

Experiencias de acceso a la justicia en América Latina*

*David Lovatón Palacios***

Introducción

Si bien en las últimas décadas ha habido algunos avances importantes en el ámbito normativo (constituciones que han reconocido derechos y creado instituciones democráticas, tratados de derechos humanos ratificados por nuestros países, avances en los sistemas interamericano y universal de protección de los derechos humanos, entre otros), la realidad nos muestra la falta o el insuficiente acceso a la justicia de amplios sectores sociales del Continente, en especial de sectores en condiciones de vulnerabilidad, como las mujeres, los pueblos indígenas, afrodescendientes y niñez.

Las democracias insuficientes en América Latina no han logrado hasta ahora y salvo excepciones, traducir la democracia en mayor bienestar y desarrollo para la mayoría de sus ciudadanos y ciudadanas. Como era de esperar, ello ha generado el “represamiento” (acumulación) y hasta la exacerbación de diversas y legítimas demandas populares y locales, en salud, educación, carreteras y obras públicas, empleo, manejo del agua, contaminación, etc., que con frecuencia jaquean a regímenes democráticos y ponen en cuestión, inclusive, la viabilidad del sistema democrático en algunos países de la región y, a la vez, abren la puerta a nuevas propuestas autoritarias que, a diferencia de las pasadas dictaduras militares, suelen instrumentalizar las formas democráticas para, paradójicamente, vaciar de contenido a la democracia a través de la concentración del poder en el líder, el control de instituciones o la desaparición fáctica del equilibrio de poderes.

* Esta ponencia es una síntesis y actualización de un documento anterior del autor. “Acceso a la justicia: llave para la gobernabilidad democrática”, reporte final del proyecto “Lineamientos y buenas prácticas para un adecuado acceso a la justicia en las Américas”, Organización de los Estados Americanos, Washington, D.C., 2007.

** El autor es actualmente el Director del IDL, profesor asociado de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP), abogado y Máster en Derecho Constitucional.

Por ello, no le falta razón al actual Secretario General de la Organización de los Estados Americanos (OEA), José Miguel Insulza, al hablar con claridad sobre los desafíos actuales de nuestras democracias:

La democracia no es privilegio de los ricos; pero para los pobres debe significar algo más: debe ser el vehículo para su protección y progreso dentro de la sociedad. Nos falta lograr que este instrumento sea eficaz para cambiar la vida de los latinoamericanos, sobre todo sus condiciones sociales... Las carencias de la sociedad son la tarea de la democracia porque ella es una forma de organización social cuyo objeto es la creación de ciudadanía. Sin plena ciudadanía política, civil y social, tendremos una democracia incompleta¹.

Hay pues, un serio y preocupante problema de legitimidad y respaldo ciudadano al sistema democrático, fundamentalmente por que hasta ahora las democracias se han mostrado insuficientes o incompletas para satisfacer los necesidades básicas de sus ciudadanos y ciudadanas en materia de seguridad, empleo, salud, educación, acceso a la justicia, etc. De lo que se trata es de que la democracia suponga desarrollo y bienestar y, en ese empeño, mejorar el acceso a la justicia es un aspecto central. Se suele decir que la calidad de una democracia se puede medir por la posibilidad o no que tienen sus ciudadanos y ciudadanas de proteger o dilucidar sus derechos acudiendo a un sistema o mecanismo de justicia independiente y eficiente, sea estatal o no estatal. Así, las reformas judiciales exitosas sólo pueden darse en contextos institucionales democráticos y de respeto del Estado de Derecho y que, por ende, fortalecen la independencia judicial y mejoran el acceso a la justicia y la tutela de los derechos fundamentales: “las reformas exitosas son aquéllas que incrementan la independencia judicial –y, por lo tanto– modifican el contexto político en el que operan y promueven el acceso efectivo y equitativo a la justicia”².

¹ Discurso en el quinto aniversario de la suscripción de la Carta Democrática Interamericana. Sesión Especial del Consejo Permanente de la OEA, 12 de septiembre de 2006, Washington, D.C.

² Uprimny, Rodrigo, César Rodríguez y Mauricio García, *¿Justicia para todos?, Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia*. Grupo Editorial Norma, Bogotá, 2006, pág. 28.

1. Concepto amplio e interamericano de acceso a la justicia

Somos plenamente conscientes que en torno al concepto de “acceso a la justicia”, desde la clásica obra de Mauro Cappelletti y Bryant Garth de fines de los 70³, ha habido un vasto desarrollo doctrinal desde el derecho y otras ciencias sociales, lo que hace que, en la actualidad, el concepto de acceso a la justicia tenga un amplio contenido y diversas aproximaciones y definiciones. Sin embargo, para efectos del presente informe, hemos optado por una definición lo más amplia posible del concepto de acceso a la justicia, que supone definirlo, por ende, como el “derecho de las personas, sin distinción de sexo, raza, edad, identidad sexual, ideología política o creencias religiosas, a obtener una respuesta satisfactoria a sus necesidades jurídicas”⁴. Como señala Javier La Rosa,

...esta noción [de acceso a la justicia] ha transitado sucesivas etapas que han ido desde establecer una asociación directa con garantías procesales básicas (tutela judicial)... para pasar posteriormente a una visión vinculada a un derecho más complejo referido a toda clase de mecanismo eficaz que permita solucionar un conflicto de relevancia jurídica⁵.

En ese sentido, es de destacar la investigación regional que en 1999 llevó a cabo el Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH) de San José de Costa Rica⁶, que, con el apoyo del Banco

³ Cappelletti, Mauro y Bryant Garth, *El acceso a la justicia. La tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivos los derechos*, primera edición en español. Fondo de Cultura Económica, México, 1996. “Es casi obligatorio referirse al proyecto de Florencia para el acceso a la justicia que Mauro Cappelletti dirigió en la pasada década del setenta, donde se pasa revista a los diversos esfuerzos que en varios países llevaban a cabo para contrarrestar las diversas barreras de acceso, asociándola básicamente a la noción de pobreza legal y la ausencia estatal para cubrir estos vacíos” (La Rosa, Javier, “Acceso a la justicia: elementos para desarrollar una política pública en el país”, en: *Derecho virtual* Año 1, No. 3, octubre-diciembre 2006, pág. 2.)

⁴ Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), *Manual de Políticas Públicas para el acceso a la justicia*. Instituto Talcahuano, Buenos Aires, 2005, pág. 7, citado en: La Rosa, Javier, *ibidem*, pág. 3.

⁵ La Rosa, Javier, *ibidem*, pág. 3.

⁶ Thompson, José (coord.), *Acceso a la justicia y equidad. Estudio en siete países de América Latina*. Banco Interamericano de Desarrollo/Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 2000.

Interamericano de Desarrollo (BID), contribuyó a reforzar la noción del acceso a la justicia como un derecho fundamental y como un aspecto central de la agenda del desarrollo de los derechos humanos en las Américas.

Por supuesto que esta definición amplia del “acceso a la justicia” comprende también el acceso al sistema estatal de justicia, esto es, a la tutela judicial efectiva que los Estados están en la obligación de otorgar a sus ciudadanos y ciudadanas. Pero no se agota en él, es decir, que “acceso a la justicia” no es equivalente a “tutela judicial efectiva” sino mucho más. Esto no es tan sólo una digresión teórica sino que tiene grandes implicancias prácticas, en especial, en el diseño e implementación de políticas públicas para mejorar el acceso a la justicia que, por ende, no deberían limitarse a ampliar la cobertura del sistema estatal de justicia (más órganos jurisdiccionales, por ejemplo), sino que también debería contemplar medidas de promoción de otros mecanismos no judiciales o no estatales de respuesta satisfactoria a las necesidades jurídicas de los ciudadanos y ciudadanas de las Américas que, con frecuencia, ni siquiera tienen posibilidad de acudir a los tribunales, como es el caso de muchos pueblos indígenas.

De esta manera, este enfoque integral del derecho al acceso a la justicia comprende, por un lado, el concepto “tradicional” del derecho de toda persona de “hacer valer sus derechos o resolver sus disputas bajo el auspicio del Estado”⁷ a través del acceso a tribunales “independientes e imparciales” y con las garantías del debido proceso, de conformidad con los artículos 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH). Por otro lado, desde esta perspectiva, los mecanismos comunitarios o indígenas, los Mecanismos Alternativos de Resolución de Conflictos (MARC), los tribunales administrativos o instancias estatales como la Defensoría del Pueblo, también pueden ser idóneos para satisfacer la demanda de acceso a la justicia de los ciudadanos y ciudadanas y, por ende, acceso a la justicia no será sinónimo –necesariamente– de tutela judicial efectiva.

⁷ Cappelletti, Mauro y Bryant Garth, *El acceso a la justicia...* pág. 9.

Dicho esto, sin embargo, esta perspectiva integral del acceso a la justicia no debe hacernos perder de vista que en una realidad como la de nuestros países, de desatención estatal o de ausencia de Estado en muchas regiones, también es fundamental seguir insistiendo para que el sistema estatal de justicia asegure, mínimamente, a la ciudadanía, una tutela judicial efectiva, esto es, el acceso a los juzgados y tribunales en igualdad de condiciones y sin discriminación alguna.

En cuanto al derecho de acceso a la justicia entendido específicamente como el derecho a la tutela judicial efectiva o a la protección judicial consagrado en el artículo 25 de la CADH, la Comisión y la Corte interamericanas han desarrollado con amplitud este derecho. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha tenido la oportunidad de condensar y actualizar el contenido de este derecho a la tutela judicial efectiva, gracias a su informe *Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas*, que fue presentado en marzo del 2007 en Washington, D.C. A continuación, los aspectos centrales de estos estándares interamericanos desarrollados en torno al derecho a la protección judicial (artículo 25) y al derecho al debido proceso (artículo 8):

- En primer lugar, el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) se basa en la premisa de que el acceso a recursos judiciales idóneos y efectivos constituye la primera línea de defensa de los derechos fundamentales⁸.
- En segundo lugar, los principios de igualdad y no discriminación representan el eje central del SIDH⁹. Al respecto, la CIDH ha señalado que

El sistema interamericano no sólo recoge una noción formal de igualdad, limitada a exigir criterios de distinción objetivos y razonables y, por lo tanto, a prohibir diferencias de trato irrazonables, caprichosas o arbitrarias, sino que avanza hacia un concepto de igualdad material o estructural que parte del reconocimiento de que ciertos sectores de la población requieren

⁸ CIDH, *Acceso a la Justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas*. OEA, Washington, D.C., 2007, pág. 10.

⁹ *Ibidem*, pág. 10.

la adopción de medidas especiales de equiparación. Ello implica la necesidad de trato diferenciado cuando, debido a las circunstancias que afectan a un grupo desaventajado, la igualdad de trato suponga coartar o empeorar el acceso a un servicio, bien o el ejercicio de un derecho¹⁰.

- En tercer lugar,

La Declaración Americana y la Convención Americana han consagrado una serie de principios básicos y obligaciones relacionados con el derecho a acceder a una adecuada protección judicial. Los artículos XVIII de la Declaración Americana y los artículos 8 y 25 de la Convención Americana establecen que todas las personas tienen el derecho a acceder a recursos judiciales y a ser oídas, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un tribunal competente, independiente e imparcial cuando creen que sus derechos han sido violados. La protección de estos derechos se ve reforzada por la obligación general de respetar, impuesta por el artículo 1.1 de la Convención Americana¹¹.

Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha desarrollado, a través de sus sentencias, este derecho a la tutela judicial efectiva, a la protección judicial o de acceso a recursos judiciales idóneos y efectivos:

El artículo 25 en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana, obliga al Estado a garantizar a toda persona el acceso a la administración de justicia y, en particular, a un recurso rápido y sencillo para lograr, entre otros resultados, que los responsables de las violaciones de los derechos humanos sean juzgados y para obtener una reparación por el daño sufrido... [El artículo 25] constituye uno de los pilares básicos, no sólo de la Convención Americana, sino del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática... [Dicho artículo] guarda relación directa con el artículo 8.1... que consagra el derecho de toda persona a ser oída con las debidas garantías... para la determinación de sus derechos de cualquier naturaleza¹².

¹⁰ *Ibidem*, pág. 43.

¹¹ *Ibidem*, pág. 11.

¹² *Ibidem*, pág. 11.

