurídico de refugiado y que la extradición a Perú constituía una transgresión del artículo 33 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados [...] En octubre de 2000, la [la Corte Superior de Justicia del Distrito de Chuquisaca] declaró improcedente el recurso de amparo con el fundamento, *inter alia*, de que no era posible, por dicha vía, dejar sin efecto resoluciones ejecutoriadas (el Auto Supremo de la [Corte Suprema de Justicia]) porque, al margen de profanarse la cosa juzgada, se daría rienda suelta al indiscriminado uso del amparo y se agregaría un recurso más a los ya previstos en la justicia ordinaria. Sobre el fondo del caso, la Corte Superior de Justicia del Distrito de Chuquisaca señaló, que la Corte Suprema de Justicia no había quebrantado ni infringido ninguna garantía constitucional¹³⁰ y que, el Auto Supremo de 15 de mayo de 1997, “calificado injustamente como un acto ilegal” [...] no tiene efectos de expulsión o devolución, en razón a que el art. 33-1) de la Convención sobre el status de los refugiados [...] no contempla a la institución de la extradición como un mecanismo violatorio al principio de no devolución¹³¹.

Más allá de que pueda discutirse que, en general, la valoración del TC no fue correcta en este caso, lo que no se discute es la errada interpretación que hizo el tribunal sobre el principio de no devolución que protege a los refugiados, al avalar la determinación de la Corte Superior de Justicia de Chuquisaca en sentido de que la repatriación

¹²⁹ Ver las Sentencias Constitucionales 792/00-R de 25 de agosto de 2000; 042/2001-R de 19 de enero de 2001 y 1343/2002-R de 6 de noviembre de 2002, Tribunal Constitucional de Bolivia.

¹³⁰ Ibargüen, Guido. “Bolivia”, en: Federación Iberoamericana del Ombudsman *I Informe sobre Derechos Humanos, Migraciones*, Edit. Dykinson Madrid, S.L., 2003, p. 332.

¹³¹ Sentencia constitucional 1166/00-R de 11 de diciembre de 2000, Tribunal Constitucional de Bolivia.

de un refugiado en virtud del instituto de la extradición no constituye *refoulement* porque la extradición no es ni devolución ni expulsión¹³².

Si bien el art. 33 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados sólo habla de expulsión y devolución, está claro que el espíritu de ese tratado abarca también a la extradición porque lo que se quiere evitar es que un refugiado sea regresado forzosamente a su país o al país en el que su vida o libertad peligran. El TC debió haber indagado un poco más y revisar en su conjunto el Derecho Internacional de los Refugiados y el Derechos Internacional de los Derechos Humanos, en especial la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes, ratificada por Bolivia, específicamente el art. 3 por el cual se prohíbe a los Estados a proceder a la expulsión y devolución, pero también a la extradición.

Otra incorrecta interpretación del DIDH por parte del TC tiene que ver con la prohibición del encarcelamiento o prisión por deudas u obligaciones patrimoniales, derecho humano contemplado en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 7(7)) y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 11). El TC ha señalado en su sentencia constitucional 823/01-R de 14 de agosto de 2001 que

[...] la proscripción de toda medida restrictiva de libertad para el cobro de obligaciones o deudas, establecida en la Ley 1602, constituye [...] una adaptación definitiva al orden constitucional boliviano y su compatibilización con los derechos y garantías que los acuerdos y convenios internacionales prevén sobre la materia, que se constituyen en normas vigentes en el país, por estar ratificadas por el Estado boliviano, conforme a lo siguiente:

El Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos en su Art. 11 establece: “Nadie puede ser encarcelado por el sólo hecho de no poder cumplir una obligación contractual”. La Convención Americana de los Derechos Humanos [...] sobre el particular establece: “Ar-

¹³² “[A]l ACNUR le preocupa que los Estados puedan inclinarse por una rápida extradición de grupos o individuos bajo la sospecha de que puedan ser terroristas basados en su religión, origen étnico, nacionalidad o afiliación política”. *Diez Preocupaciones sobre la Protección a Refugiados tras los Eventos del 11 de Septiembre*, 23 de octubre de 2001, en <http://www.cinu.org.mx/multi/ter/acnur/acnuroct23.htm> (8.8.03). “The protection from *refoulement* also plays when the extradition of a refugee is asked by another country”. Vanheule, Dirk, *The Principle of Non-Refoulement in the 1951 Geneva Refugee Convention* en <http://www.law.muni.cz/katedry/jazyky/refugee/LectureVanheuleBrno2002.pdf>, p. 13 (26.9.03).

título 7.- Nadie puede ser detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimientos de deberes alimentarios”.

[...]

La “libertad” puede ser restringida única y exclusivamente como reacción a un delito, por lo tanto a ningún boliviano ni extranjero, autoridad alguna, puede restringir su libertad personal en ninguna de sus formas como medio para el cobro de obligaciones patrimoniales con las excepciones previstas para las materias familiar y social establecidas por los arts. 11 y 12 de la citada Ley 1602.

Evidentemente, la Ley 1602¹³³ abolió la prisión y apremio en casos de obligaciones patrimoniales incumplidas en una serie de ámbitos (tributario, civil, electoral, etc.), pero los mantuvo para casos de asistencia familiar, seguridad social y ejecución de sentencias laborales. Sin embargo, el art. 7(7) de la Convención Americana sólo permite la detención por deudas en el caso de incumplimiento de deberes alimentarios, en ningún caso más. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos es mucho más rígido pues no hace ninguna excepción en cuanto a la prohibición de la detención por incumplimiento de obligaciones contractuales.

Con esto queda claro que la legislación boliviana aún no es compatible con los derechos humanos reconocidos internacionalmente ya que el art. 12 de la Ley 1602 es contrario a los arts. 7(7) y 11 de los pactos mencionados. Pero lo más lamentable, en todo caso, es que el TC no sólo deja pasar esta incompatibilidad, sino que se contradice en sus propios argumentos al afirmar que “la ‘libertad’ puede ser restringida única y exclusivamente como reacción a un delito”. El caso del art. 11 de la Ley 1602, refrendado por el art. 7(7) del Pacto de San José, no ofrece dudas pues el incumplimiento de deberes alimentarios es un delito según la legislación penal boliviana¹³⁴, pero el incumplimiento de obligaciones contractuales de carácter patrimonial en el ámbito laboral o de seguridad social no lo es.

¹³³ Ley 1602 de Abolición de Prisión y Apremio Corporal por Obligaciones Patrimoniales de 15 de noviembre de 1994.

¹³⁴ Código Penal de Bolivia, art. 248 (abandono de familia).- El que sin justa causa no cumpliere las obligaciones de sustento, habitación, vestido, educación y asistencia inherentes a la autoridad de los padres, tutela o condición de cónyuge o conviviente, o abandonare el domicilio familiar o se substraigiere al cumplimiento de las indicadas obligaciones, será sancionado con reclusión de seis meses a dos años o multa de cien a cuatrocientos días.

En otra oportunidad, el TC también quedó corto en su interpretación del derecho internacional de los derechos humanos. En la sentencia constitucional 429/2002-R, motivada por un amparo constitucional presentado por el Defensor del Pueblo en representación de varios ciudadanos contra quienes las fuerzas de seguridad habían usado excesivamente la fuerza para su detención, causándoles lesiones graves, hematomas y otras heridas a consecuencia del empleo de armas de fuego y de violencia física desproporcionada, el TC señaló que “no puede determinarse por medio de este Recurso extraordinario, sumario y expeditivo si las lesiones sufridas por los representados del recurrente son producto de las presuntas torturas infligidas por funcionarios policiales ‘con la anuencia de los Fiscales’, ya que ello amerita una investigación profunda, mediante los procesos correspondientes y en las vías pertinentes, para establecer la autoría de las lesiones y la responsabilidad de tales acciones”¹³⁵.

Esa argumentación no concuerda con la posición de la Corte IDH respecto a la trascendental importancia de los recursos de amparo constitucional y *habeas corpus* como garantías de tutela de los derechos fundamentales, entre ellos la integridad y la libertad personales. En su Opinión Consultiva OC-9/87, la Corte señaló que:

el artículo 7 (Derecho a la Libertad Personal) en su inciso 6 reconoce y regula el recurso de hábeas corpus. La Corte ha examinado detenidamente en otra opinión la cuestión del hábeas corpus como garantía no susceptible de suspensión. Dijo al respecto:

Es esencial la función que cumple el hábeas corpus como medio para controlar el respeto a la vida e integridad de la persona, para impedir su desaparición o la indeterminación de su lugar de detención, así como para protegerla contra la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (El hábeas corpus bajo suspensión de garantías, supra 16, párr. 35) [...]

En cuanto al amparo, contenido en el artículo 25.1 de la Convención, la Corte expresó en la mencionada opinión consultiva:

El texto citado (art. 25.1) es una disposición de carácter general que recoge la institución procesal del amparo, entendido como el

En la misma pena incurrirá el que no prestare asistencia o no subviere a las necesidades esenciales de sus ascendientes o descendientes mayores incapacitados, o dejare de cumplir, teniendo medios económicos, una prestación alimentaria legalmente impuesta.

¹³⁵ Sentencia constitucional 429/2002-R de 15 de abril de 2002, Tribunal Constitucional de Bolivia.

procedimiento judicial sencillo y breve que tiene por objeto la tutela **de todos los derechos reconocidos por las constituciones y leyes de los Estados Partes y por la Convención. Puesto que todos los derechos son susceptibles de amparo**, lo son también los que están señalados de manera expresa por el artículo 27.2 como no susceptibles de suspensión en situaciones de emergencia (Ibíd., párr. 32)¹³⁶.

Hay que reconocer que la opción que escogió el Defensor del Pueblo con el amparo constitucional no fue la más apropiada; en todo caso el *habeas corpus* hubiera sido una mejor alternativa. Sin embargo, aunque ésta hubiera sido la garantía planteada, el TC hubiera fallado en la misma forma porque, para este tribunal boliviano, el derecho a la integridad personal no puede ser amparado por un recurso constitucional, sino por una acción penal ordinaria. Nada más contrario a la naturaleza protectora de los recursos extraordinarios previstos en los arts. 18 y 19 de la CPE y 25 de la Convención Americana.

Por último, en una de los más recientes fallos constitucionales¹³⁷, el TC concentra una serie de yerros en la sentencia que declaró improcedente el primer recurso de amparo constitucional presentado en Bolivia para tutelar el derecho a la objeción de conciencia con relación al servicio militar, con el fundamento central de que dicho derecho “no está consagrado ni debidamente regulado en el ordenamiento jurídico del Estado”¹³⁸.

Si bien es cierto que la objeción de conciencia con relación al servicio militar no aparece señalada explícitamente en la legislación boliviana y tampoco en la Convención Americana sobre Derechos Humanos ni el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, no es menos cierto que el DIDH es una materia dinámica, en permanente evolución. Prueba de ello es lo que señala el Comité de Derechos Humanos en su Observación General No. 22 cuando indica que “en el Pacto no se menciona explícitamente el derecho a la objeción de conciencia pero el Comité cree que ese derecho puede derivarse

¹³⁶ Corte IDH. Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987. Serie A No. 9, párrs. 31-32.

¹³⁷ Sentencia constitucional 1662/2003-R de 17 de noviembre de 2003, Tribunal Constitucional de Bolivia.

¹³⁸ Ibíd., párr. III.5.

del artículo 18, en la medida en que la obligación de utilizar la fuerza mortífera puede entrar en grave conflicto con la libertad de conciencia y el derecho a manifestar y expresar creencias religiosas u otras creencias”¹³⁹; y, casi diez años más tarde, el Alto Comisionado de los Derechos Humanos cuando afirma que “*the right to conscientious objection to military service is encompassed in existing human rights norms guaranteeing the right to freedom of conscience and religion. An analytical report which comprehensively addresses the questions identified in the previous section concerning best practices on conscientious objection would provide substantive information about how the right can be comprehensively implemented*”¹⁴⁰. En consecuencia, para 2003, la objeción de conciencia con relación al servicio militar ya alcanza la categoría de un derecho humano, aunque su ejercicio esté relacionado a la libertad de pensamiento, conciencia y religión, como sucede con otros derechos humanos, como la presunción de inocencia, vinculada al derecho al debido proceso, o el derecho de no ser detenido por deudas, vinculado al derecho a la libertad individual en el Pacto de San José.

Asimismo, curiosamente, el TC incurre en una contradicción al señalar primero que,

si bien es cierto que al formar parte del ordenamiento jurídico las declaraciones, tratados y convenciones internacionales sobre derechos humanos, forman parte del catálogo de los derechos fundamentales los derechos a la libertad de conciencia, la libertad de religión y la libertad de cultos, de los cuales deriva la objeción de conciencia; no es menos cierto que no existe una institucionalización legal, es decir, una adopción de medidas legislativas que consagren la objeción de conciencia como una expresión al servicio militar obligatorio, creando paralelamente los servicios sociales sustitutos para los objetores en resguardo de principio de la igualdad de las personas ante la ley, así como el régimen legal que regule el ejercicio de la objeción de conciencia¹⁴¹.

¹³⁹ Derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión (art. 18), párr. 11, 30/07/93, UN, Comité de Derechos Humanos.

¹⁴⁰ Fifty-eighth session, Item 11 (g) of the provisional agenda. Civil and Political Rights, Including the Question of: Conscientious Objection to Military Service. Report of the High Commissioner submitted pursuant to Commission resolution 2000/34. E/CN.4/2002/WP.2, párr. 34, 14 March 2002, Commission on Human Rights.

¹⁴¹ Sentencia 1662/2003, párr. III.5, Tribunal Constitucional de Bolivia.

Con esto, y en palabras más sencillas, el TC está diciendo que el derecho a la libertad de conciencia y religión y la objeción de conciencia son derechos fundamentales. Pero, dado que en Bolivia el ejercicio de la objeción de conciencia no está regulado, entonces “las personas en edad de prestar el servicio no pueden invocar dicho derecho como una excepción al servicio militar obligatorio”¹⁴². Surge entonces, ante esta aberración, la pregunta: ¿en qué queda el art. 229 de la CPE que dice: “Los principios, garantías y derechos reconocidos por esta Constitución no pueden ser alterados por las leyes que regulen su ejercicio **ni necesitan de reglamentación previa para su cumplimiento**” (énfasis agregado)?

De igual forma, el TC parece ignorar no sólo el contenido del artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derechos de los Tratados¹⁴³, sino la propia jurisprudencia de los tribunales internacionales, especialmente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹⁴⁴.

Hay más elementos que pueden criticarse a esta sentencia, también ponderarse otros, como la confirmación de que los tratados internacionales de derechos humanos forman parte del ya mencionado bloque de constitucionalidad, con el aditamento de que los derechos reconocidos en ellos tienen categoría de fundamentales para el orden constitucional boliviano y la avanzada concesión de que las **declaraciones internacionales** (*soft law*) también tienen valor normativo en el ordenamiento jurídico nacional. Pese a todo ello, esta sentencia revela que el DIDH aún no es materia de dominio del TC y que dista de serlo.

7. Conclusión

Como señala Pablo Dermizaky, la creación del Tribunal Constitucional se ha justificado plenamente, aunque queda mucho camino por recorrer¹⁴⁵, especialmente en lo que respecta a la protección de derechos humanos y garantías constitucionales y, fundamentalmen-

¹⁴² *Ibíd.*

¹⁴³ *Ibíd.*, p. 21.

¹⁴⁴ *Ibíd.*

¹⁴⁵ Dermizaky, Pablo. *Justicia Constitucional y Estado de Derecho*, Edit. Alexander, Cochabamba, 2003, p. 93.

te, en cuanto a la utilización del DIDH como marco normativo aplicable en los asuntos en que interviene.

El Tribunal ha desarrollado desde el comienzo de sus actividades un programa de pedagogía constitucional, a través de publicaciones, conferencias, talleres, etc.¹⁴⁶, pero está claro que ese emprendimiento pedagógico debe complementarse con su propio trabajo. Entre otras cosas, el TC debe usar y “enseñar” en sus resoluciones todas las herramientas legislativas y jurisprudenciales regionales e internacionales que sirvan para sustentar una petición. Al mismo tiempo, recurriendo con mayor frecuencia y precisión al DIDH, el TC otorgará una protección más amplia a las personas que buscan en él la tutela de sus derechos pues, como se apuntó antes, en varios casos la legislación nacional es insuficiente. Finalmente, la tarea educativa del TC debe enfocarse con especial atención en los jueces y tribunales que conocen en “primera instancia” los recursos de *habeas corpus* y amparo constitucional ya que, hasta ahora, no han asimilado la nueva doctrina -para Bolivia- del bloque de constitucionalidad y continúan afirmando que los tratados internacionales de derechos humanos son normas *infra* constitucionales, subsidiarias y supletorias¹⁴⁷.

De otro lado, es necesario que todas las institucionales nacionales de protección y promoción de los derechos humanos, públicas y privadas, revaloricen el DIDH que hasta ahora no ha dejado de ser una esfera secundaria y extraña, hasta exótica. En el ámbito público y ante la desaparición del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, el Poder Ejecutivo tiene que crear la instancia permanente y especializada que se encargue de las relaciones con los órganos internacionales y regionales de supervisión de los tratados y con otros que operan extraconvencionalmente. En el ámbito privado, es necesario que las instituciones defensoras de derechos humanos continúen, en unos casos, con el papel activo de seguimiento a los compromisos del Estado en materia de DIDH y a las recomendaciones de los comités y, en otros, que empiecen a utilizar con frecuencia los mecanismos de petición internacional.

Finalmente, es preciso que la nueva reforma a la CPE cristalice una serie de aspectos relacionados con el DIDH determinantes para la protección de los derechos humanos. Incluso, se debe ir más allá

¹⁴⁶ *Ibíd.*, p. 84.

¹⁴⁷ Sentencia 1662/2003..., n. 109, p. 29.

del proyecto plasmado actualmente en la Ley de Necesidad de Reformas de la Constitución Política del Estado¹⁴⁸ en sentido de que “[l]os derechos fundamentales y garantías de la persona se interpre[ten] y apli[quen] conforme a la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los Tratados, Convenciones y Convenios Internacionales ratificados por Bolivia en esta materia”¹⁴⁹. Es imprescindible que, como se hizo en las reformas argentina, guatemalteca y venezolana, se reconozca expresamente la equivalencia, si no la supremacía, constitucional de los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Bolivia. Igualmente, es preciso, aunque el TC ya se pronunció positivamente en este sentido, que se reconozca constitucionalmente la obligatoriedad de las decisiones pronunciadas por la Corte IDH y la obligación de cumplir de buena fe las decisiones de los órganos de supervisión de las convenciones de derechos humanos. Por último, es insoslayable que la Constitución reformada defina el valor interno de la generalidad de los tratados internacionales partiendo de la premisa que el derecho nacional no debe contradecir al derecho internacional.

¹⁴⁸ Ley 2410 de Necesidad de Reformas de la Constitución Política del Estado de 1° de agosto de 2002.

¹⁴⁹ *Ibíd.*, art. 6(V).

Fundamentos, objetivos y proyecciones de la Corte Penal Internacional

*Mariano R. La Rosa**

I. Introducción: objetivos de la investigación

La presente investigación tiene por objetivo efectuar un acercamiento a la importancia y trascendencia de la Corte Penal Internacional en la represión de actos que, en forma más grave y desmesurada, atentan contra los derechos fundamentales de la humanidad.

De tal forma cabe adelantar que a través de la Corte contamos en la actualidad con una organización a nivel mundial que con estabilidad, independencia de criterio y sobre la base de tipos penales y reglas procesales predeterminadas, puede entender y decidir en casos de violaciones masivas de derechos humanos; conformando así un sistema normativo y jurisdiccional legalista y garantista que puede investigar sucesos de gran trascendencia y determinar, con todas las garantías que debe contener un proceso penal, la culpabilidad de los responsables; conformando así una importantísima instancia de protección de los derechos fundamentales no solo en sentido individual, sino también a nivel de los Estados que cuentan con la obligación de respetar dichas normas y adecuar su ordenamiento interno a sus principios y directivas.

II. Antecedentes: desde el derecho penal internacional a la Corte Penal Internacional

Los más remotos antecedentes de un derecho penal de vigencia internacional nos sitúan en la ciudad de Nápoles durante el año 1268, cuando Conradin Von Hohenstafen fue condenado a muerte por haber desencadenado una guerra injusta.

Pero, en forma más precisa, la historia de la búsqueda de mecanismos de jurisdicción penal internacional que tenga capacidad para

* Participante en el XXI Curso Interdisciplinario en Derechos Humanos. Abogado, Magister en Derecho Penal.

juzgar hechos de significativa importancia para la comunidad internacional puede remontarse a 1872, cuando Gustav Moynier, uno de los fundadores del Comité Internacional de la Cruz Roja, propuso la creación de una corte permanente en respuesta a los crímenes de la guerra franco-prusiana, la que nunca se llevó a cabo en la práctica. Posteriormente podemos encontrar intentos prácticos de creación de jurisdicciones penales internacionales en el Tratado de Versalles de 1919 con el que se pone fin a la primera guerra mundial¹. El mismo establecía que el Kaiser Guillermo II de Alemania debía ser juzgado por haber cometido “*ofensas supremas contra la moral internacional y la autoridad sagrada de los Tratados*” (art. 227). A ese fin se propuso crear un tribunal penal internacional; tentativa que no fue muy lejos pues el país donde el Emperador se había refugiado rechazó la demanda de extradición sosteniendo que su caso no estaba contemplado en ningún tratado o convención previa. Las iniciativas posteriores, en el período entre guerras, quedaron confinadas a propuestas académicas sin aplicación práctica².

El próximo hito más importante nos remonta al año 1945 donde, tras las evidencias encontradas tras la segunda guerra mundial, las potencias vencedoras acordaron la creación de una instancia judicial específicamente destinada a procesar y castigar dichos sucesos; de tal forma las potencias vencedoras firmaron en la ciudad de Londres, el 8 de agosto de 1945 el acuerdo para el procesamiento y el castigo de los grandes criminales de guerra del eje europeo; por el cual se crearon los tribunales internacionales para juzgar a los altos dirigentes políticos y militares de Japón y Alemania. La ley nro. 10 del Consejo de Control Aliado en Alemania, constituyó el Tribunal de Nuremberg y mediante la proclama del Comandante Supremo de las

¹ Anello, Carolina Susana. *Corte Penal Internacional*, Edit. Universidad, Argentina, 2003, pág. 20. En el art. 227 de dicho tratado, se establece que el ex Kaiser Guillermo I debía ser sometido a pública acusación ante un tribunal conformado por jueces pertenecientes a las principales potencias por “*ofensas supremas contra la moral internacional y la autoridad sagrada de los tratados*”. Este intento fracasó por que las autoridades de los Países Bajos negaron su extradición. Asimismo en los arts. 228 a 230 de el mencionado tratado, se disponía que el gobierno alemán debía entregar en manos de las potencias aliadas a todos los individuos acusados de haber cometido actos en violación de las leyes y costumbres de guerra. Finalmente, los acusados fueron juzgados por los tribunales alemanes y recibieron castigos leves.

² Willalpando, Waldo. “Los ecos de Nuremberg: la Corte Penal Internacional”, en: *La Ley, Suplemento de Actualidad*, Buenos Aires, 11/9/01, pág. 1.

Potencias Aliadas se creó en la ciudad de Tokio el 19 de Enero de 1946 el Tribunal Militar para el Lejano Oriente.

Sin embargo estos Tribunales fueron objeto de numerosas críticas, como que eran una manifestación de la justicia de los vencedores, que vulneraba el principio de legalidad (por falta de leyes penales internacionales preexistentes), que la tipicidad de las conductas reprimidas no se expresaba en términos determinados y en forma precisa; que violentaba la irretroactividad de las leyes penales (puesto que se aplicaron normas dictadas *ex post facto*), así como que violaban el principio de juez natural, puesto que los tribunales fueron constituidos al efecto de juzgar esa concreta situación y fueron conformados con posterioridad a los hechos.

Tal cuestionamiento encontraba fundamento en que en esa época los llamados crímenes contra la humanidad no contaban con un marco legislativo positivo pero la obligación de los Estados para castigarlos, independientemente de su recepción normativa, se encontraba recogida por el derecho consuetudinario internacional. Por lo tanto, dicha definición surge como una creación de la Carta Orgánica del Tribunal de Nuremberg, que los consideraba como: “el asesinato, la exterminación, la esclavitud, la deportación o la comisión de otros actos inhumanos contra la población civil, antes o durante la guerra o persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos”. El Tribunal Militar fundó así su jurisdicción señalando que el establecimiento de la Carta Orgánica era el ejercicio de los soberanos poderes legislativos de los Estados ante los cuales se rindió incondicionalmente el Reich alemán y que el derecho indisputable de estos países para legislar en los territorios ocupados había sido reconocido en el mundo civilizado³.

De esta forma, dicho Tribunal rechazó el haber transgredido el principio del *nulla crimen nulla poena sine lege* y de la aplicación de leyes *ex post facto*, puesto que se entendió que no podía existir duda alguna que los acusados estaban actuando en violación al derecho intencional por lo cual no era necesario que sea el producto de una ley, dado que su contenido no es estático. Tampoco la ausencia en el mundo de un cuerpo gubernamental autorizado para erigir reglas

³ Zuppi Albeto, Luis. “La prohibición ‘*ex post facto*’ y los crímenes contra la humanidad”, ED, Buenos Aires, 26/1/89, pág.1.

sustantivas de derecho internacional ha impedido el desarrollo progresivo de dicho derecho. La circunstancia que dota a los principios de la conducta internacional con la dignidad y autoridad de la ley, es su aceptación general como tal por las naciones civilizadas, las cuales manifiestan esta aceptación por medio de tratados internacionales, convenciones, textos doctrinarios de autoridad, las prácticas y las decisiones judiciales. Se destaca así la naturaleza del *common law* de los referidos Tribunales para no vincularse a una norma escrita y se requirió como pauta para zanjar el principio de legalidad el probar que el acusado supo o debió haber sabido que él era culpable de participar en un movimiento organizado de injusticia y persecución que ofendía brutalmente el sentido moral del ser humano, así como que conocía que sería sujeto al castigo si era atrapado.

Se llega así a considerar que “Los delitos *ius gentium* no tienen ni puede tener contornos precisos. Su listado y su tipología es forzosamente mutable, en función de las realidades y de los cambios operados en la conciencia jurídica prevaleciente”⁴, dado que sus perpetradores son considerados enemigos del género humano, puesto que “Algunas ofensas pueden ser punidas bajo la ley internacional por cualquier país del mundo pues quienes participan en los exterminios en masa aduciendo razones de raza o religión ‘son enemigos de la raza humana’ (Caso Fedorenko, Estados Unidos de América), al tiempo que afectan indistintamente a todos los Estados en su carácter de miembros de la comunidad internacional, de allí el interés en su represión”⁵.

De esta forma, podemos aseverar que la Carta de la ONU, dictada en la ciudad de San Francisco el 26 de Junio de 1945, y la Declaración Universal de Derechos Humanos, del 10 de diciembre de 1948, constituyeron un hito por el cual la soberanía externa de los Estados deja de tener una libertad absoluta y no puede ampararse en la impunidad, quedando subordinada jurídicamente a dos normas fundamentales: el imperativo de la paz y la tutela de los derechos humanos⁶.

⁴ Sagües, Néstor. “Los delitos contra el derecho de gentes en la Constitución argentina”, *El Derecho*, t. 146, Buenos Aires, p. 937.

⁵ En estos casos se afirma que los ilícitos tipificados en el ordenamiento penal interno no alcanzarían a captar en su sustancia y en forma completa la dimensión de un ilícito contra la humanidad, de allí que se acuda al ordenamiento internacional que contempla dichos crímenes.

⁶ Ferrajoli, Luigi. *Derechos y Garantías – La ley del más débil.*, Edit. Trotta, Madrid, 1999, pág. 144. Agrega el autor que desde dicho momento es cuando pue-

Es así que la consagración de los derechos humanos a través de la Declaración de 1948 y a través de los sucesivos pactos internacionales, hace que estos derechos sean no sólo constitucionales, sino también supraestatales, y se conviertan en límites no sólo internos, sino también externos a la potestad de los Estados.

Por otra parte, resta agregar que el art. 6° del Estatuto de Nuremberg introdujo una clasificación tripartita de crímenes por los cuales serían juzgados los responsables: 1) *Crímenes contra la Paz*, que incluía la planificación iniciación o realización, preparación de una guerra de agresión o de una guerra en violación a tratados, acuerdos o compromisos internacionales; 2) *Crímenes de Guerra*, conformados por la violación de las leyes o costumbres de guerra y 3) *Crímenes de Lesa Humanidad*, que comprendía el asesinato, la exterminación, la esclavitud, la deportación u otros actos inhumanos cometidos contra cualquier población civil, antes o durante la guerra, o la persecución por motivos políticos, raciales o religiosos. También en el primer grupo se incluía el Crimen de Agresión que ha merecido un amplio debate vinculado al concepto de guerra justa y guerra injusta. El segundo apartado contiene las principales normas de lo que hasta entonces constituía el llamado Derecho Internacional Humanitario, promovido especialmente por el Comité Internacional de la Cruz Roja y que se refiere a las limitaciones de los actos de guerra y la protección de personas ajenas o víctimas del conflicto. Por último, el tercer punto constituye el primer ensayo jurídico internacional en el campo todavía abierto de los crímenes de *lesa humanidad*.

Al respecto es interesante destacar que la concepción de los ilícitos fue variando, puesto que luego de la masacre de armenios en Turquía en 1915, fue acuñada por primera vez la expresión *crímenes contra la humanidad*. Con posterioridad la denominación de estos crímenes ha variado: “ofensas supremas contra la moral internacional” (según el Tratado de Versalles), “crímenes contra el derecho internacional” (en Nuremberg), “violaciones graves contra el derecho internacional humanitario” (Tribunales de la ex Yugoslavia y Ruanda), “crímenes contra la paz y seguridad internacionales” (según la Comisión de Derecho Internacional de la ONU)⁷.

de hablarse de derecho internacional y de los diferentes derechos estatales como un ordenamiento único.

⁷ Villalpando, Waldo. “Los ecos de Nuremberg: la Corte Penal Internacional”, en: *La Ley, Suplemento de Actualidad*, 11/9/01, Buenos Aires, pág.1.

Prosiguiendo con el devenir histórico, con posterioridad a los mencionados órganos jurisdiccionales y bajo los auspicios de la ONU, se sucedieron numerosos intentos de conformar un estatuto de derecho penal internacional de carácter permanente, que defina en forma precisa el alcance y contenido de los crímenes que debían ser competencia de un tribunal supranacional. Sobre estas bases, la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas llegó a aprobar en los años cincuenta un proyecto de Código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, pero la falta de acuerdo entre los Estados respecto de ciertas materias sensibles -como por ejemplo la definición del crimen de agresión- impidió que tales iniciativas pudieran consolidarse⁸.

También como antecedente relevante puede citarse a la primer Guerra del Golfo, puesto que originó expresiones a favor de la creación de una Corte internacional de justicia entre los jefes de las grandes potencias. En 1991 la entonces Primer Ministro inglesa y el entonces Presidente de los Estados Unidos se propusieron juzgar internacionalmente a Saddam Hussein. Cuando el gobierno de Bagdad inmediatamente finalizada la guerra atacó a las minorías kurdas del norte de Irak, fue el Ministro de Relaciones Exteriores de Alemania, Hans Dietrich Genscher quien propuso a la Cumbre Europea de Luxemburgo, el 15 de Abril de 1991, procesar al líder iraquí ante una Corte internacional considerándole “personalmente responsable de genocidio y crímenes de guerra”. La Cumbre aceptó su propuesta y se dirigió al Secretario General de la ONU para requerir su intervención la que, ante la falta de insistencia de las grandes potencias, quedó sin resolución⁹.

Pero fueron los graves sucesos acaecidos en la ex Yugoslavia (1991) y en Ruanda (1994), los que provocaron la necesidad de que el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas creara tribunales específicos para juzgar dichos actos. Ello generó nuevamente conciencia de la necesidad de contar con tribunales permanentes, independientes y estables; así como también de legislarse en torno a los delitos más aberrantes cuya comisión afecta a la humanidad en su conjunto.

⁸ Lorenzo Copello, Patricia. “Hacia la Corte Penal Internacional”, en: *Revista de Derecho Penal*, tomo 2001-1, pág. 224.

⁹ Villalpando Waldo, “*Los ecos de Nuremberg...*”, pág. 1.

No obstante, cabe destacar que Estos tribunales se constituyeron en el marco del Capítulo VII de la Carta de la ONU, en momentos en que el Consejo de Seguridad determinó que la situación de ambos países constituía una amenaza para la paz y seguridad internacional; por lo cual la Organización de las Naciones Unidas legitimó los principios jurídicos aplicables por dichos tribunales y confirmó los principios de derecho internacional recogidos en tales procesos; advirtiéndose que esta forma de hacer justicia resultó legitimada por la falta de elementos mediante los cuales pudiera juzgarse y castigarse a los responsables de los, quizás, más cruentos hechos que ha tenido que soportar la humanidad; y de allí que se comenzara a plantear la necesidad de contar con instrumentos de justicia permanente a nivel internacional, ya que la constitución de tribunales *ad hoc* no se compadecía con un orden mundial regido por reglas claras, precisas e imparciales.

Fue recién en 1994 que la Comisión de Derecho internacional finalizó la tarea que se le había encomendado y recomendó a la Asamblea General de la ONU convocar una conferencia internacional de plenipotenciarios para que examinase su proyecto. En diciembre de 1995 la Asamblea General creó un Comité Preparatorio mediante resolución 50/46, que se reunió seis veces desde 1996 a 1998, tras las cuales se decidió celebrar en 1998 una Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios¹⁰ para dar forma definitiva y adoptar una convención sobre el establecimiento de la Corte Penal Internacional, la que tuvo lugar del 15 de Junio al 17 de Julio de 1998, en la que participaron delegaciones de 160 países, 17 organizaciones intergubernamentales, 14 organismos especializados y 124 organizaciones no gubernamentales¹¹, donde finalmente se aprobó (con 120 votos a favor, 7 en contra y 21 abstenciones) el Estatuto de la Corte Penal Internacional. Debido a que varias cuestiones quedaron sin definición, además fue creada la Comisión Preparatoria que confeccionó las Reglas de Procedimiento y Prueba y los Elementos del Crimen.

El Estatuto de la Corte dispuso en su art. 126 que entraría en vigor cuando al menos 60 Estados expresasen su consentimiento en obligarse por el tratado. El 11 de abril de 2002 ya contaba con 60 ratificaciones, por lo que el 1 de Julio de 2002 ha entrado en vigor.

¹⁰ Que fue acordada por la resolución de la ONU 51/207 del 17/12/96.

¹¹ Anello, Carolina Susana. *Corte Penal Internacional...*, pág. 28.

III. Los Fundamentos de la Corte Penal Internacional

1. El rol de las Naciones Unidas en el Estatuto de la Corte

Sin duda tenemos que remitirnos a las finalidades tenidas en cuenta al momento de la creación de la Organización de las Naciones Unidas, puesto que la Corte Penal Internacional guarda íntima conexión con dicho organismo en tanto fue promovida su creación en su seno y aprobado el Estatuto por su directa acción.

En tal sentido si vemos los objetivos tenidos en cuenta por la Carta de las Naciones Unidas, podemos aseverar que los principios recogidos por el Estatuto se encuentran en consonancia con los mismos ya que se condicen con la aplicación de una justicia internacional que tienda a reprimir sucesos que puedan llegar a atentar contra la humanidad, puesto que -como lo dice la introducción a la Carta- tal misión se asienta en “preservar a las generaciones venideras del flagelo de la guerra [...] a reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres y [...] condiciones bajo las cuales puedan mantenerse la justicia y el respeto a las obligaciones emanadas de los tratados y de otras fuentes del derecho internacional”, principios que en el artículo primero se manifiestan en el propósito de “Mantener la paz y la seguridad internacionales, y con tal fin: tomar medidas colectivas eficaces para prevenir y eliminar amenazas a la paz, y para suprimir actos de agresión u otros quebrantamientos de la paz; y lograr por medios pacíficos, y de conformidad con los principios de la justicia y del derecho internacional, el ajuste o arreglo de controversias o situaciones internacionales susceptibles de conducir a quebrantamientos de la paz”.

De esta forma, y más específicamente durante la última década del siglo XX, todos los esfuerzos de los Estados dentro y fuera de las Naciones Unidas se concentraron en establecer tan pronto como fuera posible una jurisdicción penal internacional permanente. Su misión sería poner fin a la impunidad de los autores de los crímenes más serios entre aquellos punibles directamente por el derecho internacional. El establecimiento de semejante modelo de aplicación directa, para investigar y perseguir tales crímenes, viene a cumplir con el propósito de garantizar una mejor protección de los valores e inte-

reses más altos de la comunidad internacional como un todo al ser complementaria a la jurisdicción penal nacional¹².

Tal presupuesto surgía desde el IX congreso de la ONU sobre prevención y sanción del delito de genocidio, momento en el cual se entendió que existen condiciones mundiales que si bien en épocas anteriores resultaban toleradas, actualmente ello no ocurre puesto que existe una tendencia mundial hacia la sucesión democrática de los gobiernos por conducto electoral, el derecho internacional y la opinión pública están reaccionando con intolerancia cada vez mayor ante la violencia política. Por tanto, las disposiciones de los tratados excluyen del beneficio de la excepción los atentados con bombas, los asesinatos y otras formas de violencia, reconociendo así el hecho de que las justificaciones que en otro momento quizás hubieran sido disculpado la violencia política no existe ya entre sociedades democráticas en las cuales el cambio político se puede obtener por medios pacíficos¹³.

Por ello podemos asegurar que la Corte encuentra su fundamento en el concierto de voluntades de las Naciones libres en tanto coinciden en la necesidad de contar con un mecanismo de salvaguarda y prevención de ataques a los derechos humanos a gran escala, con la finalidad de asegurar la paz, el orden y la recta convivencia a nivel internacional.

2. El marco normativo del Derecho Penal Internacional

Podemos entender al Derecho Penal Internacional como al conjunto de disposiciones emanadas de la Comunidad Internacional dictadas con el fin de tutelar sus intereses fundamentales, y que cumple la función de penalizar las infracciones cuya represión interesa al mundo civilizado.

El mismo posee la misión de protección de bienes jurídicos, pero de entre ellos los bienes más importantes frente a las formas más gra-

¹² Triffterer, Otto. "Domésticos de ratificación e implementación", en: *La Nueva Justicia Penal Supranacional. Desarrollos Post Roma*, Kai Ambos, Coordinador, Edit. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002, pág. 15.

¹³ Biombo, Horacio Daniel. *Tratado de la Extradición*, Depalma, Tomo 1, Buenos Aires, Argentina, 1997, pág. 405, en referencia a las excepciones a la extradición por la gravedad intrínseca del delito.

ves de agresión, es decir, que en su misión no consiste en la tutela de la totalidad del orden internacional, sino que solo cabe acudir a él cuando sea absolutamente imprescindible por resultar insuficientes otras formas de reacción jurídica, es decir que también en el ámbito internacional constituye la *ultima ratio* del derecho penal.

En consecuencia, los sucesos que son receptados por esta rama del derecho punitivo, dejan de ser crímenes de derecho común para convertirse en manifestaciones que ofenden la universalidad del sentimiento humano y turba profundamente las relaciones internacionales, siendo en consecuencia inaceptables por la comunidad internacional, que no puede conformarse en un sujeto pasivo ante violaciones de derechos fundamentales que ponen en peligro la paz y la seguridad de la humanidad.

Es por ello que el orden social internacional hace referencia a la humanidad en su conjunto y a aquellos bienes que son patrimonio de la humanidad, necesarios para su subsistencia como especie y para su desarrollo. Lo que legitima la intervención por la fuerza del derecho es la creación y mantenimiento de un determinado sistema social en beneficio de los individuos que lo integran. De esta manera, el individuo se convierte en la referencia central en la definición del concepto de bien jurídico, también en el orden internacional¹⁴ el que no puede ser desconocido en el plano interno, máxime en nuestro caso en donde una norma constitucional ampara la cuestión.

Una definición del derecho penal internacional sustantivo debe partir, entonces, de la idea de que su función es -como la del derecho penal interno- la protección de bienes jurídicos. Pero esta afirmación es insuficiente puesto que la protección de bienes jurídicos es una función que asumen todos los sectores del ordenamiento. El derecho penal protege, de los bienes jurídicos cuya suma constituye el orden social creado y protegido por el derecho, aquéllos bienes vitales más importantes frente a las formas más graves de agresión; por ello el derecho penal tiene carácter fragmentario. Del mismo modo, el derecho penal internacional protege, de los bienes vitales que constituyen el orden internacional, aquellos que son más importantes frente a las formas de agresión más graves¹⁵.

¹⁴ Gil Gil, Alicia. “*Derecho Penal Internacional*”, Tecnos, Madrid, España, 1999, pág. 34.

¹⁵ Gil Gil, Alicia. *Derecho Penal Internacional*, pág. 28. Asevera la autora que no puede sostenerse que el derecho penal internacional sea aquel que sanciona la lesión al derecho internacional; puesto que no es su misión la tutela de la totali-

Pero este derecho internacional penal fue ejecutado, si acaso, por un largo tiempo sólo a través de un modelo indirecto: la jurisdicción penal nacional. De allí que su parte especial, que contiene las definiciones de los crímenes punibles directamente según el derecho internacional, fuera más importante que la codificación de una parte general. Aún cuando ciertas manifestaciones del comportamiento humano eran definidas como crímenes punibles directamente según el derecho internacional, por ejemplo en las cuatro Convenciones de Ginebra, las regulaciones sobre principios generales fueron dejadas casi por completo al nivel nacional o derivadas de principios generales bien aceptados por el derecho internacional. Actualmente estas soluciones temporarias parecen no ser más adecuadas¹⁶. El fin último era establecer ambos niveles del derecho internacional penal en el Estatuto lo más detalladamente posible e influir en la codificación interna de cada Estado, lo cual implica la posibilidad de armonizar las legislaciones nacionales con los estándares internacionales.

3. Las razones fundamentales del Estatuto

La necesidad de reprimir y prevenir actos que en forma generalizada atenten contra los derechos fundamentales, puede ser vista como la motivación fundamental para la creación de todo el sistema jurídico de carácter permanente y con competencia mundial que implica la Corte Penal Internacional.

Pero si ahondamos un poco más en las razones jurídicas que trasuntan a este ordenamiento podemos advertir que existía también la necesidad de dejar perfectamente establecidas las condiciones bajo las cuales las naciones deben desenvolverse, no solo entre sí sino también en su orden interno; puesto que a esta altura del desarrollo de los derechos humanos no podían ser admitidos sucesos que contraríen en forma masiva a la dignidad y la integridad humana; ya que se conforman en sucesos que trascienden la individualidad de un caso puntual y aislado acaecidos en un país en particular, para afectar e interesar a toda la humanidad puesto que no resulta razonable admitir atentados de esta índole y por omisión (o si se quiere por una suerte de comisión por omisión) ser desatendidos por el concierto de las Naciones.

dad del orden internacional sino que sólo cabe acudir a él cuando sea absolutamente imprescindible por resultar insuficientes otras formas de reacción jurídica.

¹⁶ Triffterer, Otto. "Domésticos de ratificación e implementación...", pág. 28.

Es que los crímenes que en forma más grave lesionan a los derechos fundamentales de la humanidad son los que dejan huellas en toda la comunidad internacional en donde la impunidad resulta insostenible, a punto tal que en toda sociedad civilizada no puede permitirse la falta de castigo de sucesos de dicha naturaleza, por lo cual resultaba ineludible la adopción de mecanismos legítimos, positivos y previos que prevengan estas situaciones y que ante su irremediable comisión sean debidamente investigados y sancionados; por lo cual se conforma una delegación excepcional de la soberanía en virtud del interés internacional de prevención y represión de tales actos, donde el orden mundial no puede quedar impasible frente a los mismos.

De tal forma, no resulta extraño que las disposiciones del Estatuto reflejen en gran parte una codificación de las normas que el derecho consuetudinario ya había consagrado como obligaciones internacionales de los Estados pero, en gran parte, constituyen un desarrollo progresivo de las normas hasta hoy vigentes¹⁷.

Advertimos entonces que se precisaban herramientas concretas para hechos que resultan significativos a nivel universal, que afecta a toda la comunidad de las Naciones y que no pueden ser investigados ni sancionados por los ordenamientos nacionales individuales, sino que precisan de un marco mucho más amplio, independiente y equitativo que las leyes de los lugares de comisión, que muchas veces no abarcan toda la dimensión del problema y cuando no la voluntad política lo sobrepasa.

Es que las violaciones masivas de derechos humanos suponen el mal absoluto o lo que Kant denominó el “*mal radical*”. Son ofensas contra la dignidad humana tan extendidas, persistentes y organizadas que el sentido moral normal resulta inapropiado¹⁸; de aquí que las

¹⁷ Gramajo, Juan Manuel. *El Estatuto de la Corte Penal Internacional*, Edit. Abaco, Argentina, 2003, pág. 176. A modo de ejemplo, puede señalarse el delito de embarazo forzado o, en cierta medida, la desaparición forzada de personas, que no estaban contenidos como categorías independientes en los principios de Nuremberg.

¹⁸ Nino, Carlos S. *Juicio al mal absoluto. Los fundamentos y la historia del juicio a las juntas del Proceso*, Edit. Paidós, Buenos Aires, 1997, pág. 8. Agrega el autor que si alguien, enfrentando a Adolf Hitler, le hubiera dicho que lo que hizo fue incorrecto, hubiera sonado casi risible. “Incorrecto” parece un adjetivo demasiado débil para calificar acciones que conscientemente provocaron la muerte de más de veinte millones de personas y sufrimientos inimaginables a muchos más. Otras palabras de condena moral como “atroz” o “aberrante” expresan meramente nuestra repulsa moral en forma más intensa, pero no brindan mayor cla-

herramientas con que deban enfrentarse a semejantes sucesos implique contar con medios de acción, investigación y decisión mucho más específicos e idóneos que los normalmente aplicables a situaciones delictivas contenidas en parámetros de cierta normalidad.

Como ejemplo de la necesidad de prevenir hechos de semejante intensidad, puede citarse al documento de la ONU sobre preguntas y respuestas respecto del Estatuto de la Corte Penal Internacional, que pone de manifiesto que en la última mitad del Siglo XX se han presentado más de 250 conflictos en el mundo; han perdido la vida más de 86 millones de civiles, principalmente mujeres y niños, y a más de 170 millones de personas se les han violado sus derechos, su dignidad y su propiedad. La mayor parte de las víctimas son relegadas al olvido y son muy pocas las personas responsables que han respondido por estos hechos ante la justicia¹⁹.

Otro principio de ineludible resguardo tenido a consideración en la conformación de la Corte es el principio de la paz, el cual resulta imperativo para el concierto de las naciones (Carta de la ONU art. 2) que convierte la soberanía de los Estados en una soberanía limitada; y los derechos fundamentales se han convertido en derechos supraestatales, cuya tutela debería quedar garantizada jurisdiccionalmente en el ámbito internacional frente a los Estados mismos²⁰.

De allí que Kofi Annan, Secretario de las Naciones Unidas, en la ceremonia de apertura para la firma del tratado de Roma, celebrada el 18 de Julio de 1988 en el Campidoglio, recordó palabras de Marco Tulio Cicerón, quien afirmó en su tiempo que cuando hablan las armas la ley debe permanecer muda, anhelando que como resultado de la histórica tarea emprendida, tal descorazonadora afirmación dejara de tener vigencia, no sólo porque la Corte actuará efectivamente erradicando la impunidad, sino porque ha sido edificada sobre los principios básicos del derecho penal y ya no puede ser atacada como ocurrió en Nuremberg y Tokio con el mote de ser la justicia del vencedor²¹.

ridad a su contenido descriptivo. Así, nuestro discurso moral parece alcanzar su límite externo cuando intenta manejar hechos de esta naturaleza.

¹⁹ Anello, Carolina Susana. *Corte Penal Internacional...*, pág. 19, con cita de Naciones Unidas: Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, Preguntas y Respuestas, DPI/2016, octubre de 1998, pág. 2.

²⁰ Ferrajoli, Luigi. *Derechos y Garantías...*, pág. 146.

²¹ Fierro, Guillermo J. "Un Largo Camino. -La aprobación del Estatuto de Roma que crea la Corte Penal Internacional por la ley 25.390", *Jurisprudencia Argentina*, 2001-1, pág. 1282. Agrega el autor que el Secretario de la ONU también

Se denota entonces que el orden internacional no se limita a regir las relaciones entre Estados, más bien se trata de un orden social superior al de cada Estado en particular, consistente exclusivamente en una comunidad de Estados, en un orden transnacional y universal; puesto que el Estado, en último término, no es sino un instrumento al servicio del individuo y de la sociedad, una forma de organización racional para garantizar los bienes jurídicos. La doctrina internacionalista más reciente apunta, entonces, en la definición del derecho internacional público a la doble dimensión del orden internacional: por un lado la Comunidad internacional compuesta por Estados soberanos y por otro la Comunidad internacional como grupo social universal con intereses fundamentales propios.

De tal forma, el orden social internacional hace referencia a la humanidad en su conjunto, a aquellos bienes que son patrimonio de la humanidad, necesarios para su subsistencia como especie y para su desarrollo. Lo que legitima la intervención por la fuerza del derecho es la creación y mantenimiento de un determinado sistema social en beneficio de los individuos que lo integran²².

Puede destacarse, entonces, la notable progresión y evolución del derecho internacional público en el ámbito penal dado que se advierte que los principios de Nuremberg han ganado terreno en este ámbito hasta positivizarse efectivamente; siendo pertinente mencionar que estos postulados consisten básicamente en: a) los individuos son responsables penalmente por violaciones de leyes internacionales cuando desempeñen funciones de gobierno; b) esta responsabilidad es independiente a la del Estado que debe compensar por los ilícitos, mediante el reconocimiento de daños y perjuicios; c) el individuo responde aunque cumpla órdenes superiores; d) no importa si el hecho ilícito imputado tiene o no sanción en su país y; e) todo imputado tiene derecho a un juicio justo y a su defensa²³.

manifestó que el establecimiento de la Corte era un regalo de esperanza para las futuras generaciones y en ese mismo evento la firma del Estatuto fue considerada como un valioso hito en el campo del derecho internacional y un potencial punto de viraje en las relaciones internacionales.

²² Gil Gil, Alicia. *Derecho Penal Internacional...*, pág. 34. De esta manera el individuo se convierte en la referencia central en la definición del concepto de bien jurídico, también en el orden internacional.

²³ De las Carreras, Alfredo M. "La jurisdicción penal universal y el principio de territorialidad desde la perspectiva del derecho constitucional argentino", en: *El Derecho, Suplemento de Derecho Penal y Procesal Penal*, 28/10/01, pág. 5.

4. La necesidad de conformar tipos penales

Originariamente en el esquema concebido por la Comisión de Derecho Internacional de la ONU, el Estatuto de la Corte Penal Internacional no estaba concebido como un instrumento que contuviera las definiciones de los delitos sino como una norma adjetiva al derecho sustancial, que estaría contenido en el Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad. De ahí que el proyecto de la Comisión no contaba más que con una lista de delitos, sin la pertinente descripción de las conductas punibles y las correspondientes penas. El problema se planteó cuando en 1994 ante la creación de los tribunales de Ruanda y Yugoslavia y el creciente interés de la comunidad internacional por establecer definitivamente una jurisdicción penal internacional permanente hizo cambiar este criterio dejando lugar a la codificación de cada tipo penal en particular como finalmente sucedió²⁴.

Por ello la necesidad de la recepción positiva de delitos de *lesa humanidad* se vio compelida frente a un derecho internacional humanitario cada vez más desenvuelto y ambicioso, que legitima, en muchos casos juzgar por un Estado delitos contra el derecho de gentes perpetrados fuera de sus límites.

En tal sentido, si bien era unánimemente reconocido que actos de envergadura y trascendencia como son los delitos contra el derecho de gentes no podían quedar al margen de juzgamiento y prosecución; tampoco resultaba legítimo admitirse que dicha posibilidad reposara en un criterio de ilicitud tan amplio, vago y equívoco como es la remisión a la costumbre internacional y la genérica protección de los derechos básicos de la humanidad, los que continuamente se van enriqueciendo y extendiendo en razón a la elaboración doctrinaria de sus postulados.

Por ello si bien es fácilmente comprensible cuando un acto violenta la dignidad y esencia del hombre, pero tan genérica cuestión si no es tipificada podría llegar a abrir las puertas para la utilización extensiva y analógica de tales principios; por lo cual en salvaguarda de unos (derechos humanos fundamentales) y otros (seguridad jurídica) podría considerarse que una mejor solución al tema transita por la vía de plasmar en normas claras los criterios de ilicitud a fin de que sean definidos los caracteres básicos de dichas figuras, para que de algún

²⁴ Gramajo, Juan Manuel. "El Estatuto de la Corte Penal Internacional", *El Derecho, Suplemento de Derecho Penal y Procesal Penal*, 28/10/01, pág. 9.

modo se produzca la actuación de la norma mediante la única vía admisible en un estado de derecho, o sea con respeto al principio de legalidad en sede penal.

Es que el castigo debe basarse en el consentimiento del autor en vulnerar una norma jurídica que le indica un cierto accionar, y de esta manera evitar la crítica de que los que son castigados son usados como medios para el beneficio de otros²⁵.

No podríamos buscar entonces en el plano internacional la fuente de punición de actos ilícitos en la costumbre ya que “Si el derecho internacional penal no puede en el estado presente llegar al relativo progreso que ha logrado en lo interno incluso países que no pueden blasonar de alta cultura, es que no se halla todavía en el estado de constituir un verdadero derecho y será mejor aguardar otras épocas en que haya conseguido un grado de mayor desarrollo. Sería por demás desmoralizador que un derecho que se pretende supraestatal, fuera de calidades inferiores y de mayor primitivismo que el legislado en los Estados que han de subordinarse a ese Superestado. Más bien que un organismo superior sería una infra-entidad desde todos los puntos de vista, excepción hecha del de la fuerza”²⁶.

Ello concuerda además con la exigencia en la conformación de los tipos penales, puesto que a la luz del principio *nulla poena sine lege*, resulta peligroso para la seguridad jurídica y la convivencia internacional que se entienda que el *jus cogens* puede tipificar delitos²⁷.

Por lo tanto, habremos de considerar que Estados comprometidos en sostener valores protegidos legalmente y el imperio de la ley, prefieren decisiones claras y rápidas de modo tal de poder protegerse y proteger a sus subordinados adecuadamente contra la transmisión de la línea divisoria entre lo correcto y lo incorrecto, especialmente en derecho internacional humanitario²⁸.

²⁵ Nino, Carlos S. *Juicio al mal absoluto. Los fundamentos y la historia del juicio a las juntas del Proceso*, Edit. Paidós, Buenos Aires, 1997, pág. 249. El autor afirma que la remisión al derecho natural se expone frecuentemente como una solución para este vacío legal. Pero este tradicional recurso supone una epistemología moral elitista, porque implica que la reflexión individual dará como resultado un balance óptimo entre diferentes valores morales.

²⁶ Jiménez de Asúa. *Tratado de Derecho Penal*, Edit. Losada, 5ª edición, Argentina, Tomo II 1992, pág. 1276.

²⁷ Colautti, Carlos E. “Los principios generales del derecho internacional y su aplicación en el derecho interno”, *La Ley*, 31 de Mayo de 2001, pág.1.

²⁸ Triffterer, Otto. “Domésticos de ratificación e implementación...”, pág. 20.

5. La obligación de adecuar el Estatuto a la legislación interna de cada Estado

La competencia de la Corte se habilita en caso de que el país competente para juzgar delitos tipificados en el estatuto no cuente con la legislación adecuada para castigar hechos de tal naturaleza. Carecería de sentido que un crimen previsto en el estatuto -y reconocido como un grave atentado a los derechos humanos por la comunidad internacional- pudiese quedar impune por no encontrarse tipificado en la legislación penal interna del Estado implicado. En tal caso, esa laguna de punibilidad constituirá argumento suficiente para trasladar la capacidad de procesamiento a la Corte. En definitiva se trata de caso en que el Estado no puede llevar a cabo el juicio²⁹.

Estamos entonces dentro de un proceso de mutua interrelación entre el derecho internacional y el derecho penal. este último, que hasta mediados del siglo XX era materia exclusiva de las leyes de los Estados, es ahora afectado por la mundialización que además del derecho, alcanza a casi todas las áreas del quehacer humano³⁰.

Podemos admitir así que las cláusulas del Estatuto irradian su fuerza normativa a todos los Estados parte, puesto que esta obligación refleja la necesidad para cada país que solo actúe el mismo en forma supletoria a la legislación interna, quedando en franca deuda con la comunidad internacional si, acaecido un hecho incluido en sus normas, no puede ser juzgado en el territorio en que fue perpetrado. Por otra parte, si una Nación se ha suscrito a este orden internacional es por que básicamente comparte las razones axiológicas, políticas y jurídicas que otorgan competencia a la Corte por lo cual, controvertir tales presupuestos con la omisión de juzgamiento o la no adopción de legislación acorde a estos hechos, es una manifiesto incumplimiento de su voluntad manifestada en la adhesión a un orden penal de carácter mundial.

En la misma dirección, se ha considerado como un logro el hecho de que no sea posible expresar reservas contra el Estatuto (art. 120). Así se evitó un conflicto en relación con reservas admisibles en el marco del derecho internacional y se quitó a los Estados escépticos

²⁹ Laurenzo Copello, Patricia. “*Hacia la Corte Penal Internacional*”...”, pág. 229.

³⁰ Villalpando Waldo, “Los ecos de Nuremberg...”, pág.1.

con respecto a la Corte un importante instrumento para sustraerse a sus obligaciones³¹.

IV. La estructura del Estatuto a la Corte Penal Internacional

Como fue concebido, se advierte que la naturaleza del estatuto es el de un tratado internacional, así como las prescripciones relativas a la cooperación internacional y asistencia judicial, destinadas a garantizar el desarrollo adecuado de la investigación y enjuiciamiento de los crímenes de su competencia, con lo cual le concede marcada trascendencia en el ámbito del derecho internacional público³². Se ha considerado en dicho sentido, que por medio de un tratado multilateral se lograría de forma más idónea una institución internacional independiente, confiriéndole a la Corte la legitimidad, autoridad y eficacia necesarias para sancionar los crímenes internacionalmente cometidos, que asegurasen a la vez unas mínimas garantías procesales a los inculpados³³.

Pero desde los primeros intentos de establecer una jurisdicción penal internacional puede apreciarse la existencia de una cierta tensión entre las aproximaciones “*penalistas*” y las “*internacionalistas*”. Para los primeros, era fundamental que una jurisdicción penal internacional recogiera los principios del derecho penal y procesal consagrados por los órdenes jurídicos internos (*nulla poena sine lege; onus probandi incumbit actoris, in dubio pro reo*, etc.). Para los segundos, el éxito de la jurisdicción internacional se basaba sobre su rapidez y sobre la efectividad³⁴.

También es destacable el esfuerzo por hacer compatibles, en un único texto penal, las pautas provenientes de los sistemas continental europeo y anglosajón requería en este sentido un alto grado de

³¹ Ambos, Kai. *La Nueva Justicia Penal Internacional*, Fundación Myrna MACK, Guatemala, 2003, pág. 65. Si fueran posibles las reservas un Estado podría, por ejemplo, negar la entrega de un ciudadano debido a disposiciones constitucionales. Si eso sucediera, la Corte estaría condenada a no poder intervenir, ya que en el caso de los sospechosos se trata normalmente de ciudadanos del propio país y cuando no con participación en el mismo gobierno.

³² Lorenzo Copello, Patricia. “Hacia la Corte Penal Internacional...”, pág. 226.

³³ Anello, Carolina Susana. *Corte Penal Internacional...*, pág. 41.

³⁴ Gramajo, Juan Manuel. *El Estatuto de la Corte Penal Internacional*, Edit. Abaco, Buenos Aires, 2003, pág. 177.

pragmatismo, capaz de prescindir de excesivas finuras dogmáticas para dar preferencia a las soluciones prácticas y fáciles de consensuar. De ahí el necesario relativismo lógico-jurídico con el que ha de evaluarse el sistema de responsabilidad penal configurado en el Estatuto de Roma³⁵.

Pero más allá de aquellas dudas iniciales, puede entenderse que el estatuto es un sistema de aplicación directa del derecho penal internacional, puesto que en un solo cuerpo jurídico se sientan sus bases de aplicación, como un sistema completo (pero no hermético) de normas de contenido tanto material como formal.

1. Competencia

La competencia de la Corte Penal Internacional (prevista para casos acaecidos únicamente después de la entrada en vigencia del Estatuto) es, según el Preámbulo, complementaria de las jurisdicciones nacionales³⁶; ya que se concreta en el conocimiento de aquellos casos en los que el Estado con jurisdicción para resolver el crimen correspondiente no pueda llevar a cabo la investigación y enjuiciamiento, no quiera hacerlo o esgrima la apariencia de la realización de una investigación y proceso.

Es conveniente destacar entonces, que existe una prioridad de competencia para la justicia penal nacional y no para la internacional, como en los casos de los Tribunales para Yugoslavia y Ruanda³⁷. Un documento de clarificación emitido por las Naciones Unidas estableció que “La Corte Penal Internacional no reemplazará sino que complementará la jurisdicción nacional. Los tribunales nacionales continuarán teniendo prioridad para investigar y procesar los crímenes dentro de su jurisdicción”³⁸.

Por tal motivo, las normas relativas a la admisibilidad de la jurisdicción constituyen un delicado equilibrio entre la preservación de la soberanía del Estado y la eficacia de la acción de la Corte³⁹. Sin em-

³⁵ Lorenzo Copello, Patricia. “*Hacia la Corte Penal Internacional...*”, pág. 236.

³⁶ “Recordando que es deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales”.

³⁷ Ambos, Kai. *La Nueva Justicia Penal Internacional...*, pág. 63.

³⁸ UN, International Criminal Court (some questions and answers), octubre 1998, citado por Villalpando, Waldo. “Los ecos de Nuremberg...”.

³⁹ Gramajo, Juan Manuel. *El Estatuto de la Corte Penal Internacional...*, pág. 179.

bargo en casos en que procede, la competencia de la Corte es automática toda vez que los Estados al ratificar el estatuto la están aceptando *ipso facto*, sin necesidad de otras manifestaciones de consentimiento.

El reconocimiento de la jurisdicción nacional presupone, entonces, que la esencia del Estatuto pueda ser ejecutada en el Estado respectivo y que especialmente los crímenes allí definidos pueden y deberían ser perseguidos primariamente ante los tribunales nacionales. Así, la implementación de todas las disposiciones pertinentes, de derecho sustancial y procesal, es igualmente una condición para cumplir los propósitos del Estatuto⁴⁰.

De tal forma, es elocuente que todos los Estados se encuentran obligados a investigar y perseguir los crímenes tipificados en el Estatuto; por lo que la estructura de la Corte y su jurisdicción se basan sobre el presupuesto de que los Estados parte ejercerán su *ius puniendi* sobre estos crímenes. En tal sentido, la Corte toma intervención para aquellos casos en que no se quiera juzgar o no se pueda en razón a que la capacidad de una nación se halla desbordada o no resulta idónea para tal cometido. Por lo tanto, la Corte no ejerce una jurisdicción a través del *ius puniendi* doméstico transferido a ella por los Estados Parte. Más bien ejerce el *ius puniendi* inherente a la comunidad de las naciones en su conjunto, que existe en forma paralela e independientemente del nivel doméstico. Este poder se deriva del derecho internacional penal como parte del orden legal de la comunidad de las naciones. Como tal, tiene un mecanismo de ejecución propio⁴¹.

Entonces, la obligación de prevenir y reprimir los delitos más graves contra el derecho internacional queda siempre a cargo del Estado, como titular primario del derecho a la jurisdicción, derivado de su soberanía interna. Sin embargo el incumplimiento de dicha obligación internacional no traerá aparejada exclusivamente la responsabilidad internacional del Estado, sino también la activación de la jurisprudencia de la Corte, desplazando a los tribunales nacionales. En este sentido, el principio de complementariedad viene a reforzar la

⁴⁰ Triffterer, Otto. "Domésticos de ratificación e implementación"..., pág. 17. El significado de la implementación y cómo puede funcionar en el ámbito de los distintos sistemas legales puede sólo ser decidido sobre la base individual, Estado por Estado.

⁴¹ *Ibíd.*, pág. 37.

obligación a cargo de cada uno de los Estados de juzgar y, en su caso, sancionar los delitos contra la humanidad, posibilitando su efectivo cumplimiento⁴².

La Corte carece pues de competencia originaria incluso en los crímenes establecidos en el propio Estatuto, adquiriéndola sólo de modo subsidiario cuando el Estado competente no cuenta con un sistema de administración de justicia adecuado; posibilidad que se encuentra directamente relacionada con la naturaleza de los delitos comprendidos en el Estatuto, una de cuyas peculiaridades más significativas se asocia a la presencia de una política o plan de agresión masiva o sistemática contra la población civil que difícilmente puede entenderse sin la connivencia o, al menos, la tolerancia de quienes ejercen el poder⁴³, siendo que el art. 17 autoriza la intervención de la Corte ante dichas falencias al igual que el art. 20 no reconoce la calidad de cosa juzgada en tales condiciones.

Con relación a la materia que puede entender la Corte, su jurisdicción se limita a entender en los crímenes “más graves y de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto” (art. 5º) y en concreto a los crímenes de genocidio, *lesa humanidad*, de guerra y de agresión; dejando abierta la puerta para la inclusión de más supuestos de hecho ilícitos (art. 22.3); puesto que la elaboración de dicho tema es de constante actualidad y es enriquecida por la dogmática en forma permanente, en donde, no obstante, debemos recalcar que su previa tipificación debe ser condición necesaria para su recta punibilidad.

La competencia también puede ser irrogada a un Estado que no es parte del estatuto pero que acepte la intervención de la Corte para la investigación y juzgamiento de hechos individualizados (art. 12) mediante declaración expresa de consentimiento.

Excepcionalmente, también cabe la posibilidad de intervención directa de la Corte, aún contra la voluntad del Estado involucrado, a solicitud del Consejo de Seguridad de la ONU (según el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas) cuando tal actuación resulte vital para el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales.

⁴² Gramajo, Juan Manuel. *El Estatuto de la Corte Penal Internacional...*, pág. 181.

⁴³ Laurenzo Copello, Patricia. “Hacia la Corte Penal Internacional...”, pág. 228.

Pero en casos en que no puedan salvarse las dificultades de competencia, resta la posibilidad de que el Consejo de Seguridad de la ONU ponga en manos de la Corte una determinada situación según lo dispone el art. 13. B.

Asimismo el sospechoso y los Estados afectados pueden impugnar la competencia de la Corte y la admisión de un determinado proceso y exigir su transferencia a la justicia nacional.

También se ha reglado que el Consejo de Seguridad de la ONU puede suspender la iniciación del juicio por hasta 12 meses, renovables por otro período idéntico (art. 16).

Recapitulando, podemos asegurar entonces que el Estatuto prevé un sistema de tres niveles (art. 12)⁴⁴: 1) En el primero rige que con la adhesión al tratado todo Estado acepta automáticamente la competencia de la Corte (competencia automática). Por el art. 114 un Estado parte puede excluir la competencia de los crímenes de guerra por un período de 7 años. 2) En un segundo nivel debe verificarse si en un caso concreto se cumplen los requisitos específicos que fundamentan la competencia de la CPI, según la cual es competente cuando el Estado del lugar de los hechos, el sospechoso, la víctima o el lugar de detención (en forma alternativa, no acumulativa) es Estado parte o acepta (*ad hoc*) la competencia de la Corte en el caso en concreto⁴⁵. 3) A un tercer nivel se ubica finalmente la posibilidad de que el Estado de los hechos o del sospechoso acepte *ad hoc* la competencia de la Corte; regulación que da a la opinión pública internacional un eficiente instrumento para presionar a Estados envueltos en casos particularmente graves a aceptar la competencia de la Corte.

Asimismo resta aclarar que el estatuto atribuye a la Corte personalidad jurídica internacional, es decir la capacidad para ser titular de derecho y obligaciones a nivel internacional y de poder ejercitar la reclamación internacional para el desempeño de sus funciones y pa-

⁴⁴ Ambos, Kai. *La Nueva Justicia Penal Internacional...*, pág. 60.

⁴⁵ Ello implica, según Ambos, que la mayoría de las guerras civiles y conflictos internos actuales no caen en la competencia de la Corte, ya que en esos casos el Estado del lugar de los hechos es siempre idéntico con el Estado sospechoso y éste evitará siempre, en el caso de un conflicto interno, adherir al estatuto. De acuerdo con esta regla, la CPI podría haber juzgado al dictador camboyano Pol Pot por el genocidio a la población sólo en el caso de que Camboya hubiera sido Estado parte o hubiera reconocido *ad hoc* la competencia de la Corte.

ra la realización de sus propósitos (art. 4.1). De tal forma es que puede concluir acuerdos tanto con la ONU como con diferentes Estados ya sean o no parte del mismo.

2. Disposiciones materiales

La tercer parte del Estatuto se titula “*De los principios generales del Derecho Penal*” y contiene los presupuestos materiales sobre los que se asienta la responsabilidad individual por los crímenes que se tipifican, lo cual sienta la dirección dogmática y axiológica que toma el estatuto.

Asimismo, tales directivas deben ser complementados con los Elementos del crimen, cuya función es la de añadir mayores precisiones como complemento para interpretar y aplicar las figuras delictivas.

Entre las disposiciones materiales más importantes, cabe destacar en primer lugar al principio de legalidad (art. 22.1), lo cual supone un paso adelante en la búsqueda de la auténtica seguridad jurídica dentro del derecho penal internacional, pues se opta por restringir el catálogo de hechos punibles a los estrictos cauces del texto del tratado, sin admitirse otras fuentes de creación de delitos tales como la costumbre internacional o los principios generales del derecho⁴⁶.

Este principio resulta una innegable conquista puesto que en el ámbito del derecho penal la idea de seguridad jurídica se vincula especialmente con la fijación del contenido de cada tipo penal en leyes escritas, estrictas y previas al hecho que se juzga. Por ende si damos a la palabra ley el sentido de norma preestablecida a la acción que se juzga delictiva, es algo más que un mero accidente histórico o una garantía que hoy pueda o no acordarse; sino que asume el carácter de un verdadero principio necesario para la construcción de toda actividad punitiva que pueda hoy ser calificada como jurídica y no como puro régimen de fuerza⁴⁷.

El principio de reserva implica así la exclusión del derecho consuetudinario. Esto significa que por esa vía no puede crearse ningún nuevo tipo penal ni ninguna agravación punitiva (*nullum crimen sine lege scripta*). De este modo, la reserva legal se halla más rotundamente formalizada en el derecho penal (en virtud de detentar la más

⁴⁶ Laurenzo Copello, Patricia. “Hacia la Corte Penal Internacional...”, pág. 233.

⁴⁷ Soler, Sebastián. *Derecho Penal Argentino*, Edit. TEA, Argentina, 1994, Tomo I, pág. 136.

intensa afectación a los derechos individuales que en otras ramas del ordenamiento) que en cualquier otro ámbito jurídico. La razón de la marginación del derecho consuetudinario radica entonces en una simple cuestión de seguridad jurídica.

Como crítica concerniente a esta cuestión, puede señalarse que no existe una concreta determinación de las escalas penales para cada delito en particular, sino que se legisló en forma general, es decir que las penas se contemplaron independientemente de cada delito en particular; en tanto hubiera sido preferible que se determine en cada caso la sanción aplicable, pues un apego mucho más estricto al principio de legalidad importa que no solo las circunstancias del hecho se hallen estrictamente legisladas sino que también sus consecuencias jurídicas lo sean.

En consonancia con lo expuesto, el art. 23 establece el principio *nulla poena sine lege*, por el cual la culpabilidad del individuo solo podrá ser decretada de acuerdo a los delitos instituidos por el Estatuto; con lo cual se asegura la posibilidad de la sujeción estricta a sus parámetros punitivos.

Otro fundamento esencial está dado por la prohibición de analogía y de la interpretación extensiva en contra del reo (art. 22.2) Se entiende por analogía la transferencia de una regulación legal existente en un tipo penal, a un caso individual semejante pero no reglado estrictamente por la ley. Pero de manera opuesta a la interpretación, la aplicación por analogía abandona el ámbito demarcado por el precepto jurídico, al someter a la regla jurídica también ciertos hechos de la vida ubicados fuera de dicho ámbito, por ser similares en sentido (paralelos) con el hecho tenido en vista por el precepto jurídico. De tal forma, la analogía es en sí más lável e insegura que la interpretación, que se mantiene dentro del marco establecido por el precepto jurídico, y por ende es fuente de mayores peligros que ésta; el derecho penal, por ello, no confiere a la analogía sino una eficacia unilateralmente delimitada⁴⁸ de no ser utilizado en perjuicio del individuo sometido a juzgamiento.

Al respecto puede señalarse una grave falencia dentro de la estructura del Estatuto, la que se encuentra en el art. 7° en cuanto al tratar las particularidades de los crímenes de *lesa humanidad*, introdu-

⁴⁸ Maurach-Gössel-Zipf. *Derecho Penal, Parte General*, Edit. Astrea, Buenos Aires, Argentina, Tomo I, 1994, pág 160.

ce en el inciso “k” que puede conformar esta figura legal “otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente graves sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física”, extremos que deben ser interpretado en el contexto del tipo penal en que se encuentra inmerso y no pueden ser extendidos por analogía a otros sucesos que se alejen del núcleo de la acción reprimida. En tal caso incluso puede alegarse que no es posible con ello determinar la conducta punible, abriendo paso a la aplicación de normas penales por analogía⁴⁹.

Asimismo el Estatuto en su art. 24 contempla la irretroactividad de sus normas punitivas, lo cual no implica impunidad en el juzgamiento de actos aberrantes (puesto que pueden ser juzgados por el principio de jurisdicción universal), sino la incompetencia de la Corte para entender en casos acaecidos con anterioridad a su entrada en vigencia. Cabe poner de resalto que dicha prohibición de retroactividad implica además la imposibilidad de creación y ampliación de normas fundamentadoras de la punibilidad, así como que tampoco puedan modificarse en forma agravante la pena y no pueden introducirse nuevas consecuencias jurídicas para un acto ya producido.

También cabe destacar la recepción del principio *non bis in ídem* (art. 20), no obstante reconocer la limitación de respetar únicamente al arribo en legítima forma de la cosa juzgada, con la finalidad de evitar que tras una parodia de juicio se procure la impunidad de ciertos individuos a través del consentimiento del poder político.

Si bien esta garantía se la formula como la prohibición de someter al inculpado absuelto o condenado por sentencia firme a un nuevo juicio o a una nueva pena por los mismos hechos, también podría enunciárselo diciendo que ninguna persona puede ser perseguida (y por cierto tampoco juzgada ni penada) más de una vez en forma sucesiva, ni tener contemporáneamente pendiente más de una persecución penal con relación al mismo hecho delictivo. Este límite al poder penal consiste, entonces, en que su ejercicio en un caso concreto so puede procurar *sólo una vez*⁵⁰. Es decir que no sólo la garantía del *non bis in ídem* significa que nadie puede ser condenado por el mis-

⁴⁹ Gramajo, Juan Manuel. *El Estatuto de la Corte Penal Internacional...*, pág. 175.

⁵⁰ Cafferata Nores, José I. *Proceso penal y derechos humanos. La influencia de la normativa supranacional sobre derechos humanos de nivel constitucional en el proceso penal argentino*, Ed. del Puerto, 2000, pág. 100, agregando que la garantía se mantiene aún a la luz del surgimiento de nuevas e incontrastables pruebas de cargo (nota 216).

mo hecho delictivo por el que ya fue sobreseído o absuelto, ni tampoco ver agravada, por una nueva condena otra anteriormente impuesta por su comisión; sino que implica a su vez que el individuo no sea siquiera expuesto al riesgo de que cualquiera de estas hipótesis ocurra mediante una nueva persecución penal.

Por otro lado, este compendio normativo expresamente dispone la responsabilidad limitada a las personas naturales, haciéndolas individualmente responsables por los crímenes contenidos (art. 25), no contemplándose la punibilidad de grupos u órganos colectivos ni al Estado interviniente (art. 25.4), relación que se rige por el derecho internacional público y es independiente de la responsabilidad de los individuos.

Este principio se reconoce como un efecto de los tribunales de Nuremberg, dado que hasta entonces sólo los Estados eran reconocidos como sujetos de derecho internacional y, en consecuencia, responsables por la comisión de ilícitos internacionales. A la obligación del Estado causante le correspondía una suerte de derecho subjetivo del Estado perjudicado; sin embargo en dicho tribunal concretamente se estableció: “Los crímenes contra el derecho internacional se cometen por hombres, no por entidades abstractas, y sólo castigando a las personas que cometen tales crímenes se pueden hacer cumplir las disposiciones del derecho internacional”⁵¹.

Con relación al estadio del *iter criminis* a partir del cual un hecho resulta punible se ha contemplado que lo se a partir del comienzo de ejecución, lo cual da lugar a la tentativa; excepto en caso de desistimiento que acaece con la concurrencia de dos requisitos en forma conjunta, que el crimen no se consume y que el autor renuncie íntegra y voluntariamente al propósito delictivo. Como excepción a ello, en el delito de genocidio se penaliza en forma independiente la instigación directa y pública a su comisión (art. 25.3.e), con lo cual el adelantamiento de la punibilidad obedece a la necesidad de prevenir por todos los medios este tipo de acciones.

Con respecto a la participación criminal, se prevé la autoría única, la coautoría y la autoría mediata (art. 25.3), con relación a la participación -en sentido estricto-, se prevé la inducción la complicidad y el encubrimiento, que en realidad pudo ser establecido como un ilí-

⁵¹ Villalpando, Waldo. “Los ecos de Nuremberg...”, con cita del Proceso de Nuremberg, Noviembre de 1945-Octubre 1946, Jugement t. I, pp. 234-235.

cito independiente y no como una forma de participación. La letra “d” incluye a quien por cualquier medio contribuya a la comisión o tentativa de comisión del crimen por un grupo de personas que tenga una finalidad común; lo cual parece indicar que se trató de incluir una suerte de conspiración para cometer alguno de los referidos delitos. También se establece la responsabilidad por omisión de los superiores jerárquicos por la conducta de sus subordinados (art. 28), por falta del ejercicio del deber de contralor, la cual se entiende dolosa.

En tal sentido se advierte una falencia en la mayor responsabilidad de los jefes militares que la de los civiles, en tanto no es imprescindible que el superior militar hubiese tenido efectivo conocimiento de la conducta ilícita de sus subordinados, sino que hubiera debido saberlo; con lo cual se atenta contra el principio de culpabilidad al establecer una suerte de presunción de la misma y fijar así un *standard* de responsabilidad por la sola calidad de militar; lo que sería también incongruente con la totalidad del estatuto que reprime los hechos más graves de trascendencia para la comunidad internacional (art. 5.1), con lo cual este parámetro de carácter eminentemente culposo no se condice con la entidad y gravedad de una conducta subjetivamente dolosa y dirigida a cometer serias atrocidades.

En la misma dirección se prevé la responsabilidad universal e igualitaria, no sometida a restricción derivada del cargo oficial que pudiese ocupar el autor; con lo cual deviene inútil la invocación de cualquier inmunidad funcional y que puede, en virtud del principio de complementariedad abrir la instancia de la Corte (art. 27).

Con relación al aspecto subjetivo de la conducta punible, el Estatuto contempla la intencionalidad del actuar del sujeto inculpatado; la cual abarca no sólo al autor que obra con el fin de conseguir el resultado típico (dolo directo), sino también a aquel que, sin proponerse tal efecto lesivo, lo prevé como consecuencia segura (dolo de consecuencias necesarias) o posible de su acción (dolo eventual)⁵²; pero descarta la comisión de tales supuestos por culpa, con lo cual se advierte que en última instancia debe haberse obrado con el propósito de cometer un acto aberrante y con el conocimiento de su producción efectiva, futura o eventual.

⁵² Lorenzo Copello Patricia, “Hacia la Corte Penal Internacional...”, pág. 243.

Como contrapartida se prevé la exclusión de responsabilidades por error de hecho o de derecho que haga desaparecer la mencionada intencionalidad o que hubiere mediado ignorancia o errónea representación de los elementos típicos; no contemplando aquellos casos en donde el yerro recayere sobre si los hechos resultan competencia de la Corte, pues tal pauta se relaciona con el tribunal que debe intervenir y no sobre la falta de conocimiento involuntaria de la punibilidad del acto.

Otro elemento de gran importancia es que la acción penal por tales actos resulta imprescriptible según el artículo 29; lo que implica adherir a la tesis vigente en el derecho internacional de que estos sucesos no pueden resultar oscurecidos ni olvidados por el solo transcurso del tiempo debido a su trascendente importancia para toda la humanidad.

También se prevén eximentes de responsabilidad que comienzan con el desarrollo de las causales de inculpabilidad, mediante las cuales el autor no hubiere podido comprender la criminalidad de su acto; así como también el haber actuado por legítima defensa, por estado de necesidad o bajo coacción irresistible. De la misma manera, esta enumeración no cierra las puertas a otras causales de exclusión de la responsabilidad previstos en los países con competencia originaria para el juzgamiento o por otras no expresamente legisladas.

Cabe resaltar que el estado de necesidad se encuentra circunscrito a la concurrencia de una amenaza inminente para la vida o para algún aspecto esencial de la integridad corporal del autor o de un tercero. En lo relativo a la ponderación de intereses, no parece imprescindible que, desde el punto de vista objetivo, el mal causado resulte igual o inferior al evitado, bastando, en apariencia, con que esa proporcionalidad concorra en la mente del autor. Así se infiere del texto legal en tanto exige únicamente que el sujeto “no tuviera la intención de causar un daño mayor al que se proponía evitar”. Este traslado al ámbito subjetivo de una exigencia normalmente unida a las circunstancias fácticas del estado de necesidad alejaría la eximente del plano de lo injusto para acercarla a una fundamentación centrada en la ausencia de culpabilidad⁵³.

⁵³ *Ibíd.*, pág. 245. Las referencias del texto a un estado de coacción provocado por la amenaza del mal apuntan en este mismo sentido, dando lugar a una configuración del estado de necesidad centrada en los impulsos subjetivos antes que en una ponderación racional y objetiva de los intereses en juego.

También es de destacar que la Corte no entiende en aquellos casos en que se encuentren involucrados en delitos menores de 18 años, al momento de la comisión del crimen (art. 26); puesto que requieren de un trato diferenciado acorde con su especial situación.

Otra importante restricción a la punibilidad es el haber actuado bajo órdenes de superiores o bajo determinadas disposiciones legales (según el art. 33), las cuales no pueden ser invocadas en abstracto, sino que únicamente son válidas como freno a la incriminación si la orden no fuera manifiestamente antijurídica, hubiere obligación a cumplirla o si hubo desconocimiento de la ilicitud por parte del autor; no obstante estar restringida esta causal en caso de órdenes de cometer genocidio o crímenes de *lesa humanidad* puesto que en sí mismas son manifiestamente ilícitas.

Se ha considerado especialmente que el fin de la impunidad debe ser alcanzado por igual sin distinción alguna basada en los cargos oficiales (art. 27). Este esclarecimiento es de una tremenda importancia práctica, porque los autores actuando en tal capacidad son, como la experiencia lo ha demostrado, el grupo más importante al que deben estar dirigidas las medidas de prevención y de represión disponibles de acuerdo con el Estatuto de Roma. Los miembros de este grupo con bastante frecuencia cometen o participan en la comisión de semejantes crímenes abusando de sus poderes en estructuras jerárquicas, a veces por tolerancia silenciosa: como tal comportamiento con bastante frecuencia tiene un efecto multiplicador, tiene que ser encarado en forma individual para prevenir los crímenes mencionados en el Estatuto y de este modo hacer que la jurisdicción penal internacional sea lo más efectiva posible⁵⁴.

Asimismo es indudable que a mayor responsabilidad jerárquica en la conducción de un determinado suceso, el mismo es mayormente atribuible a nivel de la culpabilidad, dado que quien se encuentra en mayor grado cercano al poder no puede desentenderse de motivarse en las normas represivas ni desentenderse de su cumplimiento.

⁵⁴ Triffterer, Otto. “*Domésticos de ratificación e implementación...*”, pág. 16. El autor aclara que tan pronto concluida la guerra de los Balcanes (1912/1913) la Carnegie Endowment for International Peace llegó a la conclusión, luego de investigar las causas y las atrocidades de esas guerras, de que sólo hubiera sido necesaria una palabra de aquéllos en el poder y todo el conflicto beligerante al igual que las atrocidades cometidas hubieran cesado de inmediato.

3. Los elementos del crimen

Según el art. 9 del Estatuto, los elementos del crimen (adoptados en la 5ª sesión de la Comisión Preparatoria) deben ayudar a la Corte en la interpretación y aplicación de los arts. 6 al 8, es decir al núcleo de crímenes tipificados; constituyendo una fuente jurídica secundaria frente a los crímenes del Estatuto y encontrándose sometidos a la interpretación por parte de la Corte.

Sucintamente puede decirse que la introducción general a los elementos del crimen prevé la siguiente configuración: en primer lugar se exponen los comportamientos, resultados y circunstancias típicas; a continuación, si es necesario, presupuestos subjetivos especiales de la responsabilidad (*mental element*) y, por último los llamados elementos o circunstancias contextuales (*contextual circumstances*)⁵⁵. También contemplan otra introducción particular para cada uno de los tres tipos de crímenes (genocidio, lesa humanidad y de guerra) y los elementos propiamente dichos de cada uno de los tipos. Asimismo, establecen pautas rectoras para el análisis de cada figura, consistente en la conducta, las consecuencias, las circunstancias, los especiales elementos intencionales y el contexto.

Por ello, los elementos del crimen constituyen instrumentos no vinculantes, de carácter auxiliar y complementarios, que se encuentran subordinados enteramente al Estatuto⁵⁶.

Sin embargo, es preciso tener en cuenta lo normado por el art. 21, en cuanto establece un orden de aplicación de las normas en el ámbito de la Corte, que pone en primer lugar al Estatuto y luego a los Elementos del Crimen, sentando de esta forma en términos bien claros que estos últimos están subordinados a los primeros y no pueden contradecirlos.

⁵⁵ Ambos, Kai. "Elementos del crimen; así como Reglas de Procedimiento y Prueba de la Corte Penal Internacional", en: *La Nueva Justicia Penal Supranacional...*, pág. 50.

⁵⁶ Fernández Valoni, José Luis. "Hacia el efectivo establecimiento de la Corte Penal Internacional", *El Derecho, Suplemento de Derecho Penal y Procesal Penal*, 28/10/01.

4. Delitos tipificados

4.1 El Genocidio

Según el Estatuto el genocidio consiste en la realización de actos perpetrados con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso⁵⁷.

Cabe destacar que esta figura resulta ser el paradigma de los delitos contra la humanidad, dadas las perniciosas consecuencias que tuvo que padecer el género humano, pues surge luego de la segunda guerra mundial, habiendo sido precisado su sentido en el llamado Estatuto de Londres del 8 de agosto de 1945, por el que se constituyó el Tribunal de Nuremberg. De las tres clases de crímenes que allí se determinan (crímenes de guerra, crímenes contra la paz y los delitos contra la humanidad) los aquí tratados son los que aparecen con denominación inédita hasta entonces; si bien son tan antiguos como la humanidad misma, su concepción jurídica es, sin embargo nueva, puesto que supone un estado de civilización capaz de reconocer leyes de humanidad, los derechos del hombre o del ser humano como tal, el respeto al individuo y a las colectividades humanas aunque fuesen enemigos⁵⁸.

Es Th. Würtenberger que en los trabajos escritos en homenaje a Radbruch se ocupa de la “*humanidad como valor jurídico-penal*” y analiza la ley número 10, dictada por el Consejo Aliado de Control, residente en Berlín, que se denomina ley “*sobre los crímenes contra la humanidad*”, al tiempo que resalta que lo bestial, lo cruel, es antípoda de lo humanitario y, a veces, constituye el objeto del derecho. Asimismo el citado autor estudia las acepciones del concepto de “*humanidad*” y se fija en el significado de la dignidad del hombre como valor particular de la persona, concluyendo efectivamente que la dignidad de la persona humana debe incluirse entre los bienes protegidos por el derecho penal junto a la vida, la libertad, el honor, etc.

⁵⁷ Más precisamente el art. 6º dispone: “A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por ‘genocidio’ cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal: a) Matanza de miembros del grupo; b) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo; c) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial; d) Medidas destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo; e) Traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo”.

⁵⁸ Jiménez de Asúa. *Tratado de Derecho Penal...*, pág. 1174.

Incluso alega que aquélla supera a estos bienes y es de naturaleza distinta. En suma, para Würtenberger sólo pueden calificarse crímenes contra la humanidad aquellos delitos que no sólo violan los bienes jurídicos comúnmente garantizados por las leyes penales, sino los que al mismo tiempo suponen negación de la personalidad moral del hombre; siendo que el menosprecio de la dignidad humana se manifiesta, como caso extremo, cuando se mira al hombre como una cosa⁵⁹.

Es así que su rasgo particular surge de que requieren premeditación y planificación en la destrucción de un grupo humano y que se valen de recursos tecnológicos y no escatiman medios de realización, subrayando la tendencia subjetiva que se manifiesta en el mundo exterior. Tal elemento se encuentra comprendido en la definición ofrecida por el art. II de la Convención de 1948, cuando señala: “*con la intención de destruir total o parcialmente*”. Y es en este punto en donde el crimen de genocidio adquiere una particularidad esencial con relación a los crímenes contra la humanidad; ya que estos últimos no suponen necesariamente infracciones o persecuciones contra los grupos e incluye a los grupos políticos. Tal como señala Yvesternon (1995:43) “si el criminal actúa con el objetivo de suprimir a su víctima en razón de su raza, de su religión o de sus convicciones políticas, sin otra intención, es un crimen contra la humanidad. Si tiene intención de destruir un grupo nacional, étnico, racial o religioso, en todo o en parte, es un genocidio. La diferencia reside, esencialmente, en la particularidad de la intención criminal. El genocidio es, pues, un caso agravado de crimen contra la humanidad, merced a la intención reforzada que le caracteriza”⁶⁰.

Al modo de ver de Jiménez de Asúa, no cabe duda que el genocidio, aunque tenga la intención interna trascendente de destruir un grupo nacional, racial o religioso por serlo como tal, no deja por eso de ser un delito contra la Humanidad, aclarando que éste no es un concepto específico sino una noción genérica, pluralista, de la cual el genocidio forma principalísima parte⁶¹.

⁵⁹ *Ibíd.*, pág. 1178.

⁶⁰ Lozada, Martín. “El crimen de genocidio, un análisis en ocasión de su 50° aniversario”, *Ad-Hoc, Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, N° 9, Buenos Aires, 1999, pág. 189 y stes.

⁶¹ Jiménez de Asúa. *Tratado de Derecho Penal...*, pág. 1174.

Pero, ante lo escueto de su primera formulación, hacía falta su elaboración dogmática entre cuyos antecedentes más relevantes puede citarse a la Séptima Conferencia Internacional para la Unificación del Derecho Penal, reunida en Bruselas en los días 10 y 11 de Julio de 1947, en donde se adoptó por unanimidad el siguiente texto: “Considerando que, en espera de una legislación que erija en infracción contra la humanidad, todo ataque a los derechos fundamentales de la persona humana, especialmente el derecho a la vida, a la salud e integridad corporal y a la libertad, es preciso, desde ahora mismo, asegurar la represión del homicidio y de todos los actos capaces de llegar a la supresión de la vida humana, cometidos contra individuos o grupos humanos en razón de su raza, de su nacionalidad, de su origen o de sus opiniones; que esta represión debe organizarse en el terreno internacional y garantizarse por una jurisdicción internacional, cuando los culpables sean gobernantes, órganos o protegidos del Estado, y cuando carezca de represión en el Derecho penal nacional”. Se recomendó, por ende, erigir en infracción *sui generis* de derecho común, e incluir en el Código Penal Internacional y en todos los Códigos represivos nacionales, de por lo menos, una disposición referente a los hechos previstos en el siguiente texto: “Constituye un crimen contra la humanidad y debe ser reprimido como asesinato, todo homicidio o acto capaz de acarrear la muerte, cometido en tiempo de guerra como en el de paz, contra individuos o grupos humanos, en razón de su raza, de su nacionalidad, de su religión o de sus opiniones”. La Conferencia expresó además la intención de que los Estados repriman la propaganda tendiente a la comisión de delitos contra la Humanidad⁶².

Asimismo, conforme a las lecciones impartidas por la historia, los responsables de llevar adelante los medios de comisión genocidas se esfuerzan en procurar una suerte de legitimación ideológica con las cuales dar a sus actos el carácter de imperativos y necesarios. Por ello, tal como lo señala Leo Kuper, se deshumaniza a las futuras víctimas identificándolas con alguna imagen terrible -que varía según la sociedad y el conflicto situacional-, negándoles su *status* humano y relegándolas a un nivel animal o al de un mero objeto. Dicha operación en el imaginario social acarrea, como consecuencia, el cese de toda inhibición respecto a su sometimiento y victimización; los que a partir de ese momento se consumirán con mayor facilidad y menor

⁶² *Ibíd.*, pág. 1178.

grado de resistencia. Este proceso significa la consagración del mecanismo por el cual se construye a la víctima en razón de su presunta “*culpabilidad de origen*”, esto es, un reproche basado tanto en su nacionalidad, como en su etnia de origen, su raza, o bien por el credo al que adhiere. Los miembros del grupo-víctima se someten no por lo que han hecho, sino por lo que el victimario -y sus fantasmas subjetivos- perciben que son⁶³.

Al respecto, contamos con el texto de la Convención Para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, en donde se da una precisa definición de esta figura que es acorde a la del Estatuto: Art. II.- “En la presente Convención, se entiende por genocidio cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, como tal. En tal sentido, se observa que las distintas modalidades de comisión de este ilícito se encontrarían perfectamente abarcadas por el art. 6º del Estatuto.

4.2 Crímenes de *lesa humanidad*

Esta categoría de delitos tendría un carácter residual, en el sentido de que se trata de graves atentados a la vida o la integridad de las personas que no cuentan con el elemento subjetivo propio del genocidio (intención de exterminar) y tampoco están relacionados necesariamente con un conflicto armado. La competencia de la Corte en estos casos está supeditada a que sean cometidos con carácter sistemático o generalizados, descartándose la posibilidad de que tenga competencia para actos aislados. Entre esta categoría de delitos se incluye el exterminio, la desaparición forzada de personas y el apartheid⁶⁴.

4.3 Crímenes de guerra

Esta clase de actos tipificados se refieren específicamente a supuestos de conflictos armados en donde una de las partes actúe al margen de las leyes y convenciones aplicables (como la de Ginebra del 12 de Agosto de 1949 que se cita expresamente) y comete hechos que forman parte de un plan o política a gran escala; con lo cual se advierte que la cuestión traspasa el hecho individual para conformar un ataque sistemático y planificado al contrincante.

⁶³ Lozada, Martín. “El crimen de genocidio...”, pág. 189 y sstes.

⁶⁴ Gramajo, Juan Manuel. *El Estatuto de la Corte Penal Internacional...*

4.4 Agresión

Si bien el Estatuto no lo consagró en oportunidad de sentar las bases de la Corte, existe una definición internacional de esta conducta aprobada por la ONU, según la cual “La agresión es el uso de la fuerza armada por un Estado contra la soberanía, la integridad territorial o la independencia política de otro Estado o en cualquier otra forma incompatible con la Carta de las Naciones Unidas” (Resolución 3314 del 14/12/74)⁶⁵; no obstante lo cual en el Estatuto no se logró el consenso necesario como para precisarlo.

Sin embargo las propuestas sobre el crimen de agresión deberán ser presentadas a la Asamblea de Estados Partes no antes de siete años luego de la fecha de entrada en vigor del Estatuto.

V. Reglas procesales. Garantías individuales

En el nivel en que se encuentra instituida la Corte Penal Internacional no puede dejarse de lado su función de protección de los derechos fundamentales, puesto que resulta ser un elemento esenciales del ordenamiento objetivo internacional y de cada comunidad en particular; de acuerdo a su misión fundamental de proteger el orden jurídico y la paz social.

De tal forma, cabe tener en cuenta que las garantías individuales poseen una doble naturaleza, por un lado son derechos subjetivos de los individuos que al mismo tiempo garantizan un *status* jurídico o libertad en un ámbito de existencia y por otro lado son elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional e internacional, en cuanto ésta se configura como marco de una convivencia humana justa y pacífica. Los derechos fundamentales se presentan así como un patrimonio común de los ciudadanos individual y colectivamente considerados⁶⁶.

En este entendimiento y ante la voluntad política que significa la implementación de la Corte Penal Internacional, en el sentido de asegurar la cooperación de las Naciones en la lucha contra determinadas formas de criminalidad, la protección de los derechos humanos de quienes se ven involucrados en estos temas no es un extremo des-

⁶⁵ Villalpando, Waldo. “Los ecos de Nuremberg...”.

⁶⁶ Gil Gil, Alicia. *Derecho Penal Internacional...*, pág. 31.

deñable y su aseguramiento surge entonces como necesario; con lo cual no solo la relación debe ser entendida a nivel de Estados, sino que se incorpora al individuo como sujeto independiente en el derecho internacional y nacional generando así un triángulo de relaciones jurídicas⁶⁷.

Es que el modelo garantista del Estado constitucional de derecho como sistema jerarquizado de normas que condicionan la validez de las normas inferiores para la coherencia con las superiores, y con principios axiológicos establecidas en ellas, tienen valor para cualquier clase de ordenamiento⁶⁸ sea a nivel interior o internacional; por lo cual un acabado sistema normativo como el que presentamos, no puede ser contradictorio con todos los principios de larga elaboración con que cuentan los derechos humanos, en cuanto el centro de atención debe estar puesto sobre la persona humana (tanto imputado como víctima) por sobre consideraciones de política internacional u otros intereses extraños al objeto de protección.

Por ello, estatuto de la CPI no puede escapar a lo que es la elaboración de DDHH en todos los Pactos Internacionales dictados al respecto, puesto que la no contradicción con los mismos implica reconocer un orden preexistente y que condiciona su funcionamiento e interpretación.

La primer garantía que debe regir al respecto es la de la Independencia del tribunal, puesto que se encuentra consustanciado con la esencia de la función jurisdiccional, tanto que la palabra “*Juez*” no se comprende, al menos en el sentido moderno de la expresión, sin el calificativo de “*imparcial*”⁶⁹. De tal modo: el adjetivo “*imparcial*” integra hoy, desde un punto de vista material, el concepto de

⁶⁷ Kayaran, Mónica P. “Extradición y Derechos Humanos”, en: *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal N° 9*, Edit. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999, pág. 333. La autora hace referencia al caso “*Soering*” del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (decisión del 7/7/89, Serie A, vol 161), donde por primera vez se reconoce el vínculo explícito que debe existir entre los procesos de extradición y los derechos humanos.

⁶⁸ Ferrajoli, Luigi. *Derechos y Garantías...*, pág. 152. De esta forma el autor presenta su perspectiva de una efectiva limitación de la soberanía de los Estados mediante el establecimiento de garantías jurisdiccionales contra la violación de la paz en el exterior y de los derechos humanos en el interior.

⁶⁹ En la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos “*imparcialidad*” significa falta de prejuicios o de parcialidad. García, Luis M. “La noción de tribunal imparcial en los instrumentos internacionales de derechos humanos. El caso ‘Zenzerovich’: una oportunidad perdida”, *La Ley, Suplemento de Jurisprudencia Penal*, 26/10/99, Buenos Aires, pág. 18.

“Juez”, cuando se lo refiere a la descripción de la actividad concreta que le es encomendada a quien juzga y no tan sólo a las condiciones formales que, para cumplir esa función pública, el cargo requiere. Este sustantivo refiere directamente por su origen etimológico a aquél que no es parte en un asunto que debe decidir, esto es, que lo ataca sin interés personal alguno. El concepto refiere, semánticamente, a la ausencia de prejuicios a favor o en contra de las personas o de la materia acerca de las cuales debe decidir⁷⁰. La especificidad de esta garantía consiste en que ella opera como una meta-garantía, es decir, como presupuesto de operación de las demás garantías del debido proceso; por lo cual las circunstancias que afectan el principio de imparcialidad tienen la particularidad de reducir significativamente las posibilidades de realización de los demás principios propios del concepto de debido proceso. Sin cumplir la exigencia de imparcialidad judicial se reducen drásticamente las probabilidades de obtener el respeto efectivo de los demás aspectos del debido proceso⁷¹.

Pero en este punto nos encontramos con un escollo que puede significar serias injerencias en la función de administrar justicia, y que está contenido en la excepción del art. 16, que dispone la facultad del Consejo de Seguridad de la ONU de suspender la investigación o enjuiciamiento de un hecho que se encuentre en curso ante su solicitud, por el término de doce meses renovables por igual período. Con lo cual dicha prerrogativa no alcanza mucho a entenderse sino desde una puerta que se deja abierta a cualquier consideración de conveniencia política sobre temas de jurisdicción de la Corte.

Por otra parte pueden señalarse recepción de las clásicas garantías formales de todo procedimiento, como ser la presunción de inocencia (art. 66), donde la demostración de culpabilidad debe efectuarse más allá de toda duda razonable, lo que denota que la sentencia de condena debe ser adoptada por el arribo a la certeza absoluta de la responsabilidad de un sujeto determinado sobre las bases de pruebas fehaciente y legítimamente comprobadas.

⁷⁰ Maier, Julio B.J. *Derecho Procesal Penal*, Edit. del Puerto, Buenos Aires, Argentina, Tomo I, 1996, pág. 738.

⁷¹ Bovino, Alberto. “El Encarcelamiento Preventivo en los Tratados de Derechos Humanos”, en: *La Aplicación de los Tratados sobre Derechos Humanos por los Tribunales Locales*, Edit. Del Puerto, Argentina, 1997, pág. 434.

En el mismo sentido, el art. 55.1 dispone que nadie puede ser compelido a declarar contra sí mismo, ni se puede privar de la libertad en forma arbitraria; garantías de clásica formulación que en este cuerpo se hacen presente.

En términos generales, resta agregar que el proceso se desarrolla sobre las bases de un modelo acusatorio puro, lo cual tiende a asegurar la independencia de sus jueces y la no formación de prejuicios sobre los hechos bajo juzgamiento ni su compromiso con la recolección de pruebas. En consonancia con lo expuesto, el Estatuto prevé una Fiscalía “fuerte” (art. 15) que puede actuar de oficio sobre la base de información confiable de toda fuente y que debe someterse sólo a la verificación legal de una Cámara pre-juicio; evitándose así el peligro de una politización de la Fiscalía por parte de instancias de control político⁷².

Las reglas de procedimiento y prueba

De la misma forme que con los elementos del crimen, las reglas de procedimiento y prueba guiarán la actividad investigativa por lo cual necesariamente deben ser compatibles con el Estatuto y tienen carácter subsidiario con respecto al mismo (art. 51.4.5); constituyendo una concretización y un desarrollo de las disposiciones sobre competencia, organización judicial y procedimientos contenidos en el Estatuto⁷³.

VI. Los fines de la pena

El art. 78.1 relaciona la imposición de las penas con la gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado, lo cual señala la necesaria proporcionalidad que debe existir entre el ilícito y la reacción punitiva adoptada, que debe basarse en esa relación y no en motivos ejemplificadores o meramente retributivos⁷⁴.

⁷² Ambos, Kai. *La Nueva Justicia Penal Internacional...*, pág. 64.

⁷³ Ambos, Kai. “Elementos del crimen...”, pág. 55.

⁷⁴ Desde este punto de vista se ha señalado que es difícilmente comprensible que la pena de reclusión perpetua, sólo justificable desde un punto de vista estrictamente retributivo, pueda tener cabida en un cuerpo legal llamado a preservar la idea de dignidad de las personas y el respeto a los derechos básicos de la personalidad. Lorenzo Copello, Patricia. “Hacia la Corte Penal Internacional...”, pág. 252.

Igualmente se prevé la revisión de la condena una vez cumplidas las dos terceras partes de la pena o 25 años si la misma fuere perpetua (art. 110.3), con lo cual aquí la prevención especial se hace efectiva para analizar la situación de la persona condenada en el específico caso en concreto; con la evidente finalidad de no imponer sanciones inhumanas e inconvenientes desde el punto de vista del propio condenado.

De tal forma, es menester demostrar que un sistema de justicia universal no es guiado por la pura retribución o venganza; es decir, que la aplicación racional del derecho penal puede ser mucho más respetuosa de la dignidad humana que los hechos que dan lugar a su intervención.

VII. Relación con la jurisdicción universal

La Corte Penal Internacional tiene la elevada misión de intervenir en todos aquellos casos en que se encuentren involucrados derechos esenciales de la humanidad y que constituyan delitos de índole transnacional, pero tal aspiración no puede quedar sin satisfacción puesto que allí radica la esencia del orden mundial bajo una convivencia en paz y armonía.

Por lo tanto, y ante la imposibilidad de acción de la Corte, ya sea por motivos formales (por ejemplo que una Nación involucrada no haya adherido al Estatuto) o de competencia; hechos de semejante índole no pueden quedar al margen de investigación y juzgamiento; puesto que en el orden mundial se daría el peligroso contrasentido de que el férreo consenso manifestado en este cuerpo normativo quedara arbitrariamente desconocido y sin posibilidad de resolución.

Tal principio surge de la obligación en el plano internacional de todas las naciones, en razón a que los principios generales del derecho internacional no pueden ser afectados por las disposiciones del derecho interno, puesto que al declararse que los derechos humanos básicos son parte integrante del derecho consuetudinario internacional se está afirmando también la responsabilidad internacional de los Estados por las lesiones a dichos derechos que le sean atribuibles. Este carácter irrevocable de los derechos humanos básicos los eleva a la categoría de *ius cogens*, en el sentido del art. 53 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, como normas que no

admiten acuerdo en contrario y los coloca en el primer lugar jerárquico entre las fuentes del derecho internacional, puesto que no resulta admisible frustrar el objeto y el fin de un tratado antes de su entrada en vigor.

Cabe agregar que los actuales principios concernientes a la aplicación de la jurisdicción penal son: el *territorial*, por el cual la ley penal es aplicada exclusivamente a los hechos cometidos en el territorio de una nación; el principio *real* (o de defensa), por el que la ley penal extiende sus efectos fuera del ámbito del Estado en donde rige, fundamentado en la defensa del interés nacional vulnerado (cuando tiene consecuencias directas para el mismo); el principio de *personalidad*, en donde la ley represiva sigue a su nacional dondequiera que se encuentre; el principio *universal*, donde un Estado se arroga jurisdicción para juzgar y condenar en su territorio al autor de un ilícito perpetrado fuera del mismo pero que por su propia naturaleza incumbe a toda la comunidad internacional.-

A estos cuatro principios jurisdiccionales se le suma otro que nace del actual desarrollo del derecho internacional público y que se ha dado en llamar “*internacional*”, consistente en la existencia de delitos tipificados en normas internacionales cuya característica es proteger derechos fundamentales del individuo, correspondiendo su juzgamiento a tribunales penales internacionales como la Corte Penal Internacional⁷⁵.