- En cuarto lugar, el sistema interamericano ha consagrado y desarrollado el deber de los Estados de debida diligencia, esto es,

...el deber de los Estados de proveer recursos judiciales no se limita a ponerlos formalmente a disposición de las víctimas, sino que tales recursos deben ser idóneos para remediar las violaciones de derechos humanos denunciadas. La Corte Interamericana ha afirmado que... debe subrayarse que, para que tal recurso exista, no basta con que esté previsto por la Constitución o la ley o con que sea formalmente admisible, sino que se requiere que sea realmente idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla¹³.

Al respecto, la Corte Interamericana ha precisado aún más el alcance efectivo y no sólo formal de este derecho, señalando que

...no es suficiente con que en los procesos de amparo se emitieran decisiones definitivas, en las cuales se ordenó la protección a los derechos de los demandantes. Además, es preciso que existan mecanismos eficaces para ejecutar las decisiones o sentencias, de manera que se protejan efectivamente los derechos declarados... la ejecución de las sentencias debe ser considerada como parte integrante del derecho de acceso al recurso, que abarque también el cumplimiento pleno de la decisión respectiva¹⁴.

- En quinto lugar, el SIDH considera que la falta de acceso a la justicia, entendida como el derecho a la tutela judicial efectiva o de protección judicial, propicia la impunidad de las violaciones de derechos humanos y la repetición de las mismas:

La impunidad ante las violaciones de derechos humanos existe cuando hay la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos protegidos por la Convención Americana... la impunidad propicia la repetición crónica de las violaciones de derechos humanos y la total indefensión de las víctimas y sus familiares¹⁵.

¹³ *Ibidem*, pág. 12.

¹⁴ *Ibidem*, pág. 12.

¹⁵ *Ibidem*, pág. 13.

- En sexto lugar, el SIDH ha afirmado que la responsabilidad de los Estados de actuar con la debida diligencia frente a actos violentos comprende a las acciones de actores no estatales, terceros y particulares¹⁶.
- En séptimo lugar, la CIDH ha señalado que el deber de diligencia para prevenir situaciones de violencia, en especial en un contexto de prácticas extendidas o estructurales –como en el caso de los pueblos indígenas, afrodescendientes, mujeres, niños, inmigrantes, entre otros–
 - ...impone a los Estado el correlativo deber de vigilar la situación social mediante la producción de información estadística adecuada que permita el diseño y la evaluación de las políticas públicas, así como el control de las políticas que se implementen por parte de la sociedad civil¹⁷.
- En octavo lugar, los instrumentos internacionales, tanto del Sistema Interamericano como del Sistema Universal de Derechos Humanos, contemplan un conjunto de garantías básicas que todo proceso judicial debería ostentar para la vigencia efectiva del derecho al acceso a la justicia. En ese sentido,
 - ...establecen que la recopilación de evidencias físicas en los casos debe ser efectuada por especialistas capacitados en el tipo de violencia que se está investigando... En todo momento, la cultura de la víctima y el contexto en el que se produjo la violencia deben tomarse en consideración y de ser necesario un intérprete, éste debe hacerse disponible¹⁸.
- En noveno lugar, la CIDH ha interpretado que una dimensión particular del derecho a la protección judicial efectiva consagrado en el artículo 25 de la Convención Americana, es el derecho a acceder también a una tutela cautelar efectiva.
 - En su Informe sobre la Situación de Defensoras y Defensores de los Derechos Humanos en las Américas, la CIDH estableció algunos principios generales que deben regir las acciones de tutela

¹⁶ *Ibidem*, pág. 13.

¹⁷ *Ibidem*, pág. 20.

¹⁸ *Ibidem*, pág. 23.

cautelar en los Estados... el derecho a la protección judicial crea en los Estados la obligación de establecer y garantizar recursos judiciales idóneos y efectivos para la protección cautelar de los derechos... que los recursos sean sencillos, urgentes, informales, accesibles y tramitados por órganos independientes... es necesaria una amplia legitimación activa de estos recursos, tal que permita que los mismos puedan ser promovidos por familiares u órganos públicos... También es conveniente que tales recursos puedan tramitarse como recursos individuales e igualmente como acciones cautelares colectivas... por tratarse de acciones de protección de derechos fundamentales en casos urgentes, la ritualidad de las pruebas no debería ser la misma que se exige en los procesos ordinarios¹⁹.

2. El derecho al nombre para acceder a la justicia

Un aspecto muy concreto que los Estados de América Latina podrían impulsar muy agresivamente, que debería ser objeto de amplio consenso político y social y que podría contribuir significativamente a superar esa “ciudadanía de baja intensidad” o esa “pobreza legal” de la que hablan los expertos y los organismos internacionales, es el otorgamiento de documento de identidad a millones de ciudadanos y ciudadanas del continente que no lo tienen.

Estas personas, literalmente, no existen legalmente para los Estados y sociedades de nuestros países y están impedidos de realizar transacciones económicas, de recibir beneficios o subsidios estatales, de participar en programas educativos, sociales o productivos o de acudir al sistema estatal de justicia para proteger sus derechos fundamentales, entre otras tantas limitaciones. Por ejemplo, las mujeres indígenas que sufren violencia doméstica y que son indocumentadas, están impedidas de poder acudir al sistema de justicia en busca de protección, pues para cualquier trámite las autoridades policiales o judiciales les piden documento de identidad. Asimismo, los niños que requieren demandar ante las autoridades judiciales a sus padres para que les brinden alimento y sostén, tampoco pueden hacerlo si es que no cuentan con un documento de identidad.

¹⁹ *Ibidem*, pág. 27.

Las causas de dicha situación varían en cada país, pero algunas raíces comunes son las siguientes:

- Los altos costos económicos para obtener el documento de identidad.
- Los excesivos trámites o trabas burocráticas existentes en algunos ordenamientos.
- El desconocimiento de los ciudadanos en torno a la existencia o importancia de este trámite.
- Las grandes distancias geográficas que separan los centros poblados rurales o indígenas de las oficinas que otorgan estos documentos de identidad.
- La destrucción de registros civiles por desastres naturales o conflictos armados internos que vivieron muchos países.
- La falta o deficiente coordinación entre diversas entidades estatales involucradas en este tema: entre gobiernos municipales y entidades nacionales, por ejemplo.

Por lo general, los sectores más perjudicados con esta situación de “indocumentación” son las mujeres indígenas y las niñas y niños rurales, en especial, los niños que nacen producto de una relación extramatrimonial. Por tanto, una medida concreta que se podría recomendar a los Estados miembros es la adopción de una política pública de documentación de ciudadanos y ciudadanas indocumentadas que debería suponer, entre otros aspectos:

- La gratuidad o sustancial subsidio estatal de los costos para el otorgamiento de documentos de identidad a favor de los sectores sociales de extrema pobreza.
- La simplificación de los trámites burocráticos.
- La expansión geográfica de las oficinas estatales encargadas del otorgamiento del documento de identidad, en especial en las zonas rurales.
- Una mejor coordinación entre las entidades estatales, por ejemplo, entre el ámbito municipal y nacional.
- La inversión en tecnología que permita facilitar el otorgamiento del documento de identidad.

- La participación de la sociedad civil y la cooperación internacional en este proceso, a fin de que cooperen y fiscalicen.
- Contemplar modificaciones legislativas que permitan a los hijos fruto de una relación extramatrimonial, tener derecho al nombre, aunque ello no signifique necesariamente vínculo de filiación con el padre²⁰. Para ello, debería impulsarse la disociación legislativa del derecho al nombre del derecho a la filiación.

En cuanto a la disociación entre el derecho al nombre y el derecho a la filiación, la experta peruana Elizabeth Salmón sostiene que ello tiene sustento en los instrumentos internacionales del Sistema Universal y del SIDH y que, por tanto, si bien guardan estrecha relación, son derechos humanos autónomos:

...en la mayoría de los instrumentos internacionales el derecho al nombre aparece consignado de manera autónoma, sin establecer un nexo o relación con la filiación. Sólo en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, en parte, se hace una referencia expresa al vínculo que debe existir entre los progenitores y los apellidos del hijo. Sin embargo, la misma Convención Americana sobre Derechos Humanos en la parte final de su artículo 18° señala: “La ley reglamentará la forma de asegurar este derecho para todos mediante nombre supuestos, si fuere necesario”. De lo anterior se observa que si bien es común que el nombre guarde estrecha relación con el tronco familiar, esto no ocurre en todos los casos, por lo que podemos concluir que el derecho al nombre y la filiación, si bien se encuentran íntimamente vinculados, pueden ser separados y, por lo tanto, constituyen derechos autónomos... la simple posesión del nombre no debe, o no debiera, establecer ningún

²⁰ En el Perú, la coalición “Alianza por el Derecho Ciudadano”, que agrupa a ONG, instituciones estatales y cooperación internacional, y que está enfocada a promover el derecho al nombre y a la identidad, contribuyó a la aprobación de la Ley No. 28720 “Ley que modifica los artículos 20 y 21 del Código Civil”. Dicha modificación permite la inscripción de los hijos nacidos de una relación sin vínculo matrimonial con los apellidos del padre y la madre, aún cuando uno de ellos estuviera ausente al momento de la inscripción, sin que ello signifique vínculo de filiación (AA.VV., *El Derecho al nombre e identidad, tres estudios*. Alianza por el Derecho Ciudadano (ADC) y Oxfam Internacional, Lima, 2006, págs. 16 y 17).

vínculo de filiación, sino hasta que el supuesto progenitor hiciera el correspondiente reconocimiento²¹.

3. Creciente (in)seguridad ciudadana y demanda social por mas seguridad

Una de las más serias y actuales preocupaciones en América Latina es la incapacidad de los sistemas de seguridad ciudadana y de administración de justicia de nuestros países, para enfrentar con éxito la delincuencia y sus secuelas de creciente percepción ciudadana de impunidad del delito, de deslegitimación de los sistemas judiciales, de impulso hacia atajos primarios como los linchamientos, entre otros.

Sobre el particular, Susana Villarán, en un documento no publicado consigna la valiosa opinión del perito médico Carlos Martín Beristain, en un proceso ventilado ante la Corte Interamericana en el caso de la desaparición del niño Marco Antonio Molina Theissen contra Guatemala:

Desde una perspectiva psico-social, la impunidad tiene varios efectos. En primer lugar, los efectos educativos, es decir, el cambio de valores que se produce en una sociedad en la que se paraliza la capacidad de denunciar o en la que el hecho de denunciar se convierte en una nueva fuente de peligro o de posible retraumatización por las amenazas que se ciernen sobre los denunciados. Esto genera la llamada “impotencia aprendida”, es decir, se aprende que no se puede hacer nada para cambiar y que lo que hay que hacer es volver a las formas más primitivas de adaptación, tratar de protegerse. Otro efecto de la impunidad, dentro de ese cambio de valores, es que estimula el aumento de las venganzas privadas. Cuando no hay un sistema judicial que responda en un ámbito público a generar un cierto reequilibrio después de ocurrida una violación o hecho traumático, se produce un aumento de la violencia social... un contexto de impunidad lleva muchas veces a un descrédito de la democracia, porque el valor de la justicia no es rescatado como el valor de un nuevo proceso social, y ello induce a generar situaciones en las cuales las violaciones de

²¹ Salmón, Elizabeth, “El derecho a la identidad y al nombre como parte de las obligaciones del Estado peruano en materia de derechos humanos”, en: AA.VV., *El derecho al nombre e identidad, tres estudios...* págs. 38 y 39.

derechos humanos se consideran parte de la salida para luchar contra un contexto de impunidad...²².

Por un lado, cada vez más algunas protestas sociales (muchas de ellas con demandas justas) incurren en virulentos actos de violencia contra personas o bienes públicos y privados que, a la vez, son duramente reprimidos por los cuerpos de seguridad. Por otro lado, los índices de criminalidad y delincuencia se han incrementado considerablemente en la región, lo que supone todo un reto para los servicios de seguridad ciudadana (policías, gobiernos locales) y para los sistemas penales de justicia para evitar la impunidad, reto al que a la fecha no han podido responder adecuadamente²³.

No es casual, por ello, que en el marco de la OEA los Estados hayan suscrito la Declaración sobre la Seguridad en las Américas, en la ciudad de México en octubre del 2003. En dicha Declaración, pese a la grave situación de inseguridad que viven, en especial, algunas ciudades, los Estados reafirmaron “que la democracia constituye un derecho y un valor compartido fundamental que contribuye a la estabilidad, la paz y el desarrollo de los Estados del hemisferio y su plena vigencia es esencial para la consolidación del Estado de Derecho...” (Punto III.5).