Por lo tanto, y a fin de asegurar la realización de la justicia, existe una tendencia a la competencia penal universal de todos los Estados para juzgar delitos contra el derecho de gentes, en base al principio de “*juzgar o dejar juzgar*” (*judicare aut dedere*), a fin de garantizar que estos crímenes no queden impunes y sean sometidos a un debido proceso. No obstante no contarse, en tales casos, con normas positivas que tipifiquen conductas, igualmente se asegura que se configuran los delitos aunque no fuesen formalmente incriminados en donde se cometieron (art. I b de la Convención Sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y Lesa Humanidad) y que su catálogo se incrementa con el desarrollo de las sociedades y demanda una acción internacional más intensa para reprimir figuras delictivas aberrantes, cuya figura más característica es el genocidio.

⁷⁵ De las Carreras, Alfredo M. “La jurisdicción penal universal y el principio de territorialidad desde la perspectiva del derecho constitucional argentino”, *El Derecho, Suplemento de Derecho Penal y Procesal Penal*, Buenos Aires, 28/10/01, pág. 5.

En esta dirección, uno de los fallos más distintivos es el de la Cámara Primera del Tribunal Penal Internacional para al ex Yugoslavia en el caso Furundzija que sostuvo: “Este fundamento jurídico de la competencia universal de los Estados en materia de tortura confirma y refuerza (el principio de) que la intervención de otras jurisdicciones surge del carácter por esencia universal del crimen. Estimamos que los crímenes internacionales, en tanto son universalmente condenados sea cual sea el lugar en donde se hayan cometido, da derecho a que cada Estado pueda perseguir y castigar sus autores”⁷⁶.

VIII. Conclusión: proyecciones de este nuevo orden jurídico

De las consideraciones vertidas, pueden destacarse que el Estatuto es el resultado del consenso internacional acerca de que ciertas conductas, por su concreta y directa afectación a los derechos humanos, generen la necesidad de su incriminación. Ello da cuenta de la íntima conexión de tales hechos con el respeto a la humanidad en su conjunto y que no es posible su progreso sin reprobar sucesos de semejante naturaleza.

Asimismo se revela la necesidad de un orden jurídico internacional que otorgue reglas claras, precisas y preexistentes; a fin de permitir el enjuiciamiento de los responsables sin hacer extensiva tal declaración con relación a los Países que se ven involucrados, a fin de proteger y evitar la proliferación de sucesos semejantes en el seno de las Naciones civilizadas del mundo. Sin embargo, los efectos preventivos que pueda llegar a tener el Estatuto, sin bien no pueden ser probados empíricamente tan fácilmente, importa admitir que el conocimiento acerca de la punibilidad y la definición de la conducta alcanzada por el concepto de ciertos crímenes es generalmente considerada como una de las medidas de mayor prevención⁷⁷.

De tal modo se advierte la necesidad de asegurar mediante un marco represivo la convivencia pacífica y civilizada entre los Estados, y que no quede impune ningún hecho de significativa relevancia y de directa afectación a la integridad de la humanidad.

⁷⁶ Caso citado por Villalpando, Waldo. “Los ecos de Nuremberg...”, pág.1.

⁷⁷ Triffterer, Otto. “Domésticos de ratificación e implementación...”, pág. 21.

También es destacable la íntima relación existente entre las disposiciones del Estatuto con el derecho interno de cada Nación, puesto que el primero ilumina al derecho de cada Estado y sienta las bases para una incriminación uniforme bajo los mismos criterios de prosecución y de punibilidad; la cual se refuerza a través de la obligación que asume cada País de adecuar su ordenamiento interno, lo cual significa que tarde o temprano tiene que cumplir con sus presupuestos.

De allí que, pese a la naturaleza internacional de este conjunto normativo, encuentre directa incidencia en los ordenamientos domésticos. Si bien la competencia de la Corte es de naturaleza subsidiaria, se advierte cada vez más que los intereses de las naciones en particular se relativizan en procura de salvaguardar el interés universal, a fin de conferir eficacia a la jurisdicción internacional. Tal presupuesto se deriva del hecho de que sucesos como los tipificados en el Estatuto generalmente se cometen con la directa participación de un Estado o con la explícita o encubierta anuencia de los órganos de poder político.

Además, el alcance con que el Estatuto trata los hechos que considera punibles arroja una atención mundial sobre tales crímenes directamente según el derecho internacional al igual que sobre la posibilidad de perseguir a los órganos estatales y otros oficiales por abuso de poder dirigido a la comisión de estos crímenes. Esta idea fundamental del derecho internacional penal nunca antes había alcanzado tal publicidad y compromiso. Se advierte que el mismo es tan grande, que aún en la creencia de que crímenes alcanzados por la jurisdicción de la Corte no serán cometidos por sus nacionales y en su territorio, los Estados tienen que enfrentar el hecho de que pueden convertirse en Estado de refugio de autores extranjeros de tales crímenes y de que van a ser requeridos para cooperar plenamente con la Corte. A ello se suma que los Estados parte tienen que ejercer su jurisdicción doméstica en lo que concierne a esos crímenes independientemente del lugar en donde fueron cometidos o de la nacionalidad del autor o de la víctima, según el principio de universalidad⁷⁸.

De tal forma, ahora se sientan las reglas fundamentales que tienden a evitar la impunidad con la mera invocación de un vacío nor-

⁷⁸ *Ibíd.*, pág. 19. Además la Corte tiene el trabajo de controlar indirectamente a aquéllos en el poder y, de ser necesario, perseguirlos por abuso constitutivo de alguno de los crímenes más serios de trascendencia para la comunidad de las naciones.

mativo o a través de un presunto desconocimiento de normas obligatorias, amparándose en políticas de estado o en el cumplimiento de un deber o de obediencia debida.

Sin embargo, debe tenerse la precaución de guardar el recto equilibrio que debe existir en la prosecución de delitos grandilocuentes con las debidas garantías individuales; puesto que estas últimas, obtenidas a través de la profusa elaboración de derechos inalienables de la persona humana, no puede quedar al margen en virtud de ser patrimonio exclusivo de los individuos, por más que se discuta la comisión de sucesos de suma trascendencia.

Por último cabe destacar que las proyecciones de este nuevo ordenamiento resultan por demás prometedoras, ello si se adopta en forma generalizada y es unánimemente reconocido por todas las Naciones; puesto que solo de tal forma puede obrar como un elemento puesto al servicio del orden internacional y al debido resguardo de los derechos humanos, extremo en el cual deben alejarse consideraciones de exclusivo tenor político a fin de que pueda garantizarse un *status* legal a nivel mundial únicamente dedicado a evitar actos criminales de denodada magnitud y de perniciosa injerencia en toda la humanidad.

Aplicación del derecho internacional de los derechos humanos por los tribunales de la República Argentina

*Carlos R. Constenla**

I. Introducción

Hasta no hace muchos años era impensable suponer que se aplicara la sentencia de un tribunal internacional dentro de un Estado determinado; y mucho menos imaginar que los procedimientos desarrollados en un país, serían reconocidos como válidos para enjuiciar y condenar a ciudadanos que cometieran crímenes de *lesa* humanidad en otro. Sin embargo, con el correr del tiempo, esto fue posible. Un nuevo derecho, generado como reacción frente a los hechos atroces producidos durante la última guerra mundial y después de ella, se fue abriendo camino, y a pesar de no haber obtenido una plena consolidación, dado que la mayoría de los Estados son aún renuentes a su plena aplicación, es hoy una realidad tangible. Se trata del llamado Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH), gravitante y expansivo capítulo del Derecho Internacional Público de este tiempo.

El acta fundacional de este nuevo derecho es la Declaración Universal de los Derechos Humanos, sancionada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, y su *corpus* normativo se integra por un vasto conjunto de principios, declaraciones, tratados y otros instrumentos internacionales que no sólo definieron y diseñaron normas, sino también verdaderos instrumentos de protección de los Derechos Humanos.

Este trabajo está referido a la aplicación del DIDH por los tribunales de justicia internos en la República Argentina y no se trata de un estudio teórico sobre el tema, sino de una individualización de los instrumentos para que se cumplan las obligaciones y compromisos

* Participante en el XXI Curso Interdisciplinario en Derechos Humanos. Abogado. Defensor del Pueblo de Vicente López, Buenos Aires, Argentina.

contraídos por el Estado para garantizar la plena vigencia de los Derechos Humanos.

Es necesario señalar, recogiendo una observación de Martín Abregú, la paradoja histórica que nos muestra que “si el desafío de la postguerra era la internacionalización de los derechos humanos como la única herramienta válida para un eventual destierro de los genocidios, el desafío de este fin de siglo (XX) es la nacionalización de los derechos universales, como la única forma de hacerlos efectivos en el ámbito interno”¹.

II. Antecedentes

La vigencia efectiva del DIDH está directamente vinculada a las vicisitudes del derecho interno porque por su propia naturaleza es parte de un todo (el mundo jurídico), como ya lo había advertido Kelsen cuando entrevió que el derecho internacional penetraría en los dominios hasta entonces reservados del derecho interno, alcanzando directamente a las acciones y conductas de las personas².

Jeremías Bentham, sustentó la validez de la expresión “derecho internacional” -de la que fue su creador-, diciendo que ese derecho era suficientemente análogo al derecho nacional³. Sin embargo tal vez haya sido Juan Bautista Alberdi el que por primera vez, en 1866, llegara a la conclusión de que si el habitante de un Estado ve atropellados sus derechos fundamentales por su propio gobierno, puede invocar la justicia internacional y reclamar al mundo el respeto de sus libertades. Escribió el gran juriconsulto argentino, al que con toda justicia se considera uno de los padres del derecho internacional latinoamericano⁴:

La persona del hombre no puede ser extraña al derecho de gentes.
Son miembros de la humanidad como sociedad, no sólo los Estados

¹ Abregú, Martín. *La Aplicación de los Tratados sobre Derechos Humanos por los Tribunales Locales: Una Introducción*, Edit. del Puerto, Buenos Aires, 1997 p. 5.

² Kelsen, Hans. *Teoría Pura del Derecho*, traducción de Moisés Nilve, Edit. EU-DEBA, Buenos Aires, 4ª edición, 1965, p. 203 y ss.

³ Bentham, Jeremy. *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation* cap. XVII, XXXV, note. Consulté la 1ª edición de T. Payne and Son at the Mews Gate, London, 1789, p. 324.

⁴ Palacios, Alfredo L. *Nuestra América y el imperialismo*, Edit. Palestra, Buenos Aires, 1961, p. 312.

sino los individuos que componen los Estados. En último análisis el hombre es la unidad elemental de toda asociación humana y todo derecho por colectivo que sea se resuelve al fin en un derecho del hombre. El derecho internacional es, pues, un derecho del hombre como lo es del Estado, y si puede ser desconocido y violado en detrimento del hombre lo mismo que del Estado, tanto puede invocar su protección el hombre como el Estado. Quien dice invocar el derecho internacional, dice pedir la intervención de la sociedad internacional o del mundo, que tiene por ley la existencia de ese derecho, en defensa del derecho atropellado. Así cuando uno o muchos individuos de un Estado, son atropellados en sus derechos internacionales, es decir de miembros de la sociedad de la humanidad, aunque sea por el gobierno de su país, ellos pueden, invocando el derecho internacional, pedir al mundo que lo haga respetar en sus personas, aunque sea contra el gobierno de su país⁵.

Como dice Carlos Ayala Corao: “La jerarquía de los distintos instrumentos internacionales en general y en particular sobre Derechos Humanos dentro del ordenamiento jurídico estatal, es una materia a ser determinada fundamentalmente por la propia Constitución. Es por lo tanto la Constitución la llamada a establecer el rango normativo de un tratado, pacto o convenio internacional sobre derechos humanos, dentro del ordenamiento jurídico interno o las fuentes del Derecho estatal [...] En términos generales las Constituciones le otorgan a estos instrumentos internacionales cuatro tipos de rango o valor: 1) supraconstitucional; 2) constitucional; 3) supralegal; y 4) legal”⁶.

Inspirándose en el pensamiento de Alberdi⁷, la Constitución argentina histórica de 1853/60 había acogido la vigencia de los tratados internacionales como derecho interno. El artículo 31° establece que “[e]sta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso, y los tratados con las potencias extranjeras, son la ley suprema de la Nación [...]” equiparando los tratados internacionales a las leyes que dicta el Congreso, porque debe entenderse -como dice Carlos Sánchez Viamonte- que todo tratado cele-

⁵ Alberdi, Juan Bautista. *El crimen de la guerra*, Edit. Luz del Día, Buenos Aires, 1957, p. 32.

⁶ Ayala Corao, Carlos. “El Derecho de los Derechos Humanos”, en: *El Derecho*, Buenos Aires, tº 160, p. 760.

⁷ Alberdi, Juan Bautista. *Bases y puntos de partida para la Organización Política de la República Argentina*, capítulo XXXVII, proyecto de Constitución, artículo 15º, Edit. Orientación Cultural Editores, Buenos Aires, 1960, p. 186.

brado con potencias extranjeras por el Poder Ejecutivo, requiere para su validez la aprobación del Parlamento conforme a lo dispuesto en el artículo 75° inc. 22° y se convierte en ley. “Además, todos estos tratados o convenciones de carácter internacional deben ser celebrados con sujeción a los principios de derecho público que caracterizan la forma republicana de gobierno, tal como ella resulta adaptada a nuestro país por la Constitución en el conjunto armónico de sus disposiciones correlacionadas entre sí (artículo 27)”⁸.

La República Argentina, suscribió los instrumentos internacionales fundamentales que rigen el sistema de los Derechos Humanos. Votó en 1948 la Declaración Universal de los Derechos Humanos y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Desde 1952 fue parte de la Convención para la Prevención del Delito de Genocidio y de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial vigente desde 1969. En 1984 se hizo parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José, Costa Rica). No sólo adhirió a la parte dogmática de este acuerdo, sino que también aceptó los mecanismos de control y jurisdiccionales que él establece. Se sometió a la competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la obligatoriedad de sus fallos. Se hizo parte del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su protocolo facultativo en 1986; de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer en 1985; de la Convención contra la Tortura y otros Tratos y Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes en 1986 y de la Convención de los Derechos del Niño en 1989⁹.

Con relación a la exigibilidad del cumplimiento de los compromisos en materia de Derechos Humanos, aún considerando -sin dar espacio a ninguna duda- que los tratados formaban parte del ordenamiento jurídico nacional, se entendía mayoritariamente que la exigibilidad ante nuestros tribunales de un derecho en virtud de una

⁸ Sánchez Viamonte, Carlos. *Manual de Derecho Constitucional*, Edit. Kapelusz, Buenos Aires, 3ª edición, 1958, pp. 96/7.

⁹ Moncayo, Guillermo. “Criterios para la Aplicación de las Normas Internacionales que Resguardan los Derechos Humanos en el Derecho Argentino”, en: *La Aplicación de los Tratados de Derechos Humanos por los Tribunales Locales* (obra colectiva), Edit. del Puerto, Buenos Aires, 1997, p. 89.

convención internacional era programático¹⁰, y para hacerse válido dependía de su tutela por parte de normas internas del Estado. Por otra parte subyacía la teoría de que siendo una ley la que ratificaba un tratado, otra ley podía derogarla o modificarla, desvirtuando así su contenido.

Hacia 1992, la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el difundido caso *Ekmekdjian*¹¹, inició el reconocimiento del orden supranacional en el derecho interno. Se resolvió en primer lugar que los tratados tienen jerarquía superior a las leyes federales, de modo que una ley posterior no puede modificar su contenido. En segundo lugar quedó establecido que el derecho que se invoca con fundamento en una norma internacional es directamente operativo, vale decir automáticamente exigible ante los tribunales locales. Por último se dijo en esa sentencia que, cuando se trataba de la aplicación de un tratado internacional por parte de un tribunal de justicia, su resolución debía conformarse a la jurisprudencia de los órganos internacionales aplicados a la interpretación del instrumento internacional (en el caso la Corte Internacional de Derechos Humanos).

III.El sistema normativo y su interpretación

En la República Argentina la reforma constitucional de 1994, creó un nuevo bloque de constitucionalidad (artículo 75° inc. 22) que sigue en lo esencial lo resuelto por el más alto Tribunal de la Nación en el caso *Ekmekdjian* y que pone en la cima de la pirámide jurídica junto a la Constitución, a los tratados y declaraciones referidas a los Derechos Humanos. Un escalón más abajo se ubican los tratados internacionales suscriptos por la República y en un tercer nivel, las leyes¹². El DIDH tiene supremacía jurídica, normativa, fuerza coactiva e imperatividad. Se trata en suma ante “un normativismo supranacional”¹³.

¹⁰ Cuando en el Derecho se habla de normas “programáticas” se está indicando que no existe mayor disposición a aplicarlas. El legislador pocas veces califica a sus normas de “programáticas”; esos circunloquios se reservan a los intérpretes.

¹¹ *La Ley*, Buenos Aires, Tomo 1992 – C, p. 541.

¹² Abregú, Martín. *La aplicación de los tratados ...*, p. 14.

¹³ Gordillo, Agustín. *Derecho Humanos (Conferencia)*, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 4ª edición, 1999, Tomo III, p. 10.

En cuanto a la interpretación del DIDH, siguiendo a Guillermo Moncayo¹⁴ se puede distinguir entre criterios de **interpretación genéricos y específicos**. Entre los primeros cabe señalar:

- **La particularidad de los tratados sobre los derechos humanos**

Salvo casos específicos en que los Estados que los suscriben tienen objetivos comunes (tratados normativos)¹⁵, tal como sería la creación de un organismo internacional, los tratados “[...] son estipulaciones formales entre dos o más Estados u otras personas del derecho internacional, mediante las cuales se crea, modifica o extingue entre ellos determinada relación jurídica”¹⁶; esto es el establecimiento de derechos y obligaciones cuyos destinatarios inmediatos son los propios Estados (contratos).

Los tratados de Derechos Humanos instituyen un régimen común en interés y beneficio de un indeterminado número de personas sin distinción de ninguna especie. “Hay obligaciones de dar, de hacer y de omitir que derivan de dichos instrumentos y por ende, débitos de prestaciones positivas a cargo del Estado y en favor de las personas”¹⁷. De este modo su acatamiento por parte de los gobiernos, compromete a la comunidad internacional. Así cuando para una persona sea el Estado su principal enemigo, podrá recurrir a una instancia internacional superior en busca de protección¹⁸.

- **La imprescindible orientación de la jurisprudencia internacional**

Aunque con otros valiosos antecedentes jurisprudenciales, este principio fue establecido por la Corte Suprema de Justicia de la Na-

¹⁴ Moncayo, Guillermo. “Criterios para la aplicación...”, pp. 92-103.

¹⁵ Tratados normativos y tratados contratos los llama Ramón López Jiménez, en: *Tratado de Derecho Internacional Público*, Dirección de Publicaciones del Ministerio de Educación, San Salvador, Tomo I, 1969, p. 209.

¹⁶ Podestá Costa, Luis. *Derecho Internacional Público*, Edit. Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 4ª edición, 1960, Tomo I, p. 376.

¹⁷ Bidart Campos, Germán. “La Convención Americana de Derechos Humanos y el Derecho Interno” (nota a la Opinión Consultiva (OC) 14/94 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos), en: *El Derecho*, Buenos Aires, tº 162, 1994, p. 701

¹⁸ Montealegre, Hernán. “Cumplimiento de decisiones de los Organos Internacionales de Protección de Derechos Humanos: el caso del Sistema Interamericano”, en: *Memoria II Curso Interamericano - Sociedad Civil y Derechos Humanos*, IIDH, San José, 2002, p. 202.

ción en el caso *Giroldi, Horacio David y otro s/ Recurso de Casación*¹⁹ del 7 de abril de 1995. En el caso se planteó la inconstitucionalidad de un artículo del código de procedimientos penales que establecía la irrecurribilidad por casación de las sentencias penales de poca monta, violando de este modo el artículo 8, inciso 2º, apartado h del Pacto de San José de Costa Rica que impone la doble instancia judicial como “garantía mínima” para “toda persona inculpada de delito”. La Corte declaró la inconstitucionalidad de la norma impugnada, afirmando la supremacía de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En la interpretación del Alto Tribunal, él debe aplicar los tratados sobre derechos humanos “en las condiciones de su vigencia”, lo que significa en la forma que la Convención efectivamente rige en el ámbito internacional y “considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación”.

En el caso *Giroldi* la Corte sostuvo además que la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos “debe servir de guía” para la interpretación de los preceptos de la Convención Americana de Derechos Humanos en la medida que la República Argentina se subordinó a la competencia de ese Tribunal para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación del Pacto de San José. Se trata de una forma *sui generis* de interpretación, sobre la base de los precedentes jurisprudenciales de otro tribunal, con la peculiaridad en este caso de que se trata de un tribunal internacional. No se trataría -a mi juicio- como dicen algunos autores²⁰ de una interpretación “auténtica” porque dicha interpretación es la que realiza el mismo órgano que dio existencia a la norma jurídica por medio de un nuevo acto que aclara con efecto retroactivo el sentido del acto originario interpretado²¹, sino de una interpretación por “argumento de autoridad” que es la misma que observa el juez cuando en un caso sometido a su consideración, cuenta con un precedente judicial de mayor jerarquía y para cumplir más rápida y con mayor certeza con su deber de administrar justicia, invoca el precedente aún cuando él pudiera tener una opinión diferente; el *stare decisis* del derecho clá-

¹⁹ *La Ley*, Buenos Aires, T. 1995 – D, p. 462.

²⁰ Moncayo, Guillermo. “Criterios para la aplicación...”, p. 94.

²¹ Linares Quintana, Segundo V. *Reglas para la interpretación constitucional*, Edit. Plus Ultra, Buenos Aires, 1988, p. 20.

sico anglosajón. Como diría Lévy-Bruhl es la aplicación del principio en virtud del cual muy raramente se cuestionará judicialmente la interpretación de tribunales de la instancia superior²².

• **Interpretación “pro hominis”**

Las normas sobre derechos humanos deben ser aplicadas necesariamente ajustándose al principio *pro hominis* que determina que, con relación a las disposiciones que establezcan algún derecho, siempre debe estarse a la aplicación que resulte más favorable a la persona. Al mismo tiempo, cuando se trate de una norma que los restrinja, debe interpretarse la norma en el sentido que menos limite un derecho subjetivo.

Una interpretación acorde con este principio es la que reconoce la aplicación de derechos reconocidos por normas internacionales en el derecho interno aunque no estén expresamente reconocidas por éste, e inclusive en los casos de que el tratado que lo estableciese no hubiese estado suscripto por el Estado de que se trate. Lo mismo sucede a la inversa. Cuando los instrumentos internacionales de derechos humanos no reconozcan un determinado derecho y sí lo haga una norma del derecho interno, debe interpretarse aplicando la norma de éste último.

Se trata de la aplicación del básico criterio de reparación frente al asimétrico poder del fuerte frente al débil, del poderoso frente al humilde. Es el principio *pro operaris* del Derecho Laboral, *pro reo* del Derecho Penal, *pro debitoris* del Derecho Civil. Como dice Mónica Pinto, el rasgo fundamental del derecho de los DDHH, es estar siempre a favor del hombre²³.

Un buen ejemplo de la aplicación de este principio, según valora la doctrina, es el caso *Giroidi*. La Constitución argentina no considera una garantía explícita y *sine qua non* de la garantía del derecho de defensa en juicio, la doble instancia judicial. Sin embargo, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su artículo 8º inci-

²² Lévy-Bruhl, Henri. *Sociología del Derecho*, trad. del francés por Myriam de Winizky, colección Cuadernos de Eudeba, Edit. EUDEBA, Buenos Aires, 1964, p. 35. No se puede ocultar la opinión del autor sobre ese método interpretativo: “Esto es, evidentemente, una solución perezosa e incierta, pues con frecuencia el hecho nuevo presenta características diferentes del precedente y la decisión, válida para el primero, no se justifica en cambio para el segundo”.

²³ Pinto, Mónica. *El Principio Pro Homine. Criterios de Hermenéutica y Pautas para la Regulación de los Derechos Humanos*, (Obra colectiva), Edit. del Puerto, Buenos Aires, 1997, p.163.

so H, afirma el derecho en materia penal, de recurrir cualquier fallo ante juez o tribunal superior. De este modo la Corte Suprema de Justicia de la Nación, determinó la invalidación de las normas procesales que impedían la doble instancia en razón de la exigüidad de las penas, criterio más tarde sostenido por el mismo tribunal en el caso *Alvarez Carlos A. y otro*²⁴.

Entre los **criterios interpretativos específicos** se pueden indicar:

- **Condiciones de vigencia**

La referencia a este criterio interpretativo es fundamental para considerar la efectiva integración de la norma internacional al derecho interno, su vigencia y su aplicación. La Constitución argentina acuerda a los tratados jerarquía constitucional en “las condiciones de su vigencia” (artículo 75°, inciso 22). Esta norma implica un envío al llamado Derecho de los Tratados, regulado por la Convención de Viena, del que nuestro país es parte. De acuerdo a esta norma, los tratados multilaterales entran en vigor de la manera y en la fecha que en ellos se disponga o que acuerden los Estados negociadores.

En este punto se incluye el capítulo de las reservas cuyo objeto es excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones en su aplicación al reservante. Las reservas son lícitas a menos que el tratado las prohíba expresamente o que sean incompatibles con su objeto y fin y tienen efectos recíprocos²⁵. Debe entenderse de este modo, que los tratados “tienen jerarquía constitucional en las condiciones de su vigencia” con las reservas que se hagan por parte de cada Estado.

- **Complementariedad de los tratados**

La propia constitución establece que las normas del DIDH, no son derogatorias de ninguna de las normas del Capítulo Unico de la Primera Parte de la Constitución Nacional. Se trata de un aserto fundado en el acuerdo político que sustentó las bases de la reforma constitucional de 1994. No se puede hacer una interpretación que vaya más allá de eso. Se procuró preservar el bloque básico del sistema constitucional de la libertad, vigente en la Constitución histórica, quedando entendido que todos los tratados de derechos humanos son

²⁴ *La Ley*, Buenos Aires, T. 1996 – D, p. 524.

²⁵ Moncayo, Guillermo. “Criterios para la aplicación...”, p. 97.

complementarios de las Declaraciones, Derechos y Garantías estipulados en la Primera Parte de la ley fundamental.

De cualquier manera, la Corte extendió el criterio de complementariedad de las normas de los Derechos Humanos, a la llamada parte orgánica de la Constitución. En el caso *Monges Analía c/Universidad de Buenos Aires*, el alto Tribunal señaló que “[...] los constituyentes han efectuado un juicio de comprobación, en virtud del cual han cotejado los tratados y los artículos constitucionales y han verificado que no se produce derogación alguna, juicio que no pueden los poderes constituidos desconocer”²⁶.

Sobre este punto debe tenerse en cuenta que la interpretación a la luz de un criterio complementario de los tratados de Derechos Humanos, no debe confundirse con una eventual aplicación subsidiaria de esas normas. Las normas del DIDH son integrativas del plexo normativo básico de los derechos fundamentales de los pobladores de un Estado y este juicio de valor constituye una regla central que debe presidir toda consideración en torno a esta materia.

- **Constitucionalización de otros tratados**

El artículo 75° inc. 22 de la Constitución nacional establece un determinado número de tratados internacionales a los que acuerda jerarquía constitucional. Sin embargo esta enumeración no es taxativa porque el legislador, mediante un procedimiento especial puede asignar esa categoría a otros no mencionados explícitamente en la norma pero que tienen un sentido semejante. Para ello el tratado deberá ser aprobado por cada una de las cámaras y luego, el Congreso reunido en asamblea, por los dos tercios de sus miembros, deberá darle aprobación definitiva. De esta suerte el Congreso pasa a tener verdaderas funciones constituyentes, pese al largo debate doctrinario que las precedió²⁷.

Algunas reflexiones finales antes de entrar a la específica cuestión de la seguridad ciudadana:

- **Plena operatividad de los derechos emergentes de los tratados sobre derechos humanos**

La aplicación de las normas del DIDH no requieren normas reglamentarias internas para que sean invocadas y ejercidas en plenitud.

²⁶ *La Ley*, T. 1996 – D, Buenos Aires, p. 111.

²⁷ Sánchez Viamonte, Carlos. *El Poder Constituyente*, Edit. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1957, pp. 260 y sigs.

De acuerdo a un principio del Derecho Constitucional, los derechos y garantías que reconoce la constitución no son absolutos y requieren una ley que reglamente su ejercicio. El reconocimiento de rango constitucional a los tratados sobre Derechos Humanos indujo a algunos autores y jueces a suponer que el tratamiento debe ser el mismo; pero esta postura es incorrecta. De ser así, esos derechos se pueden convertir en una expresión sin vida como ha sucedido con mucha frecuencia y como se podrá apreciar en el análisis de algunos casos jurisprudenciales que se verán más adelante. De cualquier manera, a partir del caso *Ekmekdjian* ya citado, la Corte introdujo la doctrina de la directa operatividad de los tratados en esta materia.

- **Irreversibilidad del derecho supranacional en materia de derechos humanos**

Una vez que un Estado asumió un compromiso en materia de Derechos Humanos, no es posible la vuelta atrás. El artículo 27° de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, aprobada por la ley 19.865, establece que una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”, lo cual no puede razonablemente pretenderse aplicable sólo en las relaciones internacionales del Estado, pues ello importaría una duplicidad de interpretación contraria a la indispensable unidad del orden jurídico²⁸.

IV. Los derechos humanos y la seguridad ciudadana

Desde que el Constitucionalismo diseñó las primeras garantías cívicas en defensa de los derechos fundamentales, particularmente los referidos a las libertades públicas, se sospechó que su plena vigencia podría contradecir el imperio de un estado de seguridad personal (vida, integridad física y bienes), razón y causa esencial del nuevo orden social y económico. Mariano Moreno, imbuido de ideas roussonianas sostuvo desde las páginas de la Gaceta de Buenos Aires en los albores de la Revolución de Mayo que “La seguridad individual es el primer premio que recibe el hombre que renuncia sus derechos naturales para vivir en sociedad”²⁹.

²⁸ Gordillo, Agustín. *Derechos humanos...*, p. 2.

²⁹ Citado por Martínez, Alberto B. “Estudio topográfico de Buenos Aires”, en: *Censo General de Buenos Aires*, Edit. Compañía Sud Americana de Billetes de Banco, Argentina, 1889, Tomo 1, p. 252.

Las mejores y más amplias garantías establecidas en los textos constitucionales para asegurar la libertad, fueron durante gran parte de los siglos XIX y XX virtualmente letra muerta. La simple confrontación del artículo 18° de la Constitución argentina y el épico poema gaucho de Martín Fierro, pone de relieve una invariante y cínica contradicción de la que sólo en muy contados casos, el Estado en nuestra región, fue capaz de resolver en el sentido normativo consagrado.

Al decir del eminente jurista alemán Gustav Radbruch, de la pena de los siervos surgió el derecho penal y con él, conjuntamente, por primera vez una política criminal consciente. Cita un capitular de Childeberto II rey de los francos, del año 596 en el que se consigna explícitamente como fin de la pena, disciplinar a la canalla: *in populo modis omnibus observatur*, porque sólo sobre los carentes de bienes encontró aplicación este nuevo derecho penal. Según el profesor del Heilderberg desde entonces se definió en términos de clase el sistema represivo, y hubo -dicho con una expresión más actual- una concreta criminalización de la pobreza³⁰.

En el terreno teórico las grandes revoluciones políticas y sociales, bajo la inspiración de los ilustrados pensadores del siglo XVIII, habían puesto en evidencia la inseparable relación de los gobiernos de origen democrático con sistemas penales más justos y más humanos. En 1764, dos años después de la aparición del “Contrato Social” de Rousseau, Beccaría publica “De los Delitos y de las Penas”, obra a la que se reconoce como punto de inflexión en la historia del derecho penal. Hasta allí se habían cumplido hasta la náusea las prácticas y experiencias de todos los vicios y pecados del accionar político, y se había cumplido precisamente dentro de la actividad penal³¹. Históricamente el derecho criminal refleja los más sombríos estratos de la condición humana. Las peores inclinaciones y deformaciones en la conducta social se entrelazan en las normas represivas. Ellas no sólo son el refugio del orden establecido sino también y sobre todo la pantalla en la que se disimula la degradación de la política en la corrupción y de la religión y las ideas políticas en la intolerancia³².

³⁰ Radbruch, Gustavo. *El hombre en el derecho*, traducción de Aníbal Del Campo, Edit. Depalma, Buenos Aires, 1980, p. 76.

³¹ Soler, Sebastián. *Bases ideológicas de la Reforma Penal (Conf.)*, EUDEBA, Argentina, 1966, p. 19.

³² Nieto de Cesare Beccaría fue el célebre escritor Alessandro Manzoni que hizo la historia de un proceso judicial en la que se imputó atrozmente a varias perso-

En aquel escenario histórico, la teoría política remodelada con la irrupción de Hobbes, Locke, Montesquieu y Voltaire, sienta el fundamento ético de la libertad y el principio de la inocencia como valladar frente la arbitrariedad y a la aplicación de la pena de sospecha. “Un hombre -dice Beccaría- no puede ser llamado reo antes de la sentencia del juez, ni la sociedad puede quitarle la pública protección sino cuando esté decidido que ha violado los pactos bajo los que le fue concedida. ¿Que derecho sino el de la fuerza será el que de potestad al juez para imponer pena a un ciudadano mientras se duda si es reo o inocente? No es nuevo este dilema: o el delito es cierto o incierto; si cierto, no le conviene otra pena que la establecida por las leyes, y son inútiles los tormentos porque es inútil la confesión del reo; si es incierto, no se debe atormentar a un inocente, porque tal es, según las leyes, un hombre cuyos delitos no están probados”³³.

“Qué camino -pensaba Goethe- no ha debido recorrer el hombre hasta que logró ser moderado frente al culpable, considerado con el delincuente y humano frente al inhumano. Ciertamente que se trataba de hombres de naturaleza divina que dedicaron su vida a hacer posible y más rápido su ejercicio”³⁴.

A estas ideas racionalistas, se une la ponderación liminar de la teoría del delito, formulada en el principio *nullun crimen, nulla poena sine lege* de lejano origen medieval, pero que a nosotros llega reformulado a través de Beccaría³⁵ y la ilustración.

Sobre estas bases se supuso que el Estado no obraría arbitrariamente y que sólo se castigaría en su nombre a las personas, luego de un proceso formal, de cara a la sociedad, respetando todas las garantías legales probatorias, el derecho defensa y la presunción jurídica

nas, como responsables de la peste en Milán en 1640. Hay allí páginas de honda penetración ética y social: “Sólo Dios ha podido saber si esos magistrados hallando a los culpables de un delito inexistente pero deseado, fueron cómplices o ministros de una multitud [...] cegada, no ya por la ignorancia sino por la malignidad y el furor”. Manzini, Alessandro. *Historia de la columna infame*, traducción de Elcio Di Fiori, Edit. Bruquera, Barcelona, 1984, p. 28.

³³ Beccaria, Cesare. *De los delitos y de las penas*, traducción de la primera edición castellana de 1774, Alianza Editorial, Madrid, 2ª edición, 1980, capítulo XVI, p. 52.

³⁴ Goethe, Johann W. “Años de andanzas de Guillermo Meister”, en: *Obras Completas*, traducción de Rafael Cansinos Assens, Edit. Aguilar, Madrid, 1958, Tº I, p. 725.

³⁵ Beccaría. *De los delitos...*, p. 29.

de inocencia. Únicamente las acciones serían penalmente reprecensibles, nunca los pensamientos ni las intenciones. Estos principios se convirtieron en los dogmas del moderno Estado democrático, devenido más tarde en Estado de derecho.

La Constitución argentina de 1853/1860 estableció en el artículo 18° antes mencionado que:

Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa. Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo; ni arrestado sin orden de autoridad competente. Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos. El domicilio es inviolable, como así también la correspondencia epistolar y los papeles privados y una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y a su ocupación. Quedan abolidas para siempre la pena de muerte por causas políticas, toda especie de tormento y los azotes. Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquella exija hará responsable al juez que la autorice.

La transcripción *in toto* de la norma, apunta a descubrir el compromiso ideológico del constituyente por la fórmula de la libertad, compromiso que no fue generalmente acompañado por las prácticas del poder en todas sus funciones. En un penetrante e imprescindible ensayo, Eugenio Zaffaroni propone pensar en la “pérdida” de las “penas” es decir, la generación de “dolor” sin “sentido” (“perdido”, o sea, carente de racionalidad):

En la Criminología de nuestros días es corriente la descripción de la operatividad real de los sistemas penales en términos que nada tienen que ver con la forma en que los discursos jurídicos-penales presuponen que operan, es decir, que la programación normativa se basa sobre una ‘realidad’ que no existe y el conjunto de agencias que debiera llevar a cabo esa programación opera en forma completamente diferente [...] El dolor y la muerte que siembran nuestros sistemas penales están tan perdidos que el discurso jurídico-penal no puede ocultar su desbaratamiento, valiéndose de su vetusto arsenal

de racionalizaciones reiterativas; nos hallamos frente a un discurso que se desarma al más leve roce con la realidad³⁶.

Esta perturbadora conclusión, se fundamenta a partir de la comprobación de que los sectores o clases dominantes no han hallado, ni en los mejores trances de su historia, otra forma de responder a los conflictos interindividuales o sociales, más que con soluciones penales. Sostiene Loïc Wacquant que “Así como la ideología neoliberal en materia económica se basa en la separación hermética entre lo económico (presuntamente regido por el mecanismo neutral, fluido y eficiente del mercado) y lo social (habitado por la arbitrariedad imprevisible de las pasiones y los poderes), la nueva *doxa* penal que hoy se difunde desde los Estados Unidos a todo el continente europeo pasando por el Reino Unido, postula una cesura neta y definitiva entre las circunstancias (sociales) y el acto (criminal), las causas y las consecuencias, la sociología (que explica) y el derecho (que regula y sanciona)”³⁷.

Después de los años de “plomo” vividos en la Argentina durante la dictadura militar, el retorno de la democracia abrió paso a la esperanza de un Estado de derecho pleno, en el que quedarían en la buhardilla de los malos recuerdos, las prácticas despreciativas de los derechos humanos llevadas a cabo durante tantos y tantos años. No se trataba obviamente de suprimir el “terror de Estado”, sistema criminal que había caído en la obsolescencia institucional a partir del momento en que se reinstauró el régimen constitucional; era la de abolir el sistema penal autoritario que había imperado virtualmente en la historia y reemplazarlo por otro que se ajustase adecuadamente a las prescripciones de la Constitución y de las leyes. Si bien mediante la vigencia de las instituciones recreadas al calor de la vigencia de la soberanía popular se pudo enjuiciar y condenar a los responsables del genocidio durante la dictadura -hecho sin precedentes y que se deberá valorar en su justa dimensión-, sucesivos episodios políticos y circunstancias derivadas del modelo económico adoptado, mantuvieron la invariable tendencia a buscar en las respuestas penales -muchas de ellas de inusitada violencia y brutalidad-, la solución de los graves conflictos que vivió la mayoría de los argentinos a partir de los años de su sedicente prosperidad económica.

³⁶ Zaffaroni, Eugenio Raúl. *En busca de las penas perdidas*, Edit. Ediar, Buenos Aires, 3ª reimpresión, 2003, p. 16.

³⁷ Wacquant, Loïc. *Las cárceles de la miseria*, traducción de Horacio Pons, Edit. Manantial, Buenos Aires, 2000, p. 60.

En primer lugar la impunidad obtenida por los crímenes de lesa humanidad cometidos durante la dictadura militar, por medio de las leyes de punto final y obediencia debida (recientemente derogadas), resultantes de las presiones militares sobre el poder político. Luego por el indulto presidencial a los principales responsables del plan criminal³⁸ -cuyas condenas estaban vigentes-, como imprescindible certificación de certeza para generar credibilidad en el *establishment* en un nuevo modelo económico muy ajeno a las tradicionales posturas políticas de los partidos mayoritarios argentinos³⁹.

Esta situación, sumada a la fuerte degradación del aparato policial y penitenciario sufrida durante la dictadura, dio “carta de ciudadanía” (para no decir “legitimaron”) antiguas prácticas ilegales, extrañas a un Estado de derecho que además había reconocido como propio de su ordenamiento jurídico, los principales instrumentos del DIDH.

Finalmente, la grave crisis económica y social que vive la Argentina desde hace años que, como se dijo más arriba, fue resultado de un modelo económico de exclusión y marginalidad, aumentó los índices de la delincuencia a niveles antes desconocidos⁴⁰. Los graves problemas coadyuvantes al desarrollo de la criminalidad -sobre cuya etiología no hay dudas- son disimulados bajo la definición de un tipo de criminal siempre pobre y “dogmáticamente” irrecuperable.

Frente a esta criminalidad y a estos delincuentes, ante un aparente estado de indefensión e impotencia de la sociedad, existe una fuerte propuesta política demagógica (sobre todo de campaña electoral) que gira en torno a una más severa represión y al incremento de las penas. La demagogia consiste en no resolver el problema, sino identificarse con el reclamo.

La reacción ante el estado de inseguridad se presenta bajo la forma de una caricatura de seriedad, verbosidad severidad y rostro ce-

³⁸ Calificación empleada por la Cámara Federal en lo Penal, Tribunal que procesó y condenó a los jefes de la dictadura.

³⁹ Zlotogwiazda, Marcelo. “Situación límite”, en: *Revista Realidad Económica*, n° 92 y 93, 1° y 2° bimestres de 1990, Buenos Aires, p. 12.

⁴⁰ No puede desconocerse tampoco que todo el proceso de industrialización en el que el Estado no ha tenido un protagonismo planificador básico, ha generado el aumento de la delincuencia. Ver: Solís Quiroga, Héctor. “Industrialización y Delincuencia”, en: *Estudios de Sociología*, Edit. Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 1964, Tomo 8, p. 348 .

ñudo. Halcones con grandilocuencia de perico, fugan hacia delante de los problemas y predicen la cultura del miedo para no afrontar seria y responsablemente el problema del delito y la inseguridad en las grandes ciudades de la República. Al privilegiar la seguridad a costa de la justicia se crea una seguridad injusta (que obviamente tampoco es “segura”) y la criminalidad se confunde intencionadamente con la antijuridicidad de las demandas sociales⁴¹.

Un interesante trabajo periodístico de Pablo Mendelévich revela por ejemplo que entre 1990 y 1997, después de cada hecho violento conmocionante, a pesar de las contundentes proscipciones constitucionales para hacerlo, el ex presidente Carlos Saúl Menem propuso siete veces la implantación de la pena de muerte, el ex gobernador de Buenos Aires Eduardo Duhalde dos veces, el ex gobernador de Catamarca Ramón Saadi una vez, un ex ministro de Justicia del gobierno de Menem, Raúl Granillo Ocampo una vez y legisladores del partido oficialista en dos oportunidades⁴².

No puede sorprender que el de la seguridad sea para los argentinos uno de los más graves problemas actuales. La “sensación de inseguridad” que se vive en las grandes ciudades le hace reclamar a la población “mano dura y presencia policial, o recurrir a la vigilancia privada, según sus recursos, además de acumular medidas que van desde la instalación de alarmas a la posesión de armas para prevenirse. Pero sigue pendiente un debate sobre las causas sociales de la inseguridad y, también, las institucionales: la policía incrementa su poder y la impunidad con que ‘controla’ el delito a través de arreglos o balas, según el grado de poder y de experiencia que tengan los delincuentes, sin olvidar la práctica del ‘gatillo fácil’, naturalizada en el contexto de miedo alimentado incansablemente por los medios de comunicación. En suma, un ‘negocio’ del que también se beneficia en parte el sistema político, que nada hace para atacar el fondo del problema”⁴³.

⁴¹ Rico análisis en torno a esta cuestión, ver Enrique Pérez, Pedro. “Argentina en la década de los ‘90: judicialización y desjudicialización para la exclusión social”, en: *Revista Realidad Económica*, n° 178, febrero-marzo de 2001, Buenos Aires, pp. 122 y sigs.

⁴² Mendelévich, Pablo. “A la hora señalada”, *Diario Clarín*, 16 noviembre de 1997, 2ª sección, Buenos Aires, p. 12/3.

⁴³ Ragendorfer, Ricardo. “Blindados hasta el alma de Buenos Aires”, *Revista Le Monde Diplomatique*, n° 23, edición Cono Sur, Buenos Aires, mayo de 2001, p. 17.

No deja de llamar la atención que miles de ciudadanos y ciudadanas que miraron con impavidez las atrocidades cometidas en los años del “terrorismo de Estado”, reclamen paladinamente, la máxima dureza penal con delincuentes cuyo número y peligrosidad aumentan ciertamente a diario, al abrigo de la incapacidad política para encontrar remedio a las causas de esa inseguridad. Tal vez sea como dijo el Secretario General de las Naciones Unidas Kofi Annan: “Vivimos en un mundo en el que un hombre tiene más posibilidades de ser juzgado si mata a una sola persona que si mata a cien mil”⁴⁴.

En este contexto, resulta para muchos ideológicamente conducente perpetuar prácticas y procedimientos que configuran verdaderas violaciones a los DDHH tanto sea en formas “legales” como “ilegales”.

Refiriéndose a las políticas criminológicas en práctica, Elías Carranza⁴⁵ hace una clasificación muy precisa: a) Etapa de prevención anterior al hecho delictivo; y b) Etapa de cumplimiento de la pena y de la privación de la libertad durante el proceso.

a) Etapa de prevención

- La prevención anterior al delito se ha reducido casi con exclusividad en la policía y el aumento de casos delictivos ha servido de fundamento, ante la ausencia de políticas criminológicas que den otra respuesta, para multiplicar los efectivos policiales.
- La prevención de la criminalidad por medio del sector de bienestar social (deportes, salud, educación, recreación, etc.), fue en general reducida por imposición de los organismos financieros internacionales.
- La prevención por medio de la organización de la comunidad, a pesar de los progresos alcanzados, es parcial y todavía incipiente.

b) Etapa posterior al hecho delictivo

- La policía “previene” interviniendo por una denuncia o por propia determinación. Según Carranza esto sucede en el 95 % de los casos aproximadamente. En un muy reducido número de casos toma conocimiento directamente la autoridad judicial.

⁴⁴ “Después del horror, la memoria y el olvido”, *Revista El Correo de la UNESCO*, París, diciembre de 1999, p. 30.

⁴⁵ Carranza, Elías. “Política criminal y humanismo en la reforma de la justicia penal”, *Revista Nueva Sociedad*, n° 116, Caracas, noviembre-diciembre de 1991, p. 61.

c) Etapa de cumplimiento de la pena

- En el momento de la prevención policial, y con frecuencia durante la etapa de instrucción judicial, la privación de libertad se lleva a cabo en las comisarías policiales, cuyo personal tiene a su cargo la custodia de los detenidos. Cuando éstos son alojados en el sistema penitenciario, lo que como regla sucede al dictarse auto de procesamiento, o prisión preventiva o la condena, nuevamente es personal dependiente del poder ejecutivo, policial o de seguridad penitenciaria el que tiene a su cargo los presos. Hay que tener presente que el personal penitenciario es primordialmente de seguridad y administrativo, siendo la proporción del personal técnico muy reducida⁴⁶.

Si se parte de la base que el objetivo central de la Política Criminal (entendida como ciencia) es la prevención de la delincuencia⁴⁷, resulta de toda evidencia que ha fracasado y hasta se puede decir que en muchos aspectos ha contribuido a aumentar los índices de criminalidad. De hecho en los últimos años se registra un marcado crecimiento estadístico del delito. De esto deriva un paralelo incremento de la población carcelaria que se traduce básicamente en más violaciones a los Derechos Humanos, terrible hacinamiento y mayores cargos para el erario público. Según Irvin Waller “Las medidas de prevención del delito que recurren simplemente a la contratación de un número mayor de policías, la introducción de mejores métodos de represión, la imposición de penas más severas y la construcción de más prisiones, han resultado desalentadores. Las estadísticas de policía, las encuestas entre la población sobre actos en que han sido víctimas, y los sondeos que tratan de evaluar la sensación de inseguridad en las personas, todo indica que la situación no ha dejado de deteriorarse durante los tres últimos decenios”⁴⁸.

⁴⁶ *Ibíd.*, p. 62.

⁴⁷ Soler, Sebastián. *Derecho Penal Argentino*, Edit. Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 2ª reimpresión de la 2ª edición, 1953, Tº I, p. 36. En otro sentido ver Jiménez de Asúa, Luis. *El Código Penal Argentino*, Edit. Librería y Editorial La Facultad, Buenos Aires, 2ª edición, 1943, p. 90. Para una actualizada consideración sobre el tema ver Baratta, Alessandro. “Política Criminal: Entre la Política de Seguridad y la Política Social”, en: *Delito y Seguridad de los Habitantes* (obra colectiva), Siglo Veintiuno, México, 1997, p. 80.

⁴⁸ Waller, Irvin. “Prevención del Delito: La nueva esperanza de las políticas de Urbanismo”, en: *Delito y Seguridad de los Habitantes...*, p. 65.

Otra consecuencia de este fracaso, es que toda la política criminológica se reduce a la pena de prisión; pareciera que no existieran otras formas de readaptación social del delincuente. A pesar de los instrumentos internacionales⁴⁹ que recomiendan que sólo como última medida se impongan estas penas, y la verificación cotidiana de que el encierro engendra más problemas éticos, sociales, psicológicos y económicos que los que resuelve, las políticas llevadas a cabo por la mayoría de los países apunta a aumentar las penas de prisión y limitar a los jueces la facultad de otorgar medidas de libertad condicional.

Las fundadas consideraciones de Carnelutti sobre el carácter y justificación de la pena de reclusión son ahora y en nuestro medio, absolutamente disfuncionales a su objeto: “en tanto la reclusión puede reeducar a la libertad, en cuanto el modo de vida del recluso está prudentemente dispuesto para esta finalidad”⁵⁰. Sin embargo es fácilmente verificable que “La ideología de la cárcel carece de legitimidad pues no se adecua a sus objetivos sociales sancionados por el régimen constitucional: no resocializa. Consume prácticas dirigidas a domesticar los cuerpos, reducir toda producción simbólica y destruir toda capacidad afectiva. El resultado final es la pérdida de la identidad de los sujetos. El lugar es una fábrica de ‘hombres masa’, una cinta de montaje que produce futuros delincuentes más avezados o las múltiples formas de la adicción”⁵¹. Se hace efectivo el antiguo apocribamiento de Concepción Arenal: sistema penitenciario escarnio de la justicia y no auxiliar del derecho⁵².

Como dice el penalista brasileño Edmundo Oliveira “La justicia sigue pues buscando, sin encontrarlas, medidas de ejecución penal que respondan eficazmente a la necesidad de reinserción social y moral de los delincuentes. Salvo en aquellos casos en que el delincuente representa un peligro constante y concreto para la sociedad,

⁴⁹ Para una enumeración de los instrumentos internacionales de las Naciones Unidas sobre la protección de personas sometidas a detención o prisión, ver: *El Correo de la UNESCO*, junio de 1998, París, p. 38.

⁵⁰ Carnelutti, Francesco. *El problema de la pena*, traducción de Santiago Sentís Melendo, Edit. Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1947, p. 48.

⁵¹ Villarruel, José C. “Devoto: Muros y barrotes, hombres y mujeres”, *Revista Nueva Sociedad*, nº 119, Caracas, mayo-junio de 1992, p. 63.

⁵² Gómez Bustillo, Miguel R. *Concepción Arenal, su vida y su obra*, Edit. Depalma, Buenos Aires, 1981, p. 36.

se impone encontrar penas sustitutivas de la privación de libertad con auténticas virtudes educativas”⁵³.

Otra patología procesal es aquella que recomienda privar de libertad a una persona durante el proceso, lo que configura en el mayor número de los casos violar el principio de presunción de inocencia y crear una insostenible situación práctica y jurídica de presos sin condena (Todo esto no estaba previsto en el abstracto esquema de Carnelutti). A pesar de que una abigarrada lista de instrumentos internacionales receptan disposiciones tendientes a abreviar la duración de los procesos administrativos y judiciales, porque la celeridad está directamente vinculada a la seguridad jurídica⁵⁴, es común que se produzcan estas aberrantes situaciones, la mayor de las veces abonadas por precedentes jurisprudenciales y doctrinarios: “si bien es dable reconocer raigambre constitucional a los institutos que regulan la libertad provisoria, no es menos cierto que también reviste ese origen su necesario presupuesto. Es preciso conjugar el derecho de la sociedad a defenderse contra el delito, con el de quien soporta la condición de imputado”⁵⁵. Según Alberto Bovino, el principio de inocencia es el “principio de principios” en materia de encarcelamiento preventivo y es el punto de partida para analizar todos los problemas y aspectos de la privación de la libertad personal. “La exigencia impide –sostiene ese autor-, que se trate como culpable a la persona solo sospechada de haber cometido una conducta delictiva, sin importar el grado de verosimilitud de la sospecha, hasta que un tribunal competente no pronuncie una sentencia que afirme su culpabilidad e imponga una pena”⁵⁶.

De resultados de lo expuesto queda en evidencia que existe una paradójica relación entre la protección de los Derechos Humanos y el sistema penal; paradójica porque en última instancia todo el sistema

⁵³ Oliveira, Edmundo. “Un sistema en entredicho”, *Revista El Correo de la UNES - CO*, junio de 1998, París, p. 5.

⁵⁴ Albanese, Susana. “El plazo razonable en los procesos internos a la luz de los órganos internacionales”, en: *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales* (obra colectiva), Edit. del Puerto, Buenos Aires, 1997, pp. 247 y ss.

⁵⁵ A simple título de ejemplo ver CSJN Fallos 280:297, en: Dálbora, Francisco J. *Curso de Derecho Procesal Penal*, Editorial Policial-Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1986 T° I, p. 273.

⁵⁶ Bovino, Alberto. “Garantías Judiciales en Materia Penal”, en: *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Edit. del Puerto, Buenos Aires, 1997, p. 438.

jurídico se instituye para asegurar la vida, la salud, la dignidad y los bienes de las personas. Pero lo paradójico deja de serlo si atendemos a la marcada impronta clasista que en su aplicación y en la propia definición de sus alcances tuvo a través de la historia (en la mayor parte de la historia) el sistema represivo y sobre la cual nos advirtiera páginas más arriba Gustav Radbruch.

Con morbosa delectación los medios de comunicación, distorsionando hechos y realidades, agravan la situación al inducir equívocas percepciones en la sociedad. Se genera de este modo un sentimiento, una sensación de inseguridad que suele no tener correspondencia con lo que verdaderamente sucede. Mediante un proceso de desfiguración psicológica una situación cierta de potencial inseguridad se transforma en una certeza casi absoluta de que cada individuo será fatalmente víctima de un delito, con el agravante de que en la enorme mayoría de los casos, el delincuente quedará impune. En la República Argentina son infinitamente más las víctimas de los accidentes de tránsito que de las de los delitos, sin embargo fuera del episodio truculento en sí, los medios de comunicación se desinteresan en formar conciencia de que, por ejemplo, si se usaran los cinturones de seguridad en los automóviles, perderían la vida alrededor de 1.300 personas menos por año. El desconcertante contraste encuentra su explicación en la diferente rentabilidad que tiene informar exagerando y distorsionando en un caso, y en disimular las verdaderas causas del accidente en otros⁵⁷.

V. La violencia institucional

El corolario de la situación que estamos describiendo es lo que se conoce como “violencia institucional”. Se entiende por “violencia institucional” a los actos llevados a cabo por las agencias legitimadas para el uso de la fuerza cuando en la realización de sus facultades, la institución se exceda en su ejercicio. Puede tratarse tanto de una aplicación más gravosa como una arbitrariedad o discrecionalidad manifiesta que constituya un hecho ilícito. En ciertos casos se tratará sencillamente de un accionar delictivo pero, en otros, podrán existir normas jurídicas que avalen este accionar violento; sin embar-

⁵⁷ Sobre la cuestión de los accidentes de tránsito, ver agudas observaciones en: Sauvy, Alfred. *Costo y valor de la vida humana*, traducción de Salvador María del Carril, Edit. Emecé Editores, Buenos Aires, 1977, p. 259.

go ambos casos tendrán en común no respetar los Derechos Humanos⁵⁸.

Esta “violencia institucional” -llamada así porque se configura en el marco de un gobierno de origen legal y legitimidad republicana, pero que se ejerce ilegalmente-, suele ir acompañada por lo que Abregú, muy acertadamente llama una “mayoría bulliciosa”, que hace público su respaldo a esa metodología y que pone a la luz, la forma que tienen algunos de hacer justicia por mano propia, aplaudiendo la arbitrariedad ajena. “El consenso de estas prácticas -dice Abregú-, debe buscarse tanto en los niveles de base del esquema social como en las instituciones que las provocan o consienten [...] La sociedad parece estar dividida entre aquellos directamente perjudicados y algunos sectores sociales que los acompañan en sus reclamos, y una inmensa mayoría de desinformados y despreocupados vecinos, cuando no directamente enfrentados, que recuperan la violencia institucional como una forma de alcanzar la tan preciada seguridad individual”⁵⁹.

El tema de la “violencia institucional” no sólo compromete a la Policía, como agencia de intervención directa en la prevención y represión del delito, sino también al Poder Judicial que no interviene correctivamente ante procedimientos de esta naturaleza, sino que con sus fallos muchas veces convalida detenciones ilegales o no hace lugar ante denuncias por malos tratos o no persiste en el castigo de sus responsables. No conceder libertades provisionales, cuando está legalmente autorizado para ello, por temor a la “mayoría bulliciosa” y justificar indignas condiciones de detención tanto a procesados como condenados en cuadran en hechos a los que se puede calificar como de “violencia institucional”, hechos que de ninguna manera y en ningún caso han tenido efectos disuasivos para los delincuentes. “En todos estos casos ya no se trata del árbitro que no impide que el más grandote aplique sucesivos golpes bajos, sino que, personalmente, es el juez el que toma por la espalda al más débil para que continúe la golpiza”⁶⁰.

⁵⁸ Abregú, Martín. “Contra las apologías del ‘homicidio uniforme’ La violencia policial en la Argentina”(Conf.), *Revista Nueva Sociedad*, nº 123, Caracas, enero-febrero 1993, nota 1, p. 70.

⁵⁹ *Ibíd.*, pp. 75-76.

⁶⁰ *Ibíd.*, p. 78.

VI. La recepción jurisprudencial del DIDH

A los fines de este trabajo se han seleccionado algunos pronunciamientos jurisprudenciales -preferentemente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación- con referencia a los siguientes temas: 1) garantías judiciales en materia penal (doble instancia en la justicia penal); 2) encarcelamiento preventivo; 3) situación de los niños frente en el derecho penal.

1. La doble instancia en la justicia penal

El artículo 8° inciso h) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece bajo el título de “Garantías Judiciales” el derecho de todo inculpado frente a una sentencia condenatoria a “recurrir del fallo ante juez o tribunal superior”. Esto es lo que se conoce en doctrina como “derecho al recurso” o a la “doble instancia”. Por su parte el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 14.5 dice que “Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescripto por la ley”.

La aplicación de esta norma del DIDH generó algunas dudas en la doctrina argentina, no con relación a su vigencia jurídica -cuya validez interna nadie discute-, sino a la lógica de su interpretación⁶¹. Una de ellas, felizmente desvirtuada por Maier, era si el Estado -como acusador- estaba habilitado para recurrir en pos de una condena o de una sentencia más grave. Este autor afirma que la doble instancia instituida por los tratados antes indicados es una garantía que protege al condenado y cualquier otra interpretación representa una verdadera hipocresía, además de una incorrección legal⁶².

Sin embargo la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso *Jofré, Hilda y otra*, del 24 de marzo de 1993⁶³, revocó una sentencia absolutoria de instancia superior por violación a la garantía de

⁶¹ Sobre estas posturas ver Bidart Campos, Germán. “La doble instancia en el proceso penal (La Convención Americana sobre Derechos Humanos de San José de Costa Rica”, *El Derecho*, Buenos Aires, T° 118, p. 879; y Sagües, Néstor, Pedro. “La instancia judicial plural penal en la Constitución Argentina y en el Pacto de San José de Costa Rica”, *La Ley*, Buenos Aires, T° 1988 – E, p.156.

⁶² Maier, Julio B. “El recurso del condenado contra la sentencia de condena: ¿Una garantía procesal”, en: *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales* (obra colectiva), Edit. del Puerto, Buenos Aires, 1997, pp. 412-413.

⁶³ *La Ley*, Buenos Aires, T. 1994 – C, p. 451.

la defensa en juicio, en un recurso de queja por apelación denegada interpuesto por el agente fiscal de Cámara. En el caso en examen, todas las evidencias condenatorias se basaban en declaraciones prestadas ante la policía. La Corte dijo que “en el presente caso no se dan las particulares circunstancias que hagan aplicable la doctrina de este tribunal [...] según la cual debe excluirse del proceso cualquier medio de prueba obtenido por vía ilegítima, toda vez que los datos que permitieron a la policía individualizar a las víctimas, fueron recabados sin coacción y como resultado de las averiguaciones que le eran impuestas” (considerando 6) La Corte Suprema concluye que “la absolución dictada deviene violatoria de la garantía constitucional del debido proceso ya que -al no haberse transgredido las disposiciones del art. 316 del Cod. de Proced. en Materia Penal- se descalificó prueba conducente para la adecuada solución de la causa” (considerando 7).

Como se aprecia, en este caso el alto Tribunal hace una incorrecta interpretación de la garantía en consideración. Debe tenerse en cuenta que tanto en primera como en segunda instancia, los tribunales de grado habían absuelto a la imputada por la grave falla procesal que adolecía la causa. En ambos grados el Ministerio Público tuvo todas las garantías procesales a su disposición y había hecho pleno uso de ellas: formuló la acusación y al no haber obtenido una sentencia condenatoria apeló. Ante la confirmación del tribunal *ad quem* de la absolución, interpuso un Recurso Extraordinario; y al no concedérsele, interpuso el Recurso de Queja que la CSJN acogió, entendiendo que no se habían respetado las reglas del debido proceso en lo que al agente de la acusación se refería.

La vigencia de un omnipresente poder acusatorio no tendría más aspiraciones. Es la convicción de que las garantías individuales son también inherentes al poder del Estado o para mejor decir de los órganos a los que compete el ejercicio de su poder. Esta perceptible inclinación jurisprudencial -malgrado pese a la ideología dominante en nuestro más alto Tribunal-, no guarda coherencia con la mejor doctrina sentada hace ya muchos años, como que fue en 1887, en el caso *Eduardo Sojo*, en el que la Corte Suprema de Justicia dejó establecido que “Es principio de derecho común que el mandatario sólo puede hacer aquello a que se halla expresa o implícitamente autorizado por su mandato, y este principio es el mismo que sirve de base a la interpretación de los poderes en el orden constitucional. Sólo a

las personas en el orden privado es aplicable el principio de que nadie puede ser obligado a hacer lo que la ley no mande, ni privado de hacer lo que la ley no prohíbe; pero a los poderes públicos no se les puede reconocer la facultad de hacer lo que la Constitución no les prohíba expresamente, sin invertir los roles respectivos de mandante y mandatario y atribuirles poderes ilimitados”⁶⁴. Considero atinente a la inteligencia de esta antigua sentencia el pensamiento de Julio Maier cuando dice que “la garantía de las convenciones establece un derecho al recurso sólo para el condenado -y no para otras personas, menos aún para órganos estatales- y en todo caso, si se concediera un recurso al acusador, la condena lograda por él ante un tribunal superior debería permitir todavía un recurso al condenado”⁶⁵.

En el caso *Jáuregui, Luciano* del 15 de marzo de 1988⁶⁶, la Corte Suprema debió considerar la singular⁶⁷ impugnación a la ley 23.049 en cuanto ésta prevé, permitiendo el avocamiento de la justicia civil, la supresión de la instancia militar. En el *sub examine* la Corte dijo que “el requisito previsto en el art. 8º, apart. 2º, inc. h) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (ratificada por la ley 23.054), que establece el derecho de toda persona inculpada por un delito de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior, sólo debe ser considerado en los supuestos de la sentencia definitiva de la causa u otra resolución asimilable a ella, extremo que se da en el presente proceso”.

Sobre este particular es necesario destacar que el primitivo Recurso Extraordinario establecido por la ley 48 perseguía básicamente tres objetivos: la supremacía de las instituciones federales sobre las provinciales; la supremacía de la constitución sobre las autoridades nacionales o provinciales; y la casación federal. No era de su naturaleza la consideración de cuestiones de derecho común o procesal y de asuntos de hecho y de pruebas⁶⁸.

⁶⁴ Causa CVIII, 22 de septiembre 1887, Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, CSJ, T.32, Buenos Aires, p.120.

⁶⁵ Maier, Julio B. “El recurso del condenado...”, p. 413.

⁶⁶ *La Ley*, Buenos Aires, 1988, p. 159.

⁶⁷ Singular en cuanto a que lo que el apelante cuestionaba era que por una ley se privara al Poder Ejecutivo de someter a la jurisdicción de los tribunales castrenses el tratamiento de delitos cometidos por militares en actos de servicio. Su ubicación, como personal militar de jerarquía, lo hacía confiar más en el juicio de sus pares que en el Poder Judicial.

⁶⁸ Pedro Sagües, Néstor. *Recurso Extraordinario*, Edit. Depalma, Buenos Aires, Tº I, pp. 273 y ss.

Con el desarrollo de la teoría de la sentencia arbitraria, el horizonte del Recurso Extraordinario se fue ensanchando, permitiendo por esta vía tratar cuestiones que se interpretaran como contrarias a una derivación razonable del derecho vigente, siempre que su defecto fuese tan grave que permitiera descalificárselo como acto judicial. Sin embargo, no puede interpretarse a este recurso como otro ordinario, por las restricciones propias para que su pretensión sea admitida.

Para dar adecuado cumplimiento a lo requerido en la ya citada norma de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, es necesario establecer un tribunal superior que libremente pueda considerar la impugnación contra errores o vicios que perjudiquen un debido proceso, extremo que no se cumple con el Recurso Extraordinario previsto en el artículo 14° de la ley 48.

En el caso *Giroldi*, la CSJN, modificando su anterior posición, estableció que “en el caso antedicho (se refiere a *Jauregui* citado *ut supra*), el tribunal consideró que el requisito previsto en el ya señalado art. 8°, parr. 2°, inc. h de la convención se hallaba satisfecho por la existencia del recurso extraordinario federal ante este tribunal. Sin embargo, las reglas y excepciones que en aquella época determinaban la competencia apelada de la Corte Suprema sufrieron modificaciones a partir de la reforma introducida en el año 1990 por la ley 23.774. que otorgó al tribunal la facultad de rechazar, por la sola aplicación del art. 280 del Cod. Procesal Civil y Comercial de la Nación, recursos extraordinarios por falta de agravio federal suficiente o cuando las cuestiones planteadas resultaren insustanciales o carentes de trascendencia. Que en tales condiciones puede sostenerse hoy con nuevos fundamentos que, en hipótesis como la de autos, el recurso extraordinario no constituye un remedio eficaz para la salvaguarda de la garantía de la doble instancia que debe observarse dentro del marco del proceso penal como garantía mínima para toda persona inculpada de delito” (considerandos 7 y 8).

Este caso se inició con una condena de un mes en suspenso contra dos personas por el Tribunal Oral en lo Criminal n° 6 de la ciudad de Buenos Aires. Frente a esa resolución la defensa interpuso un recurso de casación alegando violación de las garantías del debido proceso y defensa en juicio. Subsidiariamente planteó la inconstitucionalidad del límite establecido en el segundo inciso del artículo 459 del Código Procesal Penal, argumentando en el sentido de que dicho límite no resultaba aplicable al caso frente a la violación de garantías

constitucionales. El tribunal de Casación rechazó el recurso sosteniendo la vigencia del pronunciamiento de la Corte Suprema en el caso *Jáuregui* en cuanto a que el Recurso Extraordinario podía ser considerado como una instancia suficiente para dar repuesta al Pacto de San José.

En el mismo sentido se orientó la Corte en el caso *Alvarez*, originado en la citación por parte de un juez correccional a dos legisladores en una causa promovida por injurias.

El 14 de octubre de 1997, la Corte Suprema tuvo oportunidad de pronunciarse en el caso *Arce, Jorge*⁶⁹ que había sido llevado a su conocimiento por un recurso extraordinario interpuesto por el representante fiscal contra un fallo de la Cámara Nacional de Casación Penal, por cuanto, a su entender, se violaban las garantías del debido proceso y de igualdad ante la ley. El tribunal de casación, había sostenido entre otras cosas que “la Convención Americana sobre Derechos Humanos -que consagra la garantía de la doble instancia-, no ampara a quien ejecuta la acción penal como órgano del Estado en tanto tiene como finalidad principal asegurar la plena vigencia y el respeto de los derechos fundamentales referentes al ser humano. En el caso *Giraldi* -varias veces invocado-, la Corte entendió que era inconstitucional la norma que restringía las posibilidades recursivas al monto de la pena. Se pregunta ahora el alto Tribunal si esa garantía es aplicable al Ministerio Público, y llega a la conclusión que “las garantías emanadas de los tratados sobre derechos humanos deben entenderse en función de la protección de los derechos esenciales del ser humano y no para beneficio de los estados contratantes. En ese sentido la Corte Interamericana, cuya jurisprudencia debe servir como guía para la interpretación de esa convención, en la medida que el Estado argentino reconoció la competencia de dicho tribunal para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de los preceptos convencionales [...] dispuso: ‘los Estados [...] asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción’. La Corte toma asimismo como antecedente la norma análoga del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en el que claramente se establece que “Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal

⁶⁹ *La Ley*, Buenos Aires, T. 1997 – F, p. 697.

superior conforme a lo prescripto por la ley”. (artículo 14° inciso 5). “Por lo expuesto -concluye el máximo tribunal-, de la conjunción de ambas normas, surge que la garantía del derecho de recurrir ha sido consagrada sólo en beneficio del inculpado”.

Este caso verifica una interpretación mucho más ajustada a las reglas del DIDH que la consignada en el caso *Jofré* antes citado, debiendo dejarse aclarado que aquél se había dictado antes de la reforma constitucional de 1994.

2. El encarcelamiento preventivo

Tuvimos oportunidad más arriba de referirnos al llamado principio de inocencia, desde Beccaría piedra angular del sistema penal del Estado constitucional democrático, nacido al calor de las revoluciones liberales de los siglos XVIII y XIX. Sin embargo el mismo sistema político-jurídico -pese a sus perfiles liberales-, lo desmiente a diario a través de lo que se conoce como encarcelamiento preventivo o detención provisional. Este instituto procesal penal consiste en privar de la libertad a una persona por necesidades propias de la investigación de un delito. Como dice Jean Morange:

La detención provisional supone la reunión de cierto número de condiciones de forma y de fondo. Necesita una motivación precisa de parte del juez. Debe parecer el único medio para que el inculpado no haga desaparecer pruebas o falsee testimonios, o para evitar perturbaciones del orden público [...] Muchos magistrados, por deformación profesional, por temor a la opinión pública (la “opinión bulliosa” de la que hablaba Abregú) o a la de sus superiores, se valen de esa cómoda solución en casos en que no es absolutamente indispensable. Más de la tercera parte de los detenidos en las prisiones francesas están en espera de juicio, con todos los riesgos que ello presenta; sobre todo para los que han delinquido por primera vez⁷⁰.

Con relación a la prisión preventiva, la Corte Suprema dejó establecido en el caso *Alianza Frente para la Unidad*⁷¹, que “La prisión preventiva no debe aplicarse como regla general -art. 9.3, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos-, dado que se trata de una medida de naturaleza cautelar, y no punitiva, importando lo contrario privar de derechos a personas cuya responsabilidad criminal no

⁷⁰ Morange, Jean. *Las libertades públicas*, traducción de Juan José Utrilla, Edit. Fondo de Cultura Económica, México, 1981, p. 71.

⁷¹ *La Ley*, Buenos Aires, T. 2002 – B, p. 68.

ha sido establecida en un proceso, con menoscabo del principio de inocencia -arts. 8.2, Convención Americana de Derechos Humanos y 9.1 del pacto internacional citado, incorporados al art. 75 inc. 22, Constitución Nacional por la reforma de 1994". De su parte, el juez Petracchi en su voto dijo: "Las limitaciones a la libertad que impone el sometimiento a un proceso penal deben interpretarse en forma restrictiva y aplicarse solamente para asegurar los fines del proceso, sin que pueda convertírselas en un anticipo de la pena".

La Convención Americana sobre Derechos Humanos dispone en el artículo 7º inciso 5 que "toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso". Por su parte la ley 24.390 que se auto-define como reglamentaria de esa norma de la citada convención, determina un plazo fijo de dos años con una prórroga de un año y otra de seis meses para los procesados que habiendo cumplido aquel lapso de detención en prisión preventiva no hubiesen sido juzgados en forma definitiva (artículos 1º y 2º). Dispone además que transcurrido el plazo mencionado, se computará por un día de prisión preventiva dos de prisión o uno de reclusión (artículo 7º).

El 12 de septiembre de 1996, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el caso *Bramajo, Hernán*⁷² destacó que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos entendió que "la determinación del plazo razonable en el derecho interno argentino surge en cada caso de la consideración armoniosa de estas dos disposiciones -hizo referencia al art. 379 inc. 6 y al art. 380 C. Pr. Cr.- quedando librada esa consideración al criterio del juez que debe decidir en base a los parámetros que la ley le marca taxativamente para que los valores en forma conjunta. En tales condiciones -agrega la CSJN-, cabe tener presente que el espíritu que determinó la sanción de la ley 24.390 y el fin último por ella perseguido, surge del debate parlamentario, el que puede sintetizarse en la necesidad de resolver la situación de los detenidos en prisión preventiva sin haber sido juzgados, los cuales, no obstante gozar de la presunción de inocencia por no haber sido condenados, continúan detenidos sin sentencia definitiva, más allá de lo que la Convención Americana sobre Derechos Humanos denomina "plazo razonable de detención".

⁷² *La Ley*, Buenos Aires, T. 1996 – IV, p. 439.

La Corte Suprema invocó el Informe 10.037 de la Comisión Interamericana, referido a la República Argentina en el que estableció que “el Estado Parte no está obligado (por la convención) a fijar un plazo válido para todos los casos con independencia de sus circunstancias [...] quedando el concepto de plazo razonable sujeto a la apreciación de la gravedad de la infracción, en cuanto a los efectos de establecer si la detención ha dejado de ser razonable”. En base a ello, el Tribunal superior de la República, dispuso que la validez del artículo 1° de la ley 24.390 (ley del dos por uno), se hallaba supeditada a la circunstancia de que los plazos fijados en aquella norma, no resulten de aplicación automática por el mero transcurso de los plazos fijados, sino que han de ser valorados en relación a las pautas establecidas, a los efectos de establecer si la detención ha dejado de ser razonable.

Debe señalarse que en este fallo de la Corte, tres de sus nueve miembros votaron en disidencia.

Ya anteriormente, la Sala 1ª de FERIA de la Cámara Criminal y Correccional de la Capital Federal en los casos “Troiano” y “Fernández Laborda” del mes de enero de 1995, habían declarado la inconstitucionalidad del artículo 1° de la ley 24.390 por cuanto esta norma establecía como razonable el transcurso de un tiempo fijo, invadiendo así facultades netamente jurisdiccionales. En el caso citado, si bien la Corte no hizo lugar a la inconstitucionalidad impetrada por el Ministerio Público, criticó y desechó la aplicación de la ley del dos por uno, poniendo en “entredicho” la norma, que en 2001 fue derogada por el Congreso de la Nación.

Los tribunales argentinos, por aplicación del principio de la “ley más benigna”, fueron estableciendo que la norma derogada se seguiría aplicando en aquellas causas iniciadas durante su vigencia. Así lo resolvió muy recientemente la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires⁷³.

3. Situación de los niños frente al problema de la seguridad

La Convención Internacional de los Derechos del Niño fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 luego de cerca de diez años de debates. Como dice

⁷³ *Diario La Nación*, 13 de noviembre 2003, Buenos Aires, p. 17.

Mary Beloff “[en] términos generales es posible afirmar que ningún otro instrumento internacional específico de protección de los derechos humanos ha tenido la aceptación y el consenso generados por la Convención Internacional de los Derechos del Niño. La razón que explica tal generalizada aceptación, se encuentra en el hecho de que prácticamente en todo el mundo los niños son considerados las personas más vulnerables en relación con violaciones a los derechos humanos”⁷⁴.

Ratificada en la República Argentina por la ley 23.849, la Convención cambió sustancialmente el paradigma de los menores hasta entonces objeto de tutela, a la condición de sujeto de derechos. Se redefinió de este modo el rol de los adultos a los que se asigna la responsabilidad del cuidado y protección en reemplazo del antiguo criterio de discrecionalidad y disponibilidad sobre ellos. Esta nueva concepción comprende fundamentalmente el bienestar, el derecho de expresión y la autodeterminación de los niños.

Diversos pronunciamientos judiciales (*S. M., M. R c/A., P. C. Cámara Nacional en lo Civil, Sala I, 26 de diciembre de 1997; A. De B., M y B., Ch. Cámara Nacional en lo Civil, 22 de septiembre de 1998; P., F. E. C/P., E. N. Cámara Nacional en lo Civil, 24 de noviembre de 1998; S., J. M. C/G., A. M. Juzgado Nacional en lo Civil n° 43 de la ciudad de Buenos Aires, 28 de noviembre de 1998; L., M.V. c/M., O. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial del Noroeste, Chubut, 17 de agosto de 1999; D. P. V., A c/O., C. H, CSJN, 11 de enero 1999⁷⁵ y *S., V c/ M., D. A. Corte Suprema de Justicia de la Nación*⁷⁶), básicamente referidos a cuestiones de patria potestad paterna y derechos y deberes que se desprenden de ella tales como tenencia, alimentos y régimen de visitas, fueron resueltos conforme a las normas del DIDH.*

Los indicados pronunciamientos judiciales aplican el principio del Interés Superior del Niño que establece el artículo 3° de la Convención:

⁷⁴ Beloff, Mary A. “La aplicación directa de la Convención Internacional de los Derechos del Niño en el ámbito interno”, en: *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Edit. del Puerto, Buenos Aires, 1997, p. 624.

⁷⁵ *La Ley*, Buenos Aires, T. 1999-F, p. 671.

⁷⁶ *La Ley*, Buenos Aires, T. 2002-A, p. 757.

En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una condición primordial que se atenderá será el interés superior del niño. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y con ese fin tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas. Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños, cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada.

El principio del Interés Superior ha recibido diferente tratamiento en la doctrina jurídica especializada, encontrando sustento material en la situación de mayor vulnerabilidad en que se hallan los niños y jóvenes en su relación con el mundo adulto, derivada de las diferencias que se advierten en su desarrollo biopsíquico-social. Este axioma integra el concepto de justicia respecto de los niños, toda vez que al exigir la consideración primordial de sus intereses, persigue equiparar su situación a la de los adultos.

Cabe destacar la utilidad e importancia del principio del interés superior desde una perspectiva antropológica e interdisciplinaria en la realización efectiva y concreta de los derechos expresa o implícitamente reconocidos a los niños. La satisfacción del interés superior del menor consiste lisa y llanamente en la protección y reconocimiento de sus derechos, asegurando el desarrollo físico y psíquico en condiciones saludables.

Este principio proporciona una pauta objetiva que permite resolver los conflictos del niño con los adultos que lo tienen bajo su cuidado. La decisión se define por lo que resulta de mayor beneficio para el menor. (De la sentencia dictada en *Durán de Costa c/Municipalidad de Vicente López*, causa n° 89452.)

No ha corrido igual suerte desde el punto de vista jurisprudencial, la situación particular que se presenta con relación a niños, niñas y adolescentes frente a las normas penales. El tema reviste una doble gravedad si se tiene en cuenta que casi exclusivamente se trata de niños y adolescentes provenientes de familias muy carenciadas con las

proyecciones que ello implica. Cuando los niños cometen delitos, desde sectores políticos y desde la prensa, se piden aumentos de las penas, reducción de la edad de imputabilidad, y “mano dura”, en la convicción y certeza de que se trata de elementos irrecuperables y que sólo una sanción fuertemente ejemplificada podrán disuadirlos de seguir en el camino del delito a la vez que proteger a la sociedad de las amenazas que ellos representan.

Frente a estas demandas, los jueces suelen aplicar rápidamente medidas privativas de la libertad, a pesar de que otras serían posibles, apropiadas y mucho más eficaces para la reinserción de esos niños a una vida social más apropiada para su edad. La mejor prueba de este desinterés judicial, es que prácticamente no se conocen pronunciamientos judiciales sobre la inconstitucionalidad de normas sancionadas con anterioridad a la Convención sobre Derechos del Niño y que entran en colisión jurídica con ella.

La edad de los niños que cometen delitos es muy corta (a partir de los diez u once años) y sus perfiles psicológicos, sociales y sociológicos reflejan situaciones de extrema pobreza, baja o nula instrucción escolar, desintegración familiar, falta de una figura paterna responsable, etc.

En el derecho penal argentino, la imputabilidad penal se opera partir de los dieciséis años y el trato legal que se le da a un niño que cometió un delito es igual al de un adulto. No existe un sistema penal específico para ellos, y los centros de protección de los menores no la brindan sino en muy reducida manera. Por el contrario, allí sufren malos tratos a la vez que no se los preserva de malas enseñanzas por parte de otros reclusos. Como dice Sergio Cuarezma: “[e]l ser humano, y sobre todo el niño, logra gran parte de su desarrollo por medio de un aprendizaje activo en la interacción con su medio local. El niño o la niña que vive en una institución, a pesar de estar rodeado de adultos que lo atienden y compañeros que comparten cotidianamente la vida, está en un espacio determinado y ve de lejos ese entorno, esa comunidad, esa sociedad amplia, esa dinámica que le enseña a enfrentar la vida, que, aunque dura y hostil, le ofrece la recompensa de vivir en su medio real”⁷⁷.

⁷⁷ Cuarezma, Sergio. “Seguridad de los habitantes, adolescentes y ley penal”, en: *Delito y seguridad de los habitantes* (obra colectiva), Siglo Veintiuno, México, 1997, p. 253

Un muy desafortunado pronunciamiento judicial en la Argentina, fue el de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso *A. M. Y L. K. s/ recurso de amparo* del 21 de noviembre de 1989⁷⁸, en el que se convalidó la práctica del Servicio Penitenciario Federal de someter a revisiones vaginales a las mujeres o niñas que quisieran visitar a los internos.

Como quedó dicho más arriba, existe una señalada morosidad por parte de los tribunales en aplicar las normas de la Convención de los Derechos del Niño bajo el pretexto de una supuesta necesidad de regulación judicial interna. Esta interpretación contraria en nuestro caso la doctrina sentada por la CSJN en el caso *Ekmekdjian* en tanto allí se sostuvo que cuando se ratifica un tratado, existe una obligación internacional de que todos los órganos del Estado, sean administrativos o judiciales, apliquen ese tratado a los supuestos por éste abordados, siempre que el tratado contenga descripciones lo suficientemente concretas de estos supuestos de hecho que hagan posible su aplicación inmediata.

Adviértase que el artículo 37 de la Convención establece que los Estados partes velarán porque:

- a. Ningún niño sea sometido a torturas ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. No se impondrá la pena capital ni la de prisión perpetua sin posibilidad excarcelación por delitos cometidos por menores de 18 años de edad.
- b. Ningún niño será privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan solo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda.
- c. Todo niño privado de libertad será tratado con la humanidad y el respeto que merece la dignidad inherente a la persona humana, y de manera que se tengan en cuenta las necesidades de las personas de su edad. En particular todo niño privado de libertad, estará separado de los adultos, a menos que ello, se considere contraria al interés superior del niño, y tendrá derecho a mantener contacto con su familia por medio de correspondencia y de visitas, salvo en circunstancias excepcionales.

⁷⁸ Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, 22 de noviembre 1989, T. 312, Buenos Aires, p. 2218.

- d. Todo niño privado de su libertad tendrá derecho a un pronto acceso a la asistencia jurídica y otra asistencia adecuada, así como derecho a impugnar la legalidad de la privación de su libertad ante un tribunal u otra autoridad competente, imparcial e independiente, y a una pronta decisión sobre dicha acción.

Como bien observa Mary Beloff⁷⁹, las situaciones previstas en este artículo son directamente operativas. El inciso b) plantea que la privación de libertad es una medida de último recurso y a ser adoptada por el más breve tiempo posible.

La experiencia diaria demuestra que en la práctica de que esta norma no se aplica debidamente por nuestros tribunales. Ni se toma como último recurso, ni por el menor tiempo posible. Es humanamente explicable el malestar que produce en un magistrado ser maltratado por los medios de difusión que divulgan demagógicamente la especie de que los jóvenes delincuentes “entran por un puerta y en el mismo día salen por otra”; pero es institucional y éticamente inadmisibles que a un juez le dicten sus resoluciones la exacerbada crítica de una descalificada opinión social, por grande que sea, antes que la constitución, el derecho y su conciencia.

Otra norma que debe resultar directamente operativa es la del artículo 40° de la Convención, en particular en cuanto ratifican el principio de la presunción de inocencia, principio que se ve vulnerado en los casos de internación durante el proceso cuando no se haya probado debidamente por parte del acusador peligro de fuga o de entorpecimiento de la investigación; el de la demora en el tratamiento sobre el fondo del proceso, especialmente cuando el menor está internado, etc.

VII. Conclusiones

- a. El DIDH es una rama del Derecho Internacional que se ha desarrollado a partir de la última mitad del siglo XX para prevenir y enjuiciar las numerosas violaciones a los Derechos Humanos. A partir de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, ha crecido mediante numerosos instrumentos internacionales universales y regionales que se fueron incorporando al derecho positivo interno de la mayoría de los Estados del mundo.

⁷⁹ Beloff, Mary A. “La aplicación directa...”, p. 632.

- b. El DIDH no sólo se presenta como un conjunto de normas para que sean cumplidas por los Estados firmante de los tratados sobre Derechos Humanos, sino también como herramienta de juicio y castigo para las violaciones a esos derechos. El DIDH reconoce la necesidad de instruir proceso y juzgar a los criminales que hubiesen incurrido en esas infracciones, aplicando el principio de extraterritorialidad, vale decir reconociendo la posibilidad de que los crímenes contra los Derechos Humanos cometidos en un Estado sean juzgados en otro, por órganos supranacionales y aun nacionales.
- c. El DIDH se presenta como el insuperado horizonte de la justicia en el siglo que se inicia. Si bien se violan en el mundo de hoy en muchos lugares los derechos humanos, es igualmente cierto que estos crímenes sufren la condena universal de los pueblos, al mismo tiempo que son frecuentemente alcanzados por el brazo de la justicia. Muchos ejemplos que pueden observarse y en los que en apariencia no pudieron hacerse efectivos los castigos previstos (tal el caso de Augusto Pinochet), no pueden equipararse a la impunidad, por la enorme cantidad y variedad de efectos que esos procesos producen.
- d. El mayor avance que debe reconocerse al DIDH es que si en sus orígenes se procuró proteger los Derechos Humanos a partir de la internacionalización de su reconocimiento, hoy estamos frente a la nacionalización de esos derechos a través de su incorporación al derecho interno y a su directa operatividad.
- e. Puede afirmarse que la aplicación universal del DIDH no debe interpretarse como mengua de la dignidad de un Estado o de sus nacionales. Juan Bautista Alberdi, reconocido como uno de los fundadores del Derecho Internacional latinoamericano, introdujo en 1866 la idea de que los derechos de las personas deberían ser materia de protección por parte del Derecho Internacional porque tanto eran sus sujetos los Estado como los seres humanos. De ese modo sostuvo que una persona que viera afectados sus derechos, podía pedir al mundo su protección en nombre propia, cuando el gobierno del Estado del que fuese nacional, los desconociese o atropellara.
- f. Debe señalarse en esta materia el importante papel que puede jugar la jurisprudencia de los tribunales. El mejor ejemplo es la

sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el conocido caso *Ekmekdjian*, en el que se reconoció la jerarquía constitucional de los tratados sobre Derechos Humanos con anterioridad a la reforma constitucional de 1994, a la vez que la plena operatividad de sus normas.

- g. En ese sentido y a la luz de sus diferentes pronunciamientos, la Corte Suprema de Justicia de la Nación debe ser el órgano de contralor –a través de las reglas procedimentales establecidas en nuestro ordenamiento jurídico-, del efectivo cumplimiento de las normas de protección de los Derechos Humanos consagrados en los tratados y convenciones.
- h. El DIDH por sus particularidades, reconoce la necesidad de pautas interpretativas propias a través de las cuales se pongan en salvaguarda los derechos que reconoce. Muchas de estas reglas están tomadas del derecho común, pero siempre teniendo en cuenta cuáles son los intereses jurídicos tutelados por los tratados y convenciones.
- i. Con respecto a lo que es propio del llamado Derecho de los Tratados, el DIDH reconoce dos principios fundamentales a saber: 1) la plena operatividad de sus normas en el derecho interno según lo ya adelantado en el punto f) de estas conclusiones; y 2) su irreversibilidad, esto es la intangibilidad de sus contenidos frente a eventuales disposiciones legales que intentaran dar marcha atrás en su aceptación e incorporación al derecho interno.
- j. El problema de la seguridad ciudadana es la consecuencia de un modelo económico-social de exclusión y marginalidad, que arroja a vastos sectores de la población, sobre todo de los países menos desarrollados, a niveles de pobreza y aun de indigencia. Esto no quiera decir que exista una relación de causa-efecto entre la pobreza y la criminalidad, señala únicamente que en esas condiciones de vida, caracterizadas por la inaccesibilidad de los bienes para satisfacer las necesidades básicas, la falta de instrucción, los malos tratos, la promiscuidad, el hacinamiento, la falta de trabajo y de perspectivas de progreso individual y familiar, se favorece el desarrollo de las tendencias a la criminalidad.
- k. Las políticas públicas sobre el tema de la seguridad ciudadana a pesar de reconocer en el discurso las circunstancias anotadas en el párrafo anterior, se dirigen básicamente a la represión y a las

modificaciones legales que empeoren la situación penal del delincuente entre ellas el aumento de las penas, el retaceo a los beneficios de la libertad provisional y otras medidas sustitutivas de la privación de la libertad.

- l. Desde otros sectores se incrementa la actitud indicada a través de campañas demagógicas, sobre todo desde la prensa, estimulando el resentimiento de la sociedad hacia los sectores más marginados.
- m. La matriz constitucional y jurídico – penal de los países occidentales puso un fuerte énfasis en la valorización del ser humano. Leyes y constituciones de su raigambre rodearon al ciudadano de garantías y derechos. Los principios de defensa en juicio, de reserva a la ley, de presunción de inocencia fueron en la mayoría de los casos puntillosamente definidos. Sin embargo, la realidad muy pocas veces verificó el ejercicio de esos derechos a la mayoría de la población. Puede afirmarse que esos sectores sociales, han sido sistemáticamente excluidos del sistema de garantías.
- n. El retorno y la consolidación de la democracia si bien desterró las aberrantes violaciones a los derechos humanos que se habían conocido en los años de la dictadura militar, no terminó de desterrar prácticas y procedimientos que pueden calificarse como verdaderas violaciones a los derechos humanos (no se está haciendo referencia a los derechos económicos, sociales y culturales).
- o. La llamada “violencia institucional” entró a formar parte de las prácticas diarias de los procedimientos represivos bajo la forma de privaciones ilegítimas de la libertad, apremios ilegales, sevicias, muertes bajo la forma de verdaderas ejecuciones, cuando no muertes de terceros inocentes que se encuentran accidentalmente en un enfrentamiento armado.
- p. Estas observaciones no ocultan la matanza de numerosos agentes policiales en muchos enfrentamientos o cuando son identificados como tales, circunstancia en la que lisa y llanamente son “fusilados”.
- q. En este trabajo se tuvieron en cuenta básicamente tres temas de referencia en cuanto a la aplicación del DIDH por parte de los

tribunales argentinos. Dos de ellos porque son los que más abundan en pronunciamientos judiciales, con intervenciones de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. El otro porque tiene una singular implicancia en este tema que es el de los niños y adolescentes, habida cuenta que en un altísimo número de casos delictivos, están involucradas personas que por su edad, encuadran en los contenidos de la Convención de los Derechos del Niño.

- r. En orden al primero de los tópicos señalados, es decir el derecho a la doble instancia previsto en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se ha verificado la principal jurisprudencia y su desarrollo. Del análisis de esos fallos, surge una clara y positiva evolución en procura de dar el mayor y más preciso reconocimiento a los derechos consagrados en la Convención.
- s. Con relación al tema de la prisión preventiva, un fuerte rechazo de la opinión pública a la llamada ley del dos por uno que reglamentaba la Convención Americana, estableciendo un criterio rígido de interpretación para el juez sobre el otorgamiento de esa medida, determinó que el parlamento la derogara. Lo real es que con ley o sin ley los procesos penales no adelantaron y se siguen registrando demoras que en los hechos configuran un desconocimiento a la Convención.
- t. Donde la situación jurisprudencial registra los mayores atrasos es con relación al tratamiento penal de los niños y adolescentes. De un parte los tribunales de justicia han sido reticentes en declarar la inconstitucionalidad de los instrumentos jurídicos vigentes desde antes de la ratificación de la Convención de los Derechos del Niño, a pesar de contravenirla, y por la otra, es altamente criticable la indiferencia que se registra en muchos casos por los atropellos de los derechos de los niños en los procedimientos policiales y penitenciarios. Es igualmente reprochable la abusiva aplicación de privaciones preventivas de la libertad, sin considerar la posibilidad de aplicar medidas alternativas que salvaguarden la salud física y psíquica del niño o adolescente.
- u. Finalmente cabe concluir que si bien los estándares judiciales con respecto a la aplicación del DIDH no alcanzan el nivel deseable y conforme a los objetivos que se tuvieron en cuenta al momento de aprobarse los respectivos instrumentos internacionales, han ido evolucionado lenta pero favorablemente.

**Seguridad, justicia y política en los
países latinoamericanos**

El fenómeno delictivo en Buenos Aires: seguridad ciudadana y rol de la policía

*Elena Laura Mariani**

Introducción

El ámbito de investigación del presente trabajo es el de la seguridad pública de la Provincia de Buenos Aires, República Argentina, planteándose tres objetivos, a saber: 1) determinación del nuevo escenario del delito urbano; 2) análisis de la actuación policial en el marco de este nuevo escenario delictual; y, 3) formulación de propuestas de adecuación y modernización policial.

En cuanto al desarrollo temático, se procedió a la recolección y procesamiento de datos a partir de:

- a) Instituto Nacional de Estadísticas y Censos a fin de determinar estadísticamente tanto la pauperización social, como los procesos de desintegración y diferenciación social marcados por el creciente deterioro de las condiciones de vida de los sectores medios y bajos.
- b) Sistemas de recolección y análisis de la información delictiva a través del mapeo del delito, que consiste fundamentalmente en una herramienta informática para la planificación y despliegue de operativos preventivos de conformidad a las zonas georeferenciadas de ocurrencia de ilícitos. Entre estos estudios se destaca el mapa del delito, cuya elaboración permite conocer la actividad delictiva desarrollada en un tiempo y un espacio determinado, sus formas de manifestación, tipologías, frecuencia y evolución, y, de ese modo, facilita la identificación de zonas y/o horarios de alto, mediano y bajo riesgo en los que se concentran determinados tipos de incidentes, faltas y/o crímenes, y sobre los cuales deben centrarse la actuación policial preventiva o conjurativa.

* Participante en el XXI Curso Interdisciplinario en Derechos Humanos. Asesora de Gabinete del Ministro de Seguridad, Ministerio de Seguridad, Provincia de Buenos Aires, Argentina.

La información obtenida se procesa a través del Sistema de Información Geográfica (SIG), mecanismo computarizado de mapeo que permite acumular la información delictiva e identificar su localización. Está compuesto por una base de datos y un sistema de dibujos basado en mapas digitalizados, sobre la base de los cuales se vincula la información y se permite una visualización de la cartografía asociada a la misma.

La elaboración del mapa del delito está concebida como una estructura técnica especializada en la realización de actividades de inteligencia conducente a la prevención del delito y para el planeamiento policial investigativo.

- c) Centro de Operaciones Policial (COP) y Dirección General de Evaluación de información para la Prevención del delito del Ministerio de Seguridad de la Provincia de Buenos Aires.
- d) Dirección Nacional de Política Criminal del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.
- e) Instrumentos e información de los órganos jurisdiccionales que investigan y llevan adelante causas penales vinculadas al robo de automotores, desarmaderos, homicidios en ocasión de robo, secuestros extorsivos, todos vinculados entre sí y con el tráfico de estupefacientes. En particular, las investigaciones llevadas a cabo por órganos judiciales con relación a la desarticulación de bandas mixtas, de actuación territorial extensa y organización criminal compleja y diversificada.
- f) Consulta de los archivos de la Comisión Nacional sobre Desaparición de Personas (CONADEP) de la Secretaría de Derechos Humanos de la Nación.
- g) Medios gráficos y audiovisuales.
- h) Bibliografía especializada, ensayos, trabajos académicos, informes.
- i) Normativa nacional e internacional sobre Seguridad y Derechos Humanos.
- j) Experiencias de reformas policiales en el marco de la recuperación de la democracia en Argentina.
- k) Plan de Modernización Policial de la Provincia de Buenos Aires.

Determinación del nuevo escenario del delito urbano

La República Argentina está atravesando desde fines de la década de los setenta un profundo proceso de transformación, y sus consecuencias se expresan en los cambios sociales, económicos y políticos producidos. Particularmente y con mayor dramatismo fue durante los años '80 y '90 que tuvieron lugar nuevas formas de conflictividad social, para cuya producción convergieron una serie de condiciones sociales e institucionales.

En la década de 1990 la política económica estuvo signada por el ancla cambiaria, la apertura irrestricta a las importaciones y el endeudamiento, hasta que se agotó el acceso al financiamiento nuevo, como durante el proceso militar: plata dulce, recesión y derrumbe. El ajado tejido social permitió más y mayores negocios. La acumulación del modelo rentístico financiero aprovechó el excedente económico generado por los restos industriales y confiscó las rentas de servicios públicos, las rentas de los recursos naturales, mientras desarrollaba un sistema bancario usurario. El resultado: destrucción del Estado Nacional, desarticulación del aparato productivo, marginación de la mitad de la población. Este Régimen se basó en el endeudamiento financiero sin límites como proyecto económico y en la docilidad social como requisito político. Para ello estructuró una clase política a su imagen y semejanza a través de la corrupción generalizada¹.

En estos años, la Argentina atravesó por un hondo proceso de desintegración y diferenciación social signado por el creciente deterioro de las condiciones de vida de los sectores medios y bajos, la ruptura de los grupos familiares y vecinales básicos, la desarticulación de los lazos de solidaridad comunitaria tradicionales, la consolidación de una estructura altamente regresiva de distribución de los ingresos y riquezas y la sumisión de vastos sectores sociales en una situación de pobreza, indigencia y vulnerabilidad. Sin embargo, frente a este dramático escenario, se produjo al mismo tiempo un significativo aumento de la concentración económica entre los estratos más altos de la sociedad². Esta situación, en su conjunto, ha moldeado

¹ Calcagno, Alfredo Eric y Calcagno Eric. "ARGENTINA Derrumbe neoliberal y proyecto nacional", *Le Monde Diplomatique*, febrero 2003, pág. 22.

² Según la CEPAL, en la Argentina, el deterioro de las condiciones sociales y económicas de sus sectores medios y bajos ha sido uno de los más profundos de la región. Véase: CEPAL, *Panorama social de América Latina 2000-2001*, Naciones Unidas, Santiago de Chile, 2001.

do una estructura social compleja y heterogénea en cuyo interior se ha generado un significativo crecimiento de la exclusión y marginación social de importantes sectores de la comunidad.

En 2003, de los 36.223.947 de argentinos, el 57,5 % se encuentra por debajo de la línea de pobreza, el 27,5 % se halla en situación de indigencia y el 44,2 % son asalariados sin jubilación. Por su parte, de la población económicamente activa, el 19,9 % está en situación de subocupación y el 17,8 % está en situación de desocupación. Pero lo significativo de este panorama está dado por la distribución de la riqueza entre los diferentes sectores sociales. En efecto, el 30 % más rico de la población se apropia del 65,3 % de la riqueza nacional, mientras que el 30 % más pobre de la población se apropia apenas del 7,8 % de la riqueza y el 40 % de la población que conforman los sectores medios se apropian del 26,9 % de la riqueza nacional³. En definitiva, durante las últimas dos décadas, la Argentina pasó de ser una sociedad signada por el pleno empleo, la estabilidad laboral, el trabajo altamente regulado y los elevados índices de integración social, a una sociedad caracterizada por el desempleo estructural de larga duración, la profundización de la pobreza permanente y la aparición de nuevas formas de indigencia, contorneando una de las situaciones sociales más deteriorada y regresivas de América Latina⁴.

Los porcentajes presentados para el Total urbano Encuesta Permanente de Hogares (EPH) significan que, para mayo de 2003, se encuentran por debajo de la línea de pobreza 2.960.000 hogares, los que incluyen 13.002.000 personas. En ese conjunto, 1.244.000 hogares se encuentran, a su vez, bajo la línea de indigencia, lo que supone 6.251.000 personas indigentes.

Al observar los datos puede verse que la incidencia de la pobreza es mayor para las personas que para los hogares, lo que indica que, en promedio, los hogares pobres tienen más miembros que los no pobres. Es decir, que las diferencias no provienen de una metodología diferente, sino del tamaño de los hogares en ambos grupos.

El porcentaje de pobres y de indigentes así calculado se aplica al total de la población de los aglomerados urbanos cubiertos por la

³ Bermúdez, Ismael. "Una pesada herencia para el nuevo Presidente", *Diario Clarín*, Buenos Aires, 27 de abril de 2003, s/p (versión digital sin números de página).

⁴ García Delgado, Daniel. *Estado-nación y la crisis del modelo. El estrecho sendero*, Grupo Edit. Norma, Buenos Aires, 2003, pág. 164.

EPH (6.949.000 hogares y 23.770.000 personas). Se advierte que esto supone que los hogares que no respondieron ingresos presentan en esta variable la misma distribución que los que sí lo hicieron. En mayo de 2003 los hogares en los cuales todos los componentes declararon sus ingresos representan el 86% del total.

La medición de la pobreza mediante el método de la “línea de pobreza” consiste en establecer, a partir de los ingresos de los hogares, si éstos tienen capacidad de satisfacer -por medio de la compra de bienes y servicios- un conjunto de necesidades tanto alimentarias como no alimentarias (entre ellas: vestimenta, transporte, salud, vivienda, educación, etc.) consideradas esenciales.

El concepto de “línea de indigencia”, se concentra solamente en las necesidades alimentarias. Procura establecer si los hogares cuentan con ingresos suficientes como para cubrir una canasta básica de alimentos capaz de satisfacer un umbral mínimo de necesidades energéticas y proteicas. De esta manera, los hogares que no superan ese nivel son considerados indigentes. Estos hogares constituyen un subgrupo dentro del conjunto de los hogares situados debajo de la línea de pobreza.

Hay que tener presente que la Provincia de Buenos Aires tienen 350.000 km²; 14.000.000 de habitantes, 134 municipios, incluye una vasta y diferenciada realidad geográfica y productiva, tienen una amplia y completa red de rutas y autopistas por las cuales circula buena parte de la riqueza productiva de la Nación, e incluye la concentración urbana más significativa en términos de superficie (700 km²), habitantes, densidad poblacional y heterogeneidad social y económica. Y en cuanto a los indicadores mencionados, particularmente en esta provincia y en el curso del presente año se ha determinado que el 50,5% de los hogares y el 61,3 % de las personas se encuentran bajo la línea de pobreza y solo, en el sector comprendido por la concentración de los partidos llamados del Conurbano, circundantes a la Capital Federal de la República argentina., el 16.4 % de hogares y el 25,2% de personas se ubican bajo la línea de indigencia.

El accionar delictivo ha demostrado por su lado una significativa capacidad para readecuarse permanentemente a la situación social y a las medidas de prevención y conjuración. Flexibilidad y capacidad de readecuación son dos rasgos centrales de buena parte del delito en esta Provincia.

La problemática delictiva en la Provincia de Buenos Aires está íntimamente vinculada a las condiciones sociales existentes en su territorio, particularmente, en las grandes ciudades y suburbios que sirven de escenario destacado al crecimiento delictivo observado en estos años.

Se fue configurando, entonces, una dinámica social proclive a la apelación a la violencia o a la delincuencia como alternativa de adaptación individual y, en ciertos casos, como instancia fundamental de supervivencia material y de referencia simbólica dentro del conjunto social, lo que ciertamente fue apuntalado por la omisión de otros poderes u organizaciones sociales con capacidad de mediación y contención de los sectores excluidos y marginados.

Por su parte, el crecimiento relativo de las diferentes modalidades de criminalidad también está vinculado a la crisis del Estado bonaerense para la resolución de los conflictos sociales básicos y, puntualmente, a la incapacidad de éste para prevenir, enfrentar, evitar y reprimir exitosamente al delito en sus diferentes manifestaciones, cuya cara más visible está dada por el colapso del sistema penal, penitenciario y, particularmente, el sistema policial⁵.

Particularmente en el sistema penal se operó una importante reforma, en su código de procedimientos, que sustancialmente con la derogación de la ley 12.405 y la sanción de la nueva ley 12.059, restringió notablemente el sistema de excarcelación vigente. De ese modo tomando el tiempo de prisión preventiva que en la derogada ley 12.059 no podía exceder los dos años con una prórroga otorgada excepcionalmente por un plazo máximo de un año, con la nueva ley se habla de “plazo razonable” en orden a lo que determina la Convención americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica”.

El resultado actual de esta reforma, sin tener en cuenta la infraestructura penitenciaria y fundamentalmente la situación de desagregación social y económica, produjo una explosión demográfica en las unidades penitenciarias, y un hacinamiento con condiciones infrahumanas de detención en comisarías sin resolución de su situación procesal, sin precedentes en la historia de la provincia. Esto resiente gra-

⁵ Sain, Marcelo. *Plan de modernización Policial de la provincia de Buenos Aires*, Ministerio de Seguridad de la Provincia de Buenos Aires, noviembre 2002.

vemente el trabajo policial específico, de prevención, seguridad e investigación toda vez que casi un 30% del personal policial se encuentra abocado a la custodia y traslado de detenidos. Pero además, como veremos más adelante, la existencia de una red de inteligencia criminal al interior de las prisiones, coadyuva a la planificación de delitos graves, como secuestros extorsivos, robos de automotores y otros, lo que agrava aún más la situación del escenario delictivo, toda vez que la resocialización, objetivo de las penas privativas de libertad, no solo no está contemplada, sino que se fomenta con redes ilegales, la subsistencia de las organizaciones criminales.

En el escenario social descrito, lo que se observa es el repliegue del Estado en vastas regiones del territorio provincial y en considerables sectores de su estructura social, haciendo que la efectividad de la ley se extienda irregularmente en importantes sectores de la sociedad bonaerense y dando lugar a que, en ciertos espacios territoriales, asentamientos precarios y las llamadas “villas miseria”, la ausencia de regulación estatal sea reemplazada por extendidas redes delictivas.

Ello ha dado lugar a un nuevo régimen de marginalidad urbana en el que, a las situaciones de pobreza y exclusión social, se les ha sumado la privatización total de los circuitos básicos de socialización individual y grupal y de estructuración colectiva. En estas situaciones, la distribución, venta y consumo de drogas dentro y fuera de estos verdaderos “guetos” ha pasado a constituir un rasgo novedoso y una actividad que impacta sensiblemente la vida social.

De este modo, la ausencia o la ineficacia estatal, favorece la conformación de poderes locales autónomos respecto de la legalidad formal vigente y permite la articulación de formas violentas de dominación social protagonizadas, en general, por los grupos o bandas delictivas que despliegan sus actividades en el interior de los nuevos asentamientos territoriales.