¿Por qué este problema afecta el acceso a la justicia? No sólo por las secuelas de deslegitimación, sensación de impunidad o justicia por mano propia que ya hemos visto, sino también propicia discursos políticos o gubernamentales de “mano dura” contra la delincuencia que se traducen, con frecuencia y entre otras cosas, en graves violaciones o restricciones a las garantías ciudadanas como el debido proceso, o en el

²² Corte IDH, Caso Molina Theissen vs. Guatemala, reparaciones. Sentencia de 3 de julio de 2004, citado en: Villarán, Susana, “Acceso a la justicia en el sistema interamericano de derechos humanos”, documento inédito, pág. 17.

²³ Lovatón Palacios, David, “Apuntes para una agenda andina de derechos humanos”, en: *Situación humanitaria en la región andina*, Memorias de la Conferencia Regional Humanitaria llevada a cabo en Cali en septiembre del 2004. Programa Democracia y Derechos Humanos de la Unión Europea, Bogotá, junio del 2005, págs. 295 y ss.

endurecimiento de la legislación penal (penas más severas, persecución penal contra menores de edad, hacinamiento de las cárceles, etc.)²⁴.

Sin embargo, también hay que señalar que hay algunas experiencias nacionales que demuestran que con un enfoque correcto y voluntad política, es posible combatir o controlar con relativo éxito la criminalidad. Recientes experiencias relativamente exitosas en algunas ciudades de Colombia (Bogotá y Medellín) y de Chile (Santiago) dan pistas de que ello es posible.

Por tanto, ante la magnitud y gravedad del incremento de los índices de criminalidad y de la inseguridad ciudadana en muchos países del continente, es pues grande la tentación en gobernantes y gobernados por implementar políticas de “mano dura” que terminan afectando el Estado de Derecho y el acceso a la justicia y, con frecuencia, dejan sin resolver los problemas de fondo. Que las Fuerzas Armadas pasen a cumplir funciones de orden interno, declaratorias de estados de excepción, de emergencia o de sitio; que todo delito sea sancionado con cárcel por menor que aquél sea; contemplar la responsabilidad penal de menores de edad; agravar las penas o, inclusive, la reinstauración de la pena de muerte, son algunas de las propuestas de mano dura que encuentran terreno fértil en determinadas coyunturas en los que, en efecto, el Estado democrático de Derecho se muestra ineficiente al combatir la delincuencia.

El problema con estas posturas de “mano dura” no sólo es que se traducen en una peligrosa reducción de las garantías y derechos civiles que los ciudadanos suelen gozar en un Estado de Derecho (libertad de tránsito, presunción de inocencia, inviolabilidad del domicilio, etc.), sino que resultan absolutamente demagógicas pues no suelen resolver los problemas sino, inclusive, los agravan. La actual condición de las cárceles en América Latina es la mejor muestra de ello: están sobrepobladas y, sin embargo, se propone aumentar las penas y castigar con encierro más tipos penales.

Las cárceles en América Latina no son –como supuestamente deberían ser– centros de resocialización de las personas que delinquen,

²⁴ *Ibidem*, pág. 297.

sino que –salvo excepciones– se han convertido en escuelas del crimen, lugares controlados por el hampa o centros de hacinamiento infrahumano. Al respecto, datos recogidos del “Reporte sobre el estado de la justicia en las Américas 2004-2005” del web site del Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA) (<http://www.cejamericas.org>), revelan esta dramática situación²⁵:

Capacidad instalada de cárceles
en América Latina y el Caribe
(estimación sobre la base de 20 países²⁶, año 2004) 2 340 176 personas

Total de población penitenciaria
en América Latina y el Caribe
(estimación sobre la base de 20 países²⁷, año 2004) 2 881 912 personas

Total de sobrepoblación
(19 países²⁸, uno no tiene sobrepoblación) 541 736 personas

Fuente: CEJA, Estado de la Justicia en las Américas, 2004-2005. Elaboración propia.

Hay una gran incoherencia entre el discurso político y mediático de “mano dura” contra la delincuencia (penas más severas, más penas de cárcel, menos beneficios penitenciarios, etc.), y la crisis del sistema penitenciario en muchos de nuestros países: falta de recursos, elevado porcentaje de presos sin condena, corrupción enquistada, ausencia de política penitenciaria, ausencia de sistemas de cumplimiento de penas alternativas, etc.

Otra prueba de lo demagógicas e ineficaces que suelen ser las políticas de “mano dura” son los graves problemas por los que suelen atravesar los cuerpos policiales en el continente y que, por lo general, dichas políticas no atacan. Como bien señala el experto Gino Costa:

... nuestras instituciones policiales están mal gestionadas, carecen de sistemas de planificación y evaluación de su trabajo, y de la capacidad

²⁵ CEJA, *Reporte sobre el estado de la Justicia en las Américas (2004-2005)*, disponible al 28 de julio de 2010 en: <<http://www1.cejamericas.org/cejacommunity/index.php?id=286&Accion=VeRes&item2=529>>.

²⁶ Canadá no se incluye.

²⁷ No se incluye Puerto Rico porque no hay sobrepoblación en este país; tampoco Canadá porque no se han consignado datos de sobrepoblación.

²⁸ Canadá no se incluye porque no se poseen datos de sobrepoblación. El porcentaje promedio incluye la cifra negativa de Puerto Rico (-12%).

para adecuarse a los rápidos cambios del entorno. Son, en la mayoría de los casos, instituciones costosas y sumamente ineficientes, en las que la corrupción y las violaciones de derechos humanos son no sólo crónicas sino normalmente encubiertas. Ello explica la percepción negativa de la opinión pública y la gran desconfianza para otorgarle mayores poderes. Paradójicamente, esta situación va acompañada de una demanda general en la región por contar con una mayor presencia policial²⁹.

En consecuencia, el reto es ¿cómo compatibilizar, cómo encontrar el equilibrio entre el legítimo combate a la delincuencia y el respeto a los derechos humanos, tanto de las víctimas como de las personas acusadas de haber cometido algún delito? Como se sabe, la otra cara de la moneda es que, con frecuencia, personas inocentes –por lo general de grupos vulnerables como indígenas o afrodescendientes– son acusadas de delinquir injustamente.

En primer lugar, hay que ser claros al precisar que la seguridad ciudadana y el combate del crimen no son asuntos de responsabilidad exclusiva del sistema de justicia. Los sistemas de seguridad están llamados a cumplir un rol central en este ámbito, sin perjuicio que la justicia cumpla con las obligaciones y funciones que le corresponden y que exista coherencia y coordinación entre las políticas públicas y medidas que se adopten en uno y otro ámbito.

En ese sentido, si nuestro objetivo final es fortalecer el Estado de Derecho y hacer viable la gobernabilidad democrática de nuestros países, y con tal fin propiciamos en el ámbito de la administración de justicia propuestas e iniciativas que contribuyan a mejorar la vigencia de los derechos humanos a través de la mejora del acceso a la justicia, entonces deberíamos preocuparnos por propiciar también en el ámbito de la seguridad ciudadana, modelos que manteniéndose distantes de los discursos de “mano dura”, aspiren a un equilibrio entre la tutela de los derechos fundamentales y una real eficacia en el combate del delito.

²⁹ Costa, Gino, “Prólogo”, en: Rico, José María y Laura Chinchilla, *Las reformas policiales en América Latina: situación, problemas y perspectivas*. Instituto de Defensa Legal y Open Society Institute, Lima, 2006, pág. 18.

A esta altura y ante la gravedad de la situación, no es suficiente tan sólo preocuparse para que una política de seguridad cautele escrupulosamente los derechos humanos, sino también cómo logra ser exitosa en el combate, reducción y prevención del delito.

Por ello, luego de revisar la bibliografía especializada en español sobre la materia, consideramos que un buen modelo de seguridad ciudadana es el modelo de policía comunitaria, también denominada como policía de proximidad. Para tal efecto, nos remitimos a una excelente investigación regional publicada por los expertos José María Rico y Laura Chinchilla, que cuenta, además, con un muy buen prólogo del experto Gino Costa³⁰. Precisamente éste último sostiene que

Los autores comienzan por recordarnos que la evidencia empírica disponible, sobre todo en los países desarrollados, da cuenta del fracaso de las políticas criminales punitivas, médico-terapéuticas (la rehabilitación a través del sistema penitenciario) y sociales (reformas estructurales para enfrentar las causas del delito). Ellos se encargan de subrayar los límites del sistema penal y llaman la atención sobre la necesidad de realizar una mayor labor de prevención... sin abandonar la empresa de hacer más eficiente el sistema penal³¹.

Modelo de policía comunitaria o de proximidad

La policía comunitaria o de proximidad surge en los Estados Unidos a fines de la década de los setenta, ante el escaso éxito de los métodos tradicionales de prevención y debido al incremento de hechos de violencia, drogas, de los llamados “delitos de la calle” y de los actos de incivilidad (*disorders*). El nuevo modelo se extendió rápidamente a Canadá y Europa con respecto a la pequeña y mediana delincuencia³². Tiene como objetivo principal “Mejorar la calidad de vida y bienestar

³⁰ Rico, José María y Chinchilla, Laura, *Las reformas policiales en América Latina...*

³¹ Costa, Gino, “Prólogo”, en: Rico, José María y Laura Chinchilla, *Las reformas policiales en América Latina...* págs. 20 y 21.

³² *Ibidem*, pág. 124.

de los ciudadanos y favorecer una mayor cohesión y solidaridad sociales”³³. Tiene como principales características las siguientes³⁴:

- Énfasis puesto en la descentralización operativa de la policía, así como en el patrullaje del barrio.
- La ampliación del mandato policial más allá del mantenimiento del orden público, y que abarca la solución y prevención de otros problemas comunitarios.
- Un mayor acercamiento a la comunidad.
- Amplia y activa participación de la comunidad en la identificación y solución de los problemas de orden público, incluyendo la criminalidad.
- Establecimiento de mecanismos de cooperación y coordinación con las autoridades locales, los servicios públicos y privados, la prensa y la comunidad en general.
- Inserción de la acción policial en las políticas locales de desarrollo social.
- Deber de rendición de cuentas ante las autoridades locales y la comunidad.

En el capítulo tercero de la publicación de Rico y Chinchilla se desarrollan unos lineamientos prácticos para una política integral de seguridad, algunos de cuyos principales rasgos, en apretada síntesis, son los siguientes³⁵: i) el valor principal es la protección de la sociedad y de sus miembros y, por ende, el amparo de los derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos; ii) la policía debe ser un servicio profesional y, por ende, desmilitarizarse y despolitizarse; iii) el establecimiento de efectivos controles disciplinarios de la actuación policial; iv) la elaboración y actualización de un diagnóstico de la situación de la policía; v) revisión de programas de capacitación; vi) reorganización integral del servicio policial; vii) redistribución territorial de los recursos y personal; viii) implementación de experiencias piloto; ix) establecimiento y alimentación de un banco de datos confiable.

³³ *Ibidem*, pág. 124.

³⁴ *Ibidem*, pág. 125.

³⁵ *Ibidem*, págs. 203-223.

Al respecto, Gino Costa resalta la importancia de implementar previamente experiencias piloto que nos enseñen cómo funcionan las instituciones en la realidad: “Antes de convertirla en política pública... es preciso poner en práctica un proyecto piloto para probarla en la realidad, cosa que rara vez hacemos, pues o adoptamos un enfoque o modelo acríticamente, o ponemos en práctica un piloto que luego no evaluamos y abandonamos al poco tiempo”³⁶.

Asimismo, Costa condensa con gran claridad una de las características esenciales de todo servicio público de seguridad, esto es, que la policía debe estar lo más próximo y ser lo más parecido a la comunidad y sociedad a la que sirve y, por ejemplo, si la sociedad es multicultural, la policía también: “Para ser instituciones que sirven y protegen a la sociedad, las policías deben ser lo más parecido a ella. Por eso es importante que cuenten con una representación significativa de mujeres y de grupos étnicos”³⁷.

Frente a los graves problemas de corrupción y abuso policial que padecen muchos cuerpos de seguridad en la región, mecanismos de transparencia de la gestión pública y de rendición de cuentas serán las herramientas con las que contará una reforma policial de signo democrático para prevenir esos problemas y, además, hacer más eficiente el gasto público:

La única manera de combatir con éxito la corrupción y los abusos policiales es superando las deficiencias de los regímenes disciplinarios vigentes y fortaleciendo los mecanismos de control y supervisión, tanto internos como externos. La transparencia y el desarrollo de mecanismos de rendición de cuentas y de acceso a la información institucional contribuirán a reducir cualquier forma de abuso... pues de lo contrario más recursos no se traducirán en mayor eficiencia³⁸.