La mayor parte de estos hechos delictivos registrados en nuestra provincia fueron delitos contra la propiedad (casi el 70%), ubicándose en un segundo plano los delitos contra las personas (25%). Por su parte, en general son los delitos violentos y, en particular, los homicidios dolosos, los que generaron durante los últimos años la mayor preocupación de la ciudadanía, puesto que configura un tipo específico de criminalidad espectacular, notablemente visible, de efectos

tangibles e inmediatos sobre las víctimas y que es objeto del más contundente rechazo moral y social⁶.

Por su parte, durante el primer semestre del año 2002, en la Provincia de Buenos Aires se registró un total de 173.271 delitos. Si se proyecta esta cifra conforme la misma tendencia cuantitativa observada durante el primer semestre, el total de delitos para el año 2002 sería de 346.542 hechos, significando un incremento de 37.664 delitos respecto del 2001, esto es, un 10,8% más con relación al año anterior. En el período que abarca entre enero y septiembre de este año se han cometido 266.749 delitos. Solamente en los meses de julio, agosto y septiembre se cometieron 93.478 delitos, es decir, el 35% de los delitos cometidos durante todo el año en curso. Si se mantiene esta tendencia durante el último trimestre del año, la cantidad de delitos cometidos para el segundo semestre del año totalizarían 186.956 hechos, lo que sumaría un total de 360.227 delitos para el año 2002, esto es, 51.349 delitos más respecto del 2001 un 14,2% más de delitos cometidos con relación al año anterior-.

La modalidad delictiva que mayor incremento tuvo ha sido el robo y hurto de automotores. Durante el año 2000, se produjeron 51.865 robos y hurtos de automotores. En el 2001, esa cifra se incrementó a 58.979 hechos registrados y ya para septiembre del corriente año se cometieron 58.039 delitos de esta modalidad. Por su parte, una evolución semejante ha tenido el robo y hurto de ganado menor y mayor o cuatrero. Otra modalidad criminal organizada que se ha desarrollado incipientemente durante los últimos años, en particular, en el Gran Buenos Aires y en el resto de la Provincia de Buenos Aires son los robos calificados bajo las modalidades de asaltos cometidos por los denominados "piratas del asfalto", esto es, el robo de mercadería en tránsito. Es una modalidad delictiva no-violenta, de carácter mayoritariamente local pero que está presente en diferentes jurisdicciones provinciales, que genera una alta rentabilidad económica y tiene un fuerte impacto en ciertos circuitos productivos y comerciales lícitos. Es protagonizada por bandas relativamente complejas encargadas del robo propiamente dicho, el almacenamiento y la distribución minorista a comercios encargados de su venta. Mientras que en el 2000 se produjeron 2.587 hechos y en el año 2001 unos

⁶ Sain, Marcelo. *Nuevas problemáticas de seguridad y modernización policial en la Argentina*, CEPES, Buenos Aires, Junio 2003.

2.759 hechos, ya entre enero y septiembre del 2002 se produjeron 3.098 hechos, superando el total anual de los dos años anteriores. En la modalidad de los robos de mercaderías en tránsito o “piratas del asfalto”, si bien lo sucedido en el 2002 -1.693 hechos- no alcanza a superar las cifras del 2000 -1.889 hechos-, ya supera el total del 2001, que fue de 1.491 hechos. En cuanto a la estadística delictual del año en curso, tomando el primer semestre del año se cometieron 37.657 de robos y hurtos de automotores , 2145 hechos de robo y hurto de ganado mayor, 1047 hechos de “piratas del asfalto”. En tanto, y especialmente a partir del año 2002, la modalidad secuestros también presentó una marcada evolución ascendente. Mientras que en el año 2001 se habían producido 22 secuestros express⁷ y 5 secuestros extorsivos, entre enero y septiembre de 2002, se produjeron 120 secuestros express y 65 secuestros extorsivos. También hubo 6 autosecuestros. En conjunto, se detuvieron 95 personas implicadas en todos estos hechos.

Ahora bien, en este contexto, no solamente se incrementó la delincuencia común, en particular, los robos con violencia o los hechos delictivos cometidos por marginales -cuyas modalidades típicas han supuesto el accionar tanto de delincuentes ocasionales y no asociados como de grupos organizados pero reducidos-, sino que también creció la criminalidad protagonizada por organizaciones delictivas que cuentan con un amplio despliegue logístico y operativo, y cuya actividades ilegales apuntan a la generación de un alto nivel de rendimiento económico. Las modalidades delictivas de estas asociaciones ilícitas poseen un importante despliegue territorial -en algunos casos, de alcance internacional y, en otros, de alcance nacional o regional- y su grado de complejidad organizacional, compartimentalización funcional, profesionalización y coordinación operativa entre los diferentes grupos y subgrupos componentes le otorgan una relativa gravitación social. Entre las actividades delictivas desarrolladas por estos grupos y consorcios se destacan el tráfico y comercialización de drogas, el tráfico y venta ilegal de armas, el robo, “doblaje” y desarme de automóviles, y venta ilegal de auto-partes, los robos calificados bajo las modalidades de asaltos cometidos por los denominados “piratas del asfalto” y el secuestro de personas.

⁷ Secuestro express: es el secuestro que se produce por unas pocas horas en las que se establece comunicación con los familiares para el pago del rescate o se obliga a la víctima a retirar dinero de los cajeros automáticos.

El tráfico y comercialización minorista de drogas ilegales -en particular, de cocaína y de marihuana- constituye la actividad ilícita más importante y de mayor rentabilidad de estos núcleos delictivos.

La Argentina no es productora de los mencionados estupefacientes ni por su territorio pasan las principales rutas internacionales de tráfico de las drogas producidas en la región hacia los principales mercados internacionales

Por su parte, el tráfico y venta ilegal de armas no configura una actividad delictiva de alta rentabilidad pero su relevancia está dada por el hecho de que este circuito provee la logística de armas para gran parte de la criminalidad violenta. El grueso de este mercado ilegal es provisto principalmente por el armamento ligero y pequeño -pistolas y revólveres- robados o ilegalmente traficados desde los lugares de custodia policial-judicial de las armas secuestradas o decomisadas judicialmente y por el reciclado de las armas declaradas en desuso por las fuerzas policiales, que no son destruidas y son ilegalmente colocadas en el mercado negro.

Según información oficial provista por el Ministerio de Seguridad de la Provincia de Buenos Aires, el crecimiento significativo de la criminalidad violenta es acompañado por el aumento del tráfico, portación y uso ilegal de armas con fines delictivos en el ámbito de esta jurisdicción provincial. De acuerdo al Centro de Operaciones Policiales y a la Subsecretaría de Planificación y Logística de ese ministerio, en el 2000, se registró la comisión de 380.069 hechos delictivos en la jurisdicción provincial, de los cuales 12.882 -esto es, el 3,38 %- fueron cometidos con armas de fuego. En 2001, de los 308.878 hechos delictivos registrados, 15.631 -5,06 %- fueron cometidos con arma de fuego, mientras que en 2002, de los 361.718 hechos delictivos, 18.920 -5,23 %- fueron cometidos con armas de fuego⁸. Vale decir, según esta información oficial, entre el 2000 y el 2002, el total de delitos registrados disminuyó levemente mientras que el porcentaje de delitos cometidos con armas de fuego se duplicó. Por su parte, en 2002, la policía provincial secuestró 10.647 armas de fuego en diversos operativos, pero el 73,4 % de esos secuestros se produjeron en jurisdicción del Gran Buenos Aires, donde se concentran los mayores índices de delitos violentos. Durante ese

⁸ Delitos cometidos con armas de fuego-Informe preliminar, Agosto 2003, Ministerio de Seguridad de la Provincia de Buenos Aires, La Plata.

año, el incremento en el secuestro de armas fue del 11 %, aunque entre los años 2000 y 2002 dicho aumento fue del orden del 39,3 %. Del armamento secuestrado durante el 2002, el 86 % corresponde a armas de puño, las más utilizadas en los delitos violentos producidos en el Conurbano bonaerense⁹. Por cierto, la expansión de este circuito delictivo está íntimamente ligada al crecimiento de la criminalidad violenta y al aumento del accionar de las bandas protagonistas de las principales actividades delictivas asociativas, así como también a la participación indirecta o directa de las fuerzas policiales en la consolidación de dicho circuito.

El robo y desarme de automóviles y la venta ilegal de auto-partes constituye una de las actividades delictivas de mayor crecimiento, complejidad y rentabilidad consolidada durante los últimos años en las grandes urbes de la Argentina, en particular, en la Provincia de Buenos Aires. Este problema delictivo conlleva, además, altísimos niveles de violencia, particularmente, en la ocasión del robo del automóvil, ya que es una de las principales causas de los homicidios dolosos. Además, implica una compleja interrelación entre los diferentes grupos que participan del negocio, esto es, los encargados del robo del vehículo, los que regentan los “desarmaderos”¹⁰ en donde los vehículos robados son desarmados y se lleva a cabo la venta de auto-partes, las denominadas “empresas recuperadoras” de autos robados y el sistema policial. En la región metropolitana de Buenos Aires, el grueso de los desarmaderos se ubica en el Gran Buenos Aires y la venta de auto-partes se extiende inclusive a la Ciudad de Buenos Aires. En la Provincia de Buenos Aires, otra cara de esta modalidad criminal está dada la “recuperación” de automóviles robados, actividad llevada a cabo por numerosas empresas -legales o clandestinas- regentadas por ex jefes policiales, sobre la base de la información y de los favores intercambiados por diferentes jefes en actividad.

Por otra parte, es de destacar, el rol activo que han tenido miembros de las bandas dedicadas a estos delitos, en el ámbito de los establecimientos carcelarios, privados de libertad. Es así que fue po-

⁹ “Informe oficial de la Provincia de Buenos Aires: creció un 39.3% el uso de armas de fuego”, *Diario La Nación*, Buenos Aires, 15 de junio de 2003, pág. 19.

¹⁰ Desarmaderos: nombre con el que se designan a los locales, galpones de medianas y grandes dimensiones donde se desarman los automotores robados, para la venta de sus repuestos y autopartes en forma ilegal.

sible determinar por investigaciones judiciales¹¹, y mediante el mecanismo de escuchas telefónicas, la planificación de ilícitos que realizaban los jefes de estos grupos organizados, manteniendo desde el interior de las prisiones el control operacional de la organización. Como resultado de un minucioso y exhaustivo trabajo de funcionarios judiciales con el auxilio de técnicos en comunicación de la Policía y el Servicio de Inteligencia del Estado, fueron detenidas treinta y ocho personas, incautados centenares de automotores robados, y pudo establecerse la conexidad con otras organizaciones criminales de amplia actuación territorial en la Provincia.

De acuerdo con fuentes oficiales, solo en la Provincia de Buenos Aires, durante el año 2000, se produjo el robo de 58.510 automóviles. En 2001, estos hechos aumentaron levemente y llegaron a 58.974 casos, mientras que en 2002 se alcanza la cifra de 78.326 hechos registrados¹². Entretanto, según las concesionarias y compañías de seguro, en el conurbano bonaerense, durante todo el 2002, el aumento de robos de autos fue del orden del 34,6 % con relación al año anterior. Durante el primer cuatrimestre del 2003, se produjo un incremento de este tipo de robo del 8,2 % respecto de todo el 2002 y del 48,7 % si se lo compara con el primer cuatrimestre del 2001¹³.

A lo largo del 2002, en la provincia de Buenos Aires, se robaron más automóviles que los vehículos nuevos que ingresaron al parque automotor provincial¹⁴. En la actualidad, se estaría robando un promedio de 11.000 autos por mes en todo el ámbito provincial, la mayoría de los cuales -50 %- son desguazados en los “desarmaderos” a los efectos de proveer de insumos al mercado negro de repuestos y autopartes. Esta actividad estaría generando anualmente más de \$ 400 millones, aunque otras estimaciones indican que este mercado ilegal movería unos \$ 700 millones solamente en el ámbito provincial. El 25 % de los autos robados son recuperados por empresas en-

¹¹ Investigación Penal Preparatoria n° 263.414 “Elvio Fernandez y otros sobre asociación ilícita”, Unidad Funcional de Instrucción n° 4- Juzgado de Garantías n°2. Departamento Judicial de Lomas de Zamora, Buenos Aires.

¹² Estadística delictual, 2000, 2001 y 2002, Enero 2003, Ministerio de Seguridad de la Provincia de Buenos Aires-Centro de Operaciones Policiales-Sección Estadísticas, La Plata.

¹³ “Aumentó el robo de automóviles en la provincia de Buenos Aires”, *Diario La Nación*, Buenos Aires, 22 de junio de 2003, pág.19.

¹⁴ Programa televisivo *PuntoDoc*, Canal América, Buenos Aires, lunes 9 de junio de 2003.

cargadas de ese negocio, la mayoría de las cuales están conformadas por ex comisarios de la policía provincial y llevan a cabo este negocio en connivencia o sociedad con jefes en actividad. El resto de los vehículos robados son “doblados” -cerca del 15 %-, es decir, se los re-patenta ilegalmente de acuerdo a la documentación de otros vehículos de idéntico modelo que se encuentran destruidos o incendiados, o, cuando se trata de automóviles lujosos, son contrabandeados a países limítrofes¹⁵.

Asimismo, el robo de automóviles implica un grado de violencia criminal muy importante y en crecimiento. Durante el 2002, en la provincia de Buenos Aires, más del 40 % de los homicidios dolosos producidos en el ámbito provincial se cometieron en ocasión del robo del automóvil, al mismo tiempo que ocho de cada diez policías bonaerenses fueron asesinados en igual circunstancias¹⁶. Entretanto, durante los dos primeros meses del 2003, los robos de autos que se perpetraron en el territorio provincial mediante la utilización de armas de fuego superaron a los que se cometieron mientras los autos estaban estacionados en la vía pública. Los primeros significaron el 50,5 % del total de hechos registrados en tanto que los segundos significaron el 49,5 %. A lo largo de los años anteriores, esas proporciones relación a los homicidios en ocasión de robos de rodados, registrados en el conurbano bonaerense, puede citarse que, en el primer semestre del 2000 se verifican 27 homicidios de este tipo; en el primer semestre del 2001 se denotan 24; en cambio, durante el año 2002 la cifra asciende a un total de 134, significativamente la cantidad de homicidios desciende en el primer semestre del año 2003 a 27, ello en virtud de la implementación de reformas legislativas que han hecho posible el control parcial de estos ilícitos. De conformidad con los índices señalados, surge del presente análisis la existencia de numerosos ilícitos vinculados con la sustracción de vehículos, como asimismo su adulteración registral, desguace y/o comercialización ilegal de autopartes, sin perjuicio de la utilización posterior de tales rodados para la perpetración de delitos que afectan la vida, la integridad psicofísica, la libertad y/o la propiedad de las personas.

Conforme los elementos recabados a través de las distintas investigaciones en función judicial realizadas en distintas jurisdicciones

¹⁵ *Diario Clarín*, Buenos Aires, 15 de mayo de 2003, s/p; *Diario Página*, Buenos Aires, 6 de julio de 2003, Pág.12.

¹⁶ *Diario*, Buenos Aires, 6 de julio de 2003, Pág. 12.

respecto a robo o hurto de automotor, es oportuno destacar que los vehículos sustraídos pueden tener los siguientes destinos: a) ser utilizados para la comisión de otro hecho delictivo y posteriormente abandonado; b) ser trasladado fuera del país hacia países limítrofes para su comercialización en el exterior; c) ser comercializados en forma defraudatoria mediante un simple cambio de chapa-patente y confección de la documentación registral adulterada que le corresponde; d) procurar el alta registral de los vehículos mediante adulteración de la numeración de motor y chasis, utilizando al efecto documentación legítimamente expedida por la Fiscalía de Estado¹⁷ de la Provincia de Buenos Aires; e) procurar la inscripción registral de automotores de procedencia ilícita mediante la adulteración de la documentación expedida por el órgano provincial precitado; f) proceder al desguace de los automotores sustraídos y a la comercialización de sus autopartes, utilizándose siempre como documentación respaldatoria la emitida, aún legítimamente, por el organismo provincial.

Del mismo modo y a partir especialmente de la sanción de la Ley 13.081 en agosto de 2003, se redujo el número de homicidios en ocasión de robo, y se registró una notable baja de los delitos vinculados con la actividad automotriz

Esta normativa regula las actividades de contralor de talleres mecánicos y comercios de automotores que funcionan en jurisdicción de la Provincia de Buenos Aires, estableciendo sanción de multa para el propietario, gerente o encargado de estaciones de servicio, talleres mecánicos y de reparación general de automotores que omitan llevar los registros correspondientes o se nieguen a exhibir tales registros ante el requerimiento del funcionario policial o de otra autoridad competente. Asimismo entre las tareas de contralor para la prevención y conjuración adecuada de las actividades ilícitas que eventualmente pudieren concretarse por incidencia directa o indirecta del incumplimiento de tales obligaciones de registración mencionadas, se faculta a la clausura, secuestro de mercadería de origen ilícito y detención de los propietarios, debiendo mediar para ello orden emanada de autoridad judicial competente.

¹⁷ Fiscalía de Estado: Organismo creado por la Constitución provincial, que entre sus funciones tiene la de administrar los bienes del Estado, en particular automotores secuestrados con orden judicial, producto de delitos, procediendo a su remate y emisión de documentación para su registro posterior.

Es así, que en virtud del control de la actividad automotor regulado por la normativa citada, a partir de su implementación el 1° de agosto de 2003, y tomando en cuenta lo informado hasta el 18 de septiembre, se realizaron en todo el ámbito de la provincia 13.257 inspecciones y 3.238 clausuras de locales destinados a la compra y venta de repuestos y autopartes. Asimismo y en procedimientos efectuados por personal policial de la Dirección de Sustracción de Automotores, organismo creado en enero del año en curso en cumplimiento de un decreto provincial, antecedente de la Ley 13.081, y entre los meses de Enero y Agosto se realizaron 10.387 procedimientos, se clausuraron 1030 locales, se detuvieron 1996 personas, incautándose 5815 vehículos y 327.051 autopartes de procedencia ilícita.

Durante los últimos tiempos, estas bandas -compuestas por numerosos miembros que conforman varios grupos que actúan concertadamente-, han llevado a cabo diferentes actividades delictivas relacionadas entre sí, en particular el tráfico y la venta de drogas y el intercambio ilegal de armas. Como toda forma de criminalidad organizada, sus actividades ilícitas apuntan a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material. En algunos casos, el financiamiento de la organización y del funcionamiento de estas bandas provendría de la industria de los secuestros. De allí también surgirían los fondos que les permitirían adquirir los miles de kilos de droga que compran en el exterior y comercializan en la sociedad bonaerense así como las armas mediante las cuales llevan a cabo sus ilícitos. Si bien muchos de sus cabecillas habitarían en lujosos barrios típicos de los sectores sociales más acomodados, el grueso de sus integrantes proviene de diversos estratos sociales pero sus bases operativas y logísticas se concentran en algunos barrios de emergencia lindantes con las zonas habitadas por la clase media y alta.

Así, estas actividades constituyen una nueva problemática socio-criminal y han tenido particular despliegue en zonas en las que se combina una alta densidad demográfica urbana, un marcado deterioro socio-cultural de los estratos medios y bajos y un enorme contraste social entre la extrema pobreza y la riqueza más concentrada dentro de una misma región.

Uno de los escenarios de mayor ocurrencia de hechos esta naturaleza, particularmente la operatoria de bandas criminales que utilizan los rescates que cobran por sus cautivos para capitalizarse y fi-

nanciar operaciones de drogas en forma creciente, es el del partido urbano de San Martín, de este modo lo ilustra una nota periodística¹⁸:

En sus 56,5 kilómetros cuadrados, San Martín tiene 53 villas, la cuenta es fácil, casi una por kilómetro cuadrado [...] Fue un barrio obrero con vida e impulso de sociedad de fomento cuando San Martín era la capital de la industria y no sólo por la denominación oficial que le pusieron cuando el derrumbe fabril ya estaba encima. Después, la miseria y la exclusión hicieron su tarea. Hoy forma parte de una zona caliente donde el delito adquirió características peculiares a fuerza del predominio de clanes familiares que llevan adelante sus acciones a partir de un estratégico control territorial. Es el corredor de las bandas de los llamados “narcosequestradores: concepto moderno para denominar a las bandas que usan la plata de los secuestros para financiar el negocio de las drogas [...]

Un muchacho de 18, 19, 20 años sale con el auto del padre y va a comprar droga a una villa, Elige una cercana al centro. Se llega fácil y es fácil irse rápido. Pero algo sucede. Con las visitas habituales llegan la confianza y las indiscreciones. Una alta fuente judicial de los tribunales de San Martín contó a VIVA que la Justicia supo de varios casos de jóvenes que terminaron secuestrados por la misma banda que les vendía la droga [...] Según los expertos, normalmente las organizaciones tienen una estructura celular. Unos o dos jefes manejan subgrupos con roles específicos. Unos venden droga, otros salen a secuestrar, otros se ocupan de la seguridad del capo. Cuando los ingresos trepan, los jefes suelen cambiar el barrio por la casa en el country. Eso sí, conservan a los soldados en el terreno [...] El negocio tiene muchas vetas. Una variante es el tráfico de información -a otras bandas- sobre víctimas tentadoras. Los llaman secuestros llave en mano [...]

Asimismo, también ha sido significativo el aumento de la violencia en el accionar delictivo -común u organizado-, lo que bien puede apreciarse en el incremento de los enfrentamientos protagonizados con las fuerzas policiales así como también en cierta impronta mafiosa puesta de manifiesto en algunos crímenes violentos.

En efecto, con relación a los enfrentamientos policiales¹⁹ y sus consecuencias, durante el año 2002, en el ámbito provincial se pro-

¹⁸ Torres, Leonardo. “Secuestros & Droga, Narcosequestradores”, *Diario Clarín Revista VIVA*, n° 1.433, edición n° 1.749, 19 de Octubre de 2003, pp. 36-38.

¹⁹ Se entiende por *enfrentamiento policial* a toda confrontación con arma de fuego en que intervenga personal policial en actividad y en ejercicio de sus funciones, ya sea en una acción individual o conjunta (en servicio, franco de servicio, de

dujeron un total de 1.818 hechos de esta índole, en cuyo marco se registraron un total de 202 policías víctimas, a saber, 38 efectivos fallecidos, 164 heridos con arma de fuego, 1.057 heridos con otras armas u elementos y 110 heridos en accidentes de tránsito durante el servicio. En el 71% de los enfrentamientos, el personal policial interviniente se encontraba en inferioridad de condiciones numéricas, 17% de los casos en igualdad de condiciones numéricas y el 11% en superioridad de condiciones. Ya hacia octubre, la cantidad de enfrentamientos policiales producidos así como de policías heridos y fallecidos como resultado de los mismos superó los totales anuales de 1999, 2000 y 2001. En el 2002, el incremento de los policías fallecidos fue mayor al 50 % respecto de los períodos anuales completos anteriores.

Finalmente y también en el interior de estos territorios así como en los barrios y zonas lindantes se concentran la mayor cantidad de hechos de violencia y de actos delictivos, en particular, la mayor cantidad de homicidios dolosos, entre estos hechos es necesario destacar la aparición reciente de homicidios no culposos perpetrados en la Provincia de Buenos Aires entre enero y octubre de 2002.

Sobre una base de datos²⁰ de “Partes urgentes”²¹ se realizó un estudio de casos a efectos de identificar aquellos casos con características mafiosas o implicación de organizaciones criminales de envergadura que ocurrieron en el período mencionado. En un universo de 1846 casos, y una muestra inicial de 132 casos, se realizó un procedimiento de selección, filtrando la base de datos mediante descriptores predeterminados: “esposado/a”, “ahorcado/a”, “degollado/a”, “decapitado/a”, “atado/a”, “quemado/a”, “degollado/a”, “acribillado/a”, “impacto/s”, “impactos varios”, “encapuchado/a”, “mafia”, “mafioso”, “mutilado/a”, “droga”, y “banda/s”, así se procedió a la selección de aquellos hechos que presentaran características demostrativas de la actividad de grupos organizados u organizaciones criminales. Durante el proceso de análisis de los casos se tuvieron en

civil o uniformado); abarcando también aquellos casos en los que el efectivo no haya tenido oportunidad de actuar o defenderse ante una agresión imprevista.

²⁰ *Informe septiembre 2002*, Dirección General de Evaluación de Información para la Prevención del delito, Ministerio de Seguridad de la Provincia de Buenos Aires.

²¹ El Parte urgente: (i) contiene los primeros datos recabados por una intervención policial inicial (ii) su información es breve (descripción prima facie de la escena de los hechos) y su presentación difiere según el estilo de narración de cada informe.

cuenta dos condiciones: 1) Respecto a los autores de los hechos, la presunción de actuación de bandas organizadas por el empleo de armas de grueso calibre, vehículos, equipos de comunicación, etc. Y 2) Respecto al estado en que fue hallada la víctima, signos de mutilación, degollamiento, tortura, apuñalamiento reiterado, acribillamiento, y todo signo que denote haberse empleado un alto grado de violencia o ensañamiento.

Se observa entonces, un importante crecimiento de los casos que reúnen las características mencionadas durante el bimestre julio-agosto, y una significativa disminución durante los meses de septiembre-octubre.



MES DE INCIDENCIA

	Frecuencia	%
Enero	9	6,8
Febrero	10	7,6
Marzo	12	9,1
Abril	10	7,6
Mayo	10	7,6
Junio	11	8,3
Julio	40	30,3
Agosto	30	22,7
Total	132	100,0
Total	132	100,0

Según una encuesta²² realizada por la Dirección Nacional de Política Criminal sobre victimización, y solo en el gran Buenos Aires. Más del 42% de los entrevistados indica haber resultado víctimas de al menos uno de los delitos. De los victimizados en los distintos delitos los porcentajes más altos corresponden a robo con violencia, con un 12.3%, y robo en vivienda. Cabe destacar que los victimizados en robo con violencia se enfrentan a un delito de fuerte impacto social dado que se trata de hechos con intención de robo pero que implican el uso directo de violencia. Ello determina que siendo el crimen violento alarmante y potencialmente más amenazador para la población influya directamente en el aumento de la sensación de inseguridad de los ciudadanos.

Las consecuencias que esta creciente sensación de inseguridad y el miedo a la criminalidad tienen sobre el compromiso ciudadano y la democracia pueden ser graves, ya que el requerimiento de protección y seguridad suelen enmascararse en demandas de ley y orden, guerra al crimen y mano dura, que siempre culminan convalidando medidas que cercenan derechos humanos, comprometiendo severamente los efectivos avances legislativos y estructurales que los sistemas democráticos han incorporado, no sin antes haber sufrido dolorosos y dramáticos quiebres del orden constitucional.

Cuando en la práctica la búsqueda la seguridad implica menoscabar la libertad, sea por imposición del Estado o por el consentimiento de servidumbre de la población, no existe seguridad de la libertad o libertad segura, sino una “dictadura dulce”, en la que quienes ganan son los violentos, creándose el sistema de “violencia, armas, inseguridad”, que se retroalimenta en un círculo perverso que promueve el temor, la desconfianza, el rompimiento de los vínculos sociales, constituyéndose en el peor obstáculo para el desarrollo autosustentado, una fuente permanente de energía negativa, generadora de múltiples factores criminógenos y potenciando los factores criminovalentes en grupos y personas²³.

²² *Encuesta Victimización Gran Buenos Aires 2002*. Dirección Nacional de Política Criminal, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Argentina.

²³ Domínguez Vial, Andrés. *Taller sobre Seguridad Ciudadana*, IIDH, San José, Costa Rica, Junio 2003.

Análisis de la actuación policial en el contexto del nuevo escenario del delito

A fin de comprender la génesis de la actuación policial en el marco de la nueva complejidad de la modalidad delictiva, es necesaria una breve reseña histórica de la evolución de la institución policial de los últimos 30 años.

La policía de la Provincia de Buenos Aires, al igual que el resto de los cuerpos policiales de nuestro país, se conformó como un organismo al servicio del gobierno estatal de turno más que de la comunidad, en el marco de una concepción de la seguridad asentada en el deber de protección del Estado y no de los derechos y libertades ciudadanos. Asimismo, esta evolución se realizó bajo la égida de un doble proceso institucional

Con el golpe de Estado ocurrido en 1976 se produjo el control operacional y de funcionamiento de las policías provinciales y federal por parte de las fuerzas armadas las que asumieron un férreo control de las policías y las subordinaron a su autoridad instalándolas como piezas e instancias claves del control y del disciplinamiento represivo interno dirigido por ellas. Ello trajo aparejado una abarcativa militarización organizativa y funcional de las policías²⁴.

También y con consecuencias hasta nuestros días, los integrantes policiales de los cuerpos activos que operaron bajo área y autoridad militar cometieron toda clase de atropellos y violaciones de derechos humanos fundamentales de las personas, contando para ello con significativas facultades discrecionales. De tal modo, que de los casi cuatrocientos centros clandestinos de detención existentes durante la dictadura militar, y en donde se decidía el destino de las personas allí secuestradas y torturadas, un significativo número de ellos funcionaban en dependencias policiales²⁵.

A partir de la dictadura cambian las reglas y también el “arreglo”. Antes era gravísimo y raro trabajar para una banda integrada por policías. Pero después de la dictadura comienzan a aparecer las bandas mixtas, es decir, comandadas por policías que utilizan a delincuentes comunes. El Estado entró en una zona de ilegitimidad, y no sólo por-

²⁴ Sain, Marcelo. *Plan de Modernización Policial ...*

²⁵ Comisión Nacional sobre Desaparición de Personas. *Informe CONADEP*, Archivo en custodia en la Secretaría de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de Nación, Argentina, Julio 2003.

que se violaron los derechos humanos, sino porque se avanzó sobre la propiedad: se saquearon los bienes de los detenidos y desaparecidos²⁶. Constituyéndose entonces, la organización policial en parte integrante y activa de un plan criminal, cuya sistematicidad y masividad fueran calificadas legalmente por la Justicia argentina, en su histórico fallo condenatorio a las juntas militares en diciembre de 1985.

Restaurado el sistema democrático en 1983 si bien comienza a gestarse un embrionario cambio estructural en las filas policiales, éste no llegó a concretarse, en virtud que muchos de los jefes policiales en actividad para esa fecha habían actuado bajo órdenes de autoridad militar. Por otra parte la clase gubernamental delegó sistemáticamente en las policías el manejo exclusivo de los asuntos de la seguridad pública, sin que, por cierto, mediara ningún tipo de revisión o reconversión del perfil militarista que dichas instituciones fueron asumiendo y consolidando tanto en su interior como en su relación con el poder político y con la sociedad y apuntalando considerables márgenes de autonomía institucional.

Esta orientación desembocó dio lugar a una situación de descontrol institucional en la entonces "Policía Bonaerense". En su marco, esta institución no solamente resultó absolutamente ineficiente en la prevención y conjuración de delitos, cuyo incremento fue significativo, sino que la ilicitud, la corrupción y el abuso funcional se convirtieron en un rasgo cotidiano de la actuación policial. Entre diciembre de 1991 y abril de 1997, fueron cesanteados 3.805 policías, es decir, el 8% de la fuerza en su conjunto, de los cuales 3.418 estaban penalmente imputados o procesados por la comisión de diversos delitos. Entre este último grupo, el 60% estaba procesado por robo, abuso de autoridad y/o falsificación de instrumento público, mientras que el 40% restante lo estaba por homicidio, lesiones graves y leves, torturas, defraudaciones y comercio ilegal de estupefacientes.

Todo ello configuró un escenario de extrema gravedad institucional en el ámbito de la provincia de Buenos Aires en materia de Seguridad, lo que determinó la intervención del poder político a lo largo de 20 años de democracia, en diversos sentidos y encuadres ideológicos, en ocasiones contrapuestos, constituyendo desde 1983

²⁶ "Entrevista a Isla, Alejandro, Antropólogo, profesor e investigador de FLAC-SO". *Diario Clarín*, 2 de noviembre de 2003, pág. 35.

un malogrado camino en el diseño de una política duradera y estable en seguridad pública. La más relevante es la resultante del quiebre institucional producido por el homicidio del periodista José Luis Cabezas en 1997, y cuya gestión de casi dos años produjo cambios significativos y la creación del Ministerio de Seguridad.

Como consecuencia de la derrotada reforma policial, en los años 1999/2001 se genera un retroceso histórico en cuanto a la conculcación de derechos elementales de las personas por parte de agentes del estado. De este modo y fundamentalmente durante los años 2000, 2001 y la primera mitad del año 2002, se produjeron hechos atentatorios contra la integridad, la vida y la libertad de las personas²⁷.

La comisión de estos ilícitos por parte de fuerzas de seguridad, tuvieron su máxima expresión, en ocasión de la movilización del movimiento de “piqueteros” realizada el 26 de Junio de 2002 y que como consecuencia del accionar policial resultaran muertos los dirigentes del movimiento piquetero Maximiliano Kosteki y Darío Santillán. Otra vez y luego de este luctuoso saldo, se removió toda la cúpula policial y al Ministro de Seguridad. Del estudio, análisis y evaluación de las piezas procesales de la Investigación Penal Preparatoria n° 332.676²⁸, sustanciada con motivo de los hechos y otras pruebas colectadas por el Ministerio de Seguridad²⁹ y aportadas a la investigación, surge hasta el momento que: en los sucesos del 26 de junio se habrían cometido ilícitos por parte de las fuerzas policiales actuantes los que se han caratulado bajo las figuras penales de doble homicidio y encubrimiento agravado en concurso ideal con violación a los deberes de funcionario público, en los términos de los artículos 55, 79, 80, 248 y 277 del código Penal, por cuerda corre agregada Investigación Penal iniciada el mismo día de los hechos por Violación de domicilio en los términos del artículo 151 del Código Penal³⁰.

²⁷ Informe Subsecretaría de Derechos Humanos de la Nación Abril, mayo 2001.

²⁸ Investigación Penal Preparatoria n° 332.676, iniciada en Abril 2003 (aun en trámite), Unidad Funcional de Instrucción n° 11. Departamento Judicial de Lomas de Zamora, provincia de Buenos Aires.

²⁹ Investigación Sumarial Administrativa n° 4656/602 imputados Comisario Inspector Alfredo FANCHIOTT y otros, iniciada el 22 de Junio 2002 (aún en trámite), Auditoría de Asuntos Internos. Oficina de Control de Corrupción y Abuso Funcional del Ministerio de Seguridad de la provincia de Buenos Aires.

³⁰ Reseña de la autora en “Informe Avellaneda”, Gabinete de Asesores, Ministerio de Seguridad de la Provincia de Buenos Aires, julio/septiembre 2002.

Así, la policía de la Provincia de Buenos Aires, lejos de constituirse como una policía civil y ciudadana, se fue conformando como una policía militarizada, estatalista y autónoma, y sus consecuencias institucionales más graves se expresaron en la corrupción policial sistemática, el abuso funcional y las faltas éticas graves.

De conformidad con los antecedentes mencionados, los sucesivos y fracasados intentos de reforma policial, la desanteción política y consecuente delegación en la policía del tema de la seguridad pública es posible entender el accionar policial que frente a las modalidades delictivas descritas se fue gestando al interior de la provincia de Buenos Aires.

El significativo despliegue territorial de este conjunto de actividades delictivas complejas, el establecimiento de ciertos lugares y zonas identificables como bases operativas y logísticas para su desarrollo, la intervención en ellas de diferentes grupos y subgrupos delictivos encargados del desenvolvimiento de las distintas funciones de la organización y el gran desarrollo operativo, logístico y de inteligencia de las bandas que la protagonizan indican que el enorme crecimiento de este tipo de criminalidad ha sido favorecido directa o indirectamente por la regulación policial, ya sea por impericia, por complicidad o por intervención directa en el negocio delictivo. Ello ha constituido un modo de regulación del delito dado por la participación policial directa e indirecta en las actividades ilícitas desenvueltas por diversas organizaciones o grupos criminales conjugando diferentes modalidades de complicidad, encubrimiento, protección, persecución y/o represión de dichos grupos. Ello dio lugar al establecimiento de un circuito estable de autofinanciamiento policial basado en el establecimiento de fuentes ilegales de dinero proveniente de dádivas o de actividades delictivas de diversa índole permitidas, protegidas o llevadas a cabo por los propios agentes policiales.

En gran medida, los secuestros extorsivos producidos en el ámbito provincial parecen haberse desarrollados con evidente patrocinio policial y como forma de neutralizar ciertos intentos políticos de introducir cambios en el ámbito policial o de presionar a las autoridades gubernamentales para obtener prebendas o para neutralizar intromisiones³¹.

³¹ Sain, Marcelo Fabián. "Hay omisión, complicidad o participación" (entrevista), *Diario*, Buenos Aires, 6 de julio de 2003, pág.12.; Sánchez, Gonzalo. "Asuntos internos, negocios sucios", *Revista Noticias*, Buenos Aires, 5 de julio de 2003.

Ahora bien, la envergadura de los emprendimientos criminales mencionados -en particular, el tráfico y comercialización de drogas, los “desarmaderos” de autos robados y los robos perpetrados por “piratas del asfalto”- da cuenta de cierta participación policial en la conformación y amparo de las bandas actuantes así como también en el desarrollo de las actividades delictivas por éstas desenvueltas. En las principales urbes del país y específicamente en el Gran Buenos Aires, el significativo despliegue territorial que han tenido estos emprendimientos y los grupos que los llevan a cabo, la facilidad con que se mantienen ciertos lugares y zonas que sirven de bases operativas y logísticas para su desarrollo, el grado de estructuración interna que han conseguido los diferentes grupos y subgrupos encargados del desenvolvimiento de las distintas funciones de las organizaciones delictivas y el gran desarrollo operativo, logístico y de inteligencia logrado por dichas bandas ha sido posible merced a la protección y complicidad policial o a la intervención directa de ciertos sectores activos a la policía en los negocios delictivos llevados a cabo por estas cuadrillas³². Es de destacar que en cuanto a esta modalidad delictiva, la participación de agentes estatales, policías, funcionarios vinculados al organismo de contralor de remate y venta de automotores, como Fiscalía de Estado, además de una amplia red de complicidad de funcionarios municipales ha contribuido tanto a su persistencia en el tiempo, unos diez años desde la instalación a la consolidación de los “negocios” como a su expansión territorial y a los niveles de impunidad alcanzados.

Es posible determinar el grado de participación policial en hechos delictivos graves, en los casos de robos de automotores, con la secuelas de homicidios cometidos en su ocasión, posterior desarme, venta, registración ilegal, depósito de autopartes robadas en desarmaderos, durante el los años 2002 y lo que va del presente año, un número cercano a 100 policías de la provincia de Buenos Aires, ha sido detenido, procesado, investigado y separado de la fuerza por la comisión de estos hechos. Del mismo modo, en la consumación de secuestros extorsivos, otro importante número de efectivos ha sido objeto de investigaciones penales con las consecuencias de los casos bajo examen jurisdiccional.

³² Sain, Marcelo Fabián. “Modernizar la policía ataca la ineficiencia y la corrupción”, *Debate. Revista Semanal de Opinión*, Buenos Aires, nro. 17, 4 de julio de 2003, pp.21-23.

También y como ya se ha señalado, en las llamadas empresas de “recuperación de automotores” El 25 % de estos autos robados son recuperados por empresas, la mayoría de las cuales están conformadas por ex comisarios de la policía provincial y llevan a cabo este negocio en connivencia o sociedad con jefes en actividad.

El panorama de la actuación policial delineado constituye solo un esbozo de los niveles de connivencia, corrupción y participación criminal en el nuevo escenario del delito urbano. Si bien este accionar no involucra a la totalidad de la fuerza, ello otorga a la institución una traza, que no puede revertir, un importante número de oficiales profesionales y respetuosos de la legalidad, que por otra parte ven cercenado su potencial de trabajo en los aspectos esenciales de la seguridad, toda vez que la participación de un significativo número de camaradas en hechos criminales y de corrupción, y de importantes jerarquías, limita la eficiencia del accionar de aquellos efectivos verdaderamente profesionales. También es posible identificar en el ámbito del Ministerio de Seguridad, responsable de la seguridad pública de la provincia la eficacia de instrumentos legales creados por la Reforma, como la Oficina de Control de Corrupción y Abuso Funcional, Auditoría de Asuntos Internos, que pese a los retrocesos mencionados, sigue desarrollando su labor en forma eficiente, lo que ha permitido la separación de la fuerza policial de los agentes que han incurrido en abusos, faltas graves éticas y delitos comunes, ello a pesar de verse este organismo contraído en recursos y frecuentemente ignorado por el poder político y con poco respaldo del Poder Judicial para llevar adelante sus investigaciones.

Este estado de situación en la institución encargada de la seguridad pública es percibido en forma alarmante por una sociedad que desconfía completamente de toda la institución policial, generando una creciente sensación de inseguridad. El foco de atención sobre el efecto de la criminalidad sobre una institución pública específica, la policía, es medular ya que impacta sobre el diseño e implementación de políticas públicas de seguridad. De esta manera se busca demostrar que la sensación de inseguridad no es necesariamente producto único de la victimización o de los medios de comunicación, sino de la baja confianza en la policía. De esta manera, si los ciudadanos no pueden confiar en la institución responsable de controlar el crimen tendrán una mayor sensación de inseguridad. En primer lugar, al intentar responder a la inseguridad pública los gobiernos deberían re-

solver el problema de la erosión de la imagen pública de la policía causada principalmente por la corrupción. Hasta hoy, las políticas de control del crimen en la Argentina se han concentrado en los poderes discrecionales de la policía y en el incremento de las penas para los victimarios³³.

Por otra parte y a través de las sucesivas reformas procesales penales sancionadas no ha podido evitarse el aumento de las atribuciones de la policía de seguridad en desmedro de la autoridad judicial. Dando lugar a que las instituciones policiales se corrompan por habitar a sus hombres a los abusos de poder, con lo que la imagen pública del sector policial primer eslabón del sistema penal y por ende el más inmediato al hombre común sufre un grave detrimento.

A su vez, la responsabilidad por esta situación suele cargarse muy hipócritamente en el cuerpo policial y principalmente entre los agentes de menor graduación e instrucción, cuando en realidad los primeros responsables, no los únicos, son los abogados que no denuncian la violación de derechos fundamentales.

Si se permite que el poder ejecutivo ejerza mediante el cuerpo policial funciones judiciales, luego no se puede echar culpas sobre el personal policial que no está obviamente capacitado para ejercer tales funciones. La corrupción policial proviene substancialmente de la corrupción o por lo menos del silencio de los hombres de derecho ante esta situación.

Es innegable que los sectores no judiciales del sistema penal tienen un formidable ejercicio de poder y que la burocratización del poder judicial permite que operen con total discrecionalidad.

Los sectores no judiciales imponen penas, violan domicilios, violan secretos de comunicaciones, secuestran documentación que en muchos casos desaparece, privan de libertad a cualquier persona sin cargo ni sospecha mínima, hacer operativos rastrillos, redadas, incluso de los lugares de esparcimiento so pretexto de abandono moral detienen a grupos de menores de edad a los que someten a revisiones y manoseos que en el mejor de los casos compromete su integridad psíquica. Ese formidable poder militarizado lo ejercen sin control del poder judicial e incluso en algunos casos con su beneplácito.

³³ Dammert, Lucía y Malone, Mary Fran. "Inseguridad y temor en la Argentina: el impacto de la confianza en la policía y la corrupción sobre la percepción ciudadana del crimen", *Desarrollo Económico*, vol. 42, julio-septiembre 2002, pág. 299.

Todo ello acompañado de espasmódicas campañas de ley y orden, de “mano dura” lanzadas irresponsablemente ante la creciente demanda de seguridad por parte de una población alarmada por la amenaza y el miedo de ser víctimas de delitos.

Mientras la policía se dedica a buscar el estereotipo del ladrón y del violador y detiene a gente a veces nada más que por portación de cara, se sigue privilegiando el “olfato policial” y las viejas prácticas inquisitivas por sobre la planificación estratégica de la prevención y efectiva conjuración del delito

Esta situación conforma un escenario de tal gravedad que solo es posible revertir con un planteo estratégico de políticas públicas de seguridad que impliquen el involucramiento efectivo y el compromiso activo de Estado y ciudadanía en pos de una fuerza policial al servicio de la comunidad, protectora de los derechos humanos.

Formulación de propuestas de adecuación y modernización policial³⁴

La seguridad pública implica una situación social libre de riesgos, peligros y conflictos, en cuyo marco los ciudadanos pueden gozar y ejercer sus derechos, libertades y garantías constitucionales, y en la que existen políticas y mecanismos institucionales eficientes tendientes a prevenir, controlar y/o neutralizar aquellos riesgos, peligros o conflictos concretos o previsibles que lesionen aquellos derechos, libertades y garantías. En concreto, ello supone la formulación e implementación de un conjunto de políticas y acciones coherentes y articuladas dirigidas a garantizar la paz pública por medio de la acción preventiva y la conjuración de los delitos y faltas.

No obstante, en el marco de un régimen democrático, la seguridad pública adquiere una impronta particular. La democracia no se restringe exclusivamente a la vigencia y regularización institucional de elecciones libres basadas en el sufragio universal como medio específico para la designación de las autoridades gubernamentales, sino que también supone, con igual peso, el ejercicio pleno de la ciudadanía con relación a los derechos y libertades civiles, políticas y sociales modernos, vale decir, una ciudadanía asentada sobre la base de la participación político-social autónoma de los ciudadanos en el

³⁴ Sain, Marcelo. *Plan de Modernización policial...*

proceso de gobierno y en los asuntos colectivos. Ahora bien, la efectivización de estos atributos implica el desarrollo de dos condiciones básicas:

- La existencia de un Estado con capacidad para garantizar los derechos y libertades civiles, políticas y sociales a lo largo de todo su territorio y de toda la sociedad.
- La vigencia de condiciones sociales, económicas y culturales que, de alguna manera, no obstruyan y/o permitan la concreción de la democracia política, del ejercicio de la ciudadanía y de la participación política autónoma.

La ciudadanía se puede ejercer de manera integral cuando el sistema institucional y los poderes públicos son eficaces en la protección de los derechos de las personas y en la preservación directa o indirecta de las condiciones sociales y económicas de dichas personas, como condición mínima de realización universal de dicha ciudadanía.

La condición institucional necesaria para efectivizar, en consecuencia, una situación de seguridad pública en la que los derechos de las personas queden formal y socialmente garantizados deriva de la capacidad de los poderes y las instituciones del Estado para regular eficazmente las actividades de protección de dichos derechos frente a eventuales interferencias arbitrarias o injustas de otras instancias personales o institucionales que configuren un hecho socialmente dañosos o ilícito, es decir, una conducta o acto que contraviene por acción u omisión una disposición normativa y, con ello, cercena alguna libertad ciudadana fundamental. Por lo tanto, cuando se produce un ilícito, se impone la obligación estatal de proteger los derechos de las personas a través de dos modalidades típicas de intervención institucional, a saber, la prevención de esos actos o hechos socialmente lesivos o dañosos; y la conjuración de los mismos cuando efectivamente se concretan o producen.

En este marco, la problemática del delito debe constituir el eje de funcionamiento y organización del sistema policial. De ello se derivan las tres funciones básicas de la institución policial:

- La prevención de delitos, lo que implica la efectivización de un conjunto de intervenciones institucionales tendientes a evitar o abortar la decisión de cometer un delito o impedir la realización de hechos o actos que impliquen un delito.

- La intervención en la represión de delitos a través de su participación en la investigación criminal, lo que abarca la constatación de los hechos delictivos perpetrados, la búsqueda y la reunión de los elementos de prueba y la identificación y localización de las personas sospechadas de ser responsables de los mismos, todo ello bajo la conducción judicial.
- El mantenimiento de la situación de seguridad pública, mediante acciones que apuntan a prevenir, neutralizar y conjurar cualquier tipo de hecho, falta o comportamiento -violento o no- que obstruya, limite o cercene la paz social y la libertad personal o vulnere la situación de seguridad de las personas.

Así, la actividad policial configura aquella función estatal básicamente orientada a limitar aquellos actos y comportamientos que configuren un perjuicio para las personas. Se trata de acciones limitativas en función de la protección ciudadana frente a determinados riesgos o actos que suponen una lesión concreta a las personas en una situación de seguridad pública, es decir, a cierto o ciertos derechos y libertades. Sin embargo, para que dicha acción limitativa no implique extralimitaciones, abusos o arbitrariedades que no solamente impidan prevenir o conjurar aquellas conductas violatorias de derechos sino, peor aún, que se constituyan en una fuente de violaciones de derechos y por ende de cercenamientos y vulneraciones a la situación de seguridad pública, la misma debe estar también limitada por un conjunto de preceptos legales e institucionales efectivos.

Por ello, la función policial implica el ejercicio de un servicio de protección a los derechos y libertades de las personas frente a eventos o actos que supongan la vulneración de una situación aceptable de seguridad pública. No obstante, la policía no solamente posee como misión institucional fundamental proteger el libre ejercicio de los derechos de las personas sino que, además, está legalmente obligada a cumplir con esa misión, sea en forma persuasiva o directamente coactiva, respetando y adecuando siempre su actuación a la legalidad que enmarca esos mismos derechos y de la que derivan el conjunto de las normas regulatorias de la actuación policial. Esto significa que, en un estado democrático de derecho, esta actuación está regida, siempre y en todo momento, por el principio de legalidad.

Ahora bien, el hecho de posicionar la problemática socio-criminal y, en particular, la prevención de delitos, la investigación crimi-

nal y el mantenimiento del orden público, como ejes fundamentales de la organización y el funcionamiento del sistema policial implica desarrollar un proceso de reconversión y modernización de dicho sistema ya que, tradicionalmente, éste ha estado y está volcado a la atención de situaciones ajenas o conexas a la cuestión criminal, tales como el cuidado y traslado de detenidos y el desarrollo de diversas labores administrativas no policiales. Estas labores distraen y comprometen una significativa porción de recursos logísticos, operativos y humanos de las tareas propiamente de seguridad y le imponen a la institución policial ciertos trazos organizativos y de funcionamiento que vulneran y obstruyen un desempeño eficiente en las tareas preventivas e investigativas. El tiempo y el esfuerzo institucional comprometido por la policía a la atención y abordaje de los asuntos criminales son escasos y están fuera del alcance de la debida planificación y control de legalidad y de gestión. Por lo tanto, reorganizar y refuncionalizar a la institución policial colocando como eje fundamental la cuestión socio-criminal constituye una condición necesaria para ponerla a la altura de un desempeño eficiente como servicio público.

Los procedimientos y principios básicos de actuación policial

La ley 12.155 de Organización de las Policías de la Provincia de Buenos Aires estableció un conjunto de principios y procedimientos básicos que debían comenzar a regir y regular inmediatamente la formación del personal policial y el conjunto de las prácticas cotidianamente desempeñadas por éste. En efecto, en dicha norma se estableció el principio de legalidad como eje estructurante de la profesión policial, explicitando el deber de los miembros de las policías de actuar conforme a las normas constitucionales, legales y reglamentarias vigentes. A su vez, tal principio general se operacionalizó a través del principio de razonabilidad y del principio de gradualidad, mediante los cuales se fijó el deber de evitar todo tipo de actuación abusiva, arbitraria o discriminatoria que entrañe violencia física o moral contra las personas y privilegiar las tareas y el proceder preventivo y disuasivo antes que el uso efectivo de la fuerza, procurando siempre preservar la vida y la libertad de las personas en resguardo de la seguridad pública. En este marco, aquella norma fundamental instituyó un conjunto de principios y procedimientos básicos de actuación policial regulatorios de las conductas que debe seguir el

personal policial en el desempeño de sus funciones y que constituyen pautas directamente operativas, cuya importancia amerita su mención:

- Desplegar todo su esfuerzo con el fin principal de prevenir el delito y de proteger a la comunidad actuando acorde al grado de responsabilidad y ética profesional que su función exige para preservar la situación de seguridad pública y las garantías constitucionales de los requeridos por su intervención.
- Observar en su desempeño responsabilidad, respeto a la comunidad, imparcialidad e igualdad en el cumplimiento de la ley, protegiendo con su actuación los derechos fundamentales de las personas, en particular los derechos y garantías establecidos en las Constituciones Nacional y Provincial y en las declaraciones, convenciones, tratados y pactos complementarios.
- No infligir, instigar o tolerar ningún acto de tortura u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, ni invocar la orden de un superior o cualquier tipo de circunstancias especiales o situación de emergencia pública para justificar la comisión de delitos contra la vida, la libertad o la integridad personal como torturas u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda intervención en los derechos de los requeridos por su accionar debe ser moderada, gradual y necesaria para evitar un mal mayor a bienes o derechos propios o de terceros, o para restablecer la situación de seguridad pública.
- Asegurar la plena protección de la integridad física, psíquica y moral de las personas bajo su custodia. Facilitar y tomar todas las medidas que sean necesarias para la revisión médica de los mismos únicamente con fines de análisis o curativos.
- No cometer, instigar o tolerar ningún acto de corrupción, que son aquellos que sin llegar a constituir delito, consistan en abuso de autoridad o exceso en el desempeño de funciones policiales otorgadas para el cumplimiento de la ley, la defensa de la vida, la libertad y seguridad de las personas, sea que tales actos persigan o no fines lucrativos, o consistan en brutalidad o fuerza innecesaria.
- Ejercer la fuerza física o coacción directa en función del resguardo de la seguridad pública solamente para hacer cesar una situación en que, pese a la advertencia u otros medios de persuasión

empleados por el funcionario policial, se persista en el incumplimiento de la ley o en la inconducta grave; y utilizar la fuerza en la medida estrictamente necesaria, adecuada a la resistencia del infractor y siempre que no le infligiera un daño excesivamente superior al que se quiere hacer cesar.

- Cuando el empleo de la fuerza y de armas de fuego sea inevitable, identificarse como funcionarios policiales y dar una clara advertencia de su intención de emplear la fuerza o armas de fuego, con tiempo suficiente como para que se tome en cuenta, salvo que el dar esa advertencia se pusiera indebidamente en peligro al funcionario policial, se creara un riesgo cierto para la vida de otras personas, o resultara evidentemente inadecuada o inútil dadas las circunstancias del caso.
- Mantener en reserva las cuestiones de carácter confidencial, particularmente las referidas al honor, la vida y los intereses privados de las personas, de que tengan conocimiento, a menos que el cumplimiento del deber o las necesidades de la justicia exijan estrictamente lo contrario.
- Recurrir al uso de armas de fuego solamente en caso de legítima defensa propia o de terceros y/o situaciones de estado de necesidad en las que exista peligro grave, inminente y actual para la vida de las personas, o para evitar la comisión de un delito que entrañe ese mismo peligro, debiendo obrarse de modo de reducir al mínimo los daños y lesiones a terceros ajenos a la situación. Cuando exista riesgo de afectar la vida humana o su integridad, el policía debe anteponer la preservación de ese bien jurídico al éxito de la actuación policial o a la preservación del bien jurídico propiedad.

Ahora bien, el cumplimiento de los preceptos de legalidad, razonabilidad y gradualidad deben ser valorados teniendo esencialmente en cuenta la inmediatez de decisión y la rapidez de ejecución que en la mayoría de las circunstancias concretas demanda la labor policial, dado que numerosos hechos que conculcan la seguridad individual o colectiva exigen una intervención exenta de dilaciones o retrasos, razón por la cual resulta necesario sopesar adecuadamente cada supuesto a los fines de discernir con claridad si el accionar del agente ha respetado las premisas legales y funcionales enunciadas. En consecuencia, la efectivización de tales preceptos rectores de la actua-

ción no solamente apuntan a inscribir la labor policial en el marco de legalidad vigente sino que también posibilitan una adecuada eficiencia funcional en el desempeño de las obligaciones de protección y seguridad ciudadana que debe regir dicho accionar.

Lo cierto es que este conjunto de preceptos no ha sido sistemáticamente difundido e impuesto entre el personal policial, ni su estricto cumplimiento ha sido considerado como un atributo necesario para la continuación de los efectivos en la carrera policial. Tampoco ha ocupado un renglón fundamental en el proceso de formación, capacitación y entrenamiento policial. Vale decir, estos principios no se han socializado dentro de la institución policial y fueron sistemáticamente desatendidos por las autoridades políticas y policiales. Solamente han tenido una vigencia legal relativa.

Todo ello, en suma, ha contribuido a que los principios y procedimientos básicos de actuación policial legalmente vigentes no hayan sido objeto de una socialización efectiva dentro del ámbito policial y, por ende, no se corporizaron en prácticas institucionales habituales y válidas para el conjunto de los uniformados, favoreciendo así el mantenimiento y la difusión de una subcultura policial legitimante del uso regular de la fuerza como método predominante de intervención policial táctica y del recurrente desarrollo de ciertas formas de violencia en el desempeño cotidiano de las tareas preventivas e investigativas.

En consecuencia, el cumplimiento de este conjunto de principios y procedimientos básicos de actuación policial debe formar parte de la carrera institucional de los agentes policiales de los cuerpos provinciales, particularmente, en todo lo referido a ciertos aspectos centrales de dicha actuación.

Con relación a la estricta adecuación del accionar policial al orden constitucional, legal y reglamentario vigente, debe imponerse un comportamiento asentado en la absoluta neutralidad e imparcialidad y, en consecuencia, sin discriminación alguna por razones étnicas, religiosas, culturales, sociales, políticas, ideológicas, profesionales, de nacionalidad, de género, por su opción sexual, por cuestiones de salud o enfermedad, o de adhesión o pertenencia a organizaciones partidarias, sociales, sindicales, comunitarias, cooperativas, asistenciales o laborales. Del mismo modo, debe fijarse la obligación de abstenerse de todo acto de corrupción, oponerse a él resueltamente y,

cuando se tomare conocimiento respecto de algún hecho que pudiere configurar un acto de corrupción, comunicarlo de inmediato a las autoridades judiciales y/o administrativas competentes.

En relación con el ejercicio de su actuación profesional y las relaciones con los habitantes, la policía debe impedir cualquier práctica abusiva, irrazonable o discriminatoria, que entrañare violencia física o moral o implicare la violación de derechos, libertades o garantías constitucionales, legales o supra-legales, y debe observar en todo momento un tratamiento a los ciudadanos regido por criterios de corrección, respeto, mesura e imparcialidad. Asimismo, debe utilizar el arma reglamentaria únicamente en las situaciones en que exista un riesgo racionalmente grave para su vida, su integridad física o las de terceras personas, o en aquellas circunstancias que puedan suponer un grave riesgo para la seguridad colectiva o individual y de conformidad con los principios establecidos legalmente.

En lo relativo a la dedicación y responsabilidad profesional del policía, éste debe llevar a cabo sus funciones con idoneidad, eficiencia y profesionalidad, debiendo intervenir, en el ejercicio de su función, en defensa del cumplimiento del orden legal. Del mismo modo, debe mantener en reserva las cuestiones de carácter confidencial, particularmente las referidas al honor, la vida y los intereses privados de las personas de que tengan conocimiento, como asimismo aquellas cuestiones de servicio que por su naturaleza exijan tal conducta; salvo que el ejercicio de sus funciones le imponga lo contrario.

Con relación a la ejecución de mandatos legales o de auxilio de la fuerza pública, la policía debe obedecer los mandatos auténticos de los poderes públicos, los que llevan en sí la presunción de legalidad, no cuestionándose la legalidad de los mismos cuando son emanados de autoridad competente en la esfera de sus atribuciones. En cambio, cuando una autoridad pública, excediendo manifiestamente sus atribuciones legales, dicte una resolución u orden que deban ejecutar los funcionarios policiales, de la que resultaren perjuicios para terceros, aunque no constituya delito, su cumplimiento debe suspenderse, efectuando las consultas pertinentes a las autoridades administrativas y judiciales correspondientes. Asimismo, la policía debe prestar auxilio para la ejecución de los mandamientos judiciales y el cumplimiento de las resoluciones de las autoridades administrativas y municipales, entes autárquicos o personas públicas no estatales que se

encuentren legalmente facultadas para requerirlos. Dicho auxilio debe limitarse a evitar que se obstaculice o impida el cumplimiento de la medida por la cual se requiere la colaboración, debiendo llegar a la disuasión y, en su caso, al uso de la fuerza física en situaciones de resistencia ostensible para asegurar el procedimiento, sin perjuicio de las responsabilidades legales que les correspondieren a los que desataron el mandamiento, orden o resolución que se ejecute y resistiere la autoridad interviniente.

Finalmente, con relación a la obediencia debida, la policía nunca debe prestar obediencia cuando el contenido de la orden de servicio sea ilegítimo o la ejecución de una orden de servicio configure o pueda configurar delito. Si el contenido de la orden de servicio conllevara la comisión de una falta leve o grave, el subordinado debe formular la objeción siempre que la urgencia de la situación lo permita. Del mismo modo, en ningún caso, la policía debe, en el marco de diligencias o actividades propias de la misión y funciones legalmente establecidas, inducir a terceros a la comisión de actos delictivos o que afecten a la intimidad y privacidad de las personas.

La ética policial

Con relación a la ética policial o, mejor, al control de la legalidad del desempeño policial, la modernización policial se asienta en una clara concepción basada en dos puntos fundamentales. En primer lugar, una estrategia eficiente de lucha contra el delito y las actividades criminales no puede conllevar y suponer la comisión de faltas y de delitos por parte del propio personal policial interviniente. Cuando un funcionario policial comete una falta grave o un delito en el desempeño de sus funciones, la sociedad sufre una doble consecuencia, a saber, la pérdida de un funcionario abocado a la prevención o investigación de delito y la emergencia de un nuevo infractor o delincuente cuyo accionar resulta lesivo de otros bienes jurídicos diferentes de aquel dañado por el ilícito que se pretende prevenir o investigar.

En segundo término, los abusos, la corrupción y hasta los delitos cometidos por funcionarios policiales en el desarrollo de sus tareas serán sensiblemente reducidos o eficientemente controlados si se introducen cambios sustantivos en las modalidades de funcionamiento y organización del trabajo policial preventivo o investigativo. Las formas tradicionales de labor policial enmarcan y favorecen prácti-

cas y concepciones funcionales de carácter abusivas o, en ciertas ocasiones, delictivas. La reconversión y modernización de estas formas de actuación constituye una instancia fundamental para neutralizar o limitar aquella impronta abusiva o extralegal.

Pues bien, mediante la ley 12.155 se instituyó un nuevo sistema de control de los ilícitos cometidos por el personal policial durante el desempeño de sus funciones. Se trató de un conjunto ciertamente novedoso de mecanismos de control interno de la corrupción y de los abusos funcionales, mediante la creación de la Oficina de Control de la Corrupción y Abuso Funcional, integrada por el Auditor de Asuntos Internos y por el Tribunal de Ética, que comenzó a cumplir con sus funciones el 2 de febrero de 1999.

En la mencionada Ley se fijó que el Auditor de Asuntos Internos depende en forma directa del Ministro de Seguridad y que sus funciones son las de identificar e investigar todas las denuncias de faltas éticas o abusos funcionales cometidos por el personal policial y, en su caso, formular la acusación ante el Tribunal de Ética, instruir el sumario administrativo, coleccionar pruebas que den sustento a la acusación y denunciar ante la autoridad competente la comisión de hechos delictivos advertidos en el ejercicio de sus funciones. El Tribunal de Ética, por su parte, quedó encargado de juzgar administrativamente a los responsables de faltas éticas o abusos funcionales, aplicar las sanciones y denunciar ante la autoridad competente la comisión de hechos delictivos advertidos en el ejercicio de sus funciones. De este modo, los sumarios administrativos iniciados por al comisión de faltas éticas, actos de corrupción y abusos funcionales atraviesan por dos etapas procesales diferenciadas, a saber, la correspondiente a la investigación preparatoria a cargo del Auditor de Asuntos Internos y la correspondiente a la realización del juicio ante el Tribunal de Ética, asegurándose la defensa en juicio y de debido proceso.

En cumplimiento de la facultad reglamentaria prevista en el artículo 51° de la Ley 12.155, el 11 de diciembre de 1998 se dictó el Decreto 4574/98, mediante el cual se establecieron las normas de procedimientos aplicables para los supuestos que correspondan a la Auditoría de Asuntos Internos y del Tribunal de Ética que conforman la Oficina de Control de Corrupción y Abuso Funcional.

En consonancia con los principios incorporados a la legislación de forma mencionada, el procedimiento administrativo sancionatorio disciplinario se estructuró del mismo modo que el proceso penal, advirtiéndose asimismo similares bondades surgidas de los siguientes principios fundamentales:³⁵

- **Estricto garantismo:** como principio que posibilita el pleno ejercicio de las garantías constitucionales del debido proceso. El imputado deberá ser asistido durante todo el proceso por un defensor letrado, pudiendo optar por uno perteneciente al cuerpo de Abogados de la Dirección General de Asesoría Letrada o uno de la matrícula a su costa.
- **Sistema acusatorio:** adecuación al mismo de las reglas del debate y la investigación a cargo del Auditor y/o Auditores adjuntos, con la estrecha colaboración de los Inspectores de Asuntos Internos, colocando a la acusación y a la defensa en paridad de situaciones en el procedimiento.
- **Plena Oralidad:** con el consecuente beneficio de la máxima aproximación a la verdad procedimental, determinada por la inmediatez del juzgador.
- **Publicidad de los debates:** en estrecha relación con el principio republicano de gobierno, que admite a la ciudadanía como protagonista y observadora crítica, en el ejercicio del control de la conducta y la solvencia funcional de los organismos administrativos con competencia jurisdiccional.
- **Celeridad:** Se establece un plazo de duración de la Instrucción sumarial de 90 días desde que se ordena su iniciación, renovable automáticamente, la que deberá ser convalidada por el Auditor quien fijará en definitiva el plazo de la prórroga el que no podrá exceder los 120 días.
- **Juicio Abreviado:** El sumariado y su defensor por un lado, y el Auditor en su caso, podrán solicitar el trámite de juicio abreviado. Para que el mismo procesa deberán acreditarse las siguientes circunstancias: a) acuerdo entre el Auditor y el sumariado y su defensor, b) no registrar el sumariado antecedentes de infracciones en un término anterior a dos años a contar de la comisión de la

³⁵ Informe de la autora, Oficina de Control de Corrupción y Abuso Funcional. Auditoría de Asuntos Internos. Junio 2003, Gabinete de Asesores, Ministerio de Seguridad de la Provincia de Buenos Aires.

falta, c) al encuadre de la falta y su *quantum* que establezca el Auditor, el sumariado y su defensor deben extender su conformidad.

Entre febrero de 1999 y noviembre de 2002, la Auditoría de Asuntos Internos tuvo un desempeño auspicioso. En ese período, se dispusieron 60 exoneraciones, 3 exoneraciones con trámite recurrido, 32 cesantías, 1 separación de retiro, 67 suspensiones de empleo, 16 suspensiones de empleo por juicio abreviado, 13 arresto, 10 arrestos por juicio abreviado y 18 exenciones, totalizando 220 actuaciones resueltas. Asimismo, se produjeron 119 elevaciones a juicio oral y público sin resolución y 16 elevaciones a juicio abreviado sin resoluciones.

La experiencia demuestra que con la creación de la Auditoría de Asuntos Internos y del Tribunal de Ética como organismos encargados de la investigación y juzgamiento de las faltas cometidas por efectivos policiales, se ha desplegado un accionar que ha conducido a medidas segregativas de la Institución, por vía de las sanciones de cesantía o exoneración, y también se ha instaurado en el ámbito policial, la instalación real y cierta de los principios de equidad y transparencia que trasuntan las normas respectivas, asegurando el respeto de las garantías constitucionales correspondientes.

De todos modos, pese a la importancia de este régimen institucional y de su función en el sistema policial bonaerense, salvo durante la gestión inicial y excepciones de Ministros con voluntad de investigar y sancionar la faltas cometidas por personal policial, la labor del mismo no contó con un marcado respaldo político-institucional, lo que se tradujo en la permanente ausencia de los recursos humanos y operativos necesarios para llevar a cabo una tarea eficiente.

En este marco, la modernización del sistema policial bonaerense requiere del desarrollo y consolidación de una nueva orientación funcional y de la optimización de los recursos humanos y materiales asignados a las tareas inherentes a la Oficina de Control de Corrupción y Abuso Funcional, en particular, de la Auditoría de Asuntos Internos. Tal objetivo general debe asentarse en el desarrollo de los siguientes ejes:

- La elaboración de un sistema de registro y análisis de las faltas y hechos de corrupción y abusos funcionales del personal policial provincial y la elaboración de un cuadro de situación provincial de las mismas a los efectos de elaborar lineamientos estratégicos preventivos e investigativos en la materia.

- El desarrollo de una nueva estrategia de auditoría asentada en una perspectiva esencialmente preventiva de los actos de corrupción o abuso funcional del personal policial.
- La puesta en práctica de líneas de auditoría basadas en la realización de investigaciones y pesquisas preventivas que apunten a detectar la posible comisión de faltas disciplinarias o, inclusive, de delitos de parte del personal policial.
- El permanente apuntalamiento político-institucional de la autoridad del Auditor de Asuntos Internos en el ejercicio de sus funciones investigativas desarrolladas dentro del ámbito policial.
- La normalización y jerarquización del cuerpo de inspectores de asuntos internos y de los inspectores adjuntos.
- La integración del Tribunal de Ética con miembros probos en el desarrollo de sus funciones, particularmente, en la aplicación de sanciones adecuadas a la gravedad de las faltas cometidas, sin que se desvirtúe la labor investigativa de la Auditoría de Asuntos Internos.

Con el propósito de consolidar la investigación de los excesos y las faltas en el ejercicio de las labores policiales se debe promover la realización periódica de controles y auditorías preventivas y proactivas respecto de los aspectos administrativos, contables y operativos de las dependencias policiales de todo el territorio provincial, los cuales deben incluir, por cierto, la verificación del tratamiento de los detenidos alojados en ellas. Estas prerrogativas están normativamente reguladas -a través de la Resolución Ministerial 132/02-, pero su aplicación efectiva e integral debe desarrollarse en el marco de una estrategia puntualmente aprobada por el Ministro de Seguridad y llevada a cabo por el Auditor de Asuntos Internos, de acuerdo con la elaboración de un cuadro de situación de las faltas y hechos de corrupción y abusos funcionales cometidos por el personal policial provincial. En dicho cuadro se deben identificar las dependencias, los circuitos administrativos, las prácticas institucionales regulares, los funcionarios o los cuerpos en los que se hayan producido con mayor regularidad determinados tipos de faltas, abusos o actos de corrupción o delictivos, su frecuencia, sus formas de manifestación, sus protagonistas, etc., y, a partir de ello, se debe establecer determinados tipos de intervenciones de control y auditorías preventivas o investigativas específicas y focalizadas a los núcleos de abusos, corrupción o delictivos previamente identificados.

Durante los últimos años, se produjeron sucesivas reducciones en el plantel de inspectores y en los recursos logísticos y operativos de la Auditoría de Asuntos Internos. Ello contribuyó a limitar la capacidad operativa del organismo, cuyo cuerpo de auditores y cuyos recursos operativos resultan insuficientes para encarar una estrategia preventiva y proactiva como se pretende. Por tal motivo, es indispensable incrementar el número de inspectores abocados a tales tareas, cubriendo las vacantes de auditores adjuntos, así como también dotar al organismo de los medios funcionales necesarios para tal fin.

De todos modos, el factor determinante para el desarrollo integral de una estrategia de control como la señalada está dado por el respaldo y apuntalamiento político-institucional del Ministro del ramo a la labor de la Auditoría de Asuntos Internos, sin el cual resultaría imposible vencer las tradicionales y recurrentes resistencias individuales o grupales interpuestas a aquella labor por los sectores policiales investigados, en particular, en todo lo atinente a la elaboración y/o entrega de los informes, documentos, antecedentes y otros elementos solicitados, a la imposición de medidas cautelares en perjuicio de los funcionarios que actúen en rebeldía o que resistan la medidas administrativas dictadas, a la recolección de pruebas o a cualquier tipo de diligencia ordenada por la autoridad administrativa competente.

En suma, este conjunto de medidas permitirá adecuar los mecanismos institucionales regulatorios del sistema de control de la corrupción y los abusos policiales al Estado de derecho y al debido funcionamiento policial.

Formación y capacitación policial

La jerarquización profesional del personal policial precisa de una política que apunte a la formación superior, la capacitación integral y el entrenamiento continuo de dicho personal en las tareas de prevención, conjuración e investigación de los delitos, en el marco del respeto irrestricto de los derechos y garantías constitucionales.

La formación y capacitación del personal de personal policial constituye un aspecto fundamental del sistema de seguridad pública. Dicha formación y capacitación debería apuntar a ciertos objetivos básicos:

- Proporcionar instrucción científica, profesional, humanística y técnica de alto nivel, promoviendo la generación, desarrollo y

transferencia del conocimiento en todas sus formas y garantizando una adecuada diversificación de los estudios.

- Desarrollar las actitudes, aptitudes y valores que requiere la formación de personas y funcionarios responsables, con conciencia ética solidaria, reflexivas, críticas, capaces de mejorar la calidad de vida, preservar la situación de seguridad pública y consolidar el respeto a las instituciones del sistema representativo, republicano y federal y a la vigencia del orden democrático.
- Propender a un aprovechamiento integral de los recursos humanos y materiales asignados e incrementar y diversificar las oportunidades de actualización, perfeccionamiento y reconversión para los integrantes del sistema. Garantizar un régimen académico, profesional y de especialización de carácter flexible y desmilitarizado.

En este sentido, la formación y capacitación tendrán como objetivo primordial dotar al personal de las policías provinciales de las herramientas y los instrumentos necesarios para brindar a la comunidad una óptima prestación del servicio de seguridad pública mediante el eficiente desempeño de sus funciones específicas. A tal efecto se deberá garantizar un régimen de excelencia académica, profesional y de especialización de carácter flexible y desmilitarizado, el cual estará sustentado en los criterios de objetividad, igualdad de oportunidades, mérito y capacidad.

En función de ello, el cumplimiento de los planes de formación y capacitación y la participación en los cursos y/o seminarios que al efecto se dicten tendrán carácter obligatorio y su aprobación serán requisitos ineludibles para el ingreso, ascenso y/o promoción en las carreras policiales.

Pues bien, en este marco, el Ministerio de Seguridad deberá formular un Programa General de Formación y Capacitación del Personal de las Policías de la Provincia de Buenos Aires, el que deberá estructurarse como un proceso unitario y progresivo y deberá estar orientado a la profesionalización de las funciones y de las especialidades policiales. Dicho programa deberá contemplar, como mínimo, los siguientes niveles:

- El Nivel Básico orientado a capacitar a quienes habrán de incorporarse a la carrera policial con el objeto de que puedan realizar las actividades propias de su función de manera profesional.

- El Nivel de Actualización Permanente que tendrá por objeto mantener al día el nivel de capacitación de los funcionarios y, especialmente, la enseñanza de aquellas materias que hayan experimentado una evolución sustancial en sus contenidos.
- El Nivel de Especialización Técnica y/o Profesional que tendrá por objeto capacitar al personal para tareas específicas orientadas a la realización de actividades y/o funciones que requieren conocimientos, habilidades y aptitudes especiales y determinadas.
- El Nivel de Promoción destinado a capacitar y preparar a aquellos funcionarios que aspiren a ascender en la carrera policial.
- El Nivel de Mandos orientada a la preparación de los mandos medios y superiores que desarrollan tareas de administración y organización policial.

Los planes que conforman al Programa General de Formación y Capacitación de las Policías de la Provincia de Buenos Aires regularán las condiciones para el ingreso y el ascenso en la carrera policial y, en consecuencia, estarán diseñados de forma que contribuyan a capacitar al personal en el ejercicio de sus labores con profesionalidad y eficacia. Así, la formación y capacitación tenderán a la profesionalización de la función policial, de acuerdo con las actividades específicas a desempeñar.

Asimismo, el proceso de capacitación deberá incluir para todos los grados el desarrollo permanente de las competencias propias del quehacer policial, siendo su aprobación requisito ineludible para el desempeño en las funciones que correspondan. El personal policial será evaluado y calificado como mínimo, una vez por año, conforme los procedimientos establecidos por la reglamentación.

En definitiva en un contexto democrático, el funcionamiento eficiente del sistema de seguridad pública debe asentarse en tres pilares básicos:

- Un liderazgo gubernamental integral sobre la institución policial; lo cual supone abandonar la tendencia histórica a delegar en las instituciones policiales el manejo de las cuestiones de la seguridad ciudadana, que es cuestión de exclusiva responsabilidad del gobierno político.
- Una policía capacitada y honesta, lo que implica jerarquizar profesionalmente al personal policial en un sentido integral, otorgán-

dole formación superior y entrenamiento continuo, promoviendo la especialización, el mejoramiento de las condiciones laborales, un sistema de selección y ascensos que privilegie el mérito, y la provisión de equipos y medios técnicos adecuados.

- Una ciudadanía activa y comprometida, asegurando la intervención de la comunidad en la elaboración de las políticas locales de seguridad, y del control del funcionamiento del sistema de seguridad.

Conclusión

Como puede observarse, en el ámbito y competencia de la seguridad pública, son numerosos los recursos internos, así como también la incorporación y/o ratificación de instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos, y la inclusión de este cuerpo normativo en planes y programas de estudio de los institutos policiales.

Sin embargo ello no ha resultado suficiente. En efecto, al igual que en otras experiencias regionales, en la Argentina, el Estado ha sido incapaz de asegurar la efectividad de sus leyes y de sus políticas a lo largo del territorio y del sistema de estratificación social³⁶. También persiste aún, pese a las reformas legales y otras herramientas y planes de transformación institucional una deficiente capacidad del Estado -en particular, de su sistema de seguridad, policial y judicial- para dar cuenta del crecimiento y complejización del delito en nuestro país y, como consecuencia de ello, para prevenir, enfrentar, conjurar y reprimir exitosamente sus diferentes manifestaciones.

El desempeño policial eficiente frente al delito como la vigencia de prácticas policiales efectivamente protectivas de los derechos humanos requiere fundamentalmente de un proceso de cambio y modernización de las formas de conducción política de la seguridad y de trabajo policial en materia de prevención delictiva e investigación criminal.

³⁶ O'Donell, Guillermo. "Acerca del Estado, la democratización y algunos problemas conceptuales. Una perspectiva latinoamericana con referencias a países poscomunistas" y "Las poliarquías y la (in)efectividad de la ley en América Latina", en: O'Donell, Guillermo. *Contrapuntos. Ensayos escogidos sobre autoritarismo y democratización*, Edit. Paidós, Buenos Aires, 1997.

Por cierto, el mejoramiento o modernización del sistema de capacitación y entrenamiento policial, la articulación de un régimen integral de control de la labor policial a través de una eficiente Oficina de Control de la corrupción y abuso funcional y la optimización de mecanismos dinámicos de participación comunitaria en la seguridad pública significan, en la actualidad, reformas positivas en función de lograr un desempeño eficiente y legal de la institución policial.

En orden a esta estrategia en materia de seguridad, entendida como una situación social libre de riesgos, peligros y conflictos, en cuyo marco los ciudadanos pueden gozar y ejercer sus derechos, libertades y garantías constitucionales, se deben implementar algunas acciones urgentes como: capacitación en derechos humanos, centros de reentrenamiento, optimización de las relaciones con la comunidad y sus instituciones, planes de prevención y conjuración del delito en concordancia con nuevas tecnologías, programas de capacitación a personal policial para el abordaje y tratamiento de la violencia doméstica. Destacándose principalmente el fortalecimiento de la Oficina de Asuntos Internos, dependiente en forma directa del Ministro del ramo, tonificando de este modo un método de evaluación de las fuerzas, que permita la determinación de las causas de inconducta o la existencia de algunas prácticas reñidas con el estado de derecho, estableciendo un firme control sobre los abusos funcionales en permanente colaboración con los órganos judiciales que investigan y sancionan estos hechos³⁷.

El grave panorama de la inseguridad en la provincia de Buenos Aires ha permitido que la tentación autoritaria se expresara en la forma de solución a este conflicto. De modo oportunista y efectista, se emprenden campañas de aumento de las atribuciones policiales y cercenamiento de derechos, ello compromete seriamente el futuro y fundamentalmente se elude el abordaje integral de la problemática, que como se ha señalado en materia delictiva en la Provincia de Buenos Aires está íntimamente vinculada a las condiciones sociales existentes en su territorio, particularmente, en las grandes ciudades y suburbios.

Ahora bien, el aumento y complejidad del fenómeno delictivo observado en la Argentina durante los últimos tiempos han puesto en tela de juicio el sistema de seguridad pública existente, lo que sirvió

³⁷ Informe de la autora presentado al Ministro de Seguridad, octubre 2002.

para validar políticas de seguridad de signo autoritario basadas en el aumento de los poderes discrecionales de la policía, el incremento de las penas para los delitos y la reivindicación del uso de la fuerza extralegal como modalidad predominante y legítima de actuación policial, agregado a ello la situación de las condiciones de detención de las personas privadas de libertad, cuyo número aumentó en los últimos tres años en forma desmedida, en virtud de esta política de “tolerancia cero”.

Todo ello acompañado de espasmódicas campañas de ley y orden, de “mano dura” lanzadas irresponsablemente ante la creciente demanda de seguridad por parte de una población alarmada por la amenaza y el miedo de ser víctimas de delitos.

Se debe reivindicar la seguridad como un derecho ciudadano fundamental y por ende la participación ciudadana debe tener como objetivo promover la intervención de la comunidad en la elaboración de las políticas y en el control del funcionamiento del sistema de seguridad y lograr una mejor relación entre la comunidad y la Policía. Teniendo en cuenta que existe una fuerte presión sobre los gobiernos municipales por parte de los ciudadanos, es de vital importancia que éstos se transformen en protagonistas y promotores de los cambios que consideren pertinentes, tanto en lo que hace a la prevención del delito como en la promoción de acciones y medidas preventivas de la violencia en general, dando en esta tarea participación a las organizaciones de la sociedad civil, las redes comunitarias y a toda la comunidad. Colocando a la sociedad no sólo en el lugar de la demanda, sino también en el lugar de la responsabilidad ciudadana. En este contexto, las fuerzas policiales, el sistema penal y el carcelario pierden exclusividad y la seguridad pública también se vincula a los derechos humanos, al derecho constitucional y aún al civil.

La ciudadanía no debe olvidar que en forma también orgánica y estatal, aunque tal vez no sistemática, los derechos fundamentales de las personas fueron enervados muchas veces en la Argentina de los últimos años. Es necesario remontarse hasta los antecedentes históricos del terrorismo de Estado para comprender el porqué de su irrupción aparentemente súbita. Esta perspectiva nos permite asomarnos a escenarios en los cuales son actores principales los conflictos sociales y la represión de esos conflictos.

Asimismo, son de vieja data los episodios represivos de luchas sociales en los cuales el protagonismo de las instituciones militares

y policiales se ve desnaturalizado por exigencias políticas ancladas en distorsiones ideológicas, ya sea que la intervención de las Fuerzas Armadas, y la subordinación de las policías a ellas, haya sido ordenada por gobiernos civiles o militares.

En nuestro continente americano, sucesivos puntos de clivaje en el orden jurídico de las sociedades nacionales nos legaron secuelas de anomia y desintegración que laceraron el tejido social y cuya superación devino desafío que la democracia, reconstituida, debió asumir sin beneficio de inventario. Pero fue esa convicción democrática de los argentinos, edificada sobre valores de derecho y libertad, lo que nos permitió sobreponernos al extravío en que nos fue dado caer en épocas sombrías de nuestro pasado reciente.

Una visión histórica de los hechos, es decir, una que capte los procesos sociales en su dinámica, y no a modo de fotografía que congela el presente aislándolo de sus antecedentes y de sus causas últimas, es imprescindible si se quiere acceder a una vida en libertad y con respeto irrestricto de los derechos humanos.

La historia ha demostrado que no obstante las numerosas rupturas de la milenaria tradición de los derechos humanos y el olvido genealógico en que han incurrido nuestras culturas con la reivindicación de autoritarismos y abusos de poder, su construcción y defensa, su ideología, ha sabido sobreponerse a autoritarismos y dictaduras, a contextos nacionales e internacionales adversos, a guerras y exterminios, en definitiva, las manifestaciones de la vida, las garantías de su ejercicio en libertad, tienen siempre una reserva moral y legal para hacer valer su existencia.

El Ecuador frente al Plan Colombia. Inseguridad en la frontera colombo-ecuatoriana

*Lorena Isabel Sánchez de la Vega**

“En el Putumayo, se dice, reina el narcotráfico, la guerrilla, la militarización. Pero al margen de esto -que es verdad- hay una empobrecida población campesina colombo-ecuatoriana que está entre esas tres fuerzas cruzadas. Son comunidades para las que el río no es una división sino su forma de vida y de unión: ecuatorianos y colombianos, son parientes, amigos, socios, compadres”.

Revista Blanco y Negro, periódico HOY, Domingo 6 de noviembre de 1994.

Introducción

Ecuador es un país ubicado al Nor-occidente de América del Sur, atravesado por la línea imaginaria que lleva su nombre, con una extensión geográfica de aproximadamente 252.000 kilómetros cuadrados; limitado al norte con Colombia, al sur y al este con Perú, y al occidente con el Océano Pacífico; tiene cinco regiones naturales, tres de ellas son continentales, bien diferenciadas: litoral frente a las costas del Pacífico, sierra atravesada por la Cordillera de los Andes y selvática en la espesa región amazónica del continente.

Mantiene una rica historia que data desde la época aborígen, preincaica, el Imperio Inca, la conquista española, la época colonial, la época Grancolombiana, y finalmente el período republicano de 173 años de vigencia.

Su riqueza cultural, geográfica, histórica y humana hacen de este pequeño país un sitio privilegiado en la región, y ha sido conocido hasta hace poco como una “isla de paz”.

* Participante en el XXI Curso Interdisciplinario en Derechos Humanos. Maestría en Derechos Humanos en el Mundo Contemporáneo. Canciller 1 de la Asesoría Técnico Jurídica, Área Nacionalidad y Naturalizaciones, Ministerio de Relaciones Exteriores del Ecuador.

Como parte del efecto “globo” o globalización, no se halla ajeno a la realidad latinoamericana de pauperización de sus economías, injusta distribución de la riqueza, grave afectación a los derechos económicos y sociales de su pueblo, y subdesarrollo del que padecemos todos los países latinos, como un factor común.

Pese a esta realidad que si bien es generalizada, no deja de ser lamentable, Ecuador ha sido parte de una comunidad fraterna, hermanada por los ideales libertarios de un criollo venezolano que logró con sus ejércitos la independencia del yugo español: Simón Bolívar a inicios del siglo XIX, quien inspirado en una patria grande forjó la Gran Colombia, uniendo a los países andinos en el sueño de una América unida, que no vivió mucho tiempo, mas dejó sembrada la simiente de la relación de estas naciones identificadas por su acervo histórico en común.

Los sueños son sueños es verdad, así como también es verdadero, que las fronteras solo existen en el imaginario de la tesis de la soberanía territorial de cada nación, no es menos cierto, que nuestras naciones confluyan en una misma historia de dominación, de lucha ineludible por la supervivencia, de haber sido siempre pueblos sanos, trabajadores, de nobles sentimientos que desde entonces hasta hoy se necesitan mutuamente.

Con estos argumentos, es como podemos compenetrarnos en el presente estudio monográfico, que constituye una herida al continente, a la familia andina, a Latinoamérica: el Plan Colombia y sus efectos en Ecuador.

Con una frontera común de 600 kilómetros aproximadamente, “viva” desde siempre por su permanente confluencia mutua de habitantes fronterizos en sus relaciones habituales de vida: familia, intercambio comercial, educación, etc., ambos países Ecuador y Colombia, se ven involucrados en un problema que desde su inicio quiso nacer como un problema regional, sin embargo, al no querer involucrarse la región, en algo inimaginable en cuanto a repercusiones armadas, violencia, guerra y con ello lo que se viene: hambre, injusticia, muerte; nace como un Plan para Colombia, sugerido y propiciado (especialmente a nivel económico) desde la máxima potencia del mundo, Estados Unidos de América, en su impostergable tarea de defensor de la humanidad, y para este propósito, contra el terrorismo y el narcotráfico.

Han pasado cuatro años desde que la administración Pastrana creara el “Plan para la Paz, la Prosperidad y el Fortalecimiento del Estado ‘Plan Colombia’”, en su país con la esperanza de poder parar la violencia en la que ese país ha estado involucrada desde hace más de cuatro décadas, y que ha visto sumido a su nación en una crisis de violencia civil y militar, en el enfrentamiento entre grupos insurgentes o guerrilleros, ejércitos de extrema derecha o paramilitares, y el propio ejército colombiano.

A más de estos factores, se suma el más preocupante para la Casa Blanca, que es aquel que guarda relación con el narcotráfico y la producción de uno de los productos más vendidos en el mismo Estados Unidos de América: “la droga”; y la supuesta mitigación del fenómeno terrorista que encubriría a productores y redes internacionales denominadas “carteles”, generadoras de más violencia.

La presente investigación por su extensión no trata de profundizar en la problemática del Plan Colombia en sí mismo, pues además es un plan de una nación soberana, para esa misma nación, sino más bien intenta mostrar que el Ecuador, como uno de los países fronterizos de ese país, es uno de los más perjudicados por los efectos de la aplicación de éste plan, especialmente porque la zona de mayor conflicto ubicada en el departamento sureño colombiano del Putumayo, limita con la provincia nororiental ecuatoriana de Sucumbíos y al igual que otras zonas de frontera recibe el impacto directo o indirecto de la guerrilla, la violencia civil y armada de esa región.

Nos planteamos como hipótesis, si acaso, con las repercusiones de indudable trascendencia en Ecuador de la aplicación del Plan Colombia en nuestro vecino país del norte, ¿no sería preciso hablar ya de un Plan Ecuador? o más bien ¿debemos seguir los dictados del gobierno norteamericano que desde un inicio pretendió involucrar a la región en un conflicto para la misma región, es decir, regionalizar el conflicto, a través de la Iniciativa Regional Andina?

Una bomba de tiempo, una zona de altísima conflictividad y violencia, una frontera viva de relaciones fraternas, espacios soberanos entregados para el control antinarcóticos, (la Base de Manta), una población asustada por el impacto del desplazamiento forzado de colombianos al Ecuador, crecimiento de los índices de inseguridad ciudadana, apoyos económicos y logísticos del gobierno norteamericano para el afianzamiento de las Fuerzas Armadas nacionales,

afectaciones ambientales, de salud y sanitarias por los efectos de las fumigaciones, alarmantes cifras de solicitantes de refugio, leves sentimientos de xenofobia en la población nacional hacia el colombiano, etc., son varios de los problemas que ésta situación ha generado y que constituyen afectaciones a la seguridad de nuestro país, y sin ser egoísta de toda Latinoamérica, pues por la mundialización, siempre, lo que le pasa a uno, repercute en los demás.

En fin, esta historia no es reciente pero si es de trascendencia actual, Ecuador no puede estar ajeno a esta realidad y debe, en pro de la construcción de su progreso y una democracia activa, hacer algo por sí mismo y por los suyos, pronto.

Revisemos entonces, estas líneas sugeridas desde nuestro trabajo cotidiano en el Ministerio de Relaciones Exteriores del Ecuador, así como una visión desde varios frentes, muy especialmente como parte del grupo jurídico *ad-hoc* en la perspectiva de los impactos de la migración y refugio en Ecuador, bajo la óptica de los derechos humanos, en el que he colaborado este año y que me ha permitido vivir de cerca los arbitrios que nuestros hermanos de Colombia sufren en su país y a veces también en el nuestro, a ellos y a quienes viven en la zona limítrofe va esta investigación.

1. Antecedentes

En 1999 el entonces Jefe de Estado colombiano, Andrés Pastrana propone al estado colombiano y al mundo, un ambicioso plan que buscaba, según el agotamiento de ciertas etapas y determinadas estrategias, arrancar de raíz el problema de la violencia y la abrupta caída económica en nuestro hermano país. Se le denominó *Plan para la paz, la prosperidad y el fortalecimiento del estado*, Plan Colombia, “consiste en una estrategia integral diseñada por el Gobierno colombiano, con la colaboración de expertos del Gobierno de los Estados Unidos, para reactivar la economía colombiana, fortalecer a las instituciones democráticas, promover el proceso de paz; eliminar los ‘santuarios’ de producción de droga, destruir cosechas ilegales y capturar a los delincuentes”¹.

¹ Informe sobre el Plan Colombia, 09-02-2000, Ministerio de Relaciones Exteriores del Ecuador (MMRREE), Dirección General de Soberanía, Quito, Ecuador.

El Plan Colombia se planteó sobre cinco áreas críticas: 1) el proceso de paz; 2) esfuerzos antinarcóticos; 3) el sistema judicial; 4) fortalecimiento de la democracia, derechos humanos y desarrollo social; y 5) política económica.

El proceso de paz

En su primer momento el Plan Colombia aspiraba alcanzar mediante un proceso de negociación con los grupos insurgentes, el establecimiento de la paz, en una zona desmilitarizada de 42.000 kilómetros cuadrados cedida a la guerrilla y ubicada al sur oriente colombiano.

En Colombia la violencia tiene una historia de larga data, aproximadamente 160 años de guerra civil interna, que desencadenó con el asesinato del liberal Gaitán en 1948, y generó un mayor enfrentamiento, conducido en su primer momento por los grupos armados “legales” e ilegales que actuaban en nombre de los partidos conservador y liberal de esa época², y que más adelante suscitó el surgimiento de grandes fuerzas guerrilleras, que han mantenido una permanente situación de violencia civil, militar y social, en el interior de sus fronteras, actualmente el conflicto se cierne entre los grupos irregulares, guerrilla, ejército nacional y paramilitares.

Estos grupos irregulares, en la época de la guerra fría mantenían los postulados de la extrema izquierda, orientados a la toma del po-

² “De esta situación da clara muestra la llamada época de la violencia entre los años 1946 - 1958, la cual significó el despojo y la expulsión de cerca de dos millones de colombianos, quienes debieron dar paso a las necesidades de tierra para el modelo agroindustrial que empezaba a gestarse y quienes fueron objeto de las persecuciones, odios y violencias de los grupos armados “legales” e ilegales que actuaban en nombre de los partidos conservador y liberal en la época”. Ver: Bello, A., Martha Nubia. “El desplazamiento forzado en Colombia: acumulación y exclusión”, *Conferencia Regional Globalización, Migración y Derechos Humanos*, Universidad Andina Simón Bolívar (UASB), Quito, Ecuador, septiembre 2003.

³ “[I]a FARC hace un balance positivo de los logros durante los 37 años de combate por la **justicia, por la libertad, por los derechos de los trabajadores colombianos y por la segunda y definitiva independencia al lado de nuestro pueblo**”. (el resaltado es nuestro). Del testimonio del Comandante Raúl Reyes, cabecilla de las FARC, en entrevista con el autor, con relación al balance de las mesas de diálogo en el proceso de paz del Plan Colombia, Colombia 2001. Salgado Tamayo, Manuel. *Drogas, terrorismo e insurgencia: Del Plan Colombia a la Cruzada Libertad Duradera*, Edit. La Tierra, Quito, Ecuador, 2002, pág. 204.

der mediante la revolución por medio de las armas³, ideología que aún se alimenta en la formación de sus tropas y que a criterio del investigador ecuatoriano Manuel Salgado tiene su base en los discursos del recordado líder Ernesto Che Guevara⁴.

No obstante, con el devenir de los tiempos esta ideología se fue aunando al surgimiento y apogeo de la violencia armada que ha servido como escudo al narcotráfico, fruto del inminente desarrollo de plantaciones de drogas ilícitas: coca, marihuana y actualmente amapola, en los inmensos sectores rurales de este país.

Tres son los protagonistas del conflicto armado en Colombia: las FARC (Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia), el ELN (Ejército de Liberación Nacional) y los grupos de autodefensa al margen de la ley, con tendencia de extrema derecha, los Paramilitares (Autodefensas Unidas de Colombia), estructurados en guerrillas fuertemente armadas y con un altísimo número de militantes en cada bando, quienes han considerado que al conflicto colombiano debe dársele una solución armada⁵. “El movimiento guerrillero tiene sus raíces en los antagonismos tradicionales del campo y de la política en la sociedad colombiana, alimentados en parte por la retórica ideológica de la confrontación capitalista-comunista. Con el transcurso de los años, la lucha para ampliar su presencia territorial y su adquisición de influencia política y militar ha sido financiada por la extorsión y el secuestro, y más recientemente mediante ‘impuestos’ cobrados por los intermediarios del narcotráfico”⁶.

Luego de varias mesas de negociación sin ningún resultado positivo, este primer proceso no logró alcanzar las metas trazadas en primera instancia, conduciendo más bien al nuevo gobierno a emplazar

4 “[L]a lucha guerrillera es una lucha de masas, es una lucha de un pueblo: la guerrilla, como núcleo armado, es la vanguardia combatiente del mismo, su gran fuerza radica en la fuerza de la población [...] Es una cualidad *sine qua non*”. Ernesto Che Guevara, *La Guerra de Guerrillas*, citado por Manuel Salgado en su entrevista con el Cdte. Reyes. Salgado T, Manuel. *Drogas, terrorismo...*, pág. 204.

5 Se considera que en el año 2000, las FARC ubicadas en los departamentos sureños del Caquetá y el Putumayo, contaban con un ejército de alrededor de 15.000 hombres, el ELN en el norte de Colombia, contaría con un ejército de 5.000 combatientes. Datos tomados del artículo “Colombia: la nueva Vietnam”. Szulc, Tad, *Diario El Clarín*, Buenos Aires, Argentina, 7-09-00, Website: <http://old.clarin.com/diario/2000/09/07/o-02701.htm> (de los archivos de la Dirección General de Soberanía- MMRREE).

6 Programas de Información Internacional PLAN COLOMBIA, Departamento de Estado de Estados Unidos, <http://usinfo.state.gov/espanol>.

a los grupos insurgentes de que resistan su nueva política, (la del presidente Uribe), de combatirlos hasta las últimas consecuencias, negando que existiere un conflicto armado, sino etiquetarlos con la denominación de bandidos y terroristas, invitando a la población a unirse como “combatientes” junto al Estado⁷.

En el año 2003, a criterio del Crnel. Jorge Brito⁸, en declaraciones para la revista *Vistazo* de Ecuador, la política de Álvaro Uribe cambió totalmente de rumbo en cuanto al tratamiento del problema, “se propone recuperar el tiempo perdido y se da un plazo de 18 meses. Más o menos terminaría por enero de 2005. Su propósito es debilitar a las FARC (Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia) para entrar en una negociación y recuperar el territorio perdido que supera el 40 por ciento bajo control guerrillero”⁹.

Sin embargo el fracaso en las negociaciones del proceso de paz del gobierno de Pastrana, luego de las actuales tentativas del presidente Uribe, finalmente se ha logrado a finales de este año que los grupos paramilitares de extrema derecha, empiecen a desmovilizarse, entregando sus armas: “En Medellín, los hombres del Bloque Cacique Nutibara entregaron sus fusiles y sus insignias de guerra en presencia del alto comisionado para la Paz, Luis Carlos Restrepo, quien anunció una desmovilización de 150 hombres para el 7 de diciembre”¹⁰.

No obstante para los organismos de Derechos Humanos éste último proceso, de alguna manera deja serias inquietudes sobre otorgar un estatus de impunidad para los grupos de paramilitares que han sido perpetradores de una infinidad de crímenes de lesa humanidad, masacres, torturas, secuestros¹¹.

⁷ “En Colombia no hay un conflicto armado interno, lo que hay es una lucha del estado legítimo contra un grupo de terroristas que mantienen sus acciones porque se financian del narcotráfico” esta sería la nueva interpretación del conflicto armado interno por parte del actual gobierno colombiano. Rojas, Jorge. “Plan Colombia, conflicto armado y movilidad humana”, Conferencia Regional Globalización...”.

⁸ El Coronel Jorge Brito, formó parte de la red de trabajo colectiva: “Grupo de Monitoreo de los Impactos del Plan Colombia”, Ecuador 2001.

⁹ Citado en el artículo “El plan secreto entre Ecuador y Colombia”, *Revista Vistazo-Ecuador*, noviembre 20, 2003, pág. 23.

¹⁰ Según la Agencia AFPy RED, 13.000 hombres deberán desmovilizarse hasta finales del año 2005. Ver: “Uribe no ha dicho qué harán los paramilitares que se desmovilizan”, *El Comercio*, Quito, 30 de noviembre de 2003, Sección A.

¹¹ *Ibíd.*

Es importante además tomar en cuenta las preocupaciones de la Comunidad Europea y de la ONU, sobre que este proyecto de ley antiterrorista en Colombia que “daría atribuciones de policía judicial a los militares” favoreciendo de alguna manera este proceso en pos de la impunidad¹².

Esfuerzos antinarcóticos

Sin pretender abundar en los puntos a ejecutarse en el Plan Colombia, luego de la gran repercusión del primer eje estratégico en la crisis de Colombia, el segundo, los *Esfuerzos antinarcóticos*, son los detonantes del respaldo total de los Estados Unidos, en el ámbito financiero y militar para el Plan Colombia de estos dos últimos años.

Basados en los factores que han determinado que el problema del narcotráfico sea de grave afectación a la seguridad no sólo de ese país, sino de la región y del mundo entero, Colombia recibió del Fondo Monetario Internacional (FMI), una facilidad de crédito por tres años para apoyar la balanza de pagos por US. 2.700 millones de dólares. El costo total del Plan ascendía a un total aproximado de US. 7.500 millones de dólares, aportando con US. 4.900 millones, Colombia, y la comunidad internacional con US. 2.600 millones aproximadamente, siendo el mayor contribuyente los Estados Unidos con US. 1.500 millones dólares.

Jorge Rojas, comunicador social colombiano citó al respecto que “con base en la ley de apropiaciones del Congreso de los Estados Unidos, el país recibe en promedio un millón 400 mil dólares diarios de ayuda militar de ese país para adquisición de armas, helicópteros, sostenimiento de cerca de 400 asesores militares y civiles en terreno, cuidar oleoductos y desarrollar el programa de fumigaciones por aspersión aérea de cultivos de uso ilícito, todo dentro del Plan Colombia”¹³.

A finales de este año, la prensa nacional recogió la información de que el Congreso de los Estados Unidos aprobó la ayuda a Colombia de \$ 700.000.000 (700 millones de dólares), incluidos en el presupuesto del 2004 para las Operaciones Extranjeras, que se destinarían para financiar la guerra contra las drogas, el terrorismo y otros programas de corte social en ese país¹⁴.

¹² La UE se inquieta por el desarme de los paramilitares”, *El Comercio*, diciembre 2003, Sección A, Quito.

¹³ Rojas, Jorge. “Plan Colombia, conflicto armado...”.

¹⁴ “Plan Colombia: EEUU. da 700 millones más”, *El Comercio*, 9 de diciembre del 2003, Quito-Ecuador, sección A, pág. 8.

Es decir el gasto trasciende todo cálculo, que más allá de los cientos de millones diarios que se han invertido en la ejecución del Plan, queda el saldo del valor de las innumerables vidas perdidas, los pueblos arrasados por los enfrentamientos armados, por ambos bandos, los bienes materiales arrasados, pueblos, comunidades, etc.

Sin embargo, la principal lucha que involucraba el Plan Colombia que es la eliminación del narcotráfico, no se ha disminuido en número proporcional a la inversión económica que ha significado.

Otros ejes del Plan

La continuidad en la ejecución del resto de los ejes temáticos del Plan está por verse aún, y si acaso podemos comentar, valdría la pena citar, que en cuanto al respeto de los derechos humanos como uno de los ejes a tomarse en cuenta, el actual estado del proceso ha dejado innumerables variables por lamentar, como han sido en primer lugar las conculcaciones del derecho a la vida de todos nuestros hermanos colombianos que en su mayoría inocentemente han fallecido¹⁵, no se diga las torturas, las masacres, las desapariciones que ya sean ejecutadas por los grupos irregulares, los paramilitares o por el ejército nacional colombiano, que representan grandes pérdidas. Asimismo los defensores de los derechos humanos, agrupados en ONG's, y estamentos estatales han sido tomados por defensores de terroristas, y catalogados permanentemente como sospechosos, limitando su ámbito de acción con amenazas y persecución.

El conflicto desconoce además el derecho internacional humanitario, porque como dijimos anteriormente existe una lucha interna entre los buenos (los que estarían de parte del gobierno) y los malos (los grupos insurgentes y los que no los denuncian), “en la que toda la población debe estar del lado de una de las partes, es decir, elimina el principio básico de distinción entre combatientes y no combatientes que protege a la población civil”¹⁶.

Sin duda este primer momento ha incluido una considerable inversión social, económica y humana de nuestro hermano país, con-

¹⁵ Según la Comisión Colombiana de Juristas, en Colombia cada día mueren por acciones relacionadas con el conflicto armado interno un promedio de 20 personas, de las cuales 14 son asesinadas en la casa, en el sitio de trabajo o en la calle en estado de indefensión y seis mueren en acciones bélicas”. Rojas, Jorge. “Plan Colombia, conflicto armado...”.

¹⁶ *Ibíd.*

signando la atención mundial y de la propia Latinoamérica, sobre todo por las inmensas repercusiones contra la paz, la vida, y el libre desarrollo de este pueblo, sin descontar la innegable incógnita de que a pretexto de este Plan en Colombia, se involucre a toda nuestra región en un programa armamentista impuesto por los Estados Unidos, y que impulsa a toda costa el fortalecimiento de nuestros ejércitos con la compra de más armamento en pro de una nueva teoría de la “Seguridad Nacional”, ya no de soberanías territoriales sino frente a un solo “enemigo interno”, que muchos aún no comulgan sea solo el terrorismo (¿cuál y ¿quiénes en cada país?).

Reacciones de la comunidad internacional y en Ecuador

El involucramiento de la comunidad internacional, especialmente de los países cercanos a las fronteras con Colombia: Venezuela, Panamá, Ecuador, Perú y Brasil fue inmediato a la creación del plan, en razón de que por ser países fronterizos, de una u otra forma recibimos el atroz impacto de este conflicto armado.

No obstante, es de público conocimiento que el mundo entero ha consagrado su atención a este problema, mucho más luego del 11 de septiembre de 2001, fecha luego de la cual el planeta empezó a sobre preocuparse por los efectos del terrorismo internacional, la seguridad y los alcances de la delincuencia transnacional organizada¹⁷.

En 1999 altos funcionarios del gobierno norteamericano: Barry McCaffrey “zar antidrogas” y Thomas Pickering, miembros de la administración Clinton, visitaron oficialmente al presidente Andrés Pastrana en Colombia para determinar la creación de un plan integral para “fortalecer las Fuerzas Armadas, detener la caída libre de la economía de la nación y combatir el narcotráfico”, más adelante visitaron el Ecuador, con fines de la misma índole¹⁸.

¹⁷ En octubre de 2000 durante la Cuarta Conferencia de Ministros de Defensa de América, en Manaus, Brasil, el Secretario de Defensa de los Estados Unidos, William Cohen, insistió en obtener el aval sudamericano para la intervención militar norteamericana a través del Plan Colombia, lo que fue rechazado por los representantes de Brasil y Venezuela, y no encontró mucho eco en los demás ministros [...] Desde que Clinton solicitó los fondos para el Plan Colombia se vislumbró una apuesta regional”.- Lucas, Kinnto. *Plan Colombia, la Paz Armada*, Edit. Planeta del Ecuador S.A, Quito, Ecuador, 2000, pág. 37.

¹⁸ Observatorio Internacional para la Paz (OIPAZ), *Testimonios de Frontera, Efectos del Plan Colombia en la Frontera Colombo-Ecuatoriana*, Quito, Ecuador, 2003, Pág. 17.