³⁶ *Ibidem*, pág. 16.

³⁷ *Ibidem*, pág. 18.

³⁸ *Ibidem*, págs. 18 y 19.

4. Tensión entre reformas penales y demanda por más seguridad ciudadana

Es conocido que a partir de la década de los noventa algunos Estados, organizaciones de sociedad civil y agencias de cooperación internacional, impulsaron procesos de reforma procesal penal, para migrar de viejos sistemas penales caracterizados ampliamente como “inquisitivos”, a otro modelo penal más moderno y de corte “acusatorio”, más eficiente y tuitivo de los derechos fundamentales durante el proceso penal. Para ello se aprobaron significativos cambios legislativos nacionales (nuevos códigos, nuevas leyes procesales) y se ha invertido gran cantidad de recursos económicos y humanos y, sin embargo, a excepción de Chile, los resultados en el resto de países son, a la fecha, aún insatisfactorios.

Sin duda, una de las instituciones hemisféricas que más ha contribuido a impulsar y hacer un balance de estos procesos de reforma procesal penal en los diversos países del continente donde se ha implementado, es, precisamente, un centro creado por la OEA: el Centro de Estudios para la Justicia de las Américas (CEJA). Con sede en Santiago de Chile, en los últimos años el CEJA ha contribuido significativamente al balance, promoción y difusión de estas reformas.

Al inicio del año 2007, eran 14 los países en la región que habían iniciado procesos de reforma procesal penal: Guatemala (1994), El Salvador (1998), Costa Rica (1998), Argentina (1998), Paraguay (1999), Venezuela (1999), Bolivia (2000), Chile (2000), Ecuador (2001), Nicaragua (2001), Honduras (2002), República Dominicana (2004), Colombia (2005) y Perú (2006)³⁹.

Por su parte, en otro documento de balance de la actuación de los ministerios públicos en estos procesos de reforma, el CEJA sostiene que la reforma procesal penal

...en general ha estado orientada a dar vigencia a los principios del debido proceso. Además, el proceso de reforma ha buscado superar

³⁹ Ponce, Nataly, “Avances y desafíos de las defensorías públicas para garantizar el acceso a la justicia en las reformas procesales penales en América Latina”, documento inédito, Santiago de Chile, 2007, pág. 3.

la rigidez y la burocratización de la instrucción tradicional, por la vía de flexibilizarla y reducir su duración. También se han entregado a los fiscales facultades para derivar los casos hacia nuevas alternativas de solución de los conflictos penales, basadas fundamentalmente en el acuerdo de las partes⁴⁰.

Esta ola de reformas en el continente se ubica en el centro del acceso a la justicia en el ámbito de la persecución penal, pues apunta, por un lado, a que el acusado de haber cometido algún ilícito penal, tenga derecho a defenderse y a probar su inocencia en un marco de respeto al debido proceso.

Por otro lado, estas reformas también apuntan a que la víctima tenga una participación más activa en el proceso y que sus intereses y pretensiones no sean dejados de lado; se ha constatado, por ejemplo, que con frecuencia la víctima lo que quiere no es necesariamente la imposición de una pena al delincuente, sino la reparación del daño sufrido; sin embargo, esta preocupación por una mayor participación de la víctima en el nuevo proceso penal, no se ha traducido necesariamente en la defensa de sus intereses por parte de los institutos de defensa pública, más enfocados en la defensa de los imputados⁴¹.

Por tanto, un aspecto clave en estos procesos de reforma procesal penal es el impulso y mejora de los servicios públicos de defensa gratuita o “defensa de oficio” (tal como se conoce en algunos países del continente), que sin duda constituye una pieza fundamental para propiciar (o no) una buena defensa del acusado y, también, de la víctima. En algunos países del continente se han erigido institutos especializados y con presupuesto propio, encargados de la defensa pública penal como en Chile, Ecuador, Bolivia, Panamá, Colombia, Venezuela, México, entre otros. En algunos países este servicio depende de la Defensoría del Pueblo, en otros del Ministerio de Justicia y otros son autónomos.

⁴⁰ Duce, Mauricio y Cristián Riego, (redactores principales), *Desafíos del Ministerio Público Fiscal en América Latina*. CEJA, Santiago de Chile, noviembre del 2005, pág. 3.

⁴¹ Sobre el particular, Nataly Ponce sostiene que “Las defensorías públicas se concentran sobre todo en el derecho de los imputados a fin de equilibrar el desempeño de los fiscales. Su rol respecto a la víctima gira en función de las labores de defensa de los imputados” (comunicación electrónica del 7 de mayo del 2007).

Uno de los cuestionamientos políticos y sociales más frecuentes que suele hacerse en contra de un servicio estatal de defensa gratuita de las personas acusadas de haber cometido algún delito, sobre todo en la actual coyuntura de creciente demanda ciudadana por mayor seguridad frente al crimen, es ¿por qué invertir recursos públicos en defender a supuestos delincuentes o sospechosos?

Lo primero que hay que responder es que no toda persona acusada de un delito es culpable, sobre todo, en realidades nacionales como las nuestras, en las que el margen de error o abuso a nivel policial, fiscal o judicial, es aún muy grande. Los países que han sufrido conflictos armados internos en la región, pueden dar fe de los abusos y atropellos que se cometieron contra miles de personas inocentes que eran injustamente acusadas de haber cometido delitos graves; en su abrumadora mayoría, estas personas eran indígenas, pobres o de zonas rurales⁴².

Sin embargo, pese a la necesidad de contar con un eficiente sistema de defensa pública para la tutela de los derechos fundamentales en un proceso penal de corte adversarial, la realidad muestra diversas debilidades de estos servicios estatales en algunos de nuestros países.

El otro pilar para el éxito de los procesos de reforma procesal penal, es el “empoderamiento” del Ministerio Público o, en determinadas realidades nacionales, el “re-direccionamiento” de la Fiscalía hacia su papel central de investigación y persecución del delito y de defensa de los intereses de la sociedad. Ello es mucho más importante hoy en día en que el sistema de justicia cada vez más viene enfrentando conflictos de gran relevancia social, económica o política.

Por ello, en una atmósfera política y ciudadana de creciente demanda de más seguridad y no impunidad contra el crimen, el buen

⁴² La Comisión de la Verdad y Reconciliación (CVR) del Perú constató sobre este punto que “el resultado de la aplicación estricta y acrítica de la legislación antiterrorista de 1992 permitió que en el procesamiento de detenidos no se garantizara la imparcialidad ni la exactitud de los juicios. No solamente cientos de personas inocentes tuvieron que sufrir largas condenas, sino que la violación de las garantías de debido proceso arrojó una severa sombra de duda sobre los procesos realizados” (Conclusión No. 130 del Informe Final de la CVR).

funcionamiento del Ministerio Público es clave para legitimar al sistema de justicia frente a la sociedad, a través de una eficiente persecución penal del delito.

Sin embargo, pese a esa centralidad, los ministerios públicos adolecen en el continente de diversas debilidades, como seguir ostentando una organización refleja o “espejo” a la del Poder Judicial, a pesar de que cumplen funciones diferentes; una estructura no funcional a la rendición de cuentas; problemas de liderazgo; debilidades en el diseño de los procesos de trabajo adecuadas a las nuevas funciones; carencia de metas concretas en la labor de las fiscalías; debilidades en la coordinación con otros actores del sistema de justicia, en especial, con la policía, entre otras⁴³.

Frente a ello, el CEJA propone un conjunto de medidas concretas para un “cambio de paradigma” de los ministerios públicos fiscales en América Latina, esto es, de un “paradigma tradicional” hacia un nuevo paradigma en el que el Ministerio Público debe responder, fundamentalmente, a las expectativas sociales⁴⁴. En consecuencia, la agenda para los próximos años que propone el CEJA en relación a mejorar el desempeño de los ministerios públicos fiscales en el Continente, puede ser resumida de la siguiente manera⁴⁵:

- *Primera tarea:* posicionamiento institucional del Ministerio Público, más fuerte y complejo del que hasta ahora ha tenido.
- *Segunda tarea:* manejo del flujo de casos del sistema.
- *Tercera tarea:* aumento de la capacidad de respuesta.
- *Cuarta tarea:* contribución en materia de seguridad ciudadana.

En síntesis, el reto de acceso a la justicia en el marco de los procesos de reforma procesal penal en América Latina, es el siguiente: ¿Cómo compatibilizar la corriente de reforma procesal penal, de

⁴³ Para un mayor desarrollo de tales debilidades del Ministerio Público, puede consultarse: Duce, Mauricio y Cristián Riego, (redactores principales), *Desafíos del Ministerio Público Fiscal en América Latina...* págs. 12-23.

⁴⁴ *Ibidem*, pág. 29. Para más información sobre el cambio de paradigma que postula en CEJA en relación al Ministerio Público, ver: *Ibidem*, págs. 23-28.

⁴⁵ *Ibidem*, págs. 29-33.

signo garantista y que permitiría, en consecuencia, un mejor acceso a la justicia, con la creciente demanda ciudadana de mayor seguridad pública que, con frecuencia, ha derivado en discursos políticos de “mano dura” contra el crimen?

Planteamos el reto por que si bien estamos convencidos que un sistema penal de corte adversarial, moderno y tuitivo de las garantías del debido proceso no tiene por qué ser considerado sinónimo de ineficacia en el combate de la delincuencia y de impunidad, a la vez, hay que ser conscientes que en algunas experiencias de implementación esa es una de las principales acusaciones interesadas que se le hacen desde algunos sectores sociales y políticos. Por ejemplo en Chile, experiencia nacional que puede ser considerada exitosa en la implementación del nuevo proceso penal, Nataly Ponce afirma que debido a que la reforma comprende salidas tempranas ante algunos delitos, la primera percepción –errónea– de la comunidad es que los ladrones “salen” inmediatamente y que esta situación es conocida como “la puerta giratoria”, dando a entender que los delincuentes ingresan y horas después salen del sistema de justicia; problemática que exige políticas públicas y estrategias de información a la ciudadanía, especialmente para las víctimas de los delitos que son archivados o donde se aplican medidas preventivas diferentes a la privación de libertad⁴⁶.

Por su parte, en Colombia recientes investigaciones sobre la justicia en dicho país⁴⁷ expresan su preocupación por el decantamiento de dos extremos en la actuación judicial; por un lado, la “justicia protagónica”, esto es, los casos emblemáticos y materia de atención pública (narcotráfico, secuestros, cuando la víctima es un alto dignatario, casos políticamente relevantes, etc.), que son resueltos con cierta eficacia; por otro lado, la “justicia rutinaria”, esto es, los casos comunes y corrientes, que afectan a los ciudadanos de a pie y que con frecuencia quedan en la impunidad pues el sistema decide no procesarlos:

... el protagonismo judicial ha ido de la mano de la llamada rutinización de la justicia ordinaria, debido al acento, a veces excesivo, que

⁴⁶ Nataly Ponce, comunicación electrónica de 7 de mayo del 2007.

⁴⁷ Uprimny, Rodrigo, César Rodríguez y Mauricio García, *¿Justicia para todos?...*

los jueces tienden a poner en los conflictos más visibles, es decir, en aquellos con mayor efecto social o político. Esto puede implicar... una cierta actitud negligente frente a la conflictividad social ordinaria, que va desde las violaciones diarias al derecho laboral hasta la penalización de los delitos comunes, cuyo descuido conlleva al incumplimiento de funciones igualmente importantes de la rama judicial⁴⁸.

Por ende, consideramos válido plantearnos como reto cómo sintonizar los procesos de reforma procesal penal con la creciente demanda ciudadana de una más eficaz seguridad pública ante la delincuencia y, en ese sentido, identificamos tres ejes sobre los cuales debería girar dicha sintonía entre uno y otro proceso:

- Primero, empoderar los ministerios públicos penales, en la línea de cambio de paradigma que plantea el CEJA, que, entre otros aspectos, aconseja tener cuidado con las distorsiones en las que también se puede incurrir en ministerios públicos “empoderados”, como en el caso de México o Colombia.
- Segundo, empoderar los servicios de defensa pública penal, en dos sentidos: tanto la defensa del imputado como, en determinados supuestos graves, la defensa de la víctima también. Ese segundo extremo, creemos, es clave para legitimar ante la sociedad la actuación de la defensa pública y de la reforma procesal penal en general.