En ese mismo año, Ecuador a consecuencia de la creación del Plan Colombia, concertó su atención en los progresos del proceso de paz elaborando varias interpretaciones y postulados que pretendían identificar posibles puntos de relaciones de índole bilateral con énfasis en la seguridad de las fronteras¹⁹, generando innumerables reuniones entre las fuerzas militares y la Policía Nacional del Ecuador. Y como más adelante analizaremos, en ese mismo año dentro de la estrategia norteamericana del control del narcotráfico, Ecuador firma el Acuerdo en el que permite el uso de las instalaciones de la Base Aérea del puerto de Manta²⁰.

En los primeros meses del año 2000, se elabora una propuesta de Estrategia para la Paz: “Ecuador-Colombia”²¹, enmarcadas en una *paz positiva*, orientada a la consecución de una paz *incondicional*, caracterizada por la ausencia de conflictos reales y potenciales.

En ese mismo año, la Cancillería ecuatoriana propuso al Ministerio de Defensa Nacional, un documento denominado “Ideas para una Plan de Política Exterior del Ecuador frente a Colombia” a fin de consolidar un frente que bajo la perspectiva de la seguridad nacional, busque mitigar los efectos desencadenados por la violencia en el país del norte.

¹⁹ En 1996 se creó la COMBIFRON, Comisión Binacional Fronteriza, firmada en Santa Fe de Bogotá el 21 de noviembre de 1996, con reuniones en el 99, y en el último año en agosto, entre los compromisos de la última declaración conjunta entre Colombia y Ecuador, los Jefes de Estado destacaron la vigencia de esta Comisión Binacional “para Asuntos de Seguridad, Control y Vigilancia en la Frontera” y los esfuerzos realizados por las autoridades competentes en cada uno de sus países para mejorar la seguridad en la frontera. Coincidieron además en la necesidad de fortalecer la evaluación y seguimiento de los compromisos acordados en el marco de la COMBIFRON y realizar un intercambio oportuno y analítico de información, con el fin de dar una respuesta eficaz al creciente accionar de la delincuencia y el terrorismo en la zona fronteriza. Ver: *Apreciación de la situación estratégica referente a la delincuencia y narcotráfico en el corredor fronterizo ecuatoriano-colombiano*, marzo de 2000, MMRREE/ Policía Nacional del Ecuador-Dirección General de Inteligencia, Quito. Declaración Conjunta entre el Presidente de la República de Colombia, Álvaro Uribe, y el Presidente de la República del Ecuador, Lucio Gutiérrez. 22 de agosto de 2003, Quito.

²⁰ *Acuerdo de Cooperación entre el Gobierno de la República del Ecuador y el Gobierno de los Estados Unidos de América, concerniente al acceso y uso de las instalaciones en la Base de la Fuerza Aérea Ecuatoriana en Manta para actividades aéreas antinarcóticos*, Registro Oficial No. 326, Ecuador, XI- 1999.

²¹ En marzo del año 2000, el Plan establece programas para el Desarrollo de la Frontera Norte en cuatro dimensiones: económica, socio-cultural, institucional y ambiental, MMRREE, Quito, 2002.

Más adelante en el año 2001, el gobierno de los Estados Unidos de América, propone a la región andina, la creación de la Iniciativa Regional Andina, cuyos propósitos estaban dirigidos a “fortalecer las democracias de la región, invertir en el desarrollo económico y controlar la producción y tráfico de drogas”²².

Esta Iniciativa Regional Andina tiene una lectura parecida a una especie de regionalización del conflicto colombiano por parte de los Estados Unidos²³. Al respecto un destacado representante de los Derechos Humanos en Ecuador escribió:

la Iniciativa Regional Andina no puede ser vista, peor aún después de los acontecimientos del 11 de Septiembre, como una “estrategia regional antinarcóticos”, pues dejamos de lado los otros complejos componentes y espacios que cruza o incluye en su arco de posibilidades analíticas: la potenciación del ALCA, los nuevos escenarios geopolíticos para el control hegemónico de los recursos del cuarto milenio (fuentes de agua dulce, biodiversidad y oxígeno), así como la reconversión militar regional en ciernes, y la configuración de un modelo de Seguridad Regional contra el terrorismo, que incluye el re-diseño de la Seguridad Nacional en los países-modelo²⁴.

Esta propuesta impulsada por la administración del presidente norteamericano George W. Bush, “el nuevo rostro del Plan Colombia”²⁵, sugería el apoyo a los países vecinos de Colombia, disminución del gasto militar, e impulso de actividades de desarrollo en las zonas fronterizas.

Bajo esta lógica, en Ecuador, el gobierno de Gustavo Noboa en el año 2001, crea el Plan de Desarrollo en la frontera Norte, a cargo de UDENOR (Unidad de Desarrollo del Norte), entidad que se encargaría de la atención de las comunidades de frontera, vinculadas especialmente con los efectos del Plan Colombia²⁶.

²² *Testimonios de frontera...*, pág. 18.

²³ “La administración Bush buscaba vender su solicitud de ayuda como parte de un enfoque regional, prefiriendo el término ‘Iniciativa Regional Andina’ a ‘Plan Colombia’...”. Ver: *Ibíd.*

²⁴ Ponce, Alexis. *Iniciativa Regional Andina: una estrategia integral para tiempos de guerra global*, Equipo Nizkor y Derechos Human Rights, 20 de marzo 2002 (Alexis Ponce, Vocero APDH y del Grupo Civil de Monitoreo de los Impactos del Plan Colombia en el Ecuador).

²⁵ *Ibíd.*

²⁶ En julio de este año, UDENOR recibió un aporte económico notable por parte de los Estados Unidos, a fin de financiar obras de desarrollo comunitario en la estrategia de control del narcotráfico en la región. Ver: Asesoría Técnico Jurídica - INECI, Ministerio de Relaciones Exteriores del Ecuador, Quito, julio 2003.

En el 2003, el nuevo presidente del Ecuador, Crnel. Lucio Gutiérrez Borbúa, ofreció sus buenos oficios ante el gobierno de Uribe como “facilitador” en el proceso de paz entre su gobierno y los grupos insurgentes; así mismo recomendó ante el Grupo de Río, que se exhorte al Secretario General de las Naciones Unidas, a fin de que este Organismo Mundial intervenga, de manera más decidida para la solución del conflicto²⁷.

En mayo del 2003, en documento secreto, el gobierno publica en el Registro Oficial Reservado No. 358-S de “Delimitación de las áreas reservadas temporales en el territorio continental, mar territorial y espacio aéreo nacional” el establecimiento de mayor rigidez en el control de la frontera norte.

Las presiones del gobierno americano a las naciones de la región y los cambios políticos dentro de nuestro estado, repercuten en que el Ecuador tome una posición frente al Plan Colombia, con un enfoque más bien, de índole política, con cierta inclinación al posicionamiento de nuestras Fuerzas Armadas como aquellas encargadas de ejecutar en la defensa de la Seguridad Nacional y el impacto en el cordón fronterizo²⁸.

En agosto de 2003, con la visita oficial del presidente colombiano Álvaro Uribe al Ecuador, ambos países suscribieron una Declaración Conjunta, recalcando principalmente sus compromisos bilaterales en cuanto la defensa de la seguridad hemisférica, el control del narcotráfico y el narcolavado, así como el terrorismo²⁹.

²⁷ Declaración del Grupo de Río sobre la situación en Colombia: “Los Países Miembros del Grupo de Río [...] Decidieron: *Instar al Secretario General de las Naciones Unidas, Excmo. Señor Kofi Annan, a que utilice sus buenos oficios para impulsar decididamente un proceso de paz en Colombia exhortando a los movimientos guerrilleros que operan en dicho país a firmar un acuerdo de cese de hostilidades y entrar a un diálogo abierto y transparente que, a través de un cronograma de plazas, discutido y aprobado por las partes, permita llegar a una solución pacífica y definitiva al conflicto colombiano, que cada afecta más a los países vecinos de la región [...]*”. Cuzco, Lima, 23 y 24 Mayo 2003. Documentos de la Subsecretaría de Asuntos Bilaterales, MMRREE, Junio 2003.

²⁸ En el presente período presidencial del Ing. Lucio Gutiérrez, quien según la Constitución Política dirige la política exterior ecuatoriana, no se ha estructurado claramente aún la posición del Ecuador frente al Plan Colombia, ni se le ha entregado a Cancillería, órgano ejecutor de la política exterior, una posición clara frente a este problema.

²⁹ “Los Presidentes expresaron su complacencia por los esfuerzos conjuntos que en materia de Política de Seguridad, Paz y Fomento de la Confianza, vienen realizando Colombia y Ecuador en el marco de la Comunidad Andina, y particularmente en el Grupo de Alto Nivel en materia de Medidas de Seguridad y Fomento de la Confianza”. Ver: *Declaración conjunta entre el Presidente de Colombia ...*

En apartado más adelante centramos nuestro análisis en las repercusiones que han surgido potencialmente como un grave problema en nuestro cordón fronterizo, implicaciones que se han generado a raíz del desplazamiento forzado de ciudadanos colombianos víctimas de la violencia armada de su país, inestabilidad de las zonas de frontera, y entre otros, un mayor involucramiento de la Fuerza Pública: Fuerzas Armadas y Policía Nacional en el control de la seguridad fronteriza.

2. ¿Un plan para Colombia en Ecuador?

Nuestros países mantienen una frontera común de 600 kilómetros, y cuentan con varios pasos en medio de los ríos, la montaña o la selva, por lo agreste de la zona, que constituyen vías de acceso, libres de control fronterizo por parte de las autoridades, situación que ha provocado que en nuestro territorio se produzca la “infiltración pasiva bastante importante de la guerrilla y narcoguerrilla colombiana”. Las guerrillas colombianas, usan al Ecuador como un refugio...”³⁰.

Lamentablemente para toda América, el problema de nuestra hermana República de Colombia en lugar de debilitarse, se agudizó y tiende en varios momentos a una dolorosa victimización de inocentes, a más de constituirse en la injustificable causa revolucionaria de los grupos insurgentes, que son el brazo armado del narcotráfico.

Estas acciones se transformaron en una telaraña que ha tomado varios sectores del estado colombiano, así por ejemplo, la población campesina reemplazó sus cultivos tradicionales con el sembrío de cultivos ilícitos, debido a la baja de los precios de estos productos en los mercados nacionales, al contrario de los ingresos que el cultivo y cosecha, les generan de manera segura y con notable diferencia por su mayor valor, “[l]os cultivos de uso ilícito alimentan de forma importante los ingresos de los grupos insurgentes y su capacidad bélica, ampliando y degradando de manera significativa la violencia en el país. En este sentido, el control del cultivo y del comercio es también objeto de disputas y genera sangrientos enfrentamientos que ocasionan de un lado el cambio de vocación de campesinos e indíge-

³⁰ Ayuda memoria “Problema de la Guerrilla en Colombia: Implicaciones para el Ecuador”, MMRREE, Quito-Ecuador, julio 1999.

nas (de agricultores a raspachines) y de otro el desplazamiento de miles de ellos”³¹.

Asimismo, el peso del blanqueamiento de los dineros proveniente de la venta ilícita de droga en los mercados mundiales, ha corrompido varios sectores de poder, propiciando inclusive la venta ilegal de armas a los países fronterizos, con serias repercusiones en varios estratos de nuestras sociedades.

No obstante pese a todos estos argumentos de impacto en la sociedad colombiana, es el Ecuador el país fronterizo que mayormente ha sentido los efectos del Plan Colombia, ya sea por la creciente violencia social en las zonas de frontera, el incremento de la inseguridad, pauperización de las provincias limítrofes por la disminución del comercio informal con los vecinos de Colombia, daños ambientales y sanitarios como consecuencia de las fumigaciones con glifosato en los cultivos cercanos al área de frontera, aumento de migración, desplazados y refugiados³² y en el plano de Seguridad Nacional, principalmente por aquel que se ha denominado el “Efecto yunque”:

“Efecto yunque: Es un término de guerra que se usa para operaciones de selva donde no hay un frente definido. Con patrullajes de rastrollo se ocupan las bases enemigas y se despejan las áreas. En este caso, las fuerzas colombianas hacen el martillo, la presión permanente para que la guerrilla vaya hacia el sur donde Ecuador hace el yunque estratégico en su frontera. Allí ejerce presencia fuerte con efectivos militares, policiales y de inteligencia. Es una forma de disuadir a los subversivos para que no se ubiquen en territorio ecuatoriano en forma clandestina. Evita también que fuerzas guerrilleras reciban abastecimiento, atención medica, etc.”³³.

Es decir, el Ecuador resistiría en sus fronteras mediante nuestra presencia militar y policial a los combatientes colombianos y de alguna manera los acorralarían entre nuestra frontera y la presión del ejército colombiano.

Esto es realmente grave, pues todas las implicaciones del conflicto colombiano golpean al estado ecuatoriano incidiendo en varios

³¹ Bello A, Martha Nubia. “El desplazamiento forzado en Colombia...”.

³² Más adelante revisaremos estas repercusiones con detalle.

³³ Crnel. Jorge Brito, en entrevista concedida a la revista *Vistazo*. “El plan secreto entre Ecuador y Colombia”, *Vistazo*, Ecuador, Noviembre 2003, pág. 24.

frentes contra la seguridad, no solo nacional sino también ciudadana de los pueblos fronterizos, conforme se van infiltrando efectivos colombianos en el resto del país, situación que ha provocado el gravísimo temor de las regiones de frontera de verse involucradas en un posible enfrentamiento de los grupos insurgentes en Colombia y nuestras Fuerzas Armadas, “Ecuador ya no solo es un escenario geográfico para el descanso y aprovisionamiento, hoy apunta a ser parte del escenario militar, más aún con la agresiva aplicación del Plan Colombia y la agudización del conflicto armado interno colombiano”³⁴.

Como anteriormente mencionamos, Ecuador y Colombia suscribieron una Declaración Conjunta en agosto de este año, determinándose con esto que los objetivos estratégicos en materia de seguridad en la frontera norte han generado una notable trascendencia al interior del Ecuador, al punto de generar en los ámbitos políticos la preocupación seria del involucramiento de nuestro país en el problema que atañe a Colombia y que buscaría regionalizarse como problema de nuestro continente, según las aspiraciones de la Casa Blanca.

Al respecto varios frentes de la sociedad civil hablan de la posible elaboración de un “Plan Ecuador” para el Ecuador, basados principalmente en los principios internacionales de “no-intervención” y “soberanía de los pueblos”, de modo tal que se ayudaría a mitigar en nuestro país los efectos *in crescendo* del problema de Colombia, de modo que, así como existe un Plan Colombia que debe y es únicamente generado por Colombia y para Colombia (aunque ha traído consecuencias a nivel de los países de su frontera), es Ecuador sin duda uno de los más afectados³⁵.

En junio de este año, uno de los postulados de la Política Exterior citaba que “el Ecuador considera necesario concertar políticas y acciones a nivel bilateral que conduzcan a una participación proactiva del Gobierno nacional en la búsqueda de una solución pacífica del

³⁴ *Testimonios de Frontera...*, pág. 56.

³⁵ Al respecto, destacados especialistas ecuatorianos, como el ex Canciller de la República Dr. Alfonso Barrera Valverde, el comunicador Omar Ospina, el Ab. Hernán Pérez Loose especialista en temas internacionales, y el ex Cnel. Jarrín de FFAA, participaron en el programa televisivo de opinión Cero Tolerancia, de ECUAVISA, Ecuador, en el mes de noviembre del 2003, en el tema del Plan Colombia, destacando la importancia de que Ecuador tome parte en crear una política de Estado frente al problema de Colombia, al respecto el Dr. Barrera Valverde, citó que es urgente crear una política en materia internacional, “un Plan Ecuador” para Ecuador.

conflicto interno de Colombia, sin que ello signifique de ninguna manera una incidencia en los asuntos internos del Estado colombiano”³⁶.

Esta dinámica en el plano del diseño de un Plan Ecuador guarda inmensa relación con los postulados internacionales de los que nuestro país formó parte y que fue recogido en el apartado No. 16 de la Declaración de Santiago en la V Conferencia de Ministros de Defensa de las Américas, del año 2002³⁷:

16. Su compromiso con los principios de solución pacífica de las controversias entre los estados, de abstención de la amenaza del uso o del uso de la fuerza, **de autodeterminación, de no-intervención, de desarrollo económico y social, y con el derecho a la autodefensa**, de acuerdo con el derecho internacional, en conformidad con las Cartas de las Naciones Unidas y de la Organización de los Estados Americanos.

También el frente militar se vería forzado a involucrarse en un conflicto de un tercero ajeno a nuestro país, “[m]uchos oficiales coinciden en cuestionar y afirmar que se trata de generar un ‘ambiente condicionado’ para un conflicto de interés supranacional y costos internos irreversibles. Si en algunos eventos militares de las Américas se ha afirmado que el militar ecuatoriano, y quizás debemos arriesgar también al venezolano, es un ‘militar atípico en la región’, asunto que lo conoce el Departamento de Defensa de los EEUU. *¿es posible creer que ese mismo soldado participe a gusto en un conflicto agudizado y regionalizado por un tercer país que no expone la vida de uno solo de sus soldados?*”³⁸ (El resaltado es nuestro).

Entonces sería preciso crear en Ecuador un “Plan Ecuador”, porque la tesis de regionalizar el conflicto colombiano no deja de ser un detonante muy peligroso para la paz de la región, como si fuese una bomba de tiempo: “El Ecuador no apoya una solución regional de carácter militar al problema colombiano que constituye una amenaza a la estabilidad y la seguridad de la región y sobre todo para los países vecinos como Ecuador”³⁹.

³⁶ “Ecuador y el Plan Colombia”, MMRREE, Quito, Ecuador, Junio 2003.

³⁷ “Declaración de Santiago de Chile”, *V Conferencia de Ministros de Defensa de las Américas*, Santiago, Chile, noviembre 2002. (Los resaltados son de la autora.)

³⁸ Ponce, Alexis. *Iniciativa Regional Andina...*, numeral 16.

³⁹ MMRREE. “Ecuador y el Plan Colombia...”, s/p.

Además hay que analizar el terrible impacto que significaría en innumerables pérdidas humanas (en su mayoría inocentes), pauperización de nuestros pueblos en cuanto al reducido gasto social, privilegios al gasto armamentista, daños en el medio ambiente, poblaciones civiles, etc.

No obstante, si acaso esto pudiera parecer una exageración, conviene analizar las serias repercusiones que ha provocado en Ecuador el conflicto de nuestro vecino país del norte.

3. Afectaciones en la seguridad nacional

En 1999 la Dirección General de Inteligencia de la Policía Nacional emitió un informe sobre la situación estratégica referente a la delincuencia y narcotráfico en el cordón fronterizo ecuatoriano-colombiano, en el que ya se establecían varias situaciones de afectación a la Seguridad de nuestras fronteras: Delincuencia (común y organizada), narcotráfico (tráfico ilícito, desviación de precursores químicos, lavado de dinero, tránsito de droga entre Perú y Colombia), secuestros y extorsión.

Delincuencia común y organizada

Sobre la Delincuencia, que es un fenómeno global a raíz de la pauperización de la mayoría de las economías nacionales, el caso ecuatoriano fue más agudo con la crisis nacional de los años 99 y 2000, que suscitó la caída del gobierno del Dr. Jamil Mahuad y devino en la adecuación de la dolarización en el Ecuador, agudizando aún más las brechas entre las clases desposeídas del país.

Tomando en cuenta que ya de por sí las áreas de frontera son regiones olvidadas por el centralismo del gobierno, con índices alarmantes de pobreza⁴⁰, según este informe de la Policía, la delincuencia había aumentado notablemente a finales de la década de los 90 en las provincias fronterizas de Esmeraldas, Carchi y Sucumbíos, distinguiéndose especialmente los siguientes delitos: robos, asaltos, tenencia ilegal de armas, estafas, falsificación de documentos y suplantación de identidad, asesinatos, robo de vehículos, entre otros,

⁴⁰ Según cuadros elaborados por el PNUD, Informe Ecuador de 1999 la incidencia de pobreza en las provincias fronterizas de Carchi, Esmeraldas y Sucumbíos se acercan al 75%. **Pobreza en el campo:** Carchi, 81.5%; Esmeraldas: 76.3%; Sucumbíos, 67.3%. Mientras que la **pobreza en la ciudad:** Carchi, 69.8%, Esmeraldas, 47.1%, Sucumbíos, 61.6%. Ver: *Testimonios de frontera, efectos...*, pág. 34.

detectándose en la comisión de los mismos, a ciertos elementos de procedencia colombiana, habiéndose detenido en ese año, a un promedio de 1800 personas aproximadamente en esas provincias, teniendo que de 321 extranjeros detenidos, 229 eran de nacionalidad colombiana, representando el 71.33%⁴¹.

Sin embargo los índices de delincuencia común que se han incrementado al interior de las principales ciudades: Quito, Guayaquil, Cuenca, Ambato, especialmente con el asalto a mano armada, y robos a instituciones bancarias, en los últimos años, tienden a relacionarse con bandas de sujetos de procedencia colombiana, no obstante, este criterio no es acertado, pues estas bandas tienen una conformación diversa, lamentablemente ha degenerado en un terrible sentimiento de adversión al ciudadano de Colombia, a quien en esta época se lo estigmatiza como delincuente y se le tiene como mal elemento al país, siendo víctimas de un sentimiento xenófobo y hasta persecución por las autoridades de la Policía de Migración.

Otro elemento de la delincuencia común son los asaltos a mano armada que se producen en las carreteras del cordón fronterizo, y robo de vehículos (especialmente los 4 x 4), “Ahora aparte de los secuestros lo que se está dando es el robo de carros valiosos 4x4 por ejemplo, dentro de un mes se han robado 4 carros”⁴².

La delincuencia organizada al contrario opera a un nivel muchísimo más profesional, superando inclusive tecnológicamente a los miembros de la Fuerza Pública, en el país la mayoría de estas organizaciones están vinculadas con el narcotráfico, y en los delitos de ataques contra la propiedad, y contra las personas (secuestros, asesinatos, extorsiones, violaciones), así también las operaciones de robos de automóviles que son llevados por la frontera a Colombia o Perú, y además el acuñamiento de billetes falsos, entre otros.

Es importante anotar que a raíz de la aplicación del Plan Colombia, se han generado ciertos tipos de delitos propios generados por esta problemática, así tenemos los “ajustes de cuentas”, que se dan entre bandas entre guerrilleros o disidentes, según el informe realizado por OIPAZ (Observatorio Internacional para la Paz) en las zonas

⁴¹ Policía Nacional del Ecuador. Dirección Nacional de Inteligencia. Ver: *Apresiasi de la situación estratégica...*

⁴² Testimonio de un miembro de la Cámara de Comercio de Carchi, Tulcán, julio de 2001, en: *Testimonios de frontera, efectos...*, pág. 60.

de frontera, en Sucumbíos se han presentado homicidios con característica homologables a “ejecuciones sumarias”, registrándose un promedio de 60 asesinatos en el período de enero a septiembre del 2001, “las estadísticas de muerte reportadas en el Hospital provincial de Lago Agrio, el Registro de defunciones de Lago Agrio permiten demostrar que entre abril-octubre de 2000 y septiembre de 2000 a marzo de 2001 (seis meses antes y seis meses después del inicio del Plan Colombia), se **cuadruplicaron** los casos de muerte violenta reportados”⁴³.

El Narcotráfico

Constituye sin duda, el mayor problema generado como afectación a nuestra seguridad y que guarda estrecha vinculación con el conflicto colombiano, que se agudizó precisamente por la presencia de los cultivos ilícitos de sustancias estupefacientes y su comercialización irregular en el área de la frontera colombo-ecuatoriana.

Al respecto es importante tener en cuenta que en Colombia existen miles de hectáreas sembradas con cultivos ilícitos de hoja de coca, y últimamente amapola, los mismos que por ser bienes prohibidos en los mercados del mundo entero, por su carácter de ilegales, rinden millonarias ganancias a quienes manejan los conocidos “carteles” que además de dedicarse a esta producción, financian las guerrillas insurgentes como un ejército que los protegen.

Este fenómeno que es uno de los más graves atentados contra la seguridad nacional e internacional por los efectos que conlleva, a más de las incrustaciones poderosas en el ámbito interno de los países y que genera incalculables riquezas, sirve también para comprar personas sobre la base de la corrupción y el apremio de las mafias que significa estar vinculados con estas prácticas.

En Ecuador este problema tiene su data desde hace algunos lustros, debido a que nuestro territorio ha sido por lo general un espacio de tránsito o “corredor” de drogas ilícitas, precursores, y materia prima para la producción entre Bolivia, Perú y Colombia.

El narcotráfico, debe ser entendido como una figura delictiva con sus propias actividades como el cultivo, procesamiento, tráfico y consumo y todos los delitos que se derivan de este macro delito tales como: asesinato de personas de cualquier posición, enriqueci-

⁴³ *Ibíd.*, pág. 59.

miento ilícito, testaferrismo, lavado de dinero, tenencia ilegal de armas, sobornos, secuestros, extorsiones, etc.⁴⁴.

En cuanto la vinculación con el narcotráfico derivado por el conflicto en Colombia, tenemos que nuestras fronteras en el norte constituyen pasos clandestinos, que obedeciendo a una topografía del terreno en varios lugares inaccesible y de imposible control fronterizo por las autoridades, son utilizados para el tráfico de drogas, armas, municiones, explosivos, precursores químicos, entre otros. Entre los pasos más accesados por elementos irregulares en nuestra frontera tenemos⁴⁵:

- **Provincia de Esmeraldas (Región Litoral):** Con una frontera de 125 Km.

Cantón San Lorenzo desde Tumaco en Colombia, los siguientes pasos: Puembi-El Viento-San Lorenzo / Casa Vieja-Playas-San Lorenzo / Puembi – Pampanal de Bolívar-San Lorenzo.

Se tiene que los implicados transportan sus mercancías por vía marítima cruzando el río Mataje aguas arriba.

Además se envía desde la ciudad de San Lorenzo, vía férrea a la serrana ciudad de Ibarra, o por vía terrestre de forma camuflada la droga o los productos ilícitos.

Población de La Tola.- Por vía terrestre hasta Esmeraldas desde Colombia.

- **Provincia del Carchi (Región Interandina):** Con una frontera de 140 Km.

Ciudad de Tulcán, capital de provincia, desde el Departamento de Nariño en Colombia, fronterizo con Ecuador. Aquí existe el paso migratorio del Puente Internacional Rumichaca, en donde a pesar de los controles migratorios y policiales se ejecutan grandes intercambios de mercancías, a merced del libre comercio, y en vista del insuficiente control de los elementos armados nacionales, se ingresa al Ecuador mercancías ilegales en forma camuflada.

Además se usan pasos que por años han sido puente para el contrabando de productos, que son rutas alternas para el ingreso de

⁴⁴ *Apreciación de la situación estratégica ...*

⁴⁵ *Ibíd.*

este tipo de mercancías. No obstante cabe mencionar que en el gobierno de Gustavo Noboa decretó el cierre del puente internacional desde las 00h00 hasta las 06h00, a fin de impedir el paso de personas o bienes en horas de la madrugada.

Las vías utilizadas son: Vía Cuatro Esquinas-Orillas del Río Carchi, límite con Colombia; Vía Tufiño-Carlosama-Ipiales(Colombia), Vía Urbina-Ipiales; Vía Carmelo-Ipiales; Puente Internacional de Rumichaca, entre las principales.

- **Provincia de Sucumbíos (Región Oriental):** Con una frontera de 355 Km.

Esta provincia la última en erigirse como tal en Ecuador (apenas en la década de los 90), es la que mayor flujo de ciudadanos procedentes de Colombia ha recibido, constituyéndose en la de mayor impacto en la recepción de mercancías ilegales, asociado esto a que ésta es una región selvática de difícil acceso.

En ésta tenemos las siguientes vías: Putumayo-La Punta (General Farfán)-Nueva Loja; Río San Miguel-Sevilla-Cascales Lumbiqui; Putumayo-Teteye-Dureno-Tarapoa-Nueva Loja; Río San Miguel-Tipishca-Tarapoa-Nueva Loja, entre otras.

El secuestro y la extorsión

Este delito ha surgido notablemente con el advenimiento de la situación de violencia en Colombia, en atención a que este tipo penal es el que mayores recursos luego del dinero proveniente de las negociaciones ilícitas del narcotráfico, le genera a la guerrilla.

Esto se debe a que los delincuentes usan el delito del secuestro para lucrar millonariamente con la necesidad de los familiares o empresas, de manera sencilla, únicamente usando el frágil recurso del dolor o desesperación que provoca entre sus seres queridos.

Es así como en la década de los 90 se presentaron numerosos casos de secuestros a personajes vinculados a familias de grandes recursos, como terratenientes, personajes políticos, e inclusive extranjeros que laboraban en empresas petroleras, sin descontar turistas que visitaban nuestra región oriental.

Miles de dólares ha dejado la industria del secuestro a los delincuentes que lo han realizado, la mayoría de casos son de estrecha vinculación con las guerrillas colombianas, o alas disidentes de éstas

que encuentran en este delito la oportunidad para obtener dinero. Millonarios rescates han pagado familiares y compañías, no obstante, también se tiene que lamentar la pérdida de vidas que por la impaciencia de los secuestradores, fueron eliminados; sin olvidar que los rescates muchas veces deben desistir de la ayuda de las fuerzas policiales para disipar cualquier apremio o encarcelación a los infractores, que con amenazas logran únicamente la negociación con las familias.

Sonados casos se han dado en Ecuador: el secuestro del hijo de un conocido político y dirigente deportivo de uno de los mayores equipos de fútbol nacional, los funcionarios de representación popular especialmente de la provincia del Carchi, el Prefecto de Sucumbíos, hacendados carchenses, y uno de los más tristes y lamentables, cuando un grupo de trabajadores de una empresa petrolera que laboraba en el oriente fue secuestrada en el año 2001, habiendo pagado un millonario rescate, con una baja humana lamentable.

Tal es el peligro potencial que podrían correr los trabajadores o turistas extranjeros en las zonas de selva del nororiente ecuatoriano, que a principios de la presente década, el gobierno de Estados Unidos recomienda a sus conciudadanos no ir a la zona, por turismo o trabajo.

Al finalizar este trabajo nos encontramos con la noticia en los medios de prensa nacional de que bajo amenazas, el supuesto tercer comandante de las FARC, habría amenazado a un Juez de San Lorenzo en Esmeraldas, por la detención de uno de sus miembros: “Señor Juez soy el Tercer Comandante de las FARC, quiero que ponga en libertad al compañero NN, quien labora con nosotros, caso contrario iré por usted”. Este hecho según lo relata el artículo de prensa está en investigación de las autoridades locales, que confirman que el individuo citado por las FARC está detenido por robo a unidades de transporte⁴⁶.

La extorsión

Este delito tiene también el carácter de coerción y apremio psicológico sobre sus víctimas, pues los delincuentes cobran a sus víctimas, “vacunas” o “boleteos”, que son pagos forzados que se exigen a personas, por lo general de importantes recursos económicos, a

⁴⁶ *Diario LA HORA*, Quito, diciembre 18 de 2003, pág. A11.

cambio de no tomar sus bienes, invadirlos o allanarlos con violencia, e inclusive defenderlos de la posible incursión guerrillera⁴⁷.

Este delito está claramente identificado en el cordón fronterizo, en las provincias de Carchi y Sucumbíos, y es el que mayor zozobra ha causado en los departamentos del sur de Colombia y que ha motivado el desplazamiento forzado de muchas familias del Departamento de Nariño hacia el Carchi.

Un elemento adicional a esta práctica es que la mayoría de estos delitos se quedan en la impunidad pues los afectados temen denunciarlos por temor a represalias.

El lavado de dinero en Ecuador

En el medio, se ha conocido instituciones que habrían sido levantadas con el dinero proveniente del lavado de dineros provenientes del narcotráfico, no obstante como es un delito que se constituye con bases legales, no resulta de fácil investigación y sanción.

Actualmente el Ecuador en el presente año ha desmantelado sendos paquetes provenientes de drogas desde varios puntos del continente y sobre todo envíos hacia Europa y Estados Unidos.

La Policía Nacional ha desmantelado redes y ha realizado operativos de control en aeropuertos y carreteras, en operaciones connotadas como: “Ciclón”, “Aniversario”, “Noche Buena”, requisando toneladas de droga: marihuana, cocaína y hasta heroína, acciones en las que han caído ciudadanos de procedencia extranjera y nacional, y que luego de investigaciones de inteligencia han sido vinculados inclusive con elementos públicos en el ámbito político y económico⁴⁸.

De todos modos el fenómeno del impacto del narcotráfico en el extremo norte de nuestra frontera ha crecido notablemente con el es-

⁴⁷ “Un ganadero de la zona de Tufiño, recibió amenazas de supuestos grupos guerrilleros colombianos, quienes solicitaban 100 mil dólares como aporte a la zona Sur. Los nombres de personas boleteadas son interminables, pero ninguno quiere hablar, todos prefieren el silencio por temor a represalias...”. Ver: “Tulcán, Carchi”, *Diario La Nación*, 15-02-01; y, *Testimonios de Frontera, efectos del ...*, pág. 60.

⁴⁸ En 1993 cayó el capo de las drogas ecuatoriano Jorge Reyes Torres, en el operativo Ciclón, y en octubre del presente año, cayeron algunos ciudadanos vinculados con las esferas políticas (el ex Gobernador de Manabí Cesar Fernández) en el operativo Aniversario, en el que se decomisó 500 kilos de cocaína.

tallido del problema del Plan Colombia, no podemos permanecer incrédulos a esta tendencia, ni tampoco podemos otorgar toda la responsabilidad a esta problemática del hermano país del norte, pues desde hace varios años el Ecuador es un país de tránsito, o corredor de la droga, y según investigaciones de último tiempo también se convirtió en el área de los laboratorios para la creación de precursores.

La seguridad en la esfera internacional

Sin duda en el ámbito mundial el ataque del 11 de septiembre en la ciudad de Nueva York en el año 2001, fue el detonante para impulsar fuertemente en todo el planeta el discurso y la práctica generalizada contra los grupos terroristas en el mundo entero⁴⁹.

En el ámbito regional con el impacto de la crisis en contra del terrorismo y la inseguridad, se han llevado a cabo varias reuniones relacionadas con el tema de la Seguridad.

En noviembre del año 2002 se llevó a efecto, en la ciudad de Santiago de Chile, la V Conferencia de Ministros de Defensa de las Américas, la misma que identificó los compromisos de los órganos de la seguridad interna de las naciones en el desarrollo de políticas en el plano nacional e internacional para garantizar la seguridad del continente:

Que en el marco de la paz, la cooperación y la estabilidad alcanzada en el hemisferio, cada Estado americano es libre para determinar sus propios instrumentos para la defensa, incluyendo la misión, el personal y la composición de las fuerzas de defensa y seguridad pública necesarias para la garantía de su soberanía de acuerdo con las cartas de las Naciones Unidas y de la Organización de los Estados Americanos⁵⁰.

⁴⁹ “Entre las manifestaciones negativas, está el incremento de la criminalidad organizada, en particular en torno a crímenes como el tráfico de drogas y el terrorismo que infunde pánico y violencia entre la población. El ataque terrorista contra seres humanos en Estados Unidos de América nos llenó de horror, rechazo y sentimientos de solidaridad con el pueblo norteamericano. La gran carga simbólica e ilimitada de brutalidad nos llevó a imaginar, a partir del 11 de septiembre de 2001, una nueva era para la humanidad. *Sin embargo, se empezó a producir una reconversión drástica en la seguridad de los Estados – por lo de más atendible- por enfrentar el terrorismo y a la vez, se empezó a sentir una especie de efecto dominó que resquebrajó los niveles mínimos de algunos de los derechos humanos esenciales*”. Ver: Cuéllar, Roberto, Director Ejecutivo del IIDH, en su mensaje de inauguración del XXI Curso Interdisciplinario en Derechos Humanos, Justicia y Seguridad, San José, Costa Rica, junio 2003.

⁵⁰ “Declaración de Santiago de Chile...”, Numeral 14.

Asimismo se destacó el compromiso para alcanzar la eliminación de las armas de destrucción masiva, así como el establecimiento de la paz en el marco de la solución pacífica de los conflictos adheridos al Derecho Internacional Humanitario, y principalmente la condena a los ataques contra la población civil en situaciones de conflicto: “17. Su completa adhesión al Derecho Internacional Humanitario y su total condena a los ataques contra la población civil en situaciones de conflicto, así como a la participación de niños y niñas en conflictos armados y la utilización de niños y niñas por fuerzas irregulares”⁵¹.

Y dentro de sus principales compromisos y que viene al caso de este trabajo, el apoyo hemisférico al pueblo de Colombia:

28. Entregar su más decidido apoyo al Pueblo y al Gobierno de Colombia y a su “Política de Seguridad Democrática”, encaminada al fortalecimiento de sus instituciones, a la protección de su población y a la de su infraestructura, en el contexto del Derecho Internacional Humanitario. Estos constituyen elementos indispensables para la plena vigencia de su estado de derecho, la expresión de su soberanía y de su democracia, que están siendo afectadas por actividades terroristas y otras formas de crimen transnacional organizado.

En julio de ese mismo año en Lima, Perú los Ministros de Relaciones Exteriores y de Defensa de la Comunidad Andina en un paralelo a la Iniciativa Regional Andina de los Estados Unidos de América para la región, suscribieron la “*Carta Andina para la Paz y la Seguridad, Limitación y Control de los Gastos destinados a la defensa externa*”, firmando once importantes compromisos: la creación de la Formulación de una Política Comunitaria de Seguridad Andina; la Instauración de una Zona de Paz en el espacio de la Comunidad Andina; la lucha contra el Terrorismo; Limitación de los Gastos de la Defensa Externa; control de armas convencionales y la Transparencia; compromiso de propiciar que América Latina sea declarada una zona libre de misiles aire-aire más allá del alcance visual y de misiles estratégicos de mediano y largo alcance; consolidación de la proscripción de las armas nucleares, químicas y biológicas; erradicación del tráfico ilícito de armas de fuego municiones, explosivos y otros materiales relacionados; erradicación de las minas antipersonales; ampliación y reforzamiento de las medidas de fomento de la con-

⁵¹ *Ibíd.*, numerales 15 y 16.

fianza; y, el acuerdo de la creación de mecanismos de seguimiento y verificación⁵².

El presente año se llevó a efecto la Conferencia Especial sobre Seguridad en México en el mes de octubre, la misma que contó con la participación de la mayoría de países del hemisferio; en ésta, el Ecuador comprometió una vez su respaldo a los postulados de seguridad del continente, manteniendo su tradicional posición de fortalecer un sistema de solución pacífica de las controversias, sin dejar a un lado los graves problemas económicos que atraviesa la región⁵³.

A finales de este año a dos años de su creación, este 9 de diciembre Ecuador depositó en la Secretaría General de la Organización de las Naciones Unidas, el Instrumento de Ratificación del Convenio Internacional para la Represión del Financiamiento del Terrorismo, ratificada el 25 de noviembre de este año, demostrando con esto su indiscutible involucramiento en la lucha internacional del mundo entero contra el fantasma del terrorismo⁵⁴.

Y entre otros acuerdos e instrumentos internacionales, la citada Declaración conjunta bilateral entre Colombia y Ecuador de agosto de este año, insistió en el compromiso de ambas naciones de mantener sus esfuerzos conjuntos en materia de Políticas de Seguridad, Paz y Fomento de la Confianza, en pro de las negociaciones de la Declaración Política de la Conferencia Especial de Seguridad Hemisférica.

Entre los principales asuntos constaron: la cooperación entre las Policías Nacionales del Ecuador y de Colombia en la lucha contra las drogas ilícitas, combate del crimen transnacional organizado, el delito de tráfico de personas y el tránsito de delincuentes comunes. En tal virtud, acordaron disponer que las correspondientes Autoridades concluyan en el más corto plazo posible la negociación de la ampliación del Convenio de Cooperación Interinstitucional entre la Policía Nacional del Ecuador y la Policía Nacional de Colombia, suscrito el 24 de agosto de 2000.

⁵² “Carta Andina para la Paz y la Seguridad , Limitación y Control de los Gastos destinados a la defensa externa”, Equipo NIZKOR y Derechos Human Rights, octubre de 2002. En el sitio web: <http://www.derechos.org/nizkor>.

⁵³ MMRREE, “Intervención del Emb. Edwin Johnson Vicecanciller del Ecuador, en la Conferencia Especial de Seguridad”, 17-10-03, México,D.F. En el sitio web: www.mmrree.gov.ec/mre/documentos/novedades/discursos/otros_Johnson_seguridad.htm

⁵⁴ Registro Oficial No. 43 de 19 de marzo de 2003, ONU, Washington, D.C.

Además reiteraron su firme y decidida voluntad de trabajar conjuntamente en los ámbitos bilateral y multilateral para afrontar el problema mundial de las drogas y sus delitos relacionados, teniendo en cuenta los principios de responsabilidad compartida y cooperación. En este sentido, los Presidentes asignaron prioridad a la revisión y actualización del “Convenio Administrativo de Cooperación para prevenir, controlar y reprimir el tráfico y uso ilícito de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas”, suscrito en Quito, el 2 de marzo de 1979, a fin de que responda a todas las etapas del problema mundial de las drogas, incluido el cultivo y la producción.

Además el Presidente Uribe ofreció apoyar a Ecuador en el proceso de constitución de la unidad de análisis de información financiera para el control de lavado de activos con el apoyo de la Unidad de Inteligencia y Análisis Financiero del Ministerio de Hacienda -UIAF- de Colombia, dada su amplia experiencia en esta materia⁵⁵.

Los planteamientos bilaterales o hemisféricos siguen orientados a la unificación de la defensa del continente contra los abates del terrorismo o la creciente inseguridad, postulados que seguirán constando en instrumentos internacionales, que comprometen cada vez más a la región en la posible afectación de la regionalización del Plan Colombia.

4. Efectos derivados de la aplicación del Plan Colombia en el Ecuador

Si bien hemos analizado algunas de las implicaciones que ha generado el conflicto colombiano en Colombia y las consecuencias en el Ecuador en el área de la Seguridad Nacional y de las fronteras, también podemos identificar otros factores que indirectamente han devenido de los efectos del Plan Colombia en Ecuador: acceso y uso de la Base de Manta para actividades antinarcóticas; fumigaciones de los cultivos ilícitos y sus consecuencias; creación de un cordón fronterizo de seguridad; migración, desplazamiento forzado y refugio; violación de los derechos humanos, derecho internacional humanitario, xenofobia; y, tráfico ilegal de armas.

⁵⁵ *Declaración conjunta entre el Presidente de la República de Colombia...*

Acceso y uso de la Base de la Fuerza Aérea Ecuatoriana en Manta para actividades aéreas antinarcóticos

Como lo mencionamos en el apartado de Antecedentes, antes de la firma del Plan Colombia, a comienzos del año 1999, Ecuador recibe del gobierno de los Estados Unidos la propuesta para la utilización de la base aérea de la ciudad costera de Manta, con fines de mitigación del narcotráfico en la región.

Este Acuerdo fue suscrito finalmente entre el gobierno nacional y el gobierno estadounidense, en noviembre de dicho año, instrumentado que a pesar de haber sido demandado por inconstitucional⁵⁶ en atención a que no cumplió los pasos establecidos en nuestra Carta Magna para la suscripción de instrumentos internacionales, fue legitimado por la máxima instancia de control constitucional del país, y con el plazo de diez años para la ocupación (que podrían ampliarse indefinidamente), se ha venido ejecutando hasta la presente, tendiendo como único y exclusivo propósito “llevar adelante operaciones aéreas de detección, monitoreo, rastreo y control de actividades ilegales de tráfico aéreo de narcóticos”⁵⁷.

De la lectura de este acuerdo bilateral, podemos destacar la total apertura que el gobierno del Ecuador permitió a las fuerzas militares de los Estados Unidos, a fin de que se instalen en nuestro país, para cumplimiento de los fines arriba citados y que desde el año 1999 hasta la presente ha representado un espacio que, a criterio de muchos, viola el principio de la soberanía de nuestra nación, no obstante constituir un aporte para la lucha contra el narcotráfico, según autoridades nacionales y norteamericanas.

Es importante destacar la importancia estratégica del Puerto de Manta en el norte del Océano Pacífico de América del Sur, por lo que se constituye un eje fundamental en las tareas de seguridad hemisférica, como lo fue en su momento nuestra región Insular del Archipié-

⁵⁶ Numerosas agrupaciones de derechos humanos, indígenas y sociales plantearon la demanda de inconstitucionalidad del Acuerdo de la Base de Manta y por ser un grave atentado a nuestra soberanía territorial y aérea, sin obtener respuesta favorable.

⁵⁷ Artículo 11.- PROPÓSITOS DEL ACUERDO Y AUTORIZACIONES.- “Acuerdo de Cooperación entre el Gobierno de la República del Ecuador y el Gobierno de los Estados Unidos de América, concerniente al acceso y uso de los Estados Unidos de América de las instalaciones en la Base de la Fuerza Aérea Ecuatoriana en Manta para actividades aéreas antinarcóticos”, Quito, 12 de noviembre 1999.

lago de Galápagos, usada estratégicamente por los ejércitos americanos en la Segunda Guerra Mundial, en atención a que el Ecuador por encontrarse en la mitad del mundo, atravesado por la Línea Ecuatorial tiene vital importancia en tareas militares por su importante ubicación geográfica en el planeta.

Actualmente con innumerables tareas de capacitación a los militares de nuestra Fuerza Aérea, el proceso continúa y aparentemente sin ninguna relación con el Plan Colombia, no obstante se tiene que naves aéreas norteamericanas que salen de Manta, sobrevuelan las zonas fronterizas en tareas de seguridad e inteligencia.

De todos modos la discusión en cuanto a la presencia de un equipo militar en la ciudad ecuatoriana de Manta en el norte de la costa, representa para varios sectores una situación alarmante por cuanto a ella se han llegado numerosos equipos bélicos de altísimo poder militar:

El Grupo de Monitoreo de los Impactos del Plan Colombia, preguntaban: “¿Cuál es el papel de la base de Manta en esta gran estrategia? Si la base de Manta, como mencionan las autoridades de gobierno simplemente sirve para proveer Inteligencia Electrónica: ¿Por qué se gastan 80 millones de dólares y por qué se reforzó con concreto la pista de la base?” Porque en el Acuerdo Operativo se habla de que podrán aterrizar y decolar de ella aviones Galaxy, C-130 y C-140, que son aviones utilizados para el despliegue rápido de tropas.

Un avión de esa naturaleza puede transportar 300 hombres completamente armados y equipados, y es el equivalente en peso, de helicópteros, tanques y fuerzas de intervención rápida que fluctúan de 15.000 a 20.000 hombres. Los aviones que permanentemente se usan en la primera fase pueden ser cuatro, llamados por EEUU “aviones livianos”. El C-130 es nuestro avión más pesado, según ellos es liviano. ¿Por qué incluyen al 550 KW, que es un avión tan grande que puede transportar un batallón armado? ¿Para qué quieren en Manta un avión militar tan grande? ¿Para detectar traficantes de drogas? Esos aviones son para montar una operación de ataque militar desde Manta⁵⁸.

La preocupación es grande y encontramos en todos los sectores involucrados con la defensa de los derechos humanos en Ecuador una rotunda oposición a la presencia norteamericana en Manta.

⁵⁸ Ponce, Alexis. *Iniciativa Regional Andina...*

Actualmente, inclusive estos equipos militares de inteligencia ayudan a detectar los barcos que huyen del país cargados de inmigrantes irregulares con destino a los Estados Unidos.

Este tema es de por sí muy espinoso, y si bien no está vinculado directamente con la ejecución del Plan Colombia, es parte de la estrategia militar en la región por parte del gobierno estadounidense, involucrando muy delicadamente al Ecuador en un foco de alto peligro en caso de un no consentido conflicto desatado entre la guerrilla y los ejércitos nacionales de Colombia o Ecuador.

Fumigaciones de los cultivos ilícitos y sus consecuencias

El procedimiento técnico de las fumigaciones aéreas de los cultivos ilícitos, en zona colombiana ha presentado graves impactos en la zona fronteriza en el norte del Ecuador.

En el año 2001 empezaron a generarse las primeras denuncias por parte de las poblaciones de Sucumbíos, Esmeraldas y Carchi, de ciertos cambios provocados en su salud, así como alteraciones en los cultivos tradicionales de sus campos.

Los sembríos de coca en la zona del Putumayo, son fumigados permanentemente con un compuesto químico denominado “glifosato”. Este poderoso herbicida no selectivo, “Es un hongo conocido como *Fusarium oxysporum*, derivado de la planta misma de la coca [...] Nadie parece conocer el impacto de este hongo en los seres humanos -los agricultores- y las posibles consecuencias, inevitablemente, nos remiten al defoliante Agente Naranja, que en Vietnam mató y diezmó al Vietcong y a norteamericanos por igual”⁵⁹.

Este herbicida se lo usa normalmente para fumigar plantaciones agrícolas, no obstante para los efectos de este Plan tienen una carga de diez veces más y son mezclados con un componente denominado “*Roundup*”, determinando que estos sean agentes sumamente peligrosos por su alta toxicidad y remanencia⁶⁰.

Alteraciones en la piel como granos en la cabeza, erupciones cu-

⁵⁹ Szulc, Tad. “*Colombia: la nueva Vietnam...*”.

⁶⁰ “El *Roundup* está en varios países entre los primeros plaguicidas que causan incidentes de envenenamiento en humanos. La mayoría de éstos han involucrado irritaciones dérmicas y oculares en trabajadores después de exposición durante la mezcla, cargue o aplicación. También se han reportado náuseas, mareos y vómito después de exposición, así como problemas respiratorios, taquicardia, au-

táneas dolorosas, gripes incurables, diarreas, mareos, dolores musculares y de los huesos, partos prematuros, afectaciones a la población infantil, etc., así como muertes de ganado y productos podridos, han sido denunciadas a varios organismos de la sociedad civil y la Defensoría del Pueblo desde el 2001, año en el que las comunidades de frontera solicitaron se suspenda la aspersión de las fumigaciones en zona de frontera, a lo cual se lograría un acuerdo entre ambos gobiernos, de que este procedimiento se realizaría a diez kilómetros de la línea fronteriza entre Ecuador y Colombia.

Los efectos han sido alarmantes en la zona de frontera, motivando que inclusive organismos de la sociedad civil y ecológicos se involucren en el balance de los riesgos y el impacto de la fumigación en la población humana, animal y en la vegetación.

Este año y bajo la dirección del Ministerio de Relaciones Exteriores del Ecuador, se crea la Comisión Científico Técnica para la Evaluación del Impacto y Efectos de las Aplicaciones Aéreas sobre cultivos ilícitos en la Frontera Ecuatoriana (CCTE), órgano institucional que coordina junto a su par de Colombia, inspecciones de campo y recolección de informes de orden técnico de consecuencias de las fumigaciones.

La Defensoría del Pueblo presentó también su informe, siendo uno de los avances más importantes en la detección del problema.

Lamentablemente de las evidencias en el terreno colombiano, se tiene que no se ha disminuido los cultivos ilícitos, sino que simplemente éstos se han desplazado a otras zonas, con impactos en los ecosistemas y bosques nativos arrasados, provocando que las fumigaciones no solo dañen a la población sino al medio ambiente de la zona andino amazónica de nuestras naciones⁶¹.

mento de la presión sanguínea y reacciones alérgicas". Comisión Bipartita de Inspección e Investigación de los impactos de las fumigaciones del Plan Colombia en Ecuador, MMRREE, Documento de la Dirección General de Soberanía, 2001.

⁶¹ "Desde 1996 se han fumigado alrededor de 500 mil hectáreas de cultivos ilícitos en Colombia [...] Durante el año 1999 había 166 mil hectáreas sembradas de coca, en el 2002 había 102 mil hectáreas de coca, la primera reducción en mucho tiempo. Sin embargo, hay departamentos en donde se registra un incremento de los cultivos, comprobando que estos se trasladan [...] La reducción de los cultivos de uso ilícito registrada para el 2002 por la Dirección Nacional de Estupefacientes respecto a 1999 en regiones como Putumayo, Guaviare, Caquetá, Norte de Santander, Meta y Cauca; ocurre paralela a la aparición y crecimiento de cultivos en departamentos vecinos como Amazonas, Vichada, Guainia, Nariño y Arauca principalmente". Ver: Rojas, Jorge. "Plan Colombia, conflicto armado y migraciones forzadas...".

Creación de un cordón fronterizo de seguridad

En el año 2000, existían 2500 soldados en la frontera norte ecuatoriana, en plena vigencia de la primera fase del Plan Colombia, instalando en ese entonces puestos fronterizos; para diciembre de 2001 el Ejército ecuatoriano tenía a ocho mil hombres entre policías y militares, mientras que en el presente año no variaron las condiciones en cuanto a incremento de fuerzas del orden y como lo cita la revista *Vistazo*, recién en noviembre de este año, se empiezan a enviar 800 efectivos militares adicionales para hacer el censo de quienes habitan en el cordón fronterizo de los habitantes de los 20 kilómetros de ancho “convertidos por el gobierno en *zona de alta seguridad*” dice Brito, el fuerte estaría en *el incremento de los grupos policiales y de inteligencia*. Sumados todos, ‘al momento estarían unos 12.000’ ubicados al frente de los 5.000 guerrilleros, que el general Luis Aguas, comandante general del Ejército, calcula existe en la zona colombiana limítrofe con el Ecuador”⁶².

Según Alexis Ponce, vocero de los Derechos Humanos en Ecuador, se ha desplazado “el ‘Centro Gravitacional Estratégico’ a la frontera norte” y se ha creado un “pie de fuerza” que es considerado como el más grande de toda nuestra historia fronteriza: 10 mil hombres hasta el momento”, esto en atención a que, en época de la guerra con nuestro vecino del sur, el Perú en 1995, únicamente se movilizaron seis mil hombres a la frontera del Cenepa, “el número que hoy se mantiene en la frontera con Colombia puede acarrear insospechadas derivaciones externas e internas, algunas de ellas negativas para la propia seguridad que se argumenta otorgar, pero -en lo puntual- en la probable detonación de la llamada “pinza estratégica contrainsurgente” que, se intuye, puede ser asumida por Ecuador”⁶³.

La visita de Uribe generó múltiples implicancias en el plano interno, siendo una de ellas la grave preocupación por la instalación de un cordón fronterizo de seguridad en la frontera, al respecto en las Mesas de diálogo sobre la *Evaluación de Situación de Seguridad en la Frontera*, se expresaron varios puntos de preocupación entre las dos naciones⁶⁴:

⁶² “El Plan secreto entre Ecuador y Colombia...”, pp. 23-24.

⁶³ Ponce, Alexis. *Iniciativa Regional Andina...*

⁶⁴ Relatoría de la mesa de trabajo de Seguridad y Defensa, Visita del Presidente Uribe al Ecuador. MMRREE, Quito, agosto 22 de 2003.

Preocupación por la introducción de productos destinados a realizar actividades ilícitas a través del comercio legítimo en la frontera colombo ecuatoriana, de mutua afectación a ambos países, para lo cual las autoridades de los dos países han concentrado el control en los pasos legales, como lo fue la medida del cierre del Puente de Rumichaca, sin prestar la suficiente atención a los pasos ilegales.

- El Ecuador ha implementado el Plan de Protección de Fronteras para el mantenimiento de la Soberanía para evitar el tráfico de precursores y armas que se realiza a través de la frontera ecuatoriana, buscando la seguridad permanente para los dos países por medio de mayor presencia militar en la frontera.
- El alto riesgo de desplazamiento del narcotráfico y de las acciones de los grupos subversivos colombianos hacia territorio ecuatoriano.
- Preocupación por el aumento de número de secuestros, tráfico de explosivos, extorsión, inseguridad para el transporte pesado, refugiados y ajuste de cuentas en ambos lados de la frontera.
- No ha tenido mayor trascendencia el problema de los cultivos de coca en la frontera en territorio ecuatoriano, sin embargo el tráfico de gasolina blanca desde Sucumbios hacia los Departamentos fronterizos colombianos, genera gran preocupación.

Sobre la base de estos compromisos se definieron ciertos mecanismos e instrumentos de Cooperación que son necesarios, como una positiva relación entre las fuerzas de los dos países en los campos militar y policial, requiriendo el compromiso de ambos gobiernos para incrementar el intercambio de información y en actividades de operaciones y comunicaciones. Asimismo, contar con asistencia judicial recíproca y ajustada a los convenios internacionales.

Se concretaron propuestas de cooperación mutua en los temas de: tráfico de armas; contrabando y el tráfico ilegal entre los dos países; Área de inteligencia y operaciones; proyecto de interdicción aérea y marítima; compromisos de la Reunión de Miami; refugiados; puestos fronterizos; precursores; y, el componente social del Plan Colombia, temas en los que ambos cuerpos armados deberán trabajar conjuntamente.

Queda sin embargo, la duda de si el cordón fronterizo entre Ecuador y Colombia se convertirá a la larga en la temible bomba de tiem-

po para el Ecuador, pues como lo mencionamos anteriormente, ya el presidente Gutiérrez otorgó la calidad de reservadas a las acciones de seguridad en la Frontera Norte, bajo el decreto reservado; “Calificación de los grupos humanos asentados o por asentarse, control y neutralización de aquellos elementos o asociaciones nacionales o extranjeras, antagónicas a los intereses de la seguridad interna y externa del Estado, empadronamiento y control de extranjeros residentes, acciones de inteligencias [...] además controles ‘estrictos’ de tráfico de armas, narcotráfico, tránsito vehicular y de personas, y de instalaciones públicas y privadas”⁶⁵.

Según lo recoge la prensa nacional del último mes de este año 2003, organizaciones campesinas de Sucumbíos, quienes realizarían un paro para reclamar la atención de las autoridades nacionales en cuanto la detención de las fumigaciones en la zona de frontera y la militarización consideran que: “Mayor número de soldados (vendrán 7 mil) no es garantía de mejor control”⁶⁶.

Para los pobladores de la zona, la presencia militar en muchos casos es sinónimo de arbitrios, mientras que de en el Carchi, la presencia policial, de alguna manera se asocia a mayor control de la inseguridad, estos sentimientos son válidos frente al involucramiento que se da a los campesinos de la zona como supuestos “guerrilleros” o “narcotraficantes”, “Pero el narco no es el campesino. [...] Deben controlar que no haya cultivos ilícitos. Pero ¿por qué tanto hostigamiento al campesino honesto, que es la mayoría? No queremos vivir bajo una dictadura militar, porque eso es en lo que se va a transformar su presencia”⁶⁷.

El tema de la creación de un cordón fronterizo de seguridad, lleva aparejado varios criterios discordantes, primero el oficial, en cuanto a la dinámica de un nuevo (de alguna manera impuesto) orden de “Seguridad Nacional” en la lucha contra el terrorismo y el narcotráfico; así como el de la población de frontera, de limitación

⁶⁵ Del Registro Oficial Reservado 358-S sobre *Delimitación de las áreas reservadas temporales en el territorio continental, mar territorial y espacio aéreo nacional*. Citado en *Revista Vistazo*, artículo: “*El Plan Secreto entre Ecuador y Colombia...*”.

⁶⁶ Entrevista realizada a Daniel Alarcón, Presidente de la Federación de Organizaciones Campesinas del Cordón Fronterizo de Sucumbíos, FORCCONFES. En: “*No a la fumigación y a la posible militarización*”, *Diario Últimas Noticias*, Quito, Ecuador, 4 diciembre del 2003, pág.6.

⁶⁷ *Ibíd.*

de sus labores cotidianas; y, entre otros, el de los organismos que precautelan los derechos civiles, políticos, económicos y sociales de la población de ambas naciones, que son quienes reciben las denuncias de excesos en el control de la fuerza pública⁶⁸.

Migración, desplazamiento forzado, refugio

Sin duda este es uno de los más graves impactos provocados por la aplicación del Plan Colombia a principios de esta década del nuevo milenio, en atención a que constituye una dolorosa afectación a los legítimos derechos fundamentales a la vida, a una vida digna, a elegir libremente el lugar para desarrollar sus propias actividades, a circular libremente, a la justa distribución de los recursos y prestación de servicios básicos, etc.

Nuestro trabajo cotidiano nos ha permitido recibir testimonios de ciudadanos procedentes de Colombia, que en su mayoría traen consigo una historia de desplazamiento inminente e inmediato⁶⁹.

Hemos podido identificar que muchos ahora conciudadanos ecuatorianos, por efectos de la doble nacionalidad vigente en las Constituciones de nuestros países, han venido al Ecuador con el ánimo de establecerse y avecindarse en nuestro país, es así como la ciudad de Santo Domingo de los Colorados, de nuestra provincia de Pichincha, que constituye el eje entre costa y sierra, ha concentrado a un alto porcentaje de ciudadanos colombianos que se dedican principalmente a las tareas de agricultura y comercio informal.

⁶⁸ A finales de este año, Ecuador tuvo que suspender un acuerdo con los Estados Unidos de cooperación para la creación de ciertos centros de acopio, financiados por el Comando Sur, que supuestamente serían destinados para ayuda humanitaria por desastres naturales, extrañamente ubicados en zonas de frontera que no representan ningún sitio de peligro inminente de desastres. Esto se produjo frente a la presión interna que asoció este acuerdo, con aquel que entregó la Base de Manta, sin cubrir los requisitos constitucionales para su aprobación.

⁶⁹ En el año 2002 se tramitaron 180 procesos de nacionalidad ecuatoriana por nacimiento para hijos de ecuatorianos nacidos en el extranjero, de los cuales 130 correspondían a ciudadanos colombianos, la mayoría originarios del Departamento de Nariño, que en su desplazamiento hacia el Ecuador debieron por motivos de control migratorio alcanzar la doble nacionalidad para establecerse normalmente en nuestro país. En el presente año se han realizado alrededor de 200 trámites de nacionalidad ecuatoriana por nacimiento, siendo un promedio de 80 casos de ciudadanos procedentes de Colombia. En cuanto a los procesos de Naturalización que requieren un mayor tiempo de permanencia legal como residentes en Ecuador, además de un estatus de vida de mayor envergadura, presentó un promedio relativamente bajo de colombianos, no lo mismo en los casos de las ciudadanas extranjeras casadas con ecuatoriano que se naturalizan en Ecuador, que mantienen un promedio del 50% de los trámites realizados tanto en el presente año como en el anterior. Fuente: Asesoría Técnico Jurídica, MMRREE, Quito, 2003.

El colectivo de reformas a las leyes de Migración y Extranjería con visión de Derechos Humanos, ha pretendido suscitar entre sus miembros tanto estatales como organismos sociales, de Iglesia, ONG's, etc., la asimilación de que Ecuador se ha transformado en los últimos cinco años, no solo en un país expulsor de población (por efectos de la crisis), sino también en un país receptor tanto de colombianos como de peruanos⁷⁰.

Desplazamiento forzado

El problema del desplazamiento forzado en el interior del país colombiano es un componente entre el fuego cruzado de los actores armados, ya sea las guerrillas, los militares, los paramilitares, narcotraficantes, empresas nacionales o transnacionales, terratenientes, etc., que ha impulsado a varias comunidades a trasladarse de un lugar a otro, en su mismo país (a ciudades grandes: Bogotá, Cali, Medellín, Cartagena, Barranquilla) o a los países vecinos. Los desplazados son una población heterogénea, que cada vez tiende a diversificarse, sectores empobrecidos de la población, ajenos a la ciudadanía, "los desplazados son en su gran mayoría campesinos pobres y personas pertenecientes a comunidades étnicas, afro colombianas e indígenas. Es decir, personas que históricamente han estado excluidas de los beneficios de los modelos de acumulación, excluidas de la participación política y culturalmente invisibilizadas. Las víctimas del conflicto armado, son en muchos casos comunidades ignoradas por el Estado y la sociedad, que han logrado sobrevivir, con sus propios recursos, medios y estrategias"⁷¹.

Este problema de nuestra hermana República de Colombia, se revierte hacia el Ecuador, como una situación de grave afectación humana y social, pues muchas veces estas poblaciones huyen de la violencia y cruzan la frontera (por lo general el río), y se refugian en nuestro territorio.

Como sus principales causas tenemos: la violencia generalizada; las amenazas, el reclutamiento forzoso de menores en grupos arma-

⁷⁰ La autora es parte del Grupo jurídico *Ad-hoc* de reformas a las Leyes de Migración y Extranjería, como parte del Proyecto Acciones para la protección de los Derechos Humanos de Migrantes y sus familias, ALISEI, CMS. Ecuador, 2003.

⁷¹ Comunidades como Mapiripan (Meta), Bojayá (Choco), El Naya (Cauca), El Chengue (Sucre), Trujillo y Segovia (Valle), cobraron existencia para la mayoría de los colombianos a partir de las cruentas masacres que allí han ocurrido, sólo en estos momentos aparecieron en los medios de comunicación. Bello, Martha. "El Desplazamiento Forzado en Colombia: acumulación y exclusión", *Conferencia Regional Globalización, Migración y Derechos Humanos*, UASB, septiembre 2003, Quito.

dos; fumigaciones; enfrentamientos entre grupos armados; pobreza generalizada; masacres, secuestros, violaciones, torturas; políticas de seguridad del gobierno colombiano “de julio del año pasado a junio de este año, han asesinado 7000 personas por razones políticas”; estrategias paramilitares y militares para **silenciar** organizaciones civiles y de derechos humanos⁷².

La Consultoría para los Derechos Humanos y el Desplazamiento CODHES, señaló que en el año 2002 un promedio de 1000 personas son obligadas cada día a huir de las zonas de conflicto, y que desde 1985 se han desplazado internamente cerca de tres millones de personas, en su mayoría mujeres, niños y niñas⁷³.

Estas violaciones sistemáticas de los derechos humanos de esta colectividad, constituyen uno de los puntales más dolorosos del problema en Colombia, que repercute sin duda en el seno de la nación ecuatoriana, que recibe a un alto número de ciudadanos colombianos, y no precisamente les genera alguna oportunidad, que ya para la propia población nacional es limitada, sin embargo se tienden puentes de apoyo, que por lo general se da en las zonas de frontera.

Refugio

“*Refugiado* es una condición establecida por las Naciones Unidas con una Convención Especial en el año de 1951 para todas aquellas personas que no quieren y no pueden regresar a su país de origen por temor a la persecución por razones de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social o por motivos de carácter político. Esa condición les permite el derecho al ingreso a un determinado país -signatarios de esa Convención- por un tiempo determinado (temporal) pudiendo ser permanente”⁷⁴.

Largas filas frente a las oficinas de la Dirección de Derechos Humanos, sección Refugiados de la Cancillería, se hacen cotidianamente en pro de la obtención del estatus de refugiado, por lo general como víctimas del desplazamiento forzado del sur colombiano.

Según informes de ACNUR de los países que tienen fronteras con Colombia, es el Ecuador el que mayor desplazamientos de colombia-

⁷² Perez, Carmen. ‘La situación del refugio y desplazamiento forzado en Ecuador’, *Conferencia Regional Globalización, Migración y Derechos Humanos*, UASB, septiembre 2003, Quito.

⁷³ Rojas, Jorge. “Plan Colombia, conflicto armado...”.

⁷⁴ www.cladehlt.org/informe2001capIV.htm, Comisión Latinoamericana por los Derechos y Libertades de los Trabajadores y Pueblos.

nos ha recibido, esto en atención a que en Venezuela no existe conformada una sección que estudie las solicitudes de Refugio, y que Panamá no ha ratificado el Estatuto de Refugiados de 1951, es decir no lo aplica.

Este fenómeno ha permitido que la mayoría de desplazados solicitantes de refugio se dirijan a los Estados Unidos, Costa Rica y Ecuador⁷⁵.

Sin embargo la situación de la mayoría de solicitantes de refugio en nuestro país aún no cuenta con un procedimiento más breve para el estudio de sus casos, pues Cancillería apenas se reúne dos veces por mes para estudiar cada caso, sin dejar de anotar que se reciben un promedio mensual de 1000 solicitudes.

Nuestro anhelo sería que nuestros hermanos colombianos contasen con un “un ambiente de apertura, tolerancia y compromiso para brindarles las oportunidades de desarrollo e integración [...], tanto en el aspecto laboral, protección de sus derechos, seguridad ciudadana, educación, vivienda, salud e integración familiar, de tal manera que en el momento de regresar a su país de origen no sean más parte del conflicto existente, sino de su solución”⁷⁶.

Esfuerzos binacionales en los aspectos migratorios

En la Declaración Conjunta entre Álvaro Uribe y Lucio Gutiérrez, firmada en Quito en agosto del presente año, ambos Presidentes reconocieron “el incremento en el flujo de personas a través de la frontera y reiteraron su compromiso para aplicar el ‘Memorando de Entendimiento entre los Viceministros de Relaciones Exteriores de las Repúblicas de Colombia y Ecuador sobre el Procedimiento para el Tratamiento del Fenómeno del Desplazamiento en Zonas de Frontera’, suscrito en la ciudad de Bogotá el 24 de agosto de 2000”⁷⁷.

Además se realizaron los esfuerzos oficiales para atender la situación migratoria, y que tienen la participación del ACNUR, la Iglesia,

⁷⁵ En el año 2000, Ecuador tenía 362, en el 2001, 1.614, en el 2002, 3.304, y hasta marzo de 2003, 4.003. Costa Rica, en los mismos años: 515; 3.093; 7.326 y 7.783; EEUU: 2614; 6.683; 11.135 y sin datos este año. Fuente ACNUR, oficina de Colombia, agosto 2003.

⁷⁶ Varela Jara, Julio. “Migraciones, Globalización y Derechos Humanos”, *Conferencia Regional Globalización, migración y derechos humanos*, Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, Ecuador, septiembre 2003.

⁷⁷ *Declaración Conjunta entre el Presidente de Colombia...*

UDENOR, la Red de Solidaridad Social y otras entidades y ONG's de ambos países.

Uno de los compromisos en materia migratoria es llegar a establecer un flujo ordenado entre ambos países, de manera que se fortalezcan las actividades comerciales, turísticas y culturales, en forma recíproca, y en pro de la regularización de aquellos que no ostenten esta categoría, se creó una *Comisión Binacional especial* que formularía un proyecto de Acuerdo Bilateral, que contemple la aplicación de una amnistía calificada, a través del mecanismo denominado Visa Convenio.

Ecuador suscribió en el año 2002, el Plan de Acción sobre Migraciones Internacionales en América del Sur, en Quito, en el mes de agosto, con la dinámica de atender este problema latente en nuestros países ya sea como expulsores o como receptores (en el caso Colombia-Ecuador)⁷⁸.

Violación de derechos humanos, derecho internacional humanitario, xenofobia

Negar que han existido violaciones de los derechos humanos en un área tan tangible como la limítrofe en el nororiente del país es ser ciego, sordo o mudo.

Tomando en cuenta que la región nororiental del Ecuador, especialmente la provincia de Sucumbíos, fronteriza con el sureño Departamento del Putumayo de Colombia, constituye un eje estratégico de altísima seguridad, en donde se ven involucrados varios actores armados: Ejército nacional, miembros de la Policía Nacional: (migración, personal antinarcóticos, efectivos de inteligencia, mandos de seguridad ciudadana, etc.); así como del otro lado de la frontera, elementos de la guerrilla, productores de droga, narcotraficantes armados, podemos dilucidar que se trata de una zona de violencia permanente, entre los cuales existe otro elemento adicional que es las poblaciones civiles colombo-ecuatorianas, conformada por campesinos de la zona, asentamientos ancestrales indígenas (pueblos Kofan, siona, secoya, kichwa y shuar), empresas petroleras, y población dedicada al comercio transfronterizo, que constituyen "la frontera viva" existente desde siempre; sin duda, encontraremos indicadores determinantes que atentan la normal convivencia de esta zona.

⁷⁸ www.summit-americas.org/IOReports/hemispheric%20report%202002/OASSpanishJune2002.doc

Con estos actores existentes desde hace más de una veintena de años, y ahora mucho más a raíz de los efectos de la aplicación del Plan Colombia y sus consecuencias en el Ecuador, tenemos que con frecuencia los miembros de la Fuerza Pública, tanto Fuerzas Armadas como miembros de la Policía Nacional, han cometido arbitrios en pro de la defensa de nuestras fronteras, con el pretexto de precautelar “la Seguridad Nacional”.

Con frecuencia se ha dado la confusión de los campesinos de la zona, agricultores de la frontera o habitantes de los humildes asentamientos, con miembros subversivos que podrían constituir elementos peligrosos para la seguridad.

Al respecto citamos a continuación algunos casos que guardan relación con estas violaciones, que bien ilustran estos postulados.

Caso de los Once del Putumayo 1993-1997

Un ejemplo de estas arbitrariedades, constituyó sin duda el recordado caso “De los Once del Putumayo”, que concitó la atención de la sociedad nacional e internacional y que inclusive fue presentado ante la Comisión Interamericana de los Derechos Humanos, así como al Grupo de trabajo sobre detención arbitraria del Centro de Derechos Humanos de Naciones Unidas en Ginebra y Amnistía Internacional.

El caso de los “Once del Putumayo” fue un serio atentado a varios derechos civiles, como lo fueron, la detención arbitraria sin orden judicial, tortura física y psicológica, incomunicación por plazo superior al legal, declaración contra sí mismos y familiares mediante tortura, violación de la presunción de inocencia, de once campesinos de origen colombiano (diez) y ecuatoriano (uno), los que fueron acusados de ser miembros del grupo guerrillero de las FARC, en diciembre del año 2003, y ser los actores de un atentado que días atrás habría sufrido el ejército nacional y la policía, en el que murieron once efectivos.

Se los acusó de: asesinato múltiple, terrorismo, asociación ilícita, tenencia ilegal de armas, explosivos y municiones, actividades de narcotráfico, razón por la cual se los detuvo y se les juzgó en primera y segunda instancia, ante los Jueces del Tena, provincia del Napo, quienes sancionaron a siete (los mismos que bajo torturas se habrían autoinculpado), dejando libres a cuatro a pocos meses de la detención en el año 1994.

El caso finalmente fue elevado mediante Recurso de Casación ante la Corte Suprema de Justicia en 1996, quienes determinaron la inocencia de los encausados, por evidente error jurídico de las sentencias, que habrían sido sustentadas en indicios que partieron de las declaraciones autoinculpatorias de los encausados, quienes estuvieron detenidos dos años y ocho meses en Quito, y que recibieron el inmenso respaldo de la sociedad civil: Iglesia, movimientos indígenas, asociaciones colombo-ecuatorianas, ONG's, medios de comunicación, etc., sin dejar a un lado la presencia activa de organismos de derechos humanos en el ámbito internacional como Amnistía Internacional que calificó a los siete condenados como "Presos de conciencia"⁷⁹.

Agotados los recursos internos, que incluyeron las demandas de reparación y reclamación de responsabilidad al Presidente de la República, que desconoció el asunto, la Iglesia de Sucumbíos y el Comité de organismos encargados de la defensa del caso, presentaron en 1997 el caso ante la Comisión Interamericana, llegando a un "Acuerdo Amistoso", que determinó la indemnización por \$ 100.000 (cien mil dólares americanos) por reparación como daño emergente, lucro cesante y daño moral.

Este ejemplo sin duda ilustra notablemente los excesos de los miembros de las fuerzas del orden, quienes con el pretexto de librar la batalla a la guerrilla y precautelar la seguridad fronteriza, vinculan arbitraria e injustamente a la comunidad civil que está entre fuegos cruzados.

Caso Jiménez Jiménez 1998-2003

En el presente año fue llevado a consideración de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, el caso de cinco hermanos que fueron detenidos en zona de frontera, en la provincia de Sucumbíos

⁷⁹ El 22 de febrero de 1996, Amnistía Internacional emite un boletín de prensa en el que: "considera que los siete fueron falsamente acusados [...] ya que no hay pruebas fehacientes que los vinculen con este grupo ni con los delitos que se les han imputado", y "considera que los siete condenados del Caso Putumayo, son presos de conciencia por vivir y trabajar en un lugar donde sus gobiernos se enfrentan con grupos alzados en armas", "exhorta a las autoridades ecuatorianas a que les libere inmediata e incondicionalmente", (el resaltado es mío). Giménez Jiménez, María Teresa. "El Caso Putumayo, una práctica de solidaridad, otros medios jurídicos de protección de los Derechos Humanos", 2001, Tesina de la Maestría en Teorías críticas del Derecho y la denuncia en Iberoamérica, Multiculturalismo y Derechos Humanos, Centro de Documentación INREDH, España-Ecuador, pág. 37.

en el año de 1998, bajo acusaciones de ser “delincuentes, guerrilleros, secuestradores, violadores”⁸⁰.

Al igual que el caso Putumayo, la detención arbitraria, torturas y allanamientos fueron producidos por miembros del ejército nacional, no obstante en el presente caso, no se encausó penalmente a los detenidos, quienes permanecieron detenidos e incomunicados por algunos días sin haberseles explicado el motivo, más allá de tacharlos como delincuentes y narcotraficantes, y haber recibido malos tratos y abusos físicos.

El caso logró el reconocimiento como violatorio de derechos civiles, por parte de la Defensoría del Pueblo de Sucumbíos en el año 1999, el proceso interno en el ámbito penal no concluyó, y tampoco el Presidente de la República reconoció responsabilidad alguna, ni el Estado determinó ninguna reparación, pese a haber sido reconocidas las violaciones de derechos humanos por la Dirección Nacional de Derechos Humanos del Ministerio de Gobierno en el año 2001.

Actualmente está en estudio previo su aceptación ante la Comisión Interamericana en Washington.

Creación de la “Legión Blanca”

Según denuncias de los voceros de los Derechos Humanos en Ecuador, que se hallan trabajando en el análisis de los impactos del Plan Colombia en Ecuador, en julio del año 2001 apareció en Ecuador un supuesto “Escuadrón de la Muerte”, la “Legión Blanca”, grupo que amenazaba a quienes critican el Plan Colombia, la injerencia ecuatoriana y la base de EEUU en Manta, “Solo sabemos que en Ecuador se prendió un dispositivo inédito de difamación y descrédito, de amenaza y persecución, para crear a propósito condiciones específicas de satanización pública de los sectores opuestos a la regionalización belicista de la IRA”⁸¹.

⁸⁰ Información obtenida en la Fundación Regional de Derechos Humanos, IN-REDH, oficina que lleva la defensa de los hermanos Jiménez Jiménez desde el año 2000 hasta la presente. (La autora en el año 2000 como miembro de la Fundación Red de Abogados por los Derechos Humanos en el año 2000, conoció de los antecedentes del caso y formó parte del colectivo de estudio y consideraciones jurídicas de validez procesal).

⁸¹ “El Coronel de Estado Mayor (r) Jorge Brito, miembro del Grupo de Monitoreo de los impactos del Plan Colombia que conformamos varias organizaciones ecuatorianas, denunció el 17 de agosto del 2001 que a los autores de la ola de amenazas por e-mail, llamadas telefónicas y visitas de una auto denominada ‘Legión Blanca’, habría que buscarlos en la Comunidad de Inteligencia, la Compañía de Contrainteligencia Quito y su Unidad de Inteligencia Técnica, así como en los Servicios Secretos”. Ponce, Alexis. *La Iniciativa Regional Andina...*, numeral 20.

No está por demás incluir en estas consideraciones, que tanto la población civil como la fuerza pública manejan a propósito de este problema de Colombia, el discurso de que las ONG's vinculadas con la defensa o promoción de los DDHH, son ejes de la guerrilla colombiana o está involucradas con los delincuentes y el narcotráfico; lo que de alguna manera perjudica su trabajo.

Otros actores

Citamos como un elemento de especial consideración en este estudio, a la existencia de la oficina de Derechos Humanos de la Misión Carmelita de la Iglesia de San Miguel de Sucumbíos que existe aproximadamente desde hace 12 años en la población de su mismo nombre y que bajo la perspectiva de la "misión social de la iglesia", juega un rol importante en esta zona fronteriza.

Según el testimonio de Carmen Pérez, el ISAMIS, (Iglesia San Miguel de Sucumbíos) tiene como objetivo "dar una respuesta cristiana a las consecuencias que genera el Plan Colombia en Sucumbíos para defender la dignidad y calidad de vida de nuestro pueblo", buscando siempre la atención humanitaria a las víctimas de la violencia armada⁸².

Testimonios de un ex miembro de la misma, dan cuenta que en esta oficina se atenderían casos que guardan relación con el problema de la violencia de esta zona, en la que frecuentemente se producen incursiones de la Fuerza Pública a las comunidades campesinas de la frontera, presentándose casos de allanamientos sin orden judicial, detenciones arbitrarias, torturas, etc., que devienen en que se confunden actores de la violencia con las víctimas de la violencia frecuentemente⁸³.

⁸² Carmen Pérez es Coordinadora de Movilidad Humana de la Agencia de Sucumbíos de la Pastoral Social.

⁸³ Para Patricio Benalcázar, Presidente de la Fundación Regional de Derechos Humanos, INREDH, y ex miembro de la oficina de Derechos Humanos de la Iglesia de San Miguel de Sucumbíos, se presenta una confusión entre "actores de la violencia" y las "víctimas de la violencia", determinando que la sociedad juzgue a todos por igual, bajo "estigmas sociales" (se tiene que el colombiano es por lo general un delincuente, un guerrillero, narcotraficante, o la mujer colombiana está vinculada con la prostitución), lo que ha hecho que los operativos de control por parte del ejército, terminen siendo contra las comunidades de frontera, de modo que esta zona se considera como de "Alta conflictividad", por la presencia de varios actores armados. (En entrevista personal, diciembre 2003, INREDH, Quito).

Es decir, que con el pretexto de la detención de “supuestos” miembros o colaboradores de elementos de la guerrilla sur colombiana, se producen detenciones arbitrarias, torturas y hasta desapariciones de seudos subversivos ecuatorianos.

Este tema es conocido únicamente por organismos de la sociedad civil dedicadas a la defensa de los Derechos Humanos, siendo lamentablemente como dijimos anteriormente, los miembros de las comunidades limítrofes ecuatoriano-colombianas, habitadas principalmente por campesinos, los vinculados con actividades sospechosas.

Derecho Internacional Humanitario

El respeto al Derecho Internacional Humanitario también ha sido frágil en las fronteras ecuatoriano-colombianas, tomando en cuenta que las víctimas del desplazamiento forzado por el conflicto interno no reciben atención por parte de su gobierno, quedando en la mayoría de los casos en un estado de indefensión absoluta sin las mínimas condiciones de seguridad y atención de sus recursos vitales.

La violencia civil tiene también sus impactos en la población, masacres y asesinatos sumarios, dan cuenta de violaciones sistemáticas de grupos civiles, en su mayoría inocentes, “infracciones al DIH son parte de estas estrategias (asesinatos selectivos, intimidación mediante amenazas, desplazamiento forzado, masacres, torturas)”⁸⁴.

Xenofobia

La xenofobia, es en el momento actual un sentimiento que en el ámbito mundial se atribuye a los fenómenos migratorios que se dan en el mundo entero.

El Ecuador no está libre de estos sentimientos adversos hacia los inmigrantes de origen extranjero, especialmente de Colombia, pues como lo analizamos en el acápite relacionado con la comisión de delitos, la prensa destaca que en su mayoría son ciudadanos de origen colombiano los autores intelectuales o materiales de los principales atracos a casas financieras y secuestros⁸⁵.

No obstante, este indicador no es real en toda la dimensión de los resultados reales entre la comisión de delitos y la autoría de extran-

⁸⁴ Rojas, Jorge. “*Plan Colombia, conflicto armado...*”.

⁸⁵ “Los boletines de prensa policiales se refieren en forma reiterada a ‘delincuentes con acento colombiano’”. “Xenofobia galopante en Ecuador”, *Interpress Service*, www.adital.org.br/asp2/noticia.asp?idioma=ES¬icia=7816

jeros. “La xenofobia describe actitudes, prejuicios y comportamientos de rechazo, exclusión o a menudo de vilipendio a las personas, basadas en la percepción de que son intrusos o extranjeros a la identidad de la comunidad, sociedad o nación”⁸⁶.

Lamentablemente se tiene que en las zonas de acogida de desplazados y solicitantes de refugio procedentes de Colombia, especialmente las provincias norteñas: Carchi, Imbabura, Esmeraldas, Pichincha, Azuay, tienden a rechazar y estigmatizar a los colombianos, no obstante en otros ámbitos también se privilegia al ciudadano del norte, en vista de su cultura festiva y atenta, logrando una buena impresión, en las áreas de ventas por ejemplo (pero esto es la excepción de la regla).

No podríamos catalogar a todo colombiano o peruano que han ingresado a nuestro país, como delincuentes o guerrilleros, definitivamente esto es un criterio injusto que de ningún modo puede permitirse, pues es atentatorio contra el derecho al libre desarrollo de la persona, la dignidad humana y el derecho a vivir donde la persona escoja.

La problemática migratoria en el ámbito mundial encierra este grave prejuicio enraizado en la intolerancia, la no-aceptación del otro, del que es diferente, hechos que han motivado las más sangrientas guerras e injusticias contra la humanidad.

Tráfico ilícito de armas

Sin duda éste es uno de los puntos más álgidos del proceso originado de las implicaciones del Plan Colombia en Ecuador, en vista que en el presunto tráfico ilegal de armas a la guerrilla colombiana, estarían implicadas altas esferas del poder, no sólo en Ecuador sino desde diversos puntos del continente.

De notable trascendencia fue el debilitamiento en las relaciones diplomáticas de ambos países en octubre de este año, por las públicas declaraciones del presidente Uribe, en el que atribuía que “con un cohete Law, del ejército ecuatoriano, las FARC estuvieron a pun-

⁸⁶ “Declaration on Racism, Discrimination, Xenophobia and Related Intolerance against Migrants and Trafficked Persons”. *Asia-Pacific NGO Meeting for the World Conference Against Racism, Racial Discrimination, Xenophobia and Related Intolerance*, Teherán (Irán), 18 de febrero de 2001. Ver: Taran, Patrick A.; y Eduardo Geronimi. *Globalización y migraciones laborales: importancia de la protección*, OIT, Ginebra, 2001.

to de asesinar a un empresario colombiano”, esto generó tal gravedad al interior del gobierno ecuatoriano, suscitando que dos semanas más tarde Gutiérrez exigiese una disculpa pública a Uribe, lo que se dio: “El Gobierno de Uribe: no ha pretendido maltratar a las Fuerzas Armadas del Ecuador”, palabras que contribuyeron a que todo se normalicen.

Sin embargo este problema es como la gota que derramó el vaso, y que preocupa notablemente a varios sectores de la población en vista de que en el presente año se han dado varios problemas en las bodegas militares con extrañas explosiones inusitadas (que han dejado víctimas en la población civil) y que hasta la fecha no han dado respuestas sobre las verdaderas causas.

Es por esta razón que el Gobierno Nacional creó una “Comisión de Transparencia” que investiga estos sucesos y los posibles desvíos de armas hacia Colombia.

No es nuestra intención ilustrar todos los posibles enlaces entre la guerrilla y el ejército nacional, no obstante aún quedan muchas dudas de este efecto lamentable que tiene estrecha vinculación entre los elementos insurgentes colombianos y nuestras fuerzas armadas.

Cabe sin embargo citar el compromiso que suscribieron en esta área los gobiernos de Ecuador y Colombia en el último agosto: “Los Presidentes, conscientes de la necesidad urgente de emprender acciones contra el tráfico ilícito de armas de fuego, expresaron su voluntad de trabajar coordinadamente tanto en el Marco del Plan Andino para Prevenir, Combatir y Erradicar el Tráfico Ilícito de Armas Pequeñas y Ligeras en todos sus aspectos (Decisión 552 de la CAN, de junio de 2003), cuanto en el de la Convención Interamericana Contra la Fabricación y Tráfico Ilícitos de Armas de Fuego, Municiones y Explosivos y otros Materiales Relacionados (CIFTA), vigente para ambos países”⁸⁷.

No se ha dado paso a ninguna aseveración imputando el tráfico de armas, a algún responsable, quedando aún pendiente, y seguramente por mucho tiempo más los resultados de estos datos, que solicitan mucha prudencia y suscitan el interés de la población nacional.

⁸⁷ *Declaración Conjunta entre el Presidente de Colombia...*

Conclusiones

- I. Ecuador, país fronterizo de Colombia en el extremo sur, se constituyó desde la década de los años 90 e inicios del presente siglo, en el “yunque estratégico” de las consecuencias de la implementación del Plan Colombia en ese país, debido a que innumerables áreas sensibles como son: la soberanía territorial, perímetros petroleros, población civil de frontera, participación de la Fuerza Pública: Fuerzas Armadas, Policía Nacional (efectivos de la Dirección Nacional de Migración), manejo diplomático, etc., han sido afectadas o están en permanente estado de vigilancia frente a una posible confrontación entre los bandos del oficialismo y la guerrilla en suelo colombiano, asentados principalmente en la región sur del Putumayo, fronterizos con Ecuador.
- II. Varios factores dan clara muestra de la participación del Ecuador en la creación e implementación del control de la producción de droga, narcotráfico y violencia subversiva que existe en el vecino país desde hace más de cuatro décadas, estos son: Ocupación del ejército norteamericano de la Base Aérea de Manta para control antinarcóticos, creación de COMBIFRON (Comisión Binacional Fronteriza, 1996) y UDENOR (Unidad de Desarrollo Norte), organismos encargados de la organización de acciones en la frontera, ya sea de seguridad o en beneficio de la población civil (ésta última); ofrecimiento del gobierno ecuatoriano como “facilitador” entre el gobierno y los grupos insurgentes a mediados del año; firma de la Declaración Conjunta de los presidentes Lucio Gutiérrez y Alvaro Uribe en agosto de 2003 donde el Ecuador asume varios compromisos en varios aspectos: seguridad, migración, intercambio comercial, etc. Estos procesos que son parte de varios más, demuestran que nuestro país está involucrado desde antes de la creación del Plan Colombia y su aplicación.
- III. La ola de violencia con alarmantes índices en aumento, especialmente en las zonas de frontera, principalmente en la provincia de Sucumbíos de 600 Km de frontera con Colombia, ha concitado la atención de toda la ciudadanía ecuatoriana, creando sentimientos de tensión, temor y hasta xenofobia a los inmigrantes colombianos que habitan o vienen de tránsito a Ecuador, en esto han colaborado los medios de comunicación que resaltan la

figura del colombiano como “delincuente”, situación injusta que ha deteriorado la integración entre ciudadanos de ambas naciones.

- IV. Un Plan para Ecuador en Ecuador es una propuesta que podría ser viable, si varios frentes ensayan un camino para el desarrollo y defensa soberana del Ecuador, es decir, un plan diseñado desde varios ejes: el eje diplomático, basado en el principio de no-intervención y respeto al libre desarrollo de los pueblos, en pro de la integración andina, guardando el acervo común que une a éstos pueblos hermanos; el eje de la seguridad interna nacional e internacional, a través de los órganos de la Fuerza Pública y sus organismos involucrados; el eje de la sociedad civil y el desarrollo humano por el progreso, bajo un proceso dinámico orientado a la producción, intercambio comercial, infraestructura, servicios básicos, etc.; el eje de la educación en los niveles preprimario, primario, secundario y sobre todo la formación ciudadana en pro de una nación abierta a la globalización y la integración; el eje político, en concomitancia con el eje de la sociedad civil y organismos estatales, provinciales y locales encargados de la implementación de políticas sociales adecuadas para el desarrollo local.
- V. No es aceptable de ningún modo la regionalización del conflicto, pues involucra una carrera armamentista sin límite, que no conviene a la pobreza de nuestras naciones latinoamericanas, y que no se justifica pues se convertiría en una guerra fratricida (que ya lo es en Colombia) y que no tiene sentido. Ecuador se mantiene en la posición de la solución pacífica de las controversias entre las naciones, postulado que recoge el sentir de la mayoría de la población nacional.
- VI. Actualmente Ecuador sirve como corredor de la droga entre Bolivia, Perú y Colombia, razón que lo mantiene en conexión con los carteles colombianos protegidos por la guerrilla de las FARC o el ELN, esto inquieta a la opinión pública y sobre todo a los comandos de seguridad e inteligencia de la Fuerza Pública, pues son eslabones de una cadena de muerte, dinero sucio, corrupción y violencia que no queremos se recrudezca en Ecuador o permita la creación de ejércitos subversivos.
- VII. Entre los varios impactos de la aplicación del Plan Colombia, uno de los más graves es los efectos derivados en la población

civil fronteriza por las fumigaciones aéreas a los sembríos de coca, ubicados en dichas zonas, lo que ha provocado daños en el medio ambiente, sembríos tradicionales, animales de campo, y básicamente en la salud de los habitantes, con serias repercusiones como abortos espontáneos, cáncer en la piel, gripes incurables, etc. Actualmente se espera el informe de la Comisión Científica Técnica para interceder ante las autoridades colombianas a fin de dar término a esta práctica; sin embargo lamentablemente es uno de los puntales más importantes del apoyo norteamericano en el Plan Colombia.

- VIII. Los problemas derivados por el desplazamiento forzoso de colombianos a Ecuador, ya sea en calidad de refugiados, o aspirantes de refugio es otro de los impactos más severos que ha debido soportar el Ecuador, al efecto tenemos que las solicitudes de refugio crecieron en proporción alarmante en el último quinquenio, y la Cancillería no se da abasto para atender tantas peticiones, motivo por el cual varios ciudadanos obtienen el reconocimiento del Estado ecuatoriano como refugiado hasta después de pasado un año de vivir en esas condiciones, esto motiva que sus condiciones de vida se deterioren enormemente y no alcancen un estatus de vida básico para desarrollarse en nuestro país; esto también complica a la economía nacional que no dispone de plazas de trabajo o no ejecuta políticas de desarrollo humano que integren a nacionales y menos aún a estos ciudadanos para quienes están vetados muchos de sus elementales derechos civiles y casi anulados sus legítimos derechos sociales y económicos, primero en su nación y luego en la que los acoge.
- IX. El problema de la inmigración de ciudadanos colombianos se ha incrementado notablemente en la última década, lamentablemente muchos de ellos en situación irregular son el centro de actos atentatorios a su seguridad, especialmente por parte de los agentes de migración que con coimas o amenazas abusan de su situación en desventaja y limitan su desarrollo normal en nuestra sociedad.
- X. El ámbito de las relaciones bilaterales entre las dos naciones ha demostrado en el último quinquenio que han ido en aumento, sobre todo en el marco de la Comunidad Andina de Naciones y los compromisos integracionistas; no obstante el plano de la seguridad y el fortalecimiento de las acciones en contra del terro-

rismo y la lucha antidrogas, ha sido uno de los factores más urgidos entre Ecuador y Colombia, principalmente con el surgimiento del Plan Colombia y la lucha del presidente Álvaro Uribe contra los grupos insurgentes y la delimitación o recuperación de las zonas en conflicto.

- XI. Las violaciones a los derechos humanos, son sin duda en Colombia uno de los puntos más álgidos en la aplicación del Plan Colombia; en Ecuador, se han dado excesos en las zonas de frontera por parte de elementos de la fuerza pública, sin ser actos consecutivos o sistemáticos, no dejan de ser atentatorios, básicamente por los desplazamientos de poblaciones indígenas, detenciones arbitrarias, allanamientos, involucramiento de inocentes con miembros de las FARC o abusos de poder.
- XII. Uno de los aspectos más sensibles de los impactos del Plan Colombia constituye la aplicación del Derecho Internacional Humanitario, lo cual no se ha generado conciencia en nuestro país, sino al contrario, somos una nación que persigue la discriminación y en cierta forma la xenofobia hacia el colombiano, no se lo socorre (especialmente al verdaderamente desplazado y despojado de lo más mínimo), sino que se lo aísla y rechaza.
- XIII. Lamentablemente el tráfico ilícito de armas y precursores, son problemas adicionales a los impactos del Plan Colombia en Ecuador, elementos de las fuerzas armadas y sectores de todos los estratos son parte de este negocio que genera grandes ganancias y en los que están involucradas varias instancias que cruzan desde las esferas de poder hasta los grupos de gente campesina o “mulas” mal pagadas que se exponen en la realización del trabajo sucio en sí.
- XIV. El Ecuador no quiere que el ejército colombiano ataque a las FARC y las repliegue hacia la frontera sur en Colombia, la ciudadanía ecuatoriana teme que esta posible acción armamentista empuje a la guerrilla hacia territorio nacional, donde podrían involucrarse nuestros ejércitos y empezar una desesperada acción militar en contra de propios y extraños. No queremos involucrarnos, pero con los hechos como la entrega de la Base de Manta al ejército norteamericano, y las firmas de acuerdos bilaterales de seguridad, exponemos a nuestra nación a una guerra no consentida en la que no somos parte y no queremos serlo tampoco.

Recomendaciones

- I. Diseño de un programa propio para Ecuador, un “Plan Ecuador”, que legisle, legitime y formule un plan integral para la seguridad interna e internacional
- II. Implementación de acciones de fortalecimiento de las provincias fronterizas en atención de sus necesidades básicas, lo que permitiría que la población no se vea tentada a la producción de los cultivos ilícitos o involucramiento por dinero con las acciones subversivas.
- III. En el marco de los postulados de la política exterior ecuatoriana se debe cumplimentar los acuerdos bilaterales entre ambas naciones con acciones que involucren la integración de los pueblos y la defensa como región de enemigos más acérrimos que la droga, así son el hambre, la injusticia y la corrupción.
- IV. Estructurar una estrategia andina en la que prevalezca la defensa de una historia común, realidades y acervos de cada país, respetando la soberanía, integridad territorial de los estados, bajo principios de responsabilidad compartida.
- V. Creación de planes de apoyo a migrantes en pro de su integración en el seno de la sociedad ecuatoriana, como por ejemplo intercambio cultural, creación de fuentes de trabajo en el campo con espacios compartidos entre nacionales y extranjeros rescatando los valores y potencialidades de ambos.
- VI. Mejoramiento de los trámites para la adquisición de la calidad de refugiado, compartiendo el seno de la calificación con sectores de la sociedad civil y mayor personal, (pasantes, estudiantes universitarios como proyecto de tesis, etc.).
- VII. De la Carta de Naciones Unidas de los Derechos Humanos y Pactos de derechos civiles y sociales, económicos y culturales, así como implementación de acuerdos y convenios internacionales de Derechos Humanos de Migrantes y sus familias, Refugiados, desplazados, Derecho Internacional Humanitario, en las leyes y principalmente en las instituciones que conforman la sociedad ecuatoriana.
- VIII. Creación de veedurías ciudadanas para la captación de población colombiana y los procesos de su inserción en el desarrollo del país.

La represión del delito y su funcionalidad con el paradigma económico, político y social

Horacio Esber*

A la memoria de Raúl Omar Giménez

“Supe entonces por qué cada tanto se encontraba en las calles a una muchacha estrangulada dentro de un auto, o en una pieza o en el fondo de un callejón. ¿Acaso también ellos, esta gente, tendría ganas de tirarse en el pasto, de caminar al ritmo de los sapos, de ser dueños de un pedazo de tierra no más largo que una mujer, y dormir ahí de verdad, sin miedo? Sin embargo, el país era grande, había para todos. Había mujeres, había tierra, había dinero. Pero ninguno tenía suficiente, por más que tuviera ninguno se detenía, y los campos, los viñedos incluso, parecían parques públicos, jardines artificiales como las estaciones, o eran, terrenos yermos, quemados, montañas de chatarra. No era un país del que uno pudiera apropiarse, donde sentar cabeza y decirles a los demás: -Por mal que me vaya me conocen. Por mal que ande, déjenme vivir-. Eso es lo que daba miedo. Ni siquiera se conocían entre ellos; al cruzar esas montañas, en cada recodo del camino uno se enteraba de que nadie se había quedado allí nunca, nadie las había tocado con las manos. Por eso a un borracho lo molían a los golpes, lo metían a la cárcel, lo daban por muerto. Y no sólo tenían la borrachera, sino que también estaba la mujer odiosa. Llegaba el día en que uno, para tocar algo, para hacerse conocer, destrozaba a una mujer, le disparaba mientras dormía, le rompía el craneo con una llave inglesa”.

*Cesare Pavese*¹

* Participante del XXI Curso Interdisciplinario en Derechos Humanos. Abogado. Jefe de Gabinete de Asesores del Defensor del Pueblo de la Nación Argentina.

¹ Pavese, Cesare. *La Luna y las Fogatas*, Edit. Adriana Hidalgo, Argentina, Marzo 2003, p. 54.

Introducción

Tengo la extraña sensación, al iniciar el desarrollo del tema sugerido en el título, de que el presente trabajo tiene un destino: probablemente sea rechazado. La razón: su aparente inconsistencia o imposibilidad de realización concreta a pesar de que su simple enunciación suene como una verdadera perogrullada.

O porque a lo mejor todo se trate de una mera simplificación.

Y este sentimiento, tan singular como chocante, también me provoca cierto -¿urgente?- desafío: pese a todo, no abandonar la tarea. O lo que es lo mismo: debo ser capaz de interesar a un potencial lector, explicando por qué es posible cuestionar el paradigma político económico y social, y por qué no resulta equivocado hacerlo desde una mirada, por ahora, ligeramente utópica.

Porque, ¿de qué otra cosa se trata cuando acometemos el análisis reflexivo de ciertas situaciones que condicionan gravemente la vida cotidiana, sino de ser capaces de hacer realidad lo que *a priori* parecen verdaderas utopías?

O acaso alguien imagina que en un mundo sometido al imperioso yugo del “tener” -donde las relaciones humanas resultan ser casi exclusivamente “dinerarias”- es posible exponer el tema de la “seguridad ciudadana” desde la perspectiva de sus causas profundas sin que eso no sea visto como una dulce quimera que parece perderse entre la estética y la estupidez.

Recuerdo especialmente que, durante su ponencia, don Emilio García Mendez expresara al referirse al tema, que él estaba “cansado de aquellos que se negaban discutir sobre la educación de los niños si antes no se hacía la reforma agraria”². Y de algún modo esa postura refleja nítidamente un sentimiento generalizado, certeramente definido como “Pánico moral”³, cuya primera consecuencia, entre

² García Mendez, Emilio. Ponencia en el XXI Curso Interdisciplinario sobre Derechos Humanos “Seguridad y Justicia”, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Junio 2003, San José, Costa Rica.

³ “Cuando la reacción oficial hacia una persona o grupo de personas o serie de hechos completamente desproporcionada a la amenaza representada, cuando los ‘expertos’, encarnados por los jefes de policía, el sistema judicial, los políticos y los editores perciben la amenaza de formas completamente disímiles [...] cuando los medios [...] enfatizan ‘repentinos y dramáticos’ incrementos [...] y ‘novedad’ por encima y más allá de lo que un estudio sobrio y realista podría

otras, lleva a sostener que las soluciones al problema de la inseguridad provocada por la violencia existente en las calles de ciudades y pueblos no puede esperar a que se resuelvan las hipotéticas causas que dan razones a esa impresión de inseguridad reinante.

Sin embargo he decidido insistir. Es necesario probar que las políticas públicas, destinadas a garantizar la seguridad colectiva e individual de los ciudadanos, que no enfrentan el problema de la pauperización social, jurídica y política de las naciones, marchan a un casi seguro fracaso. Ya que la principal fuente de promoción de la inseguridad es el paradigma económico que gobierna, como pensamiento único, las sociedades del mundo occidental.

Por eso no es solución ni tampoco es suficiente con conseguir un cuerpo policial perfectamente adiestrado en el pleno respeto de los derechos humanos; con lograr una justicia plenamente garante del debido proceso, eficaz y rápida; y con edificar cárceles dignas, limpias y preparadas efectivamente para la reeducación de los internos.

Más. Las circunstancias actuales permiten en cambio suponer, que esta misma sociedad “sobresaltada y demandante de seguridad” pareciera marchar hacia una división de clase cada vez más flagrante, injusta y arbitraria favoreciendo el creciente estado de anomia política, jurídica y moral.

En este escenario, discutir y organizar prioritariamente el “cómo” de la represión del delito es echar intencionadamente al olvido el “por qué” pasa lo que pasa⁴. Hacerlo sin distinguir entre los diferentes tipos de hechos delictivos, sin reconocer o poner de resalto la división de eventos “fuera de la ley”, aquella “bidimensionalidad”⁵ del delito, permite encarar el problema desde una única concepción lo que significa también reducir, simplificar, actuar funcionalmente.

sostener, entonces creemos que es apropiado hablar de los comienzos del pánico moral” – Hall, Stuart. *Policing the crisis, Londres, 1978*. Citado en de A. Isla y D. Miguez. *Heridas Urbanas*, Edit. de las Ciencias, Argentina, 2003, p. 6.

⁴ En cierto sentido Gustavo F. Palmieri pone claramente en el tapete que, en muchos casos, al abordar la cuestión, las sociedades discuten más que nada los procedimientos que apuntan -aparentemente- a atacar el problema de la inseguridad partiendo desde el ‘cómo se hace’. Ver: “Derechos humanos y participación ciudadana en seguridad”, en: IIDH. *Derechos humanos, seguridad ciudadana y sociedad civil - Sistematización de experiencias*, IIDH, San José, Costa Rica, 2002, p. 111.

⁵ Francisco Javier Bautista Lara señala: “El problema de la delincuencia, tiene dos dimensiones: una es, a) la dimensión internacional [...] crean e institucionalizan formas sistemáticas de delinquir [...] sobornan, compran generan un mo -

Y esto último es lo que a los organismos de derechos humanos no les está permitido bajo ninguna excusa. Porque aquí no se está discutiendo cómo se enfrenta o qué se hace, por ejemplo: con el narcotráfico, el terrorismo o el tráfico de niños. O con las grandes organizaciones de verdaderos delincuentes que actúan fuera de la ley como una manera no ya de sobrevivir sino como un modo diferente y repudiable de acceder a los bienes y al poder. No. Aquí de lo que se trata es de los llamados “delitos sociales” que muchos se niegan a discutir por temor a ser acusados de criminalizar la pobreza. Temor justificable pero que no exime el deber de abordar a fondo el problema.

Hechos “delictivos” que claramente, antes que los otros, motivan el “pánico moral” al que hice referencia. Son los actos, de la sociedad que ha sido paulatinamente marginada durante años por el paradigma económico, los que se han puesto bajo la lupa. Es la mirada de los incluidos (aunque la mayoría, las víctimas del “delito”, sean justamente ellos, los excluidos). La mirada que se asocia al miedo. Miedo a los “crímenes” que ya no están alejados ni que solamente se ven en la T.V., en los diarios o en el cine. Hoy, todo ciudadano siente, sabe que en cualquier momento puede ser asaltado, golpeado o, incluso, muerto. El monstruo ya no reside exclusivamente en Transilvania. No. Hay aquí y ahora muchos “vampiros” sobrevolando el cielo enmohecido de las ciudades; también parapetados en veredas, azoteas y avenidas, esperando.

Sabemos muy bien que cuando se habla de “inseguridad ciudadana” se está hablando de esto. Y es aquí donde sostengo que focalizar el esfuerzo en la preparación de las fuerzas policiales y en el perfeccionamiento de la justicia para reencontrar la tranquilidad social perdida resulta infructuoso. Tampoco alcanza con tomar nota de la cuestión social, con mencionarla -así frecuentemente sucede- como un elemento constitutivo más del problema planteado⁶, un factor a tener

us vivendi para el narcotráfico, el terrorismo, el tráfico de armas [...] b) la otra dimensión de la delincuencia es local [...] los conflictos rutinarios que van desde los expendios de drogas o licores [...]. Ver: Ponencia “Modernización y Justicia”, *XXI Curso Interdisciplinario en Derechos Humanos “Seguridad y Justicia”*, IIDH, Junio 2003, IIDH, San José, Costa Rica.

⁶ Al respecto *Ciro B. Alegría* dice: “En el campo de la prevención social están comprendidas las actividades dirigidas a reducir el riesgo de cometer actos violentos, en que se encuentran algunos sectores sociales, especialmente los jóvenes, debido a la pobreza, al desempleo y a problemas de marginalidad sociocultural”. Ver: “Experiencias iniciales de prevención comunitaria: la teoría puesta a prueba”, en: IIDH, *Derechos humanos, seguridad ciudadana y...*, p. 95.

en cuenta pero no asumirlo como el principal. Porque como bien dice el reputado juez español, don Baltazar Garzón “No habrá paz sin justicia”.

En este sentido es necesario agregar finalmente que para el desarrollo del presente trabajo he tomado, siguiendo a don Andrés Domínguez Vial, el concepto de seguridad humana no como un único valor observado desde la idea del resguardo físico, de la violencia material directa o del mero peligro, sino entendiéndola como abarcativa de todos los derechos⁷.

Para concluir esta introducción he de adelantar que con el objetivo enunciado, el documento que aquí presento está organizado -además de ésta introducción y de la conclusión final-, en 5 apartados a saber: I) Marchando desde las relaciones sociales hacia las relaciones dinerarias (o breve anécdota: la ontología del dinero); II) La sociedad y el pánico (o miedo al miedo); III) Antagónicos (o el círculo social de la violencia); IV) La represión del delito humanizadamente educada (o la máscara veneciana); y V) Necesidades (o vivir ofuscados).

Para demostrar lo anticipado en esta introducción he recurrido a diversas fuentes de información bibliográfica, de medios de comunicación y de otras que serán debidamente citadas. Vale asimismo aclarar que en el desarrollo del trabajo se han relacionado los conceptos expuestos con datos empíricos extraídos mayoritariamente durante el período Mayo-septiembre de 2003⁸.

I. Marchando desde las relaciones sociales hacia las relaciones dinerarias (o breve anécdota, la ontología del dinero)

Finalmente, Eric Harris y Dylan Klebold mataron a doce estudiantes y una maestra. Hubo docenas de heridos por incontables dispa-

⁷ Andrés Domínguez Vial señala: “Es en esta perspectiva que se promueve una política de orden público justificada en la realización de la libertad, [...] capaces de producir el ejercicio activo del conjunto de los derechos humanos [...] como un modo de vida y proyección histórica de las personas y de los grupos a los cuales ella da origen y participa”. En: *Policía y Derechos Humanos*, IIDH, Chile, 1996.

⁸ Con la finalidad de unificar la información recabada con el “criterio de política editorial” se han elegido las noticias publicadas por el diario de mayor circulación en la Argentina que es Clarín. Se ha recurrido siguiendo el mismo sentido el suplemento económico “Cash” del diario Página 12.

*ros. Se cree que las armas fueron adquiridas legalmente en tiendas autorizadas y que compraron las balas en la tienda K-Mart del pueblo*⁹.

*Me respondió que justamente es la plata, siempre es la plata: tener - la o no tenerla desde el momento en que existe nadie se salva*¹⁰.

En los últimos años el proceso de transformación cultural ha evidenciado en el mundo occidental que el marco relacional de las personas ha mudado paulatinamente hasta transformar esas relaciones, antes sociales, humanas, incluso de trabajo, en otras puramente dinerarias. Hoy las actividades del hombre prácticamente no reconocen un ámbito de relación diferente a éste. Todo evento, por nuevo que sea, de manera casi inmediata con su aparición queda envuelto en la lógica y en la dinámica del dinero.

Solo basta recordar los primeros años de las “pc” hogareñas cuando todavía el gigante “Microsoft” no existía o era apenas un proyecto. Aquella etapa en la que los programadores intercambiaban información de manera gratuita y los sistemas operativos valían más por el ingenio que por su valor de compra o adquisición. Pasaron un puñado de años y hoy la discusión ya no pasa, prioritariamente, por el mejoramiento integral de los “programas” sino que está centrada en el carácter monopólico o no de esa compañía y el de la gravitación que ella tiene en la economía global.

De tal modo la relación a tener en cuenta, la que verdaderamente importa estará ligada siempre a lo económico. Es prácticamente indiscutible este aserto, tanto que el mundo, frente a cualquier acontecimiento de implicancias sociales injustificables repite convencido: “Es la economía, estúpido”.

La economía (entendida en su aspecto más difundido: mercado) gobierna la vida actual de la humanidad y en este sentido las consecuencias valiosas o disvaliosas que de ella devienen son consideradas casi como “causas naturales”. Así, especialmente en los últimos años, se ha considerado “decente” la distribución de las riquezas formulada libremente por el sólo “hecho o acto” de los mercados, pero

⁹ La matanza de la escuela de Columbine -del film “Bowling for Columbine - , Una nación bajo las armas”- del director Michael Moore.

¹⁰ Pavese, Cesare. *La Luna y...*, p. 127.

no la intervención de los Estados para equilibrar las desigualdades que aquel provoca¹¹. (Entre otras, la inseguridad social es quizá la consecuencia más directa de aquel “decente” devenir.)

Una causa natural disvaliosa, por ejemplo, será la quiebra de las empresas en épocas de crisis. Sea ésta derivada por la mala administración de los gobiernos, por la corruptela enquistada en éstos o, incluso, por una temporada de seca o de atraso tecnológico.

Y en las crisis también aparecen determinadas actividades consideradas anti-éticas pero definitivamente toleradas -incluso por la legislación- en nombre de la libertad de mercado y de la prioridad que tiene el producir renta. Ejemplo de lo dicho son los actos de los denominados “Fondos Buitres”¹² que, con su operatoria de características eminentemente especulativo financiera, rápidamente “entran y salen” de empresas en procesos de quiebra comercial; lo hacen con el menor riesgo buscando la mayor rentabilidad posible. Producen enormes ganancias para sí y, correlativamente, enormes pérdidas para las empresas cooptadas. Estos “fondos” que utilizan una combinación de bajo riesgo y alta rentabilidad, crisis y corto tiempo se alimentan, casi exclusivamente, de éstos acontecimientos.

Mucho se habla en estos tiempos también, de crisis provocadas. Pero, aún así, y aunque los efectos sociales sean, entre otros, alta desocupación, pobreza e injusticias, poca importancia tendrán ya que, como se ha visto, la evidente mudanza del marco relacional obliga a aceptar estas consecuencias como propias y naturales de los tiempos donde el dinero y las riquezas escasean.

Esta tendencia a aceptar la “inevitabilidad” de las secuelas no deseadas de la “libre economía” no puede, sin embargo, soslayar que al tratar el tema de la seguridad humana algunos se pregunten si es lógico garantizar la seguridad de quienes no sólo se aprovechan de las crisis sino que la estimulan deliberadamente, despreciando las tristes consecuencias de ellas derivadas. La respuesta no se hace es-

¹¹ Innumerables ejemplos de lo dicho en cualquier texto de economía es fácil de encontrar pero Giovanni Sartori, el ‘políticamente correcto’ (considerado por cierta crítica intencionada como políticamente incorrecto) resume en pocos renglones el concepto mencionado “de ahí nacen los proteccionismos que se oponen a la libre circulación de mercancías y a su más decente distribución a través de los mercados”, en: *La Tierra Explora, superpoblación y desarrollo*, Edit. Taurus, Argentina, 2003, p. 102.

¹² *Clarín*, Argentina, 5 de mayo 2003, p. 17 y *Cash*, Argentina, 31 de septiembre 2003, pp. 2-3

perar: sí, absolutamente; se debe asegurar la tranquilidad de todos los ciudadanos sin distinciones de ninguna clase. Pero lo que no es lógico, es continuar intentando morigerar artificialmente con extrañas alquimias intelectuales el necesario repudio y represión de quienes, sacralizando la rentabilidad por encima de cualquier otra consideración, no permiten trazar un paralelismo ético y legal entre aquel que alimenta la “sensación de inseguridad” asolando las calles a mano armada con aquel que también lo hace, por ejemplo, saqueando a los países con maniobras especulativas financieras que ocasionan tragedias como pobreza, desocupación e indigencia.

Este fenómeno, que implica darle la impronta del dinero a todo lo que se mueve, explica también que las personas parezcan marchar -como certeramente se ha representado- “perpetuamente montadas sobre la cinta de un gimnasio”¹³ desde donde simplemente ven el mundo pasar. Dóciles y adaptados para aceptar que las imágenes que reciben estarán directa y exclusivamente relacionadas a su poder de compra. Con lo que ya no sólo para el mercado, sino fundamentalmente para los individuos su estima personal, sus méritos o deméritos, estarán relacionados a ese “poder”.

Ahora bien, qué sucede cuando la cinta se rompe para algunos, o cuando algunos se quedan afuera de la cinta padeciendo toda clase de penurias. Lo que pasa es que intentará volver a subirse como sea, porque sabe que si no lo hace, muere. Él y su descendencia. ¿Y qué pasa, si como pasa, la escasez del dinero le impide subir no sólo a él sino que, además, cotidianamente baja a muchos otros de la cinta?

Y si los individuos están convencidos de que su “gracia” o “desgracia” solamente depende de sí mismos, cuánto más lo está el “paradigma” que no podrá menos que suscribir entusiasta que ser pobre o permanecer en la exclusión social es un efecto directo y exclusivo de los merecimientos o demerimientos personales y no un problema de naturaleza política y socioeconómica global.

Del mismo modo que la “mutación relacional” ha operado a nivel individual, también lo ha hecho con el Estado y los pueblos. Así, hoy es habitual que un ciudadano se considere a sí mismo como tal si es que paga sus impuestos y que así también lo consideren los demás paisanos. Cuántas veces escuchamos que los funcionarios están obli-

¹³ Aizen, Marina. *Suplemento Zona, Clarín*, Argentina, 8 de junio 2003, p. 3.

gados a responder las inquietudes de un “contribuyente” porque él le paga su salario.

Esta idea reduccionista de la calidad o naturaleza de “ciudadano” incorpora como novedad en la relación Estado-Ciudadano, que la capacidad de pago o la posesión de dinero determine jerarquías no escritas que también se traducen en la demanda y goce de los derechos. Y que en tanto los derechos de los que “tienen” y que potencialmente pueden pagar los impuestos, no se vean seriamente afectados el resto debe adaptarse y tolerar la situación que estén padeciendo sea cual fuere ésta. Aún más, aquella relación Estado-Ciudadano ha venido a mutar, como bien lo especifica el Banco Mundial en alguno de sus programas exportados al mundo subdesarrollado, en una relación Estado-Cliente.

Sólo así se entiende que, entretanto se producen innumerables cierres de fábricas y empresas, en tanto crece la desocupación y la pobreza según lo demuestran datos estadísticos que más abajo se expresan, exista una especie de resignación a la “fatalidad” de ser pobre y a la permanente pauperización de los derechos.

También a que la vía para contener y controlar a quienes no aceptan ese pensamiento mágico que lo ata a los “designios del destino” sea la represión del delito (aunque ese delito sólo sea pretender sobrevivir).

Estos datos estadísticos de latinoamérica, referidos a la situación económico y social, publicados en agosto de 2003 revelan, por ejemplo, que en Argentina el crecimiento estimado para ese año es de 5,5% y que tendrá un PBI 17% por debajo del registrado en 1997; que en Bolivia se multiplicará la desocupación, que tendrá un déficit fiscal del 9,5% del PBI y que el índice de pobreza alcanzará al 80% de la población rural y al 65% de la urbana; que en Brasil habrá un crecimiento industrial del 0,1%, una retracción de la economía del 1% en el primer trimestre respecto de 2002 y 2,6% en el segundo semestre respecto del primero; que en Chile habrá un crecimiento estimado para 2003 de un 3,5% un índice de desocupación del 9,5% pero una distribución de la riqueza estimada entre los peores niveles de la región; que en Colombia habrá un crecimiento estimado en un 2,5% para 2003; que en Ecuador tendrá un crecimiento estimado en un 1,5% para 2003, un nivel de pobreza cercano al 80% con la economía dolarizada; que en Paraguay hay alrededor de 6.000.000 de

personas pauperizadas; que en Perú habrá un crecimiento del 2% menor al de 2002; que en Uruguay la economía se contraerá en 2003 un 2,5%, que su moneda se depreciará en aproximadamente un 37% y que se agudizará la recesión y que en Venezuela la economía se contraerá en un 13% y que el desempleo alcanzará al 19,5%¹⁴.

Oficialmente se estima que en Argentina el 51% de la fuerza laboral no está registrada, es decir trabajadores en “negro” (contratados en violación de las normas laborales) que perciben salarios por debajo de cuatrocientos pesos (unos 120 U\$D) sin ningún tipo de cobertura social. Esto en el medio de un sostenido incremento de la actividad industrial -a manera de ejemplo: la actividad industrial textil creció debido a la devaluación un 119% en un año¹⁵.

Cabe preguntarse, ¿crecimiento para quién?

Probablemente uno de los frutos más indeseables de este proceso de mutación individual y colectivo sea que las personas y los Estados mismos terminan “comprendiendo” determinadas prácticas que llevan a la posesión del dinero y por lo tanto de las cosas que él puede comprar. Incluso la acumulación de dinero por la vía del control de gastos o por el ahorro condesciende conductas apoyadas por una especie de permisivo “todo vale”, o realizadas bajo el paraguas de, dicho en argot, “la vista gorda” de todos. Conductas que se justifican porque responden a una particular mirada ética del paradigma que las admite en silencio. Pero que también genera entre los ciudadanos situaciones de permanente contradicción entre sus actos y sus reclamos. Esto es, sus actos provocan efectos indeseados por los que sólo reclamará cuando de alguna manera las secuelas indirectas de aquellos repercutan de manera directa en su contra.

En Argentina se viene realizando en los últimos meses una estricta vigilancia y control de los negocios conocidos como “desarmaderos de automóviles”¹⁶ ya que, paralelamente a esta actividad consi-

¹⁴ Datos oficiales y extraoficiales publicados en *Diario Clarín*, Argentina, 10 de agosto 2003, p. 3.

¹⁵ Datos Oficiales publicados en *Suplemento económico Cash*, Argentina, 10 de agosto 2003, p. 4.

¹⁶ *Día*, Argentina, 17 de julio 2003, p. 27 y 20 de julio 2003, p. 52. “En ese lugar se encontraron unas 25.000 autopartes de autos robados destinadas a su comercialización en la provincia y en la avenida Warnes de la Capital Federal, según explicó el propio funcionario. Y recalcó: ‘Recordemos que siempre que hablamos del negocio ilegal de autopartes estamos hablando de mercadería manchada con sangre’”.

derada legal existe una gran cantidad de locales como estos dedicados a el “desgüase” de autos robados y a la posterior venta de los “repuestos” obtenidos. Ahora bien, muchas de las personas que adquieren estos repuestos lo hacen en el circuito legal o formal de la economía y, aunque sospechan su procedencia, el precio tentador al que se los ofrecen los llevan a adquirirlos a pesar de las sospechas. En general estas mismas personas son las que también reclaman, airadamente, por la inseguridad reinante, cuando son víctimas del robo de su propio automóvil o de alguna de sus partes (ruedas, pasacassettes, etc.).

Claro, lo que pasa es que aquella “mirada ética” mencionada se respalda en la lógica del libre mercado que considera, objetivamente, la inevitable existencia de estos nichos de la economía en los que, más allá de su manifiesta ilegalidad, juegan desenvueltamente los duendes de la oferta y la demanda. Y contra esto..., ya se sabe.

Es esta idea la que mayoritariamente se impone en el mundo occidental. Lo que está mal no lo está tanto si, dentro de ciertas “reglas civilizadas”, produce dinero. Y por supuesto menos lo estará si, además, esa actividad es totalmente legal a pesar de especular con los temores de la gente¹⁷.

Resulta muy ilustrativa de lo dicho la declaración de Mikko Hypponen de la empresa de seguridad informática F-Secure al opinar sobre el “virus informático” Sobig: “El virus está muy bien planeado, diseñado y ejecutado [...] Por una vez tenemos un virus con un buen motivo: dinero”¹⁸.

En éste contexto -planteado con la lógica limitación del espacio otorgado para la realización del presente documento- cómo negar que el dinero ya mutado en una categoría con naturaleza propia a venido a derrotar, figuradamente, a las teorías copernicanas evidenciando que no es cierto que la tierra gire alrededor del sol. Es esta mutación y naturaleza lo que tal vez explique por qué muchísimas personas en el mundo, desplazadas de la posibilidad de acceder “regularmente” a la posesión de aquel (el dinero) intenten todo tipo de actividades que los lleve a conseguirlo.

¹⁷ Como bien lo muestra Michel Moore en la ya citada “Bowling for Columbine, Una Nación bajo las armas”, después del atentado a las torres gemelas en Nueva York el 11 de septiembre 2001 y refiriéndose a la venta de armas, ropas químicas y máscaras y seguridad privada el entrevistado manifiesta sin problemas “El miedo fue un buen negocio para muchos”.

¹⁸ *Clarín*, Argentina, 27 de agosto 2003, p. 37.

Mayra, de 23 años, es guatemalteca. Su beba de tres meses nació en la cárcel. Mayra estaba embarazada de sólo algunas semanas cuando “el cielo le cayó sobre la cabeza”. Transportaba medio kilo de cocaína con su marido que había engullido el doble. “Se rompió una cápsula y murió instantáneamente. ¡Yo ni siquiera sabía que eso podía ocurrir!” De Francia, sólo vería Roissy y Fleury-Mérogis. “En mi país la situación económica es terrible. Yo tenía un título de secretariado pero no trabajo, y tampoco mi marido. Vivíamos con mis padres y mi hijo que tiene hoy seis años. Intentamos el todo por el todo” [...] ¹⁹.

Aproximándonos al final del apartado es posible sostener que la transmutación especificada va alimentando el desarrollo de una más que evidente desestructuración social, que se acrecienta a medida que va estructurándose en paralelo aquel marco relacional puramente dinerario.

El resultado de esto tiene muchas y variadas secuelas pero en lo que aquí nos interesa, la inseguridad ciudadana, es necesario remarcar que dicho proceso parece estar derramando desde abajo hacia arriba una escalada de violencia que tiene como principal finalidad obtener y acumular dinero por encima de cualquier otra consideración y además porque eso puede representar para muchos una verdadera garantía de supervivencia.

II. La sociedad y el pánico (o miedo al miedo)

*Nunca se acumularon tantas cosas, objetos, recursos y alimentos, y nunca tantos sufren del hambre y la miseria como condición permanente de su existencia*²⁰.

*Somos presos políticos/ Reos de la propiedad/ Los esclavos políticos/ El ascensor ya sube/ Tu confesión ya sube*²¹.

La sociedad, en esa permanente construcción del modelo acumulativo también se transforma en prisionera de su propia decisión. Y el síntoma tal vez más elocuente de eso, es el miedo en el que se encuentra sumergida. Porque aquel proceso de acumulación de riqueza

¹⁹ “El Dipló”, *Le Monde Diplomatique*, Septiembre 2003, pp. 32-33.

²⁰ Domínguez Vial, Andrés. IIDH, *Derechos humanos, seguridad ciudadana y sociedad civil...*, p. 63.

²¹ Fragmento del tema musical “Todo preso es político”, *Los Redonditos de Ricota*, Argentina.

zas que trajo a la vez desacumulación, representó casi necesariamente que otro proceso paralelo fuera construyéndose al mismo tiempo. Y ése fue el creciente temor a, entre otros, perder las cosas materiales que abrigan la cuna de las “sociedades incluidas” en el recién nacido siglo XXI.

Precisamente el miedo a perder las “cosas” acumuladas deviene forzosamente de que otros acontecimientos estén, literalmente, sucediendo. Esto es que, a cada momento, en alguna parte, algún tipo de desacumulación, de faltante o de carencia se está produciendo.

Y aquel asunto, la posibilidad de perder las “cosas”, genera profundos miedos, porque su contrafuerte más sólido consiste en que son “ellas” las que le dan al individuo el sentido de la vida. La posesión de “cosas” provoca la pueril impresión de que se está a cubierto de las vicisitudes de la existencia. A pesar de semejante infantilismo la sociedad en general y los individuos en particular tienden a cuidar antes que primero a sus “cosas” porque, como se dijo, suponen que así cuidan el propio devenir.

Pero la sociedad incluida no se conforma con eso y reniega de la posibilidad de vivir asustada, de tenerle miedo al miedo que representa la inseguridad reinante en las calles. Por eso en los últimos años existe una clara tendencia a organizarse según esa pauta. Es decir, ordenarse de tal modo que desaparezca la sensación de inseguridad.

Y de esto se trata, de analizar los primeros y más evidentes efectos del “pánico moral” mencionado en el apartado anterior.

El desarrollo de las diferentes tácticas, sean individuales o colectivas, para proveerse de mecanismos que aseguren enfrentar exitosamente el “pánico” que genera la inseguridad, recuperar la tranquilidad y el disfrute de las “cosas” perdidas o escondidas, ha generado consecuencias que distan mucho de ser transitorias. Así es.

Resulta claro que el costo de aquellas tácticas destinadas a la recuperación de la “tranquilidad ciudadana” han profundizado la divisoria antes existente que va desarticulando la sociedad y que traza una línea visible y cruel entre ricos y pobres.

La sensación de que se vive rodeados de bandas de “delincuentes”, de que es imposible atravesar una barriada pobre y salir ileso, de que el problema de las maras, las pandillas o los pibes chorros no

tiene solución, se ha internalizado de tal manera en las personas que se ahonda la estigmatización de la pobreza, alentando el miedo y el primitivismo: la brutalidad del instinto. Esto ha provocado también que ya sean parte natural del paisaje urbano los sistemas de seguridad más insólitos que se puedan imaginar en una comunidad organizada.

Por ejemplo, en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires se han constituido “corredores escolares” organizados por vecinos que -aparte del trabajo que realizan los policías- cuidan los niños cuando llegan o salen de la escuela. Se trata de escolares que provienen de clase media o clase media baja cuyos padres, aunque quisieran, no pueden mudarse de barrio porque no tienen dinero suficiente. ¿De qué cuidan a los niños? De los frecuentes robos de mochilas, útiles escolares y zapatillas, también de algunas monedas que suelen llevar para comprar alguna golosina. Robos perpetrados por otros niños de entre ocho y doce años que vienen, en general, de las Villas de Emergencias cercanas a la zona²².

Ahora bien, qué y cuánto separa a las familias de ambos “bandos”. Unos viven en casas alquiladas pero de material y los otros en casillas de cartón pero propias. Unos perciben un ingreso familiar de aproximadamente entre 200 a 300 dólares al mes y los otros cerca de entre 0 y 50 dólares al mes. Pero claro, el respeto reverencial que impone el paradigma económico impide romper con esa creciente cultura que podríamos denominar como separatista social o de cisma ad-intra.

Ese comportamiento indulgente consigue justificar todas aquellas medidas que permitan superar la impresión de que con la protección que brinda el Estado no alcanza (aunque de verdad no alcance). Y esto también lleva a no pensar ni distinguir de qué modo deberá eludirse al temor de ser asaltado, secuestrado o, incluso, violado o asesinado en cualquier calle o avenida.

Esa indulgencia con el sistema produce cambios progresivos en las costumbres de las personas que, ahora desde la mirada individual, también hacen su aporte al “separatismo social”.

La mayoría llama a la policía porque tiene armas. Olvida eso, olvida a los intermediarios, cuida y defiende tú a tu familia. (Dice con

²² *Clarín*, Argentina, 16 de julio 2003, pp. 26-27.

voz grave una mujer vestida con un uniforme tipo militar abrazando a su hija de 2 o 3 años)²³.

Y así, los individuos avanzan en el perfeccionamiento de las organizaciones “civiles” de vecinos y en el aprendizaje de la defensa propia, estimulados o urgidos por enfrentar (emocionalmente) y superar el pánico moral. (Consiguiendo además legitimar la aparición y proliferación de otras organizaciones “civiles” pero peligrosamente profesionalizadas como se verá más adelante.)

De esta manera la sociedad, enfrascada en ganar la batalla del miedo, en recuperar, como se dijo, la tranquilidad perdida, asume desde una posición casi autista, que estos males a los que se halla sometida se encuentran principalmente en la distorsión de la conducta y en el irrespeto por la ley de los “delincuentes” que la agreden. Y esta actitud genera otra secuela no menos grave que las hasta aquí expuestas.

La sociedad no desea debatir que tal vez de lo que se trate no sea de que existe un verdadero irrespeto por la ley de parte de los que “invaden” las calles cometiendo “delitos sociales”²⁴. No quiere discutir sobre la posibilidad de que lo que pase sea que, a lo mejor esa “ley” no les esté dando la contención necesaria a aquellos que se vieron empujados al delito por falta de verdaderas condiciones y leyes basadas en los principios de la equidad social.

Por eso si nos preguntamos qué la lleva a demandar tan obsesiva y ceñudamente por la seguridad ciudadana podremos responder que, a primera vista, es el daño que le ocasiona la irrupción “masiva” de hechos delictivos. Pero si nos adentramos un poco en la búsqueda de la respuesta, podremos advertir que en esa obsesión y terquedad se enmascara una negación sistemática a la realidad de los hechos.

Esta tendencia a responsabilizar al individuo por los delitos que él mismo comete, esa reducción del problema, le impide a la sociedad admitir el grado de corresponsabilidad social existente en esa “masividad callejera, multietaria, multifacética, diurna y nocturna”

²³ “Bowling for Columbine”.

²⁴ Andrés Domínguez Vial hace hincapié : “La delincuencia crea un sentimiento de inseguridad [...] Hoy se multiplican las encuestas de victimización, propagando las inseguridades, pero no se estudian las causas de la criminalidad, pues ellas podrían en discusión los modelos neo liberales que se han impuesto con el credo de la ‘modernización’”, en: IIDH, *Derechos humanos, seguridad ciudadana* y..., p. 71.

de los delitos. Y por lo tanto la introduce (a la sociedad) en el mundo de la ignorancia, en esa especie de oscurantismo contemporáneo al que los dogmáticos del pensamiento único rinden culto²⁵.

Esa ignorancia o negación, transformada en un hecho también cultural, permite explicar por qué en el perverso triángulo Sociedad-Pánico-Estado sea casi obligatorio permanecer trabajando en la elaboración de sistemas que le den algún tipo de respuesta (aunque sea coyuntural y efímera) a esa situación de constante “inseguridad” proyectando por ejemplo -como vimos más arriba-, las organizaciones vecinales y todo tipo de acciones que ayuden a sobrellevar una vida en permanente conflicto y riesgo.

La elaboración de planes de acción fue trabajada en grupos por cada país, con el acompañamiento de dos consultores.

[...]

Construir un sistema de comunicación entre vecinos, no para matar ni para incendiar o para rociar con gasolina, sino para vigilar y para tener una presencia física, pues muchas veces, una cosa tan sencilla como esa, impide la comisión de un delito.

[...]

Desde el enfoque sociopreventivo, las medidas podrían ser: un establecimiento de lazos, de redes locales, de cooperación ciudadana en materia de seguridad, programas combinados de prevención con instituciones estatales (...) En la medida en que todos vamos a trabajar en lo mismo y que la policía está enfrentada a este fenómeno, se debería empezar a dialogar con ellos, a establecer puentes, con posibilidades de acción común y de colaboración mutua. [...] ²⁶

La búsqueda de la posibilidad “real y objetiva”²⁷ de vivir bajo otra sensación opuesta a la descrita en este apartado lleva a las sociedades, como se vio, a echar mano a todo aquello que le permita alcanzar ese presupuesto. Se trata de superar el miedo recuperando la paz. Y en esa marcha no importan los costos, aún la pérdida de las

²⁵ Ver el tema en: Wacquant, Loïc. *Las cárceles de la miseria*, Edit. Manantial, Argentina, 2000, Cap. I, pp. 60 a 63.

²⁶ IIDH, *Derechos humanos, seguridad ciudadana y...*, pp. 24-25.

²⁷ Pablo Emilio Angarita Cañas señala: “La seguridad es una sensación, algo subjetivo, un estado de ánimo; pero también, una posibilidad real, objetiva.” Ver: IIDH, *Derechos humanos, seguridad ciudadana y...*, p. 121.

libertades públicas conseguidas tras largos años de cruentas luchas contra los autoritarismos y las tiranías²⁸.

Asistimos, en definitiva, al espectáculo que nos brinda la sociedad desarticulada. La que alimenta el separatismo. La ignorante negadora, saturada del miedo al miedo que llega atenazado por la mano encallecida de una pléyade de delincuentes desnudos. Los desarropados homicidas que habitan en los extramuros del paradigma. Apestados de pánico o de hambre (como veremos enseguida) su destino es chocar.

III. Antagónicos (o el círculo social de la violencia)

¿Alguno de ustedes tuvo vedado el paso alguna vez por cualquiera de las calles de su ciudad?

Imagínense que un día no pueden entrar más a la peatonal. O que no pueden caminar nuevamente por la Cañada, o por Caseros al 600, y que sólo ustedes sufren esta prohibición mientras todo el mundo se pasea regodeándose como liebres por el prado. Pues un amigo nuestro no puede entrar al centro de Córdoba porque cada vez que lo hace la policía se lo lleva y lo demora y él trabajó casi todos sus veintidós años gastando la suela²⁹.

El separatismo social ha puesto en veredas diferentes a los unos y a los otros. Ha empezado marcando el territorio. Ejidos rigurosamente vigilados en los que la mirada puede posarse halagada siguiendo el campaneo de una falda felizmente corta o el pavoneo de biceps suficientemente fuertes. La piel mimada, los dientes perfectos. Pizcas de la gran ciudad en los que la seguridad ciudadana es uno de sus componentes. De plazas cuidadas, de centros comerciales fastuosos, de hospitales privados cuya hotelería es tan importante como la salud que dispensan con el último de los túneles de tomografía computada. Territorio en el que los cines, los teatros y ciertas avenidas cuyo asfalto semeja una mesa de billar acompañan la sinfonía agradable de una vida casi tranquila.

²⁸ Para Andrés Domínguez, “La delincuencia crea un sentimiento de inseguridad y este sentimiento emocional crea la necesidad compulsiva de la seguridad [...] incluso se llega a estar dispuesto a renunciar a sus propias libertades y derechos [...] De esta manera se termina por invertir la racionalidad democrática y la seguridad devora la libertad”, ver: *Policía y Derechos Humano*, IIDH, 1996, p. 63.

²⁹ Testimonio de un Ciudadano de la Ciudad de Córdoba, República Argentina, publicado en: *La Luciérnaga – Revista Cultural desde los Chicos de la Calle y los Sin Techo*, N° 71, Córdoba, Argentina, septiembre 2003, p. 5.

Casi, si no fuera por.

Hay tareas, actividades, cosas que deben hacerse en una ciudad y en una casa que son inevitables. Todas las estadísticas en general indican que la población que mayoritariamente puebla las cárceles es aquella que está más marginada de la sociedad pero también es la que aporta la enorme mayoría de personas para ejecutar los trabajos que el sector más “acomodado” se niega a realizar (limpieza de las calles, los edificios, las casas. La recolección de basura, etc.).

En algunos países, EEUU o Argentina, por ejemplo, es la población migrante despreciada como “hispanos” o “latinos” en el primero y como “bolitas”, “paraguas” o “chilotes” en el segundo, los que se dedican a esas tareas. Pero no son los únicos. Porque ahora se han incorporado a esos trabajos aquellos a los que el sistema va desafiando paulatinamente. Y la misma sociedad que los desprecia, por su origen, por su falta de estudios o justamente por los trabajos que realiza, es la que más requiere de sus servicios.

Una conocida “modelo” argentina reveló que entre varias de ellas le habían puesto a otra compañera de trabajo el sobrenombre de “Muky”. Mucamita. Y dejó entrever que eso era así entre otras razones por el color de la piel y ciertas maneras de comportarse algo “ordinarias”. Naturalmente la finalidad de denominarla de esa manera era ofenderla. No resultó llamativo la intención y el trato que estas jóvenes le dieran a su compañera. Lo sugestivo fue el debate público (por los medios de comunicación) que se entabló a partir de esa revelación. Se discutía si, en realidad, la supuestamente humillada reunía o no las condiciones que se le atribuían. Es decir, se daba por sentado que el ser llamado “Muky o Mucamita” implicaba poseer aquellas “bajas” cualidades consideradas por quienes discutían, dignas de descrédito³⁰.

En el desprecio social hallamos el primer estribo de la violencia. Que se nota aún más cuando el sistema genera muchas otras condiciones de diferenciación social de manera permanente haciendo inalcanzables aquellas cosas que el mismo modelo considera exitosas. Por ejemplo una buena educación, una acomodada situación econó-

³⁰ Diversos programas televisivos, radiales y gráficos dedicados a este tipo de información dieron cuenta de lo señalado por la joven Julieta Prandi en referencia al apodo con el que denominaron a Carolina Ardohain.

mica. Se produce entonces entre quienes se hallan afuera de esas posibilidades sentimientos de vergüenza, resentimiento y frustración. Y en muchos casos avivan el ánimo de venganza.

Aquella conducta despectiva conlleva también un estigma: la sospecha. Todo lo malo que pasa, un robo, una violación, una muerte, es atribuible de manera casi inmediata a personas que provienen de los sectores más humildes. Los intrusos que sólo por necesidad circulan por las mismas calles.

Pero a pesar de esas sospechas que vienen de la discriminación y que ahondan la diferenciación social, puede observarse un fenómeno no poco contradictorio. Porque si bien en público se condena las prácticas delictivas, en privado la sociedad recurre -como vimos en el apartado anterior- a los lugares clandestinos de venta de cosas robadas. En Argentina existen mercados paralelos al mercado formal. Lugares de venta de mercadería de “marca” falsificada. También de procedencia dudosa. Y las autoridades se declaran impotentes ante la magnitud del problema. Existe una “feria” que solamente trabaja por las noches y con cosas robadas. A ese lugar va gente a comprar cosas baratas. Baratas y robadas. La que compra es la misma, como se vio, que más tarde reclamará por la seguridad ciudadana perdida³¹.

En ese éxodo hacia la diferenciación, de los unos respecto de los otros, plétórico de hipocresía, se nutre el círculo de la violencia. En este caso, una de las partes (colectivamente mirada) interviniente en el “negocio” es siempre sospechada y declarada culpable mientras que es la otra la que siempre levanta el dedo acusador, negando además (recordar a la sociedad negadora) su propia responsabilidad. Y aunque unos roban y otros compran lo robado, siempre son los mismos los que expían las culpas.

Más. Como la sospecha es suficiente para resultar víctima del sistema, también siempre son los mismos los que padecen la arbitrariedad de la diferenciación social que los lleva a sufrir la cárcel sin condenas.

La inseguridad ciudadana también trae la aceptación generalizada de la ampliamente difundida práctica de encarcelar a las personas antes de que su culpabilidad haya sido establecida en un proceso previo y

³¹ *Clarín*, Argentina, 20 de julio 2003, pp. 40-41.

justo [...] América Latina puede mostrar que entre el setenta u ochenta por ciento de los privados de libertad son jurídicamente inocentes³².

Así, se fue debilitando el marco de tolerancia. Aquel que incluso permitía la aceptación “natural” del pensamiento mágico que inducía a creer que de ellos -los pobres- sería el reino de los cielos y no este mundo. Porque de la pobreza digna del pasado (hoy en el exilio definitivo) se ha marchado hacia la estigmatización desdeñosa que se hace de quienes viven en ella. A su descalificación social. Ser pobre es estar marginado en todo sentido y no sólo económicamente.

Por eso es posible pensar que la desigualdad económica tradicional ha sido superada o perfeccionada por esta nueva desigualdad que tiende a sistematizar la miseria moral y material y en donde la sociedad incluida en su mezquindad mental y de peculio, engendra su propia miseria ética.

Lógicamente, la avanzada de aquel proceso de diferenciación social hipócrita también va generando otros factores que colaboran a acentuarlo, como es la aparición de nuevos códigos identitarios que algunos decididamente emparentan con modos o submodos de la cultura.

Estos, los elementos de la identidad (por ejemplo de clase o de origen étnico, racial e, incluso, de nacionalidad) diferenciadores también ayudan a expandir aquella división de la sociedad porque sirven de perfecto refugio para los unos y los otros; y para las excusas de autojustificación.

En este sentido, cabe preguntarse si en una sociedad sistémicamente injusta las conductas críminoresistentes³³ funcionan adecuadamente o si, en cambio, éstas irían relajándose hasta alcanzar un estado de permanente conflicto y autojustificación en virtud de la cual, eventualmente, podrían impulsarse acciones encaminadas a la ruptura de la tolerancia, otro paso que resquebraja la cohesión social, imprescindible para la existencia de toda comunidad organizada.

¿Qué significado tiene vivir en una sociedad cohesionada socialmente para un padre que se ve a sí mismo y ve a sus hijos expuestos

³² Méndez, Juan E. Ponencia en el *XXI Curso Interdisciplinario sobre Derechos Humanos “Seguridad y Justicia”*, IIDH, Junio 2003, San José, Costa Rica.

³³ Domínguez Vial, Andrés. “Origen de las conductas delictivas y Control social del delito”, en: *Policía y Derechos Humanos*, IIDH, 1996, pp. 74-79.

al hambre, a la falta de educación y de salud, a la interperie a que los condena la crudeza de políticas que pretenciosamente dicen administrar -para él y para sus pibes- las carencias de una economía careciente? ¿Qué impulso moral, qué amenaza inquisitiva, qué orden social conveniente lo llevará a obedecer y, más que eso, a defender la ley? ¿Cuánto tardará en autojustificarse después de comprender por qué es que él no entiende de qué se trata el consenso y las leyes? ¿Entonces, qué nos hace suponer que la comisión masiva de delitos, la diferenciación social hipócrita, el resentimiento y la miseria sistémica, no se traten de los primeros síntomas y/o prolegómenos de una guerra entre quienes tienen y quienes no?

Porque el círculo social de la violencia tiene bien afirmados sus pies. El derecho pisa en los regímenes hiperconcentrados de la propiedad y el izquierdo pisa en los regímenes hiperconcentrados de la miseria. En Brasil organizaciones de latifundistas han convocado a los hacendados a armarse en contra del Movimiento de los Sin Tierra. Los convocó un hombre que enfrenta siete procesos judiciales por distintos delitos. Éste ha formalizado, además, un convenio con la Empresa de Seguridad Privada “American Security” y la “defensa” de las propiedades incluye armas, helicópteros, vehículos blindados y perros (también canes)³⁴.

Probablemente el delito o la ruptura con las leyes sea el último mecanismo, antes del enfrentamiento general, para intentar subsistir en una sociedad de propietarios que no da su permiso para que sobreviva también la sociedad de los desechados del sistema.

Por lo expresado hasta aquí, no es posible insistir con observar el problema del delito con la mirada puesta sobre el tradicional concepto del evento criminal definido como “desviación social”.

La perspectiva que considero más adecuada es entender éste fenómeno como el producto directo de la exclusión devenida en lo que he denominado “separatismo y diferenciación social hipócrita”, complementos necesarios de la “injusticia y la miseria sistémica” que agujonea día a día el círculo social de la violencia a pesar de las “buenas intenciones”. Una de las campeonas mundiales de jockey sobre césped perteneciente a la Selección Argentina de ese deporte envió una “Cartas al País” reclamando por la seguridad perdida, entre otros conceptos escribió: “Siento que ante la explosión del delito

³⁴ *Clarín*, Argentina, 20 de julio 2003, p. 36.

se hace poco. A veces parece que no hay castigo justo para el que delinque. El que mata a un ladrón tiene por delante un calvario legal. Y esto no es así cuando sucede lo contrario, siempre y cuando al delincuente lo atrapan. De todos modos, creo que hay que pensar mucho antes de usar un arma para defenderse³⁵. Círculo inefable que apura el paso. Redoblantes y tambores parecen anunciar el fin de la cohesión social alcanzada tiempo ha.

IV. La represión del delito humanizadamente educada (o la máscara veneciana)

Usted me dirá, mi general, que bastante chamba tengo ya en una ciudad donde reinan la inseguridad, el secuestro exprés, la extorsión, el robo, el asesinato [...] Llego y decido limpiar la fuerza policiaca. Corro a dos mil tecolotes corruptos. ¿Qué logro? Aumentar en mil o dos mil a los grupos criminales. [...] Escojo otros dos mil muchachitos, jóvenes, limpios, idealistas. [...] Al año mis jovencitos ya se corrompieron, porque mi sueldo de cinco mil pesos al mes no compite con un regalito de cinco millones de un golpe que le da a mi gendarme desconocido el narco bien conocido³⁶.

A lo largo de todo el documento he venido insistiendo en acompañar la exposición con la mayor cantidad de elementos conceptuales que sirvan para adherir a aquellas teorías que sostienen que pensar el delito desde una visión única del problema, esto es desde la seguridad en sí misma, es una idea no sólo reduccionista sino que, más gravemente, dispara conclusiones falsas.

Digo esto porque en general, el significante de la palabra “seguridad” simboliza actualmente a la idea de protección y de fuerza. Es decir que la representación que se hacen las personas al hablar de “seguridad” las lleva inmediatamente a pensar en organizaciones de defensa cuando no, de ataque.

Por lo contrario, una mirada diferente a la expresada y a la vez certeramente opuesta a la inseguridad es la tranquilidad.

³⁵ “Magdalena Aicega - Capitana de ‘Las leonas’ del seleccionado argentino de hockey sobre césped”, *Clarín*, Argentina, 24 de septiembre 2003, p. 20.

³⁶ Fuentes, Carlos. *General Cícero Arruza a general Monfragón von Bertrab – La Silla del Aguila*, Edit. Alfaguara, Argentina, 2003, Cap.17, p. 104.

Se trata de recuperar la tranquilidad perdida. La que se perdió a manos de la violencia bruta y también la que se perdió a manos de la violencia del hambre.

Este concepto -la tranquilidad- es, en mi criterio más amplio y abarcativo. Sin embargo, y a pesar de esta verdad (verdad relativa en tanto otros piensan distinto), las políticas públicas parecen seguir el patrón de la unidimensionalidad en la resolución del enorme conflicto que en los tiempos modernos ha generado el delito, como se dijo, masificado, multietario, multifacético, diurno y nocturno.

Por supuesto, esa política unidimensional está asentada básicamente en determinadas reglas que la sociedad moderna no discute. Como se vio, las leyes de la oferta y la demanda.

En Brasil (Río de Janeiro) se destruyeron 5.000 armas ilegales. En el año 2.000 se destruyeron 2.000 y en el año 2.001 10.000. Armas que fueron fabricadas legalmente, puestas en el mercado legalmente, pero luego en algún punto del circuito comercial, vendidas ilegalmente. Es decir, el círculo de la violencia ha nacido en una fábrica. Al sacar de circulación esas armas (17.000 en tres años) y después destruirlas se está, a la vez, creando un nuevo nicho comercial. ¿Quién va a cubrir la nueva demanda generada?³⁷ Armas destruidas y reconstruidas. Fabricantes y fabricados. Delincuentes desarmados y delincuentes vueltos a armar.

Pero la realidad que marca el mercado no debe aceptar cortapisas.

¿Entonces?

Entonces, en ese esquema, la fuerza policial es el principal almodóvar en el que refugia el Estado para conseguir el objetivo propuesto que es, como se dijo más arriba: ganar la batalla del miedo.

Ahora, sin dudas, esta actitud oficial también conspira contra el mantenimiento de la cohesión de la sociedad. Porque (para los “unos” la policía es el icono de la corrupción más baja pero también más temible: lleva balas y uniforme. Además, por su origen de clase, la policía pertenece a los “otros”. Para los “otros” la policía personifica la principal valla a superar. Valla brutal entre ellos y el mundo intramuros. Además, por esa “traición de clase”, la policía pertenece a los “otros”.)

³⁷ *Clarín*, Argentina, 7 de julio 2003, p. 21.

Así, podemos empezar por preguntarnos si, como pasa en la actualidad, la ruptura del necesario consenso social que debe “armonizar e integrar”³⁸ la función policial tiene que ver con la antiética y la brutalidad de la policía o si en cambio tiene más que ver con lo que esta institución ha pasado a representar, esto es, la avanzada “armada” de los “otros”. Y podemos seguir, preguntándonos si será suficiente para vencer ese perverso juego de imágenes y recomponer un mínimo respeto hacia la policía, con la estructuración de adecuados, justos, interactivos y novedosos procesos educativos de la institución policial.

El sistema de educación policial debe ser parte del sistema de educación nacional de tal forma que integre los valores sociales y culturales de la sociedad en la que le toca desempeñarse y que le facilite entender la problemática nacional, local e interactuar en consecuencia con los pobladores y no al margen de ellos.

El sistema de educación policial tiene que ser un proceso interactivo de: educación – actuación – evaluación – educación – actuación – evaluación ... que permita a los policías aprender haciendo, no sólo haciendo sino saber hacer. Debe ser compatible con un sistema policial más horizontal, con el concepto de Escuela Total donde cada unidad policial es parte del proceso de perfeccionamiento del individuo para mejorar su propia calidad personal y de la institución en la que se desempeña.

[...]

El proceso de modernización policial es un proceso cíclico e inagotable que tiene como punto de partida y de llegada el consenso social³⁹.

Aún aceptando que la propuesta expuesta arriba es verdaderamente inteligente y progresista, no debe perderse de vista que ese necesario consenso social, como punto de partida no existe o, por lo menos, se encuentra absolutamente deprimido. Las dificultades de acceso a los bienes, muchos de ellos imperiosos más por estar asociados al bienestar antes que a la necesidad real, provoca conductas (de los unos y de los otros) marginales a la ley. Y a medida que esas dificultades se tornan más profundas e insuperables crece proporcio-

³⁸ Bautista Lara, Francisco Javier. Ponencia en el *XXI Curso Interdisciplinario sobre Derechos Humanos “Seguridad y Justicia”*.

³⁹ *Ibíd.*

nalmente, para unos la virtual sensación de frustración y para otros la insatisfacción de sus necesidades básicas.

Pero la lógica del paradigma mete presión construyendo un circuito artificial pero inacabable de necesidades, reales y virtuales, que a la vez se repelen como consecuencia de aquel otro proceso de acumulación y desacumulación que expuse al inicio de este trabajo. De este modo, pensar en reconstruir los consensos de la población sin encontrar el modo de romper ese circuito paradigmático es equivocar el camino. Por eso hoy la policía es una herramienta organizada para la represión antes que un instrumento para acompañar la organización comunitaria. Así, la ley represiva que la policía defiende no resulta ser verdaderamente integradora y por lo tanto, evidentemente favorece el fomento del separatismo social.

Cuando se definen los efectos del poder por la represión se da una concepción puramente jurídica del poder; se identifica el poder a una ley que dice no; se privilegiará sobre todo a la fuerza de la prohibición [...] Si el poder no fuera más que represivo, si no hiciera nunca otra cosa que decir no. ¿Pensáis realmente que se le obedecería? Lo que hace que el poder agarre, que lo acepte, es simplemente que no pesa como fuerza que dice no, sino que de hecho la atraviesa, produce cosas, induce placer, forma saber, produce discursos; es preciso considerarlo como una red productiva que atraviesa todo el cuerpo social más que como una instancia negativa que tiene por función reprimir⁴⁰.

La represión, humanizada o no, es apenas una pata del poder. Y aunque con ella se pretenda avanzar lo único que se conseguirá será brincar en el lugar para caer una y otra vez en el mismo pozo.

Una investigación realizada por José M. Rico y Laura Chinchilla determinó que, más allá de diversos programas de seguridad ciudadana aplicados con éxito, aún así, la policía de EEUU espera que llegue “una nueva generación de niños de madres adictas al crack [...] de madres solteras [...] una ola de superdelincuentes privados de disciplina paterna y fuertemente armados”⁴¹. Y así, más allá de la concepción que sobre la “disciplina paterna” parece tener la policía de EEUU (¿y los investigadores?) está claro cuál es el resultado esperable de aquellos programas calificados como exitosos.

⁴⁰ Michel Foucault, citado por Andrés Domínguez en: Ponencia en el *XXI Curso Interdisciplinario en Derechos Humanos*.

⁴¹ *Clarín*, Argentina, 13 de julio 2003, p. 4.

O peor. Cuánto de excusa autojustificante hay en ciertas tentaciones que inevitablemente sirve a la mesa la mirada única. Entre muchas otras razones: Terrorismo. Narcotráfico. Trata de blancas. Fuerzas policiales débiles. Índices de impunidad excesivamente altos que las reformas de la justicia no resuelven. Al expositor “no le gusta” pero considera que es necesario estar dispuesto a debatir el rol de las Fuerzas Militares en la seguridad ciudadana⁴².

¿A qué distancia se encuentra de esta excusa, que aunque “no guste” tienta, el próximo paso si el resultado de tamaña vuelta al pasado fracasa? ¿Qué cosas estamos dispuestos a ver, a aceptar, cuando abrimos así, de par en par, las puertas de la represión? A lo mejor la ¿ficción? sea la musa necesaria que regresa para auxiliar la desmemoria.

[...] darle seguridad a la gente, restaurar la pena de muerte, cortarle las manos a los rateros, el pene a los violadores, las patas a los asaltantes y los ojos a los secuestradores, porque ese es el tema número uno, la inseguridad, el crimen, y ese es el motivo de patriotismo público [...] Se acabó la impunidad. No más asaltos. No más secuestros. No más asesinatos [...] Mi general, en estos momentos la Prudencia se llama Pendeja⁴³.

Por todo esto, verdad de Perogrullo, es que la seguridad ciudadana no puede garantizarse solamente por medio de un esquema de represión de los delitos bien intencionado y correctamente adecuados a los principios rectores que inspiran a los derechos humanos, si es que antes no se ha conseguido que la ley y las condiciones que ella impone estén asentadas principalmente en los preceptos de la equidad y la justicia social⁴⁴. O como vimos, que sea la comunidad y el poder que de ella deviene, a través de los mecanismos de representación, el que atraviese igualitariamente todo el cuerpo social.

Producir una policía experta en derechos humanos en las actuales condiciones sociales, políticas y económicas es esculpir, paciente sobre papel maché de color bermellón una bella máscara veneciana que atavíe, para el gran baile del siglo XXI, al largo brazo de la tolerancia cero.

⁴² Apuntes propios sobre la Ponencia de Rafael Nieto en el *XXI Curso Interdisciplinario en Derechos Humanos*.

⁴³ Fuentes, Carlos. *General Cícero Arruza a general...*, Cap. 45, p. 245.

⁴⁴ Sobre el punto ver Andrés Domínguez en: *Policía y Derechos Humanos...*, p. 65.

V. Necesidades (o vivir ofuscados)

El trigo de nuestra tierra, por ejemplo, servía para saciar el hambre de muchos 'privilegiados también' en tierras extrañas; y los peones que sembraban y cosechaban aquí ese trigo no tenían pan para sus hijos. Nuestra riqueza era una vieja mentira para los hijos de esta tierra⁴⁵.

Cuando tenía ocho o nueve años [...] me pasaba todo el viaje [...] visitando en mi imaginación a toda mi familia [...] En cuanto a mí, las posibilidades eran infinitas: pensaba en alacenas colmadas de alimentos artificiales, habitaciones llenas de marcas de diseño, con acceso ilimitado a las sombras para ojos y a las permanentes. No se me permitía tener una muñeca Barbie (-un timo- dictaminaban mis padres; -primero te venden la muñeca, después la furgoneta y luego toda la casa-), pero mi mente no se apartaba de Barbie⁴⁶.

¿Cómo sobrevivirán esos dos mundos que marchan inexorables hacia el “cisma social” si nada permite pensar que van a resolver acertadamente las contradicciones permanentes que empobrecen su existencia y que inevitablemente los enfrenta en esa dialéctica absurda y frenética de acumulación – desacumulación – riqueza – pobreza? Dos mundos contrapuestos que lucen patéticamente eficaces a la hora de sostener, inalterable, la organización actual de la sociedad.

Inalterable a pesar de los muertos, de la violencia, de la desesperanza del pesimismo.

La colisión es inevitable porque a los flagrantes contrasentidos en los que la vida comunitaria se desarrolla no se les busca la reparación adecuada en la razón o en el sentido común, sino en los conceptos y en la filosofía que inspira el pensamiento único imperante y que están destinados, como se dijo, a mantener imperturbables las condiciones del actual estado de cosas.

En el país que produce alimentos para 300 millones de personas en el mundo, en su propio territorio cerca de un millón y medio de personas pasa hambre violando la declaración universal de los derechos humanos que establece “...todos los hombres, mujeres y niños tienen el derecho inalienable a no padecer hambre y malnutrición ...”. Ese

⁴⁵ Perón, Eva. *La Razón de mi Vida*, Edit. Peuser, Argentina, 1952, pp. 158-159.

⁴⁶ Klein, Naomi. *No Logo*, Edit. Paidós, Argentina, 2002, pp. 180-181.

país es Argentina. Argentina, llamada también el granero del mundo⁴⁷.

* * *

En Argentina una mujer de 75 años compra armas ilegales y las destruye ofreciendo dinero a cambio de esas armas⁴⁸.

* * *

Junto a la enorme competitividad y ganancia que trajo la devaluación para los sectores agroexportadores de la Argentina también subieron los precios de agroquímicos y semillas ilegales.

Se estima que se comercia por USD 250 millones al año. Quienes adquieren estos productos (que, obviamente, no tienen ningún tipo de control estatal), a la vez reclaman del Estado por lo que consideran una excesiva presión tributaria⁴⁹.

Es la misma lógica de ese pensamiento la que explica estas situaciones, esto es, por su imperio se imponen las condiciones que permiten que la sociedad colectivamente acepte la desnutrición como un hecho propio de desaciertos políticos antes que del mismo sistema y entonces repudie a los representantes pero no lo que representan. Y también para que alguien desde su individualidad (desde esa singular mezcla de miedo y generosidad que embarga a esta buena señora) sienta que está ayudando a resolver el problema cambiando armas por pan. Incluso permite que alguien se sienta con derecho para reclamar por la rentabilidad “expoliada por los impuestos” mientras contribuye a la producción y comercialización ilegal de productos más baratos, sin control, etc.

En este caos cargado de conductas ambiguas los dos mundos responden aspirando también a satisfacer determinadas necesidades no básicas o verdaderamente prescindibles.

En muchas ciudades el robo de TV por cable es algo ya habitual. Generalmente el “colgarse” al cable troncal de un edificio lo organiza el mismo “Portero” o “Encargado” el que por el 20% de lo que cuesta estar abonado legalmente a la señal que provee la compañía comercial, conecta a los vecinos de mayor confianza y también suficientemente discretos. Además también suministra de los correspon-

⁴⁷ *Clarín*, Argentina, 7 de julio 2003, p. 14.

⁴⁸ *Clarín*, Argentina, 20 de julio 2003, p. 48.

⁴⁹ *Clarín*, Argentina, 20 de julio 2003, p. 22.

dientes “decos” (decodificadores) adquiridos en el mercado ilegal y que permiten también recibir los canales “codificados” (fútbol, pornográficos, películas etc.) de modo que por unos 20 pesos mensuales un habitante de barrios acomodados perteneciente a la clase media accede a este servicio sin mayores inconvenientes.

* * *

En los últimos años uno de los objetos preciados por los denominados “pibes chorros” (pandillas, maras) son las zapatillas de “marca” -Nike, Adidas, Reebok, etc.- su posesión implica entre los miembros del grupo social cierta jerarquía o importancia además de representar la aceptación el símbolo de consumo que esto representa⁵⁰.

En el primero de los casos, la mayoría de los que recurren a estas prácticas en realidad pueden pagar por el servicio. En el segundo de los casos, obviamente, no se necesita la marca cuando se busca resolver un problema de carencia. Tanto uno, TV por cable y otro, la zapatilla de marca, son expuestas aquí como una manera de demostrar que ambas resultan ser la expresión cabal del desconcierto reinante aunque de ninguna manera provienen de conductas inocentes. No son inocentes por aquello de la corresponsabilidad social pero tampoco porque sin dudas son dos caras crueles gesticulando (ampulosas, ávidas y tercas) antes del choque. Coexistiendo porque a pesar de los resquemores favorecen, por ahora, al mismo deseo: conservar el *statu quo* de la organización social.

Pero esa confusa coexistencia no evita la inseguridad, que de eso se trata, reinante en las calles desde las grandes metrópolis cargadas de *smog* hasta los villorios más pintorescos y pequeños.

El círculo social de la violencia como analizamos más arriba, en otro apartado, reconoce varias génesis, claro que todas irracionales, aunque unas menos comprensibles que otras.

Oficialmente España informó que aproximadamente 4.000 meno-

⁵⁰ “Pero en realidad más que un cálculo racionalista de localización de la riqueza lo que existe es una reacción emocional frente a ciertos símbolos que evidencian capacidad de consumo [...] una persona de bajos ingresos puede eventualmente acceder a un par de zapatillas de alta calidad [...] sin embargo puede disparar la agresividad de estos jóvenes delincuentes”. [...] “Un fenómeno adicional es que este gradiente produce conflictos entre los propios delincuentes juveniles [...] (Sandra Gayol y Gabriel Kessler, coordinadores). Miguez, Daniel. “Rostros del Desorden, fragmentación social y la nueva cultura delictiva en sectores juveniles”, en: *Violencias, Delitos y Justicias en la Argentina*, Ed. Manantial, Universidad Nacional de General Sarmiento, Buenos Aires, Argentina, pp. 330/331.

res de edad solos deberán ser repatriados a su país de origen, Marruecos. En Francia se estima que han ingresado el último año, entre 3.000 y 4.000 menores sin la compañía de sus padres, procedentes, según algunas estimaciones requeridas por el gobierno francés: 17% de Rumania; 13% de China; 11% de Marruecos; 7% de Albania; 6,2% de Congo y el resto de otros 70 países. El 40% tiene entre 15 y 16 años, el 16% entre 14 y 13 años, un 11% menos de 12 años y el resto más de 17 años. El mercado de los pasadores de chicos es de 115 millones de Euros al año.

Los “pasadores” venden una esperanza doble: a los niños que llegan, le ofrecen una mejor vida en las “ciudades-historia”; a los viejos que los reciben, les aseguran mano de obra esclava, a lo sumo muy barata.

Cuánto de imaginación hace falta para antojarse que, ¿en diez años?, podríamos ver una Europa tan rica como convulsionada. ¿Qué harán entonces, qué dirán, cuando las aguas de la inseguridad embarrare esas costas? Hablarán de represión y de costos. Sumarán a la confusión y a las contradicciones de los individuos la deliberada ignorancia (actual) de los Estados.

Por esa insistencia que todo lo justifica (aunque niegue justificarlo) mirando las cifras y los signos monetarios (recordemos: es la economía estúpido) es posible entender exactamente el sentido de esa clara metáfora que emplea don Andrés Domínguez Vial cuando echa mano a la figura del Big Bang Social⁵¹ para demostrar la distancia y la velocidad a la que se expande el “Cisma social” sobreviniente.

Probablemente entonces, a pesar de las contradicciones y para evitar resolverlas de fondo pero para no desatender el ardoroso reclamo por la seguridad ya inexistente, neciamente se imite en el mundo la obtusa “solución” que ciertos insensatos vecinos de un acomodado barrio argentino encontraron, para ellos y para solaz de quienes piensan que es mejor que nada cambie. A lo largo de varias cuerdas, cruzando tal y como la frontera de piedra y acero que erige hoy Israel respecto de Palestina, los vecinos del recoleto barrio “Haras Alvear” edificaron un muro de ladrillos y cemento, electrificando su alto colofón con el sistema de corriente eléctrica alterna más conocido como “Boyero”. Separando de esta manera y como modo de preven-

⁵¹ Domínguez Vial, Andrés en: IIDH, *Derechos humanos, seguridad ciudadana y...*, pp. 71 y 77.

ción y protección contra los robos al barrio mencionado de su lindante, la Villa de Emergencia conocida como La Cava. Lo que sí, y se destaca, una artista plástica pintó el muro, del lado de la villa, de colores vivos y paisajes agradables⁵².

Conclusión

*En el África el Negro jamás fue tan Negro como cuando fue dominado por el Blanco*⁵³.

“[...] En estas pandillas, miles y miles de niñas, niños y jóvenes tienen sus primeras experiencias con las drogas y la delincuencia, y encuentran a su vez una estructura social de patrocinio y renegación. Donde ha fallado la familia; donde ha fallado el estado, las “maras” aparecen como el último eslabón de pertenencia y adhesión social, más allá del cual ya no hay más identidad.

[...]

¿Qué nos dice un enfoque de la seguridad centrado en los derechos humanos acerca de esta situación?

Nos dice que los derechos de estos niños y jóvenes han sido violentados desde su mismo nacimiento; nos dice que son niños y jóvenes con escasísimas oportunidades de escapar a la que hoy es su situación; nos dice, en definitiva, que la comunidad -nacional, regional y planetaria-, ha fracasado en su cometido de promover y garantizar los derechos y libertades de estas personas⁵⁴.

Han fallado. Han fracasado: la familia, el Estado y la Comunidad; pero alguien ha ganado.

¿No será que el sistema y su paradigma político, económico y social, al modo (por ejemplo) de la colonización europea en el África, han conseguido imponer una cultura. Una manera de farolearse por el mundo?

La violencia reinante, producto -entre muchas razones- de la escasez del dinero, de la desesperación por tenerlo, lo ha envuelto todo.

⁵² El Canal de TV abierta o por aire N° 2, “America” difundió el 08/09/03 en el programa llamado Punto.Doc la existencia de este muro urbano dando a conocer, además, diferentes testimonios al respecto.

⁵³ Fanon, Frantz. *Los Condenados de la Tierra*, Edit. Fondo de Cultura Económica, México, 1983, p. 193.

⁵⁴ Cuéllar, Roberto. Ponencia en el *XXI Curso Interdisciplinario en Derechos Humanos*.

Como se vio en este trabajo, la misma ontología del dinero ha provocado que aquel círculo social de la violencia del que hablaríamos parezca ahora una perfecta y moderna recreación del mítico “Uroboros” en su infinita marcha. Dragón indómito que a sí mismo se come y se recrea mientras sobrevuela el polvoriento, pardo cielo del planeta.

Y se trata de un mundo que va apilando la historia de a retazos: injusticia social, concentración de riquezas, privilegios y tantos cuántos.

Un mundo en el que vale preguntarse quién es el más fuerte. El que montado a horcajadas en el lomo del sistema apiña riquezas -también el que piensa o sueña que puede apiñarlas-, y reclama derechos; o el que a los 15 años sale a la calle: nunca vio a su padre trabajar, apenas sabe leer y escribir y sufre una desnutrición crónica empuñando un revólver; ése, que matando pretende hacer valer sus derechos.

Un mundo en el que, a veces, relacionar la miseria (como se ha hecho en este documento) con la violación de la ley puede aparecer encaminado intencionadamente a estigmatizar la pobreza. Cuando en realidad, lo que en verdad se está haciendo es cuestionar la ley misma. Porque a lo largo de su historia el mundo ha ido generando las condiciones necesarias (a lo mejor sea *ex profeso* así) a que “los otros” desobedezcan la ley; esa que está hecha a medida de los intereses que ha venido a tutelar.

No anatematizar la escasez o el infortunio de los que habitan en los extramuros de las ciudades. Así, resulta menos complicado negar sistemáticamente la obvia relación “causa-efecto”. Así, es posible sostener antes y primero los cómo, sin cuestionarse los por qué. Así, llegan los que a la particular manera de W. Bratton⁵⁵ afirman que “la causa del delito es el mal comportamiento de los individuos y no las consecuencias de las condiciones sociales”. Y también aparecen los que, como Giovanni Sartori, sustentan desde el pensamiento funcionalista de los métodos, la vigencia permanente del sistema. Teoría y práctica puestas al servicio del *statu quo*. Dice don Giovanni, totalmente convencido, que el problema del hambre no es la falta de alimentos sino “las bocas que sobran” y que si no se actúa rápido la so-

⁵⁵ William Bratton es el padre de la Tolerancia Cero.

lución no llegará sino por la vía del aumento de los impuestos que “pagan los ricos para mantener a los pobres que no pagan”.

La verdad pura y simple es que el hambre (y más la sed) está ganando la partida y que la seguirá ganando cada vez más, porque nos negamos a admitir que la solución no está en aumentar los alimentos sino en disminuir los nacimientos, o sea las bocas que hay que dar de comer[...]

La realidad es, en cambio, que el agricultor trabaja y que el alimento que produce cuesta. Si lo cediera gratis, él también se moriría de hambre. Por lo tanto, el alimento que hay que distribuir entre los pobres se paga ¿Quién lo paga? Para pagarlo en cantidad suficiente habría que duplicar los impuestos de quienes lo pagan (no somos tantos, y estamos casi todos en Europa, Norteamérica, Japón y poco más)⁵⁶.

¿No es esta misma lógica la que inspira a quienes demandan por seguridad en las calles? ¿No es este mismo patrón el que indica que el problema no es el sistema y su paradigma sino los que son incapaces de amoldarse al mismo? La que propone que para remediar los males que esta “inadaptación” ocasiona es necesario, entonces, garantizar la penalización de sus conductas desavenidas (evitando por añadidura la superpoblación en la libertad de los que no pueden agarrar su propio sustento y ensucian esa libertad puesta tan así, impudicamente a la vista de todos). La que en definitiva, concede que la policía debería actuar en lo posible dentro del marco de la ley y su manda constitucional.

Ahora bien, avanzando un poco más, veamos lo dicho hasta aquí en una breve recreación de lo que se pretende explicar; no resulta tan difícil imaginar un joven de 18 o 19 años, en Argentina, en el denominado conurbano bonaerense, contratado en un hipermercado de origen francés o norteamericano (que son los que por estas tierras abundan) que trabaja entre 12 y 14 horas diarias con un franco semanal. Por supuesto que su contrato de trabajo es “a prueba” por tres meses y que sabe que a su finalización no se lo van a renovar. Imaginemos que recibe por mes la suma de \$ 250 (USD 84,75 al cambio actual). Que por él no se hacen aportes jubilatorios ni se respetan las

⁵⁶ Sartori, Giovanni. *La Tierra Explota: Superpoblación y desarrollo*, Edit. Taurus, Argentina, pp. 36 y 41.

cargas sociales. Supongamos ahora que ese mismo joven, apremiado por las carencias (o por la ambición desmedida para los puristas), en los 4 días francos que tiene cada mes aprovecha y..., sale a robar. Supongamos que una de esas noches termina de asaltar a una viejecita que vino de cobrar la jubilación mínima \$200 (USD 67,79 al cambio actual) e imaginemos que la policía lo detiene *in fraganti*. Que tiene un abogado, que no es torturado y que está alojado en una celda limpia. Que los plazos procesales se cumplen y que la justicia sentencia en tiempo y forma dando a conocer una condigna condena. Que la policía actuó debidamente y de acuerdo a todos los manuales sobre los procedimientos ajustados a derecho. Que ha recuperado el producto del ilícito y lo ha devuelto a su legítima dueña y que, además, ha retirado a un delincuente de las calles. Que la cárcel está bien preparada para reeducar al joven “socialmente desviado” y devolverlo después de purgada la culpa a la sociedad suficientemente rehabilitado y listo para ser útil a esa comunidad que lo alberga.

Suponiendo todo esto cabe preguntarse ¿se ha resuelto respecto de este joven, de sus víctimas pasadas y de la sociedad de la que forma parte, el problema? ¿Al salir de la cárcel se habrá reeducado de modo que éste “liberado” encuentre trabajo o alguna otra forma de sobrevivir?

Aunque se juzgue el ejemplo y su conclusión como un exceso de mi parte, entiendo que el mismo sirve para preguntarnos dónde están las víctimas y dónde los victimarios. O mejor, quiénes son los unos y quiénes los otros.

¿Qué son los espaldas mojadas mexicanos (últimamente también argentinos, peruanos, venezolanos, etc.), los pueblos originarios silenciados y recludos en pequeñas porciones del territorio? ¿qué los millones de migrantes, (los mutilados de la identidad) reprimidos en las fronteras?, ¿las mujeres asesinadas en Ciudad Juárez?, ¿los piqueteros Darío Kotesqui y Maximiliano Santillán?, ¿la violencia desatada contra “Los Sin Tierra” en Brasil?, ¿qué?

Entonces, ante la desesperada insistencia de la sociedad incluida y frente a estos acontecimientos, otra vez cabe preguntarnos si no estaremos asistiendo a una especie de “apoptosis social”. Es decir, si en realidad los incluidos no somos una laya de espectadores inmóviles puestos dentro de una sociedad que está suicidándose programadamente. Porque de qué otro modo puede interpretarse esta triste mue-

ca que hacemos cuando indicamos que, tal vez, sea posible vencer la inseguridad reinante pensando una “represión humanizada” de los delitos que no tenga en cuenta las causas que lo generan.

¿Organizar y educar las policías en el respeto de los derechos humanos no significa montar un ejército perfecto y funcional a las causas generadoras de la injusticia social? ¿Policías expertos en derechos humanos no importan transformar a ese ejército en el “gen apoptósico” que el sistema y su paradigma están necesitando para eliminar las partes que ya no le sirven o que le estorban como sucede en la naturaleza biológica?

¿Qué pasa?, ¿acaso es descabellado pensar que corregir las “desviaciones sociales” necesariamente debe entrañar también, la ruptura con el paradigma político económico y social (aunque a esta altura resulte aburrido mencionarlo así, no encuentro otra manera de denominarlo)?

Porque como bien dice el ya citado Pablo E. Argarita Cañas⁵⁷, las causas de la inseguridad son estructurales y por lógica consecuencia también estructural debe ser su resolución. Porque cuando se habla de funcionalidad se está hablando del facilismo de las superestructuras del derecho. Esas que prefieren actuar siempre en la superficie sin tocar el fondo de las cosas.

frente a las conductas consagradas como delitos lo más sencillo es moverse hacia las que son más evidentes por lo burdo de las conductas; las que son protagonizadas por los más vulnerables, que carecen del apoyo de grupos con capacidad para generar problemas con las burocracias⁵⁸.

Porque, hablándole (me) a los abogados a los fiscales a los jueces se les puede preguntar: ¿el actual orden jurídico es capaz de subordinar las conductas de los hombres abarcando su voluntad y su aceptación? ¿El actual orden jurídico interpreta cabalmente las necesidades de toda la comunidad? ¿Brinda soluciones, cohesión y justicia social, incluso desde sus enunciados teóricos?

O acaso, bien mirado el actual orden jurídico, no habrá millones en el mundo que íntimamente intuyan la verdad (o su probable apro-

⁵⁷ Angarita Cañas, Pablo Emilio, en: IIDH, *Derechos humanos, seguridad ciudadana y...*, Cap. 3, pp. 135 a 138 y nota 32.

⁵⁸ Zaffaroni, Eugenio. *Buscando la Seguridad*, Guatemala, Edit. FLACSO, 1995, p. 25.

ximación) preguntándose: qué clase de derecho es aquel que protege, de los pocos todo, de los muchos nada.

Porque defender el derecho de las víctimas del delito no puede transformarse en la herramienta más valiosa de la injusticia social.

La víctima de una bala (bala sayona) es quien pierde la vida en un asalto, pero lo es también el que después de gatillar continúa con su vida miserable y corta.

Gracias a la resistencia del Movimiento de los Derechos Humanos las tiranías latinoamericanas fueron cayendo de a una a pesar de las tirrias de sus mentores.

Gracias a la constancia del Movimiento de los Derechos Humanos poco a poco se va haciendo justicia.

Se recupera la memoria.

Regresan las voces queridas. Voces silenciadas en una ausencia absurda que se termina.

Cómo lo hizo. Cómo fue que ese Movimiento pudo con los feroces generales y con los taimados civiles.

Y con los poderosos que no querían.

(¿Sería posible la libertad, la democracia, las ideas conspirando o como dice Sabina, ver a la Doce [la hinchada de Boca Juniors] “.../pidiéndole a la Virgen de los vientos que le levante, a Paula, la pollera/...”⁵⁹?)

¿Cómo venció?

Nada. Simplemente no conformándose, no aceptando, rompiendo el paradigma de la “Seguridad Nacional”.

Qué se pide.

Nada. Simplemente no perder la línea.

Enfrentar el separatismo para evitar el cisma social y sus muertos.

No dejar que el “gen apoptósico”, que vienen fomentando los aprovechados de siempre, limpie de pobres y enfermos al mundo.

⁵⁹ Joaquín Sabina, tema 5: “Dieguitos y Mafaldas”, CD: *19 días y Quinientas Noches*, BMG, Argentina, 1999.

¿Cómo?

Cuestionando, con la misma fuerza y decisión con la que cuestionó la doctrina de la “seguridad nacional” al sistema y su paradigma.

Educando, sí, pero fundamentalmente denunciando cada día la injusticia de este mundo injusto.

Seguridad ciudadana en el Hemisferio

*Marta Altolaquirre Larraondo**

I. Introducción

La seguridad pública se ha constituido no sólo en un tema cotidiano y urgente, sino que además es uno de los ejes de un debate de singular y de trascendente importancia para una sociedad democrática. El tema de la seguridad ciudadana y la prevención de la violencia ha cobrado mayor importancia desde mediados de los años 90, en respuesta a la preocupación de los gobiernos de América Latina, ante la evidencia de una crisis de gobernabilidad que en distintas dimensiones ha afectado al hemisferio. La lucha contra la inseguridad y la violencia comenzó a figurar entre los principales temas de la agenda y planes de desarrollo de los países para asegurar la gobernabilidad democrática y la convivencia social. La violencia no solo tiene un alto impacto social y de gobernabilidad, sino también presenta un reto a las sociedades por sus costos, tanto públicos como privados y por los efectos tanto en la inversión nacional como en la extranjera. Todo lo anterior repercute en el crecimiento y desarrollo de las naciones.

Si bien es cierto que en la década de los 80 las encuestas de opinión pública centraban los problemas en aspectos tales como la pobreza, el desempleo, la represión y la guerra, en la década pasada las opiniones empezaron a cambiar y el tema de la violencia pasó a ocupar el primer lugar en varios de los países del hemisferio. Así se encuentran encuestas de opinión en Centroamérica, que plantean el problema de la violencia como principal motivo de preocupación, en Guatemala con un 46% según CIP GALLUP (1997); Honduras 41% según Comisión Nacional de Derechos Humanos, (1996); y El Salvador 59% según CIP GALLUP, (1999). Este último dato se redujo después de los terremotos que sufrió el país a comienzos de 2001 y

* Integrante de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Presidenta de la CIDH, 2003.

que repercutieron directamente en las fuentes de empleo de un gran número de población, apareciendo paralelamente, los fenómenos de desempleo y violencia con porcentajes similares alrededor del 30%.

Asimismo, es importante apuntar que el concepto de seguridad ha sufrido una profunda transformación en las últimas dos décadas no sólo en América Latina sino en el mundo entero. Del concepto de “seguridad nacional” sustentada en un ente colectivo, (que en el pasado provocó cruentas represiones por parte de los Estados) se ha evolucionado hacia la atención destinada a la seguridad del individuo como pilar básico de la paz y el derecho internacional. Esa seguridad individual está a su vez estrechamente ligada al concepto de los derechos humanos. En tal sentido y en sintonía con la definición adoptada por el IIDH, podríamos resumirla como el derecho que tiene toda persona de conducirse en su diario vivir sin amenaza a los derechos humanos protegidos por la normativa internacional. La seguridad de las personas se basa en el respeto irrestricto de los derechos individuales en tanto a la protección de los derechos fundamentales de la persona, y en el respeto y progresividad a los derechos económicos, sociales y culturales en tanto a la oportunidad de desenvolverse en un marco de respeto a la propiedad privada, (tanto al individual como la colectiva), en donde haya fuentes de trabajo suficientes¹ y las garantías para gozar del fruto de ese trabajo y en donde los servicios de salud² y educación³ sean accesibles e incluyentes a todos los habitantes del país.

Sin la plena vigencia de los derechos humanos para todos y cada uno de los individuos, no hay seguridad. Pero para hablar de una seguridad dirigida a la persona humana, es decir de seguridad ciudadana en el contexto del respeto a los derechos humanos, debemos partir del fortalecimiento de las democracias en el hemisferio.

Comprender la dimensión humana del concepto de seguridad necesariamente implica realizar un recuento histórico de etapas y even-

¹ Artículo XIV, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; Artículo 6 del Protocolo Adicional a la Convención Americana en materia de Derechos Económicos Sociales y Culturales, Protocolo de San Salvador. 1

² Artículo XVI, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; Artículo 10, Protocolo de San Salvador.

³ Artículo 12 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; Artículo 13 del Protocolo de San Salvador.

tos que marcaron las políticas en materia de seguridad. Con el fin de la II Guerra Mundial y el trágico caudal de víctimas entre las que destacan las del Holocausto, el mundo entró en la fase de la llamada Guerra Fría. Las grandes potencias concentradas en buscar la superioridad de sus fuerzas, dieron prioridad al desarrollo acelerado de las armas atómicas y a la división del planeta en áreas de influencia, mientras las tensiones internacionales inducían a una polarización creciente. La competencia por el control geopolítico, trascendió así las fronteras de las propias potencias que trasladaron la lucha hasta América Latina y el Caribe, en donde pronto se sustituyeron gobiernos civiles por militares y los golpes de Estado pasaron a constituir la fórmula aceptada para combatir las ideologías adversas a la potencia dominante del país en cuestión

En América Latina y el Caribe, esa lógica derivó en la «doctrina de la seguridad nacional», que tuvo como meta por un lado la «lucha contra el comunismo» y por otro la organización de la violencia para combatir la autoridad impuesta y acceder al control político y social interno mediante acciones armadas. Los grandes protagonistas internacionales no intentaron prevenir o impedir conflictos internos, sino que, por el contrario, a menudo los financiaron y fomentaron. Las prioridades del orden internacional se impusieron entonces en el mundo entero, a costa de la paz y la legalidad, violándose flagrantemente los derechos humanos. En lugar de invertirse en desarrollo, educación y salud, se invirtió en armas y ejércitos. La lógica militar primó sobre el poder civil y destruyó la organización social.

Caído el Muro de Berlín y destronado el poder soviético, las sociedades civilizadas exigen el apego a la legalidad y gana terreno el concepto de la seguridad ciudadana, no en la referencia al poder militar y la seguridad colectiva, sino en la plena vigencia de los derechos individuales. La seguridad humana, a su vez, sólo es posible si se sustenta en un desarrollo sostenido. Pero esa seguridad depende de una serie de factores diferentes niveles para todos y cada uno de los integrantes de la sociedad: seguridad jurídica, seguridad contra riesgos y amenazas físicas, seguridad de ingresos, de servicios básicos y protección del medio ambiente.

Nos encontramos así, frente a una concepción ampliada de la seguridad ciudadana que no sólo comprende la protección a la integridad personal y a la propiedad privada sino que incluye el respeto de todos los derechos humanos y las garantías individuales.

Es fundamental abordar la temática de la seguridad sin ideas preconcebidas. Por ello es prioritario comprender que no son opuestas la noción de seguridad y la protección de los derechos humanos y que es falsa la afirmación de que cuando se garantizan y se respetan los derechos humanos no puede haber seguridad. Esa popularizada concepción no solo es equívoca sino que constituye una barrera para alcanzar el objetivo ya que justamente en esa protección integral de los derechos individuales radica el concepto de seguridad en una sociedad democrática.

Partiendo de la introducción anterior, pasamos a referir una breve reseña establecida por la jurisprudencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en relación a las cuestiones de Seguridad Ciudadana.

II. Seguridad ciudadana y la jurisprudencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos

La seguridad ciudadana, requiere inicialmente de un Estado organizado bajo las premisas de un sistema democrático, con instituciones independientes que permitan un efectivo balance (pesos y contrapesos) de los órganos constitutivos del poder público, y una administración de justicia sólida y eficaz.

Requiere luego, de la implementación de una política criminal congruente con las normas internacionales de la materia, que integre a las distintas instituciones vinculadas a la administración de justicia y a la seguridad ciudadana.

Entre esas instituciones encargadas del orden y la seguridad, se encuentra a la policía civil, cuya integración debe tener, cualitativa y cuantitativamente, la capacidad y la profesionalización que permita dar protección y confianza a los habitantes.

La administración de justicia, por su parte, debe gozar de absoluta independencia y de solvencia financiera, ejercer un estricto control de la corrupción y eficiente en sus procedimientos para resolver el problema de la impunidad. Finalmente un sistema penitenciario idóneo que garantice la permanencia en prisión de los condenados de alta peligrosidad y que tienda a la recuperación e inserción social del detenido. Deben mencionarse como desafíos transversales, la plena observancia de las normas de protección de los derechos humanos y

en situaciones de conflicto armado también la observancia del derecho internacional humanitario.

La lucha contra la pobreza y la discriminación, la protección a los niños y a grupos vulnerables, el respeto a la libertad de expresión, así como las garantías para el trabajo de los defensores de los derechos humanos son otros de los desafíos que se deben enfrentar.

Un aspecto esencial y fundamentalmente prioritario con respecto a la seguridad ciudadana es la necesidad de reducir los niveles de impunidad existente en los países del hemisferio, objetivo que además se presenta como una condición necesaria para la consolidación de la democracia. En efecto, la efectiva vigencia del Estado de Derecho se logra en gran medida asegurando una administración de justicia que no tolere la impunidad. La Comisión Interamericana ha sostenido que “la impunidad es uno de los serios problemas concernientes a la administración de justicia en el Hemisferio”⁴ y ha sido tema principal en sus informes como resultado de la ineficacia de los órganos de justicia o como resultado de la distorsión que provoca la jurisdicción militar cuando se le atribuye competencia para conocer delitos comunes cometidos por miembros de la institución armada, o peor aún, cuando se le faculta para juzgar a civiles.

La Corte Interamericana ha definido la impunidad como “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”⁵.

El artículo 1(1) de la Convención Americana establece que “los Estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos 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”. La Corte Interamericana por su parte, ha señalado la obliga-

⁴ “Segundo Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Perú”, *Informe Anual 1999*, CIDH, Cap. II, párr. 255.

⁵ Corte I.D.H., Caso Paniagua Morales y otros, Sentencia del 8 de marzo de 1998, párrafo 173. Ver también Caso Loayza Tamayo, Sentencia del 27 de noviembre de 1998, párrafo 170.

ción de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos consagradas en dicho artículo manifestando que:

implica el deber de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Ello comprende la obligación de los Estados de prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención; procurar el restablecimiento del derecho conculcado y, en su caso, reparar los daños producidos por la violación de los derechos humanos.

[...]

Si el aparato del Estado actúa de modo que tal violación quede impune y no se restablezca, en cuanto sea posible, a la víctima en la plenitud de sus derechos, puede afirmarse que ha incumplido el deber de garantizar su libre y pleno ejercicio a las personas sujetas a su jurisdicción. Lo mismo es válido cuando se tolere que los particulares o grupos de ellos actúen libre o impunemente en menoscabo de los derechos humanos reconocidos en la Convención.

En ciertas circunstancias puede resultar difícil la investigación de hechos que atenten contra derechos de la persona. La de investigar es, como la de prevenir, una obligación de medio o comportamiento que no es incumplida por el solo hecho de que la investigación no produzca un resultado satisfactorio. Sin embargo, debe emprenderse con seriedad y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa. Debe tener un sentido y ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple gestión de intereses particulares, que dependa de la iniciativa procesal de la víctima o de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios, sin que la autoridad pública busque efectivamente la verdad. Esta apreciación es válida cualquiera sea el agente al cual pueda eventualmente atribuirse la violación, aun los particulares, pues, si sus hechos no son investigados con seriedad, resultarían, en cierto modo, auxiliados por el poder público, lo que comprometería la responsabilidad internacional del Estado⁶.

Efectuando un análisis de la jurisprudencia del Sistema Interamericano anteriormente citada podemos hacer una primera aproxima-

⁶ Corte I.D.H., Caso Velásquez Rodríguez, Sentencia del 29 de julio de 1988, Serie C, N° 4, párr. 166, 172, 176 y 177.

ción a las obligaciones del Estado en relación con el concepto de seguridad ciudadana en un sentido amplio. El Estado se constituye en el garante de los derechos humanos de todas las personas, y por ello su deber consiste en la prevención de conductas antijurídicas, y en la elaboración, cuando aquellas se producen, de respuestas orientadas a su condena a través de la investigación, el procesamiento de los culpables y la posterior indemnización a las víctimas, mecanismos con validez reconocida para combatir el crimen y evitar el círculo vicioso de violencia que la misma engendra en detrimento de la seguridad ciudadana.

En tal sentido, para generar en el seno de una sociedad democrática la percepción de credibilidad y confianza en las instituciones estatales encargadas del orden y de la administración de justicia respecto a ese deber de garantía, el Estado debe dedicar todos sus esfuerzos en desplazar la impunidad, la cual genera un caldo de cultivo que propicia las violaciones de derechos humanos, y que a su vez, supone la radicación de la inseguridad y el debilitamiento del Estado de Derecho.

Otros mecanismos ajenos a la ley son inaceptables y lejos de resolver la violencia y la impunidad, las exacerbaban al volverse práctica común la arbitrariedad. Por ejemplo, la Comisión ha manifestado su preocupación por la indefensión en la que se encuentra la población civil frente a los abusos y la impunidad de los actores en el conflicto armado en Colombia. En su Informe Anual, 2002⁷, la Comisión reitera una vez mas esa preocupación:

La CIDH se ha pronunciado en forma reiterada sobre la gravedad del creciente número de atentados perpetrados contra la población civil. Estos actos violan de manera flagrante el derecho internacional humanitario y pueden generar la responsabilidad penal individual de los involucrados, conforme al derecho internacional y el Estado tiene la obligación de adoptar las medidas necesarias para investigar los hechos, juzgar y sancionar a los responsables.

Un simple análisis de esos hechos, evidencian que hay un nexo entre los elevados niveles de impunidad y el deterioro del Estado de derecho que repercute en forma directamente proporcional al deterioro en la seguridad ciudadana. Cuando no hay consecuencias a las

⁷ CIDH, *Informe Anual 2002*, Capítulo IV Introducción sobre Colombia.

conductas delictivas, los hechos de violencia se multiplican, lo que repercute en toda la sociedad pero con mayor impacto en la situación de inseguridad en la que se encuentran los grupos vulnerables, entre los que se puede citar a los niños, mujeres, defensores de derechos humanos, afro-descendientes, y pueblos indígenas.

Por ello, la CIDH sigue insistiendo, en sus informes sobre casos individuales e informes sobre países, en la importancia esencial del fortalecimiento de la justicia como un prerequisite indispensable de la seguridad ciudadana, y como obligación internacionalmente reconocida bajo el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En relación con lo anteriormente expuesto se puede concluir, que no prevalecerá la seguridad de la ciudadanía sino cuando se supere la impunidad, y que ésta solo se logra superar cuando los mecanismos de aplicación de la ley y la justicia responden a las violaciones del derecho a la vida y demás derechos fundamentales, en total observancia del debido proceso y los derechos de las víctimas.

III. Cuestiones de especial preocupación

a. Intervención de las Fuerzas Armadas en cuestiones de seguridad ciudadana

El concepto de Seguridad como se estableciera *supra*, ha experimentado cambios importantes a partir de una concepción más humanista de su alcance, razón por la que los Estados han debido replantear el concepto y las políticas públicas. En este proceso de revisión, separar seguridad ciudadana de seguridad nacional es fundamental, ya que no sólo requieren de políticas diferentes, sino que además debe contarse con instrumentos distintos para enfrentar las amenazas de cada concepción.

Por ello, una de las preocupaciones de la Comisión Interamericana en relación con la Seguridad Ciudadana es la participación de las Fuerzas Armadas en actividades que deben corresponder exclusivamente a la Policía Nacional. En un sistema democrático es fundamental la separación clara y precisa entre la seguridad interior como función de la Policía y la Defensa Nacional como función de las Fuerzas Armadas. La Comisión ha recibido información sobre la participación de las Fuerzas Armadas en cuestiones de seguridad ciuda-

dana e inclusive en otras áreas del Gobierno en algunos países del hemisferio, entre los que se pueden citar a Haití, México Venezuela y Guatemala⁸.

Al analizar la situación en México la Comisión ha dicho:

La CIDH considera que en un Estado democrático, las fuerzas armadas tienen como objeto propio la seguridad y la defensa exterior del país. Su misión consiste en hacer frente a actos de invasión o a perturbaciones que amenacen la seguridad y la independencia interna y externa del Estado.

Ante la presencia de un acontecimiento que amenace gravemente de manera fundada la seguridad interior o exterior de la federación, las fuerzas armadas en el marco de los estándares internacionalmente aceptados, deben adoptar las medidas necesarias en el campo militar, respetando las garantías individuales que establece la Constitución, las cuales sólo podrán ser suspendidas de cumplirse los extremos previstos en el artículo 27 de la Convención Americana y en el ordenamiento constitucional⁹.

Además debe recalarse que es necesario que los Estados adopten medidas adecuadas en relación con la formación, profesionalización y control de los cuerpos policiales del Estado para impedir que en cuestiones de seguridad pública los agentes incurran en violaciones a los derechos humanos como es la tortura debido a las particularidades de la historia latinoamericana que determinaron la militarización de estos cuerpos haga necesaria una capacitación y re-estructuración de ellos para revertir los procedimientos adquiridos bajo premisas incompatibles con la vigencia de las instituciones democráticas. En tal sentido la Comisión estableció con relación a la policía de Haití:

En esa ocasión, la CIDH mencionó sobre este tema que había sido informada de las mejoras concernientes a la Policía Nacional, en particular con respecto a los planes que se proponen relacionados con la capacitación de los agentes de policía, y con respecto a los mecanismos de supervisión que se sugieren. La Comisión indicó, sin embargo, que los 5.600 miembros del cuerpo de policía, cuyo deber es garantizar la seguridad de ocho millones de personas, son eviden-

⁸ Excluyo las referencias de la Comisión en relación a la visita *in-loco* reciente por estar impedidos los comisionados originarios de un país, para deliberar o participar en discusiones o decisiones del propio país.

⁹ CIDH, *Informe sobre los Derechos Humanos en México*, Capítulo V, 1998.

temente insuficientes. Las autoridades competentes han reconocido que la policía se concentra en áreas urbanas y que las zonas rurales no cuentan con la presencia de la policía. Este vacío ha creado un clima favorable para el abuso y los casos de linchamiento público. La CIDH ha recibido denuncias relativas a actos perpetrados por agentes de la Policía Nacional de Haití, incluidos actos de abuso de poder, actos que han llegado al trato degradante, actos de tortura y ejecuciones extrajudiciales¹⁰.

A modo de ejemplo, en relación con las medidas que deben adoptar los Estados para la formación de los cuerpos estatales se pueden citar las siguientes recomendaciones:

Implementar actividades de capacitación en derechos humanos y garantías fundamentales para garantizar que los miembros de las Policías estén plenamente informados de los procedimientos que deben seguir al efectuar arrestos y detenciones.

Adoptar otras medidas de capacitación, vigilancia y aplicación de la ley para garantizar que los agentes del Estado autorizados para usar la fuerza la apliquen en estricto cumplimiento de los principios de necesidad, excepcionalidad y proporcionalidad establecidos en el Código de Conducta para Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley de las Naciones Unidas.

Tomar acciones adicionales para garantizar que cualquier privación de la libertad efectuada por un agente del Estado sea inmediatamente registrada y sometida a supervisión judicial sin demora.

Implementar las medidas necesarias para suspender a los oficiales que estén bajo investigación por incidentes que impliquen el uso excesivo de la fuerza o el abuso de autoridad.

En relación con esta materia se pueden mencionar instrumentos internacionales de especial importancia que permiten establecer el marco jurídico en la actuación de los cuerpos policiales y las obligaciones del Estado. A saber, instrumentos de Naciones Unidas como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y los Principios Relativos a una Eficaz Prevención e Investigación de las Ejecuciones Extralegales, Arbitrarias y Sumarias; las Salvaguardas para Garantizar la Protección de los Derechos de los Condenados a la Pena de Muerte, el Código de Conducta para Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley y los Principios Básicos sobre el Empleo de

¹⁰ CIDH, *Informe Anual 2002*, Capítulo IV sobre Haití, Seguridad Ciudadana.

la Fuerza y de Armas de Fuego por Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley, conforman un cuerpo legal que fija los criterios pertinentes.

b. Justicia privada: linchamientos y impieza social

La falta de una respuesta efectiva por parte de la administración de justicia, es decir que fenómenos como los altos niveles de impunidad, tiene como efecto transmitir el mensaje a la población de que la “justicia popular” es una alternativa aceptable para reemplazar el estado de derecho y el debido proceso. Este tema es motivo de la más seria preocupación para toda los habitantes en los países en los que se practica, como así también de la acción de los grupos de exterminio, puesto que las características y la persistencia de estos ataques constituyen un desafío al estado de derecho y al proceso de consolidación de la democracia y la seguridad.

En relación a los grupos de exterminio, la Comisión se refirió a Venezuela en el Informe Anual, 2002¹¹, en los siguientes términos:

La Comisión observó con seria preocupación que los “grupos de exterminio” no solo son un mecanismo ilícito de control social, sino que en el caso particular de Portuguesa, hacen parte de una organización criminal con fines lucrativos dentro de la fuerza de policía estatal. Estas organizaciones continúan operando y amenazando a los familiares de la víctimas y testigos, quienes se encuentran en un absoluto estado de indefensión.

La persecución y exterminio de personas que pertenecen a grupos específicos, tales como presuntos delincuentes, constituye una violación particularmente reprochable del derecho a la vida y del derecho a un trato humano que ha merecido la repetida condena de esta Comisión. La pertenencia a esos grupos de funcionarios de seguridad implica, además una ruptura radical del debido proceso y del Estado de Derecho. Como práctica extrema de combate al delito, solo puede resultar en mayor inseguridad ciudadana. La falta de aplicación, por parte de las autoridades responsables de la debida diligencia para investigar, enjuiciar y sancionar a los integrantes de los llamados “grupos de exterminio” es un factor fundamental que permite su accionar.

Por su parte, la característica paradójica de un linchamiento es que los participantes dicen estar actuando en nombre de la justicia,

¹¹ CIDH, Capítulo IV sobre Venezuela, *Informe Anual 2002*.

mientras cometen violaciones a la ley constitutivas de un hecho criminal.

Un fenómeno semejante se produce en los casos de limpieza social, en los que se ejecuta a ciertas personas marginadas de la sociedad, en su mayoría con antecedentes delictivos. Cabe observar que ambas acciones se originan en la debilidad de las instituciones encargadas de proporcionar seguridad y administrar justicia como medio necesario para evitar el desbordamiento de la violencia.

El fenómeno de los linchamientos ha costado muchas vidas en el hemisferio con el surgimiento de lo que vulgarmente denominan “justicia por mano propia” en acciones que continúan perpetuando un clima de violencia y venganza en las comunidades afectadas. Para combatir esa tendencia es necesario que se analice y documente la naturaleza, características y alcance de los linchamientos y se formulen estrategias integradas destinadas a evitar que éstos se repitan y en segundo lugar, que se promueva y faciliten medidas de resolución no violenta de conflictos.

Es también necesario que se intensifiquen las acciones para educar y capacitar a los agentes de policía, fiscales y funcionarios judiciales y, esencialmente, que se establezcan procedimientos, incorporando la participación de los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, (los fiscales y los funcionarios judiciales a escala nacional y local), para revisar los casos de linchamientos e intentos de linchamiento, con el fin de verificar el estado de cada investigación o juicio que esté en marcha con relación a estos casos y determinar las acciones que se deban adoptar para resolverlos.

c. Seguridad ciudadana en los estados de excepción en el hemisferio

Esta temática, constituye un tema de especial preocupación para la Comisión Interamericana. El artículo 27 de la Convención Americana permite a los Estados partes tomar medidas suspendiendo ciertas obligaciones, con la severidad y por el tiempo necesario en caso de “ guerra, peligro público u otra emergencia que amenace su independencia o seguridad”, pero asegurando la vigencia de ciertos derechos inderogables y garantizando la protección de los derechos humanos.

Sin embargo, los términos del artículo 27 indican que las condiciones para decretar este tipo de acción excepcional están predeter-

minadas y son estrictas. Primero las circunstancias invocadas para justificar medidas de excepción deben ser extraordinariamente graves y constituir un riesgo eminente para la vida de la nación. Situaciones de riesgo posible, latente o futuro no alcanzan este estándar.

En segundo lugar, Segundo, las disposiciones adoptadas debido a una declaración de emergencia son válidas “en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación”. Otros requisitos es que no impliquen discriminación alguna y que sean incompatibles con otras obligaciones internacionales. Tercero, hay prohibición de suspender las garantías individuales enumeradas en el artículo 27.2 bajo ninguna circunstancia. Las demás garantías sólo pueden ser suspendidas de acuerdo a criterios muy estrictos enumerados en el punto anterior. El Estado parte que desee valerse de esta prerrogativa debe notificar inmediatamente a los demás Estados partes por intermedio del Secretario General de la Organización de los Estados Americanos. Dicha notificación debe incluir: a) las garantías que hayan sido suspendidas, b) las razones para ello y, c) la fecha en que terminará tal suspensión.

Por su parte, la Corte Interamericana ha declarado que es indispensable “que en todo estado de excepción subsistan medios idóneos para el control de las disposiciones que se dicten, a fin de que ellas se adecuen razonablemente a las necesidades de la situación y no excedan de los límites estrictos impuestos por la Convención o derivados de ella”. Por consiguiente, el derecho al recurso judicial para protegerse contra la violación de un derecho inderogable no puede ser suspendido. Como lo ha manifestado la Comisión en varias oportunidades, el recurso judicial idóneo y eficaz para supuestas violaciones de los derechos humanos solo lo proporciona el procedimiento ante la justicia ordinaria.

Uno de los derechos mas afectados en los estados de excepción, es el derecho a la libertad personal. En ese sentido, la CIDH expone sus criterios ampliamente en su Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos¹².

Si bien el derecho a la libertad personas y a la seguridad es derogable, el derecho a recurrir a un tribunal competente en virtud del artículo 7.6 (de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), que, por su naturaleza,

¹² Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos, aprobado durante el 116 período ordinario de la CIDH, 2002, OEA/Ser.L/V/II.116.

es necesario para proteger derechos no derogables durante la detención penal o administrativa, como el derecho a un trato humano que no puede ser objeto de suspensión en el sistema interamericano.

Por ejemplo, la preclusión de la acción penal establecida en un Decreto de Movilización suspende en efecto el derecho a este tipo de recurso judicial para quienes puedan requerir de esa acción para su propia protección.

En virtud de estas consideraciones, la Comisión consideró en su informe sobre la situación en el Ecuador, que tal declaración no era compatible con lo establecido en el artículo 27 de Convención Americana.

La Comisión está consciente de la difícil situación económica por la que atraviesa el Estado de Ecuador y el malestar social que esto ha generado y de la gravedad del fenómeno de la delincuencia en varias localidades de Ecuador, incluyendo la provincia del Guayas. En este sentido, el Estado tiene la obligación de adoptar las medidas necesarias para garantizar la seguridad ciudadana, a través de métodos que respeten los estándares de los derechos humanos en el marco de una sociedad democrática. La Comisión es de la opinión que aminorar el malestar social por la situación económica y combatir la delincuencia mediante la suspensión de garantías individuales en virtud del estado de emergencia, no se ajusta a los parámetros exigidos por la Convención Americana para que sea procedente su declaración. El Estado tiene y debe contar con otros mecanismos para canalizar el malestar social y combatir la delincuencia que no signifiquen la derogación de garantías esenciales de la población¹³.

Es importante señalar que es común que en las declaratorias de estados de excepción, los Gobiernos ordenen la intervención de las fuerzas armadas en cuestiones de seguridad para velar por la seguridad ciudadana lo que constituye un aspecto de singular preocupación para la Comisión. Sobre el particular, la Comisión reitera, con base en su experiencia en el hemisferio, sus reservas en el sentido que se emplee a los efectivos de las Fuerzas Armadas para realizar funciones propias de la policía civil, ya que las Fuerzas Armadas están entrenadas para realizar funciones diferentes de aquellas que se refieren al control de la delincuencia y a velar por la seguridad ciudadana. Sin embargo, si la situación fuera tan extrema que requiriese tal

¹³ CIDH, Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en el Ecuador, Capítulo II.

medida se deben establecer previamente las limitaciones y los mecanismos necesarios para que la actuación de las fuerzas militares se apegue al marco de respeto a los derechos humanos

Por ello, la Comisión Interamericana considera que, de acuerdo a las condiciones establecidas en el artículo 27 de la Convención Americana, la declaración de un estado de emergencia requiere satisfacer ciertos criterios; que hay ciertas garantías que nunca pueden ser suspendidas, y las que sí pueden serlo, deben ser limitadas sólo de acuerdo a los criterios de la Convención. Por último, debe resaltarse, que la compatibilidad o no de la declaración del Estado de Emergencia con la Convención Americana debe analizarse caso por caso, teniendo en cuenta que la declaración de emergencia es una medida absolutamente excepcional.

d. Seguridad de los grupos vulnerables

En el tratamiento del tema de la seguridad como una noción amplia que exige el respeto y protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales, debe tenerse en cuenta que hay ciertos grupos que requieren acciones diferenciadas y una especial protección por parte de los Estado ya que se trata de aquellos grupos que se encuentran en situación de vulnerabilidad, entre los que se puede citar a mujeres, niños, migrantes, defensores de derechos humanos, pueblos indígenas, y otros.

Con relación a la situación de la mujer en el hemisferio debe establecerse primordialmente que la violencia contra la mujer proviene de una discriminación de género y constituye la violación de múltiples derechos humanos.

Entre los instrumentos del Sistema Interamericano de Protección, además de tener aplicación la Convención Americana y la Declaración, es fundamental citar la normativa de otro instrumento específico en la materia. El derecho a estar exento de violencia en la esfera pública y en la esfera privada, estipulado en el artículo 3 de la Convención de Belém do Pará¹⁴ incluye, el derecho a la protección de otros derechos básicos, *inter alia*, a la vida, a la integridad personal, a la libertad, a no ser sometida a tortura, a la igual protección ante y de la ley y a un acceso efectivo a la justicia, estipulados en el artícu-

¹⁴ Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, adoptada el 9 de junio de 1994; entra en vigor el 5 de marzo de 1995.

lo 4. El artículo 5 establece que “Los Estados partes reconocen que la violencia contra la mujer impide y anula el ejercicio de tales derechos”. Por su parte, el artículo 6 establece además que el derecho de toda mujer a una vida libre de violencia comprende el derecho a ser libre de toda forma de discriminación y a ser valorada y educada libre de patrones estereotipados de comportamiento. En consecuencia existe una conexión integral y complementaria entre las garantías establecidas en la Convención de Belém do Pará y los derechos y libertades básicos estipulados en la Convención Americana y otros instrumentos internacionales de protección, lo que implica la violencia contra la mujer se traduce como violación de los derechos humanos.

La violencia contra la mujer representa, un problema de derechos humanos y por ende también de bajos niveles de seguridad. Como se estableciera en el reciente informe sobre la situación de las mujeres en Ciudad Juárez¹⁵, en la región se le ha acordado darle al fenómeno una atención prioritaria, en la convicción de que su erradicación es esencial a fin de que las mujeres vivir sin temor y con oportunidad de participar plenamente y en condiciones de igualdad en la vida nacional en todas sus esferas. La violencia contra la mujer es un problema que afecta a hombres, mujeres y niños; distorsiona la vida familiar y el tejido social.

El Informe sobre Ciudad Juárez¹⁶ dice:

La violencia contra la mujer impone un costo terrible a las víctimas, a sus familias y a la sociedad en conjunto, y tiene efectos intergeneracionales. Es esencial que todos los sectores, tanto público como privado, sean convocados al proceso tendiente a enfrentar el problema. El método no puede consistir en culpar a las víctimas, sino en modificar las modalidades y prácticas que les coloca a merced de esas violaciones a los derechos humanos. Por ello, es preciso asegurar una mayor participación de las mujeres en la formulación de las políticas públicas y una mayor participación de los hombres a los efectos de cambiar modalidades y prácticas tradicionales basadas en estereotipos. La responsabilidad del Estado mexicano tendiente a hacer frente a esa violencia y poner fin a la impunidad consiste en diseñar y aplicar medidas eficaces de prevención y respuesta que impliquen la participación sustancial del gobierno federal y del gobierno

¹⁵ Situación de los Derechos Humanos de la Mujer en Ciudad Juárez, México: el Derecho a no ser objeto de Violencia y Discriminación. Aprobado por la Comisión en su 117 período ordinario de sesiones. OEA/Ser.L/V/II.117 doc. 44.

¹⁶ *Ibid.*, párrafo 168.

de Chihuahua así como la Municipalidad de Ciudad Juárez y la sociedad civil.

La CIDH, se pronunció en relación al Caso Raquel Martín de Mejía¹⁷ en el sentido que la violación, como acto de violencia contra la mujer, llenaba los elementos que definen la tortura en el artículo 2 de la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura.

Asimismo, la Comisión se pronuncia en relación a la violencia doméstica en el caso de Maria de la Penha Maia Fernandez¹⁸ señalando la obligación del Estado de actuar con prontitud y diligencia para investigar este tipo de violencia indicando que la impunidad es contraria a los deberes adquiridos por el Estado conforme al artículo 7 de la Convención de Belém dó Pará.

Respecto de la situación de los defensores de derechos humanos, durante el año 2002 los defensores de derechos humanos continuaron siendo víctimas de asesinatos, múltiples amenazas y señalamientos que interfieren en su labor de promoción y protección de los derechos humanos. En vista de la gravedad y urgencia de algunas de las situaciones puestas en conocimiento de la CIDH, ésta decidió invocar el mecanismo previsto en el artículo 25 de su Reglamento, y otorgar medidas cautelares con el fin de proteger la vida e integridad personal de una persona, grupos de personas o miembros de organizaciones de derechos humanos en el hemisferio.

La Comisión considera importante señalar que en el proceso para el logro pleno del Estado de Derecho, los defensores de derechos humanos tienen un papel protagónico. Las acciones de los defensores, a través de diligencias destinadas a la protección de víctimas de violaciones de derechos humanos, la denuncia pública en relación a las injusticias que afectan a importantes sectores de la sociedad así como el monitoreo sobre los funcionarios públicos y las instituciones democráticas, entre otras actividades, los convierten en un pilar irremplazable para la construcción de una sociedad democrática sólida y duradera.

En relación a los derechos del niño y la niña, determinados estudios han documentado el daño que se produce cuando han sido ex-

¹⁷ Caso 10.970 Raquel Martín de Mejía, Informe 5-96, 1995, *Informe Anual de la CIDH*.

¹⁸ Caso 12.051. Informe No. 54-01, *Informe Anual de la CIDH*, 2000.

puestos a situaciones de violencia intra-familiar como un factor que aumenta el riesgo de perpetración de actos de violencia de ese género al llegar alcanzar el niño la edad adulta. Se trata de un problema de seguridad humana, un problema de justicia y un problema social y un problema de salud pública y de educación.

Asimismo, una cuestión de especial preocupación para la CIDH, lo constituye la situación de los llamados “niños de la calle”. El derecho del niño a “las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”¹⁹, impone al Estado entre otros, una obligación de tomar medidas para evitar el fenómeno de los niños de la calle. En este sentido, la Convención sobre los Derechos del Niño²⁰ reconoce el derecho del niño “a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social.”

Tanto la Convención Americana como la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño prevén que la familia sea responsable de garantizar el nivel de vida del niño²¹. Sin embargo, dichos instrumentos también establecen las obligaciones del Estado en su protección. La Convención sobre los Derechos del Niño establece que los Estados Partes “adoptarán medidas apropiadas para ayudar a los padres a dar efectividad al derecho [a un nivel de vida adecuado] y, en caso necesario, proporcionarán asistencia y programas de apoyo, particularmente con respecto a la nutrición, vestuario y la vivienda”.