En esta línea van las 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, aprobadas por la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana celebrada en Brasilia en marzo del 2008:

Se destaca la conveniencia de promover la política pública destinada a garantizar la asistencia técnico-jurídica de la persona vulnerable para la defensa de sus derechos en todos los órdenes jurisdiccionales: ya sea a través de la creación de mecanismos de asistencia letrada; consultorías jurídicas con la participación de las universidades, casas de justicia, intervención de colegios o barras de abogados (Regla 29).

⁴⁸ *Ibidem*, pág. 16.

- Tercero, otro camino de armonización podría ser reforzar o “empoderar” los sistemas policiales, administrativos, judiciales, fiscales o municipales, enfocados, por un lado, al seguimiento y vigilancia de personas con medidas cautelares distintas a la detención y, por otro lado, al seguimiento del cumplimiento de las penas alternativas (trabajo comunitario). En este punto, experiencias canadienses como los “círculos de justicia” o enfoques como los de “justicia terapéutica” podrían ser de gran utilidad en el continente.

5. Pueblos indígenas y afrodescendientes

Si bien en casi todas las constituciones nacionales del Continente y los tratados de derechos humanos ratificados por los Estados se consagra la igualdad ante la ley, la igualdad de oportunidades y se condena cualquier acto de discriminación, la realidad nos muestra que tanto en la vida pública como privada, persisten diversas prácticas discriminatorias en contra de amplios sectores sociales indígenas y afrodescendientes en nuestro continente.

Esta situación es mucho más grave si tomamos en cuenta que nuestros países son mayoritariamente multirraciales y con amplios sectores sociales indígenas y afrodescendientes, con lo cual las prácticas de discriminación y exclusión no se perpetran contra una minoría sino en perjuicio de amplios sectores sociales de varios de los países del continente. En gran medida, esta es otra de los rasgos de la “ciudadanía de baja intensidad” de la que ya hablamos.

Si bien las estadísticas varían mucho según la metodología de medición, según la CEPAL⁴⁹, en América Latina y el Caribe vivirían entre 30 y 50 millones de indígenas: 671 pueblos indígenas, de los cuales 642 se encontrarían asentados en América Latina. Estos datos coinciden con el Informe PNUD de 2004 sobre pueblos indígenas⁵⁰.

⁴⁹ Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), *Panorama Social de América Latina 2006*. Disponible al 28 de julio de 2010 en: <http://www.eclac.cl/publicaciones/xml/0/27480/PSE2006_Sintesis_Lanzamiento.pdf>, pág. 28.

⁵⁰ Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), *Informe sobre Desarrollo Humano 2004: la libertad cultural en el mundo diverso de hoy*. Mundi

Según la CEPAL, en términos de volumen, el Perú es el país que más población indígena tendría, con aproximadamente 8,5 millones de personas, seguido de México (6,1 millones), Bolivia (5 millones) y Guatemala (4,6 millones); En Bolivia, Guatemala y Perú la población indígena representaba un 62%, un 41% y un 32%, respectivamente. México es un caso especial, ya que aun cuando el porcentaje de población indígena es relativamente bajo, su volumen se equipara a las cifras de Bolivia y Guatemala.

En segundo lugar se encuentran los países cuya población indígena fluctúa entre un millón y medio millón de personas: Brasil, Colombia, Chile, Ecuador y República Bolivariana de Venezuela. Por último, están los países en los que no supera el medio millón: Argentina, Costa Rica, El Salvador, Honduras, Nicaragua, Panamá, Paraguay y Uruguay.

Por su parte, el total de la población afrodescendiente en América Latina y el Caribe es de 150 millones, según la CEPAL. Brasil constituye el 50% de dicha población, el Caribe el 16%, en tanto Colombia y Venezuela tienen una población afrodescendiente significativa.

Pese a esta realidad multicultural, en el ámbito público los sistemas nacionales de justicia aún están diseñados fundamentalmente para realidades sociales monolingües y monoculturales, a pesar de la realidad multicultural de nuestros países. Si bien en países como Ecuador, Bolivia o Brasil ha habido avances importantes para revertir esta situación, aún resultan insuficientes.

Una de las medidas positivas que se han implementado en algunos de los países del continente para superar barreras lingüísticas y culturales en el acceso a la justicia, son los traductores judiciales, que contribuyen a que los ciudadanos y ciudadanas cuya lengua materna no es el español, puedan expresarse en su propia lengua ante un tribunal o en diversos momentos del proceso judicial. Otra medida es la implementación de peritos culturales, que en ocasiones ayudan

a determinar si un ciudadano o ciudadana perteneciente a un pueblo o comunidad indígena ha incurrido o no en responsabilidad penal o si es que ha seguido su derecho consuetudinario. Otra medida es establecer como uno de los requisitos para acceder al cargo de juez o fiscal, dominar el idioma predominante en el lugar o pertenecer al grupo social predominante en el lugar.

La Comisión Interamericana, ha adoptado dos informes comprensivos sobre los derechos humanos de los Pueblos Indígenas y ha sentado doctrina y jurisprudencia en los casos contenciosos que han llegado a su conocimiento, llegando varios de ellos a la Corte Interamericana. En el año 2000, publicó su informe acerca de “La situación de los Derechos Humanos de los Indígenas en las Américas”⁵¹ y en el año 2002, “Fuentes en el Derecho Internacional y Nacional del Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas”⁵². En ambos, desarrolla, aspectos relacionados con el acceso a la justicia para los pueblos indígenas⁵³.

Así, en su primer informe especial la CIDH señala que:

Los más de cuarenta millones de mujeres, hombres y niños indígenas americanos organizados en unos 400 pueblos, en casos mayoritarios en otros minoritarios dentro de la población total de cada país, son en todos los casos actores necesarios para el pleno desarrollo de las

⁵¹ OEA/Ser. L/VII.108, Doc. 62, 20 octubre 2000.

⁵² OEA/Ser. L/V/II.110, Doc. 22, 1 marzo 2001.

⁵³ Además, la Relatoría para los Derechos de los Pueblos Indígenas, ha elaborado capítulos dedicados a la situación de los pueblos indígenas en informes de país y en casos, en varios de los cuales se trata el acceso a la justicia y la justicia indígena. Entre ellos: *Justicia e inclusión social: los desafíos de la democracia en Guatemala*, IV) La situación de los pueblos indígenas, diciembre de 2003. *Informe de seguimiento sobre el cumplimiento por el Estado de Paraguay de las recomendaciones efectuadas por la CIDH en el Tercer Informe sobre la situación de los derechos humanos en Paraguay*, VII) Recomendaciones sobre los derechos de los pueblos indígenas, abril de 2001. *Tercer informe sobre la situación de los derechos humanos en Paraguay*, IX) Pueblos indígenas, marzo de 2001. *Tercer informe sobre la situación de los derechos humanos en Colombia*, X) Los derechos de los indígenas, 1999. *Informe sobre la situación de los derechos humanos en Brasil*, VI) Los derechos humanos de los pueblos indígenas en Brasil, 1997. *Informe especial sobre la situación de los derechos humanos de las llamadas «comunidades de población en resistencia» de Guatemala*, 1994.

identidades y culturas nacionales, y su contribución económica, política y social es indispensable para el pleno funcionamiento de sus democracias e instituciones. El respeto a su dignidad y derechos individuales y como colectivos es parte de ese objetivo⁵⁴.

Lo central es el reconocimiento que hace en su informe del 2000 respecto a las falencias que existen en el abordaje de los derechos de los pueblos indígenas:

El tratamiento tradicional de sus derechos como minorías, o por la vía de la prohibición de discriminaciones, no es suficiente, pues desconoce la naturaleza y complejidad de los pueblos indígenas. Se trata en efecto de un hecho más complejo y completo que el de las minorías, o incluso el de un grupo étnico. En efecto, los pueblos indígenas configuran una historia, y unas culturas, lenguas, diversidades étnicas, cultos o religiones, técnicas ancestrales, tradiciones artísticas, instituciones propias, regímenes jurídicos y de administración de justicia, territorios y hábitat. En fin, dicha realidad rica y compleja es mucho más que una minoría o una raza. Además, los derechos de los indígenas tienen una doble dinámica simultánea consistente en la interconexión entre los derechos individuales y los colectivos⁵⁵.

Un indicador de la adecuación y apertura de los sistemas estatales de justicia al carácter multicultural de muchas de nuestras sociedades, es en qué medida los procesos de reforma procesal penal en América Latina han tomado en cuenta las especiales necesidades de acceso a la justicia de los pueblos indígenas. Al respecto, un informe sobre la reforma procesal penal y pueblos indígenas de octubre del 2006 elaborado por el CEJA, y que comprendió a Bolivia, Chile, Colombia, Guatemala y Perú, sugiere que el

...proceso de reforma a la justicia criminal y el reconocimiento de los Derechos Indígenas resultan políticas públicas que presentan puntos en tensión: De un lado un proceso que... busca modernizar y estandarizar el modelo de justicia penal en la Región, del otro lado, una política que revaloriza y respeta las culturas originarias, buscando así generar fracturas en el paradigma monocultural dominante en Latinoamérica⁵⁶.

⁵⁴ Villarán, Susana, "Acceso a la justicia en el sistema interamericano..." pág. 31.

⁵⁵ *Ibidem*, pág. 32.

⁵⁶ CEJA, Informe "Reforma procesal penal y Pueblos indígenas", octubre de 2006, pág. 4.

Un aspecto clave en el reconocimiento de la justicia indígena por los ordenamientos nacionales, son los puntos de conexión o contacto entre uno y otro ámbito de la justicia: i) en qué supuestos es posible que la justicia estatal revise lo resuelto por la justicia indígena, y ii) en qué supuestos la justicia indígena excede las materias que le son propias. Al respecto, el Informe del CEJA sostiene que a la fecha no existe en los países estudiados una ley específica que regule estos supuestos y, por ende, la materia queda librada a la interpretación jurisprudencial de los tribunales: “a partir de la resolución de los casos concretos se van conformando criterios de decisión general para los conflictos en esta materia... las reglas que surgen de los fallos de la Corte Constitucional de Colombia son un ejemplo de ello”⁵⁷.

Sobre el particular, nuestra experiencia es que no necesariamente una ley en la materia resuelve las tensiones y roces entre una y otra justicia. En cambio, el terreno jurisprudencial puede resultar más propicio para una regulación más flexible y caso por caso, como lo requiere el tema. Sin embargo, la conveniencia de la opción legislativa o jurisprudencial para regular las relaciones entre la justicia estatal y la indígena, dependerá de las condiciones de cada realidad nacional y, en especial, del nivel de desarrollo que haya alcanzado la jurisprudencia nacional.

En cuanto a la situación de los afrodescendientes en el sistema de justicia y, en especial, en torno a las dificultades que tienen para acceder a la justicia, hay escasa bibliografía en el Continente. Las investigaciones y estudios dan cuenta de la discriminación de la que son objeto, en general, las poblaciones afrodescendientes en diversos ámbitos de la vida pública y privada, pero no en relación al sistema de justicia. Así, otro estudio llevado a cabo por el CEJA sobre el sistema judicial y el racismo contra los afrodescendientes en Brasil, Colombia, Perú y República Dominicana, concluyó que “subsiste en el continente americano un serio problema de invisibilidad de las prácticas de racismo e intolerancia que afectan a la población afrodescendiente”⁵⁸.

⁵⁷ *Ibidem*, pág. 7.

⁵⁸ CEJA, *Sistema judicial y racismo contra afrodescendientes, Brasil, Colombia, Perú y República Dominicana*, Observaciones finales y recomendaciones, marzo de 2004, pág. 16.

Si bien en algunos países como Brasil, se han dado algunos pasos iniciales para comenzar a enfrentar este problema, el panorama general es sumamente precario al respecto. “El caso de Perú... es ilustrativo a este respecto... las prácticas de racismo contra dicha población no se encuentran asumidas socialmente y se constata una ausencia prácticamente completa de políticas públicas al respecto... es mínimo el recurso al sistema judicial por este tipo de problemas”⁵⁹ Asimismo, en un país del Caribe como República Dominicana, “el tratamiento judicial del racismo (y xenofobia)... se encuentra en una etapa incipiente”⁶⁰.