En el caso Villagrán Morales²², la Corte Interamericana se pronunció en lo que respecta al artículo 19 de la CADH y la Convención sobre los Derechos del Niño, manifestando que:

Para fijar el contenido y los alcances de la disposición general definida en el artículo 19 de la Convención Americana. Tanto la Convención Americana como la Convención sobre los Derechos del Niño forman parte de un muy comprensivo *corpus juris* internacional de

¹⁹ Artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

²⁰ Convención de la ONU sobre los Derechos del Niño. 20 de Noviembre de 1989. Resolución de A.G. 44/25, Anexo 44.

²¹ Artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: “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”.

²² Sentencia de la Corte Interamericana del 19 de Noviembre de 1999. Serie C, No. 63, parr.178-198.

protección de los niños que debe servir a Esta Corte para fijar el contenido y los alcances de la disposición general definida en el artículo 19 de la Convención Americana.

Por lo tanto, los Estados están obligados a intervenir para proveer las necesidades básicas de los niños, cuando sus familias no se encuentran en condiciones para hacerlo, antes de que se vean obligados a desplazarse hacia la calle por falta de techo o por la necesidad de buscar dinero, obligados a trabajar prematuramente o recurriendo al robo, o mendigando, para poder alimentarse.

Si bien la Comisión reconoce que el deber de los Estados en este contexto es el de avanzar hacia la protección cabal de conformidad con sus posibilidades también la Convención de los Derechos del Niño establece que las medidas que debe adoptar el Estado para garantizar la nutrición y la vivienda son las posibles “de acuerdo con las condiciones nacionales y con arreglo a sus medios” Pero a la vez, en relación con los derechos económicos y sociales en general, la Convención Americana compromete a los Estados a adoptar medidas “para lograr progresivamente la plena efectividad” de dichos derechos.

La Convención establece que el Estado debe adoptar las medidas necesarias para “proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente [...] mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo”.

Concretamente sobre este punto la CIDH, ha establecido en el Tercer informe sobre la situación de derechos humanos en Colombia que:

Sin embargo, la naturaleza del deber del Estado en relación con sus posibilidades no implica que no exista una obligación concreta. De hecho, dado que los niños deben gozar de una especial protección requerida por su condición de menor, el deber de garantizarles un nivel de vida adecuado debe ser una prioridad entre los programas del Estado y el gasto público.

La Comisión resalta que, además de prevenir que los niños lleguen a la calle, el Estado también tiene la obligación de proveer una protección especial a los menores que ya se han convertido en niños de la calle ya que para ellos el nivel de vida es aún más precario, haciendo más obvia la necesidad de intervención y asistencia por parte

del Estado. Los niños y niñas, están expuestos a una serie de peligros adicionales por lo que el Estado tiene el deber de prevenir estos peligros, especialmente a través de la adopción de medidas que logren sustraer al niño de la calle de su situación como tal para lograr alcanzar los estándares internacionales en cuanto a la protección y seguridad del menor.

En relación a los pueblos indígenas, la Comisión Interamericana desde sus inicios ha manifestado una constante preocupación por los derechos humanos de sus miembros. La tierra constituye para los pueblos indígenas una condición de la seguridad individual y de enlace del grupo. La recuperación, reconocimiento, demarcación y registro de las tierras significan derechos esenciales para la supervivencia cultural y para mantener la integridad comunitaria. En tal sentido es fundamental hacer un llamamiento a los Estados para el reconocimiento de las tierras de los pueblos indígenas como condición fundamental para garantizar su seguridad, y para ello debe cumplirse las recomendaciones que ha formulado la Comisión en tal sentido en sus diferentes informes.

En relación al tema, la Comisión remitió a la corte el Caso Awas Tigni²³ contra Nicaragua, caso que ya ha sido dirimido en los procedimientos del Sistema y más recientemente el caso Yakye Axa²⁴ contra Paraguay.

Conclusiones

El sistema de seguridad en los diferentes países del hemisferio debe responder a nuevos principios que suponen apartarse de la concepción de que a mayor protección de los derechos humanos se incrementa la inseguridad. Por el contrario, la seguridad ciudadana comprende el pleno respecto de los derechos humanos y el establecimiento por parte de los Estados de las condiciones necesarias para su goce sin discriminación alguna y con especial atención a los grupos en situación de vulnerabilidad.

Una de las grandes batallas de la CIDH ha sido el tema de la impunidad como resultado de la ineficacia de los órganos de justicia, o

²³ Corte IDH, Caso Awas Tigni. Sentencia sobre el fondo y reparaciones, 31 agosto 2001.

²⁴ CIDH, Caso Yakye-Axa del Pueblo Enxet-Lengua, Informe No. 2/02, *Informe Anual 2002*.

como resultado de la distorsión que provoca la jurisdicción militar cuando se le atribuye competencia para juzgar delitos comunes cometidos por miembros de la institución armada, y peor aún, cuando se les faculta para juzgar civiles.

El consenso democrático y la eficacia de los órganos de justicia deben constituirse en ejes fundamentales en torno a los cuales deben organizarse, estructurarse y proyectarse las actividades para la prevención a las violaciones a los derechos humanos. Es por lo tanto, en el marco del fortalecimiento de la democracia u del Estado de Derecho que deben establecerse las medidas y estándares en cuestión de seguridad ciudadana.

En este contexto, es necesario impulsar un enfoque integrador, que no sólo identifique a las amenazas tradicionales sino que sea capaz de incorporar las nuevas situaciones, estableciendo vínculos entre actores estatales y no gubernamentales para enfrentarlas de manera efectiva.

Sin embargo el eje fundamental en el cual debe centrarse la seguridad es la garantía de la justicia. No predominará la seguridad de la ciudadanía sino cuando se supere la impunidad, la cual se podrá superar solamente cuando los mecanismos de investigación sean efectivos, el apego a la ley sea una realidad y la justicia responda a las violaciones del derecho a la vida, a la integridad personal y a la libertad, en total observancia del debido proceso y los derechos de las víctimas. Solamente la justicia pronta y cumplida combate la violencia sin generar mas violencia y por ello garantiza la seguridad.

Es importante señalar que frente a la inseguridad ciudadana se precisan acciones múltiples de respuesta, que conllevan acciones inmediatas para controlar y en su caso, reprimir la violencia; acciones de mediano plazo y largo plazo dirigidas a resolver las fuentes que originan el problema. La seguridad humana requiere también de las acciones coordinadas de los todos los órganos del Estado y de éstos con la sociedad civil, sin que ello implique eximir de la responsabilidad que compete al Estado. En tal sentido, deben atenderse las medidas de prevención, que aún cuando conlleva a una planificación progresiva, son más eficientes por cuanto atacan la raíz del problema. En este contexto las acciones son más efectivas cuando se aplican en el ámbito municipal o de las primeras comunidades, en las que se conoce de manera más precisa la situación que se afronta y las

medidas para resolverla. Asimismo, la coordinación con las organizaciones comunales, los empresarios y las ONG's que constituyen foros desde donde se discuten los problemas, pueden contribuir en formular propuestas para adoptar medidas que tengan el apoyo de la sociedad y mayor sostenibilidad.

Finalmente, es necesario concluir que las primeras exigencias para la seguridad ciudadana en el contexto de una sociedad democrática es prioritario fortalecer los mecanismos de justicia y garantizar los derechos individuales de las personas. Los organismos que luchan contra el crimen común y el crimen organizado deben contar con los instrumentos idóneos para conducir la defensa de la sociedad en el marco del respeto a los derechos humanos. En definitiva, se trata de aumentar la eficiencia de las fuerzas de seguridad, sin vulnerar las garantías individuales, todo un desafío a la imaginación y al esfuerzo ciudadano en una persistente atención hacia las medidas que adopten las autoridades.

**Seguridad y derechos humanos de
grupos en condición de vulnerabilidad**

Tortura e segurança pública no Brasil

*Márcia Canário de Oliveira Gomes**

Na Alemanha, eles começaram por buscar os comunistas, e eu não protestei, porque não era comunista. Depois, vieram buscar os judeus, e eu não protestei, porque não era judeu. Depois, vieram buscar os sindicalistas, e eu não protestei, porque não era sindicalista. Depois, vieram buscar os católicos, e eu não protestei, porque não era católico. Depois, vieram buscar a mim, e nessa altura não sobrou ninguém para protestar.

Frase atribuída ao Pastor Martin Niemoller, famoso clérigo antinazista alemão (1945).

A tortura é uma prática sistemática no Brasil. Em dois anos de funcionamento, o SOS-Tortura, que integrava os esforços feitos pela Campanha Nacional Permanente de Combate à Tortura e à Impunidade (CNPCTI), registrou mais de 1300 alegações de tortura praticada por agentes de segurança em todo o país¹. Antes disso, o próprio Relator das Nações Unidas já havia alertado sobre a “cultura da brutalidade” exercida contra suspeitos e condenados por crimes². Quem lida com este tipo de problema sabe que dificilmente essas vítimas se recuperarão plenamente do trauma e apagarão as seqüelas da violência.

Na visão dos militantes de direitos humanos, nada justifica a prática da tortura e outras graves violações relacionadas ao funcionamento do sistema de justiça e segurança pública. Elas apenas ajudam a aumentar as ameaças existentes à segurança da

* Participante en el XXI Curso Interdisciplinario en Derechos Humanos. Licenciada en Relaciones Internacionales. Asistente de Investigación y de la Supervisión del SOS-Tortura, Movimiento Nacional do Direitos Humanos.

¹ Dado constante do *Relatório Final da Campanha Nacional Permanente de Combate à Tortura e à Impunidade*, 2003. O SOS-Tortura encerrou definitivamente suas atividades em janeiro de 2004.

² *Relatório Sobre a Tortura no Brasil*, publicado em Genebra, em abril de 2001.

população, posto que à ação de delinquentes, soma-se a ação arbitrária do Estado, sendo que esta não logra qualquer resultado efetivo sobre o controle daquela. A despeito disso, tem sido extremamente complicado combater as violações citadas, já que existe forte respaldo político e popular a favor de sua ocorrência.

O que leva governantes, populares e profissionais encarregados da segurança pública a aceitar e, eventualmente, defender publicamente violações tão graves de direitos humanos? Além da ignorância e da introjeção de uma cultura autoritária, será possível dizer que a tortura e as práticas correlatas, de alguma forma, tornaram-se **funcionais** à reprodução de um sistema social excludente? Será que o desaparecimento dos serviços de segurança, a falta de treinamento e qualificação de policiais, além da falta de controle social sobre estas instituições podem ser compreendidos como parte de um mesmo processo que se serve da prática de violações aos direitos humanos como meio de dominação de alguns grupos sociais sobre outros? São essas perguntas que pretendemos investigar ao longo deste artigo, numa tentativa de apontar caminhos para elucidação de causas obscuras para a ocorrência de torturas e outras violações de direitos humanos.

Acreditamos que o sistema de justiça e segurança pública brasileiro, salvo honrosas experiências pontuais³, não está montado de forma a exercer as funções próprias do Estado⁴ – salvaguarda dos direitos dos cidadãos e mediação institucional das relações sociais –, em especial no que tange às comunidades carentes. Na verdade, conforme tentaremos demonstrar, ele estaria estruturado de forma ineficaz, exercendo abusivamente o seu poder contra grupos vulneráveis e servindo-se das violações de direitos humanos ora como meio de “suprir” suas deficiências básicas, ora como expressão

3 Não podemos deixar de considerar que há esforços significativos sendo feitos por grupos de juizes, promotores e policiais no sentido de adequar o sistema às necessidades da cidadania. Alguns bons exemplos são o apoio dado por alguns Ministérios Públicos Estaduais às Centrais Estaduais da Campanha Nacional Permanente de Combate à Tortura e à Impunidade, bem como as experiências bem sucedidas de policiamento comunitário que, paulatinamente, se espraiam pelo Brasil.

4 Reportamo-nos aqui ao debate, iniciado por Hobbes, Locke e Rousseau, acerca da razão de ser do Estado e do Contrato Social. Esta tradição influenciará importantes autores ao longo da Modernidade e, até hoje, o seu poder explicativo tem valor reconhecido.

da dominação de um grupo social sobre outro. Em determinados momentos, esse processo serve, inclusive, de base para a consolidação de outras disfunções, a exemplo da corrupção e do conluio de setores do Estado com o crime organizado.

Neste artigo, discutiremos a prática da tortura como uma violação de direitos humanos que está estreitamente relacionada às falhas de concepção do sistema de justiça e segurança pública. Haverá o esforço de demonstrar que, pelo menos no Brasil, a tortura é a expressão, ao mesmo tempo em que é causa, de um sistema pouco apto a atender as demandas por segurança da população. Esperamos, com isso, contribuir igualmente para a compreensão de algumas das barreiras estruturais ao efetivo combate à prática de tortura e outras violações de direitos humanos em nosso País.

Para cumprir este intento, seguiremos a seguinte trajetória: inicialmente, apresentaremos uma breve reflexão sobre a relação entre direitos humanos e segurança pública; adiante, analisaremos os conceitos-chave de segurança pública e de tortura, ressaltando, neste último caso, as diferenças entre a concepção internacional e a legislação brasileira; em seguida, buscaremos elucidar como a tortura se insere, funcionalmente, em diversas etapas da desajustada engrenagem do sistema de justiça e segurança; por fim, tentaremos, por meio de um estudo de caso, pôr em evidência a realidade a que nos referimos em termos teóricos.

Direitos humanos e segurança pública

Direitos humanos são, por excelência, a síntese de um esforço internacional para garantir que o Estado seja o instrumento de proteção da dignidade humana, jamais o seu algoz⁵. Para isso, deve haver respeito à individualidade dos cidadãos, *accountability*, compromisso com a inclusão social, com a não discriminação e com o Estado de Direito. Caso os direitos humanos fossem plenamente respeitados, não haveria fome (direito à alimentação), não haveria execuções sumárias (direito à vida), não haveria desemprego (direito ao trabalho) e não haveria a expansão descontrolada da criminalidade (direito à segurança pessoal).

⁵ Ver Cançado Trindade, A.A. *A Proteção Internacional dos Direitos Humanos e o Brasil*, Editora Universidade de Brasília, 2ª edição, 2000.

Combater as violações de direitos humanos no sistema de justiça e segurança significa, a nosso ver, adequá-lo para o exercício de suas funções de salvaguarda dos direitos dos cidadãos e mediação institucional das relações sociais. Desde os primeiros debates entre os teóricos da Modernidade sobre o Estado, estas têm sido aceitas como algumas das principais funções inerentes ao Estado: a proteção dos indivíduos contra qualquer forma de violência e a criação de meios para a resolução pacífica de controvérsias sociais. Estas atribuições podem ser vistas não apenas como a causa original da existência do Estado, mas principalmente como a fonte do seu monopólio do uso legítimo da força, característica que o difere de todas as outras instituições sociais⁶.

Em termos gerais, caso estes pressupostos fossem consensualmente aceitos, não haveria sentido na decantada discussão sobre a compatibilidade entre respeito aos direitos humanos e promoção da segurança pública. Haveria a compreensão de que a própria materialidade da segurança pública pressupõe o respeito aos direitos fundamentais de todos e de que as atividades dos órgãos de segurança devem estar integradas ao processo de promoção desses direitos. Na prática, porém, nem as instituições sociais e políticas de nosso país, tampouco a nossa sociedade incorporaram os supramencionados valores.

Ao falarmos de **contenção da violência e promoção da segurança pública**, por sua vez, estaremos tratando, dentre outros assuntos, da capacidade do Estado de impor aos indivíduos condutas condizentes com determinados padrões tidos como socialmente aceitáveis. O Estado Democrático age nestes casos, ou deveria agir, em nome da consciência social; usa o seu monopólio do uso legítimo da força para impor uma determinada ordem de coisas e garantir a obediência ao ordenamento jurídico. Esse poder, se não for controlado, se não estiver bem delimitado e inserido em um contexto de controle social, pode deteriorar-se e exacerbar em autoritarismos, ameaçando a própria essência da democracia.

Conforme veremos, a sociedade brasileira, talvez devido à sua formação calcada na exclusão de amplas parcelas da população,

⁶ Ver Weber, Max. "A Política como Vocação", in *Ciência e Política: Duas Vocações*, Cultrix, São Paulo, 1970.

tende a aceitar, com certa naturalidade, que determinados grupos sofram violações, posto que não os percebe como dignitários de direitos. Este processo incorpora-se à vida social de tal maneira, que as próprias populações subalternas acabam por aceitar-se como indignas de pleitear novos padrões de relação social e terminam por compreender -e “legitimar”- o Estado como um instrumento a serviço dos grupos dominantes. Com isso, cria-se um ambiente que, mais do que propiciar a ocorrência de violações de direitos humanos, utiliza-se delas diuturnamente para a reprodução da estrutura de dominação.

Neste artigo, trabalharemos à luz dos valores que embasam a defesa dos direitos humanos. Estes valores, certamente, vão de encontro a toda a lógica supracitada, já que compreende o Estado unicamente como um instrumento de promoção e proteção da dignidade humana. Nas palavras de Pinheiro⁷, “a falência do Estado em assegurar sua mais básica obrigação -assegurar os direitos humanos de seus cidadãos- é uma negação da modernidade e do progresso. Nenhum país pode pretender aceder a democracia plena e promover o desenvolvimento humano sem realizar essa obrigação”.

Haverá, por conseguinte, o esforço de desmistificar o preconceito de que “direitos humanos servem para proteger bandido e atrapalhar o combate à criminalidade”. Na verdade, os direitos humanos seriam, a nosso ver, o instrumento de proteção da sociedade contra o abuso e o descaso dos governantes, inclusive no que tange à segurança pública. Eles não atrapalham; são peça fundamental de uma gestão verdadeiramente eficaz e racional da segurança pública.

Segurança pública

A segurança pessoal é um direito garantido pela Constituição Brasileira e por alguns dos principais documentos internacionais de direitos humanos⁸. O gozo deste direito depende, dentre outros

⁷ Pinheiro, Paulo Sérgio. “O controle da violência do Estado e a incorporação das normas internacionais de direitos humanos: o caso brasileiro”. In: Cançado Trindade, A. A. (editor). *A incorporação das normas internacionais de proteção dos direitos humanos no direito brasileiro*, San José, Costa Rica: IIDH, 1996, 2ª ed., págs. 297-322, pág. 297.

⁸ Constituição da República Federativa do Brasil (artigo 5º), Declaração Universal dos Direitos Humanos (artigo 3º), Declaração e Convenção Americanas de Direitos Humanos (artigos 1º e 5º e 7º, respectivamente) e Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (artigo 9º).

fatores, da capacidade do Estado e da sociedade de exercer efetivo controle social sobre as condutas dos cidadãos, não apenas por meios coercitivos, mas, também, por mecanismos de inclusão, socialização e resolução de conflitos eficazes. Para efeitos deste artigo, chamaremos promoção da segurança pública aos esforços empreendidos nesse sentido, ou seja, a fim de adequar as condutas de todos os cidadãos a padrões compatíveis com a garantia da segurança pessoal difusa e promover a mediação pacífica de controvérsias.

De acordo com o artigo 144 da Constituição Brasileira, a “segurança pública, dever do Estado e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio [...]”. Esta definição demonstra o reconhecimento do legislador de que (1) a segurança pública não depende apenas do Estado e (2) ela deve preservar homens e mulheres contra quaisquer violências, seja contra sua pessoa, seja contra sua propriedade. O terceiro elemento, a manutenção da ordem pública, apesar de sua relevância para a vida social não será objeto de nossa análise, visto tratar-se de questão razoavelmente específica⁹.

Assim que, em termos gerais, podemos considerar, igualmente, a promoção da segurança pública como sendo os esforços empreendidos pela sociedade e pelo Estado para se minimizar a ocorrência de violências. É importante frisar que usamos o termo *violência* em um sentido bem mais estrito do que autores como Galtung¹⁰, para quem a violência ocorre sempre que “seres humanos são influenciados de tal modo que a sua realização atual, somática e mental é inferior à sua realização potencial”. O conceito amplo defendido por este autor, apesar de seu excelente poder explicativo em questões relativas à justiça social, poderia causar problemas em nosso caso. Trabalhamos, por conseguinte, com a idéia de violência como sendo todo e qualquer ato pelo qual um indivíduo ou grupo de indivíduos ofende(m) ou põe(m) em risco a integridade física,

⁹ De acordo com o *Manual de Ensino para Instrutores do Comitê Internacional da Cruz Vermelha – Servir e Proteger*, “a essência da manutenção da ordem pública é permitir a reunião de um grupo de pessoas que estejam a exercer seus direitos e liberdades legais sem infringir os direitos dos outros, enquanto, ao mesmo tempo, assegurar a observância da lei por todas as partes” (Capítulo 7, página 03).

¹⁰ Galtung, Johan. “Investigações sobre a Paz: Violência, Paz e Investigação sobre a Paz”, in: Brasllard, Philippe. *Teoria das Relações Internacionais*. Caloust Gulbenkian, Lisboa, 1990, págs. 331-357, p. 333.

psíquica ou mental de pelo menos uma pessoa e/ou o gozo de seus legítimos direitos de propriedade.

(In)segurança Pública no Brasil

A violência é, atualmente, a segunda maior preocupação do povo brasileiro, perdendo apenas para o desemprego¹¹. Nosso País atingiu níveis de criminalidade sem precedentes em sua história e somente comparáveis a algumas das regiões mais inóspitas do planeta. Figuramos tristemente como o 5º país do mundo em termos de taxa de homicídios anual e a violência consolida-se, também, como a principal causa de morte entre os jovens de 15 a 24 anos¹². Esses dados revelam a grande falha no provimento da segurança pública no Brasil e a necessidade de se repensar a política de contenção das condutas anti-sociais e da violência em nosso território.

A escalada da violência é uma expressão perversa da falta de direcionamento das mudanças estruturais por que a sociedade brasileira está atravessando. De um lado, a crescente exclusão social, a desagregação familiar, a falta de alternativas para a juventude e a perda progressiva do capital social nas grandes cidades têm contribuído para aumentar os incentivos à conduta delitiva. Por outro lado, aparelhos de repressão violentos, submetidos a políticas populistas, visam apenas a conferir visibilidade às ações policiais e, não, a torná-las mais efetivas. Este quadro cria o ambiente propício para o recrudescimento dos conflitos sociais, respaldando discursos conservadores a respeito da gestão da segurança pública¹³.

Esse processo agrava-se pelo fato de o Brasil não ter uma política de segurança pública no sentido estrito do termo, que leve em consideração a complexidade do fenômeno da violência e aja de forma eficaz, coordenada e permanente. A sociedade ainda

¹¹ Segundo a Datafolha, em fevereiro de 2002, a violência era considerada o principal problema do país para 21% dos brasileiros, perdendo apenas para o desemprego, que representava a principal preocupação para 32% (dados disponíveis no sítio: http://www1.folha.uol.com.br/folha/datafolha/po/segpublic_022002a.shtml).

¹² Waiselfisz, Julio Jacobo. *Mapa da Violência II: os Jovens do Brasil – Juventude, Violência e Cidadania*, UNESCO, Brasília, 2000.

¹³ Ver Soares, Luiz Eduardo. *Meu Casaco de General*, CIAdas Letras, São Paulo, 2000. Para uma análise crítica sobre a compreensão da sociologia a respeito desse processo, ver Paixão, A. L. “Crime, controle social e a cultura oficial da sociologia”, in *Revista Sociedade e Estado*, Universidade de Brasília, Brasília, Volume X, número 2, julho-dezembro, 1995, páginas 513 a 525.

permanece refém dos vultosos gastos com ações de muita visibilidade e pouca efetividade que costumam ocorrer a cada vez que um crime bárbaro choca a consciência das pessoas e ganha espaço demasiado na mídia.

Nesse contexto, a tortura, o abuso de autoridade e as execuções sumárias, dentre outras violações de direitos humanos, tornam-se absolutamente funcionais ao sistema. Elas ajudam a criar uma sensação de efetividade no combate à delinquência, ao mesmo tempo em que permitem a reprodução de velhos modelos de dominação e exclusão social. As principais vítimas desse processo serão, fatalmente, os setores marginalizados da população, que acabam submetidos ora ao abandono e ao descaso, ora à intervenção violenta e arbitrária do Estado em suas vidas.

A criminalização da tortura

A criminalização da tortura nos documentos internacionais

A prática de tortura, embora condenada em diversos documentos relevantes de direitos humanos, permaneceu carente de criminalização internacional até a década de 1980, quando foi aprovada a Convenção das Nações Unidas Contra Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis Desumanos ou Degradantes¹⁴. Até então, os militantes de direitos humanos contavam, no plano jurídico internacional, basicamente com artigos esparsos em documentos não específicos tais como as Declarações de Direitos Humanos (Universal e outras) e o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos que, apesar de relevantes, não definiam precisamente o conceito de tortura. Além deles, havia somente a Declaração sobre a Proteção de Todas as Pessoas Contra a Tortura e Outras Penas ou Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes¹⁵, instrumento que não cria obrigação internacional entre os países, tampouco mecanismos de averiguação e monitoramento¹⁶. A Convenção

¹⁴ A Convenção entrou em vigor em 26 de junho de 1987, sendo que o Brasil a ratificou no final de 1989.

¹⁵ Aprovada pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 9 de Dezembro de 1975.

¹⁶ É interessante citar a proibição da tortura também no direito internacional humanitário, pela Convenção de Genebra relativa à Proteção dos Civis em

supramencionada significou, portanto, um marco fundamental no combate à tortura e serviu de inspiração tanto para a aprovação de documentos regionais¹⁷ sobre o assunto quanto para a criação e fortalecimento de mecanismos de proteção específicos¹⁸.

Conceitualmente, os documentos internacionais consideram a tortura unicamente como uma prática de **agentes do Estado** no exercício da função ou em razão dela. Este é um elemento importante para fazê-la elevar-se da condição de crime comum para uma grave violação de direitos humanos e será uma das poucas características que não sofrerá variação nos diversos instrumentos dedicados ao tema¹⁹. Esta compreensão tem norteado, igualmente, a atuação das entidades da sociedade civil e dos responsáveis pelo monitoramento sobre a prática de tortura em todo o mundo.

Outro elemento importante da definição de tortura é a **intencionalidade** do agente em infligir intenso sofrimento à vítima. Este sofrimento pode ocorrer de forma indireta²⁰, mas será sempre uma ação deliberada. Em outras palavras, não haveria a possibilidade de tortura sem dolo, de forma involuntária ou acidental.

Decorre da intencionalidade o fato de, em geral, haver **finalidades** para a prática. Analisando-se os documentos internacionais, no entanto, percebe-se haver uma tendência à progressiva flexibilização quanto às finalidades previstas, a ponto de a Convenção Interamericana encerrar sua lista com um sintomático “com qualquer outro fim” e o Estatuto de Roma sequer fazer menção a esse respeito. Esse avanço pode ser atribuído, provavelmente, às

Tempo de Guerra (Convenção IV de 12 de agosto de 1949). No sistema europeu, vale ressaltar a Convenção sobre a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais, que serviu de referência para a Convenção Européia para a Prevenção da Tortura e Tratamento ou Punição Desumano ou Degradante, adotada no âmbito do Conselho da Europa, em Estrasburgo, em 26 de novembro de 1987.

¹⁷ No mesmo ano, foi aprovada a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, que viria a entrar em vigor em 1985.

¹⁸ A Convenção criou, no âmbito das Nações Unidas, o Comitê Contra a Tortura (CAT, da sigla em inglês para *Committee Against Torture*).

¹⁹ A única exceção relevante seria o conceito adotado pelo Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, que será comentado mais adiante.

²⁰ Às vezes, por exemplo, os agentes submetem a maus tratos um ente querido da vítima a fim de obter dela o de que necessitam.

dificuldades práticas para a determinação do objetivo do agente ao cometer a tortura, bem como à percepção de que as motivações possíveis para tanto seriam demasiadamente variadas para que se possa prevê-las antecipadamente.

Finalmente, é de fundamental importância observar que todos os documentos têm o cuidado de ressaltar que a descrição feita da tortura **não se refere a dores ou sofrimentos resultantes unicamente de sanções legítimas, impostas em função de determinação legal**. Esse cuidado mostra a preocupação dos legisladores em abolir a tortura sem inviabilizar a utilização dos instrumentos coercitivos necessários aos Estados e às sociedades para o controle da criminalidade comum. Reflete, de maneira indireta, a idéia de que (1) a tortura jamais poderá ser considerada um uso adequado do monopólio do uso da força pelo Estado e (2) o uso proporcional e não cruel da força, ainda que cause sofrimento, pode ser perfeitamente legítimo aos olhos da comunidade internacional de defesa dos direitos humanos.

Havendo pontuado tais características gerais, convém observar que o documento internacional que, a nosso ver, melhor conceitua o crime de tortura é, sem dúvida, a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura (1985). Ela leva em consideração todos os elementos importantes para distingui-la de outras práticas, ao mesmo tempo em que reconhece a dificuldade de se estabelecer limites estreitos para sua ocorrência. Nesse sentido, acreditamos que ela possibilita uma caracterização simples e eficaz, que facilita a adoção de políticas públicas voltadas para a prevenção e combate à tortura e práticas correlatas.

Esta Convenção define a tortura em seus artigos 2º e 3º:

ARTIGO 2:

Para os efeitos desta Convenção, entender-se-á por tortura todo ato pelo qual são **infligidos intencionalmente** a uma pessoa penas ou sofrimentos físicos ou mentais, **com fins** de investigação criminal, como meio de intimidação, como castigo pessoal, como medida preventiva, como pena ou **com qualquer outro fim**. Entender-se-á também como tortura a aplicação, sobre uma pessoa, de **métodos tendentes a anular a personalidade da vítima, ou a diminuir sua capacidade física ou mental, embora não causem dor física ou angústia psíquica**.

Não estarão compreendidos no conceito de tortura as penas ou sofrimentos físicos ou mentais que sejam unicamente consequência de medidas legais ou inerentes a ela, contanto que não incluam a realização dos atos ou a aplicação dos métodos a que se refere este Artigo.

ARTIGO 3:

Serão responsáveis pelo delito de tortura:

- a) **os empregados ou funcionários públicos que, atuando nesse caráter,** ordenem sua comissão ou instiguem ou induzam a ela, cometam-no diretamente ou, podendo impedi-lo, não o façam;
- b) **As pessoas que, por instigação dos funcionários ou empregados públicos** a que se refere a alínea a, ordenem sua comissão, instiguem ou induzam a ela, cometam-no diretamente ou nele sejam cúmplices. (grifos nossos)

Convém ressaltar novamente a abertura sem precedentes que esta Convenção confere em termos das finalidades que motivam a tortura. Pelo texto, a tortura passa a ser um ato em si, visto que “**qualquer fim**” pode caracterizá-lo desde que seja, direta ou indiretamente, praticado por alguém avalizado pelo **poder público** e haja os elementos **intencionalidade** e **aplicação de método** capaz de produzir os efeitos descritos. Esta abertura facilita o enquadramento dos crimes de tortura e torna um pouco mais simples, portanto, os seus combate, identificação e prevenção²¹.

Percebe-se, então, que o propósito básico dos documentos internacionais de combate à tortura consiste em proteger o indivíduo contra abusos cometidos pela autoridade estatal no exercício do monopólio do uso da força. O esforço envidado tem o intuito de obrigar o Estado a utilizar o seu poder de forma legítima, em prol da sociedade e na defesa de seus direitos e interesses. A despeito das diferenças, a lógica subjacente aos tais documentos revela o desejo de se regular a atuação da única organização social cujo poder é totalmente extroverso, capaz, inclusive, de interferir em quase todos os aspectos da vida social.

Por fim, convém apenas observar rapidamente que esse raciocínio pode explicar, também, a omissão do Estatuto de Roma

²¹ Essa questão será crucial na realidade brasileira da luta contra a tortura, visto que a Lei 9455/97, que tipifica o crime, não é clara sobre tais aspectos. O assunto será comentado mais adiante.

em relação à necessidade de ser o agente um profissional a serviço do Estado. Com tal omissão, o Estatuto, que visa à punição dos responsáveis por crimes contra a humanidade, reserva-se a possibilidade de processar pessoas que, ainda que não estivessem à frente de um Estado reconhecido pela comunidade internacional, exerceram poder sobre determinada população como se governantes fossem. Esta situação contempla casos como os de líderes de grupos paramilitares e/ou revolucionários que mantêm sob seu jugo e arbítrio parcelas significativas da população de determinados países.

A criminalização da tortura na legislação brasileira

Até abril de 1997, o Brasil não tinha uma legislação específica acerca da prática de tortura. As diversas e graves violências cometidas por agentes do Estado no exercício de sua função só poderiam ser coibidas judicialmente com base em derivações das previsões contra o abuso de autoridade, lesões corporais, constrangimento ilegal e, em casos extremos, homicídio. A promulgação da Lei 9455/97, que define o crime de tortura, pode ser, nesse sentido, considerada uma grande conquista da sociedade civil organizada que, há muitos anos, lutava pelo reconhecimento formal da prática de tortura como crime no direito brasileiro.

Pretendia-se, assim, evitar que atos desta gravidade continuassem a receber o mesmo tratamento conferido pelo Judiciário àqueles crimes cometidos por delinqüentes comuns. Almejava-se, também, permitir a elucidação da realidade da tortura no Brasil, evidenciando ser ela sistematicamente utilizada contra suspeitos e condenados. Tais intentos, porém, foram prejudicados pela definição de tortura adotada pela Lei brasileira que, em certos aspectos fundamentais, difere diametralmente da lógica inerente aos conceitos de tortura adotados pelos documentos internacionais de que o Brasil é Parte.

O primeiro desses aspectos tem a ver com o fato de a nossa Lei **não considerar a tortura um crime próprio**, ou seja, não se trata de uma prática exclusiva de agentes do Estado, quer por ação, quer por omissão, quer por conivência. A Lei permite interpretações que podem levar à condenação de particulares por “tortura”, sem que o seu ato tenha qualquer ligação com a lógica acima mencionada de controle do arbítrio e da violência excessiva por parte do Estado. Este detalhe, aparentemente banal, tem dificultado a interpretação de dados sobre a tortura no Brasil, bem como a aplicação da Lei em termos de seus propósitos iniciais.

O fato de não ser um crime próprio torna a conduta descrita na referida Lei muito semelhante a outros tipos penais, tais como maus tratos (Código Penal, artigo 136), além dos já citados abuso de autoridade (Lei 4.898/65) e constrangimento ilegal (Código Penal, artigo 146). Tais semelhanças desacreditam a Lei e criam situações até mesmo esdrúxulas, tais como mães condenadas por tortura²² e constantes desenquadramentos de denúncias de torturas cometidas por policiais para abuso de autoridade e lesões corporais²³. Muitas vezes, em caso de dúvida quanto à classificação, prefere-se a denúncia por outros tipos penais menos graves, pelo simples fato de serem mais específicos: abuso de autoridade para autoridades públicas, maus tratos para encarregados de cuidar de alguém.

Outro aspecto importante é a delimitação das **finalidades** que dão origem ao crime de tortura. Enquanto os tratados internacionais seguem a tendência de ampliar o escopo das motivações e definir a prática com base no ato em si, no agente que a pratica e nos efeitos sobre a vítima, a Lei brasileira parece não seguir qualquer tendência ou lógica definida. Não haveremos de nos delongar apresentando detalhes da Lei, mas vale a pena ressaltar os artigos mais pertinentes e os que têm causado mais problemas²⁴:

Tortura-prova (artigo I, alínea a): obter confissão, declaração ou informação da vítima ou de terceira pessoa.

Esse tipo tortura é aquela cujo conceito menos dificuldades gera para uma aplicação adequada, atingindo claramente a ação de policiais que utilizam a tortura como fonte de dados em suas investigações criminais. O principal problema costuma ser comprovar que o depoimento foi, de fato, obtido por meio de tortura, além de provar que esta ocorreu a fim de se obter aquele. O tipo penal é, portanto, claro; a aplicação da Lei, por sua vez, torna-se

²² O Relatório Anual da Campanha Nacional Permanente de Combate à Tortura e à Impunidade revela, com base em um levantamento feito com 15 casos de condenação em primeira instância pelo crime de tortura no país, que, àquela época, 36% dos condenados eram familiares das vítimas.

²³ O mesmo Relatório mostra que 60% dos casos desenquadrados pelo Judiciário depois de apresentada a denúncia pelo Ministério Público redundam em processos de lesões corporais, ao passo que 20% redundam em acusação de abuso de autoridade e outros 20% em maus tratos.

²⁴ Para uma análise detalhada dos tipos de tortura previstos na Lei 9455/1997, ver Gomes, Luiz Flávio. "Tortura: aspectos conceituais e normativos", in: *Revista do Centro de Estudos Judiciários*, CEJ, Brasília, nº 14, ano V, agosto de 2001.

prejudicada por dificuldades existentes para a obtenção de prova sobre a ocorrência da violação.

Tortura-castigo (artigo II): forma de aplicar castigo pessoal ou medida de caráter preventivo em alguém sob sua guarda, poder ou autoridade.

Em função da não especificação do agente da tortura, este artigo tem sido utilizado para acusar e condenar familiares que se excedem no rigor da punição aplicada àqueles sob sua guarda. Assim, pais que espancam seus filhos, pessoas que maltratam idosos, dentre outras violências domésticas têm sido alvo de condenação por tortura baseado neste dispositivo. O problema que isso gera é a descaracterização do crime de tortura no imaginário popular e na jurisprudência brasileira, confusão na interpretação dos dados relativos à prática no país, além de uma intervenção, ao nosso ver, equivocada do Estado no controle da violência doméstica²⁵.

Tortura do encarcerado (inciso 1º): submeter pessoa privada de liberdade a sofrimento físico ou mental, por meio de ato não previsto em lei ou não resultante de medida legal.

Este é o único tipo de tortura previsto pela Lei 9455/97 que não demanda uma finalidade específica para ser considerado com tal. Em tese, este dispositivo deveria facilitar o enquadramento de casos de violências e negligências cometidas contra presos e detidos, mas, infelizmente, essa não tem sido a compreensão do poder judiciário no Brasil. Na realidade, este inciso quase não tem sido utilizado, embora pelo menos 23% dos casos de tortura recebidos pelo SOS-Tortura correspondam especificamente a este tipo penal²⁶.

Percebemos, então, que a Lei brasileira contra tortura não está conseguindo servir de instrumento para a elucidar a realidade sobre a tortura em nosso País, tampouco alcançou efetividade plena como instrumento de combate à impunidade dos perpetradores. Nas

²⁵ A esse respeito, convém observar que, em muitos casos, a condenação por tortura de um familiar poderá não apenas agravar a situação de desestruturação da família, mas também aumentar a vulnerabilidade de crianças e idosos a outras violências. Apesar da importância da intervenção estatal no sentido de se prevenir e punir a violência doméstica, deve-se atentar para o tipo de política pública e legislação mais adequada para este fim e, não somente pensar em uma punição dos agressores a todo custo (eventualmente punindo, inclusive, as vítimas).

²⁶ *Relatório Final da Campanha Nacional...*, 2003, página 26.

palavras da Anistia Internacional²⁷, “a Lei de Tortura não está sendo empregada para proteger os cidadãos contra indivíduos das forças de segurança que cometem atos de tortura e maus-tratos, em muitos casos com regularidade”. Conforme veremos, para além da questão legal, esse problema surge em função de desajustes no sistema de justiça e segurança que têm inviabilizado a adoção de medidas estruturais para o combate efetivo a essa prática.

A tortura e as falhas do sistema de justiça e segurança

Tentaremos agora demonstrar de que maneira a tortura-prova e a tortura-castigo se relacionam com a estrutura do sistema de justiça e segurança brasileiro. Ademais de serem graves violações de direitos humanos, estes dois tipos representam, simultaneamente, causas e efeitos de injustiças e inadequações na política criminal vigente. A tortura do encarcerado poderia ser analisada sob lógica semelhante, em especial por ser um fator de solapamento do ideário ressocializador²⁸; consideramos, entretanto, que este tema merece tratamento diferenciado, visto ser mais específico. O nosso foco está restrito à análise da prevenção secundária da criminalidade, contexto em que se inserem as ocorrências dos dois primeiros tipos de tortura, ao passo que o último relacionar-se-ia ao contexto da prevenção terciária (contenção da reincidência, prevenção específica da criminalidade), o que não será objeto do presente estudo.

A tortura-prova nas investigações criminais

Uma investigação criminal bem conduzida e bem feita é um dos elementos mais importantes em se tratando de segurança pública. Quer o processo de planejamento eficaz do policiamento ostensivo, quer a responsabilização dos perpetradores de crimes dependem do acesso a informações confiáveis e de qualidade, seja pela coleta de dados e provas materiais, seja pela confissão dos infratores, seja por

²⁷ Anistia Internacional. *Tortura e maus tratos no Brasil – desumanização e Impunidade no sistema de justiça criminal*, Amnesty International Publications, 2001, p. 38.

²⁸ A esse respeito, há intensos debates não apenas acerca da conveniência do recurso à pena de prisão, mas inclusive acerca do tipo de tratamento a ser conferido aos condenados, seja aos privados de liberdade, seja aos submetidos a penalidades alternativas. Em termos pragmáticos de política de segurança pública, uma das questões chave é a contenção da reincidência verificada entre os egressos do Sistema Penal.

delação. No Brasil, dentre as dificuldades enfrentadas pelos gestores das polícias está, seguramente, a escassez de tais informações, bem como a inacessibilidade àquelas poucas que existem.

Em geral, a cadeia de conhecimento da polícia sobre a criminalidade será o resultado de investigações baseadas em informações fornecidas pela sociedade, pela experiência dos policiais e pela coleta de dados e provas materiais.

Para ter acesso à primeira fonte, a sociedade, é necessário que ela confie na polícia e tenha meios para denunciar. Infelizmente, uma pesquisa realizada em 1997 demonstra que a polícia não está conseguindo conquistar tal confiança: 89% dos paulistanos consideram a polícia pouco ou nada eficiente no combate ao crime²⁹. A consequência desse fato é os índices de notificação estarem, no Brasil, entre os menores do mundo: em São Paulo, um dos únicos estados onde há pesquisa de vitimização, estima-se que apenas 33% dos crimes são notificados às autoridades, enquanto nos EUA esse índice chega a quase 60%³⁰.

Ademais, a informação, uma vez dispersa e desorganizada, equivale a desinformação, pois se torna inacessível. Por essa razão, a experiência dos policiais, para ser bem aproveitada, carece de um sistema de informações integrado, a fim de que bons policiais tenham condições de utilizá-las e compartilhá-las com superiores e parceiros. Atualmente, esse sistema praticamente inexistente, ficando as unidades policiais -delegacias e postos policiais- praticamente isoladas, sem comunicação regular e sistemática umas com as outras³¹.

A separação das atividades de investigação (polícia civil) daquelas de policiamento ostensivo (polícia militar) também dificulta a utilização das informações obtidas por uma corporação nas atividades da outra. No Brasil, este mal torna-se ainda mais significativo em função da rivalidade corporativista entre ambas as polícias – em vez de cooperarem entre si, elas disputam espaço, poder e privilégios. Mais importante, portanto, do que a unificação

²⁹ Fonte: Revista Super Interessante Especial – Segurança, abril de 2002.

³⁰ Fonte: Pesquisa de Vitimização ILANUD e Secretaria da Segurança Pública de São Paulo, divulgado na Revista Super Interessante Especial – Segurança, abril de 2002.

³¹ Sobre esse assunto, ver Soares, Luiz Eduardo. *Meu Casaco...*

das polícias civil e militar é fazer com que cada polícia exerça o ciclo completo da atividade policial: investigação e policiamento ostensivo ou, pelo menos, que elas dialoguem entre si e trabalhem em conjunto³².

A esse conjunto de dificuldades, somam-se pelo menos dois agravantes: a falta de uma cultura policial verdadeiramente investigativa e a falta de recursos para proceder ao recolhimento de provas materiais de maneira adequada. A boa tradição investigativa ensina que, em geral, a maior parte das informações necessárias à elucidação de um crime encontra-se no próprio local onde ele ocorreu. Daí a importância de preservação da cena do crime, o que dificilmente ocorre no Brasil, prejudicando a busca por indícios e provas. Não raro, também, faltam a alguns bons policiais recursos básicos como gasolina para os automóveis, material para identificação de impressões digitais, auxílio de peritos capacitados, laudos cadavéricos e de corpo de delito confiáveis, precisos e detalhados.

Em meio a todos esses empecilhos, encontram-se os profissionais de segurança imbuídos da tarefa de elucidação dos crimes ocorridos e do planejamento de operações policiais futuras. Com a possibilidade de obtenção de informações por meios diversos prejudicada, alguns policiais são induzidos a acreditar que as verdadeiras fontes, de fato, acessíveis sejam a discricionariedade em identificar suspeitos, a confissão dele(s) e a delação, seja ela feita por suspeitos, seja por outras pessoas. Aliada à conivência de setores do Judiciário, que aceitam e legitimam tais práticas, está criada a conjuntura para que a tortura pareça um recurso chave da atuação policial. A esse respeito, vale considerar o comentário de Cerqueira³³, Coronel da Polícia Militar, ao analisar as mudanças necessárias na política criminal brasileira:

³² Recentemente, estão sendo envidados esforços no sentido de se superar esta clivagem por meio da criação de um Sistema Único de Segurança Pública. Os modelo adotado consta do Plano Nacional de Segurança Pública, lançado no início de 2003 e disponível no sítio www.mj.gov.br/senasp.

³³ Cerqueira, Carlos Magno Nazareth. "A Polícia e os Direitos Humanos: Estratégias de Ação". In Pinheiro, P. S. e Guimarães, S. P. (orgs.). *Direitos Humanos no Século XXI*, IPRI, Brasília, 1998, Parte II, págs. 753 – 780, pág. 767. O Coronel Cerqueira foi morto em 1999, por um policial militar. Dentre as hipóteses para explicar o homicídio está a de que ele tenha sido vítima de retaliação contra sua incansável luta por uma polícia mais transparente e afinada com os princípios dos direitos humanos. Entre os vários cargos executivos que exerceu, foi Vice-presidente do Instituto Carioca de Criminologia e Secretário de Estado da Polícia Militar do Rio de Janeiro.

As estratégias de ação para o campo das atividades da polícia Judiciária deverão enfrentar algumas práticas bastante enraizadas na cultura policial que são as seguintes: prender para depois investigar; **torturar para obter confissão**; atribuição prematura de culpa; interferências arbitrárias em relação à privacidade de suspeitos; níveis intoleráveis de parcialidade nos procedimentos investigatórios.

O processo descrito pode ajudar a explicar o fato de o tipo de tortura mais recorrente no Brasil ser justamente a tortura-prova, representando 38% dos casos registrados pelo SOS Tortura em dois anos³⁴. Além disso, este dado, associado à análise do perfil das vítimas, permite-nos verificar que a discricionariedade dos agentes da segurança pública está claramente voltada contra as camadas jovens e empobrecidas da população, em especial homens negros e pardos com baixo nível de escolaridade³⁵. Muitas destas vítimas, a despeito de suas possíveis culpas, confessam os crimes e acabam efetivamente condenadas pela justiça com base unicamente na confissão³⁶. O policial, então, pode dizer à sociedade que encontrou um suspeito e o entregou à Justiça, embora, de fato, jamais possamos saber se o Estado, de fato, exerceu sua função de promoção da segurança pública ou se, na realidade, a impunidade foi maquiada pela condenação de um inocente.

A esse respeito, vale lembrar os clássicos ensinamentos de Beccaria³⁷ sobre as distorções causadas pela prática de tortura, há mais de três séculos:

O inocente gritará, então, que é culpado, para que cessem as torturas que já não agüenta; e idêntico meio usado para diferenciar o inocente do criminoso fará com que desapareça qualquer diferença entre ambos.

A tortura é, freqüentemente, um meio certo de condenar o inocente débil e absolver o criminoso forte [...].

³⁴ *Relatório Final da Campanha...*

³⁵ Perfil semelhante das vítimas foi identificado tanto pela CNPCTI como, anteriormente, pelo próprio Relator Especial das Nações Unidas.

³⁶ Debateremos mais adiante a aceitação da confissão obtida sob tortura pelo Judiciário brasileiro.

³⁷ Beccaria, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*, Hemus Editora, Curitiba, 2000, p. 31-33.

Entre dois homens, igualmente inocentes ou igualmente culpados, o mais robusto e corajoso será absolvido; o mais débil, contudo, será condenado em razão deste argumento: 'Eu, juiz, tenho de achar um culpado. Tu, que és cheio de vigor, resististe à dor, razão pela qual eu te absolvo, Tu, fraco, cedeste à força dos tormentos; por isso, eu te condeno [...]'.
[...]

Pode-se afirmar, com base no perfil das vítimas de tortura e dos presos de nosso sistema prisional, que a força dos criminosos, em nosso caso, dependerá muito do grupo social a que pertence. Aqueles que têm acesso a recursos para usufruir de bons advogados, não pertencem a classes marginalizadas, nem sofrem a discriminação racial, dificilmente haverão de ser submetidos a quaisquer dessas violações. Para eles, haverá a garantia do amplo direito de defesa a que qualquer acusado deve ter direito, a despeito de suas faltas; para os demais, contudo, o sistema não tem estrutura, tampouco interesse em assegurar tais benefícios. A consequência deste tipo de situação, para o sistema penal como um todo, será, fatalmente, a iniquidade, a injustiça, bem como a virtual incapacidade de satisfazer o anseio social por uma intervenção ajustada do Estado na prevenção e punição de condutas anti-sociais e violentas.

A responsabilidade do judiciário

Nenhuma declaração ou confissão feita por uma pessoa privada da liberdade que não uma declaração ou confissão feita na presença de um juiz ou de um advogado deveria ter valor probatório para fins judiciais, salvo como prova contra as pessoas acusadas de haverem obtido a confissão por meios ilícitos.

Esta foi a recomendação de número 8 constante do Relatório Sobre a Tortura no Brasil, elaborado pelo então Relator Especial das Nações Unidas, Sir Nigel Rodley, e publicado em Genebra, em abril de 2001.

O Judiciário brasileiro, ainda que de forma involuntária, corrobora e legitima os equívocos de um sistema criminal injusto e cruel. O Código de Processo Penal brasileiro, em seus artigos 197 a 200, permite que a confissão seja aceita como elemento de prova, ainda que exija que ela seja confrontada com as demais provas para ser considerada válida. A confissão extrajudicial, assim como o silêncio do réu diante do juiz, pode ser levada em consideração para a formação da convicção do juiz. Essa tem sido, desde muitos anos, a interpretação e a prática dominantes no sistema judicial brasileiro.

Por outro lado, a Constituição brasileira de 1988 garantiu ao acusado o direito de permanecer calado, o que gerou uma discussão importante na doutrina jurídica acerca da verdadeira função do interrogatório e da confissão. Autores como Tourinho Filho³⁸ argumentam que a nova Constituição teria transformado o interrogatório unicamente em meio de defesa e, não mais, em meio de prova, ainda que possa, eventualmente, conter elementos de prova. Ele defende que à confissão deve ser dado valor apenas de indício, já que vários fatores, ademais da tortura, podem motivar a confissão falsa³⁹:

A experiência tem demonstrado que à confissão não se pode nem se deve, em princípio, atribuir absoluto valor probatório. [...] todos aqueles que se dedicaram ou se dedicam ao estudo das provas no campo do Processo Penal salientam que, muitas vezes, **circunstâncias várias podem levar um indivíduo a reconhecer-se culpado de uma infração que realmente não praticou[, dentre elas] [...] o desejo de se livrar de interrogatórios atormentadores.**

Além disso, a Constituição também declarou inadmissíveis em juízo as provas obtidas por meios ilícitos. Desde então, tornou-se possível o pedido de nulidade da confissão sob alegação de tortura. A grande dificuldade prática tem sido provar a ocorrência desta violação, já que muitas vezes o acusado que alega ter sido torturado jamais teve oportunidade de realizar exames de corpo de delito, bem como tem medo de se expor ao acusar seus algozes.

A compreensão do Supremo Tribunal Federal é a de que, nesses casos, o ônus da prova de que a confissão teria sido obtida legalmente deveria ser transferida para a Promotoria. Ainda assim, na prática, os dados do SOS-Tortura⁴⁰ mostram que em 95% dos casos em que a defesa arguiu nulidade da confissão por ter ela sido obtido sob tortura, o réu acaba condenado do mesmo jeito. Esse fenômeno revela a insensibilidade de setores do Judiciário em relação à prática de tortura no Brasil, bem como nos alerta para o fato de que os julgamentos podem estar sendo conduzidos de forma a não

³⁸ Tourinho Filho, Fernando da Costa. *Processo Penal*, Saraiva, São Paulo, 1997, 3º Volume.

³⁹ *Ibid.*, págs 250-251.

⁴⁰ *Relatório Anual da Campanha...*, página 30.

oferecer o amplo direito de defesa aos acusados, podendo redundar em inúmeros erros judiciais. A esse respeito convém evocar mais uma vez Tourinho Filho⁴¹:

O Estado não quer que um inocente pague pelo verdadeiro culpado. **Há, pois, interesse público em jogo**, devendo o Juiz confrontar a confissão com as demais provas, pesquisando possível compatibilidade ou concordância, para não incidir no erro de aceitar como verdadeira uma auto-acusação falsa.

A situação descrita é agravada pela falta de assistência judiciária. A pessoa carente de recursos ficará igualmente carente do apoio de um advogado, caso venha a ser acusada de um delito. O próprio Relator da ONU nos informa que, de acordo com promotores do Núcleo Contra a Tortura do DF, “97% dos suspeitos não são assistidos por um advogado durante a fase de investigação, enquanto na fase judicial, a maioria só é assistida por estudantes de direito”⁴². Isso acontece devido à escassez de Defensores Públicos, além da desvalorização deste profissional, refletida em seus baixos salários. Diante da gravidade dos fatos, o Relator alerta (item 162):

Vulneráveis, os suspeitos ficam à mercê da polícia, dos promotores e dos juizes, muitos dos quais com facilidade permitem que sejam feitas e sustentadas acusações com base em legislação que permite pouca margem para soltura de transgressores, muitas vezes de menor gravidade, muitos dos quais foram **coagidos a confessar** haverem cometido **crimes mais graves** do que os que possivelmente tenham cometido, **se é que cometeram algum crime**. (grifo nosso)

Por fim, é importante frisar que, de certa forma, essas incorreções contribuem para tornar a Justiça pouco confiável aos olhos da população. A sociedade percebe, hoje, o Judiciário como uma instituição elitista e racista, incapaz de tratar com isonomia todos os cidadãos. Essa percepção ficou demonstrada pela pesquisa coordenada por Grynszpan⁴³, na Região Metropolitana do Rio de Janeiro, em que 95,7% dos entrevistados responderam acreditar que, caso uma pessoa rica e outra pobre pratiquem o mesmo crime, a Justiça “trata a pobre com mais rigor”. Igualmente, 66,4% dos

⁴¹ Tourinho Filho, Fernando da Costa. *Processo Penal...*, pág. 251.

⁴² *Relatório Sobre a Tortura no Brasil*, item 95.

⁴³ Grynszpan, Mário. “Acesso e recurso à justiça no Brasil: algumas questões”. In: Pandolfi, Dulce Chaves, Carvalho, José Murilo de, Carneiro, Leandro Piquet e Grynszpan, Mário (orgs.). *Cidadania, Justiça e Violência*. Editora Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 1999, págs. 99 a 113, pág. 105.

entrevistados demonstraram acreditar que a Justiça, sob as mesmas circunstâncias, trataria uma pessoa negra com mais rigor do que uma branca.

Há uma compreensão generalizada, portanto, em desfavor da magistratura, de que o Judiciário não está a serviço daqueles que não detêm acesso a poder econômico, nem a prestígio social. Em outras palavras, a sociedade não acredita que esta Instituição esteja a serviço de uma verdadeira democracia. A Justiça torna-se, aos olhos da população, a expressão de poder de um grupo favorecido sobre outro, incapaz de defender-se. Infelizmente, a conduta de setores do Judiciário apenas ajuda a corroborar tal percepção, visto serem eles complacentes com as arbitrariedades cometidas na fase de investigação criminal e se olvidarem da sua função de guardiões das leis e dos direitos fundamentais de todos.

A tortura-castigo no policiamento ostensivo

Outro aspecto relevante da política criminal é o tipo de relação que se estabelece entre o policial e a comunidade a que ele serve. Esta relação dificilmente deixará de refletir a correlação de forças e a violência das relações sociais em um país de tamanha desigualdade como o Brasil. A intensa estratificação da nossa sociedade gera exclusões não apenas do ponto de vista econômico, mas principalmente do ponto de vista da compreensão de quem tem o direito à própria titularidade de direitos fundamentais básicos.

Adorno⁴⁴ analisa a violência das instituições policiais como um reflexo da nossa cultura política autoritária, com raízes na própria formação da sociedade brasileira. A emergência da República e, posteriormente, as tentativas de se instaurar uma verdadeira democracia não teriam conseguido superar tal barreira⁴⁵:

Ao longo de mais de cem anos de vida republicana, a violência em suas múltiplas formas de manifestação permaneceu enraizada como modo costumeiro, institucionalizado e positivamente valorizado -isto é, moralmente imperativo-, de solução de conflitos decorrentes das diferenças étnicas, de gênero, de classe, de propriedade e de riqueza, de poder e de prestígio. Permaneceu atravessando todo o

⁴⁴ Adorno, Sérgio. “A violência na sociedade brasileira: Um painel inconcluso em uma Democracia não consolidada”, in *Revista Sociedade e Estado*, Universidade de Brasília, Brasília, Volume X, número 2, jul-dez, 1995, páginas 299-342.

⁴⁵ *Ibid.*, pág. 301.

tecido social, penetrando em seus espaços mais recônditos e se instalando resolutamente nas instituições sociais e políticas em princípio destinadas a ofertar segurança e proteção aos cidadãos.

Acerca desse processo, devemos ressaltar ainda o fato de uma de suas faces mais perversas ser justamente a negação da condição de sujeito de direitos àqueles indivíduos pertencentes a grupos marginalizados ou de *status* percebido como inferior. Esse fenômeno, que Cardia⁴⁶ chama de “exclusão moral”⁴⁷, faz a sociedade tornar-se indiferente ou até mesmo favorável às diversas e graves violações de direitos humanos cometidas pelas forças policiais. Cardia mostra que, no limite, nega-se ao indivíduo a própria condição de humano, o que lhe retira o mais elementar dos direitos, o direito à vida. Com relação aos criminosos, ela sentencia⁴⁸: “[o] ato criminal retiraria do criminoso seus direitos e o colocaria fora da comunidade moral: os presos representam uma ameaça tão profunda que faz com que sejam excluídas (sic) do mundo dos humanos”.

Em meio a essa conjuntura, por determinação constitucional, as instituições responsáveis pelo policiamento ostensivo no Brasil são as polícias militares estaduais. São elas, portanto, que estão cotidianamente nas ruas, em contato direto com a população e encarregadas da tarefa de prevenir delitos, prender suspeitos, dentre outras atividades correlatas. Tais instituições, infelizmente, não têm logrado manter-se à margem desse processo perverso de desumanização e violência e acabam por incorporar valores, com o respaldo de parte da opinião pública, de apoio a uma atuação violenta contra a população.

Acreditamos que esses fatores ajudam a explicar outro dado sobre a prática da tortura no Brasil: o fato de que 20% das alegações de tortura referem-se a casos de tortura-castigo. Esse tipo de tortura é praticado primordialmente por policiais militares⁴⁹, em razão da

⁴⁶ Cardia, Nancy. “Direitos Humanos e exclusão moral”. In *Revista Sociedade e Estado*, Universidade de Brasília, Brasília, Volume X, número 2, julho – dezembro, 1995, páginas 343 - 390.

⁴⁷ De acordo com Deutsch (1990), citado por Cardia a exclusão moral acontece “quando pessoas que normalmente obedecem as leis aceitam ações bárbaras contra indivíduos ou grupos”. Os referidos indivíduos ou grupos são excluídos da comunidade moral e do “universo de justiça”, de forma que “nada do que lhes aconteça pode evocar piedade ou compaixão” (Cardia, 1995, p. 372).

⁴⁸ Cardia, Nancy. “Direitos Humanos...”, pág. 371.

natureza de sua atuação e pelo *locus* privilegiado para oportunidades de violência dessa natureza ser a rua, onde ocorre o policiamento ostensivo. Esses profissionais são diuturnamente instados a agirem de maneira violenta contra suspeitos e criminosos e, muitas vezes, jamais recebem treinamento que lhes capacite a atuar de maneira diferente.

As torturas-castigo acabam legitimadas no imaginário popular, também, pela crença, apontada por Cardia, de que existe uma ordem “justa” no mundo. A idéia seria a de que “o inocente não pode estar em local e hora ‘suspeitos’. [...] É a crença de que as pessoas recebem o troco por aquilo que fazem [...] [, pois] os bons sempre são recompensados e os maus sempre são punidos”⁵⁰. Dessa maneira, se a vítima da tortura-castigo trata-se de um **suspeito**, tanto aos olhos da sociedade, como para o próprio policial, inexistiria a percepção de que um direito foi violado. O que teria acontecido não seria uma arbitrariedade, mas **justiça**.

Em situações limites, conforme mencionado, mesmo as vidas dessas pessoas não têm qualquer valor para a sociedade. A autorização tácita da tortura-castigo torna-se o prenúncio da “legitimação” de práticas ainda mais graves, como as execuções sumárias. Percebendo isso, o Centro de Justiça Global e o Núcleo de Estudos Negros, em relatório recente acerca das execuções sumárias no Brasil, alerta⁵¹:

Essa estratégia dentro do sistema de justiça criminal está relacionada com a atitude de diversos setores da opinião pública, que demandam mão dura contra a criminalidade até o ponto de exigirem ações ilegais contra os delinqüentes, inclusive execuções sumárias. [...]

Inclusive as camadas sociais mais humildes, que são os alvos preferenciais dessas ações arbitrárias e ilegais dos agentes do Estado, em determinadas ocasiões chegam a interiorizar os mesmos valores. Assim, eles tentam mostrar que são ‘trabalhadores e não bandidos’, ao invés de atacar a ilegalidade e a imoralidade desse tipo de ação. **Tratar-se-ia então não de uma conduta impropriedade, mas de ‘alvos impropriedades’.** (grifo nosso)

⁴⁹ Dados constantes do *Relatório Final da Campanha...*

⁵⁰ Cardia, Nancy. “Direitos Humanos...”, pág. 359.

⁵¹ *Relatório de execuções sumárias no Brasil – 1997/2003*, Centro de Justiça Global, Núcleo de Estudos Negros, 2003, p. 20 (disponível no sítio www.global.org.br).

A possibilidade de agredir, torturar e matar depende da ausência de controle social efetivo sobre as atividades dos policiais. Esse descontrole, por sua vez, propicia o desvirtuamento da ação policial, a ponto de permitir a utilização do aparato policial a serviço de interesses de grupos políticos, do crime organizado e da corrupção. O Relatório mencionado acima revela que começam a surgir grupos de extermínio, formados por policiais, preparados para eliminar até mesmo desafetos dos líderes do crime organizado. Essa é uma das razões que levam os autores daquele estudo a concluírem a citação acima com o comentário de que “[a] falta de reação social às presumíveis execuções quando elas vitimam bandidos é crucial na criação da impunidade e da falta de controle que possibilitam também os crimes contra ‘inocentes’”.

A esse respeito, convém ressaltar que Cerqueira, Coronel da Polícia Militar do Rio de Janeiro, baseado em sua larga experiência como militante de direitos humanos, estava plenamente convencido da importância de se regular a atuação das forças de segurança, sob pena de elas ficarem reféns de interesses escusos. Na sua opinião, a incorporação de metodologias de ação respeitadas dos direitos humanos atenderia perfeitamente aos anseios e interesses legítimos tanto dos bons policiais como da própria sociedade a que ele serve. Ao revés, a defesa de uma atuação arbitrária, em muitos casos, não passaria de um discurso para contrapor esforços em prol de maior transparência na condução da política criminal⁵²:

Deve ficar claro que uma polícia violenta é sempre perigosa e não deve interessar nem à sociedade e muito menos aos policiais. A minha experiência, com uma administração policial compromissada com o respeito às políticas dos direitos humanos, constata que a crítica mais contundente contra essa prática vem dos setores policiais envolvidos com o crime e a criminalidade. O discurso impiedoso contra os criminosos quase sempre esconde práticas de **tolerância e cumplicidade com o crime**. (grifo nosso)

Percebemos, por conseguinte, que a tortura-castigo emerge de um contexto de tolerância à violência como recurso para a solução de conflitos, aliada à desumanização de determinados grupos de indivíduos; esse fenômeno cria a anomia e a indiferença necessárias à exacerbação de desajustes mais amplos no exercício das funções

⁵² Cerqueira, Carlos Magno Nazareth. “APolícia ...”, p. 775- 776.

dos órgãos de segurança, permitindo, inclusive, o conluio de setores corruptos com a criminalidade. O combate efetivo a graves violações de direitos humanos, tais como a própria tortura-castigo, o abuso de autoridade e as execuções sumárias, além de exigir um esforço político de esclarecimento à população, implicaria a adoção de novas metodologias de ação e novos padrões de monitoramento da atividade policial que iriam de encontro aos interesses destes setores obscuros das corporações. Em meio a esse processo, as maiores vítimas seguem sendo os setores marginalizados da população, que, ademais de não auferirem proteção dos profissionais de policiamento ostensivo, acabam vítimas de inúmeras arbitrariedades.

Estudo de caso: as injustiças do sistema de justiça e segurança no caso dos meninos emasculados do Pará

O caso dos meninos emasculados do Pará choca pela crueldade com que os crimes foram cometidos, bem como pelo fato de as vítimas terem sido crianças indefesas⁵³. À parte disso, a forma como o Estado atuou em relação ao caso é particularmente elucidativa a respeito da tese que defendemos até aqui. A estrutura do sistema de justiça e segurança não estava preparada para enfrentar aquele tipo de ocorrência e a tortura, mais uma vez, aparece como um instrumento para se tentar “sanear”, pelo menos aparentemente, tais deficiências. O equívoco é percebido, mas as entranhas de um sistema desaparelhado, ineficaz e elitista já estava, mais do que nunca, totalmente exposto.

Entre 1989 e 1993, a comunidade da área rural da cidade de Altamira, no Pará, assistiu atônita à ocorrência em série de casos de emasculações de meninos. As primeiras vítimas conseguiram sobreviver, apesar da mutilação que sofreram; as demais, já foram encontradas mortas e emasculadas. Entre sobreviventes e mortos, há pelo menos dez casos comprovados; se contarmos as tentativas de seqüestro e os desaparecimentos de meninos, o total sobe para 21 casos. Todas as vítimas são do sexo masculino, na fase de transição da infância para a adolescência, trabalhadores e pertencentes a famílias carentes da zona rural de Altamira.

⁵³ A maior parte das informações aqui relatadas consta do sítio www.meninosdealtamira.com.br.

O cenário da tragédia é o município mais extenso do mundo, localizado no coração da Transamazônica, com mais de 150.000 Km². Havia apenas uma delegacia de polícia, funcionando em condições precárias, para atender uma população de cerca de 77.000 habitantes, além da ausência completa de quaisquer outras políticas públicas básicas. De acordo com o Comitê em Defesa da Vida das Crianças Altamirenses (CDVCA), a “tragédia das emasculações em série, das mortes e perseguições aos meninos, teve como pano de fundo a precariedade da ordem social, o estado de pobreza de sua gente e o desrespeito sistemático e a indolência das instituições governamentais, não apenas da instituição policial”⁵⁴.

Após mais de uma década de investigações, à custa de muita mobilização das famílias e da sociedade civil organizada, chegou-se à conclusão de que as emasculações seriam obra de pessoas influentes econômica e politicamente na região, provavelmente envolvidas em uma seita satânica chamada LUS (Lineamento Universal Superior). Pelo menos três dos envolvidos já foram condenados pela Justiça paraense, enquanto outros aguardam julgamento.

Para se chegar a esse resultado, foram muitos os atropelos e desencontros. A polícia local demorou a considerar a gravidade dos acontecimentos. Depoimentos das famílias das primeiras vítimas mostram a revolta de terem sido humilhadas na Delegacia ao prestarem queixa sobre o desaparecimento, emasculação e eventualmente morte de seus filhos. Além do descaso e da completa falta de apoio, alguns pais foram obrigados a ouvir de policiais civis que eles haveriam recebido dinheiro para inventar tais histórias. A irmã de uma das vítimas, Éster, relata, com mágoa, o tratamento recebido pelos policiais⁵⁵:

Á época dos assassinatos, o delegado dizia para as famílias que **a culpa era delas**, que elas deixavam as crianças soltas por aí. **Nós é que tínhamos que fazer as buscas**. O descaso era tanto que toda semana trocavam de delegado. (grifo nosso)

O descaso e, principalmente, o despreparo da instituição policial reflete-se nos resultados alcançados pela polícia local em quase três

⁵⁴ www.meninosdealtamira.com.br, 28/11/2003, 18h05.

⁵⁵ *Mobilização pela Vida – casos de violência contra meninos em Altamira*. Belém: Movimento República de Emaús, Centro de Defesa da Criança e Adolescente Emaús, 2001, p. 15.

anos de sucessivas ocorrências. Entre 1989 e 1992, sete inquéritos foram instalados e apenas um foi concluído. De acordo com o CDVCA⁵⁶,

Na realidade as **investigações policiais sempre foram precárias e sem continuidade**. A Polícia Civil de Altamira, **sem recursos humanos e materiais**, deixou que preciosos elementos para um inquérito sério andassem perdidos, **tornando extremamente difícil o esclarecimento dos fatos**. Os laudos médicos impressionam pela sua superficialidade. (grifo nosso)

A comunidade começou, então, a se mobilizar para exigir justiça e atenção das autoridades. Familiares e amigos das vítimas não estavam dispostos a seguir à mercê de novos e cada vez mais bárbaros acontecimentos. A revolta ganhava força por meio da organização da sociedade.

Quando os crimes de Altamira aconteceram, já havia alguns movimentos sociais organizados na região. Mas nós nunca havíamos enfrentado uma situação tão específica como essa [...]. Tínhamos que lidar com inquéritos, com polícia, argumentar com promotor e até brigar com juiz, para que se pudesse operacionalizar as coisas. E, com isso, **acabamos descobrindo a máfia que existia por trás de tudo, os interesses políticos e econômicos que impediam o avanço nas investigações**. (grifo nosso)⁵⁷

Diante da pressão popular, a polícia decide, enfim, dar uma resposta que pareça satisfatória. Neste momento, ela age conforme está tradicionalmente habituada a fazer para dar a impressão de ter solucionado um caso bárbaro: encontra um suspeito razoável, igualmente desprotegido pelo Estado e o apresenta pomposamente como o “Monstro de Altamira”. Apesar de todos os indícios apontarem para a existência de uma organização criminosa por trás daquelas atrocidades, bem como de já haverem alguns suspeitos oriundos de famílias influentes da região, a polícia prende um trabalhador e o martiriza até obter a confissão⁵⁸:

O suspeito foi preso portando três facões e se encontrava dormindo em uma rede em um terreno onde uma das crianças fora encontrada.

⁵⁶ *Os Meninos Emascarados de Altamira*, Comitê em Defesa das Crianças Altamirenses, *in mimeo*.

⁵⁷ *Mobilização pela Vida...*, p. 17.

⁵⁸ *Ibíd.*, p. 18.

No entanto, Rotílio, que apresentava evidentes sinais de perturbação mental, foi encontrado morto em 14 de janeiro [de 1992] em uma prisão do Quartel da Polícia Militar de Altamira. Foi constatado por um legista que Rotílio falecera de complicações causadas por cirrose aguda, insuficiência cardíaca e edema pulmonar. **Na cidade, suspeita-se que o acusado fora espancado até a morte dentro do quartel, em uma manobra da polícia para dar o caso como encerrado.**

Não satisfeita, a comunidade exige que a Polícia Federal (PF) seja chamada a atuar no caso. A precariedade das investigações realizadas até então fica absolutamente evidente. A PF constata, acima de tudo, não apenas a inocência de Rotílio, mas o desvirtuamento completo da função policial. A Polícia Civil conhecia a inocência daquele cidadão, posto que havia registro de sua presença a 15 km de distância do local, no dia e horário em que o caso pelo qual ele havia sido preso tinha ocorrido.

De acordo com o Relatório apresentado pelos Agentes da Polícia Federal ao Superintendente Regional da Polícia Federal do Pará (OM/013/95/GAB/SR/DPF/PA),

Na realidade, Rotílio, **com a complacência do Judiciário e do Ministério Público, foi torturado até a morte.** A Polícia tinha conhecimento de que era inocente [...] [, pois] Rotílio com certeza não tinha o dom da onipresença, não poderia estar em dois lugares ao mesmo tempo. Era inocente!. [...]

[...]

Com a interrupção das investigações da morte de Judirley, **importantes pistas deixaram de ser seguidas**, proporcionando um tempo para os criminosos deixarem a poeira baixar e **retomarem a sanha** em 01.10.92, com a morte de Jaenes da Silva Pessoa. (grifo nosso)

De fato, dez meses depois da morte de Rotílio, aconteceu, no caso particular, o que, suspeitamos, costuma ocorrer com relação à delinqüência em geral. A comunidade altamirense sofreu um novo ataque de emasculação, exatamente de acordo com os padrões verificados nos casos anteriores. Ou seja, para dar a impressão de que a violência foi enfrentada, comete-se uma grande e inútil violência contra alguém a quem o Estado, igualmente, negou proteção.

No caso específico, a vítima da tortura e da arbitrariedade era um trabalhador inocente, mas essa não é a questão relevante. Poderia eventualmente ser culpado, ainda que não desse crime, talvez de outro. Poderia não ter morrido; poderia “apenas” ter sido condenado. Este não é o cerne do problema.

O que queremos colocar em evidência sobre este caso é o padrão de atuação do Estado desde o início. Primeiramente, as famílias sofreram com o descaso das instituições do sistema de justiça e segurança, a tal ponto de se suspeitar que existam casos não relatados à polícia. Somado a isso, percebia-se a total falta de estrutura, com ausência de recursos materiais e humanos básicos para a realização de investigações razoáveis. Quando, por fim, se percebeu que, a despeito da condição sócio-econômica das vítimas, a indiferença não seria tolerada, a polícia busca mostrar resultado e encerrar o caso: **tortura-se, então, até a morte, uma pessoa qualquer a quem se pode facilmente atribuir a culpa pelos crimes**. A preocupação com a justiça e com a prevenção de novas ocorrências, ou seja, com a proteção da sociedade contra as violências ocorridas é, visivelmente, secundária neste episódio. Caso o crime não fosse tão peculiar e não houvesse mobilização da comunidade, talvez a sociedade e as autoridades jamais se apercebessem da conexão entre o caso supostamente resolvido e os novos acontecimentos. Por tudo o que comentamos até aqui, consideramos perfeitamente plausível acreditar nessa hipótese.

Apesar de este ser um caso exemplar, distinto apenas pela dimensão e visibilidade que angariou na mídia, não temos motivos para acreditar que não seja um caso igualmente **típico**. A esse respeito, convém transcrever, finalmente, as palavras de Tarcísio Feitosa, Presidente do Mutirão pela Cidadania de Altamira⁵⁹:

Você ouve os depoimentos das famílias e percebe que **não avançamos nada quanto à garantia dos direitos sociais**. Por exemplo, se hoje, ano de 2001, 12 anos depois do primeiro caso, desaparecessem dezenove crianças, **o processo seria o mesmo: a lentidão da justiça, a lentidão da polícia e a lentidão do Ministério Público**. Parece que eles fazem de propósito, que não querem realmente que nada seja apurado e ninguém seja condenado.

[...] Não queremos vingança, queremos justiça. (grifo nosso)

⁵⁹ Mobilização pela Vida..., p. 17.

A mobilização social conseguiu obrigar as autoridades a darem um tratamento diferenciado a este caso específico; infelizmente, porém, ainda não se logrou viabilizar estruturalmente uma nova maneira de o Estado relacionar-se com aquela comunidade. Da mesma maneira, as inúmeras outras comunidades carentes no Brasil continuam vivendo sob a mesma insegurança. A menos que se consiga reverter o processo de exclusão e negação de direitos a que estão submetidos estes setores da população, todo o esforço feito por uma sociedade mais segura e pacífica correrá o risco de redundar, tais como neste caso particular, em medidas pontuais e, não, em soluções duradouras e conquistadas do processo de consolidação da democracia brasileira.

Considerações Finais

No decorrer do artigo, buscou-se apresentar a dinâmica e as condições em que se insere a prática da tortura no Brasil. Verificou-se que, empírica e conceitualmente, esta seria uma violação de direitos humanos praticada tipicamente por profissionais do sistema de justiça e segurança pública, em especial por policiais, e avalizada por amplos setores da sociedade, inclusive pelos grupos mais susceptíveis de sofrer tal violação. Além disso, a tortura ajudaria a amenizar a percepção social das falhas e distorções existentes naquele mesmo sistema, ora “compensando” a escassez de recursos e procedimentos adequados para as investigações criminais, ora saciando o anseio de populares e policiais pela punição dos indivíduos considerados perigosos. Ademais, o artigo reflete sobre como, apesar da impressão que alguns setores da população alimentam de que a tortura poderia ser ocasionalmente “justa” e “útil” para o controle da criminalidade, a leniência com relação à prática permitiria o surgimento e/ou o recrudescimento de graves distorções na política criminal brasileira, favorecendo inclusive a própria criminalidade.

O artigo esforça-se por demonstrar que, de acordo com os documentos internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil sobre na matéria, com destaque para a Convenção das Nações Unidas (1985) e a Convenção Interamericana (1985), a tortura seria sempre uma violação cometida **intencionalmente** por **agentes do Estado** ou com a sua aquiescência ou cumplicidade. Ademais,

percebe-se que haveria uma tendência à progressiva flexibilização no tange às **finalidades** passíveis de ensejar esta violação, a tal ponto de a citada Convenção Interamericana dar abertura a que “qualquer outro fim”, ademais daqueles enumerados em seu artigo 2º, possa caracterizar a prática. Todos os documentos teriam, ainda, o cuidado de resguardar o direito ao uso legítimo da coerção física pelo Estado, posto ressaltarem que o conceito de tortura não compreende as penas ou sofrimentos físicos ou mentais decorrentes unicamente de medidas legais ou inerentes a ela, desde que infligidas dentro de parâmetros estabelecidos por tais documentos e condizentes com o respeito à dignidade humana.

O artigo analisa, ainda, como o principal mecanismo legal existente para punir a prática da tortura no Brasil, a Lei 9.455/97, não estaria condizente com os parâmetros internacionais, bem como conteria incongruências internas que dificultariam a sua aplicação. Com relação às obrigações internacionais assumidas pelo Brasil, o principal problema residiria no fato de a referida Lei limitar a definição de tortura a atos cometidos em razão de um conjunto de finalidades menos abrangente do que o estabelecido pela Convenção Interamericana sobre o assunto, a despeito de o Brasil tê-la ratificado e estar internacionalmente vinculado por ela. No que tange às incongruências internas, a falha mais significativa estaria na abertura excessiva dada aos possíveis agentes do crime, uma vez não se delimitou a prática como um crime próprio de agentes do Estado apesar de a Lei ter sido criada a fim de se controlar os abusos cometidos por estes profissionais. Vale lembrar que, conforme mencionado, esta seria, também, uma inadequação da Lei com relação à definição de tortura constante nos documentos internacionais ratificados pelo País sobre a matéria.

Em seguida, o trabalho apresenta as razões por que se pode compreender a tortura tanto como reflexo quanto como causa de distorções e equívocos na formulação e condução da política criminal brasileira. A aceitação da tortura-castigo, praticada com o objetivo de punir alguém pelos seus atos, minimizaria a sensação de impunidade e impotência que angustia a sociedade e os profissionais da segurança pública. Infelizmente, no que tange a esta questão, é mister destacar a importante influência da nossa herança cultural de apreço e tolerância ao recurso à violência como meio de resolução de controvérsias sociais, tal como demonstra a análise realizada

Adorno⁶⁰. Para este autor, a violência das instituições policiais refletiria a nossa cultura política autoritária, cujas origens históricas remontariam à própria formação da sociedade brasileira.

Seguindo a mesma lógica, a tortura-prova, praticada com o fim de se obter confissão, declaração ou informação de alguém, compensaria a falta de meios e capacitação dos policiais para engendram investigações criminais adequadamente, encobrendo as dificuldades de resolução dos crimes cometidos. A esse respeito, recorre-se especialmente à reflexão de Cerqueira⁶¹, para quem boa parte das polícias ainda careceria de uma cultura investigativa afinada com o respeito aos direitos humanos e amparada pela boa técnica.

A tais circunstâncias somar-se-ia o fato de a mesma falta de controle sobre a atuação policial que propicia a ocorrência de torturas favorecer, igualmente, o conluio de determinados setores policiais com atividades criminosas. A justificação da violência e do arbítrio por parte dos agentes encarregados de fazer cumprir a lei daria oportunidade à ocorrência de outros desvios de conduta ademais da tortura, a exemplo da corrupção, da participação em grupos de extermínio, dentre tantas formas de conivência com o crime. A constatação empírica desta realidade motiva Cerqueira⁶², em trecho já citado anteriormente, a concluir que “o discurso impiedoso contra os criminosos quase sempre esconde práticas de tolerância e cumplicidade com o crime”. Assim, a pretexto de se atuar com rigor no controle de um determinado conjunto de práticas, suprimir-se-ia o controle de outras tão ou mais nefastas para a sociedade quanto as primeiras.

O artigo revela, ainda, que as vítimas preferenciais da tortura seriam indivíduos pertencentes a grupos social e economicamente excluídos da população, pessoas a quem a sociedade teme, repudia e, de maneira quase deliberada, nega proteção social. Cardia⁶³ analisa esta situação e mostra que, em situações limites, estas pessoas deixam de ser percebidas sequer como seres humanos, perdendo,

⁶⁰ Adorno, Sérgio. “Aviolência...”

⁶¹ Cerqueira, Carlos Magno Nazareth. “APolícia ...”

⁶² *Ibíd.*, p. 776.

⁶³ Cardia, Nancy. “Direitos Humanos...”

assim, aos olhos da sociedade, a própria titularidade de direitos fundamentais, tal como o de não ser submetido à tortura e outros tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. Na mesma linha, o relatório sobre execuções sumárias⁶⁴ do Centro de Justiça Global e do Núcleo de Estudos Negros alerta para o fato de que as próprias vítimas de violações acabam por incorporar tais valores, consagrando a idéia de que as violências cometidas supostamente em prol da segurança pública -até mesmo a privação da vida- não seriam improcedentes em si, mas poderiam ser aceitas a depender da conduta, do caráter e/ou da moral do ofendido.

Ao final, o artigo recorre a um estudo de caso sobre a emasculação de meninos no município de Altamira, no Estado brasileiro do Pará, para demonstrar as derivações práticas da situação apresentada ao longo do texto. O caso refere-se a uma série de seqüestros, emasculações e assassinatos de meninos que, por suas características especiais, logrou angariar visibilidade na mídia e revelar as inadequações do sistema de justiça e segurança local para proteger a população contra aquela ameaça. A exposição evidencia a indiferença, a lentidão e a incompetência de diversas autoridades para lidar com o problema, além de demonstrar como a tortura e morte de um trabalhador -de quem se conhecia a inocência- foi utilizada para tentar encerrar as investigações e dar o caso como resolvido. A despeito das especificidades do caso, a análise tenta demonstrar que a forma como as autoridades envolvidas atuaram não deve ser compreendida apenas como uma situação isolada, mas como uma conduta quase padrão dos agentes do Estado, sempre que as vítimas da violência forem pessoas sem prestígio social e com dificuldade de acesso a recursos para buscar justiça.

Por fim, convém encerrar este trabalho chamando atenção para o fato de que a realidade exposta ao longo do artigo implica um ambiente em que o efetivo controle e a desejada erradicação da prática da tortura tornam-se extremamente difíceis e complexos. Para tanto, seria necessário engendrar um grande esforço contra a aceitação social da tortura, contra as disfunções de uma política criminal equivocada e contra setores do Estado comprometidos com a criminalidade. Tamanho esforço, porém, não encontra respaldo sequer em uma legislação adequada para se coibir este grave tipo de violação de direitos humanos. Sem embargo, nenhuma dificuldade

⁶⁴ *Relatório de execuções sumárias no Brasil...*

ou condição adversa aqui apresentada deve ensejar atitudes de desânimo. Pelo contrário, há que se buscar quotidianamente utilizar e aprimorar os meios disponíveis para que se reduza e, afinal, se extirpe prática tão cruel das instituições do Estado brasileiro, a fim de que possamos promover uma verdadeira segurança pública, pautada pelo respeito aos direitos humanos de todos.

Tráfico de mulheres, crianças e adolescentes para fins de exploração sexual comercial e a segurança social*

*Welinton Pereira da Silva***

Apresentação

A pesquisa sobre tráfico de mulheres, crianças e adolescentes para fins de exploração sexual, coordenada internacionalmente pelo Instituto Internacional de Direitos Humanos da Faculdade de Direito da Universidade De Paul de Chicago, pelo Programa de Direitos Humanos da OEA e pela Comissão Interamericana de Mulheres e o Instituto Interamericano del Niño; e nacionalmente pelo CECRIA - Centro de Referência, Estudos e Ações sobre Crianças e Adolescentes, foi coordenada na região sudeste pelo Pacto São Paulo contra a Violência e a Exploração Sexual de crianças e adolescentes.

Teve início no Estado do Rio de Janeiro em outubro de 2001, com prazo para conclusão em abril de 2002, e no Estado do São Paulo em Setembro de 2001, com prazo para conclusão em Abril de 2002.

No Rio de Janeiro, a Coordenação Estadual coube ao IBISS - Instituto Brasileiro de Inovações em Saúde Social, cabendo à Escola de Direito da Universidade do Grande Rio-Prof. José de Souza Herdy, por meio de convênio entre essas instituições, à formação da Equipe de Pesquisa.

Coube ao Pacto São Paulo contra a Violência e a Exploração Sexual, a coordenação da pesquisa em São Paulo, que convênio de cooperação com a Universidade Metodista do Estado de São Paulo – UMESP, essa instituição forneceu a infra estrutura necessária ao desenvolvimento dos trabalhos.

* Trabalho acadêmico baseado em pesquisa feita na região sudeste do Brasil sobre o tráfico de mulheres e crianças para fins de exploração sexual, coordenado por Welinton Pereira da Silva.

** Participante en el XXI Curso Interdisciplinario en Derechos Humanos. Activista de derechos humanos, representante de Visión Mundial en el Consejo Nacional de los Derechos de la Niñez y los Adolescentes de Brasil.

Em ambos estados partiu-se dos parâmetros teóricos e metodológicos do Projeto Nacional da pesquisa que foi elaborado pelo CECRIA, sendo que ao verificar-se a realidade específica, foram feitas adaptações e foram traçados planos e estratégias de trabalho, sendo que o objetivo de ambas era descrever, predizer e explicar o tráfico de pessoas para fins de exploração sexual.

Considerandos os tipos de informações a serem levantada e os eixos implicados, procurou-se o reconhecimento e o contato com atores diretamente “relacionados” ao fenômeno do tráfico e à exploração sexual, foram priorizados alguns informantes privilegiados, os mesmos foram localizados em secretarias e coordenações de projetos, também identificamos como informantes, responsáveis por setores de documentação e pesquisa e também de movimentos sociais.

Tanto em São Paulo com no Rio de Janeiro a pesquisa alcançou seus objetivos dando visibilidade à questão e fornecendo indicadores e informações que poderão servir à elaboração e/ou reformulação por parte do Estado e da sociedade civil de ações de prevenção e enfrentamento da problemática do tráfico em geral e, de mulheres, crianças e adolescentes em específico.

Considerações Metodológicas

Tendo em vista o período para a realização da pesquisa, fez-se necessário restringir o campo pesquisado às capitais dos estados, no entanto devido a algumas características de algumas regiões e cidades, ampliamos o campo de investigação, em São Paulo, a cidade de Santos por tratar-se de área portuária, e a cidade de Guarulhos, devido à localização do aeroporto Internacional. A restrição à capital do Rio de Janeiro não foi necessário em relação ao Judiciário e Ministério Público Estadual, tendo em vista a centralização das diversas comarcas à um único sistema de informática. Na Justiça Federal, porém, não foi possível o mesmo procedimento, utilizando o envio de ofícios pelo correio para atingirmos às Varas Federais Criminais de todo o Estado.

A pesquisa realizado no Rio de Janeiro conseguiu avançar e obter maiores dados com relação ao levantamento realizado junto às comarcas acerca dos processos judiciais, avançando inclusive na

análise dos processos e tipicações de delitos. Quanto à pesquisa de São Paulo, apesar de avançar muito pouco em relação à pesquisa do judiciário, conseguiu uma boa inserção junto às ONGs, montando um bom levantamento e uma detalhada análise sobre o processo de encobrimento do delito e sobre os desafios que se colocam às possibilidades de implantação de políticas de enfrentamento.

Outra questão que se colocou como relevante é a dificuldade de obter-se dados sobre o fenômeno, trata-se de um objeto de difícil apreensão, foram pesquisadas 39 Organizações governamentais e 50 organizações não-Governamentais, e apenas 14 dessas tinham algum tipo de informação sobre o tema, apesar desse problema, encontrados 9 casos que poderiam ser tipificados como tráfico na região sudeste, com seis desses casos, foi feito estudo de caso, pois foram avaliados como os mais exemplares.

Recorte Espacial da Pesquisa

Antes de prosseguirmos, apresentaremos dados demográficos fornecidos pelo censo de 2000 realizado pelo IBGE, pois acreditamos que são esclarecedores da situação vivida pelo auto grau de ocupação demográfica urbana nas regiões metropolitanas em cidades como São Paulo e Rio de Janeiro:

Tabela - População residente, por situação do domicílio e sexo, segundo as Grandes Regiões e as Unidades da Federação - Brasil - Grandes Regiões

Grandes Regiões e Unidades da Federação	Total	Homens	Mulheres	Ocupação Urbana		
				Total	Homens	Mulheres
Brasil	169 799 170	83 576 015	86 223 155	137 953 959	86 082 993	71 070 966
Região Sudeste	72 412 411	35 428 091	36 986 320	65 548 194	31 810 179	33 739 015
Minas Gerais	17 891 494	8 851 567	9 039 907	14 671 828	7 144 698	7 528 930
Espírito Santo	3 097 232	1 534 808	1 562 428	2 483 049	1 189 740	1 283 308
Rio de Janeiro	14 391 282	6 900 335	7 490 947	13 821 488	6 803 891	7 217 575
São Paulo	37 032 403	18 139 363	18 893 040	34 582 851	16 861 650	17 731 201

Nesses estados o que chama atenção é o fato de tratar-se do maior centro econômico do país, com alto índice de urbanização, e que reúne condições favoráveis à exploração sexual por meio de tráfico internacional ou também nacional, de caráter inter-estadual.

Trabalha-se também nessa pesquisa com a hipótese de que, devido à sua estrutura privilegiada, as cidades pesquisadas passariam a integrar uma rota que facilitaria o tráfico internacional, sendo via de acesso ao tráfico proveniente de outros estados com destino ao exterior.

A estrutura da cidade de São Paulo, por exemplo, proporciona um alto grau de circulação do turismo, de acordo com pesquisa feita pela Embratur, São Paulo destacou-se em segundo lugar (19,6%) como cidades mais visitadas por turistas estrangeiros no ano de 2000, perdendo apenas para o Rio de Janeiro (34,1). Apesar da colocação pode-se observar que houve uma queda no número de turistas que visitaram São Paulo de 1996 à 2000

Entre os motivos da viagem para São Paulo a maioria dos turistas viajaram para negócios (64,07), seguido de uma porcentagem bem menor de turistas que visitaram São Paulo por turismo (13,71%), a viagem de negócios é conformada também pelo fato da maioria dos turistas em viagem para São Paulo viajarem sozinhos (69,95%).

Devido ao atrativo econômico e ao alto desenvolvimento do turismo de negócios, São Paulo desenvolveu uma sofisticada indústria do sexo, com oferta as mais variadas e estratificadas que atendem aos mais variados seguimentos; nossa preocupação foi explorar este tema da exploração sem impor valores morais e fomos cuidadosos para preservar o direito destes profissionais do sexo.

A cidade do Rio de Janeiro, antiga capital do Brasil, é conhecida mundialmente pelas belezas naturais de paisagens diversificadas, atraindo turistas de vários países e consolidado o mercado do turismo na Cidade, conforme demonstra os dados de 1999 do Departamento de Estudos e Pesquisas Mercadológicas, que apontam a cidade como a primeira entre as mais visitadas no Brasil, com 32,5%.

De incremento cultural e turístico, a cidade é mundialmente conhecida pelo Carnaval, festa popular de belas mulheres, incluindo a “mulata tipo exportação”, expressão criada na década de 60, por

um expert do show business brasileiro, como sensuais representantes do glamour das mulheres brasileiras¹. Sabemos que tais expressões tendem a aguçar o imaginário social, reforçando alguns mitos historicamente construídos em torno da questão de gênero e raça, além de associar as mulheres à uma mercadoria de exportação.

Na economia da região caracteriza-se pela concentração nas atividades secundárias (indústrias) e terciárias (comércio), sendo esta última voltada para a importação e para o capital estrangeiro. O desenvolvimento econômico atual assumiu uma feição particular de um mercado altamente segmentado, reflexo de um processo de globalização e fragmentação, desencadeado em nível nacional.

Em termos habitacionais, depois de São Paulo, o Rio é o Estado que possui um maior número de favelas, o que não significa que seja muito menor o contingente populacional residindo nelas. Em 1991 a quantidade de domicílios nas favelas em São Paulo era de 270.178, enquanto no Rio era de 255.572.

As desigualdades sociais, o crescimento do desemprego, a fragilidade das políticas públicas, a existência de redes de economia clandestina e de organizações criminosas, o incremento da prostituição e o turismo sexual, serão alguns dos aspectos que formarão um contexto favorável para o tráfico com fins de exploração sexual.

Os aspectos culturais e seus reflexos nas desigualdades de gênero, raça, etnia e geração podem enriquecer e determinar a questão social, que tem implicações diretas na questão do tráfico em cada estado e região.

Desta forma, nesse tópico procuremos discutir como que a pesquisa empreendida, possibilitou-nos acrescentar a questão do tráfico de mulheres, crianças e adolescentes para exploração sexual, sendo um dos fatores determinantes, a questão racial.

Primeiramente, o fato notório que constatamos ao longo da pesquisa, foi a falta de atenção e sensibilidade das instituições e organizações que trabalham, direta ou indiretamente, com a prostituição para o pertencimento étnico-racial tanto das prostitutas, como das crianças e adolescentes em risco ou desaparecidas. A

¹ CEAP, *Tráfico de mulheres é crime! Um sonho, um passaporte, um pesadelo*, Rio de Janeiro, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Brasil, 1995.

conversa com diversas organizações não-governamentais possibilitou o acesso a materiais que poderão nos ajudar a discutir o fator étnico-racial no fenômeno do tráfico. Um dos documentos adquiridos foi um artigo de Sueli Carneiro de 1998: “Eixos articulares da violência de gênero: a dimensão racial”.

Através das diversas entrevistas também pudemos colher depoimentos de pessoas que trabalham com baixo meretrício que destacaram que nesse segmento, no qual é muito comum o envolvimento com drogas das mulheres que se prostituem, é também comum o caráter negro da maioria das prostitutas, caráter esse percebido por Eliade D. dos Santos através do atendimento durante 8 anos as prostitutas na “Associação Mulher-Vida”, pois não há pesquisa nem sistematização dos dados do atendimento na área da prostituição que abarque esse caráter².

Conforme relatado no “Dossiê Suíça” que chegou-nos as mãos por Sônia Maria do Geledés -Instituto da Mulher Negra-, produzido por conta do Seminário Internacional Migrações Internacionais -Contribuições para políticas Brasil 2000 por Maria Jaqueline de Souza Leite do Centro Humanitário de Apoio à Mulher- CHAME, confirma, com casos de mulheres do Nordeste e do Rio de Janeiro enviadas ao exterior e exploradas sexualmente, a maior vulnerabilidade e “procura” de estrangeiros por mulheres negras e mestiças para o turismo sexual. A ligação do turismo sexual com os casos de tráfico internacional ficam claros pelos casos abordados no “Dossiê Suíça” produzido pelo FIZ, instituição suíça de apoio à brasileiras na Europa.

No Brasil, a procura de estrangeiros por tipos “exóticos” faz com que se possa afirmar que as mulheres negras no Brasil -considerando-se como negras mulheres pretas e pardas segundo classificação do IBGE- constituem-se nos grupos mais suscetíveis ao tráfico, pelas condições sócio-econômicas desfavoráveis a que essa população vê-se submetida no Brasil.

Outro fator que pode ser considerado influenciador desse fenômeno é a vulnerabilidade e o estigma de sexualização endereçado à mulher negra no Brasil, tendo as propagandas turísticas do Brasil para o exterior características que só faz disseminar essa imagem do país no exterior.

² Entrevista realizada dia 28/04/02 na cidade de São Bernado do Campo.

Sueli Carneiro em seu texto “Eixos Articulados da violência de gênero: a dimensão racial” atenta para a importância de se considerar o fator étnico-racial na problemática da exploração sexual comercial e do tráfico para esse fim. Retomando o passado histórico do Brasil, com sua experiência de “coisificação” dos negros e das mulheres negras, em particular, que a partir do estupro colonial a que foram submetidas no período colonial que deu origem à nossa cantada mestiçagem, permitiu-se criar e perpetuar estigmas no imaginário social que atualmente legitimam formas particulares de violência vivida por mulheres negras, dentre essas a exploração sexual. Esse fator, segundo a autora, revelam o comportamento clássico do estrangeiros que “chegam procurando por mulheres, mas têm nítidas preferências: garotas jovens, mulatas e negras” (Carneiro, 1998, pág. 1).

Por falta de dados, tivemos dificuldade para verificar se o caráter étnico da exploração sexual verificado em outras regiões do país, se verifica também em São Paulo e no Rio de Janeiro, cidades em que as redes de prostituição são mais articuladas e segmentadas do que em outras regiões. Pelo seu caráter de maior metrópole do país, em São Paulo podemos verificar a diferenciação no que diz respeito a prostituição em níveis alto, médio e de baixo meretrício, como nos explicou Eliade Dias dos Santos da “Associação Mulher-Vida”. Outro fator, já apontado acima é a pouca sensibilização, dos organismos tanto governamentais como não-governamentais que prestam atendimento ou possuem atuação nessa área, a classificação étnica-racial das mulheres, crianças e adolescentes atendidas.

O estudo de caso de São Paulo pode ser considerado um exemplo evidenciador de como o fator étnico-racial pode vir a ser determinante à suscetibilidade ao tráfico. Menina de 18 anos, negra, traficada de São Paulo para Santa Catarina para fins de exploração sexual. No relato da mãe da adolescente podemos verificar, que, além de se tratar de um caso exemplar por possuir todos os estágios caracterizadores de tráfico de pessoas, a própria mãe sinaliza que o fato desta jovem ter sido cooptada e levada à Santa Catarina, foi em parte por tratar-se de um “tipo procurado” devido ao pequeno número de pessoas negras que habitam aquela região. O mesmo motivo pode ser considerado para os casos de tráfico internacional de brasileiras ao exterior que configuram tipos “exóticos”, apreciados pelos homens de países da Europa e Ásia.

Mas, apesar da escassez de dados mensuráveis, não podemos deixar de ater-nos para a questão, pois sabemos que a exploração da

problemática racial no Brasil é importante tanto para buscarmos soluções para o problema da desigualdade sócio-econômica no Brasil quanto para problemas por essa desigualdade ocasionados, como o é a problemática do tráfico de mulheres, crianças e adolescentes para fins de exploração sexual no país.

Fundamentação teórico-conceitual

Constituindo-se em uma proposta de trabalho articulada e dirigida às mulheres, crianças e adolescentes em situação de tráfico para fins de exploração sexual, esta pesquisa apresenta alguns desafios que precisam ser elucidados, fazendo-se necessário analisar e explicitar, do ponto de vista teórico/metodológico/jurídico, as realidades de naturezas distintas que interagem no estudo do tráfico.

O tráfico de pessoas, facilmente diferenciado de outras formas de tráfico, como o de armas ou drogas, manifesta-se de maneira distinta nas diferentes regiões do mundo, apresentando um fluxo predominantemente internacional, sendo que estudos sobre a temática revelam que esta modalidade de tráfico vem, aos poucos, intensificando-se também no interior destes países.

Existem poucos instrumentos internacionais ou legislações internas que combatam este problema. Devido ao fato de não haver definições universalmente aceitas sobre os diferentes aspectos de tráfico, ou mesmo para a identificação, proteção e reinserção de uma pessoa “traficada”, o tema vem sendo objeto de um intenso debate internacional.

No Brasil, as pesquisas, estudos e Comissões Parlamentares de Inquérito (CPIs) realizadas durante a década de 90, permitiram identificar a exploração sexual comercial em suas diferentes expressões (prostituição, pornografia, turismo sexual e tráfico) e sua inter-relação com o tráfico de mulheres e crianças para fins sexuais.

De acordo com Vargas³, o tráfico é considerado como “todos os atos em que se utiliza o recrutamento e/ou transporte de uma mulher, dentro e através de fronteiras nacionais, para trabalhos e serviços, por meio de violência ou ameaça de violência, abuso de autoridade ou posição dominante, cativo por dívida, engano ou outra forma de coação”.

³ Vargas, Y. A. “Tráfico de mujeres para prostitución, trabajo doméstico y matrimonio”, *Informe Regional de América Latina y el Caribe*, Informe Preliminar, Encuentro Regional, República Dominicana, dezembro 1996.

O conceito demonstra-se ainda generalizante e pouco específico para compreender os diferentes aspectos e dimensões que caracterizam o fenômeno. Na definição acima, por exemplo, só ganha destaque o tráfico de mulheres e, ainda assim, em sua variante mais extrema, caracterizada pelo uso de violência, abuso de autoridade e coação. Nesta forma pouco precisa, ele não permite uma descrição mais detalhada das pressões estruturais e das estratégias de ações subjetivas inerentes ao fenômeno.

Outros autores têm procurado centrar o enfoque na categoria migração, marginalizando da discussão o tema “tráfico” e demonstrando o enredamento ativo de mulheres, salientando a sua condição de sujeitos. Este é o caso típico da investigação realizada por pesquisadoras do Institut fuer Frauenforschung, de Frankfurt (FIF), realizada com mulheres asiáticas, latino americanas e do Caribe⁴.

Compreende-se a tentativa destas autoras de retirarem do interdiscurso social, que é marcado por extrema dramatização da diferença, a noção de vítima atribuída às mulheres, que poderiam ser encaradas como destituídas de subjetividade e da capacidade de ação consciente e responsável. Se tal orientação pode ser vista como uma alternativa para a “ideologia da salvação” (*Helperideologie*), sendo, portanto uma opção política, ela deixa, entretanto, lacunas do ponto de vista explicativo e conceitual.

Sob outra perspectiva, a opção política para a preservação do termo “tráfico”, fundamenta-se no argumento de que “excluindo-se o termo tráfico, os homens se convertem em puros consumidores, ocultando-se a sua responsabilidade como prostituintes, clientes e empresários do negócio e se transfere às mulheres o ônus dessa responsabilidade”⁵.

Comparando-as, é possível constatar a extrema variabilidade do conceito, em especial a partir do enfoque e do peso que se atribui aos atores envolvidos. Estas são dificuldades formais, que precisam ser clarificadas e superadas pelo processo de pesquisa, a fim de permitir a construção de uma tipologia capaz de revelar as formas específicas

⁴ Niesner, E.; Anonuevo E.; Aparicio M.; Sonsiengchai-Fenzl P. *Ein Traum vom besseren Leben - Migrantinnenerfahrungen, soziale Unterstuetzung und neue Strategien gegen Frauenhandel*, Leske Budrich, Opladen, 1998.

⁵ Leite, M.J.S. *Tráfico de Mulheres – Exemplo do Brasil*. Salvador/BA, 2000.

do tráfico “voluntário” e involuntário, do mercado de casamentos e de agenciamento doméstico, bem como da migração prostituinte. De todo modo, resta salientar que, mesmo não sendo reduzida ao tráfico, a migração está indissociavelmente a ele amalgamada.

Ambas as formas de mobilidade e de fixação espacial, consolidam-se em Estados nacionais onde predominam políticas de imigração altamente restritivas e excludentes. Nos países receptores, a tônica tem sido a intensificação da luta contra o crime organizado, estratégia que implementada de maneira isolada não consegue contribuir para superar o problema, agravando-o ainda mais ao estigmatizar duplamente as mulheres.

Faz-se necessário compreender que a ilegalidade e a dependência a que estão expostas, independentemente das razões que as levam a esta mobilidade e fixação espacial, só podem ser superadas através da conquista de direitos políticos e sociais autônomos e desvinculados da obediência e subserviência a seus tutores e controladores, não importando que estes sejam seus maridos, gigolôs ou a mão de ferro das “políticas de estrangeiros”.

Mulheres asiáticas, latino-americanas, caribenhas e africanas não seriam traficadas para a Europa se não existisse um mercado que operasse a partir da construção social da subalternidade feminina transcontinental. O exotismo é o elemento mais marcante na caracterização de mulheres do “terceiro mundo” nos países europeus, sendo erotizado e engendrado um culto (instrumental) à diferença, centrado na construção cultural da feminilidade⁶.

A partir desta perspectiva, pode-se afirmar que o tráfico demonstra-se altamente funcional para a produção de ordens simbólicas no que concerne à dominação específica de gênero. Coloca-se, assim, como confirmação de uma masculinidade que contribui para a prevalência, permanência e intensificação do capital simbólico masculino.

Com relação às mulheres brasileiras, o clichê central, fundado em construções igualmente preconceituosas e sexistas, permanece inalterado, mas é articulado por elementos que as diferenciam das asiáticas. Aqui, a subalternidade e a graciosidade são menos destacadas, dando lugar a uma representação da sexualidade (em

⁶ Martin B. “Weiblichkeit als kulturelle Konstruktion”, in: *Das Argument-Zeitschrift fuer Philosophie und Sozialwissenschaften*, 1983.

combinação com a natureza e os ritmos tropicais) enquanto erotismo explosivo. É o clima tropical, ao lado da generosa paisagem, que fornecem o quadro de fundo para a representação da mulher como “picante”, sedutora, mundana e aventureira, enfim como uma “Sexbomb”. Via de regra as mulheres brasileiras são estilizadas como mulatas ou negras, com corpos provocantes e dourados pelo sol, imersas em permanente transe carnal, imagens que são extraídas não só do imaginário carnavalesco ao qual se associa o Brasil, mas também da própria história do colonialismo europeu.

Ao fixar imagens de determinados grupos sociais no imaginário da população, tais formas de representação concorrem também para hierarquizar a sua utilização no mercado de trabalho. Com efeito, a tendência histórica do capitalismo reside justamente no fato dele explorar diferenças específicas (sexo, nacionalidade, construção de “raça”) e transformá-las em coadjuvantes frutíferos para a sua reprodução⁷.

Operacionalmente, a exploração sexual de crianças e adolescentes traduz-se em múltiplas e variadas situações que permitem visualizar as relações nelas imbricadas e as dimensões que as contextualizam. Constituindo-se em uma relação de poder e de sexualidade, que é mercantilizada, visa a obtenção de proveitos por adultos, causando danos bio-psico-sociais aos explorados, que são pessoas em processo de desenvolvimento. Além disso, implica no envolvimento de crianças e adolescentes em práticas sexuais, através do comércio de seus corpos, por meios coercitivos ou persuasivos, o que configura uma transgressão legal e a violação de direitos e liberdades individuais da população infanto-juvenil.