Uno de los indicadores de esta invisibilidad de las diversas barreras que los afrodescendientes padecen para acceder a la justicia, es el contraste entre esta problemática y la de otros sectores sociales en condiciones de vulnerabilidad y que en los últimos años, sin embargo, han sido objeto de atención y denuncia, como es el caso de los pueblos indígenas o de las mujeres:

...la situación de la población afrodescendiente resulta ser de una invisibilidad especialmente grave, si se la compara con la de otros colectivos vulnerables que en las últimas décadas han venido siendo objeto de una creciente –aunque todavía insuficiente– atención por parte de los Estados del Continente americano, como es la situación de las mujeres, de los pueblos indígenas... El contraste con los pueblos indígenas es, en algunos casos, especialmente revelador del grado de invisibilidad de los afrodescendientes, en tanto ambos grupos son víctimas de extendidas prácticas de racismo, pero, como se ha visto, no reciben igual atención, ni de parte del Estado, ni de la propia sociedad civil⁶¹.

Sólo las legislaciones de Brasil y Colombia han venido incorporando estándares y mecanismos relativos a la protección de la población afrodescendiente contra la discriminación racial; sin embargo, se trata de un proceso aún embrionario⁶². El Informe del CEJA bajo referencia, concluye formulando algunas recomendaciones dirigidas a promover

⁵⁹ *Ibidem*, págs. 16 y 17.

⁶⁰ *Ibidem*, pág. 16.

⁶¹ *Ibidem*, págs. 17 y 18.

⁶² *Ibidem*, pág. 18.

que, cada vez más, los Estados comiencen a reconocer la existencia de este problema, como primer paso para enfrentarlo:

- “Una tarea elemental... debiera consistir en el establecimiento de indicadores acerca de la presencia de afrodescendientes en diversas esferas del quehacer nacional, incluyendo... el sistema judicial y áreas conexas”⁶³.
- La desagregación de la población carcelaria por origen racial⁶⁴, que permita determinar si hay o no una posible sobrepenalización de la población afrodescendiente.
- “La incorporación de acciones afirmativas destinadas a asegurar una mayor presencia de los afrodescendientes en el sistema judicial”⁶⁵.

6. Las potencialidades de la justicia indígena y comunitaria

En cuanto al derecho de los pueblos indígenas a tener un sistema de administración de justicia, normativamente se encuentra reconocido por la mayoría de los Estados miembros de la OEA, quienes han ratificado el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, que les reconoce, entre otros derechos:

Artículo 8.2. Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos.

Al respecto, los artículos 8, 9 y 10 del Convenio 169

...de acuerdo a las interpretaciones más extendidas, otorga a los Pueblos Indígenas el derecho de administrar justicias siguiendo sus propias pautas, a la vez que atribuye a los Estados la obligación de respetar sus propias decisiones⁶⁶.

⁶³ *Ibidem*, pág. 20.

⁶⁴ *Ibidem*, pág. 20.

⁶⁵ *Ibidem*, pág. 22.

⁶⁶ CEJA, Informe “Reforma procesal penal y pueblos indígenas”... pág. 7.

Sin duda este reconocimiento normativo es un avance para las comunidades o pueblos indígenas, aunque en los hechos habría que preguntarse hasta qué punto estos derechos son respetados y llevados a la práctica –como es el caso de la justicia indígena–, ya que en muchos países donde existe pluralidad de culturas, usos y costumbres, los sectores sociales indígenas siguen formando parte de los sectores sociales históricamente discriminados y excluidos.

En el caso de la justicia indígena, las resistencias “de hecho” que encuentra en diversos sistemas nacionales de justicia, suelen provenir de los propios actores del sistema (abogados, policías, fiscales, jueces), renuentes a reconocerles un espacio de actuación autónoma. Con frecuencia, por ejemplo, las autoridades indígenas son acusadas penalmente de violar la ley o de usurpar las funciones de las autoridades oficiales.

Por otro lado, hay otros mecanismos comunitarios de administración de justicia o resolución de conflictos, que se han desarrollado en el Continente, en parte ante la ineficacia de los sistemas estatales de justicia y, en parte, por que resuelven mejor determinados conflictos familiares o vecinales. Quizás una de las experiencias más emblemáticas en el América del Sur, específicamente en la región andina, es la figura del “juez de paz” existente en Perú y otros países andinos. Al respecto, existe un buen estudio regional andino publicado por el IDL de Perú y la Red Andina de Justicia de Paz y Comunitaria en el año 2005⁶⁷.

Junto con la justicia indígena en Ecuador y Bolivia, los conciliadores en equidad de Colombia, los mediadores comunitarios del Ecuador o las rondas campesinas del Perú, la justicia de paz es uno de los mecanismos comunitarios de acceso a la justicia que se han desarrollado en la región andina; está reconocida en la Constitución del Perú de 1993, en la Constitución de Venezuela de 1999, en la Constitución de Colombia de 1991 y en la de Ecuador del 2008, aunque

⁶⁷ Instituto de Defensa Legal/Red andina de justicia de paz y comunitaria, *La justicia de paz en los andes. Estudio regional*. Lima, 2005.

en este último país aún no existe legislación de desarrollo⁶⁸. El perfil del juez o jueza de paz difiere dependiendo del país o de la región: “en Venezuela y Colombia, la justicia de paz se ha instalado sobre todo en las zonas periurbanas, en tanto en el Perú es un fenómeno mayoritariamente rural”⁶⁹; en este último país, en la actualidad existen más de 5 000 jueces de paz en todo el territorio nacional, en especial, en las regiones altoandinas.

Según dicho estudio regional,

La justicia de paz en la región andina comparte rasgos comunes como: i) su carácter lego –no es ejercida por abogados–; ii) su naturaleza esencialmente conciliadora; iii) el hecho de que está facultada para aplicar no sólo la ley sino también los usos y las costumbres del lugar o criterios de justicia o equidad –“según su leal saber y entender” en el Perú o “lo justo comunitario” en Colombia–; iv) su cercanía geográfica y cultural a los potenciales usuarios –los jueces de paz suelen utilizar el idioma predominante en el lugar–; v) su bajo costo económico; vi) el que su competencia habitual esté constituida por problemas vecinales o familiares, la represión de conductas antisociales menores –faltas o contravenciones–, pequeños conflictos económicos, entre otros; y vii) el mayor o menor control que la comunidad suele ejercer en la designación –elección popular– y fiscalización de los jueces de paz⁷⁰.

Dicho estudio regional, si bien resalta como muy positivo este carácter de juez-conciliador del juez de paz, a la vez sostiene que una dosis de coerción estatal podría empoderarlos y propiciar su extensión en países como Colombia y Venezuela, que ya cuentan con la figura pero a menor escala:

Nuestra hipótesis es que la justicia de paz requiere determinadas dosis de coerción estatal para hacer más eficaz y extendida su labor en la región andina. Un dato que parece corroborar esta idea es la demanda de más herramientas de coerción por parte de los jueces de paz venezolanos y colombianos, así como de los propios usuarios del servicio, quienes en los hechos piden mayores dosis de exigibilidad en la actuación de esta justicia. Ello no quiere decir, sin embargo, que sea necesario pasar de un juez-conciliador a un juez-sentenciador, pues la

⁶⁸ *Ibidem*, pág. 15.

⁶⁹ *Ibidem*, pág. 16.

⁷⁰ *Ibidem*, pág. 16.

esencia de la justicia de paz es –y debe seguir siendo– la conciliación; lo que no impide, como lo demuestra la experiencia peruana, que se contemple determinadas dosis de coerción en materias tan sensibles como los alimentos o la protección contra la violencia familiar⁷¹.

Otra figura similar en características pero con las peculiaridades que cada contexto nacional le imprime, es la experiencia de las defensorías comunitarias en el Perú. Reconocidas en el Código del Niño y del Adolescente, son equipos conformados por miembros de la propia comunidad que tras una previa capacitación y motivación de diversas instituciones (ONG, Iglesias), orientan y apoyan a las personas –en especial mujeres y niños– en sus denuncias ante el sistema de justicia en casos de violencia familiar o sexual o en sus reclamos de derechos tales como alimentos y manutención a favor de menores de edad.

Estos equipos se caracterizan por estar conformados paritariamente por hombres y mujeres elegidos en asamblea de la propia comunidad. Tienen la virtud que hablan la lengua de la zona. En regiones quechuas alto andinas como Cusco, Apurímac, Huancavelica, Junín y Puno, las defensorías comunitarias han mostrado una incidencia valiosa en la promoción del acceso a la justicia a favor, en especial, de mujeres indígenas quechua hablantes, que son las que más dificultades tienen para acceder a la justicia en casos de violencia en contra de ellas o sus hijos.

Por otro lado, aparte de la necesidad de un mayor reconocimiento y respeto a la justicia indígena y comunitaria por parte de los sistemas estatales de justicia, uno de los puntos de tensión en este ámbito es el respeto de los derechos humanos por parte de la justicia indígena o comunitaria en determinadas situaciones, en especial, frente a los derechos de la mujer y ante la represión de conductas delictivas.

Como se sabe, tanto el Convenio OIT 169 como la mayor parte de las constituciones nacionales, dispone que la justicia indígena debe respetar los derechos humanos. Sin embargo, en ocasiones suelen surgir tensiones entre el derecho de los derechos humanos y el derecho

⁷¹ *Ibidem*, pág. 18.

consuetudinario de algunos pueblos o comunidades indígenas, que reclama el respeto de determinadas prácticas o costumbres que, a veces, podrían colisionar con algunos principios de derechos humanos. Ese es el caso de los derechos de la mujer al interior de algunas comunidades o pueblos indígenas o el de la imposición de castigos físicos en contra de las personas que han delinquido, que van desde los “saludables” (obligarlos a hacer ejercicio físico), hasta los que pueden constituir verdaderas prácticas de tortura o tratos denigrantes.

Es importante precisar, sin embargo, que estos últimos casos –a diferencia de las estigmatizaciones de algunos sectores sociales o medios de comunicación– son excepcionales, pues las autoridades indígenas o comunitarias suelen aplicar sanciones que resultan compatibles con los principios de los derechos humanos. En ese sentido, con frecuencia se suele confundir –equivocadamente– un acto de ajusticiamiento o linchamiento con la aplicación de la justicia indígena. En forma similar hay que precisar que en relación a los derechos de las mujeres, similares limitaciones o violaciones se detectan tanto en el ámbito de la justicia indígena como estatal, tal como veremos más adelante.

Finalmente, así como nos inscribimos en la orilla de quienes venimos promoviendo diversos mecanismos indígenas y comunitarios de acceso a la justicia, a la vez hay que advertir de la tentación de una excesiva “oferta” de mecanismos de justicia comunitaria que podría tener efectos negativos como terminar confundiendo a los usuarios:

En principio, en el ámbito local o comunal dicha “oferta” es positiva, pero hay que tener cuidado de no sobredimensionarla, pues se corre el riesgo de confundir al usuario o de entusiasmarse con mecanismos nuevos en desmedro de figuras que fueron implantadas hace algún tiempo pero cuyo proceso de consolidación aún no ha concluido... Colombia es, tal vez, el ejemplo más claro de esta multiplicidad de “oferta de justicia”, pues cuenta con justicia de paz, conciliación en equidad, casas de justicia, mediadores, justicia indígena, entre otras figuras; sería conveniente hacer un balance de los efectos de esta situación en los usuarios del servicio y de los niveles de coordinación –o conflicto– entre dichos mecanismos⁷².

⁷² *Ibidem*, pág. 21.

7. Mecanismos alternativos y administrativos de acceso a la justicia

Los MARC son los Medios Alternativos (o alternos) de Resolución de Conflictos (o controversias)⁷³, siglas con las que se conoce al conjunto de mecanismos privados de solución de conflictos como la conciliación, la mediación y el arbitraje; al interior de cada una de estas figuras, hay un abanico extenso de variantes.

En la actualidad, hay relativo consenso en gobiernos, organizaciones de sociedad civil, academia y cooperación internacional, en torno a la importancia de que los Estados promuevan y extiendan su uso por parte de los ciudadanos y ciudadanas del Continente, no sólo por que constituyen una alternativa potencialmente exitosa para hacerle frente a la creciente “demanda” de justicia que soportan los sistemas judiciales, sino también porque en determinados ámbitos de la vida pública o privada, los MARC pueden resolver mejor los conflictos, restaurando las relaciones interpersonales, tomando en cuenta los verdaderos intereses de las personas y recurriendo a criterios de equidad.