Esta exploração sexual envolvendo crianças e adolescentes tem como objetivo satisfazer a libido dos adultos, no contexto do mercado, onde o adulto paga (de alguma forma) e muitas vezes há terceiros que tiram algum proveito.

Nesta perspectiva, o tráfico de crianças e adolescentes para fins de exploração constitui-se em violência sexual e, portanto, uma violação de direitos que se materializa por ações e mediações dos pais/parentes e/ou pelas redes de comercialização de crianças e adolescentes para fins sexuais.

⁷ Soares do Bem A. “Cultura, política e racismo”, in: *Revista Princípios*, São Paulo, n.º 34, 1994.

As questões relativas à idade, gênero, sexo, etnia/raça, pobreza e violência doméstica, vulnerabilizam as crianças e os adolescentes, tornando-os “presas” fáceis para os aliciadores do mercado da prostituição e do tráfico. De acordo com estudos realizados no Brasil, é possível identificar, tanto na prostituição (rua, garimpos, prostíbulos, agências de modelos, etc), como no turismo sexual, a presença de aliciadores para o tráfico.

Entretanto o “Plano Nacional de Enfrentamento da Violência Sexual contra Crianças e Adolescentes” aponta para a necessidade de mobilização com vistas a mudanças na legislação referente aos crimes sexuais contra crianças e adolescentes e que sejam adotadas medidas coercitivas em relação ao tráfico para fins sexuais e de proteção às vítimas.

Outros aspectos a serem contemplados nesta Pesquisa serão o desenvolvimento turístico, o turismo sexual e o “tráfico”, vistos sob a ótica de elos sistêmicos. De acordo com Prestrello e Dias⁸, “no final deste segundo milênio, nesta conjuntura de crescentes desigualdades sociais entre classes e países, floresce uma forma de tráfico humano envolvendo, principalmente, mulheres pobres e negras do Terceiro Mundo. É o turismo sexual”.

A trajetória do turismo sexual não pode ser abordada fora do processo de desenvolvimento do turismo como um todo. Já na década de 50, Fanon⁹ alertava para o perigo de o “terceiro mundo” vir a transformar-se num bordel para os países industrializados. Para muitos autores que pensam dentro desta tradição, o turismo sexual não se coloca como pura consequência, mas como elemento imanente ao desenvolvimento turístico¹⁰.

Da mesma forma, o tráfico de mulheres e crianças não pode ser desvinculado da análise dos impactos (no caso, negativos) do turismo, atrelando-se inevitavelmente, à trajetória do turismo sexual. Os efeitos da globalização sobre as populações mais pobres e a

⁸ Prestrello, C. e Dias S. *Sexo Turismo: O que a gente não faz para realizar um sonho?*, Coletivo Mulher Vida, 1996.

⁹ Fanon, F. *Die verdammten dieser Erde*, Rowohl Verlag, Reinbeck bei Hamburg, 1969, in versão original francesa: *Les Damnés de la Terre*, François Maspero Editeur, Paris, 1961.

¹⁰ May S. *Tourismus in der Dritten Welt. Vonder Kritik zur Strategie: Das Beispiel Kapverde.*, Campus Verlag, Frankfurt M., 1985.

supremacia do mercado em detrimento da sociedade civil, tem favorecido o desenvolvimento do comércio do tráfico enquanto modelo econômico, paralelo e articulado ao modelo formal do capitalismo global.

Sem dúvida, como salienta Brigitte Young, as políticas neoliberais, que asseguram a lógica econômico-reprodutiva da globalização (concorrência, privatização, desregulação, flexibilidade, distanciamento do Estado, predominância do mercado financeiro, redução de gastos estatais e esfacelamento do sistema de segurança social) produzem efeitos específicos sobre os gêneros, atingindo de modo acentuado as mulheres, quer estejam concentradas nas “Global Cities” ou nas áreas de marginalidade reconfiguradas.

O caráter particular da produção de efeitos específicos sobre os gêneros tem sido sistematicamente silenciado e negligenciado pelo discurso dominante, dando origem ao que O’Neil¹¹ chama de “conceptual silence”, o que tem impedido uma análise aprofundada da relação entre globalização, Estado e gênero.

O discurso hegemônico procura sugerir um desenvolvimento neutro entre os gêneros no processo de globalização, mas o que se evidencia é que nos processos de ajustes estruturais por ele impostos, as relações assimétricas entre os gêneros são reconfiguradas e refuncionalizadas. Todo processo de modernização realizado em moldes capitalistas produz também seus perdedores. As mulheres, crianças e adolescentes provenientes dos antigos e novos espaços de marginalidade, já sendo vítimas de uma relação histórica de exploração pelo mercado, constituem o principal grupo de perdedores na nova geografia do poder que se instaura com a globalização. Sob este aspecto, o tráfico aparece em novos “locais estratégicos”, onde se generaliza a lógica reprodutiva da globalização, que sendo um processo problemático e contraditório¹², só pode realizar-se a partir de uma perspectiva localizada no âmbito do Estado nacional.

Apesar de o transnacionalismo e a desregulamentação reduzirem o papel do Estado no controle de alguns importantes processos

¹¹ O’Neil M. *The Strategic Silence. Gender and Economic Policy*, London, 1994.

¹² Ianni, O. A “Era do Globalismo”, in: Martins de Oliveira, F.A (Org) *Globalização, Regionalização e Nacionalismo*, UNESP, São Paulo, 1998.

econômicos, ele permanece, segundo a importante observação de Sassen¹³, “como o último garantidor dos direitos do capital, seja nacional ou estrangeiro. O Estado continua a representar um papel crucial na produção de legalidade às voltas com novas formas de atividades econômicas”.

Explicitando a interação dos processos econômicos transnacionais com as economias nacionais, explica-se também a existência de “locais estratégicos” cristalizados no espaço nacional, com eixos dinamizadores da lógica reprodutiva da globalização. Estes representam os mercados nacionais que viabilizam força-de-trabalho para os mercados transnacionais.

Tanto nos países desenvolvidos, como naqueles em via de desenvolvimento, esta nova geografia da centralidade e da marginalidade, desencadeada pela globalização para acentuar as desigualdades existentes, origina também o surgimento de novas dinâmicas da desigualdade. Globalizando-se, o capitalismo “tanto abre novas fronteiras de expansão como recria os espaços nos quais já estava presentes”¹⁴, modificando relações, processos e estruturas produtivas, modos de organização do trabalho e de representação.

A despeito do crescente interesse dos governos estaduais pelo desenvolvimento turístico, dos planos e das potencialidades existentes, nas regiões brasileiras (litorais/fronteiras) o turismo continua sendo desenvolvido de modo espontâneo e imediatista, possibilitando a prática do tráfico de mulheres, crianças e adolescentes.

O tráfico para fins de exploração sexual, no contexto da sociedade brasileira, interrelaciona-se não só com o turismo sexual, mas com outras formas mais tradicionais de exploração sexual comercial, como a prostituição em prostíbulos, motéis, estradas e mais modernas como a pornografia na internet, sendo determinado historicamente pela relação de dominação socio-econômica e cultural nas regiões brasileiras.

Os efeitos da globalização (modelo da ALCA) contribui para desestabilização interna dos países dependentes, que se convertem em exportadores de migrantes e, conseqüentemente, de pessoas para

13 Sassen S. *Os espaços da economia global*”, in: Martins de Oliveira, F.A. (Org.), *Globalização...*

14 *Ibíd.*

o tráfico de humanos, sendo que os órgãos governamentais não tem condições de enfrentar o problema sem a colaboração da sociedade civil, sobretudo sem a formação de uma rede internacional entre ONGs e OGs que se dispõem a combater o tráfico. A legislação brasileira deve ser revista de modo a tronar-se mais apropriada ao acompanhamento do problema. As razões do tráfico não devem ser buscadas no tráfico em si, mas sim nas condições sociais derivados do mercado globalizado.

As condições culturais definidas pelo capitalismo, ao identificarem a mulher com uma mercadoria, contribui para o fortalecimento da condição de vulnerabilidade das vítimas do tráfico. No âmbito do tráfico de pessoas está a pobreza e o contexto cultural e as formas de escravidão moderna, dentre elas a escravidão para exploração sexual, consiste na condição de clandestino, com dívidas que devem ser pagas com a mercantilização do próprio corpo. É a fragilidade e a ignorância (o engodo) que propiciam o fortalecimento do encanto de se buscar uma vida melhor no exterior, tornando os indivíduos também vulneráveis ao encanto representado pelos esquemas de tráfico.

A escolha da bibliografia de apoio também teve como critério a possibilidade dessas fornecerem dados relevantes para possíveis estudos de caso e instituições que pudessem auxiliar na pesquisa, além da preocupação com a aquisição de discussões que poderiam acrescentar e enriquecer a abordagem feita pela pesquisa do fenômeno social em questão, as ponderações de Verardo¹⁵, chama a atenção de tornar as meninas cidadãs, pois como prostitutas elas vivem a margem da sociedade e não possuem direito a cidadania, tornando a prostituição não apenas uma profissão, mas um estado de ser no mundo.

Também podemos nos apoiar no trabalho de J. M. Brigagão¹⁶ para reforçar o cuidado para não se incorrer em moralismos e armadilhas do preconceito social que cercam o universo da prostituição, cuja análise pode vir a remeter a conteúdos e significados que circulam no imaginário social criando novos estigmas.

¹⁵ Verardo, M. T.; Reis, M. S. F.; Vieira, R. *Meninas do porto: mito e realidade da prostituição infanto-juvenil*, Nome da Rosa, São Paulo, 1990.

¹⁶ Brigagão, J. "Prostituição no Jardim da Luz: dor e prazer na batalha pela sobrevivência", São Paulo, Tese de doutorado, USP/IP, 1998.

Para se evitar esse problema, a autora propõe articular as instâncias individuais, grupais e coletivas buscando a complementaridade entre elas e não as relações de determinação casual, buscando a pluralidade e movimento nos sentidos dos diversos discursos envolvidos.

A submersão aos parâmetros da prostituição, possibilitaram-nos identificar o grau de complexidade da relação intrínseca entre o âmbito pseudoprofissional da prostituição, que é permeado pela ilegalidade originária do agenciador, e as formas de violação do direito de dispor do próprio corpo com liberdade devido à presença de algum elemento que exerça coação. O encobrimento das implicações dessa relação são, comumente, absorvidos pela estigmatizante abordagem da prostituição como campo profissional.

Com isso, a relação entre prostituição e exploração sexual, a qual difere não apenas pela presença da mediação do agenciador, mas também pela existência de condições objetivas e subjetivas para que o indivíduo que se prostituí possa ter condições efetivas de negociar, com um mínimo de independência, o preço e as regras contratuais da mercadoria que esta comercializando.

Essa relação é desfocada para concepções ideológicas que obliteram a compreensão dos elementos psicossociais que sustentam o envolvimento desses indivíduos também como sujeitos, espoliados de seus direitos e motivados por múltiplas razões sociais, mas, ainda assim, como sujeitos de suas ações. Sendo essa mercadoria o uso provisório de seu corpo, que é disponibilizado como objeto do prazer de outrem, a figura do agenciador reforça a visibilidade da falta de autonomia dessa relação, bem como, a imprecisão conceitual das limitações e abrangências da noção de exploração sexual.

As formas de exploração sexual, estruturadas de acordo com a lógica da sociedade industrial, ao contrário do que pretendem algumas perspectivas meramente ativistas, não se resume à exploração de crianças e adolescentes ou de pessoas totalmente ignorante quanto ao universo de relações com que se envolveu, num sentido muito mais amplo e, ao mesmo tempo, diluído no que esta naturalizado nas relações sociais consideradas corriqueiras, a exploração do sexo abrange a redução da sexualidade a coisa comercializável.

Com este panorama por base, a sensibilidade necessária para distinção das sutilezas que caracterizam a diferenciação entre

liberalização e exploração sexual, justificam tanto a frieza socialmente instituída com relação aos infortúnios que enfrenta quem por escolha ou ingenuidade recaiu no universo da prostituição, e quanto a incoerência de perspectivas que equivocadamente reduzem o problema da exploração sexual a sua forma mais vil, ou seja, aquela em que ao indivíduo implicado não resta outra possibilidade objetiva senão a de objeto da manipulação alheia.

Apesar do empobrecimento espiritual a que todos estamos reduzidos nessa sociedade, sobretudo se considerarmos as atividades de trabalho a que nos submetemos para garantir o sustento imediato e a realização de projetos básicos de vida, não se poderia subtrair toda condição de escolha e implicação subjetiva que empenhamos na relação com os diversos algozes tal como nos é possibilitado pelas relações de produção capitalistas, quanto mais ilícito o campo de atuação, mais vulnerável e suscetível está o sujeito.

De modo similar, também seria erro teórico ou concessão ideológica se, negligenciando a influência dessa mesma lógica que se abate sobre todos nós, julgássemos àqueles que são particularmente explorados no mercado do sexo, aos indivíduos que alimentam a indústria da exploração sexual, como vítimas absolutas, isentas de quaisquer implicações como sujeitos. Esta incursão que acompanha as definições de exploração sexual tem por objetivo delimitar o campo sinuoso em que transcorre a pesquisa sobre tráfico de pessoas para fins de exploração sexual.

Sem que tenhamos claro quais são as principais limitações dessa definição para a correta abordagem da relação entre exploração sexual e exploração geral das atividades de trabalho no capitalismo, torna-se tanto mais difícil quanto arriscado sugerirmos uma interpretação do fenômeno do tráfico de pessoas.

Dentre os riscos citados encontram-se o de generalização da quantidade ínfima de dados frente a demanda monstruosa por resoluções pragmáticas do problema. Similar a este risco, mas, ainda mais diretamente exploradas por pretensões imediatistas, o tratamento midiático dado à prostituição infanto-juvenil, sobretudo por ocasião do caso das meninas escravizadas -campanha encabeçada por Gilberto Dimenstein- concorrem para generalização de algumas características mais estigmatizantes como a pobreza:

Estratégia ideológica que limita os potenciais humanos das pessoas em situação de pobreza, restringe seus destinos. Gera-se a justificativa para políticas compensatórias e pobres: como os pobres são capazes até de vender suas filhas para a prostituição, melhor qualquer coisa (por exemplo, uma bolsa escola ínfima) do que nada¹⁷.

No caso do tráfico de pessoas, a mesma reificação das potencialidades humanas pode servir de escora para a elaboração de explicações ideologicamente comprometidas com a negligência acerca das contradições que acompanham o universo de relações que se estruturam em torno da prostituição e, conseqüentemente, sua estigmatização como sendo totalmente distinta da exploração sexual.

Somente numa perspectiva que contemple a contraditoriedade da noção de tráfico de pessoas para fins de exploração sexual é que poderemos abordar as implicações subjetivas e objetivas deste fenômeno que torna mais óbvia a transformação de pessoas em objetos do comércio sexual. Nesse sentido, nossa pesquisa trouxe à discussão, principalmente, elementos que permitem, não apenas justificar a ocorrência do tráfico de pessoas em especial, em âmbito nacional – mas também, a problematização sobre o modo como a conceitualização jurídica ratifica a violência produzida pelas relações sociais.

A rigidez conceitual, bem como a negligência metodológica com relação à escassez de dados, contribuem para legitimar uma concepção deturpada dos elementos que estão verdadeiramente implicados no fenômeno. Na análise que empreendemos do caso selecionado foi explicitado que o conjunto de elementos psicossociais e o entrelaçamento da condição de sujeito e de objeto tornam o tráfico um fenômeno indiscutivelmente intrincado com a estigmatização da prostituição.

Não se poderia considerar apropriadamente o fenômeno sem antes desvendar os mecanismos pelos quais ele é naturalizado pelas pessoas que o assistem. Seja como meio de evitar o desconforto que sua descrição suscita, sobretudo quando há envolvimento inicial do indivíduo como sujeito, ou seja como meio de justificar o envolvimento instrumental de determinados atores em um processo

¹⁷ Andrade, L. F. “A prostituição infanto-juvenil na mídia”, São Paulo, Tese de doutorado, Puc/SP, 2001, p. 209.

que não reconhecem como tal, ambas situações competem para a incidência de complexos processos de legitimação de um modelo de conceituação do tráfico de pessoas que exclui qualquer possibilidade de pensar sobre os determinantes reais da situação.

No caso dos atores envolvidos, quer sejam aqueles que se apresentam como vítimas ou os que são identificados como vilões, de modo algum se questiona a lógica mercantil que sustenta esse tipo de relação: ideologicamente aponta-se para o indivíduo e mais uma vez se esquece a sociedade que os induz essa condição de vida.

Nessa perspectiva, a caracterização de cada personagem que em momentos específicos corrobora o desenvolvimento do processo é obscurecida pela dinâmica das relações sociais consideradas normais. A caracterização da figura do responsável pelo tráfico é dificultada devido à constituição prévia de uma rede de facilitação que se baseia no suposto consentimento da vítima, no entanto, uma abordagem que toma a pessoa envolvida apenas em seu aspecto de vítima também é limitador e dificulta o entendimento e o enfrentamento real do fenômeno. Cabe reconhecer as dificuldades da abordagem e compreensão do fenômeno e apoiar-se nas possibilidades que seu reconhecimento proporciona, evitando-se tanto o imobilismo como o ativismo desorientado.

Como resultado da investigação junto às organizações governamentais e não-governamentais que atualmente desenvolvem trabalhos interventivos com a população de crianças, adolescentes e mulheres diretamente associados à problemática do tráfico, também verificamos que dentre estas organizações subsistem perspectivas interpretativas distintas e, em alguns casos, contraditórias com relação ao processo que neste trabalho consideramos como expressão do tráfico de pessoas.

Apesar do fato de devermos a indicação do caso exemplar que analisamos a uma organização não governamental que atende casos de pessoas, principalmente, crianças desaparecidas, é notória a falta de sustentação empírica que acompanha a afirmativa popular acerca do tráfico de mulheres. Dentre as entidades não governamentais que pesquisamos a afirmativa de que o tráfico de pessoas é um fenômeno que deve ser combatido geralmente mantinha-se, paralelamente, de forma acrítica ao lado do dado objetivo de que a instituição não possuía nenhum registro de pessoa traficada, no geral, nem mesmo

de algum caso que pudesse despertar a suspeita de que houvesse uma situação encobridora à percepção do fenômeno.

No caso das suspeitas que foram apontadas como possíveis indicadores de tráfico, quando persistimos com a intenção de averiguar a validade da informação, esbarramos na dificuldade óbvia da falta de colaboração ou do mero desconhecimento de informações mais precisas. Uma experiência que nos chamou a atenção pela riqueza que proporcionou com relação à abordagem dos dados foi às entrevistas realizadas com as coordenações dos programas DST/Aids de São Paulo e de Santos. Nestas entrevistas obtivemos informações de que apesar do rigoroso sistema de acompanhamento que empreendem junto às trabalhadoras do sexo – o qual se dá por razões relacionadas ao controle das doenças sexualmente transmissíveis e, portanto são insuspeitas de qualquer pretensão repressiva ou policial que pudesse a priori distorcer a função desses registros não possuíam qualquer dados que apontasse a ocorrência e tráfico de pessoas junto a estas populações.

Como reiteramos no título dado à sessão em que ele é apresentado, este é um caso que também poderia ser apresentado como um pseudotráfico de mulheres, uma vez que se justificariam todas informações como negativas do fenômeno. Neste momento, em que o conjunto do material coletado nos permite visualizar categorias emergentes do próprio material e não apenas o conteúdo pressuposto nos instrumentais de coleta de dados, cabe questionar se os casos apontados pelos informantes, os quais são tidos apenas como condições típicas da prostituição protagonizadas por mulheres vindas de outros Estados, não estariam de fato encobrendo situações de tráfico.

A riqueza que indicamos consiste precisamente no fato desses casos, tal como o caso de Norma que analisamos, não serem um tipo exemplar do que, a partir do senso comum, imaginamos, e, convenientemente, se apregoa como sendo o tráfico de mulheres, ou seja, uma condição em que o indivíduo traficado é mero objeto-mercadoria, isento de qualquer implicação como sujeito.

Por outro lado, a partir de nosso trabalho de pesquisa e análise podemos sustentar que estes são casos exemplares sim, porém acentuam a importância de se observar para além do indivíduo, de modo a atingir o universo de mecanismos que, por freqüentemente

estigmatizarmos a prostituição, desconsideramos como relevantes, e que, de fato constituem algo que numa perspectiva crítica, e não meramente apressada, poderíamos chamar de tráfico de pessoas. Com isso estamos afirmando que estas pessoas, adolescentes ou mulheres adultas estão envolvidas com o fenômeno do tráfico, pois a relação que estabelecem com os agenciadores absorve a pouca autonomia que ainda poderiam ter ao adentrarem o mercado do sexo. Somente na medida em que são tratadas como mercadoria, e por esta razão passam a se sentir como mercadoria, é que de fato estão sendo traficadas.

São traficadas como objeto, mas não podem ser mais uma vez coisificadas por critérios de pesquisas que negligenciem sua implicação como sujeitos. Somente como expressão do preconceito é que esta condição poderia nos eximir de nos mobilizarmos pelas violações de direitos a que estão expostas.

Abordagem jornalística do fenômeno

Observou-se que, apesar de muitos casos de tráfico de mulheres, crianças e adolescentes para fins de exploração sexual serem relatados nos jornais da região, a maioria deles são referentes a outros estados. Houve mais ocorrência de denúncia de tráfico de mulheres, crianças e adolescentes para exploração sexual envolvendo outros estados do que casos ocorridos no estado de São Paulo. Nota-se também que os casos referentes ao estado de São Paulo são bastante escassos e, quando retratados, o são de maneira bastante sucinta, apenas como informes.

Nas narrativas de grande parte dos casos de tráfico para fins de exploração sexual maior ênfase era dada a exploração sexual que ao tráfico propriamente dito. Constatou-se que houve a interferência da Polícia Federal ou de algum outro órgão do estatal na maioria dos casos de tráfico para fins de exploração sexual relatados pela imprensa.

Algumas hipóteses que podem ser formuladas são

- Por algumas reportagens pode-se constatar que muitas mulheres e adolescentes tentaram embarcar para o exterior a partir do Aeroporto Internacional de Cumbica, em Guarulhos. Muitas destas não eram residentes no estado de São Paulo, mas vinham

das mais diferentes regiões do país. Por estes aspectos, São Paulo parece se incluir à rota do tráfico, como um dos pontos receptor de pessoas que serão traficadas para fora do país. A condição logística de São Paulo para o tráfico pode também fazer com que ele seja um dos locais privilegiados para o seu combate.

- Pelos levantamentos feitos na imprensa, pode-se também notar que muitas brasileiras tentaram embarcar para o exterior acompanhadas de estrangeiros e com passaportes falsos. Esta particularidade levanta algumas questões: por que passaportes falsos? Para mascarar a idade? O estado civil? O fato de estarem embarcando acompanhadas de um estrangeiro configura, em si, uma ação voluntária ou poderia haver também alguma outra força coercitiva?
- Houve também casos de tráfico de mulheres e adolescentes para exploração sexual no próprio estado de São Paulo, configurando a existência de tráfico interestadual. Exemplificam este fato os casos de adolescentes maranhenses e piauienses que são vendidas em São Paulo e de adolescentes que são trazidas de Goiás para se prostituírem em Hortolândia, no interior de São Paulo.
- A maior parte dos casos encontrados de tráfico de mulheres ao exterior, possui com principal forma de aliciamento a violência social que se materializa nas propostas de empregos bem remunerados no exterior, a possibilidade de viver em um país “de primeiro mundo” como bem ilustra a frase de um representante da OIM – Organização Internacional de Migrações: “A maioria (das mulheres traficadas para o exterior), desinformada e tentando fugir da pobreza, acompanha voluntariamente o traficante ao exterior.” Ou seja, a maioria dos casos encontrados no Estado de São Paulo referem-se à mulheres que foram encontradas tentando embarcar para o exterior à partir do Aeroporto Internacional de Guarulhos, “voluntariamente” dispostas a viverem no exterior sob a promessa de emprego bem remunerado como babás, dançarinas, emprego doméstico e até mesmo proposta de casamentos, ludibriadas quando, na verdade, deveriam trabalhar com a exploração sexual comercial.
- Em 1997, foi lançado pela EMBRATUR o “Disque-Denúncia para o combate à exploração do Turismo Sexual”. Constatou-se que São Paulo lidera a lista de denúncias de casos de abuso sexual de crianças e adolescentes, porém a maioria se referia a abuso doméstico e poucos se referiam ao Turismo Sexual. Esse

resultado para Ana Karina Quental, na época, Coordenadora da Campanha devia-se ao fato de “ o turismo em São Paulo é de negócios, tem alta qualificação e por isso há baixo índice de denúncias de envolvimento com turismo sexual” .

Acreditamos que a interpretação de Ana Quental no que diz respeito a pouca denúncias de turismo sexual, possa ser considerado também para o Tráfico de mulheres, crianças e adolescentes para exploração sexual: assim como outros Estados há casos de tráfico no Estado de São Paulo, porém eles não possuem a visibilidade que deveria possuir por ser tratar de uma rede articulada com o tipo mais premente de viagem que são características do pólo aglutinador de negócios que o Estado, mais especificadamente, a cidade de São Paulo: as viagens são predominantemente de negócios, nos quais podem muito bem estar incluídos nestes pacotes o Turismo Sexual e o Tráfico. Ou seja, podemos levantar a hipótese de que em São Paulo regula-se uma rede de exploração sexual para fins comerciais ligada a viagens de negócios de executivos estrangeiros ao Brasil, o que pode configurar uma maior dificuldade na interceptação de casos.

Dimensão jurídica

De acordo com o Código Penal Brasileiro, no art.231 entende-se por tráfico de mulheres:

Art. 231 – Promover ou facilitar a entrada no território nacional, de mulher que nele venha exercer a prostituição, ou saída de mulher que vá exercê-la no estrangeiro.

Pena- reclusão , de 3(três) a 8 (oito) anos

§ 1º Se ocorre qualquer das hipótese do § 1º do art. 227¹⁸:

Pena- reclusão, de 4(quatro) a 10 (dez) anos.

§ 2º Se há emprego de violência, grave ameaça ou fraude, a pena é de reclusão, de 5 (cinco) a 12(doze) anos, além da pena correspondente à violência.

§ 3º Se o crime é cometido com o fim de lucro, aplica-se também multa.

¹⁸ ART. 227, § 1º Se a vítima é maior de 14 anos e menor de 18 (dezoito) anos, ou se o agente é seu ascendente, descendente, marido, irmão, tutor ou curador ou pessoa a que esteja confiada para fins de educação, de tratamento ou de guarda: Pena- reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos.

No marco jurídico dogmático, o tipo penal apresenta várias limitações frente ao contorno em que o Tráfico de Mulheres se apresenta na realidade brasileira.

Para os fundamentos da ciência penal, o objeto jurídico protegido pelo tipo é a moralidade pública sexual.

No polo ativo do crime pode constar como sujeito ativo, o homem ou a mulher.

Entretanto, no polo passivo do crime só é possível a mulher como um elemento objetivo normativo de valoração extrajurídico.

Analisando o objeto material do crime, constatamos que mesmo tratando-se de um crime material, visto que a lei faz menção direta à uma conduta e um resultado no tipo, possibilitando o fracionamento da mesma, os atos preparatórios não são alcançados pela inteligência do tipo. Senão vejamos: “O Código atinge o tráfico de mulheres somente na fase do transporte da vítima, não o considerando na fase preparatória do recrutamento¹⁹”.

O elemento subjetivo está restrito no dolo, ou seja, a vontade livre e consciente de praticar qualquer das condutas do tipo penal, diretamente relacionado com o fim de levar a mulher a praticar a prostituição.

Numa relação com as especificidades do tráfico de mulheres, o elemento subjetivo que conduz o tipo, neste caso o dolo, acaba se neutralizando no fato de que na maioria das vezes, as mulheres são levadas para o exterior com promessas de atividades comerciais lícitas ou de fachada.

Em relação ao tráfico cuja vítima é criança e adolescente do sexo feminino, serve o mesmo tipo penal, pois não importa a idade. A pena é diferenciada, todavia, dependendo da vítima ser menor de 14 anos ou menor de 18 anos.

O Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei 8.069/90, pune com sanção administrativa todo e qualquer transporte de criança e adolescente, com inobservâncias de algumas regras (art. 251 comb. c/ artigos 83,84,85). E a Lei n.º 9.975 de 2000, acrescenta ao Estatuto o art. 244-A:

¹⁹ Hungria, Nelson *In* Silva Franco, Alberto e outros. “Código Penal e sua interpretação jurisprudencial”, Editora *Revista dos Tribunais*, 7ed. v. 2, p. 3289.

Art. 244-A – Submeter criança ou adolescente, como tais definidos no caput do art. 2º desta Lei, à prostituição ou à exploração sexual.

Pena- reclusão de quatro a dez anos, e multa

§ 1º Incorrem nas mesmas penas o proprietário, o gerente ou o responsável pelo local em que se verifique a submissão de criança ou adolescente às práticas referidas no caput deste artigo.

§ 2º Constitui efeito obrigatório a cassação da licença de localização e de funcionamento do estabelecimento.

Na análise jurídica do “tráfico de mulheres, crianças e adolescentes para fins sexuais”, há que se observar diversos fatores que explicam o fenômeno não só como um simples fato isolado, mas como resultado de um processo, que envolve fatores econômicos, político e social, problemáticas que conseqüentemente fomentam o tráfico, que dia após dia, apresenta-se nas mais diversas modalidades.

O objeto do nosso estudo ateu-se tão somente (não ignorando a existência de tráfico de homens), ao tráfico de mulheres, crianças e adolescentes para fins de exploração sexual, analisando o aspecto jurídico deste advento, e questões como a ausência de tipo penal na legislação brasileira que caracterize o tráfico interno e, dê conta das lacunas existentes em sua confrontação com a realidade.

Outro fator a analisarmos, diz respeito aos Tratados e Convenções Internacionais e a falta de normatização interna em consonância com o ato de ratificação de tais instrumentos, pois nem todos os documentos internacionais ratificados pelo Brasil são incorporados automaticamente pelo Direito Brasileiro. Não obstante, devemos analisar ainda a espécie de sistema jurídico, responsável pela incorporação das Leis internacionais. O entendimento no Brasil do STF - Supremo Tribunal Federal, é que a norma internacional integra o ordenamento jurídico como infra-constitucional e não como constitucional. Este é um entrave na medida em que se impõe o processamento legislativo, via decreto para a produção dos efeitos interna corporis.

Segundo Antônio Augusto Cançado Trindade²⁰:

[S]e para os tratados internacionais em geral, se tem exigido a intermediação pelo Poder Legislativo de ato com força de lei de

²⁰ Trindade, A. C. *Apud* Piovesan, Flávia. “Direitos humanos e o direito constitucional internacional”, p. 103-104.

modo a outorgar as suas disposições, vigência ou obrigatoriedade no plano do ordenamento jurídico interno, distintamente no caso dos tratados de proteção internacional dos direitos humanos em que o Brasil é parte, os direitos fundamentais neles garantidos, consoante o art. 5º (1) e 5º (2) da Constituição brasileira de 1988, passam a integrar o elenco dos direitos constitucionalmente consagrados e direta e imediatamente exigíveis no plano do ordenamento jurídico interno.

Desta forma, parece-nos que o Direito Brasileiro faz opção por um sistema misto, o qual para os tratados internacionais de direitos humanos aplica-se a incorporação automática, e para os demais tratados internacionais, opera-se a intermediação pelo legislativo para tornar o tratado obrigatório na ordem interna.

As convenções internacionais de proteção aos direitos humanos ratificadas, segundo o que mencionamos acima, deverão então ser transformadas em norma interna, integrando o sistema jurídico de forma imediata, sendo certo que algumas destas normas incorporarão a organicidade interna com status de norma constitucional, tendo força de norma incriminadora, vez que fora legislada pelo órgão competente.

Assim, pretendemos comprova, por tais elementos, que a ausência do tipo penal “tráfico de pessoas para fins sexuais” no nosso ordenamento penal brasileiro, não é uma realidade, uma vez que o Brasil ratificou a Convenção contra a Criminalidade Transnacional e o Protocolo Adicional para a Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas²¹. Uma vez ratificada, produziria seu efeito jurídico interno; apesar de não ser o que verificamos na abordagem do tema tráfico para fins de exploração sexual.

Desta feita, cabe ao Poder Judiciário e demais poderes públicos assegurarem a implementação das normas internacionais de proteção aos direitos humanos ratificadas pelo Estado brasileiro.

²¹ De acordo com o Protocolo Adicional art. 2º bis, alínea a, conceitua-se “por tráfico de pessoas deve entender-se, o recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou recolha de pessoas, pela ameaça de recurso à força ou pelo recurso à força ou a outras formas de coação, por rapto, fraude, engano, abuso de autoridade ou de uma situação de vulnerabilidade ou através da oferta ou aceitação de pagamentos ou vantagens para obter consentimento duma pessoa que tenha autoridade sobre uma outra, para fins de exploração”.

Muitas são as questões que fazem com que o tráfico de pessoas para fins de exploração sexual, não seja entendido como tal e descaracterizado sob a justificativa de que as mulheres que saem do país tem consciência do que as espera no exterior, justificando que o consentimento e a sua inserção na prostituição não as fazem vítimas, mas sim co-participantes neste processo. No entanto tal entendimento leva a banalização da questão, favorecendo o crescimento de um comércio lucrativo e de grande circulação de capital e a impunidade das organizações criminosas do sexo, revelando o processo de alienação da própria sociedade e das mulheres envolvidas pelo tráfico.

São dificuldades formais, que precisam ser classificadas e superadas pelo processo da pesquisa, a fim de permitir a construção de uma tipologia capaz de revelar as formas específicas do “tráfico voluntário” e involuntário, do mercado de casamento e de agenciamento doméstico, bem como na migração prostituinte que mesmo não sendo reduzida ao tráfico, a migração está a ele indissociavelmente ligado²².

Desta feita, abstrai-se erroneamente a conclusão de que não existe tráfico de pessoas para fins sexuais, acrescido da inexistência de previsão legal do tráfico dentro do território nacional, fato este que não condiz com a realidade local conforme demonstra as reportagens jornalísticas, entrevistas com organizações não governamentais, Ministério Público Estadual, demais organizações governamentais, e no estudo de caso com uma das Mães de Acari. Nestes casos os tipos penais utilizados são os de favorecimento à prostituição, aliciamento, corrupção de menores, rufianismo, onde verificamos que ocorre o recrutamento, transporte, violência, indução, fraude, engano para exploração sexual, ações que se ocorridas fora do território nacional seria caracterizada como tráfico internacional. O que nos faz recordar ainda do princípio da legalidade, onde, não há crime sem lei anterior que o defina como tal (*nulla poena sine lege*).

Sabemos que a indução à prostituição, contido no dispositivo do art. 227 do CPB, prevê pena mais branda (de 01 a 03 anos), enquanto que o mesmo crime cometido além das fronteiras brasileiras, conforme o tipo descrito no art. 231, prevê pena mais grave e rígida,

²² Leal, Maria Lúcia Pinto. “Construindo os fundamentos teóricos e metodológicos sobre o tráfico de mulheres, crianças e adolescentes para fins de exploração sexual”, texto mimeo, p.7.

(de 04 a 10 anos, qualificado). Caberia um estudo mais aprofundado a todos os processos na Justiça Estadual com os tipos penais de crimes contra os costumes, o que poderia nos levar à confirmação da incidência do que categorizamos como “tráfico interno”.

Devemos também ponderar sobre a ausência de um tipo penal específico, que vise a tutela de vítimas do tráfico de pessoas, sejam elas mulheres, homens, crianças ou adolescentes, sendo certo que esta previsão não deveria se ater tão somente ao aspecto do tráfico para fins de exploração sexual, mas sim, abordando aspectos como o tráfico de órgãos, de mão de obra escrava e outras formas de exploração. Como já vimos anteriormente, a Convenção de Palermo tornou-se neste sentido, o marco normativo mais recente, em vigor, de onde extrai-se o conceito jurídico internacional de tráfico de pessoas.

Não obstante, temos que equacionar o ordenamento jurídico penal, isto porque a verificação de leis incriminadoras de tráfico onde o objeto é a “droga”, é um instrumento muito utilizado nos dias atuais, notadamente imputada aos traficantes de drogas, onde nos leva a uma indagação: Por que o tráfico de pessoas não tem uma previsão de cunho tão punitivo quanto o tráfico de drogas? Em análise mais acurada, podemos afirmar que vários fatores culminam para a falta de previsão legal deste tipo penal, senão vejamos:

- 1- O Código Penal, que é tido como um verdadeiro compêndio de Leis incriminadoras e reguladoras da ordem jurídica, foi criado em 1940, onde haviam outros valores morais e sociais que norteavam a ordem jurídica daquela ocasião.

Mesmo comum a verificação da prática de prostituição, não o era, ou pelo menos tão evidente, a prática do tráfico de pessoas para fins sexuais, mesmo porque, o Brasil na época não havia o apelo que hoje se tem ao turismo sexual.

- 2- A pessoa não era o centro das atenções, ou seja, o ser humano não estava em foco no que tange a tutela de alguns direitos (pessoais), mas por ocasião do advento do Código Penal, havia uma visão de tutela dos direitos morais do indivíduo, tanto é correta tal afirmação, que nos dias atuais alguns tipos previstos pelo Código Penal caiu em desuso, haja vista a consideração do “top less”, como ultraje público ao pudor, ou a consideração da honestidade da mulher para que lhe fosse tutelado ou não o seu direito.

A lacuna existente entre a lei e a realidade, possibilita “brechas” para a atuação livre destes grupos criminosos, colocando a vítima numa posição passiva de recebedora do direito, porém meramente expectadora, acabando por violar seus direitos humanos ao não garantir uma proteção efetiva. Por outro aspecto, de acordo com Wanderlino Nogueira Neto:

[A]s vítimas desses delitos normalmente acabam sendo revitimizadas, ao se tornarem, algumas vezes, passíveis de deportações violentas, confiscos, clandestinidade, negação de direitos trabalhistas e previdenciários, extorsões e até sujeição a tratamento discriminador e violento por parte do aparelho repressor estatal²³.

Assim a discussão não deve centrar apenas na criação de um novo tipo penal, visto que isto não garantiria a eficácia na aplicação da lei e articulação os poderes públicos no enfrentamento do tráfico de pessoas para fins sexuais.

Não existe uma padronização no tratamento jurídico do problema. Dispomos de um sistema forma, estruturado em três agentes formais: polícia, Ministério Público e Juiz; em que cada agente dispensa uma interpretação diferente. Num segundo plano o sistema não está integrado, trabalhando estes agentes de forma isolada, não complementar, possibilitando um fracionamento do fenômeno criminal, sendo o único momento da conjunção das atuações institucionais é na sentença prolatada pelo Judiciário, onde o juiz julga o que a polícia investigou e o que o Ministério Público propôs na ação penal.

Dados empíricos foram encontrados nos levantamentos feitos na Polícia Federal, eles dão conta de uma investigação em todo território nacional que é denominada Operação Aranha, constam dois inquéritos relativos a São Paulo, porém os mesmo ainda não foram localizados, pois a PF de São Paulo alegou segredo de justiça devido aos processos envolverem pessoas menores de idade.

Com a colaboração do escritório da PF em Brasília-DF, foi possível ter acesso a dois processos de casos que foram levantados em nossa pesquisa jornalística, o primeiro de nº 14112/94 da 3º Vara federal de São Paulo, relacionado a um português que foi preso no

²³ Nogueira Neto, Wanderlino. “Dimensão jurídico-social: análise hermenêutica da normativa vigente, nacional e internacional e indicativos de ação política”, texto mimeo, p. 4.

aeroporto internacional de Cumbica, acusado de tráfico de mulheres para prostituição em Portugal, não foi possível ter acesso a esse processo devido ao mesmo já ter sido julgado e estar arquivado.

Quanto ao segundo, trata-se do processo nº 2-2673/97, localizado na 6ª Vara Criminal de São Paulo e relacionado a um chinês preso em flagrante pela Polícia Federal, sob a acusação de tráfico internacional de mulheres, a prisão aconteceu no aeroporto de Cumbica, quando tentava embarcar com três mulheres em avião para Hong Kong.

Tivemos acesso aos dados que foram coletados na 1ª. Vara Criminal de Guarulhos, trata-se de Ação Criminal 97.0104597-1 / autuado em 17/09/1997, as irmãs L.V.V. e P.V.V., no requerimento para emissão de passaporte, disseram que eram irmãs gêmeas. Foi verificada uma rasura na identidade de L., que resultou no pedido de sua certidão de nascimento. O oficial percebeu que havia uma diferença de data entre o nascimento das irmãs (gêmeas), de 16 dias, (13/04 e 29/04 de 1978).

A Polícia Federal de Caxias do Sul enviou intimação para que elas comparecessem, mas não encontravam ninguém no endereço de origem do pedido. Tiveram informação de que ali morava um chinês (L.C.M.). A polícia descobriu que sua situação de permanência no país era ilegal.

Após várias tentativas sem sucesso receberam uma denúncia anônima, através do disk denúncia, dizendo que o chinês iria levar meninas menores para prostituição na China.

O Polícia emitiu os passaportes e montou um esquema para estabelecer o flagrante. O chinês havia feito reservas de passagens para São Paulo-Hong Kong e Taipei (Taiwan). Na agência de viagem "Beautifull", no bairro da Liberdade em São Paulo.

O Flagrante foi filmado pelo sistema interno de TV do aeroporto e foi possível ver a entrega das passagens e passaportes para L.C.M., que embarcou na companhia de três mulheres. Na aeronave L.C.M. foi detido, juntamente com L.V.V., P.V.V., E.M., duas caixas de pedras semipreciosas, cristais e uma certidão de casamento em nome de E.M. e I.A.M. Levava pouco dinheiro U\$ 115 e 350 em moeda chinesa.

Após levantamento feito em comarcas do Rio de Janeiro, na busca de indícios que nos possibilitasse caracterizar o “tráfico interno”, visto a inviabilidade de tempo para vista de todos estes processos, sem mencionar a burocracia da justiça, utilizou-se uma amostra intencional ou de seleção racional, onde os elementos são escolhidos de acordo com uma estratégia adequada, a fim de levar à comprovação dessa modalidade de tráfico. Na constituição desta amostra elencamos os 33 nomes de acusados no crime do art. 231 e outros que aparecem nos processos e inquéritos fornecidos pela Justiça Federal e Ministério Público Federal e realizamos uma busca no sistema da Justiça Estadual, o resultado foi que destes, 06 deles figuram como réus em processos diversos na Justiça Estadual.

Ação Governamental (OGs)

As ações na esfera de governo são pouco consistentes e desfocadas, tomemos como exemplo a Delegacia da Mulher que é o local onde são recebidas denúncias de todos os tipos tendo a mulher como vítima, essas denúncias na maioria são de maus tratos. A assessoria das delegacias da mulher faz levantamentos estatístico dos casos, encaminhamento de processos para justiça e acompanhamento dos casos mais relevantes e não localizou nenhum caso de tráfico notificado.

Para a Delegada da Instituição existe uma grande dificuldade de se localizar e caracterizar a ocorrência como tráfico de mulheres para exploração sexual comercial. Segundo ela isso ocorre porque a maioria das mulheres saem do seu local de origem sabendo o que farão, mas acreditando que será temporário, que será possível reunir fortuna e voltar quando desejar.

No caso do tráfico interestadual a dificuldade é maior, pois as mulheres ou meninas saem da sua cidade de origem pôr meios próprios, muitas vezes pôr convites de trabalho, e quando chegam na outra cidade, quando já não sabem como retornar descobrem que o trabalho é outro e, na impossibilidade de retornarem a sua cidade, sentem-se forçadas a ficar submetidas ao processo de exploração.

Segundo a Delegada, o principal antecedente histórico do fenômeno da exploração sexual de mulheres para fins de exploração sexual é a educação, onde as mulheres são educadas para aguardar o

seu príncipe encantado, proveniente nos contos de fada, isso facilita muito a coação dos agentes envolvidos. Para ela o principal fator que motiva e favorece a vulnerabilidade da mulher ao tráfico para fins de exploração sexual é a desigualdade de gênero, pois a mulher ainda é colocada na sociedade em posição inferior, é tratada como objeto criado para encontrar e servir seu príncipe encantado num casamento perfeito e, muitas vezes, vê essa possibilidade nas ofertas de casamento no exterior.

A instituição não possui registros de tráfico de mulheres para fins de exploração sexual. Segundo a Delegada, o tráfico internacional não tem maior evidência no Estado de São Paulo talvez pôr não ser um centro turístico e pelo perfil da mulher Paulista. O tráfico interestadual, segundo ela, existe, mas não se configura como tal, pois as mulheres migram alegando ser pôr livre e espontânea vontade.

Outra iniciativa governamental foi a implantação do Conselho Estadual da Condição Feminina, que por meio de representação paritária, permitiu a participação de ONGs, sendo que o marco importante deste conselho foi a realização do Seminário Nacional “Violência Contra a Mulher: Tráfico de seres humanos” em 22 e 23 de Novembro de 2001, como parte da programação do dia internacional de combate à violência contra a mulher, seus atuais desdobramentos são a implantação de propostas de enfrentamento. O quadro a seguir é um demonstrativo das organizações e instituições que devido às implicações, tem possibilidades potencializar uma rede de enfrentamento à essa modalidade de tráfico.

Eixo	Organizações Governamentais
Promoção	<p>Secretaria Municipal De Desenvolvimento Social Do Rio</p> <p>a. Programa Sentinela</p> <p>Fundação Para A Infância E Adolescência</p> <p>a. S.O.S Criança (Serviço Especializado De Atendimento À Criança E Ao Adolescente Em Situação De Risco)</p> <p>Secretaria De Turismo</p> <p>a. Riotur</p> <p>Universidade Federal Do Rio De Janeiro/Ifes</p> <p>a. Núcleo De Estudos Sobre A Infância</p>
Defesa	<p>Secretarias Estaduais De Segurança Pública</p> <p>a. Delegacias De Polícia Civil E Especializadas (Deams E Dpca)</p> <p>Assembléia Legislativa Do Rio De Janeiro</p> <p>a. Comissão De Direitos Humanos Da Assembléia Legislativa</p> <p>b. Gabinete Deputada Magali Machado (Cpi Exploração Sexual)</p> <p>Câmara De Vereadores Do Rio</p> <p>a. Comissão De Direitos Humanos Da Câmara Municipal Do Rio</p> <p>Corregedoria Geral De Justiça Federal – 2ª Região</p> <p>a. Justiça Federal (1ª Instância- Varas Criminais)</p> <p>b. Departamento De Informática</p> <p>Procuradoria Geral Da República</p> <p>Corregedoria Geral De Justiça Estadual</p> <p>a. Justiça Da Infância E Da Juventude (1ª Vara)</p> <p>b. Ceja (Adoção Internacional)</p> <p>c. Departamento De Organização E Métodos</p> <p>Procuradoria Geral Do Estado Do Rio De Janeiro</p> <p>Guarda Municipal Do Rio</p>
Controle Social	<p>Conselho Municipal Dos Direitos Da Criança E Do Adolescente Do Rj</p> <p>Conselho Estadual Dos Direitos Da Criança E Do Adolescente</p> <p>Conselho Estadual De Direitos Da Mulher</p>

Eixo	Organizações
Promoção	2. Secretarias Municipais De Assistência Social <ol style="list-style-type: none"> a. S.O.S Criança (Serviço Especializado De Atendimento À Criança E Ao Adolescente Em Situação De Risco) b. Serviço À Mulher Marginalizada – SMM c. Geledes – Instituto Da Mulher Negra d. Projeto Camará – Centro De Pesquisa E Apoio À Infância E Adolescência. e. Programa DST/Aids Santos; ASPPE – Associação Santista De Pesquisa, Prevenção E Educação f. Provita g. Núcleo De Estudos Da Violência h. Núcleo De Estudos Da Mulher E Relações Sociais De Gênero - NEMGE i. Ntanela; Espaço Meninas j. C.I.S.M. – Centro De Integração Social Da Mulher Contato k. DST/AIDS São Paulo l. Casa De Cultura Da Mulher Negra De Santos m. Fala Preta! Organização De Mulheres n. ABCD – Associação Brasileira De Busca E Defesa À Criança Desaparecida
Defesa	6. Secretarias Estaduais De Segurança Pública <ol style="list-style-type: none"> a. Delegacias De Polícia Civil b. 1º Delegacia De Defesa Da Mulher c. 1º Delegacia De Defesa Da Mulher d. 1º Del. De Homicídio E Proteção À Pessoa e. Delegacia Especializada De Crimes De Informática f. Polícia Federal SP
Controle Social	7. Conselhos Municipais Dos Direitos Da Criança E Do Adolescente <ol style="list-style-type: none"> a. Comissão De Direitos Humanos b. Conselho Estadual Da Condição Feminina

Ação da Sociedade Civil Organizada (ONGs)

Eixo	Organização Não Governamental Ou Movimento Social	
Promoção	Instituto Brasileiro De Inovações Em Saúde Social – IBISS	
	Childhope Brasil	
	Centro De Estudos Afro-Asiáticos	
	CRIOLA	
	Ex-Cola	
	Fio Da Alma	
	Programa Integrado De Marginalidade	
	ISER	
	Viva Rio	
	Instituto Brasileiro De Análises Sociais E Econômicas - IBASE	
	Cidadania, Pesquisa, Informação E Ação - CEPIA	
	Centro De Documentação E Informação Coisa De Mulher	
	Centro Brasileiro De Defesa Dos Direitos Da Criança E Do Adolescente	
	Centro De Articulação Das Populações Marginalizadas – CEAP	
Defesa	Organização De Direitos Humanos Projeto Legal	
	Centro De Defesa Dom Luciano Mendes/ São Martinho	
	Centro De Defesa De Direitos Humanos De Nova Iguaçu	
	Comissão De Direitos Humanos Da OAB/RJ	
	Fundação Centro De Defesa Dos Direitos Humanos Bento Rubião	
	Associação Brasileira De Proteção À Infância E Adolescência – ABRAPIA/ SOS Criança	
	Controle Social	Fórum Das Profissionais Do Sexo
		Fórum De Enfrentamento Da Exploração Sexual Comercial

Conjuntamente com referências adquiridas junto ao Geledés (Instituto da Mulher Negra), traçamos um panorama provisório das entidades que potencialmente apresentariam relevância.

Dentre as indicações obtidas nesses primeiros contatos, destaca-se a referência ao Serviço à mulher marginalizada (SMM), entidade não governamental localizada no bairro da Luz – São Paulo Capital.

Dentre estas indicações, aprofundamos contato com o Serviço à Mulher Marginalizada que possui abrangência nacional, nesta organização realizamos uma entrevista com Maria do Socorro Nunes da Silva que nos forneceu vários dados, todos ligados à caracterização da entidade, até o momento verifica-se que é única que comprovadamente, desenvolve ações, inclusive seus objetivo geral é construir uma ampla rede nacional e internacional p/ fomentar um debate permanente na busca de uma luta em conjunto contra a exploração sexual comercial de mulheres, crianças e adolescentes brasileiras.

Outra entidade relevante é Associação “Mães da Sé” situada à Rua Pedro Américo, 32, 11º andar, República, que funciona há quase 10 anos e que atualmente possui um registro de aproximadamente 3.000 pessoas desaparecidas, com aproximadamente 500 pessoas encontradas.

A abrangência da atuação das “Mães da Sé” é nacional, a ONG oferece atendimento psicossocial e orientação à família de desaparecidos, ação junto à polícia na busca pelos desaparecidos.

Quando a responsável pela ong foi indagada sobre se tem casos notificados e comprovados de casos de desaparecimento de pessoas para fins de exploração sexual, Clarice Silva, a princípio declarou que não lhe ocorria nenhum caso exemplar no momento. O que disse quando indagada sobre os principais motivos que possuíam de solução dos casos de desaparecimento, a maior parte diz respeito ao envolvimento com drogas, como usuário e para o trabalho no Tráfico. Disputas familiares, pela guarda dos filhos também foi lembrado, com casos de localização de crianças desaparecidas até no exterior.

Com relação a cooptação de pessoas para fins de exploração sexual, que constavam desaparecidas Clarice disse que há, mas não são frequentes e geralmente possuem envolvimento com drogas.

Quando perguntada se poderia notificar-nos desses casos e nos possibilitar um contato com algum desses poucos casos de pessoas traficadas para esse fim, Clarice, num primeiro momento, foi bem enfática ao dizer que não poderia passar informações sobre esses casos, pois a maioria das famílias que tem o seu caso resolvido, com o retorno da pessoa desaparecida, querem distanciamento de qualquer tipo de divulgação de seu caso, e para não serem procuradas chegam até mesmo a mudarem-se de cidade. Sendo assim, o contato só seria efetivado com o consentimento da pessoa.

Clarice, diz também que essas pessoas não querem remexer nesses casos, com medo de represálias, pois são máfias e organizações grandes que se beneficiam do desaparecimento de pessoas, com envolvimento com o narcotráfico e com a exploração sexual.

Desta forma, Clarice admite que parte dos desaparecimentos de pessoas se dá para exploração sexual, mas admite que ela mesma já recebeu ameaças de morte pela sua atuação, e reconhece que as pessoas que passaram por esse processo têm medo de denunciar e se envolver na exploração desses casos.

Cita que há uma organização que funciona para o encremento desses casos, e que vai desde a agência que emite passaporte e documentos falsos, que funcionam impunemente em vários locais da cidade, e envolve várias pessoas que se beneficiam da manipulação dessas pessoas na exploração.

Com relação à quantificação da ocorrência desse fenômeno ela diz que não possui estatística, nem oficial nem da instituição, pois a organização ainda não possui estrutura para a quantificação dos casos, e também não existe estatística oficial de pessoas desaparecidas, o que é um absurdo, pois, segundo Clarice, o governo possui estatística de desaparecimento e roubo de automóveis mas não de pessoas.

Portanto, os números que ilustram seu depoimento de 3000 casos de desaparecimento registrados pela organização com aproximadamente 50 casos resolvidos, são estimados, não passíveis de verificação. A certa altura da conversa, Clarice lembrou-se de uma mãe que teve sua filha levada à Santa Catarina, que segundo ela, foi atraída por proposta de emprego mas que ao chegar lá, se tratava de prostituição.

Essa mãe foi junto com a organização “Mães da Sé” libertá-la e a trouxe de volta para São Paulo. A adolescente, na época com 18 anos, foi reconduzida à família e a mãe, após o término do caso, se colocou à disposição para prestar depoimento a toda e qualquer organização que propõe formas de combate a esse tipo de crime, como a mãe se dispôs a colaborar, não temendo represálias, o contato com essa mãe pela Pestraf foi efetivado por intermédio das “Mães da Sé” e proporcionou o estudo de caso exemplar que consta desse relatório.

Para entender o processo de favorecimento que ocorre em São Paulo, vale apenas analisar alguns relatos de entrevistas, como a realizada com Marquinhos do Projeto Meninos e Meninas de Rua (02.04.02), o mesmo relatou não ter conhecimento sobre casos de tráfico, mas sabe de vários casos de abuso sexual de menores. Atualmente tem conhecimento de um grupo de cerca de 20 meninas menores, na faixa de 12 a 18 anos, que freqüentam um bar onde se prostituem.

“As meninas começaram a aparecer aqui, no Projeto, com roupas sensuais, pintadas, diferentes do que costumavam vestir” (sic). A partir disso começaram a questionar as meninas, “as menores dizem, que foram chamadas para um baile e eu sei que é verdade. Elas não falam que saíram com alguém, mas tem sempre uma amiga que desmente. Elas saem por ninharia” (sic).

Foi descoberto um bar aonde elas vão, tem música, bebida e fica estrategicamente cercado de hotéis. A informação ainda não está muita clara, mas se sabe que há uma facilitação das menores para freqüentarem o bar e os hotéis.

Também se sabe que existe uma casa perto deste local onde há uma senhora que oferece casa e comida e as meninas só precisam pagar a comida. O Bar também é freqüentado por travestis e policiais. A Ong não confia em passar o caso para a polícia, por saber da convivência dos policiais. Preferem passar o caso para companheiros e investigadores desconhecidos nos quais têm confiança.

No período de 1988 a 1994, com essa conduta foi desmanchado um grupo de agenciadores de menores no Rudge Ramos em São Bernardo do Campo. Há um ponto de táxi nesse bairro onde os taxistas, oferecem menores para seus clientes. Muitas das menores que ficavam até tarde na praça da Igreja e os taxistas se ofereciam

para levá-las para casa, eram abusadas e depois começavam a fazer programas agenciados por eles.

Outros dados relevantes apareceram com uma entrevista realizada com Carolina, uma psicóloga que passou 2 anos na Alemanha e trabalhou com brasileiras imigrantes no país. Carolina relatou que na Alemanha teve contato com diversas mulheres que imigraram do Brasil vão para lá, mulheres em sua maioria casadas com Alemães de diversas classes sociais. Dentre essas mulheres apenas 2 eram paulistas e tinham ido para lá em situação muito diferente da maioria, pois eram casadas com um Alemão que morava e trabalhava no Brasil e que retornou para lá, já casado com ela e com uma vida conjugal estável. A outras mulheres eram do Nordeste e do Centro-Oeste do país, que tinham ido para lá com um turista Alemão com promessa de casamento e que na sua maioria realmente haviam se casado com ele.

Essas mulheres em sua maioria não tinham conhecimento da língua e estavam nitidamente em depressão, pois estavam num país desconhecido, com um homem desconhecido, sem existência de diálogo, numa cultura e num clima completamente diferentes, no entanto elas relatavam não desejar voltar para o Brasil, declarando que a situação no país é pior do que lá. Isso pode ser atribuído a garantia de satisfação das necessidades básicas que essas mulheres têm na Alemanha (saúde e alimentação).

Carolina enfoca que não teve contato com mulheres traficadas, ou que se prostituíam. Essas mulheres fazem parte de grupos de mulheres brasileiras residentes na Alemanha, mulheres que se reuniram para conversarem a própria língua, discutirem sobre seus problemas e se unirem para ajudar aquela que decide se separar do marido Alemão, que quase sempre não quer voltar para o Brasil.

Essas mulheres são mulheres que podem sair de casa e que de alguma forma “se viram” para conseguir alguma coisa. É colocado que as brasileiras tem muito “jogo de cintura” e conseguem se comunicar e até mesmo fazer compras, quando permitido, pôr meio de mímicas e dicionários, elas aprendem rapidamente as palavras mais usadas, fazem amizade com os vizinhos e conversam com o marido. Em comparação as Taylandesas que também imigram para o país para se casarem com Alemães, as brasileiras, têm muito mais desenvoltura e conseguem se dar melhor.

Carolina informa que os Alemães são encantados pelas mulheres brasileiras, é nítido o encantamento. Ela atribui isso ao perfil submisso dessas mulheres, muito diferente das Alemãs, que competem de igual para igual com os homens, que têm uma postura masculina. Outro fator são os contornos da mulher brasileira, que são extremamente sexuadas, que para eles, exalam sexualidade pelos poros, o que não acontece com as mulheres Alemã. No entanto, eles só enxergam sexualidade nas brasileiras, em momento algum eles vêem inteligência.

Segundo Carolina as brasileiras vão para a Alemanha pôr causa do grande sonho de encontrar o príncipe encantado e que a família é um grande influenciador dessa situação, pois acredita que a filha que vai para Alemanha é a única que conseguiu ter um futuro melhor, mais promissor.

Carolina coloca que não se aprofundou em nenhum caso e que não pode dizer se essas mulheres são ou não submetidas a exploração sexual comercial, pois esse fator pode estar velado, pôr trás de um casamento “normal”. Como os contatos são sempre em grupo, eles podem não revelar toda a verdade da situação.

Carolina citou um grupo formado pôr brasileiras, fundado pôr uma brasileira mulheres de uma Pastor na Alemanha, que trabalha em busca de melhorar as condições dessas mulheres, principalmente as que se separam do marido Alemão. Esse grupo se reúne para discutir vários casos, para ouvirem palestras de profissionais da saúde, até mesmo psicólogos. A associação chama-se Imbradira (Iniciativa de mulheres contra a discriminação e violência), endereço: Eganstrasse, 17, b. 79106 – Vieiburg, telefone: 0761 202 2319 – 0761 202 2362.

Rede de favorecimento do tráfico
Distribuição das Rotas a Partir do Município e do Estado de
Origem das Pessoas Traficadas

Origem	Destino	Pessoas Traficadas
Rio De Janeiro		
Nova Iguaçu (Baixada Fluminense)	Valença Do Minho/Portugal	Mulheres E Adolescentes
	Zurique/ Suíça	Mulheres E Crianças
Belford Roxo (Baixada Fluminense)	Valença Do Minho/Portugal	Mulheres E Adolescentes
Não Informado	Espanha	Mulheres

Fonte: Processos Justiça Federal

Origem	Destino	Pessoas Traficadas
Rio De Janeiro		
Copacabana	Itália	Mulheres E Adolescentes
	Bélgica	Mulheres E Adolescentes
	EUA	Mulheres
	Barcelona/Espanha	Mulheres E Adolescentes
Pará		
Belém	Suriname	Crianças E Adolescentes

Fonte: Organizações Não Governamentais

**Distribuição das Rotas Internacionais a partir do
Local de Destino das Pessoas Traficadas
Sem Região Definida**

Origem	Destino	Pessoas Traficadas
	Espanha	Mulheres
	Portugal	Mulheres E Adolescentes
	Suíça	Mulheres E Crianças

Fonte: Processos Justiça Federal

Origem	Destino	Pessoas Traficadas
Rio De Janeiro	Alemanha	Mulheres
	Bélgica	Mulheres E Adolescentes
	Espanha	Mulheres E Adolescentes
	EUA	Mulheres
	Holanda	Mulheres
	Israel	Mulheres
	Itália	Mulheres E Adolescentes
	México	Mulheres
	Suriname	Crianças E Adolescentes

Fonte: Organizações Não Governamentais

Distribuição das Rotas Internacionais a partir do Local de Destino das Pessoas Traficadas

Município De Destino	Região De Origem	Município Ou Estado De Origem	Pessoas Traficadas
Suíça			
Thun	Sudeste: 2	Nova Iguaçu (RJ)	Criança
Zurique		Nova Iguaçu (RJ)	Mulheres
Portugal			
Valença Do Minho	Sudeste: 2	Belford Roxo(RJ)	Adolescentes E Mulheres
		Nova Iguaçu (RJ)	
Espanha			
	Sudeste: 1	Belford Roxo(RJ)	Adolescentes E Mulheres
		Nova Iguaçu (RJ)	

Fonte: Processos Justiça Federal

ROTAS -Tipos de Transportes

Rotas De Tráfico Interno (Via Terrestre)				
Rodovia	Origem	Destino	Tipo De Transporte	Pessoas Traficadas
BR 116	São Paulo	Camburiú-SC	Carro	Mulheres
BR 101/BR116	Caxias Do Sul-RS	São Paulo-SP	Ônibus	Adolescentes

Rotas De Tráfico Interno (Via Aérea)				
Aeroportos	Origem	Destino	Tipo De Transporte	Pessoas Traficadas
Guarulhos	São Paulo	Hong Kong.	VASP-Viação Comercial	Adolescentes
Guarulhos	São Paulo	Espanha	Vasp-Viação Comercial	Mulheres

**Estudo de caso exemplar:
A vivência das pessoas traficadas e as peculiaridades e
contradições do tráfico de seres humanos**

Na pesquisa realizada no Rio de Janeiro foram entrevistados cinco sujeitos envolvidos em situações de tráfico tal qual o objeto de nossa pesquisa, a seguir estaremos enfatizando o caso levantado na pesquisa de São Paulo de vido ao mesmo conter elementos mais emblemáticos que ao nosso ver ajudam entender o como o processo ocorre.

Antes de apresentarmos a descrição sumária do caso que nos propomos a analisar, gostaríamos de assinalar que ele possui uma serie de características peculiares que o torna excepcionalmente representativo do processo objetivo de desenvolvimento da pesquisa.

Tal como foram inseridas na discussão ao longo da análise, as considerações acerca dos procedimentos de coleta de dados, bem como a interpretação dos significados e implicações das referências que propiciaram a delimitação do campo analisado, tiveram algumas de suas contradições inevitavelmente explicitadas como resultado da consideração prioritária à complexidade do objeto.

Foi somente a partir da coleta e sistematização de um conjunto de elementos qualitativos -os quais obviamente não representam um montante representativo do fenômeno, mas permite questioná-lo a partir de sua interioridade- que se tornou possível tecermos algumas considerações mais específicas sobre o fenômeno do tráfico de pessoas para fins de exploração sexual, mas, também foi a partir dessa mesma sistematização que se tornou possível refletir sobre as limitações implicadas numa pesquisa dessa índole.

Em nossas considerações compreendemos que esta condição metodológica correspondeu a necessidades suscitadas pelo próprio fenômeno que não é, nem facilmente apreensível por técnicas de pesquisa desamparadas de um aparato político que lhe conceda viabilidade, nem tampouco facilmente classificável por concepções que se limitem às definições jurídicas do tráfico ou a conceituações construídas à priori, definidas por conveniências condicionadas pelo estado atual das relações de poder no cenário da capitalismo globalizado.

De modo geral o estudo de caso que ora apresentamos guarda a especificidade de ser síntese das contradições socioculturais que

acercam o universo da exploração sexual e com ele pretendemos inclusive reafirmar aspectos afetivos relacionados aos vínculos sócio-culturais das pessoas envolvidas

Como nós (pesquisadores) também nos inserimos nesse processo de uma posição exterior aos parâmetros que qualificam as relações estabelecidas no interior da relação entre exploração sexual, aparato jurídico e vulnerabilidade social, facilmente tendemos a recair na lógica reducionista que rege este universo e equivocadamente, centramos nossa atenção em elementos pontuais como a auto-consciência do envolvimento com o campo da prostituição ou em situações limites de escravidão.

Nesta mesma linha classificatória a redução do indivíduo traficado à condição de objeto isento de subjetividade é constantemente ratificada pela pesquisa que o remete e encarcera na condição de vítima.

Assinalados esses primeiros cuidados que permearam a totalidade do processo encerrado pelo estudo de caso, estaremos expondo uma análise que consideramos mais adequado a esta discussão, antes faremos uma breve descrição dos elementos que o compõem.

Pretendemos nos aprofundar no relato do caso de uma jovem mulher negra que sempre morou com a mãe e o irmão, a responsável pelo relato que será analisado é essa mãe, uma mulher que separou-se do marido e educou os filhos sem a ajuda do pai.

Relatado na perspectiva da mãe, esse caso de tráfico aconteceu na periferia de São Paulo, a jovem saiu de casa em uma noite de Sábado para ir a uma lanchonete, lugar que costumava freqüentar na companhia de amigas, chegou a ser vista na lanchonete nesse local porém desapareceu e não retornou para casa.

A mãe aguardou até a Segunda-feira e prestou queixa de desaparecimento, o tempo passou e não surgiu notícia da jovem, essa mãe passou a visitar os locais habitualmente freqüentados pela jovem, porém não obteve sucesso, aparentemente era mais um caso de desaparecimento de uma pessoa adulta, episódio fadado ao esquecimento em que ou ficaria sem solução ou então a qualquer momento a própria jovem iria retornar ou mandar notícias.

Foi o empenho dessa mãe que mudou o desfecho, ela colocou fotos em todos os locais em que a filha costumava freqüentar, e após

dois meses, estava sentada com sua foto na mão no ponto de ônibus em frente à mesma lanchonete onde ela foi vista pela última vez, quando uma outra jovem puxou conversa para avisar que a filha tinha ido para o estado de Santa Catarina com oferta de trabalho.

A pessoa falou que dois homens estavam procurando pessoas para trabalharem em um novo negócio, e que essa amiga que presenciou a transação, não pode ir porquê tinha filhos, falou que era uma região onde havia praia e recusou-se a dar mais detalhes, dizendo ser perigoso, motivada por essas pistas, a mãe continuou visitando esse local a procura outros detalhes.

Após quatro meses de insistência, a mesma pessoa que deu a primeira informação, descobriu e informou à mãe que a jovem teria ido para a cidade de Camburiú-SC, imediatamente a mãe pegou um ônibus e foi para a cidade. Sem ter onde ficar, tomou banho em um posto de gasolina perto da rodoviária e foi para a delegacia pedir ajuda, as informações eram muito escassas e a mãe tinha apenas o apelido de “Alemão”, como o suposto responsável por ter trazido a jovem. Tinha também fotos da mesma e circulou em todos os locais turísticos da cidade, recebeu ajuda dos travestis que apresentaram todos os locais e durante dez dias que ficou na cidade, também recebeu ajuda da pessoa responsável pela limpeza rodoviária, que hospedou-a em sua própria casa.

A mãe relata que foi muita bem atendida pela delegada e pelos investigadores porém sem sucesso, o tal negócio montado pelo “Alemão” era uma boate que já estava fechada e não existia qualquer informação sobre o paradeiro dos envolvidos. Ela voltou para São Paulo e deixou seus dados para contato em caso de surgirem novas informações, ao retornar, continuou pesquisando em vários locais de São Paulo, porém sem sucesso.

Por intermédio de um vendedor ambulante que freqüentava o local onde a jovem foi vista pela última vez, foi informada de uma oficina onde o “Alemão” levou o carro para concertar, e a partir dessa fonte, surgiram boas pistas para elucidar o desaparecimento.

O oferecendo-se para trabalhar em lanchonete, a mãe aproximou-se de um suposto sócio paulista do “Alemão”, que ao informar que já havia desfeito a sociedade desse negócio, informou também que se tratava de prostituição e que havia o risco das jovens, após um certo tempo de permanência naquele circuito, serem vendidas para o exterior e também que as jovens negras eram bastante valorizadas.

Acrescentou que a jovem foi envolvida e levada para o local com a promessa de namoro com “Alemão”, não queria dar maiores informações e ao ser ameaçado de ser entregue à polícia, o ex-sócio informou sobre o local dizendo tratar-se de local ermo em que nem telefone havia.

A mãe foi até o local, Guaramirim-SC, uma pequena cidade localizada entre Joinville-SC e Florianópolis-SC, na Rodoviária de Joinville-SC foi orientada por taxista que conheciam o local porém não se responsabilizaram e comprometeram-se apenas em deixá-la na beira da estrada em local próximo, ela submeteu-se e ao chegar deixou as malas escondidas no mato, aproximou-se e notou tratar-se de uma chácara com aspectos discretos e instalações modestas, foi interpelada pela cozinheira que acolheu-a e após confirmar que a jovem realmente estava lá, foi levada até o quarto onde sua filha estava instalada.

Após muito choro, a mãe foi sendo esclarecida da situação, em nenhum momento a questão da prostituição era mencionada, o local embora bem caracterizado como uma boate, era tratado como uma lanchonete e o “Alemão” apesar de acolher muito bem a mãe, levando para uma festa de aniversário de seu filho, relutou e negou-se a permitir que a jovem saísse de lá com a mãe pois alegava que ela era a gerente da lanchonete, que dependia dela para tocar o negócio, que a jovem era seu braço direito.

Após essa festa de aniversário, a filha ausentou-se e a mãe não teve contato com ela, o “Alemão” levou a mãe até a rodoviária informando que a jovem havia decidido ficar trabalhando com ele. A mãe, com medo de represália, acatou e voltou para São Paulo, ao chegar foi à delegacia e solicitou ajuda porém foi orientada de que havia pouco a fazer a não ser emitir um ofício confirmando o BO de desaparecimento e solicitando esclarecimentos na Delegacia de Guaramirim-SC.

Retornou à cidade em companhia do filho e ao solicitar ajuda na delegacia, notou que o local onde a filha se encontrava já era bem conhecido dos policiais que inclusive tratavam com intimidade o “Alemão”, ao ponto de ligarem e trocarem informações e discutirem a questão em telefonema dentro da delegacia e na presença da mãe.

Tendo como pretexto a necessidade de voltar para dar baixa no BO de desaparecimento que fora emitido em SP, a mãe foi

persistente e mesmo com o silêncio e a pacividade da filha, descobriu novos fatos, entre eles o estado de recolhimento imposto a ela, a jovem não poderia sair de lá pois estava devendo para o “Alemão”, devia pagar com seu trabalho por um aparelho de som e um televisor que estavam instalados em seu quarto.

Além dessas dívidas contraídas, dependia do pessoal para usar telefone, ir para a cidade, ir em uma farmácia, etc. Também notaram alterações e mudanças físicas, pernas e braços mais grossos e rígidos, a própria silhueta do rosto estava diferente, dando sinais de uso de algum medicamentos. Mesmo com a insistência da mãe, a jovem não quis vir e a mãe retornou só para São Paulo mais uma vez.

Nessa mesma semana a filha apareceu em casa disse que estava vindo visitá-los, pois aproveitara para acompanhar a esposa do “Alemão” a qual estava visitando alguns parentes com problemas de saúde. Na ocasião a jovem compareceu à delegacia e deu baixa no BO de desaparecimento, e retornou para Guaramirim-SC, no mesmo dia.

Algumas semanas depois a filha chegou novamente em casa alegando que havia fugindo do local e pego carona com caminhoneiros até chegar em São Paulo. Tem evitado assuntos ligados ao episódio, a mãe relata que a filha está diferente, não integrou-se totalmente ao ambiente da casa, sai pouco de casa e cria situações de briga e conflito tanto com ela mãe, e como com o irmão.

Atualmente casou-se com homem que conheceu na época em estava em Guaramirim-SC e vivem no mesmo quintal da mãe, o assunto da prostituição e do tráfico passou a ser um tabú, porém a mãe nota que a filha tem seqüelas psicológicas que precisariam ser abordadas, porém ela não sabe como fazê-lo.

Análise dos acontecimentos

Norma, uma jovem negra de 20 anos, residente no município de Poá no Estado de São Paulo, desapareceu no dia 24 de março de 2001 de uma lanchonete próxima a sua residência. Sua Mãe, que trabalha como diarista e estuda durante o período da noite, notou sua ausência, mas à princípio imaginou que não se tratasse de nada mais grave; supôs que ela estivesse na casa de algum parente ao amigo, mas com a demora prolongada pelos dois dias seguintes (um

Domingo e uma Segunda feira) o desespero a motivou procurar a filha na cidade e junto a pessoas que eventualmente poderiam ter alguma notícia. Já no decorrer dessa primeira experiência deparou-se com a má qualidade do atendimento policial, que ganhou peso em sua trajetória por não lhe dar segurança quanto a possibilidades legais de reencontrá-la: “Ai eu fui na delegacia, ai a delegacia falou que ela era de maior, não precisava, que ela ia voltar e pronto! Eu ia lá. Eu fui lá seis vezes e nada”.

Não há dúvidas de que o desespero que poderia ter sido atenuado pela prontidão policial ganhou maior vulto frente ao descaso encontrado por esta mãe já em seu primeiro contato com os profissionais que deveriam auxiliá-la. Munida de uma fotografia e do desespero, ela começou a procurar por conta própria. Dirigiu-se para os diversos lugares que imagina poder encontrar alguma notícia de sua filha, mas não obteve êxito, ninguém possuía notícias sobre o caso. Somente após a intervenção de um vereador local que a encaminhou novamente para uma delegacia, o caso foi registrado.

Dona Judite, mãe de Norma, estabeleceu uma rotina de procuras em que após seus estudos noturnos, saia para procurá-la. Numa dessas situações, passado já mais de um mês, ela começou a visitar o bar onde sua filha esteve da última vez em que soube, mas prosseguiu sem obter resultados por aproximadamente mais um mês quando num Sábado encontrou uma garota de quem se aproximou e obteve as primeiras referências sobre o que de fato ocorreu. A situação descrita por ela é extremamente importante para ilustrar uma contradição, que segundo compreendemos, esteve presente em todo o seu depoimento:

Ai tinha dois meses já, ai um dia, um Sábado, eu fui lá no bar e fiquei lá. Não lá no bar, eu fiquei no ponto de ônibus em frente ao bar, com a fotografia da Norma, ai apareceu uma menina, ai a menina sentou perto de mim e falou: “a senhora tá aí também?”. Eu falei não [...] estou aqui para saber se alguém conhece minha filha. Ela falou: “quem é sua filha?”. Então eu mostrei o retrato e ela falou: ‘é a Norma’.

A ênfase dada a esta situação não se deve apenas à dimensionalização da ambigüidade do modo de obtenção das primeiras informações sobre a moça desaparecida, mas circunscreve um lugar, horário e condição específicos que nos permitem questionar a afirmação de dona Judite sobre o não envolvimento de

sua filha com o campo da prostituição, e, desde já, adentrar um dos temas mais polêmicos da definição de tráfico de pessoas. Essa garota, até então desconhecida de dona Judite, informou que Norma havia aceitado um convite para trabalhar em Santa Catarina -por um período de dez dias- numa lanchonete recém aberta. Segundo ela, dois homens brancos, um alemão e o outro com sotaque de guaúcho, também quiseram levá-la, mas como ela tem filhos, a possibilidade foi descartada. Quando inquirida sobre o nome específico do lugar para onde Norma teria sido levada, afirmou não se lembrar, mas se predispôs a tentar descobrir por intermédio de uma outra colega que estava junto na ocasião. Mas, após essa conversa, a garota não voltou. Apenas advertiu que considerava perigoso estar falando sobre esse assunto.

Tanto a descrição da situação em que é abordada pela garota que lhe pergunta se “também está alí”, no bar, quanto o teor da proposta que foi feita a Norma, permitem questionar se, de fato, o engodo requerido pela lei como condição para classificação dos casos de tráfico, quanto a total ignorância acerca dos propósitos dos aliciadores estavam realmente presentes nessa situação. Frente a este contexto levantamos a hipótese de que a uma dupla construção discursiva possível nesse caso: a primeira é a da mãe, que tomada por seu desespero, e frequentemente traída pelas intenções desconhecidas da filha, logo atribui um significado vitimizador, aceitando sem maiores indagações a explicação de que a proposta de trabalho, a despeito de todo contexto obscuro em que se processa, é crível; a segunda construção possível, que aponta a presença da contradição nesse caso particular, mas que também permite questionar a explicação estereotipada de que o tráfico de pessoas se sustenta na ingenuidade absoluta quanto ao universo de relações que está implicado no processo de aliciamento para o tráfico.

A formulação dessa hipótese já no início da apresentação do caso, tal como estamos procedendo, não visa a defesa apressada de conclusões que devem ser averiguadas na totalidade do depoimento e na confrontação com o referencial teórico, mas tão somente conservar a relação entre a dinâmica interna desse caso específico e a cristalização de algumas explicações comumente aceitas a respeito do fenômeno do tráfico de pessoas.

Como vinha sendo descrito com relação à seqüência dos acontecimentos -a qual, por razões metodológicas, não pretendemos

acompanhar de forma linear, mas apresentá-las conforme a relevância suscitada pela argumentação- as informações até então obtidas por dona Judite, só foram ganhando maior consistência após, aproximadamente, quatro meses do desaparecimento de sua filha, quando após uma série de investidas similares em bares e lanchonetes da região, encontrou novamente a garota que havia lhe fornecida as primeiras informações.

Dessa vez, ela complementou dizendo que conseguiu levantar, com a colega que também havia estado na ocasião, o nome da cidade para onde Norma teria sido levada. Segundo ela se tratava de uma cidade de Santa Catarina chamada Camburiú. Com posse dessa informação, dona Judite não se demorou, logo no dia seguinte, após o trabalho viajou para a cidade indicada onde ficou por dez dias na casa de uma funcionária do terminal rodoviário, até então desconhecida, que lhe prestou solidariedade por ter se comovido com seus propósitos.

Além dessa pessoa, ela também contou com a colaboração dos travestis que a orientaram na circulação pelas casas noturnas da região. Assim que chegou em Camburiu, dona Judite, dirigiu-se à delegacia local, mas foi encaminhada para a delegacia da mulher a qual encontrou fechada devido o feriado. Mediante esta situação sua estratégia de procura foi a mesma adota na região em que mora:

Esses dias eu fiquei o dia e a noite toda na rua, lá em Camburiú, nas ruas, nas avenidas, na praia, pra tudo que é lugar, nos hotéis, nos inferninhos, nos embalos da noite. Os que mais me ajudaram foram os travestis, eles me levavam nos lugares onde minha filha podia estar, me ajudaram. Eles foram excelentes, falaram que seu eu não tinha lugar para ficar eles me arrumavam.

Nesta referência ao papel dos travestis prossegue implícita a noção de que, apesar de, no plano do discurso manifesto, ela sustentar a hipótese da vitimização total, havia alguma consciência de que sua filha pudesse estar envolvida com o tipo de atividade que era comum a estes ambientes a que passou a investigar. Mesmo não tendo encontrado informações sólidas sobre sua filha houve duas referências, advindas de casas noturnas, não totalmente explicitadas se tratava-se de casa de prostituição, que indicaram a possível presença de Norma por alí em um momento precedente.

Só dois que disse que provavelmente minha filha esteve lá, mas não estava mais lá.

Em sua estadia em Camburiú, ela não obteve êxito quanto a procura por sua filha, mas pode formular algumas impressões sobre o campo da prostituição na cidade. Soube que naquela região havia, de fato, um grande número de casos de prostituição, inclusive envolvendo o caso de menores. Em seu depoimento deixa entrever a contradição entre a informação de que a cidade seria receptora de meninas traficadas de outras regiões como São Paulo, Norte e Nordeste, e, a experiência que ela obteve, que confirma a prostituição juvenil, mas não a de tráfico, pois as garotas com que conversou eram todas de lá mesmo, daquela região:

Ai eles sempre falavam pra mim que lá é esses negócios de prostituição, que eles levavam meninas de todo o lugar, não só de São Paulo, mas Norte, Nordeste; levavam para lá mesmo. E as meninas que eu conversei com elas eram tudo novinhas, 15, 16 anos e tudo de lá, não eram de fora.

Apesar da declaração de ter encontrado adolescentes envolvidas com a prostituição, a menoridade foi o argumento que mais se destacou em sua relação com as autoridades policiais. Mediante a informação de que se tratava de uma jovem de vinte anos, a declaração usual era a de que não havia muito a fazer. Em sua estadia na cidade de Camburiú, apesar de ter obtido um apoio mais completo da delegacia da mulher que contrastou que suas incursões anteriores, esta condição também se confirmou:

Chegou a Segunda-feira eu fui na delegacia. A delegada excelente, me atendeu maravilhosamente, já falou e perguntou quantos anos a minha filha tinha, eu falei vinte anos. Ela falou: 'bem, a gente não pode fazer muita coisa pela sua filha, mas o que a gente puder fazer eu vou fazer para ajudar a senhora.

O trabalho desempenhado por esta delegacia proporcionou elencar mais algumas informações sobre o processo de busca e sobre a flexibilidade que as rotas de tráfico de pessoas podem assumir. De acordo com as investigações daquela delegacia houve na cidade uma boate, que teria sido a boate do Alemão, mas estava fechada, indicando que ele mudou-se para outro lugar. Segundo as explicações oferecidas pela delegada o Alemão deve ter ido para outro lugar porque estava entrando uma época de baixa temporada de turismo:

Eu tinha levado um monte de fotografia da minha filha, xerox, ela já mandou colocar[...] já chamou os investigadores que estavam

dormindo na delegacia, que tinham trabalhado a noite, acordou eles e mandou atrás do Alemão. Ai foram, mas o Alemão já tinha mudado, a boate do Alemão estava fechada, ela já tinha mudado para outro lugar e eles não deixam endereço, porque entram com um nome e saem com outro.

Sentindo-se mais tranqüilizada com o trabalho acolhedor da delegacia da mulher de Camburiú, dona Judite retornou para sua casa com a garantia de que se sua filha estiver naquela cidade, a equipe de investigadores da delegacia da mulher iria encontrá-la. Nas semanas seguintes manteve contato com a delegada a espera de alguma novidade, mas frustrou-se cada vez mais, pois não obteve resultados positivos. Até que então, movida por seu desespero, imaginou que sua filha estivesse morta.

O atendimento recebido por dona Judite na delegacia da mulher de Camburiú, pela eficiência descontextualizada, também chama a atenção para a morosidade de setores como o DEIC, pois, apesar de ter encomendado uma pesquisa com urgência sobre a possibilidade de sua filha estar viva ou morta, as inúmeras vezes em que recorreu a este serviço para certificar-se dos resultados, não obteve nenhum resultado quanto a sua solicitação, pois em todas as vezes lhe foi afirmado que a pesquisa ainda não estava pronta. Entretanto, na ocasião em que a delegacia da mulher de Camburiú entrou em contato com o posto do DEIC de São Paulo não encontrou entraves à obtenção do resultado da pesquisa. Prontamente foi informada de que não haviam indícios de que Norma estivesse morta.

Apesar da informação de que provavelmente sua filha estava com vida, o fato de não encontrá-la e, nem ao menos obter informações mais consistentes a respeito do caso, motivou dona Judite a prosseguir com sua estratégia de investigação. Ela começou a procurar em todas as delegacias de São Paulo, foi aos Cadeiões, aos presídios femininos mas não teve êxito. Por um período abandonou o roteiro que vinha seguindo a partir da indicação da moça que esteve com sua filha no momento em que ela acompanhou os dois homens para Camburiú, e começou a procurar em todos os lugares que imaginava que pudessem lhe ajudar de alguma forma.

Nessa série de investidas aproximou-se das Mães da Sé, entidade não governamental que é especializada em casos de desaparecimento de crianças e adolescentes principalmente, mas também de adultos. A presença contínua nas manifestações realizadas na Praça da Sé em

São Paulo todos os domingos contribuiu para deixá-la mais calma, primeiro porque, com essa ação, visualizava alguma expectativa -vários órgãos de imprensa costumam dar visibilidade ao sofrimento dessas mães e parentes de desaparecidos-, segundo porque teve contato com pessoas que estavam passando por situações similares.

Mas, por não se conformar com o fato de não reencontrar sua filha após já ter perdido uma outra filha de 24 anos à cerca de um ano, ela retomou suas investigações pessoais. O insight de que mais alguém, além das garotas que já haviam lhe informado inicialmente, poderiam ter alguma informação sobre os homens que teriam levado sua filha a impulsionou para uma nova investida:

Eu falei não é possível, será que esses homens vinham aqui [...] Porque foram três vezes que eles vieram. Será que esses homens vinham aqui de carro, será que eles ficavam de carro e não iam em nenhum lugar. Pra mim, a última vez que eles vieram, eles levaram ela. [...] Porque foi assim que me falaram. A própria menina lá no bar me falou que eles vieram três vezes e levaram outras meninas para trabalhar nisso.

Sua mobilização investigativa a levou a ter conhecimento de uma vendedor ambulante que forneceu novas pistas sobre o desaparecimento de Norma. Porém, seu depoimento é muito obscuro no que se refere a esta passagem, pois, apesar do fato de ter conseguido estabelecer o nexó entre os homens que levaram sua filha e um lugar específico em que concretamente eles eram conhecidos. O rapaz que informa sobre a relação dos aliciadores com o lugar, uma oficina mecânica, aparece, segundo seu relato, casualmente.

Da forma como ela apresenta a situação, sua persistência em que o rapaz revele seu conhecimento acerca do caso permanece injustificado, levando-nos a suspeitar de que alguma informação adicional tenha sido intencionalmente omitida nesse ponto:

Daí eu falei; não, tem coisa errada, não aceito isso, e comecei a investigar eu mesma. Daí um dia eu estava indo para Mogi, eu estava num ponto e apareceu um moço. Ele olhava para mim e eu perguntei, você conheceu uma menina chamada Norma. Ele falou que não. Daí eu perguntei onde você mora e ele falou que era em Ferras. Daí eu falei, eu também; você não conheceu a Norma? Ele falou não. Daí eu perguntei o que ele faz e ele respondeu que vende adesivos de geladeira no lugar onde mora.

Questionando mais detalhadamente o rapaz, o que nos parece pouco justificado se não possuía nenhuma outra referência a seu

respeito, dona Judite pede o endereço do lugar onde trabalha e se propõe a falar com ele no dia seguinte. Neste momento também recorre a uma astúcia que ratifica a desconfiança e a expectativa quanto às informações que este rapaz poderia lhe oferecer. Marca se encontrar com ele no dia seguinte no local em que ele trabalha, mas só foi num outro dia, pois disse que seria certo que ele não estaria lá. Esta série de manejos intencionalmente dirigidos com cuidado investigativo reforça a hipótese de que, por razões que desconhecemos, uma parte significativa da história foi ocultada ou, simplesmente, adaptada a um discurso de mãe militante que tende a enfatizar a condição de vítima da filha para poder suportar o constrangimento que seu mal envolvimento representa.

Segundo ela, o rapaz que vende enfeites de geladeira na ponte perto de sua casa se emocionou ao ver a fotografia de Norma, confessando saber mais sobre o caso:

Ai no dia que eu falei que eu ia, eu não fui, porque era certo que ele não estaria lá. Eu levei uma fotografia da minha filha e mostrei para ele e falei, você conhece essa menina? Ele falou, a senhora sabe [...] e as lágrimas começaram a cair, começou a chorar. Falou, sabe dona eu não conheço mesmo sua filha. Eu falei, minha filha está desaparecida a mais de seis meses, eu já procurei em tudo quanto é lado e não encontro, eu não quero encrencar você, não vou colocar você em confusão, eu só quero que você me dê notícias de minha filha. Daí ele falou: 'Ah, no dia em que ela foi [...] que eu ia mandar outra pessoa, ela estava no carro, eles foram de carro. E o Alemão, eu não sei como é o nome dele, só sei que ele chama Alemão [...]'. Daí eu falei, e você não sabe em que lugar é em Santa Catarina, não? Ai ele falou que não, mas ia ver uma pessoa que trabalhou numa oficina em que o Alemão levava o carro para consertar.

Apesar das lacunas, este trecho ilustra o caráter amadorístico dos atores envolvidos no esquema de tráfico de pessoas que estamos analisando. Muito diferente da padrão apresentado pelos meios de comunicação e por pesquisas que generalizam as situações de aliciamento ou rapto, os elementos constitutivos de caso particular nos possibilitam questionar o grau de organização e o tipo de envolvimento que possibilitam o funcionamento desses esquemas.

A minuciosidade atribuída a cada ator envolvido, a qual tem sempre como modelo o gangster expert em estratégias de crime organizado, pode ser substituída por indivíduos cujo envolvimento se resume a uma atuação precária, de em troca de pequenas quantias

em dinheiro, localizar pessoas que se disponham, sem medir muito as conseqüências, a alimentar a rede da prostituição inter-estadual e, talvez, como sugere um trecho acima citado, internacional.

Desculpando-se por não poder ajudar mais, pois considerava isto uma coisa perigosa, o rapaz (vendedor ambulante) concedeu-lhe o nome de um outro, Felipe, também trabalhador das ruas, neste caso um jovem ainda mais moço que fazia gravações em pulseiras.

A informação que foi dada à dona Judite resume-se ao nome do rapaz que gravava pulseiras, e que havia trabalhado na oficina mecânica habitualmente freqüentada pelo Alemão nas ocasiões de suas estadias em São Paulo, e ao lugar aproximado onde ele poderia ser encontrado – uma passarela localizada no centro da cidade.

A referência de que contribuir com mais informações sobre o caso consiste em uma condição perigosa acrescenta mais obscuridade ao entendimento do modo como dona Judite, de fato, obteve as informações que realmente a levaram ao contato do primeiro rapaz; o que vende enfeites de geladeira e declarou ter visto Norma na noite em que ela acompanhou o Alemão e o outro homem que estava com ele na viagem para Santa Catarina.

Contudo, apesar da inconsistência dos dados acerca dessa passagem específica, pode-se notar delineando um tipo de envolvimento contraditório desses atores em relação ao esquema de tráfico de pessoas, pois ao mesmo tempo em que contribuem com o fornecimento de informações extremamente substanciais, limitam-se a fragmentos incompletos do que supõe-se potencialmente poderiam fornecer.

Além disso, a ênfase dada pela depoente à dimensão de afetividade expressada por este jovem, que deixou as suas lágrimas caírem ao observar a fotografia de Norma, mas ainda assim negou mais uma vez conhecê-la, para, só depois de alguns instantes, revelar uma informação que seria crucial ao andamento do processo de localização Norma.

Tanto a afetividade quanto o envolvimento precário desses atores aponta para uma organização amadorística e pouco ciente dos reais propósitos dos procedimentos implicados.

Na seqüência de suas investigações, dona Judite conseguiu informar-se sobre o lugar onde possivelmente mora o Felipe.

Segundo as informações que obteve, ele mora em uma favela localizada nas redondezas da cidade.

Em posse dessa informação ela adiantou-se a procurá-lo, foi para este lugar na noite do dia em que obteve esta informação, mas não teve muito êxito pois ninguém com quem conversou soube dizer-lhe onde ficava a casa do rapaz.

Sem perder tempo no dia seguinte, logo pela manhã, dona Judite dirigiu-se mais um vez para a favela a procura da caso de um rapaz chamado Felipe que gravava pulseiras na passarela do centro da cidade.

Um episódio ocorrido nesse processo chamou-nos a atenção para o fato de dona Judite experimentar a procura por sua filha como uma investigação meticulosa. Ao se deparar com um homem que assinalou positivamente quanto ao fato de conhecer o Felipe, ela foi evasiva quanto às razões por que estava a procurá-lo, disse que possuía algumas pulseiras que gostaria que ele gravasse. Segundo ela suspeitou que se fosse direto ao assunto correria o risco de que ele não lhe informasse corretamente sobre onde era a casa do rapaz que estava procurando.

Conseguindo chegar à casa do jovem Felipe, dona Judite pergunta-lhe se, de fato, ele havia trabalhado numa oficina mecânica onde era cliente um homem vindo de Santa Catarina e que era conhecido como Alemão. Mediante uma resposta afirmativa, ela o questiona se sabe o nome exato do lugar de onde ele vinha, mas depara-se com uma resposta negativa, a qual foi acrescida de mais um elemento que nos chama a atenção. Felipe declarou também ter sido convidado a trabalhar na “firma” que o Alemão estava montando nessa cidade, mas seus pais não o autorizaram a ir.

Numa conversa com os pais de Felipe, dona Judite consegue o apoio de sua mãe que se dispõe a acompanhá-la até a oficina onde trabalhou Felipe, para esclarecer mais sobre o assunto.

Chegando lá, mais uma vez dona Judite recorre à astúcia como meio de se relacionar e obter mais informações. Diz estar procurando pelo cliente da oficina mecânica vindo de Santa Catarina, o Alemão, que estava montando uma lanchonete e estava recrutando pessoas para trabalhar.

Disse que estava precisando trabalhar e que gostaria de saber onde encontrá-lo. Suas indicações apontaram a ruptura da sociedade

entre o Alemão e o outro homem, que morava nas proximidades. Disse que o Jorge, ex-sócio do Alemão, havia desfeito a sociedade porque foi roubado pelo companheiro. De qualquer modo, mediante a insistência de dona Judite de que gostaria de encontrá-lo para verificar se ele não teria como ajudá-la a conseguir um emprego, mesmo que em outro lugar, mas voltado ao ramo de lanchonetes, o dono da oficina indicou-lhe como chegar a casa de Jorge.

Com mais alguma indicação, que não pudemos precisar a fonte, dona Judite chegou a caso do Jorge:

[...]daí fui bater na casa desse homem eram umas duas e meia, atendeu uma mocinha. Eu queria falar com o Senhor se ele está precisando de alguém para trabalhar. Daí ela falou: é o Jorge, mas ele não tem sociedade mais não. Daí eu falei: ele está aí, chama ele para mim. Aí ele veio. Um homem todo rasgado, falando oi tudo bem, boa tarde. Eu falei: Seu Jorge, aquele homem que trabalha, lá para o Sr. em Santa Catarina não está precisando de cozinheira não? Daí ele falou: ele não está mais não, aquele sem vergonha me roubou. Pôs o homem lá em baixo e perguntou: A senhora queria trabalhar lá. Eu falei: queria. Ele falou: olha para ir lá tem que saber o lugar mesmo, porque eu não sei nem o lugar, só sei que é um lugar que se chama Guaramirim, chegando em Florianópolis. Daí eu falei para ele: como que vai lá. Daí ele ficou assim [...] daí eu falei: sabe o que é Seu Jorge, eu estou atrás da minha filha, dessa menina (mostrei o retrato), faz sete meses que ela sumiu, vai fazer oito meses que eu estou atrás dela, não é só eu, é a policia, tem foto dela até no estrangeiro, na internet, que eu coloquei e a policia colocou e a minha filha sumiu faz sete meses e nenhum telefonema e o Sr. sabe [...] Daí ele falou: ah. é a Norminha. Eu falei: então o sr. Conhece. Onde está minha filha? O sr. vai falar onde ela está pra mim ir lá ou eu vou chamar a policia, eu já estou na policia mesmo. Ele falou: não pelo amor de Deus, eu não tenho nada com isso. Não sou eu, é o Alemão. Mas o Sr. foi lá. Eu fui, porque eu emprestei o dinheiro para o Alemão abrir o negócio, uma lanchonete, mas quando eu cheguei lá era um boate de prostituição, daí eu deixei para lá, ele levou até meu carro. A senhora não vai me levar na delegacia.

Esta astúcia particular com que dona Judite atua neste caso específico talvez pareça apontar um certo excesso de zelo, mas, na medida em que foi adotada como estratégia em varias outras ocasiões, assinala a relação entre a experiência fantasiada de uma mãe desesperada, que constrói para si a história que melhor comporta seus sentimentos de angústia e expectativas de resolução

do problema, e de toda uma ordem de fatores que delimitam a caracterização oficial do fenômeno a partir de informações muitas vezes imprecisas e muito precariamente articuladas com análises detalhadas de casos.

Nos resultados divulgados por órgãos de imprensa verifica-se que a escassez de dados qualitativos concorre para generalização de relatos bastante subjetivos, os quais, obviamente, são incomensuravelmente importantes para definição do fenômeno, mas também podem servir à formulação de conclusões inadequadas sobre a abrangência de determinadas implicações vividas de maneira singular por cada um dos pólos envolvidos, seja pelo sujeito traficado ou pelos familiares, como é caso desse depoimento; ou ainda pelos próprios atores envolvidos na rede de relações que dá sustentação à manutenção dessa forma de comercialização do sexo.

Como suscitado pelos dados dessa análise, entendemos que é somente pela confrontação entre dados qualitativos detalhados, o universo numérico e o conjunto das concepções correntes sobre o tráfico de pessoas que poderemos construir uma definição que não se limite ao pragmatismo jurídico ou a militância de alguns movimentos sociais.

Seguindo a linha de depoimento de Dona Judite, entramos em uma outra seqüência de situações em que a ambigüidade até então apresentada como precariedade ganha também a forma de descomprometimento e naturalidade, pois ao mesmo tempo em que as múltiplas referências parecem indicar um conhecimento implícito dos elementos que estão em questão -a ilegalidade e a iminência de violação de direitos-, o tratamento usual do problema apresenta-se adaptado à lógica cruel das relações de troca.

Subentende-se que devido o comércio do sexo ser uma atividade fundamentalmente ilícita, o envolvimento que ela implica neutraliza completamente a condição de vítima que em algumas circunstâncias poderia definir as possibilidades de negociação do sujeito envolvido, ou seja, sua redução à condição de objeto comercializável.

Mas retornemos ao depoimento, pois na medida em que os dados forem sendo complementados estas hipóteses poderão ser melhor formuladas. Conforme o depoimento já havia assinalado, as indicações seguidas por dona Judite finalmente a levou a ter a uma possibilidade mais concreta de reencontrar sua filha.

O contato com Jorge acrescenta uma série de elementos que esclarecem o tipo de trabalho para o qual a Norma foi cooptada.

Obviamente os elementos restritivos dessa entrevista não poderão responder todas as perguntas que a análise da entrevista suscitar, mas isto não deve inibir-nos quanto à possibilidade de formulá-las. Neste caso, o envolvimento de Jorge com o aliciamento de mulheres para o campo da prostituição aparece como mais um dado obscuro. Na medida em que ela afirma reconhecer a fotografia de Norma, ele também se isenta da responsabilidade por ter participado do processo que a remeteu a condição em que se encontra.

Ele simplesmente reduz a problemático à noção de engodo, da qual, segundo sua argumentação, ele mesmo seria vítima. Responsabilizando o ex-parceiro Alemão, Jorge contabiliza seu prejuízo, mas não se constrange pelo fato de ter contribuído para encaminhar Norma para esta finalidade. Como ele mesmo acentua, se dona Judite tem a intenção de rever a filha deve ser breve, pois na condição em que se encontra pode ser vendida para fora do país.

Se os atores anteriormente envolvidos apresentavam contradições nítidas quanto ao manejo da afetividade implicado no processo, Jorge aponta uma posição distinta, trata o assunto com muita naturalidade, sentindo-se absolutamente desresponsabilizado por ter participado do processo:

Daí ele falou, se eu fosse a senhora, eu ia hoje. Eu falei: porque, o senhor vai ligar para ele. Ele falou: não, lá não tem nem telefone, é no meio do mato. Eu falei: não, não vou hoje não, vou só no fim de semana, porque não tenho dinheiro. Ele falou: olha, se eu fosse a senhora eu ia o mais rápido possível, porque talvez a Norma nem tá lá mais. Porque lá eles vendem as meninas, quando estão enjoados daquela menina vai vendendo para outros, até que sai para fora do país [...] Ele falou que vão vendendo um para o outro, o senhor sabe que lá a cor morena tem valor, porque lá só tem branco, só tem loiro.

Neste trecho fica explicitado o modo como Jorge lida com a possibilidade de Norma ter sido vendida para outras casas de prostituição. Apesar de insistir que dona Judite vá o quanto antes pois pode não encontrá-la, esta aparente preocupação não diminui o teor do distanciamento que ele apresenta com relação ao caso.

Enquanto nem ao menos se reconhece como parte ativa do processo, Jorge colabora para deturpação do entendimento acerca

das implicações do esquema de tráfico. Ao se ancorar no engodo ele consegue neutralizar, não apenas a condição de sujeito de Norma, mas principalmente a sua própria.

Em sentido distinto, mas inteiramente complementar à análise que estamos empreendendo, a descrição que dona Judite apresenta com relação às condições materiais de Jorge, bem como, a referência que ele faz ao fato de o lugar onde Norma provavelmente se encontra não ter nem telefone, pois esta localizado no meio do mato, reforça mais uma vez a falta de infra-estrutura do esquema.

Este dado, certamente muito significativo com relação aos métodos que poderiam estar sendo utilizados para o aliciamento de mulheres e moças, aponta uma outra possibilidade, que merece ser destacada. Trata-se do fato de Jorge ter apontado um possível interesse afetivo do alemão por Norma. Com esta indicação mais uma vez se isentou de sua responsabilidade, e, também, apontou a relevância do uso de estratégias afetivas como meio de sedução.

É claro que não podemos tomar esta hipótese por verdadeira sem considerarmos que para se livrar da responsabilização jurídica, ele lançou mão de todos os recursos que possuía no momento. Mas também devemos considerar que, tal como poderemos verificar em outros trechos da entrevistas, a recorrência a fatores subjetivos muitas vezes substituí formas explícitas de engodo e coerção.

O indivíduo traficado pode ser mais ou menos esclarecido sobre o campo de relação em que está se inserindo, mas nem todas as condições da relação lhe são apresentadas. Com isso, o controle subjetivo se legitima como um suporte que preenche as lacunas deixadas pela proposta possivelmente incompleta:

Daí eu falei para ele: tudo bem. Agradei a ele e ele falou para mim não ir na delegacia e eu falei, tudo bem, pode ficar, eu não vou. O homem tem quatro filhos, eu falei para ele: o senhor foi cair numa dessa seu Jorge. O senhor com filho, já pensou o senhor sentir na pele amanhã acontecer uma coisa dessa com seu filho. Ele falou: não, mas é coisa do Alemão, o Alemão levou a Norma. A Norma foi com o Alemão. Falando que queria ficar com ela, namorar com ela e levou.

Apesar de ter dito ao Jorge que não viajaria com muita urgência porque não tinha os recursos necessários disponíveis, dona Judite conseguiu embarcar com sentido a Joinvile no mesmo dia. Chegando

lá pela madrugada do dia seguinte tomou outro ônibus que a levou a até a cidade indicada, mas se surpreendeu ao chegar, pois encontrou a cidade totalmente deserta, segundo relatou, não via ninguém por ali.

Aguardou em frente a uma delegacia até 9:30 Hs e, só depois disso, pode perceber que havia um recado dizendo que aquela delegacia estava abandonada. Frente a esta situação recorreu a um taxista com quem se informou se sabia algo a respeito do lugar que estava procurando.

Tal como é frequentemente assinalado pelo material teórico que trata do assunto, esta situação constituiu-se num exemplo paradigmático do papel da rede de favorecimento ao tráfico de pessoas. O taxista sabia exatamente onde era o lugar mas não quis se envolver, levou-a até lá mas não quis esperar para ver qual seria o resultado, voltou imediatamente.

Daí eu perguntei para o homem do taxi, ai ele falou assim: eu sei onde é, só que a senhora tinha que ter decido lá, é na beira da estrada, agora a senhora vai ter que voltar. [...] Entrei no táxi e fui, cheguei lá umas onze horas. Ele me deixou lá e falou: é aqui e estou voltando. [...] eles conhecem sabem de tudo.

Neste ponto, cabe assinalar que, apesar de termos acusado a incidência de uma relação positiva entre o papel assumido por este taxista nessa situação específica e as indicações do material teórico sobre o assunto, não estamos apontando que esta relação seja de conivência como apontam alguns autores.

O que notamos é a participação passiva em um processo que a sociedade como um todo contribui para neutralizar. Cada um a seu modo, todos lavam as mãos sobre às razões pelas quais mulheres, crianças e adolescentes passam a fazer parte deste mercado do sexo.

A indiferença com que, simplesmente, se executa funções operacionais que possam dar suporte a possibilidades de emergência de um submundo repleto de conteúdos ilícitos não é questionável nem do ponto de vista jurídico, nem do ponto de vista moral. São apenas ações, que por sua natureza flexível, contribuem para circulação de um universo que é mais ou menos reconhecido pela multidão de cidadãos, mas que, ao mesmo tempo, passa desapercibido como algo de pouca importância.

De acordo com seu relato, dona Judite considerou o lugar bastante simplório, sendo difícil, inclusive, o acesso. Ficou algumas

horas esperando em frente a boate e ninguém aparecia, até que se aproximou uma senhora que a inquiriu se estava a procura de alguém. Respondendo afirmativamente e apresentando-lhe a fotografia de Norma, dona Judite logo se deparou com o momento tão esperado. De fato, era ali mesmo que Norma estava. A mulher que a recebeu era cozinheiro no local e reconheceu a fotografia de Norma de imediato.

A maneira como dona Judite descreve o lugar é enfática quanto à surpresa por encontrar sua filha vivendo em tais condições:

Ela falou: ah, é a Norma, a Norma tá aqui sim. [...] ela é um amor de menina. Ela já tinha bebido. Eu falei: como é que eu vejo ela, como é que falo com ela? Ela falou: não, vamos que eu levo a senhora. Daí me levou para dentro, passando pelos quartinhos que eu via. Os pés de pau que eu via, era pé de pinheiro. O último quarto que tinha lá erro o quarto da Norma, tudo do lado de fora.

As referências acerca do lugar, apesar de breves, já assinalam a condição precária da infra-estrutura. Ao contrário do que se poderia supor como desfecho de um processo de crime organizado envolvendo tráfico de pessoas, o cenário que naquelas circunstâncias se apresentava, suscitava fragilidade e pouca organização.

Como ela descreveu noutros trechos da entrevista, não parecia haver razões para sua filha, bem como as outras moças que ali se encontravam, querer estar naquele lugar. Como ela se referiu “era um fim de mundo”.

O reencontro com Norma despertou comoções mas também a inclusão de um elemento novo, até então desconhecido. Segundo dona Judite relata, ninguém ali sabia que Norma havia fugido, que não havia avisado sua família. A recepção foi estritamente familiar, o Alemão a recebeu com gentilezas e apressou-se a ir até a cidade comprar as coisas para o almoço.

O clima de hospitalidade só assumiu outras feições no momento em que ela disse que foi para buscar sua filha. A partir desse momento, o Alemão demonstrou-se mais nervoso e impaciente, contra-argumentando que Norma já possuía 20 anos e que, portanto, poderia decidir por si mesma.

Referiu-se a Norma como seu braço direito, explicitando que ela tinha a função de gerenciar a lanchonete. Apesar de acompanhar a

conversa, Norma não se pronunciava, estava tomada por uma crise de choro.

Refletindo um pouco mais sobre a condição em que se encontrava dona Judite, mais uma vez, valendo-se da astúcia que a acompanhou em várias ocasiões, preferiu apresentar-se mais amistosamente. Aceitou o convite feito por Alemão de acompanhá-lo até a festa de aniversário de uma de suas filhas e disse que a decisão, de fato, seria de Norma; caso quisesse ficar, seria ela quem iria decidir.

Pontuou, contudo, que seria necessário Norma ir até São Paulo para depor, pois haveria que prestar conta junto uma delegacia, local onde foi registrado queixa de seu desaparecimento:

Daí eu pensei, deixa eu ficar amiga deles, porque eu estou aqui sozinha, distante, e eles podem fazer alguma coisa comigo. Deixa eu ficar um pouco mais calma. Eu falei: não, a Norma vai se ela quiser; se ela quiser voltar, ela volta, mas ela tem que ir lá. Ele ficou mais calmo e foi para a cidade com a Norma. Escuta só, ele tinha a mulher, porque tudo não era com a mulher. Não, tudo era com a Norma. Ele tinha cinco carros, foi para a cidade com a Norma. Ai foram lá, fizeram as compras. A mulher meio de fogo fez o almoço e eu comi lá com eles, fiz amizade com as meninas que estavam lá. Não tinham muitas meninas, só tinha mais três meninas e a melhorzinha da turma era a Norma.

O jogo implícito de táticas de convencimento e disputa apontado por dona Judite parece ser um campo bastante explorado pelo tipo de relação que ele estabelece com as mulheres que trabalham em sua boate. Sem dar indicações de que seu negócio se tratava de uma casa de prostituição, Alemão conservou a referência à lanchonete.

O modo como dona Judite referiu-se a esta ocultação suscitou-nos perguntar mais diretamente se ela tinha conhecimento de alguma vinculação anterior de Norma com o campo da prostituição, pois na medida em que o relato foi progredindo foram surgindo indicativos contraditórios com relação à definição de tráfico que poderia ser construída neste caso particular.

De acordo com o que nos respondeu, Norma só veio a se envolver com a prostituição neste lugar, pois tanto seus horários quanto sua conduta cotidiana eram bastante transparentes, nunca lhe despertando dúvidas quanto a isso.

O fato é que se observarmos de uma maneira mais superficial tenderemos a considerar este caso, também como fazem as autoridades judiciais, como sendo uma forma de inserção autônoma no campo da prostituição, em que a livre opção de Norma a teria levado a esconder de sua família que estaria indo para outro Estado para lá se valor da venda de serviços sexuais.

Esta discussão é certamente uma das mais polêmicas suscitadas por este tipo de caso, mas também pode ser uma das mais esclarecedoras, pois, ao explicitar categorias contraditórias permite refletir sobre a contraditoriedade mesma das definições usuais de tráfico de pessoas para fins de exploração sexual, principalmente por evidenciar o tráfico inclusive como um fenômeno que ocorre mesmo dentro das fronteiras nacionais, pois os vários atos ilícitos que envolvem esse caso referem-se à disposição de submeter essa pessoa a um processo de tráfico que envolve ações com objetivos e estratégias, é possível identificar elementos que nos auxiliam na construção de conceitos multidisciplinares.

Acreditamos que, houve recrutamento, uma vez que a jovem foi localizada em locais que freqüentava habitualmente, inclusive com relatos de sedução, houve custeio de transporte, alojamento e recolha pois tinha um quarto e havia a cobrança da dívida de aparelhos de som e televisores.

Como está previsto no Código Penal no Artigo 229, o tráfico de mulheres é caracterizado mediante as seguintes condições:

Promover ou facilitar a entrada, no território nacional, de mulher que nele venha exercer a prostituição ou a saída de mulher que vá exercê-la no estrangeiro (Código Penal, Art. 229).

Obviamente, a definição expressa no texto da lei é bastante clara e não prevê, o tráfico interno, neste caso exclui-se a possibilidade de uma definição que, a partir de uma perspectiva qualitativa, delimite condições mais flexíveis do que caracteriza o tráfico de mulheres.

Contudo, como o objetivo deste trabalho não se restringe à ratificação do direito estabelecido, mas, pelo contrário, se propõe a questionar as limitações conceituais contidas na definição jurídica, a reflexão sobre o limiar entre simples inserção no campo da prostituição e o tráfico de mulheres pode ser de extrema validade para o enriquecimento desta discussão. Nesse sentido, cabe retomar o problema suscitado pelo material empírico.

Norma teria sido traficada ou simplesmente teria aceitado uma proposta para se prostituir num outro Estado?

Apesar se consolidar como um elemento crucial ao desenvolvimento de uma definição mais competente, esta questão trás consigo toda bagagem retórico que justifica os inúmeros preconceitos e desrespeitos aos direitos das mulheres prostitutas. Como parte dos dados são apenas supostos, não esperamos que a contribuição principal deste trabalho seja contabilizada em termos de respostas, mas quanto a possibilidade de suscitar questões relevantes a respeito desse universo que se estrutura na prostituição, mas explora mais indiscriminadamente a própria condição originariamente ilícita que caracteriza a prostituição.

O fato de Norma ter aceito participar de uma esquema de prostituição por meio de uma decisão previamente esclarecida sobre o tipo de relação a que estaria sujeita, não exclui o fato de haver engodo e coerção na forma como esta relação é manejada por quem possui mais poder, no caso por quem agencia a comercialização do sexo.

Com isso, supomos que o que deve caracterizar o tráfico de mulheres não é, de fato a prostituição, mas tampouco poderíamos aceitar que deveriam estar presentes em cada caso uma seqüência de violações brutais como atualmente prevê a lei:

Por tráfico de pessoas deve entender-se, o recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou a recolha de pessoas, pela ameaça de recurso de força ou pelo recurso à força ou outras forma de coação, por rapto, fraude, engano, abuso de autoridade ou de uma situação de vulnerabilidade ou através da oferta ou aceitação de pagamentos ou vantagens para obter consentimento duma pessoa que tenha autoridade sobre a outra, para fins de exploração (Protocolo Adicional art. 2º bis alínea a apud Nogueira Neto).

Portanto, mesmo que estes critérios não estejam contemplados de maneira literal, isto não quer dizer que eles não estejam, de fato, implicados na configuração assumida pelo fenômeno. No caso Norma, como já foi assinalado acima, a forma como passou por este processo impingiu-lhe seqüelas extremamente significativas. Não apenas a coação vivida, como também demonstrou inadaptação frente a possibilidade de retomar sua vida anterior.

Quando sua mãe, driblando o olhar vigilante do dono da boate ou a presença insistente de mais alguém sempre que ela esforçava-se por falar a sós com Norma, finalmente adentrou seu quarto e sugeriu que voltassem, surpreendeu-se, pois, apesar de todo esforço concentrado que fizera até aquele momento, não sentia de Norma o mesmo empenho em criar condições para seu regresso.

Nesta primeira experiência de resgate, sua tentativa foi completamente frustrada, pois, confusa com relação às reais intenções de Norma e coagida pelas estratégias de cerceamento do Alemão, não conseguia ter clareza do modo como proceder. Ao aceitar ir à festa de aniversário da filha do Alemão, para com isso demonstrar certa simpatia e evitar atritos, dona Judite expôs-se ao mecanismo de engodo habilmente manipulado por ele. Como ela supõe, ele conseguiu adiar o momento de levá-las até a rodoviária de modo a que perdessem o único ônibus que poderia servir para que voltassem ainda naquele dia:

Daí ficou certo que oitos horas a gente viria embora; de tanto que a Norma já levou as coisas mais necessárias. Eu levei a minha mala porque de lá já iam levar agente na rodoviária para vir embora. Só que, sabe o que aconteceu? Ele enrolou e nós saímos de lá oito e meia da noite, passamos na rodoviária e não tinha mais ônibus. Quer dizer que ele fez de propósito. Já conhecia tudo tá. Eu também já conhecia os horários porque o homem da rodoviária tinha me dado.

Tendo que adiar sua viagem para o dia seguinte, dona Judite deparou-se com uma noite obscura. Assim que chegaram foram para o quarto de Norma onde mais uma vez conversou com ela, explicou-lhe que teria que ir trabalhar e que ela deveria ir junto mesmo que fosse para voltar à mesma vida depois.

A inconsistência das respostas de Norma a deixaram muito incerta sobre até que ponto os a manipulação era externa ou já interiorizada por sua filha. Logo após conversarem, sua filha saiu e não voltou, em seguida apagaram-se todas as luzes e ela ficou a noite toda com a porta fechada a chaves por medo de que algo lhe acontecesse:

Ai quando foi de noite sumiu a Norma. A Norma não dormiu lá e apagaram a luz. Não sei se foi coincidência que acabou a luz, mas ficou tudo escuro e Norma não dormiu lá. Eu estava no quarto dela, fiquei, daí a cozinheira veio, porque ela não mora ali, ela foi lá e falou: dona Judite, a senhora não abre a porta para ninguém, quem

bater a senhora não abre a porta. Nem que seja a Norma a senhora não abre. Ela falou baixinho.

Intrigada com os fatos descritos, mas ao mesmo tempo impulsionada pelos compromissos que não podia mais adiar, no dia seguinte, dona Judite pegou suas coisas e foi embora sem a filha. Ainda ao sair chegou o Alemão dispondo-se a levá-la até a rodoviária. Ela aceitou mas, mais uma vez, ele tentou desviar o caminho e encaminhá-la para um sistema de caronas com caminhoneiros que abastecem num posto de combustível da região.

O modo como se deu esta experiência marcou, definitivamente, uma outra etapa do processo. Mesmo apresentando disposição para retornar para sua família, Norma também apresentava-se presa a certas condições que não eram totalmente compreensíveis.

Passados alguns dias sem que Norma entrasse em comunicação, ela foi à delegacia mas, novamente, encontrou as mesmas limitações. O fato de sua filha já ter 20 anos impossibilitava qualquer ação policial. Mesmo assim, o delegado que a atendeu dispôs-se a ajudar na medida do possível, disse-lhe que lhe forneceria um ofício pedindo que a delegacia da região em que sua filha estava localizada a acompanhasse.

Dona Judite, munida deste documento, dirigiu-se mais uma vez para Santa Catarina, procurou a delegacia local e apresentou-lhe o ofício. A limitação judicial mais uma vez tornou-se o elemento prioritário, pois não há ação possível nestas condições. Segundo os investigadores que a atenderam, eles conhecem o lugar, sabem o que ocorre lá, mas não podem fazer nada. No caso de sua filha se ela tivesse quinze ou dezesseis anos poderiam intervir, mas, como ela tem 20 anos, não há nada a fazer:

Daí o delegado não estava lá, estava fazendo curso, estavam os investigadores. Daí eles atenderam a gente e um deles falou: olha, agente conhece o Franciel o nome de guerra lá é Franciel, sabe o que ele faz, só que a sua filha tem 20 anos, se ela tivesse 15, 16, ainda tinha que ter um pedido,, ter um mandato de São Paulo. Daí eu apresentei o mandato e ele falou o seguinte. Ele sabe até o telefone, ele ligou lá imediatamente e falou com a mulher. Eu disse: o senhor sabe o telefone de lá? Ele disse: sei dona Judite. Ligou lá, a mulher atendeu, ai ele falou assim: eu queria falar com a Norma.

Este exemplo demonstra claramente a perplexidade de dona Judite ao perceber a familiaridade das instâncias policiais com a rede

de prostituição. Como já havíamos argumentado anteriormente, a naturalidade que a prostituição adquiriu em nossa cultura permeia todas as esferas das relações sociais.

Como percebeu que não teria auxílio nenhum da polícia, pediu ao investigador que não deixasse recado para que Norma comparecesse à delegacia para falar com a mãe e o irmão como ele estava encaminhando a conversa, preferiu ela mesma dirigir-se par lá novamente. Chegando lá Norma e o Alemão já os esperavam no portão, ele convidou-os para o café da manhã e demonstrou simpatia. A primeira impressão que Norma lhe causou era a de que estava tomando algum tipo de anabolizante, pois estava com o corpo modificado. Também vestia roupas muito diferentes da que estava acostumada a presenciar; saia muito curta, saltos bastante altos, etc.

Ao conversarem com ela para que fosse embora, Norma disse que não poderia porque estava devendo prestações de aparelhos eletroeletrônicos e roupas que foram comprados para ela. Quando foi questionada pelas razões porque foi parar naquele lugar, ela afirmou que teria ido trabalhar. Até que mais adiante, no decurso da conversa, declarou ter vontade de ir embora, mas teria primeiro que pagar suas dívidas.

Esta situação exemplifica o modo como a prisão constitui muito mais uma situação subjetiva do que uma ameaça externa. Não havia nenhuma segurança naquela boate, não havia ninguém vigiando as moços que ali estavam para que não fugissem, no entanto, o sentimento de dívida para com o Alemão mantinha Norma numa condição de intensa hesitação. A manipulação da dependência parece ser a única forma de cerceamento que ele utilizava. Assumindo a responsabilidade por tudo ele impedia-as de terem atitude própria ou de se desprenderem dele sem dar satisfações.

Pelo que pode ser inferido do relato, o agenciador não era uma pessoa ameaçadora, mas, pelo contrário, paternal e acolhedor. Utilizava de um jogo de sedução para mantê-las sob controle e a dependência, inclusive pelo fato de fazer dívidas para elas pagarem, para mantê-las impossibilitadas de simplesmente se afastarem.

É, mais eu acho que, também, ali dependia tudo dele. Porque lá não tem um bar, uma farmácia, um telefone, não tem nada. Tudo é na cidade vizinha, se elas queriam ir para cidade comprar alguma coisa, ele mandava o motorista levar, então, eu acho que fugir ali tinha que

ser por meio de uma pessoa conhecida que fosse ali, porque os caminhoneiros não iam para ali, naqueles matos, não iam.

Além dos fatores subjetivos indicados, a condição de isolamento impedia qualquer estratégia de fuga que ignorasse a negociação, portanto, apesar de pouco visíveis, a recolha e a coação estavam presentes o tempo todo na condição de Norma, porém a materialidade da constrição e do engodo ficavam difíceis de serem provadas isentando-se de culpa os envolvidos, que estavam encobertos por um aparente consentimento.

A interiorização dos mecanismos de coação experimentados por Norma como um cárcere subjetivo apresenta grande significação no que se refere ao processo de readaptação às atividades que realizava anteriormente. Assim que retornou definitivamente para a casa de sua mãe, isolou-se por completo do contato com outras pessoas, passava a maior parte do tempo fechada em seu quarto. Tornou-se mais hostil e agressiva com sua mãe e seu irmão, impedindo-os, inclusive, de manipularem os aparelhos de TV e som.

Em termos gerais, sua atitude parece repetir a condição a que esteve exposta por tanto tempo: isolado em seu quarto sob a coação do olhar que a vigia só pode exercer alguma autonomia por meio da posse dos objetos que lhe serviram de aspiração. Foram precisamente eletro-eletrônicos como estes, os quais não conseguiu trazer pois teve que fugir, que justificaram sua dependência e minaram suas resistências subjetivas.

Agora, como uma extensão do que foi vivido, é a posse deles que permite a readaptação, no entanto esses elementos afetivos não estão sendo elaborados, essa jovem permanece vulnerável e à mercê da situação que foi gerada, estando submetida ao silêncio compulsório, pois não houve qualquer tipo de responsabilização imposta aos responsáveis, uma vez que do ponto de vista jurídico todo esse fenômeno está caracterizado como um caso de desaparecimento que foi solucionado com o retorno da pessoa ao antigo lar.

Considerações Finais

Nossa pesquisa empírica sobre o fenômeno do tráfico de mulheres, crianças e adolescentes para fins de exploração sexual na região sudeste permitiu o acesso a muitos aspectos extremamente

relevantes acerca de desdobramentos menos evidentes do fenômeno, principalmente ao considerarmos a forma de se processar em regiões metropolitanas diversificadas socio-culturalmente como o são Rio de Janeiro e São Paulo.

A caracterização desse fenômeno é complexa e vai se dificultando devido à constituição de uma rede de facilitação que se baseia no suposto consentimento da vítima, no entanto uma abordagem que toma a pessoa envolvida apenas em seu aspecto de vítima também é limitador e dificulta o entendimento e enfrentamento de seu processo.

Ao considerar essas perspectivas poderíamos afirmar que nossa pesquisa permitiu superar alguns desses aspectos, com isso o tráfico de pessoas para exploração sexual comercial passa a ser um fenômeno com mais visibilidade, com possibilidades de maiores explicações.

Procuramos superar as dificuldades decorrentes da complexidade, com uma análise dos dados levantados, sendo que os mais significativos foram aqueles que surgiram a partir de nossas intervenções junto a organizações não-governamentais e junto ao estudo de caso realizado, estamos convictos que os resultados obtidos podem respaldar as diretrizes de enfrentamento.

Procuramos nos focar na ação do traficante, interpretando suas estratégias de violência física e psicológica, de coação, indução e força de coerção, pois essa ação ilícita possui aspectos afetivos que são relevantes, sobretudo para a responsabilização da ação delituosa, atualmente encoberta em outras formas de delito.

O que mais nos chamou atenção, foi a ligação pura e direta com aspectos estigmatizantes da prostituição, ou seja, o delito é reforçado pelo preconceito e moralismo e o resultado é uma escassez de dados específicos, os quais contribuem para legitimar uma concepção deturpada dos elementos que estão verdadeiramente implicados no fenômeno.

As dificuldades e limitações objetivas, principalmente, quanto ao acesso aos aspectos jurídicos, bem como às demais sutilezas do problema, podem apontar para um tipo de enfrentamento possível, e o mesmo precisa ter a visibilidade do problema e o rompimento do silêncio como pontos de partida.

Trata-se de divulgar as informações e reflexões levantadas pela pesquisa, para que a sociedade note a importância de potencializar-

mos uma rede de proteção que venha fazer frente à rede de favorecimento e facilitação atualmente constituída.

Cabe reconhecer as dificuldades da abordagem e compreensão do fenômeno e apoiar-se nas possibilidades que seu reconhecimento proporciona, evitando-se tanto o imobilismo como o ativismo desorientado.

Esta rede de proteção poderá ser potencializada, ao partir-se de uma capacitação de agentes multiplicadores, aptos a protagonizar práticas adequadas ao enfrentamento desta modalidade de tráfico.

O empenho em promover essas ações em nossa região, também se faz necessário por estarmos trabalhando com a hipótese de que o enfrentamento da questão em São Paulo potencializa ações de enfrentamento a serem realizadas nas demais regiões do país, sobretudo devido à sua estrutura privilegiada de maior centro econômico do país, que além de integrar uma rota facilitadora que dá vazão ao tráfico internacional, também reúne condições favoráveis a outros delitos que se relacionam com a exploração sexual, principalmente por se constituir como um polo consumidor extremamente atrativo ao tráfico que se pratica dentro das fronteiras de nosso país.

Ao realçarmos a complexidade do fenômeno, também lançamos um questionamento em relação à forma mais adequada de abordagem do problema, indo além dos aspectos de visibilidade e de enfrentamento e propondo a formulação de políticas públicas menos estigmatizantes e negligentes.

Também notamos em nossa pesquisa uma acentuada dificuldade de precisar o fenômeno do tráfico devido, não apenas à complexidade do objeto, mas, principalmente, a inacessibilidade dos dados os quais superam até o seu encobrimento sob a forma de outros delitos.

Nesse sentido, a implementação de políticas públicas deve considerar também a qualificação dos mecanismos de notificação de delitos e a interface do tráfico com questões sociais mais amplas.

Em última instância, caberia ao gestor não restringir as ações possíveis somente à intervenção no campo jurídico, mas também investir em outras ações que possibilitem abordar aspectos qualitativos do fenômeno.

La dimensión política de la responsabilidad penal de los adolescentes en América Latina: notas para la construcción de una modesta utopía

*Emilio García Méndez**

La experiencia directa no había funcionado: tenía que resignarme a la erudición. Así va el mundo: la cosa parece próxima, inmediata, pero hay que dar un rodeo largo para llegar a rozarla, siquiera fugazmente, con la yema de los dedos. Nada de lo que nos interesa verdaderamente nos es directamente accesible [...]. El pasado más remoto, la puesta de sol que estamos viendo o la naturaleza exacta de la punta de nuestra lengua, sólo tienen algún sentido o por lo menos alguna descripción plausible en algún capítulo o en algún volumen de una interminable biblioteca. Atrincherarse en lo empírico no aumenta el conocimiento, sino la ignorancia.

“El río sin orillas”. JUAN JOSÉ SAER

1. Infancia, violencia y mediación: perspectivas de análisis

La violencia y la inseguridad urbana atribuida a los jóvenes¹ aparecen como un problema central de nuestro tiempo. No existe encuesta de opinión en que la cuestión no surja como preocupación so-

* Profesor asociado de criminología, Facultad de Psicología, Universidad de Buenos Aires.

¹ No ignoro el carácter problemático que encierra el concepto de juventud, ambiguo, elástico e indefinido como pocos. En este contexto, por un lado recojo la expresión “juventud” dado su uso intenso y popularizado; por el otro, sin embargo, aclaro que la utilizo aquí como sinónimo de adolescencia, definida jurídicamente por las nuevas leyes latinoamericanas de responsabilidad penal, de los 12 o 14 años hasta los 18 años incompletos. Sobre la importante pero casi desconocida diferencia entre el derecho penal juvenil de matriz europea y el derecho de responsabilidad penal de los adolescentes de matriz latinoamericana, remito a un excelente trabajo de Miguel Cillero (2001) aún inédito.

cial prioritaria², sólo relegado, a veces, a un segundo lugar por el tema de la falta de empleo. Un problema diverso lo constituye la correspondencia o no de dicha percepción social con la realidad. Ello ocurre, en buena medida, porque allí donde imperan leyes de menores pseudo-tutelares basadas en la doctrina de la situación irregular³ que no distinguen las infracciones a la ley penal en sentido estricto, de otros comportamientos sociales, es la propia ley la que se constituye en la causa más significativa de la indeterminación cuantitativa del problema.

Pero en vez de convertir a la indeterminación cuantitativa en un problema prioritario a resolver (recuérdese, que muchos países de la región desconocen hasta el número de los menores de edad privados de libertad), con frecuencia la ignorancia o la mala fe acaban inventando su propia dimensión cuantitativa. Precisamente es de este modo que el tema se configura como una sucesión de paradojas, que comienza con una alta alarma social pero de dimensión y contornos indefinidos.

En consecuencia de su importancia (real o construida, lo que a veces resulta indiferente, ya que como lo definiera el sociólogo americano -W. I. Thomas- es suficiente que un problema sea definido como real para que sus consecuencias sean reales), el tema se ha convertido en objeto de estudio y preocupación desde ámbitos y perspectivas diversas.

Para comenzar, los medios de comunicación -con diferentes niveles de ligereza y superficialidad- lo han incorporado definitivamente a su elenco estable de temas tratados. Aquí, sin embargo, su "estatus" oscila entre las páginas policiales y las secciones de hechos cotidianos; jamás un vínculo con los problemas grandes de la política y la democracia.

La academia, por su parte, muy poco se ha ocupado de estas cuestiones, y cuando alguna vez lo hizo, fue oscilando entre los tradicio-

² Resulta por lo menos curioso la ausencia de encuestas de opinión sobre este tema en las que, específicamente, sean consultados los propios adolescentes. La oficina de Unicef para Argentina, Chile y Uruguay, prepara una encuesta específica para ser desarrollada (con adolescentes), interpretada y discutida durante el año 2001.

³ Sobre la doctrina de la "situación irregular", soporte ideológico de las prácticas pseudo tutelares discrecionales en relación con la infancia pobre (los "menores") cfr. García Méndez, E. (1998, en especial pp. 57-70).

nales enfoques psicologistas y ontológicos, que poco o nada contribuyen al conocimiento real del tema, y los “novedosos” enfoques socioeconómicos, para los cuales la pobreza constituye una clave universal, no sólo de explicación, sino además de legitimidad de la inacción. El “alibi estructural” para explicar el fenómeno, y de paso reiterar la imposibilidad o inutilidad de cualquier intervención que se mueva contra los condicionantes materiales y la inercia de las cosas. Por último, un tercer enfoque parece surgir de aquellos que poseen como común denominador algún tipo de interés corporativo inmediato en el tema. En este caso, la visión predominante parece concentrarse tanto en la ignorancia activa del marco jurídico-institucional como en la propuesta exclusiva y excluyente de políticas y programas de prevención general, lo que muchas veces constituye un eufemismo para solicitar por vía indirecta un aumento de los recursos -forma nada sutil de aumento del poder burocrático- para el “combate” del problema.

Para decirlo en otras palabras, desde un punto de vista epistemológico, la reacción social en general y la respuesta jurídico-institucional, en particular al problema de la violencia juvenil y la inseguridad urbana, no logran constituirse ni en noticia ni en hipótesis de estudio, ni mucho menos en motivo de reflexión política sobre el carácter absolutamente inapropiado del marco jurídico o el funcionamiento deplorable de muchas instituciones.

El presente análisis, modesto y exploratorio, pretende considerar el tema desde una perspectiva diversa. Desde el punto de vista epistemológico, un fuerte énfasis en un enfoque que podríamos denominar social-constructivista, y para el cual la realidad no es un dato dado, sino el resultado de una construcción social, sustituye de plano a un enfoque ontológico (psicologista o sociologista) para el cual las respuestas jurídicas o institucionales a la “delincuencia juvenil” son un dato menor o ignorable, comparadas, por ejemplo, con las pulsiones de los jóvenes o su ubicación en la escala social.

Para el presente análisis, dos premisas resultan centrales: *a*) la necesidad de incluir todas las reacciones y respuestas al fenómeno, como un elemento co-constitutivo del mismo, y *b*) la necesidad de considerar con un cierto detenimiento el tipo de vínculo de este tema con algunos problemas mayores de la política y la democracia.

Si el primer punto se refiere a la perspectiva epistemológica adoptada, el segundo se vincula a la posibilidad de, a través del es-

tudio específico de este tema, explorar ulteriormente el vínculo entre infancia y democracia.

Se entiende aquí que el concepto de infancia en el sentido de la Convención Internacional de los Derechos del Niño (CIDN) incluye a todos los seres humanos que no han alcanzado los 18 años. En América Latina y a varios efectos además de la responsabilidad penal, (trabajo, participación, salud sexual y reproductiva) las nuevas legislaciones recogen una diferencia, que el sentido común y la psicología evolutiva hace tiempo reconocen; esto es, la distinción entre niños (en general hasta los 12 o 14 años) y adolescentes hasta los 18 años incompletos. Es obvio que el tema de la violencia juvenil y la inseguridad urbana involucra de hecho, y en este caso también de derecho, casi exclusivamente a la categoría de los adolescentes⁴.

Un aspecto ulterior poco o nada abordado y que sólo pretendo mencionar rápidamente aquí, por su impacto indirecto sobre el tema central que nos ocupa, se refiere al problema de las formas de participación de los niños y los adolescentes, o lo que es lo mismo desde otra perspectiva, a las formas de mediación por parte de los adultos. Antes que nada es necesario decir, que la mediación no es un problema exclusivo de la infancia. En todo movimiento político o social, existen formas diversas de mediación (piénsese, por ejemplo, en la actividad de los políticos profesionales o de los miembros a tiempo completo de organismos no gubernamentales). Tal vez, lo realmente típico de la mediación, en el caso de los diversos tipos de movimientos por la infancia, se deje sintetizar en dos puntos centrales: *a*) la mediación se realiza prácticamente en forma exclusiva por una categoría social diversa (los adultos) a la categoría social representada (niños y adolescentes), y *b*) los riesgos de manipulación, sobre todo tratándose de niños de corta edad, son, de hecho, enormes⁵. Tanto es así, que una parte de los movimientos de participación infantil, diri-

⁴ De hecho las infracciones graves a la ley penal cometidas por menores de 14 años resultan irrelevantes desde el punto de vista estadístico. De derecho, los sistemas de responsabilidad penal de adolescentes vigentes en América Latina, excluyen de sus disposiciones a la categoría de los niños.

⁵ Para un análisis bastante detallado de los distintos tipos de participación de niños y adolescentes, cfr. el trabajo de R. Hart (1993). Llama la atención, sin embargo, un fuerte sesgo ideológico, presente en el trabajo de Roger Hart aquí citado, así como en buena parte de la literatura anglosajona de este tipo, que impide incluir, a pesar de las sobradas evidencias, a los "Movimientos de Niños Trabajadores", entre las formas de mediación ilegítima y manipulación de la participación infantil.

gidos supuestamente a superar el problema de la mediación, han concluido en groseras formas de manipulación, y por ende en una ulterior banalización de la participación infantil. La tan declamada -por algunos adultos- “autonomía” de los movimientos de niños trabajadores constituye, tal vez, la más patética de las evidencias.

En todo caso, lo mínimo que puede concluirse es que el tema de la mediación-participación no puede tratarse, ni mucho menos resolverse, en forma rápida o superficial. Por todo lo anterior, en el caso de los niños y los adolescentes, me parece necesario distinguir entre formas legítimas e ilegítimas de mediación por parte de los adultos.

Una mediación legítima es aquella que desde el comienzo se asume como tal y reconoce, al mismo tiempo, una serie de riesgos y problemas que la misma conlleva. *En una mediación legítima, los adultos hablan como adultos y los niños como niños*, procurando interpelar a todos los niños, sin olvidar la complejidad que encierra su condición de categoría universal y al mismo tiempo heterogénea. *Una mediación legítima procura descubrir la heterogeneidad de las voces del niño y el adolescente común.*

Por su parte, todas las formas ilegítimas de mediación poseen un rasgo característico inconfundible que permite su inmediata detección, e *independientemente de su contenido, los niños hablan como adultos y los adultos como niños*. La mediación ilegítima interpela selectivamente y con un marcado sesgo ideológico a determinadas categorías de niños (de la calle, trabajadores, etc.). De este modo interpelados, las respuestas de los niños coinciden casi totalmente con las propuestas de los ideólogos adultos. Parecería que entre los niños agrupados por categorías específicas desaparecieran totalmente las posibilidades de diversidad y heterogeneidad.

Pero las dificultades no pueden ni deben traducirse en inacción. De hecho, la experiencia demuestra que es posible fomentar formas legítimas (aunque no sean vistosas ni mucho menos heroicas) de expresión de ideas y opiniones privilegiando al niño y al adolescente común en sus ámbitos naturales (escuela y familia) y no sesgando el análisis, exclusivamente a ciertas categorías “patológicas” de la infancia. Una estrategia como ésta puede contribuir, en el riquísimo y aún poco explorado dispositivo de autonomía progresiva contenido en los arts. 5º y 12 de la CIDN, en forma decisiva no sólo a incorporar legítimamente a los adolescentes y a los niños al debate sobre

violencia juvenil y seguridad urbana, sino también a enriquecer el contenido del vínculo entre infancia y democracia⁶. En otras palabras, a profundizar el estudio del vínculo entre política e infancia.

Para esto último resulta necesario, entre otras cosas, dejar un poco más claro, por lo menos en este contexto, el contenido de ambas cuestiones. De este modo, si a grandes rasgos el contenido de la cuestión de la democracia se refiere fundamentalmente al manejo de la cosa pública y al tipo de relación entre estado y sociedad, el contenido de la cuestión de la infancia se refiere especialmente a las relaciones de la misma con el estado y los adultos.

2. Infancia y política: una preocupante asimetría

Parece importante hacer explícito que la perspectiva epistemológica adoptada constituye también (y sobre todo) una reacción a una preocupante asimetría entre infancia (o familia) y democracia (o política). Asimetría que se configura por el hecho de que mientras a cualquier análisis serio sobre la cuestión de la infancia le resulta hoy imposible ignorar una reflexión sobre los aspectos más relevantes de la política y la democracia⁷, son realmente muy escasos los análisis políticos que incluyen, aunque sea tangencialmente, alguna reflexión digna de mención sobre la cuestión de la familia en general y de la infancia en particular⁸.

Llegados a este punto es necesario decir algo más sobre el carácter preocupante de la asimetría apuntada.

Aunque en sus orígenes familia y democracia son términos anti-téticos, varios son los análisis, y desde distintas perspectivas, que

⁶ La Oficina Regional de Unicef para América Latina y el Caribe ha realizado durante los años 1999 y 2000 una encuesta pionera, desde el punto de vista cualitativo y cuantitativo, sobre la voz de los niños en América Latina, España y Portugal. La encuesta entrevistó a 11.655 niños de 9 a 18 años en 17 países. Con todos los inconvenientes conceptuales y técnicos que un estudio pionero puede tener, el mismo posee la extraordinaria virtud de interpelar al niño y al adolescente común. Cfr. "Encuesta de opinión. La voz de los niños, niñas y adolescentes de Iberoamérica", Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno, Panamá 2000.

⁷ La más aguda de las reflexiones sobre el vínculo entre infancia y democracia, desde la perspectiva de los derechos de la infancia, la constituye el trabajo de Baratta, Alessandro (1999, pp. 31-57).

⁸ Cfr. el interesante artículo de Beck Ulrich (1998, pp. 65-83) sobre la democratización de las relaciones familiares en la sociedad actual.

coinciden en señalar un largo proceso histórico de democratización de las relaciones familiares.

Las reflexiones, fragmentarias e inconclusas, aunque no por ello menos extraordinariamente ricas de Hannah Arendt (1997), sobre la política constituyen un punto de partida imprescindible para esta exploración. Si por un lado, resulta más o menos obvio que la comprensión de la cuestión de la infancia resulta ininteligible aislada de la cuestión de la familia, debemos a esta autora el desarrollo de una línea de investigación según la cual el sentido de la política está indisolublemente ligado a la cuestión de la libertad, o lo que es lo mismo hoy, a la cuestión de la democracia. En esta línea de pensamiento, política y libertad no sólo son conciliables, sino que el sentido de la política sólo puede ser la libertad (H. Arendt, 1997, pp. 61-66).

¿Pero dónde está el nexo entre infancia y política? Una parte de la respuesta parece ser de carácter histórico. Si durante el siglo XIX la cuestión de la democracia debió confrontarse con el problema de la esclavitud, y durante las primeras décadas del siglo XX con la cuestión de la participación (igualdad) política de la mujer; en los comienzos del siglo XXI, la cuestión de la democracia parece vincularse, también, aunque en forma no evidente, al tema de los derechos de la infancia. En realidad se trata del -confuso- proceso de irrupción de otra categoría social que ha venido a reclamar alguna de las tantas promesas incumplidas de la modernidad.

Pero volvamos a la raíz del nexo entre infancia y política. Para intentar responder esta pregunta, es necesario abordar críticamente el problema de la igualdad entre los seres humanos. Otra vez Hannah Arendt resulta imprescindible⁹.

⁹ La profusión de citas de Hannah Arendt en esta parte del trabajo, obligan a traer a la memoria una serie de intervenciones, por otra parte poco conocidas de esta autora contra la participación de los niños en la política. Más concretamente, dichas intervenciones fueron hechas a fines de los años 50, con ocasión de la movilización de escolares negros contra las políticas educativas de segregación racial. Estas intervenciones deben ser contextualizadas. Es bastante probable que a fines de la década de los 50 todavía estuviera muy fresco en la memoria de Hannah Arendt, el proceso de protagonismo juvenil (tal vez el mayor de la historia) de las juventudes hitlerianas. Esta situación confirma, con mayor razón, la necesidad de insistir en el vínculo irrenunciable de la participación infantil con un contexto político democrático. La interesante referencia sobre estos escritos (1959) está contenida en uno de los mejores análisis sociológicos sobre los movimientos de derechos de la infancia en América Latina realizado por Francisco Pilotti (2000). Parece importante aclarar que el trabajo de Pilotti, sin embargo, aborda el tema desde la perspectiva que en este contexto denominamos interna.

Los hombres no son iguales por naturaleza, necesitan de una institución política para llegar a serlo: la ley. Sólo el acto político puede generar igualdad¹⁰. Tal vez en este contexto puede entenderse mejor la dirección y el sentido del proceso, no exento de paradojas, de democratización de la familia. El mundo de la familia, es decir el mundo de las mujeres, los niños y los otros hombres, sujetos a la autoridad del *pater familiae*, es un mundo de violencia y opresión. Th. Mommsen el gran historiador del derecho romano tradujo sin más el concepto de familia con la voz servidumbre (H. Arendt, 1997, pp. 113-114). La paradoja radica aquí en que vivir sin violencia privada exigió el fortalecimiento de la violencia pública; la violencia del estado (p.96). En esta línea de análisis la alienación no aparece como en Marx en el estado (que habría que abolir), sino en la vida privada¹¹. H. Arendt lo dice sin rodeos cuando afirma que la utopía marxiana de una sociedad sin estado, más que una utopía es una amenaza escalofriante (p. 98). Desde esta perspectiva, lo político empieza donde acaba el mundo de las necesidades materiales y la violencia física (p. 71). Provisoriamente podemos concluir aquí que ignorar el análisis del vínculo entre familia y democracia sólo puede resultar en un notable empobrecimiento de la comprensión, tanto de la cuestión de la infancia como de la cuestión de la política, que hoy no es otra, en esencia, que la cuestión de la democracia.

Llama poderosamente la atención que un tema como el de la violencia juvenil y la inseguridad urbana que ocupa un lugar tan alto en la escala de preocupaciones sociales (mercidamente o no, pero ese ya hemos dicho que es otro problema) haya recibido hasta ahora una atención política e intelectual tan escasa y marginal. Tal vez, otra consecuencia colateral negativa de la asimetría señalada.

El presente análisis no pretende en absoluto sustituir sino complementar y enriquecer otros análisis específicos, jurídicos y pedagógicos, sobre el tema de la responsabilidad penal juvenil a los que, en este punto, me permito remitir al lector¹².

¹⁰ Sobre este punto específico confróntese la introducción de Fina Birules (p. 22) al texto de Hannah Arendt (1999), arriba citado.

¹¹ Un desarrollo exhaustivo de esta idea se encuentra en D'Arcais, P. Flores (1996).

¹² Cfr. Beloff, M. (1999); Cillero, M. (2000); García Méndez, E. (1998); Gomes da Costa, A. C. (1999).

Este breve trabajo sobre la dimensión política de la responsabilidad penal de los adolescentes constituye, en buena medida, un análisis crítico de las diversas resistencias a la implantación de un modelo de justicia -como oposición al modelo de la compasión-represión, propio de los sistemas pseudo tutelares inspirados en la doctrina de la situación irregular, en la relación del estado y los adultos con la infancia. El estudio de la dimensión política de este problema constituye, en definitiva, una buena oportunidad, tanto para reflexionar sobre un motivo importante de malestar social contemporáneo (la inseguridad) como para entender algunas cuestiones de importancia sobre la infancia y la democracia en el contexto latinoamericano.

3. Infancia y derechos: entre el reduccionismo y la banalización

Si los problemas de la violencia juvenil y la inseguridad urbana aparecen en forma evidente como centrales, el tema de sus respuestas aparece como doblemente emblemático, tanto porque dice mucho sobre la sociedad que las genera como porque a través de este tema se debaten hoy -aunque sea implícitamente- buena parte del resto de las cuestiones vinculadas con la infancia y la adolescencia, y con la propia democracia.

La formulación de una responsabilidad penal específica¹³ de los adolescentes, en un contexto en que la violencia y la inseguridad urbana atribuida a los jóvenes adquiere una importancia social considerable, constituye un tema tan nuevo como polémico.

Luego de más de 70 años de predominio absoluto (1919-1990) de un modelo discrecional pseudo protector que trataba en forma indiferenciada al sujeto activo y al sujeto pasivo de la violencia, el proceso de adecuación de la legislación nacional a la CIDN, que en América Latina comenzó en el Brasil en 1990, inaugura una nueva etapa; que si en el plano de las relaciones de los menores de edad en general con el estado y los adultos es el modelo de la autonomía progresiva, en el plano del control social es el modelo de la responsabilidad penal de los adolescentes.

¹³ Sobre la especificidad de la responsabilidad penal de los adolescentes remito otra vez al trabajo de Cillero, Miguel (2001).

A partir de la aprobación del “*Estatuto da Criança e do Adolescente*” (ECA) en Brasil en 1990, todas las nuevas legislaciones latinoamericanas han contemplado (con mayor o menor refinamiento técnico) la creación de un modelo jurídico institucional de responsabilidad penal aplicable a los adolescentes (de los 12 o 14 años hasta los 18 años incompletos). La base jurídica inmediata y directa de este modelo han sido los art. 37 y 40 de la CIDN. El contenido esencial de esta transformación se deja explicar en pocas y simples palabras. Los adolescentes dejan de ser responsables penalmente por lo que son (recuérdese que la dimensión penal de la responsabilidad debe medirse por las consecuencias reales que genera y no por el mero discurso declarado) para comenzar a serlo únicamente por lo que hacen y eso sólo cuando este hacer implica una infracción a normas penales. Este proceso ha sido y es extremadamente difícil y complejo. Pocas transformaciones jurídicas han enfrentado y enfrentan tantas resistencias. Una prueba (de tantas) de las dificultades para la implantación de los modelos de responsabilidad penal de los adolescentes en América Latina se manifiesta, sobre todo, en el variado signo ideológico de las resistencias que genera, aunque, y es muy importante reconocerlo, buena parte de ellas con un fuerte predominio de posiciones corporativistas. Este tipo de resistencias demuestra, tanto el carácter arraigado de la cultura de la compasión-represión como que el corporativismo, es decir la tendencia a anteponer los intereses sectoriales a cualquier otra preocupación de bien común, está “democráticamente” distribuido en todo el espectro ideológico de las instituciones y los movimientos sociales.

En América Latina, como ya se ha dicho, la primera transformación de una ley de menores, inscrita en el modelo de la situación irregular, para adecuarla a la CIDN, fue el ECA de Brasil, aprobado en julio de 1990 y puesto en vigor tres meses después, en octubre del mismo año. A partir de ese momento se iniciaron, en casi todos los países de la región, en cada caso con sus propias peculiaridades y ritmos, procesos de reforma de las leyes para la infancia. Conviene recordar que en buena parte de los países de la región este proceso coincidió, o se superpuso con los impulsos posdictatoriales todavía vigentes, de redemocratización política y social.

Varios análisis, algunos de ellos verdaderamente ricos en detalles y profundidad analítica, se han escrito (en general por sus propios protagonistas) sobre un proceso participativo y democrático como

pocos en América Latina¹⁴. El proceso de construcción democrática y participativa de una nueva legislación para la infancia, en general, de buena calidad técnica, no sólo constituyó una ruptura inédita en relación con el carácter casi clandestino de producción de todas las leyes de menores (por otra parte pésimas técnicamente), sino que esta ruptura en la forma de producir la ley vale también en relación a toda la producción legislativa en general.

Para muchos países de la región -y aquí sin duda Guatemala constituye el más claro de los ejemplos- la ley de adecuación de la normativa nacional a la CIDN, constituyó una de las primeras leyes de producción democrática en su historia de país independiente¹⁵. Siendo así, llama aún más la atención, que un proceso inédito, inmerso en los esfuerzos globales de reconstrucción democrática de la región, no haya interesado ni a los (escasos) juristas críticos, ni a sociólogos o científicos políticos preocupados por las vicisitudes de la democracia, aunque ajenos a los movimientos de lucha por los derechos de la infancia. Resulta curioso y exige algún tipo de explicación que, a diferencia de los movimientos ecologistas y de las mujeres (para dar sólo dos ejemplos), las transformaciones culturales y normativas de las relaciones de la infancia con los adultos y con el estado, primero en el Brasil y luego en el resto de América Latina, no cuenten ni con una historia ni con reflexiones teóricas consistentes producidas desde un punto de vista que podría denominarse externo.

¹⁴ Un ejemplo altamente representativo de esta tendencia lo constituyen algunos trabajos, ya clásicos, de Seda, E. (1992) y Gomes da Costa, A. C. (1992).

¹⁵ El nivel de movilización político-social que generó el proceso de debate y finalmente de aprobación del "Código de la Infancia y la Adolescencia" entre 1991 y 1996 no tiene precedentes en la región, y muy especialmente en la propia Guatemala. Medido por su impacto en los medios de comunicación, especialmente en la prensa escrita, este proceso no difiere en esencia de cualquier otro debate político de importancia acontecido en el país en los últimos años. En términos de participación social y debate público, el Código de Guatemala, primero aprobado por unanimidad en el parlamento en 1996, aplazada varias veces su entrada en vigencia por un año, hasta que en marzo de 1999 se votó su aplazamiento *sine die*, constituye una de las primeras leyes verdaderamente democráticas de Guatemala como nación independiente. Este proceso, que yo sepa, no ha generado ni un solo estudio digno de mención por parte de la sociología o la ciencia política, especialmente desde el punto de vista que aquí denominamos externo. Existen, sin embargo, una cantidad considerable de riquísimos análisis producidos por miembros del propio movimiento guatemalteco de lucha por los derechos de la infancia. Para un ejemplo representativo de lo que aquí menciono, me permito remitir al lector al trabajo de de Tobar, A. R., y Barrientos de Estrada, M. (1999).

El análisis de la dimensión política, de la inseguridad urbana y la violencia juvenil, así como de una de sus respuestas (la implantación de un modelo de responsabilidad penal para los adolescentes) constituye en este contexto tanto una forma de tender vínculos con otras áreas del saber como una muy modesta contribución a revertir la ya señalada asimetría entre infancia y democracia.

No parece serio ni razonable atribuir el aislamiento que caracteriza a la cuestión de la infancia y sus derechos en general, y al tema de la responsabilidad penal de los adolescentes en particular, a una conspiración de la política o de disciplinas tales como la sociología o la ciencia política. Este razonamiento, sin embargo, me parece que difícilmente pueda extenderse al campo del derecho y muy en especial del derecho penal. La ausencia o incluso el franco rechazo de penalistas y criminólogos, que, por otra parte, se perciben como progresistas y democráticos, a sostener posiciones garantistas en el plano penal tratándose de “menores”, merece un estudio más profundo que espera todavía por su autor¹⁶. En todo caso, y volviendo al punto anterior, es posible que buena parte de este aislamiento resulte de alguna forma autoimpuesto. En esta línea de raciocinio, reduccionismo y banalización resultan conceptos claves para ensayar una explicación.

Es posible que una visión reduccionista, que niega a la infancia la especificidad que le otorga la CIDN en su art. 1° (el niño entendido como todo ser humano hasta los 18 años incompletos), constituya un primer elemento para entender la falta de interés *externo*. Así, los niños, si pobres resultan objeto prioritario de preocupación desde el ángulo de la caridad, si no pobres objetos de estudio de la pedagogía, la pediatría, la psicología, etc. En todo caso, el proceso de reconstrucción de la categoría infancia-adolescencia como sujetos de derecho no parece todavía hacerse acreedor del interés de disciplinas “mayores” como la sociología y la ciencia política. Resulta difícil no trazar algún paralelismo entre esta dicotomía y la dicotomía presente en el siglo XIX, entre el objeto de la sociología (las socieda-

¹⁶ Dos excepciones a esta regla que merecen destacarse la constituyen los trabajos del Luigi Ferrajoli (Italia) y Juan Bustos (Chile). Excluyo de esta consideración a aquellos penalistas o criminólogos, como es el caso, por ejemplo, de A. Baratta, que hace tiempo se han colocado en un punto de vista explícitamente interno respecto del movimiento de lucha por los derechos de la infancia en América latina.

des centrales) y el objeto de la antropología (como la sociología de las sociedades periféricas).

Esta falta de interés *externo* no se verifica, solamente, en relación con los niños, sino que se reitera, también, para el caso de los adolescentes. Cuando han infringido las leyes penales o han realizado comportamientos “antisociales” (ambos conceptos son intercambiables para las leyes pseudo-tutelares pre Convención) los adolescentes se convierten en objeto de una disputa más aparente que real. De un lado los que quieren tratarlos -discrecionalmente- como adultos, y del otro aquellos que quieren tratarlos -discrecionalmente- como menores incapaces. Llama poderosamente la atención la fuerte resistencia (progresista o conservadora) a atribuir responsabilidad específica (léase penal) a los adolescentes. Ello, sobre todo, porque dichas resistencias casi nunca se traducen en una negativa a infligir sufrimientos reales y en especial -con la excusa de la protección o la seguridad- a eliminar garantías procesales o de fondo en violación flagrante de derechos humanos nacional e internacionalmente reconocidos. La distinción real entre progresistas¹⁷ y conservadores parece referirse mucho más en este caso, al tipo e intensidad de los eufemismos utilizados para rechazar la atribución de responsabilidad penal de los adolescentes. Ya volveré sobre este punto, por el momento me limito a señalar que probablemente la negativa a atribuir responsabilidad a los adolescentes esté directamente vinculada con la necesidad de legitimar comportamientos discrecionales. Entre ambas posiciones todavía dominantes, no es difícil entender las dificultades por las que atraviesa la implantación de un sistema de responsabilidad penal de los adolescentes que parte por considerarlos, con igual intensidad,

¹⁷ Quisiera compartir con el lector un dilema que se me presentó durante la escritura de este texto. Confieso que en una primera redacción, utilicé —en este contexto— el término “progresista” entre comillas. Luego percibí que esta actitud podía constituir un gesto de intolerancia frente a aquellos que rechazando una responsabilidad penal de los adolescentes basada en la culpabilidad, se autoperciben con sinceridad y honestidad como progresistas. En todo caso, me parece importante trasladar este debate a otro plano y con otros términos. Tal vez este debate podría iniciarse con un interrogante que permita responder hasta que punto la defensa de algún tipo de discrecionalidad, como posición opuesta a un garantismo consecuente, es compatible con un pensamiento progresista en América latina.

Aclaro, sin embargo, que de ninguna manera extendiendo esta duda sobre el carácter progresista del pensamiento, a aquellos promotores, con cualquier excusa, del trabajo infantil. En este último caso, se trata lisa y llanamente de violaciones flagrantes a la CIDN que es necesario denunciar y erradicar.

como sujetos de derechos y de responsabilidades. No está de más recordar aquí las características autóctonas de este modelo en América Latina, punto en el que han insistido, con mucha razón, Mary Beloff¹⁸ y Miguel Cillero (2001), no sólo en el plano político de la movilización social, sino además en el plano técnico jurídico consecuentemente garantista. Se trata de un modelo diverso, no solo de la discrecionalidad pseudo-tutelar del menorismo tradicional, sino, además, del modelo de derecho penal juvenil pampedagógico europeo¹⁹.

En este contexto aparece, tal vez, más clara la intencionalidad y el sentido último del análisis aquí propuesto. Poner en evidencia y hacer inteligibles algunas resistencias a la implantación de una respuesta racional y razonable (los sistemas de responsabilidad penal de adolescentes) a una fuente fundamental de malestar social (la violencia juvenil y la inseguridad urbana) pretende contribuir, muy modestamente, y desde un ángulo específico al debate y la generación de propuestas para enfrentar la situación de crisis generalizada en la que estamos inmersos.

Pero el reduccionismo aquí apuntado no alcanza para explicar el escaso interés “externo” por las viscosidades del movimiento de lucha por los derechos de la infancia. Me parece importante explorar, aunque sea brevemente, algunos elementos que caracterizan el aislamiento de los estudios sobre (los derechos de) la infancia en general.

Los estudios sobre los derechos de la infancia en general, que es el contexto más amplio donde debe situarse el debate sobre la responsabilidad penal de los adolescentes, constituyen un universo tan nuevo como heterogéneo. Nuevo porque los trabajos más “antiguos” (casi en ningún caso) son anteriores al proceso de debate y construcción de la CIDN que comenzó en 1979. Heterogéneos por la enorme disparidad de perspectivas y calidad intelectual de los mismos. Sin embargo, en general, puede afirmarse, que predomina un nivel intelectual bajo en los estudios sobre (los derechos de) la infancia. Ya lo he dicho en otro lado,²⁰ y quisiera insistir otra vez aquí, en el hecho

¹⁸ Cfr. Beloff, M. (2000, en especial p.79).

¹⁹ Solo a modo de ejemplo, téngase en cuenta la sobrevivencia de la discrecionalidad tutelar con fines “pedagógicos” en el art. 7 de la nueva ley española de responsabilidad penal de los menores de edad, donde se contempla como variable de mucho peso para la determinación de la sentencia, la personalidad del adolescente.

²⁰ Cfr. García Méndez, E. (1998, pp. 167-181)

de que en los estudios sobre la infancia predomina un enfoque que podría denominarse pseudo antropológico o biográfico (en el sentido que alguien denominó irónicamente a las biografías, como vidas sin teoría).

Desde un punto de vista cuantitativo, la mayoría de los “estudios” sobre la infancia son “historias de vida” que omiten o desprecian el análisis de las normas e instituciones que generan esas “historias de vida”. De un análisis -en general superficial- de la estructura social se pasa, sin solución de continuidad, a una descripción ingenua de la vida cotidiana. La infinidad de estudios sobre “niños de la calle”, producidos en la década de los 80, constituyen una evidencia irrefutable de esa tendencia. Marcados por lo que aparentemente era percibido en la época como un fuerte compromiso social, dichos estudios jamás han permitido extraer una única conclusión razonable en materia de política social.

Pero la baja calidad intelectual de la producción teórica (por otra parte escasa) resulta un síntoma del aislamiento y no su causa. La pobreza de los estudios sobre la infancia se manifiesta en la banalización (progresista o conservadora) del tratamiento, incluso y sobre todo, de temas centrales en la preocupación social como la violencia juvenil y sus respuestas. Ya volveré sobre este punto, me interesa insistir ahora en algunos motivos que pueden explicar la banalización y consecuente aislamiento de la cuestión de la infancia.

4. La infancia como objeto de la protección discrecional progresista y conservadora

La vigencia por tantos años de una concepción jurídica aparentemente tutelar (aunque en realidad criminalizadora de la pobreza de unos y cómplice de la impunidad de otros) en relación con la infancia no se mantuvo ni por la fuerza, ni caprichosamente. Curiosamente, el derecho de menores y los sistemas de bienestar compasivo-represivo que el mismo generó, resultaron tan fáciles de aceptar para las “buenas” y “malas” conciencias, como difícil resulta hoy la implantación de sistemas de responsabilidad penal de los adolescentes basados en un modelo de justicia. Las dificultades en la implementación de estos modelos de responsabilidad penal en América Latina, no son sólo problemas técnicos de las políticas sociales, son también problemas medulares para la implantación de la democracia.

Una concepción jurídica tutelar como la que imperó por casi un siglo en la región debió su vigencia al predominio de dos ideas hegemónicas: la convicción sobre la incapacidad total de la infancia y las bondades intrínsecas de la acción discrecional. Aunque es obvio que existe un vínculo (no evidente) entre ambas ideas, me interesa aquí abordarlas por separado.

El tema de la incapacidad de la infancia no es nuevo ni original, la incapacidad ha sido históricamente un recurso recurrente para legitimar el dominio de hecho sobre sujetos débiles y vulnerables. ¿Cuánto tiempo tardaremos en descubrir que los disparates pasados sobre la incapacidad (inferioridad) de la mujer, en nada difieren de los disparates actuales sobre la incapacidad de la infancia? Dos aspectos resultan claves aquí para analizar críticamente el concepto de incapacidad de la infancia. El primero se refiere a la necesidad de una mayor precisión sobre el carácter transitorio y relativo (sólo por un cierto tiempo, sólo para algunas cosas) de la incapacidad de hecho de la (primera) infancia. Me parece posible afirmar, sin temor a equívoco, que particularmente en este momento del desarrollo tecnológico, el derecho hace mucho tiempo que ha dejado de verificar el tema de la incapacidad de hecho de la infancia. Buena parte de los argumentos sobre la incapacidad de la infancia constituyen, en la mejor de las hipótesis, un anacronismo jurídico. Es por eso, justamente, que el carácter justificado o no del paternalismo está estrechamente vinculado con el deber de protección²¹. Como puede observarse, el concepto de autonomía progresiva contenido, aunque todavía escasamente desarrollado, en los arts. 5º y 12 de la CIDN, resulta clave para mejor entender el carácter transitorio y relativo de incapacidad de la infancia. Lo que sucede es que, si es legítimo suplir una incapacidad básica cuando hay deber de protección (E. Garzón Valdés, 1998), en ningún caso resulta legítimo el ejercicio discrecional de ese deber. En este contexto, podría decirse que la discrecionalidad es al deber de protección lo que el autoritarismo (como la fuerza despojada de razones y argumentos) es a la autoridad.

La verdadera revolución cultural de la CIDN radica precisamente en el hecho de haber alterado sensiblemente el carácter del vínculo que históricamente ha imperado en la relación de los adultos y el estado con la infancia: la discrecionalidad absoluta amparada en la

²¹ Sobre la compleja relación entre paternalismo y protección cfr. el interesante trabajo de Camps, V. (1988, pp. 195-201).

idea de la incapacidad total. Esta revolución cultural es tal, precisamente, porque contradice la idea hegemónica relativa a las bondades intrínsecas de la discrecionalidad en el tratamiento de la infancia (así como antes lo fue de los esclavos y de las mujeres). Volvemos aquí, en forma más explícita, al nexo entre infancia y política.

Para los partidarios de una concepción tecnocrática de la política, la defensa del carácter hegemónico de la idea sobre la incapacidad plena de la infancia es mucho más importante de lo que pudiera imaginarse. Las diversas teorías -compasivas o represivas- sobre la incapacidad de la infancia son el último bastión de defensa y procura de legitimidad de un comportamiento discrecional en el relacionamiento entre seres humanos. Por el contrario, la atribución de responsabilidad contradice tanto la idea de la incapacidad como de sus respectivas respuestas discrecionales. También para la infancia y la adolescencia, de forma similar al caso de las mujeres, en la medida en que disminuyen las formas oficiales y “respetables” para confirmar su incapacidad, aumenta la evidencia de utilización de las vías de hecho como último recurso²².

Existe una idea arraigada en el pensamiento conservador o progresista en el sentido de que lo realmente condenable es el contenido de la discrecionalidad y no su mero ejercicio. La CIDN, al transformar en derechos (normas jurídicas) las necesidades de la infancia, no hace otra cosa que colocar límites y reducir sensiblemente la discrecionalidad para el ejercicio del deber de protección. De más está decir que allí donde no existe ni siquiera deber de protección, la “protección” supuestamente ejercida se constituye lisa y llanamente en una violación de derechos.

Es precisamente de la consideración positiva de la discrecionalidad de donde se deriva la fuente principal de banalización y aislamiento (dos caras de una misma moneda) de la cuestión de la infancia en América latina. Allí donde la buena voluntad puede suplir la necesidad de crítica y reflexión, no resulta necesario (ni posible) confrontarse con ideas del mundo “exterior”. Efectivamente, el aislamiento resulta, en buena medida, autoimpuesto.

²² Sobre este razonamiento que vincula el derecho de igualdad de las mujeres con el futuro de la democracia, cfr. el interesante trabajo de Anderson, P. (1996, pp.139-141).

Pero no sólo la discrecionalidad, también la banalización está “democráticamente” distribuida en un amplio espectro ideológico. Tanto es así que resulta posible identificar la existencia de una banalización progresista y una banalización conservadora de la cuestión de la infancia, responsable como se vio, tanto por la pobreza intelectual de los análisis como por el aislamiento en relación con otros temas y saberes.

Pero a pesar de las discrepancias ideológicas, ambas perspectivas tienen más puntos de contacto de lo que a primera vista pudiera imaginarse. Comencemos, sin embargo, por sus diferencias.

La banalización conservadora está más próxima a lo que podría denominarse un “sentido común” sobre la infancia. Desde esta óptica, la infancia se define exclusivamente a partir de la protección y no (como debería ser), la protección a partir de la infancia. Protección por parte de los adultos si se trata de “niños”, y protección por parte del estado si se trata de “menores”²³. Los niños siempre necesitan protección y si no necesitan protección no son niños, es el silogismo que mejor sintetiza la especificidad de este “sentido común”.

Para la banalización conservadora, poco o nada hay sobre que reflexionar. Hacer el “bien”, sustituye cualquier otra actividad. Si consideramos cuantos más perjuicios se han cometido contra la infancia en nombre del amor y la compasión que en nombre de la propia represión, entonces, no puede sorprendernos que la banalización conservadora se configure en realidad como una sucesión permanente de eufemismos. Para la banalización conservadora, el manejo discrecional de la cuestión de la infancia es una cuestión de fondo y no de forma. Desde esta perspectiva, el concepto de responsabilidad penal de los adolescentes no sólo carece de sentido, sino que además resulta una amenaza potencial para la “eficiencia” de las respuestas.

Sólo en algunas pocas vertientes, signadas por la demagogia coyuntural electoralista, este pensamiento aparece como directa y ex-

²³ Salvando las diferencias que en realidad son más de grado que de sustancia, la “protección” discrecional constituye un comportamiento que se expresa tanto en el plano individual como en el plano institucional. Hasta ahora, hemos insistido mucho en el análisis crítico del comportamiento discrecional de las instituciones (jueces, sistemas de bienestar, etc.) con los “menores” objeto de su protección. Tal vez, ha llegado la hora de abrir una línea de investigación más amplia en relación al comportamiento discrecional de los adultos con todos los niños. Sobre todo, porque este tipo de investigación (fundamental en sí misma) puede arrojar nuevas luces sobre las enormes dificultades que enfrentan todas las transformaciones jurídicas e institucionales en relación a la infancia.

plícitamente represivo, en condiciones normales su esencia es la hipocresía. Así, por un lado se denuncian los horrores de la baja de la edad de la imputabilidad, y por otro lado, se convive cómodamente con su sustancia con tal que adopte alguna denominación diferente: discernimiento, régimen penal especial para la minoridad, imputabilidad relativa, etcétera.

La banalización progresista no es menos interesante de ser analizada. En este contexto, el pensamiento que se autopercibe como progresista se define antes que nada en forma negativa: no a la baja de la edad de la imputabilidad, no a la responsabilidad penal de los adolescentes, posiciones ambas consideradas como equivalentes. En su visión extrema, y de forma similar al pensamiento conservador, la perspectiva progresista rechaza la universalidad del concepto de infancia. Si en la visión conservadora, el objeto único de preocupación (léase temor) son los “menores-abandonados-delincuentes”, en la versión progresista el objeto único de preocupación (léase posibilidades de movilización) es la infancia pobre, especialmente la trabajadora. Para este cambalache de Marx y de Piaget, los niños sujetos de derecho son una categoría burguesa que es necesario superar. Los niños (trabajadores) son un sujeto social que sólo se realiza como tal en el trabajo. Así esta perspectiva progresista, a la que poco o nada le interesa la condición jurídica de la infancia, traslada masivamente su razonamiento “social” al plano de la responsabilidad penal, pero para rechazarla. Un abolicionismo primitivo y difuso evade, en realidad, cualquier respuesta específica sobre este tema. No resulta exagerado afirmar que la discrecionalidad progresista se convierte en cómplice objetivo del *status quo*. A la discrecionalidad represiva del pensamiento conservador se le “opone” la discrecionalidad libertaria del pensamiento progresista. Pareciera que al servicio de una causa justa la discrecionalidad constituye un bien a preservar. Todo el drama de la democracia sintetizado en una breve oración.

Si desde la perspectiva conservadora, el modelo de la responsabilidad penal de los adolescentes conspira contra la eficacia del control social represivo, desde la perspectiva progresista, el mismo modelo conspira contra la eficacia de la bondad. Aparece aquí resumido, en esencia, el programa del “neomenorismo”²⁴.

²⁴ El concepto de “neomenorismo”, designa a la posición asumida por aquellos que, en general habiendo participado del proceso de derogación de las viejas leyes de menores y de su sustitución por leyes basadas en la doctrina de la protección integral, pretenden hoy un uso tutelar y discrecional de la legislación garantista. Para una visión más detallada de esta posición, cfr. García Méndez, E. (2000).

Espero haber contribuido hasta aquí a tornar un poco más comprensible los motivos de las enormes dificultades para la aprobación e implantación de los sistemas de responsabilidad penal de los adolescentes en América latina. También espero haber contribuido, de alguna forma, a alimentar el debate sobre el vínculo entre infancia y democracia en América latina.

5. Utopía y responsabilidad en América latina

Me interesa ahora considerar algunos aspectos de aquello que, en un sentido más estricto, podría denominarse la dimensión política de la responsabilidad penal de los adolescentes. También en este punto comenzaré señalando una paradoja.

No me parece exagerado afirmar que una parte considerable de las “utopías” contenidas en la banalización progresista y conservadora pueden considerarse como proyectos efectivamente realizados: muchos niños pobres efectivamente trabajan y la discrecionalidad (sin límite ni responsabilidad) todavía constituye la regla en el tratamiento de los niños (por los adultos) y de los menores (por el estado). Aunque me rebase, no se me escapa en esta parte, ni la abundancia de la literatura existente sobre el tema de la utopía, ni la complejidad que encierra cualquier análisis o calificación que de la misma se intente. Por eso, aún a riesgo de una excesiva simplificación, cuando utilizo el concepto de “utopía” entre comillas lo hago para señalar su falta de correspondencia total o parcial con derechos humanos básicos normativamente consagrados. Es obvio que hago referencia aquí a una tendencia acelerada hacia la positivización de los derechos humanos, tendencia que le permite a Norberto Bobbio afirmar que en la etapa actual, el tema de los derechos humanos remite mucho más a un problema de implementación que de legitimación y justificación (N. Bobbio 1990). Creo, en consecuencia, que puede rescatarse -por lo menos a los efectos de este debate- un concepto relativamente simple de utopía (sin comillas) en una posible e interesante articulación entre Norberto Bobbio y el filósofo alemán Ernst Bloch, quien, en forma bastante sencilla, define la utopía como aquello que todavía no es²⁵. De este modo, *la utopía podría entenderse como la parte todavía no realizada de los derechos humanos normativamente reconocidos en el plano nacional e internacional.*

²⁵ Este concepto de la utopía como lo que todavía no es, aparece formulado en la obra mayor del filósofo alemán Bloch, Ernst (1993).

Dos interrogantes se imponen en esta parte del discurso. ¿Cuál es el sentido en América latina de la formulación e implantación de un modelo de responsabilidad penal de los adolescentes en la construcción de una utopía y cual es la nota característica de esta utopía?

La fuerza de la globalización unipolar que en la década de los 90 arrasó con los muros, llevó junto con ellos también las utopías de las grandes transformaciones. Pareciera que otra vez, con el agua sucia, también el niño (caprichos de las metáforas) fue a parar al baúl de lo inservible. Un realismo -que nada tenía obviamente de mágico- convirtió *a priori* en despreciable el propio concepto de utopía independiente de su contenido. Lo utópico se transformó en sinónimo de imposible y lo imposible en sinónimo de deleznable. Sin embargo, en menos de una década, la crisis generalizada (de sentido para algunos y de sobrevivencia para otros) condujo, casi imperceptiblemente, a una revalorización -cautelosa- del concepto de utopía. El enorme malestar con lo existente produjo un interesante cambio de perspectiva en relación con las utopías.

La contradicción flagrante entre las posibilidades tecnológicas de producción de bienes y servicios y sus efectivas posibilidades de utilización social, así como la dinámica arrasadora del capital financiero, obligó a repensar la democracia desde la óptica de lo que todavía no es, pero podría ser (Bloch): la utopía de los derechos humanos (Bobbio).

Se trata, sin embargo, de una utopía que no olvida las lecciones del pasado: se trata de una *modesta utopía*²⁶.

En el contexto de la crisis generalizada a la que se ha hecho mención, una modesta utopía se refiere, en primer lugar, aunque no exclusivamente, a un funcionamiento adecuado (léase constitucional) de las instituciones de la democracia.

No se me escapa que aquello que está en juego aquí es el dilema entre una concepción democrática de la política para la cual *todos* los

²⁶ El concepto de “modesta utopía” pertenece a Lewin, Shirley Robert (1965), quien lo utiliza en relación a Jeremías Bentham. La cita es recogida del libro de Merquior, G. (1993), sobre la historia del liberalismo.

Resulta importante distinguir, la utopía como proyecto social de la utopía como actitud. El concepto de modesta utopía se refiere aquí a un proyecto social, la actitud utópica, en cambio, se vincula con la imposibilidad de evitar un profundo malestar y rechazo frente a lo existente. En este sentido, una modesta utopía resulta perfectamente conciliable con una actitud utópica radical. (agradezco esta observación a mi amigo Eduardo Bustelo)

integrantes del pacto de la modernidad son sujetos de la misma y una concepción tecnocrática de la política para la cual sólo los especialistas (es decir, los políticos profesionales y sus intelectuales subordinados) tienen legítimo derecho al debate y manejo de la cosa pública. Tengo la impresión (y porque no decirlo claramente, también la esperanza) de que el concepto de responsabilidad, en una perspectiva que incluye, pero que además trasciende la dimensión jurídica, resulte central para encontrar vías de solución a los dilemas planteados. Sin responsabilidad no hay sujetos de y para la política democrática. Si la responsabilidad penal anclada en el concepto de culpabilidad, constituye (por lo menos hoy) la única posibilidad para los adolescentes de establecer una barrera racional respecto de las pretensiones punitivo-protectoras de la cultura de la represión-compasión,²⁷ la responsabilidad en general constituye un presupuesto básico de la libertad.

Para la concepción tecnocrática de la política, cuanto mayor sea el número de sujetos “irresponsables”, más eficiente será el gobierno y resolución de los problemas sociales. Llama la atención (aunque probablemente constituya otro síntoma de la crisis generalizada) la escasez y el aislamiento de voces de importancia que han señalado en forma específica la perversidad de un enfoque como éste, que además se presenta con el ropaje de la bondad y el progresismo. Un enfoque en el cual, bajo una forma renovada y *light* del psicoanálisis y la asistencia social, se vuelve a ser un eterno “paciente” y nunca más un ciudadano (H. M. Enzensberger, 1994, pp. 35-36).

El rechazo del sustancialismo²⁸ progresista a las formalidades (léase garantías) del estado de derecho, lo ha convertido objetiva-

²⁷ La Ley de Responsabilidad Penal Juvenil de Costa Rica en vigencia desde comienzos de 1996, que es la ley más severa, si consideramos el monto máximo previsto de la privación de libertad, pero al mismo tiempo rigurosamente respetuosa en su letra y funcionamiento en lo que hace a la observancia de las garantías procesales y en especial del principio de culpabilidad, ha convertido a Costa Rica no sólo en un país con baja alarma social, sino en el país con la menor población de privados de libertad –en términos absolutos y relativos– de toda América Latina. Para una información detallada y actualizada sobre la evolución del número de los menores de edad privados de libertad en América Latina, cfr. el trabajo de E. Carranza y R. Maxera (2000). Llama la atención que esta evidencia incontestable no haya producido absolutamente ninguna reacción en los sectores progresistas de la región que continúan oponiéndose a la instauración de los modelos de responsabilidad penal de los adolescentes y aferrándose a la discrecionalidad “bondadosa”.

²⁸ Utilizo el concepto de *sustancialismo* para designar una forma de pensamiento, en general tributario del marxismo más vulgar, para el cual el derecho y las instituciones resultan meras excrecencias de la infraestructura. Para decirlo rápidamente, son aquellos que rechazan cualquier valor pedagógico y transformador al derecho y las instituciones.

mente en socio involuntario del dominio tecnocrático. Resulta paradójicamente más cómodo para las “buenas” y “malas” conciencias apoyar o reprimir al joven como víctima, o victimario irresponsable, antes que interpelarlo como sujeto activo de responsabilidades específicas.

La implantación de verdaderos sistemas de responsabilidad penal de los adolescentes basados, en primer lugar, en el principio de la culpabilidad, puede convertirse en una estrategia decisiva para colocar el tema de la violencia juvenil y la inseguridad urbana en su justa dimensión cuantitativa y cualitativa.

Ayudar a desmontar con paciencia y sin falsas piedades una alarma social sin centro y sin límites no constituye seguramente una condición suficiente para nada, pero si, tal vez, una de las tantas condiciones necesarias para transitar el muy difícil camino de una modesta utopía.

Bibliografía

ANDERSON, Perry. *Los fines de la historia*, Anagrama, Barcelona, 1992.

ARENDT, Hannah. “Reflections on Little Rock”, en *Dissent*, n° 6, 1959, pp. 45-56.

— *¿Que es la política?*, Paidós, España, 997.

BARATTA, Alessandro. “Infancia y democracia”, en GARCÍA MÉNDEZ, Emilio y BELOFF, Mary (compiladores), *Infancia, ley y democracia en América latina*, Bogota-Buenos Aires, Temis-Depalma, 1999.

BECK, Ulrich. *Democracy without enemies*, Cambridge, Polity Press, 1998.

BELOFF, Mary. “Los sistemas de responsabilidad penal juvenil en América latina”, en GARCÍA MÉNDEZ, Emilio y BELOFF, Mary (compiladores), *Infancia, ley y democracia en América latina*, Temis-Depalma, Bogotá-Buenos Aires, 1999.

— “Responsabilidad penal juvenil y derechos humanos”, en *Justicia y derechos del niño*, n° 2, Unicef Oficina de Área para Argentina, Chile y Uruguay, 2000, pp. 77-89.

BLOCH, Ernst. *Das prinzip hoffnung*, Suhrkamp Verlag, Frankfurt del Meno, 1993.

BOBBIO, Norberto. *L'eta dei diritti*, Einaudi, Turín, 1990.

CAMPS, Victoria. "Paternalismo y bien común", en *Doxa, Cuadernos de filosofía del derecho*, n° 5, Centro de Estudios Constitucionales, Alicante, 1988, pp. 195-201.

CARRANZA, Elías, y MAXERA, Rita. *La justicia penal juvenil posterior a la Convención y el uso de la privación de la libertad en América latina*, ILANUD, San José de Costa Rica (en prensa).

CILLERO, Miguel. "Adolescentes y sistema penal. Propositiones desde la convención sobre los derechos del niño", en *Justicia y derechos del niño*, n° 2, Unicef Oficina de Area para Argentina, Chile y Uruguay, 2000, pp. 101-138.

— "Nulla poena sine culpa un límite necesario al castigo penal de los adolescentes", inédito, Santiago de Chile, 2001.

ENZESBERGER, Hans Magnus. *Perspectivas de guerra civil*, Anagrama, Barcelona, 1994.

FLORES D'ARCAIS, Paolo; Hannah, Arendt. *Existencia y libertad*, Tecnos, Madrid, 1996.

GARCÍA MÉNDEZ, Emilio. "Adolescentes infractores de la ley penal: seguridad ciudadana derechos fundamentales, en *Infancia. De los derechos y de la justicia*", Editores del Puerto, Buenos Aires, 1998.

— "La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño: Del menor como objeto de la compasión-represión a la infancia-adolescencia como sujeto de derechos", en *Infancia. De los derechos y de la justicia*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1998.

— "Adolescentes y responsabilidad penal: un debate latinoamericano", en *Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal*, año VI, n° 10-B, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000, pp. 261-275.

GARZÓN VALDÉS, Ernesto. "¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?", en *Doxa, Cuadernos de filosofía del derecho*, n°5, Centro de Estudios Constitucionales, Alicante, 1988, pp. 155-173.

GOMES DA COSTA, Antonio Carlos. "Del menor al ciudadano niño y al ciudadano adolescente", en GARCÍA MÉNDEZ, Emilio, y CARRANZA, Elías (organizadores), *Del revés al derecho. La condición jurídica de la infancia en América latina*, Galerna, Buenos Aires, 1992.

— “Pedagogía y Justicia”, en GARCÍA MÉNDEZ, Emilio y BELOFF, Mary (compiladores), *Infancia, ley y democracia en América latina*, Temis-Depalma, Bogota-Buenos Aires, 1999.

HART, Roger. La participación de los niños: de la participación simbólica a la participación auténtica, Unicef, ICDC, Florencia, 1993.

LETWIN, Shirley R. *The pursuit of Certainty*; Hume, Bentham, Mill and Beatrice Webb; Cambridge University Press, 1965.

MERQUIOR, José G. *Liberalismo viejo y nuevo*, Fondo de Cultura Económica, México, 1993.

PILOTTI, Francisco. *Globalización y convención de los derechos del niño. El contexto del texto*, Documento de la Organización de Estados Americanos, Washington D.C., 2000.

SEDA, Edson. “Evolución del Derecho Brasileño del Niño y del Adolescente”, en GARCÍA MÉNDEZ, Emilio, y CARRANZA, Elías (organizadores): *Del revés al derecho.....*

TOBAR, Ana R., y BARRIENTOS, Marilys. “Comentario al proceso de reforma en Guatemala”, en GARCÍA MÉNDEZ, Emilio y BELOFF, Mary (compiladores): *Infancia, ley y democracia en América Latina*, Temis-Palma, Bogotá-Buenos Aires, 1999.

UNICEF. “Encuesta de opinión. La voz de los niños y adolescentes de Iberoamérica”, Oficina Regional de Unicef para América latina y el Caribe, Panamá, 2000.

Justicia y seguridad: su relevancia para la protección internacional de los refugiados

*Juan Carlos Murillo González **

1. Introducción

En nombre de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) es un honor para nosotros participar en este XXI Curso Interdisciplinario en Derechos Humanos a través de la Cátedra Nansen, y referirme a los temas de “Justicia y Seguridad”. Ambos temas, son de trascendental importancia para la protección internacional de los refugiados. En efecto, la justicia y la seguridad, como ejes temáticos de este curso anual, son vitales tanto para el respeto y goce efectivos de otros derechos humanos, y el fortalecimiento del Estado de Derecho, como para preservar el derecho humano de solicitar asilo¹ y la integridad misma de esta institución de protección para las víctimas de la persecución.

El ACNUR es una agencia especializada de las Naciones Unidas que se ocupa de brindar protección a los refugiados y buscar soluciones duraderas para su problemática². Asimismo, un refugiado es una persona que por un temor fundado de persecución por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, ha tenido que abandonar su país de origen o de residencia habitual, y quien en razón de estos temores no quiere o no

* Encargado de Capacitación en Protección, Unidad Legal Regional, ACNUR.

¹ El derecho de asilo está reconocido como derecho humano en el artículo 14 de la Declaración Universal de Derechos Humanos. Dicho derecho está consagrado en términos aún más generosos en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (Artículo XXVII) y la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de 1969 (Artículo 22.7) , en tanto se alude al derecho de **solicitar y recibir asilo** en caso de persecución.

² Estas funciones están claramente definidas en el Estatuto del ACNUR fue aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 14 de diciembre de 1950 a través de la resolución 428(V).

puede acogerse a la protección de tal país³. Los Estados tienen la obligación de proteger a sus nacionales y a todas las personas que se encuentran bajo su jurisdicción. Un refugiado carece precisamente de la protección nacional de su país.

En América Latina, igualmente, la Declaración de Cartagena sobre Refugiados de 1984 reconoce como refugiados a las personas que han huido de sus países porque su vida, **seguridad** o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público⁴.

¿Qué relación guardan la justicia y la seguridad con la protección internacional de los refugiados? ¿En qué medida estos derechos se aplican a los refugiados, y en particular, cómo afectan el ciclo del desplazamiento forzado?

II. Justicia y Seguridad: su relación con el ciclo del desplazamiento forzado

La justicia y la seguridad como derechos fundamentales de los solicitantes de asilo y refugiados influyen y están presentes en todo el **ciclo del desplazamiento forzado**. Al respecto es importante se-

³ La definición de refugiado está contenida en el Artículo 1 A2) de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951. La definición de refugiado ha sido ampliada en América Latina a través de la Declaración de Cartagena sobre Refugiados de 1984, la cual recomienda el reconocimiento de la condición de refugiado para las personas que han tenido que abandonar sus países porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público.

⁴ Para un análisis sistemático de la definición de refugiado recomendada por la Declaración de Cartagena sobre Refugiados, véase el Documento Jurídico de CIREFCA de 1989, "Principios y Criterios para la protección y asistencia a los refugiados, repatriados y desplazados centroamericanos en América Latina", Conferencia Internacional sobre Refugiados Centroamericanos (CIREFCA), Guatemala, 1989, Págs. 6 y siguientes. La definición de refugiado propuesta por la Declaración de Cartagena de 1984 ha sido debidamente incluida en las legislaciones nacionales de los siguientes países: México, Guatemala, Belice (con algunas variantes propias de la Convención de la Unidad Africana por las que se regulan los Aspectos Específicos de Problemas de Refugiados en África de 1969), El Salvador, Ecuador, Brasil, Bolivia, Perú y Paraguay. Estas y otras legislaciones nacionales en materia de refugiados están disponibles en la Base Legal de la página web del ACNUR en español: www.acnur.org

ñalar cómo su goce puede ser un factor determinante en la **prevención** del desplazamiento forzado, al mismo tiempo que su carencia, se constituye en una de las causas fundamentales que generan refugiados. En consecuencia, en determinadas situaciones, puede existir un **nexo causal** entre la carencia o deficiencia de justicia y seguridad como derechos fundamentales de todos individuos, y la subsecuente persecución o amenaza de persecución, y la necesidad de protección internacional. En efecto, lo impunidad y la inseguridad son factores desestabilizadores del Estado de derecho, y pueden contribuir a generar desplazamientos forzados.

Por otra parte, la justicia y la seguridad no sólo están ligados a la prevención de las causas que generan desplazamientos forzados, sino que los solicitantes de asilo y los refugiados en tanto seres humanos bajo la jurisdicción de un Estado, tienen derecho a disfrutar del pleno goce del acceso a la justicia y la seguridad, como derechos fundamentales de todo individuo. Los refugiados son también **suje-tos** de derechos fundamentales, y por ende, les asiste tanto los derechos básicos establecidos en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967, como otros derechos humanos consagrados en los instrumentos internacionales, tanto universales como regionales. En este sentido, puede afirmarse que la justicia y la seguridad como derechos inherentes del ser humano inciden directamente en la **calidad del asilo** que se otorga a los refugiados. Ciertamente si no funciona adecuadamente la administración de la justicia y no se disfruta de seguridad en el país de asilo, resulta cuestionable hablar de protección efectiva del refugiado, y por la tanto, es muy posible que éste se vea en la necesidad de buscar protección en otro país.

Finalmente, es claro que la justicia y la seguridad juegan un papel preponderante en la búsqueda de **soluciones duraderas** para los refugiados. El restablecimiento y fortalecimiento de estos derechos puede propiciar la repatriación voluntaria⁵. Igualmente, la vigencia y respeto de estos derechos posibilita y promueve la integración local, dando la oportunidad a los refugiados de reiniciar una nueva vi-

⁵ La importancia de la seguridad y el acceso irrestricto a la justicia como elementos fundamentales para facilitar y promover la repatriación voluntaria han sido subrayados respectivamente por el Comité Ejecutivo del ACNUR en la Conclusión No. 18 (XXXI), de 1980, y la Conclusión No. 40 (XXXVI), de 1985.

da en las comunidades receptoras en los países de asilo. En oposición, la falta de seguridad o un mal funcionamiento de la administración de la justicia en los países de asilo puede hacer que un refugiado se vea en la necesidad de ser reasentado en un tercer país o de buscar protección efectiva en un tercer país.

En un contexto mundial en el cual la seguridad como expresión de los legítimos intereses de los estados influye en la definición y adopción de políticas públicas, es necesario salvaguardar la protección que ha de brindarse a las víctimas de la persecución, de la intolerancia religiosa, de la xenofobia, la discriminación racial, pero también a quienes huyen de conflictos armados internos, violaciones masivas de derechos humanos y conflictos internos. En este sentido, es necesario que los Estados hagan un debido balance entre sus legítimos intereses de seguridad nacional y sus obligaciones internacionales en materia de protección de derechos humanos⁶. En la actualidad, se invoca motivaciones de seguridad nacional para adoptar políticas restrictivas en materias de asilo, dando preeminencia a los controles migratorios, sin que se establezca suficientes garantías para identificar y garantizar protección a solicitantes de asilo y refugiados.

III.El acceso a la justicia y los refugiados

a) Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967 (Artículo 16)

El libre acceso a los tribunales de los refugiados en igualdad de condiciones que los nacionales está consagrado en el artículo 16 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951. Es importante anotar que el acceso irrestricto a los tribunales, y por ende, a la justicia, tiene tal relevancia para la protección de los refugiados que no admite reserva por parte de los Estados y se garantiza en igualdad de condiciones que los nacionales de un Estado.

⁶ Respecto del debido balance entre la seguridad, la lucha contra el terrorismo y el respeto de derechos humanos, entre ellos el derecho de asilo, y la necesidad de establecer salvaguardias específicas, véase el informe de Derechos Humanos y Terrorismo, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Washington, Diciembre 2002. Por su parte, la Convención Interamericana contra el Terrorismo, aprobada en Barbados en junio de 2002, establece salvaguardias específicas en materia de derechos humanos y derecho internacional de refugiados.

Al respecto es importante anotar que solicitantes de asilo y refugiados pueden recurrir a los tribunales para salvaguardar sus derechos fundamentales en distintas situaciones, a saber:

1. Revisión judicial de sus solicitudes de reconocimiento de la condición de refugiado

Un solicitante de asilo, cuya solicitud ha sido denegada por la autoridad administrativa o migratoria, puede una vez agotados los recursos correspondientes de la vía administrativa (i.e. revocatoria, apelación) recurrir a los tribunales para la revisión judicial de su caso. La revisión judicial de las solicitudes de reconocimiento de la condición de refugiado demuestra no sólo un mayor conocimiento de sus derechos por parte de los solicitantes de asilo y refugiados, sino que permite preservar la integridad del asilo y consolida el régimen legal de protección de refugiados, través de una interpretación adecuada de las normas y principios en materia de protección de refugiados por parte de las autoridades judiciales.

2. Interposición de recursos internos para salvaguardar derechos constitucionales

Conscientes de sus derechos y las garantías constitucionales que les asisten en los distintos países de asilo (i.e. Costa Rica, Colombia, Venezuela, Ecuador), en los últimos años el ACNUR ha observado un incremento en el número de recursos constitucionales (recurso de amparo y recurso de habeas corpus) interpuestos por solicitantes de asilo y refugiados que solicitan la intervención judicial para la protección de sus derechos fundamentales, entre ellos el derecho a solicitar y recibir asilo, a través del acceso al procedimiento para la determinación, y la protección contra la devolución⁷. En este sentido, la integración de normas y estándares internacionales y regionales en materia de derechos humanos ha permitido novedosos desarrollos normativos del derecho de asilo como derecho subjetivo, a través de in-

⁷ El principio de no devolución o *non-refoulement*, piedra angular del derecho internacional de los refugiados está consagrado en el artículo 33 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951. En el continente americano, su formulación es aún más generosa, y se trata de un derecho del extranjero a no ser devuelto a un territorio donde su derecho a la vida o libertad personal esté en riesgo de violación (Artículo 22.8 de la Convención Americana de Derechos Humanos).

terpretaciones jurisprudenciales, tales como las emitidas por la Sala Constitucional de Costa Rica⁸.

3. Acceso a los tribunales de justicia como derecho humano fundamental de los refugiados

Como indicado anteriormente los solicitantes de asilo y los refugiados gozan en igualdad de condiciones que los nacionales del acceso irrestricto a los tribunales como derecho humano fundamental para dirimir sus pretensiones y salvaguardar sus derechos y garantías, sean estos de carácter laboral, civil, familiar, penal, administrativo u otra índole.

b) Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de 1969

Los Artículos 8 y 25 de las Convención Americana establecen las garantías judiciales aplicables sin discriminación alguna a toda persona, nacional o extranjera, sujeta a la jurisdicción de los Estados (Artículo 1.1). Sobre la base de la jurisprudencia de los órganos de supervisión del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, estas garantías son aplicables tanto a procedimientos administrativos como de cualquier otra naturaleza para la determinación de derechos⁹. En opinión del ACNUR, en tanto el derecho de solicitar y recibir asilo está reconocido plenamente en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Artículo 22.7) estas garantías judiciales son igualmente aplicables a los procedimientos para la determinación de la condición de refugiado en las Américas. Por ende, la obligación de los estados de adoptar mecanismos legislativos o de otra naturaleza para la determinación de la condición de refugiado emana del artículo 22.7 en relación con los artículos 1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y ha de inspirarse en las garantías judiciales establecidas en los artículos 8 y 25 de la misma Convención Americana.

En este sentido, es claro que los estándares básicos de protección para la determinación de la condición de refugiado en las Américas

⁸ En materia de jurisprudencia sobre solicitantes de asilo y refugiados en América Latina, véase la sección correspondiente de la base legal de la página web del ACNUR en español: www.acnur.org

⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Baena Ricardo y otros contra Panamá, Sentencia de 2 de febrero de 2001 Serie C No.72.

van más allá de un procedimiento justo y eficiente, para hablar de garantías de debido proceso, en el cual los solicitantes de asilo dispongan de un recurso efectivo que les permita acceder al procedimiento para la determinación de la condición de refugiado, y que les posibilite el ejercicio pleno y real del derecho de solicitar y recibir asilo¹⁰.

IV. La seguridad y los refugiados

La seguridad personal de los refugiados es un elemento clave de la protección internacional¹¹. Los refugiados son víctimas que buscan protección internacional para salvaguardar su vida, su libertad, seguridad o integridad física. A menos que se salvaguarden los derechos fundamentales de los refugiados como seres humanos (a la vida, la libertad, la seguridad de la persona, las garantías contra la tortura, las penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes y la esclavitud, etc.), resultan de escaso valor los demás derechos y garantías reconocidos por los instrumentos internacionales de derechos humanos y del derecho interno. Los refugiados necesitan seguridad personal, incluida la protección frente a la posibilidad de ser devueltos a un lugar donde su vida o su libertad corran riesgo (*non-refoulement*). Igualmente los refugiados necesitan un medio de subsistencia en el país de asilo, así como tener acceso a educación, salud, vivienda y otros medios básicos. Garantizar la seguridad de los solicitantes de asilo y refugiados que corren peligro es una de las mayores preocupaciones del ACNUR, así como un componente central de las actividades de la Oficina sobre el terreno.

Esta preocupación constante por la seguridad personal de los solicitantes de asilo y refugiados se ha visto reflejada tanto en los in-

¹⁰ Respecto de los requisitos básicos que ha de reunir un procedimiento para la determinación de la condición de refugiado, véase la Conclusión # 8 (XXVIII), del Comité Ejecutivo del ACNUR, 1977.

¹¹ En tanto las amenazas al bienestar de los refugiados son, de hecho, físicas, el ACNUR es de la opinión que los efectos de la inseguridad afectan a la persona en su totalidad, y a la comunidad entera de la que se es miembro, y por ello, prefiere utilizar el término “seguridad personal” o “de la persona”. En este sentido, véase “La Seguridad Personal de los Refugiados”, Comité Ejecutivo del ACNUR, Subcomité Plenario sobre Protección Internacional, 22a. reunión, Ginebra, 1993. Por su parte, el Comité Ejecutivo del ACNUR ha reiterado reiteradamente los ataques contra la seguridad personal de los refugiados que se producen en distintas partes del mundo e hizo recomendaciones concretas para prevenir esta situación a través de su Conclusión No. 72 (XLIV), de 1993.

formas del ACNUR al Comité Ejecutivo, así como a la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante el Consejo Económico y Social (ECOSOC). En efecto, las conclusiones del Comité Ejecutivo hacen referencia a diversas situaciones de violencia o amenazas contra la seguridad de los solicitantes de asilo y refugiados, tales como ataques militares a los campamentos de refugiados, los ataques a los refugiados en zozobra en alta mar, o contra categorías particulares de refugiados, notablemente las mujeres y los niños¹². Desde 1975, la Asamblea General de las Naciones Unidas se ha hecho eco igualmente de estas preocupaciones en materia de seguridad de los solicitantes de asilo y refugiados.

Como indicado anteriormente, la seguridad de los solicitantes de asilo y refugiados puede verse afectada durante todo el ciclo del desplazamiento forzado. En efecto, en muchos casos los solicitantes de asilo y refugiados han de enfrentarse a numerosos riesgos antes de abandonar su país de origen o residencia habitual. Igualmente, pueden ser objeto de amenazas contra su seguridad personal a través de la violencia y el abuso sexual, o la detención administrativa al momento de cruzar una frontera internacional y llegar al país de asilo. Por otra parte, su situación de vulnerabilidad se puede ver acentuada en el país de asilo por distintos motivos, aún si se les ha garantizado acceso a un procedimiento justo y efectivo para la determinación de la condición de refugiado, en virtud de amenazas de la población local, propias de la intolerancia y la xenofobia, pero también por la presencia de los agentes de persecución, la falta de documentación

¹² Las circunstancias específicas tratadas por estas Conclusiones, a veces en forma recurrente, son: Los solicitantes de asilo en situaciones de zozobra en alta mar [por ejemplo, las Conclusiones No. 20 (XXXI) de 1980, la No. 26 (XXXIII) de 1982 y la No. 31 (XXXIV) de 1983]; los solicitantes de asilo en situaciones de afluencia en gran escala [Conclusión No. 22 (XXXII) de 1981]; los movimientos irregulares de solicitantes de asilo y refugiados [Conclusión No. 58 (XL) de 1989]; ataques militares o armados contra campamentos o asentamientos de refugiados [Conclusiones No. 27 (XXXIII) de 1982, No. 32 (XXXIV), de 1983, No. 45 (XXXVII) de 1986 y No. 48 (XXXVIII) de 1987]; la protección de mujeres y niños refugiados [por ejemplo, la No. 39 (XXXVI), de 1985, la 47 (XXXVIII) de 1987, la No. 54 (XXXIX) de 1988, la No. 59 (XL) de 1989, la No. 60 (XLI) de 1989, la No. 64 (XLI) de 1990, la No. 75 (XLV) DE 1994, y la No. 84 (XLVIII) de 1997]; la protección de los refugiados y la violencia sexual [la No. 73 (XLIV) de 1993], la detención de solicitantes de asilo [Conclusión No. 44 (XXXVII) de 1986] y la seguridad en el contexto de la repatriación voluntaria [Conclusiones No. 18 (XXXI) de 1980 y No. 40 (XXXVI) de 1985]. El Comité Ejecutivo del ACNUR se refirió específicamente a la seguridad personal de los refugiados a través de su Conclusión No. 72 (XLIV), de 1993.

personal para acreditar su condición migratoria, la escasez de recursos y la acción misma de otros refugiados, y la carencia misma de protección de sus propios gobiernos.

Si bien es cierto los constantes ataques armados a los campamentos de refugiados y la presencia de elementos armados dentro de las poblaciones de refugiados en Africa, en particular en Africa Occidental y la región de los Grandes Lagos, así como la situación de los refugiados en zozobra en alta mar en Asia y Oceanía son frecuentemente documentadas y presentadas a la opinión pública, igualmente existen en las Américas algunas situaciones que afectan de manera particular la seguridad personal y el bienestar de los solicitantes de asilo y refugiados. Aunque no existen campamentos de refugiados en la región, la seguridad de los solicitantes de asilo y refugiados se ve afectada por otro tipo de prácticas, tales como la adopción de normativas internas que no satisfacen los estándares internacionales en materia de refugiados y derechos humanos, el incremento en el uso de controles migratorios y la interceptación de personas en países de origen, países de tránsito y alta mar, la presencia de actores armados o agentes de persecución en las fronteras, la devolución forzada de personas que requieren protección, el tráfico y trata de personas ante políticas restrictivas de asilo y migración, la regulación de regímenes inferiores de protección, y el creciente uso de la detención administrativa y la aplicación de sanciones por ingreso ilegal.

a) Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967

La importancia de la seguridad personal de solicitantes de asilo y refugiados está implícita en el mandato del Alto Comisionado de “brindar protección internacional”. Aparte de la vehemente referencia a los derechos humanos de los refugiados en el Preámbulo de la Convención de 1951, los redactores de la misma no incluyeron disposiciones específicas en materia de seguridad personal. Sin embargo, a criterio del ACNUR la garantía establecida en el artículo 7 de la Convención respecto de al menos “*el mismo trato [otorgado] a los extranjeros en general*” no puede significar menos que la garantía del respeto pleno a sus derechos fundamentales.

No obstante lo anterior, es claro que la preocupación por la seguridad de los refugiados, así como por su condición y derechos formales ante la ley, también resulta evidente en la mayoría de las

disposiciones básicas de la Convención de 1951, y en particular: la definición del refugiado como una persona con “fundados temores de ser perseguida” [artículo 1 A(2)], la no sanción por ingreso ilegal “a los refugiados que, llegando directamente del territorio donde su vida o su libertad estuviera amenazada en el sentido previsto en el artículo 1” [artículo 31 A(2)], así como la prohibición de devolver “en modo alguno a un refugiado en las fronteras de los territorios donde su vida o su libertad peligrare” [artículo 33(1)]. Por otra parte, los Estados contratantes de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 se comprometieron “a cooperar en el ejercicio de sus funciones con la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados” [artículos 35(1) y II (1), respectivamente en relación con el párrafo 8 del Estatuto del ACNUR]. Teniendo presente que brindar protección internacional es la primera de estas funciones, esta disposición resulta de gran pertinencia para los esfuerzos del ACNUR por garantizar la seguridad personal de los refugiados.

Respecto de la definición de refugiado contenida en el artículo 1 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 es importante indicar que si bien es cierto dicho instrumento internacional no señala que ha de entenderse por “persecución”, de la lectura e interpretación del artículo 33 de la misma Convención “puede deducirse que toda amenaza contra la vida o la libertad de una persona por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas es siempre persecución. También constituirían persecución otras violaciones graves de los derechos humanos por las mismas razones”¹³. En consecuencia, es claro que la violación o amenaza del derecho de seguridad personal por uno de los motivos de la definición de refugiado igualmente equivaldría a persecución.

En el caso de Latinoamérica, la definición de refugiado recomendada por la Declaración de Cartagena sobre Refugiados de 1984 incorpora expresamente la seguridad como uno de los derechos protegidos y tutelados para acceder a la protección internacional¹⁴. Así una amenaza contra la integridad física por uno de los motivos objetivos contemplados (i.e. conflictos armados internos, violencia generalizada, violaciones masivas de derechos humanos, agresión

¹³ Manual de Procedimientos y Criterios para determinar la condición de refugiado, ACNUR, Ginebra, 1988, párrafo 51, página 15.

¹⁴ *Ibíd.*, notas 3 y 4.

extranjera u otras circunstancias que perturban gravemente el orden público) daría como resultado que se satisfagan los dos elementos constitutivos de la definición ampliada de Cartagena sobre refugiados.

Igualmente es claro, que la protección de la seguridad de la persona se encuentra implícita en la prohibición de no devolución, o principio de *non-refoulement*, consagrado en el artículo 33 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951, en tanto “Ningún Estado Contratante podrá, por expulsión o devolución, poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de territorios donde su vida o su libertad peligre por causa de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, o de sus opiniones políticas”¹⁵.

b) Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, al igual que otros instrumentos de derechos humanos¹⁶, establece los derechos de la persona humana a vida, a la libertad, a la seguridad personal, a no ser sometido a esclavitud o servidumbre, ni a la tortura o penas y tratos crueles, inhumanos o degradantes, como tampoco a ser arrestado o detenido arbitrariamente. Al igual que el artículo 2 del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos, el artículo 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos establece la obligación de los Estados de respetar los derechos y libertades reconocidos a todas las personas sujetas a su jurisdicción, sin discriminación alguna. Estas disposiciones dejan en claro no sólo los derechos básicos de todo individuo según el derecho internacional de los derechos humanos, sino también la responsabilidad del Estado, universalmente reconocida, de respetar y garantizar estos derechos a todos los individuos en su jurisdicción, incluyendo a los refugiados.

¹⁵ *Ibíd.*, nota 7.

¹⁶ Declaración Universal de los Derechos Humanos, 1948, Artículos 3,4, 5 y 9; Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos, 1966, artículos 6, 7, 8, 9 y 10. En este sentido, ver también, entre otros, la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, 1984; la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, 1981, artículos 4, 5 y 6; y la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, Serie de Tratados del Consejo de Europa No. 5, Artículos 2, 3, 4 y 5.

El artículo 7.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos establece expresamente el derecho a la seguridad personal. Dicha garantía está igualmente establecida en el artículo 1 de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre.

V. Seguridad nacional y suspensión de derechos y garantías

La seguridad personal no es sólo un derecho fundamental de los individuos, reconocida por los distintos instrumentos de derechos humanos, sino que en determinadas circunstancias los Estados en aras de la seguridad nacional pueden válidamente suspender el ejercicio de determinados derechos y garantías.

El término “seguridad nacional” se utiliza en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 en varias de sus disposiciones, a saber:

1. La posibilidad de adoptar medidas provisionales respecto de determinada persona en tiempos de guerra o en otras circunstancias graves o excepcionales, mientras se determina que tal persona es refugiada, siempre y cuando dichas medidas o su continuación sean indispensables para la seguridad nacional (Artículo 9).
2. La expulsión de un refugiado que se halle legalmente en el territorio del Estado por motivos de seguridad nacional (Artículo 32). Dicha decisión tendría que ser tomada conforme a los procedimientos legales correspondientes, y otorgando al refugiado la oportunidad de interponer los recursos del caso, salvedad hecha que se trate de razones imperiosas de seguridad nacional. Sin embargo, siempre deberá garantizarse al refugiado un plazo razonable para gestionar su ingreso legal a un tercer país.
3. No puede invocar los beneficios del principio de *non-refoulement* (Artículo 33) un refugiado que sea considerado, por razones fundadas, como un peligro para la seguridad del país donde se encuentra.

La Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre establece en su artículo XXVIII que los derechos de la persona están limitados por los derechos de los demás, **por la seguridad de todos** y las justas exigencias del bienestar general y el desenvolvi-

miento democrático. En consecuencia, la seguridad personal está supeditada a la seguridad de los otros individuos.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos igualmente posibilita la suspensión de garantías en caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o **seguridad** del Estado, siempre y cuando la suspensión de garantías sea en la medida y por el tiempo estrictamente limitado a las exigencias de la situación, dicha disposición no sea incompatible con otras obligaciones del derecho internacional, y no exista discriminación alguna (Artículo 27)¹⁷. Sin embargo, la propia Convención Americana enumera una serie de derechos que no son susceptibles de suspensión (Artículo 27.2), incluyendo las garantías judiciales para la protección de estos derechos.

En este sentido, la Corte Interamericana ha establecido:

un Estado “tiene el derecho y el deber de garantizar su propia seguridad” (nota de pie omitida), aunque debe ejercerlos dentro de los límites y conforme a los procedimientos que permitan preservar tanto la seguridad pública como los derechos fundamentales de la persona humana¹⁸.

Finalmente, es necesario indicar que la propia Convención Americana sobre Derechos Humanos igualmente establece la posibilidad de restringir el goce y ejercicio de derechos y libertades reconocidas en la misma, siempre y cuando dicha restricción se base en la ley dictada por razón de interés general y con el propósito para el cual han sido establecida (Artículo 30)¹⁹.

Si bien es cierto es posible suspender o restringir el goce y ejercicio de ciertos derechos y libertades, dichas medidas tienen límites establecidos en los propios instrumentos de derechos humanos. En este mismo orden de ideas, la Corte Interamericana ha indicado que es un derecho soberano de los Estados adoptar sus políticas migratorias, pero que éstas han de ser compatibles con las normas de protec-

¹⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, El Habeas Corpus bajo suspensión de garantías (artículos 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987 Serie A No. 8.

¹⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Castillo Petrucci y otros, Sentencia de 30 de mayo de 1999 Serie C No. 52.

¹⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, La expresión “Leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-6 del 9 de mayo de 1986. Serie A No.6.

ción de derechos humanos establecidas en la Convención Americana²⁰. En opinión del ACNUR, estos límites al poder soberano de adoptar políticas migratorias igualmente están dados en otros instrumentos de derechos humanos, y entre ellos, la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967.

VI. Conclusión

El acceso a la justicia y la seguridad personal de los solicitantes de asilo y refugiado son derechos fundamentales para garantizar la protección internacional. En efecto, sin estos derechos, los otras garantías contenidas en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967, y otros instrumentos de derechos humanos no tendrían razón de ser. Salvaguardar los derechos humanos fundamentales de los refugiados, incluyendo el acceso a la justicia y a la seguridad de su persona, es básico para la protección internacional. Ambos derechos afectan el ciclo del desplazamiento forzado, y por ende, juegan un papel importante en la prevención de las causas que generan refugiados. Igualmente inciden en el ejercicio de derechos fundamentales, la calidad del asilo, y pueden contribuir a la búsqueda de soluciones duraderas.

En determinadas circunstancias, estas garantías fundamentales pueden ser suspendidas, de conformidad con los criterios establecidos en los instrumentos mismos de derechos humanos. Sin embargo, siempre será necesario hacer un debido balance entre las necesidades humanitarias de las víctimas de la persecución, que requieren protección y la merecen, y los legítimos intereses de los Estados frente a su obligación de cumplir sus obligaciones internacionales en materia de protección de solicitantes de asilo y refugiados.

Compete al Estado respetar y garantizar el goce de los derechos de todos los individuos bajo su jurisdicción, nacionales y no nacionales. El acceso a la justicia es un derecho fundamental para la protección y el ejercicio efectivo de otros derechos humanos. A su vez, la responsabilidad de garantizar la seguridad de los refugiados corresponde en primer lugar a los gobiernos de los países de asilo, en cooperación con el ACNUR y otros organismos relevantes. La segu-

²⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Haitianos y Dominicanos de origen haitiano en la República Dominicana, Resolución de medidas provisionales de 18 de agosto de 2000, considerando 4.

ridad de los refugiados también demanda el respeto de los países de origen al carácter pacífico y humanitario de la concesión de asilo y la integridad territorial del país de acogida. Para satisfacer sus responsabilidades relativas a la seguridad de los refugiados, los países de asilo requieren el apoyo de la comunidad internacional, así como de los organismos internacionales, los organismos gubernamentales y no gubernamentales y otros sectores de la sociedad civil; y por supuesto, se requiere igualmente de la cooperación de los mismos refugiados.

INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

ASAMBLEA GENERAL (2002-2004)

Thomas Buergenthal
Presidente Honorario

Sonia Picado S.
Presidenta

Rodolfo Stavenhagen
Vicepresidente

María Elena Martínez
Vicepresidenta

Lloyd G. Barnett
Allan Brewer-Carías
Marco Tulio Bruni-Celli
Gisèle Côté-Harper
Margaret E. Crahan
Víctor Ivor Cuffy
Mariano Fiallos Oyanguren
Héctor Fix-Zamudio
Diego García-Sayán
Claudio Grossman
Pedro Nikken
Elizabeth Odio Benito
Nina Pacari
Mónica Pinto
Cristian Tattenbach

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 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.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos

Juan E. Méndez
Marta Altolaguirre Larraondo
Robert K. Goldman
Julio Prado Vallejo
Clare Kamau Roberts
José Zalaquett
Susana Villarán

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Antônio A. Cançado Trindade
Alirio Abreu Burelli
Máximo Pacheco Gómez
Hernán Salgado Pesantes
Oliver Jackman
Sergio García Ramírez
Carlos Vicente de Roux Rengifo

Roberto Cuéllar M.
Director Ejecutivo

REVISTA **IIDH**

Unidad de Información y Servicio Editorial: Marisol Molestina
Coeditor: Byron Barillas

La Revista IIDH es una publicación semestral
del Instituto Interamericano de Derechos Humanos