Sin embargo, lo que no es consenso aún son las fronteras o los límites entre los MARC y el sistema estatal de justicia, es decir, las materias que deberían ser de competencia de uno y otro. En otras palabras, el debate se centra en determinar acertadamente qué “núcleo” de conflictos o materias el Estado no debería renunciar a resolver; por ejemplo, los casos de homicidio o de violación sexual son dos supuestos indiscutibles que no deberían ser resueltos en sede de MARC. En el otro lado de la orilla, casos de pequeñas deudas de dinero o controversias patrimoniales entre vecinos, para citar dos ejemplos, es claro que son los típicos supuestos que bien podrían ser resueltos por los MARC. Este punto es clave porque es la frontera entre un buen uso de los MARC y su desnaturalización, pues de lo que se trata es que complementen la labor del sistema judicial, no que lo sustituyan, no que lo reemplacen.

⁷³ En algunos ordenamientos jurídicos nacionales se les denomina “medios extra-judiciales” de resolución de conflictos.

Algunas experiencias nacionales como la peruana y la chilena, demuestran que el arbitraje comercial ejercido por cámaras de comercio, colegios profesionales o instituciones privadas afines, constituyen una buena ruta extrajudicial de solución satisfactoria de controversias comerciales, esto es, entre personas naturales o jurídicas dedicadas al negocio y el comercio. Asimismo, los servicios de conciliación y mediación laboral que brindan algunos ministerios de trabajo, constituyen una buena alternativa siempre y cuando no se trate de conflictos en los que no estén en juego derechos fundamentales como la libertad sindical o la no discriminación, sino supuestos incumplimientos patronales de beneficios laborales (pago de algún concepto, otorgamiento de un beneficio de descanso, etc.).

Otro tema polémico en la promoción de los MARC es la intensidad de la obligatoriedad de los mismos, como un camino para extender su uso. Si bien está claro que, en principio, son mecanismos voluntarios por que nacen de la “autonomía de la voluntad” (o de la libertad personal), en algunos países del continente como Colombia y Perú se ha planteado la posibilidad de obligar a los ciudadanos a transitar o intentar la conciliación antes de recurrir al Poder Judicial para dilucidar alguna controversia civil o patrimonial. En nuestra opinión, las políticas de promoción de los MARC podrían establecer determinados estímulos para recurrir a ellos, pero no al extremo de obligar a transitar por ellos como paso previo al sistema estatal de justicia.

Otra vía no judicial de acceso a la justicia son las instancias u oficinas administrativas enfocadas en un ámbito determinado de controversias jurídicas. Así, la solución de los conflictos no sólo recae en los aparatos judiciales, en la justicia indígena o en mecanismos comunitarios o privados, sino también en diversas instancias administrativas especializadas que, con frecuencia, resuelven controversias en una amplia gama de materias: propiedad de la tierra, uso del agua, cuidado del ambiente, protección del consumidor, funcionamiento del mercado, conflictos laborales o sindicales, etc.

Un rasgo diferenciador de esta solución de la controversia por parte de un “tercero” administrativo –que puede fungir de conciliador,

mediador o árbitro—, en relación a los mecanismos privados, es que ese tercero es una autoridad pública preocupada no sólo por resolver satisfactoriamente la controversia entre dos o más particulares, sino que también vela —o debe velar— por cautelar los intereses del Estado y de los propios particulares; en concreto, debe estar mucho más atento a situaciones de inequidad o desigualdad que podrían afectar derechos fundamentales.

Otro rasgo distintivo entre la solución de la controversia en sede administrativa en comparación con los MARC, es que la primera suele contar con algunos mecanismos coercitivos en caso de incumplimiento por parte de los particulares: apercibimientos, multas, inspecciones, solicitar apoyo policial, entre otros.

En tal sentido, es oportuno reflexionar sobre la necesidad de incorporar en los debates sobre las políticas públicas dirigidas a superar las barreras al acceso a la justicia, la creación, impulso o renovación de determinadas instancias administrativas especializadas que, en ciertas áreas de intervención (como relaciones laborales u otorgamiento de pensiones), puedan satisfacer el derecho de acceso a la justicia de sectores sociales actualmente excluidos.

Por otro lado, en los últimos años se han consolidado en el Continente instituciones independientes como las defensorías del pueblo, comisiones de derechos humanos (así se le conoce en México) u *ombudsman*, que si bien sólo suelen tener facultades disuasivas o de denuncia, se han erigido en una palanca muy importante para promover el acceso a la justicia. Ejercen lo que se ha convenido en llamar “la magistratura de la persuasión”.

Tal es la importancia de la figura de los *ombudsman* que en 1993, la Asamblea General de Naciones Unidas

...hizo suyos los llamados Principios de París, documento que contiene las condiciones de creación, así como las principales facultades que las instituciones nacionales de derechos humanos deben de observar para lograr un funcionamiento eficaz. El término “instituciones nacionales de derechos humanos”... (INDH) se utiliza para referirse al conjunto de organismos, como las comisiones de derechos humanos,

defensorías del pueblo y ombudsman, cuya finalidad principal es promover y proteger los derechos humanos al interior de los Estados⁷⁴.

Una de las ventajas en la actuación del *ombudsman* de cara a mejorar el acceso a la justicia a favor de los grupos sociales en situación de vulnerabilidad, es la sencillez, rapidez y flexibilidad de sus procedimientos e investigaciones.

Tal es la importancia de la figura del *ombudsman* en el Continente que países como México no sólo lo han consagrado constitucionalmente –cosa que hacen las constituciones de muchos Estados nacionales–, sino que además han creado en torno a esta figura, un sistema no jurisdiccional de protección de derechos fundamentales, al lado del sistema jurisdiccional:

...la Constitución mexicana prevé varios mecanismos jurisdiccionales para proteger los derechos humanos y, desde 1992, uno no jurisdiccional, el llamado Sistema No Jurisdiccional de Protección a los Derechos Humanos (Sistema no jurisdiccional), integrado por la Comisión Nacional de los Derechos Humanos... y 32 organismos públicos de protección a los derechos humanos, uno por cada entidad federativa⁷⁵.

Ello no impide analizar y criticar los problemas y déficit que la institución adolece en el mismo México.

8. (Des)protección de los derechos de las mujeres

En los últimos años ha habido un avance importante –aunque aún insuficiente– en el terreno normativo a favor de la consagración de los derechos de las mujeres, tanto en el ámbito de los tratados internacionales como de las legislaciones nacionales. Sin embargo, diversos estudios coinciden en constatar que en el sistema de justicia y en el aparato estatal y la sociedad en general, persisten prácticas discriminatorias, siendo uno de los problemas más graves el de la violencia contra la mujer, tanto en el ámbito doméstico como sexual.

⁷⁴ Serrano, Sandra, “Acceso a la justicia y derechos humanos en México. ¿Es el Ombudsman una institución eficaz para acceder a la justicia?”, documento inédito, abril del 2007, pág. 4.

⁷⁵ *Ibidem*, pág. 13.

Si bien en el Continente tenemos importantes instrumentos internacionales como la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, “Convención de Belém do Pará” del año 1994, y la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (conocida como CEDAW por sus siglas en inglés)⁷⁶, y que en muchos países se han aprobado leyes de protección contra la violencia familiar, intrafamiliar, doméstica o contra la mujer, las cifras sobre el particular muestran que la realidad está aún muy distante del marco normativo existente.

Uno de los casos emblemáticos de este divorcio es el Perú. Según datos del Instituto de Medicina Legal del año 2004, en todo el país cada hora se presentan nueve denuncias por violencia familiar y son violadas dos mujeres⁷⁷. Según datos del EndeS del año 2000 (Encuesta demográfica y de salud familiar), el 39.6% de las mujeres de zonas rurales había sido agredida físicamente por su esposo o conviviente y el 23.2% por otros miembros de la familia⁷⁸ (padre, hermano, etc.); es decir, un 62.8% de mujeres del campo habían sido víctimas de violencia al interior de la familia, esto es, 2 de cada 3 mujeres en el campo⁷⁹.

⁷⁶ “El hecho de que la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer... sea el instrumento más ratificado del sistema interamericano, y de que la mayoría de los Estados americanos hayan ratificado la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer así como su Protocolo Facultativo, refleja el consenso regional de que la violencia contra las mujeres constituye un problema público y prevalente, meritorio de acciones estatales para lograr su prevención, investigación, sanción y reparación” (CIDH, *Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas*. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, OEA, Washington, D.C., 2007, págs. VII y VIII).

⁷⁷ Benoit, Christine, “Violencia familiar en zonas rurales. Estadísticas y análisis”, en: *Acceso a la justicia en el mundo rural: ¿una agenda para construir?*, separata. Equipo de justicia de paz y comunitaria del Instituto de Defensa Legal, Lima, diciembre del 2005, pág. 16.

⁷⁸ *Ibidem*, pág. 17.

⁷⁹ “Entonces al lado del Fiscal había llorado mi esposo, ‘no he hecho nada, desde hoy me voy a comportar bien’. Bueno bonitas palabras le ha engañado. Cuando hemos llegado allá a la comunidad... peor se ha puesto, porque peor me ha maltratado. ¿Dónde está juececito, dónde está fiscal, dónde está ese vicario, dónde está? Ahora que estamos, ahora tú me has denunciado, ¿dónde están ellas? ¿Dónde están?”. Revelador testimonio de mujer indígena víctima de violencia

En consecuencia, aún existen en los países del Continente diversas barreras en los sistemas de justicia estatal que impiden o dificultan la debida protección de los derechos de las mujeres, en especial, en casos de violencia doméstica y sexual, y que van más allá de leyes y reglamentos, pues tienen que ver con prácticas y culturas discriminatorias muy enraizadas en los diversos actores del sistema de justicia: abogados, policías, empleados judiciales, fiscales, jueces, etc.

Al respecto, la Relatoría para los Derechos de la Mujer de la CIDH publicó y presentó en marzo del 2007, en Washington, D.C., el excelente informe temático *Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas*, que contiene, por un lado, información muy valiosa sobre la situación actual de esta problemática en el Continente y, por otro lado, un conjunto de recomendaciones a los Estados nacionales para superar tal situación.

Una de las principales y más graves constataciones de la CIDH en este informe es que, pese al reconocimiento formal de los Estados de que la violencia contra las mujeres es un desafío prioritario y forma parte de la agenda pública, aún existe una gran brecha entre los que consagran leyes y políticas y lo que sucede en la realidad, un “patrón de impunidad”:

6... la CIDH observa que a pesar del reconocimiento formal y jurídico de los Estados de que la violencia contra las mujeres constituye un desafío prioritario, existe una gran brecha entre la incidencia y la gravedad del problema y la calidad de la respuesta judicial ofrecida. Si bien la Comisión reconoce los esfuerzos de los Estados por adoptar un marco jurídico y político que permita abordar la violencia contra las mujeres, aún persiste una enorme distancia entre la disponibilidad formal de ciertos recursos y su aplicabilidad efectiva. La mayoría de los casos de violencia contra las mujeres no son formalmente investigados, juzgados y sancionados... En consecuencia, la CIDH ha constatado en varios países un patrón de impunidad sistemática en las actuaciones y en el procesamiento judicial de estos casos...

doméstica, 45 años. Provincia de Canas, departamento del Cusco. Benoit, Christine, “Opiniones de las defensoras comunitarias frente a la normativa de violencia familiar”, en: *Acceso a la justicia en el mundo rural: ¿una agenda para construir?...* pág. 22.

esta situación es particularmente crítica en las zonas rurales y marginadas⁸⁰.

El informe de la CIDH constata también “la ineficacia de los sistemas de justicia para juzgar y sancionar a los perpetradores de actos de violencia contra las mujeres... si bien existen carencias estructurales en el ámbito económico y de recursos humanos para procesar casos con celeridad y eficacia, en casos de violencia contra las mujeres... [la investigación] se ve afectada por la existencia de patrones socioculturales discriminatorios”⁸¹. A todo ello contribuyen, sin duda, los endémicos problemas estructurales que padecen muchos de nuestros sistemas de justicia y que agravan aún más esta condición de indefensión de las mujeres frente a la violencia.

Otro de los grandes obstáculos señalados por el informe de la CIDH para el acceso a la justicia de las mujeres víctimas de violencia, es la victimización secundaria de la mujer agredida o atacada, esto es, que durante la investigación y juzgamiento del delito, se le obliga repetidas veces, a volver a relatar los hechos de los que fue víctima, bajo el manto de desconfianza o de burla por parte de algunas autoridades:

12... la CIDH ha verificado una serie de obstáculos que dificultan la interposición de denuncias de actos de violencia. Entre las razones expuestas para este problema se encuentran la victimización secundaria que pueden sufrir las víctimas al intentar denunciar los hechos perpetrados, la falta de protecciones y garantías judiciales para proteger la dignidad y la seguridad de las víctimas y de los testigos durante el proceso⁸².

Por otro lado, el Informe de la CIDH expresa su honda preocupación por la grave condición de vulnerabilidad en la que se encuentran, en especial, las mujeres indígenas y afrodescendientes víctimas de violencia:

14... La CIDH ha observado que la violencia, la discriminación y las dificultades para acceder a la justicia, afectan en forma diferenciada

⁸⁰ CIDH, *Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas...* págs. VIII, IX y XII.

⁸¹ *Ibidem*, pág. IX.

⁸² *Ibidem*, pág. X.

a las mujeres indígenas y afrodescendientes, debido a que están particularmente expuestas al menoscabo de sus derechos por causa del racismo. Asimismo, ha constatado que los obstáculos que enfrentan... pueden ser particularmente críticos porque sufren de varias formas de discriminación combinadas, por ser mujeres, por su origen étnico o racial y/o por su condición socio-económica⁸³.

En base a estas constataciones sobre la muy preocupante situación de las mujeres que sufren violencia y que enfrentan grandes obstáculos para acceder a la justicia, la CIDH formula un conjunto de recomendaciones a los Estados que, en síntesis, tienen tres objetivos:

En primer lugar, los Estados deben diseñar una política estatal integral, respaldada con recursos públicos adecuados, para garantizar que las víctimas de violencia tengan un acceso adecuado a la justicia y que los actos de violencia se prevengan, investiguen, sancionen y reparen en forma adecuada. En segundo lugar, tienen como objetivo exhortar a los Estados a crear las condiciones necesarias para que las mujeres puedan usar el sistema de administración de justicia para remediar los actos de violencia sufridos y reciban un trato digno por parte de los funcionarios al acudir a las distintas instancias judiciales. Por último, están encaminadas a motivar que los Estados adopten medidas públicas para redefinir las concepciones tradicionales sobre el rol de las mujeres en la sociedad⁸⁴.

En ese sentido, ¿qué medidas concretas podrían adoptar los Estados a fin de mejorar el acceso a la justicia de las mujeres, en especial, de las que son víctimas de violencia?

- En primer lugar, en los casos de violencia familiar, luego de la sentencia, podría introducirse una modificación legislativa a fin de establecer la obligación de los jueces de llevar a cabo “audiencias de seguimiento” de lo dispuesto en la sentencia y las obligaciones y compromisos del agresor. En Canadá se denominan “audiencias de revisión judicial”.

Una variante de esto es la siguiente. En la provincia de Yukón en Canadá (en la que hay una significativa población indígena), hay una experiencia muy interesante y positiva de abordaje integral de los

⁸³ *Ibidem*, pág. XI.

⁸⁴ *Ibidem*, págs. XII y XIII.

casos de violencia familiar por parte del sistema formal de justicia: el Tribunal de Tratamiento Facultativo de la Violencia Familiar (TFVF, por sus siglas en inglés). El agresor decide voluntariamente someterse a dicho tribunal pero, para ello, tiene que declararse culpable y aceptar ingresar a un programa de rehabilitación. La ventaja es que, de resultar exitosa la rehabilitación, puede salvarse de ir a la cárcel y, en su lugar, ser sancionado con trabajo comunitario o beneficiado con una pena suspendida.

- Otra medida que algunos Estados podrían implementar para mejorar la protección del sistema de justicia a favor de los derechos de las mujeres, en especial frente a casos de violencia sexual o violencia familiar, sería terminar de proscribir, en los pocos países que aún lo mantienen, el eximente de responsabilidad penal cuando el violador contrae matrimonio con la víctima.
- Asimismo, que los Estados no contemplen en sus legislaciones procesales penales la figura del “desistimiento” en casos de violencia sexual o violencia familiar, por la precariedad de la protección a la víctima y por la vulnerabilidad de ésta. Al respecto el interesante informe del CEJA *Evaluación de la reforma procesal penal desde una perspectiva de género* sostiene:

...la figura del desistimiento (originalmente denominado retractación de instancia) fue incorporada por el movimiento de reforma específicamente para los casos de delitos sexuales, y constituye un punto central del debate entre el movimiento feminista de América Latina y los referentes de la criminología crítica... En uso del desistimiento en el caso de delitos sexuales, de acuerdo a las entrevistas realizadas, no ha contribuido en muchos casos a una devolución del conflicto a la víctima, sino que por el contrario ha sido el mecanismo de presión para obtener acuerdos que no son fundados en la libre decisión sino en la extorsión, lo que refuerza las condiciones de sometimiento... En nuestra opinión, la existencia de la figura del desistimiento como tal no es el problema central, sin embargo, coadyuva significativamente. Los resultados de la investigación muestran que el uso inadecuado de la “retractación” tiene que ver con la inexistencia de una política clara de persecución de los delitos sexuales por parte del Ministerio Público... la falta de acompañamiento a la víctima

de estos delitos... por lo cual las víctimas quedan expuestas al ejercicio de presiones de todo tipo para que abandonen los procesos⁸⁵.

Por tanto, creemos que en los procesos de reforma procesal penal que se vienen impulsando en el continente y que ya hemos analizado en el presente informe, no debería contemplarse esta figura del “desistimiento” para el caso de los delitos sexuales por la indefensión que ello puede generar en la víctima. En el caso de la violencia familiar, consideramos que sí podría contemplarse –legislativamente– la posibilidad que excepcionalmente el Ministerio Público –en un nuevo proceso penal– pueda eventualmente recurrir a alguna medida de terminación anticipada del proceso distinta al desistimiento, pero con la previa anuencia de la víctima, y siempre y cuando se monte detrás de la fórmula de terminación anticipada, una estrategia e infraestructura de tratamiento y rehabilitación del victimario, de atención médica y psicológica de la víctima y de protección de ésta última, entre otras medidas de no repetición de la violencia.

- Necesidad de fortalecer los servicios de peritaje médico y psicológico en los casos de violencia sexual y violencia familiar, dadas las dificultades probatorias en este tipo de delitos. Al respecto, el Informe del CEJA constata que “son notorias las exigencias que plantean los fiscales para llevar un caso a juicio... existe un ‘estándar’ mayor de prueba para decidir llevar estos casos a juicio”⁸⁶.
- Propiciar la creación y fortalecimiento de fiscalías especializadas en violencia sexual y violencia familiar. Sobre el particular, hay fiscalías especializadas en Honduras, Ecuador, Guatemala o Chile, “Esto en principio es una solución adecuada, sin embargo se puede constatar que en los países donde existen unidades especializadas,

⁸⁵ Simon, Farith y Lidia Casas, *Evaluación de la reforma procesal penal desde una perspectiva de género. Primera fase: Chile, Ecuador, Honduras, Guatemala*. CEJA, Noviembre del 2004, pág. 8.

⁸⁶ *Ibidem*, pág. 9.

éstas únicamente funcionan en las ciudades principales”⁸⁷. Por tanto, esta medida debería ir acompañada de un plan de ampliación de la cobertura geográfica de este servicio especializado.

- Propiciar la creación y fortalecimiento de unidades especiales de protección de las víctimas de violencia sexual y violencia familiar. Al respecto, hay que recordar que un aspecto central en los procesos de reforma procesal penal es la preocupación por los derechos e intereses de las víctimas, por lo que la protección de éstas y de los testigos es una consecuencia natural y así lo demuestra al menos la experiencia de tres países donde la reforma se ha comenzado a implementar (Chile, Ecuador y Guatemala).
- Los Estados también podrían adoptar medidas para amortiguar la “victimización secundaria” de las víctimas de violencia sexual, cuando deciden ponerse en contacto con el sistema de justicia. En este sentido, el Informe del CEJA sobre el particular propone las siguientes⁸⁸:
 - La reducción de tiempos de espera para la atención de la víctima.
 - Trato digno en el sistema judicial, a favor de la víctima.
 - Entrevistas adecuadamente realizadas (lo que podría incluir grabación de las entrevistas para evitar repeticiones). Al respecto, Las 100 Reglas de Brasilia precisamente recomiendan que “la adaptación de los procedimientos para permitir la práctica anticipada de la prueba en la que participe la persona en condición de vulnerabilidad, para evitar la reiteración de declaraciones... A estos efectos, puede resultar necesaria la grabación en soporte audiovisual del acto procesal en el que participe la persona en condición de vulnerabilidad, de tal manera que pueda reproducirse en las sucesivas instancias judiciales” (Regla 37).
 - Medidas especiales para la comparecencia en juicio, cuando la víctima se encuentra en un estado de especial vulnerabilidad.

⁸⁷ *Ibidem*, pág. 12.

⁸⁸ *Ibidem*, págs. 25 y 26.

- La adopción de protocolos para la atención y las entrevistas a la víctima.

Uno de los puntos de tensión identificados en los procesos de reforma procesal penal de signo acusatorio que se han impulsado en los últimos años en América Latina, relativos a la protección de los derechos de las mujeres en casos de violencia familiar y violencia sexual, es la nueva actitud o comportamiento que suelen asumir los fiscales cuando dilucidan qué casos son formalizados en denuncia penal ante el Poder Judicial y qué casos deciden no llevar a juicio. Por lo general, señala el informe del CEJA, los fiscales deciden llevar a juicio los “buenos casos”, esto es, aquellos que tienen una gran probabilidad de ganar y no aquellos que presentan dificultades probatorias, como son muchos casos de violencia sexual o violencia familiar. El caso de Chile, donde viene funcionando la reforma procesal penal, es emblemático en este sentido:

...los fiscales tienen consideraciones más exigentes para llevar estos casos a juicio, por lo tanto buscan un nivel de “certeza” imposible de lograr por la naturaleza de estos delitos... De esta forma, el interés de obrar sobre seguro no ha empujado a la institucionalidad a resolver en forma más adecuada estos delitos⁸⁹.

Hay que tomar en cuenta que “generalmente son delitos cometidos en condiciones en las cuales no se cuenta con testigos, además de que la propia víctima tiene relaciones de dependencia económica o afectiva con los perpetradores o sus conocidos, familiares o vecinos”⁹⁰. Por ende, una posible solución a esta “distorsión” del nuevo proceso penal frente a la necesidad real de proteger los derechos de las mujeres en casos de violencia sexual o familiar, podría ser establecer la obligación de los fiscales de denunciar los casos de violencia sexual que cuenten con indicios probatorios y no necesariamente cuando sólo sean “buenos casos”.

En ese sentido, frente a los casos de violencia sexual, por su gravedad y la vulnerabilidad de la víctima, creemos que es conveniente

⁸⁹ *Ibidem*, pág. 18.

⁹⁰ *Ibidem*, pág. 19.

llegar al consenso de que en este supuesto, excepcionalmente, los fiscales no privilegiarán los casos con más probabilidades de éxito, sino la protección de los derechos de las víctimas, que es, finalmente, uno de los objetivos centrales del sistema acusatorio. En este caso, el valor de la “eficiencia” debe ceder frente a la protección de los derechos fundamentales de un sector social en condiciones de vulnerabilidad, como es el caso de las mujeres víctimas de violencia.

9. (Des)protección de los derechos de los niños y niñas

El acceso a la justicia de los niños y niñas que sufren violación de sus derechos fundamentales en América Latina, es una situación de serio divorcio entre lo consagrado en los instrumentos internacionales de derechos humanos y las legislaciones nacionales por un lado, y lo que sucede en la realidad: la gran desprotección de los derechos de los niños y niñas en el sistema de justicia, al punto que podría hablarse de la “invisibilidad” de esta problemática en muchos países del continente. Este divorcio entre andamiaje normativo y realidad es mucho más grave si tomamos en cuenta que el principio medular que debería regir la actuación de los Estados en la protección de los derechos del niño es el principio del “interés superior del niño”.

En el caso de los derechos de los niños, el referente de derecho internacional es la Convención sobre los Derechos del Niño de la ONU, adoptada en 1989 y en vigencia desde 1990. Asimismo, las diversas legislaciones nacionales del continente consagran una amplia gama de derechos de los niños, tanto en el seno de la familia como de la escuela y la sociedad en general. En el ámbito interamericano, por un lado, tenemos el Instituto Interamericano del Niño, Niña y Adolescente (IIN) con sede en Montevideo (Uruguay), que ha producido valiosos documentos e informes sobre la explotación sexual de los niños en las Américas⁹¹, sobre políticas públicas y derechos humanos del niño⁹²,

⁹¹ IX Informe al Secretario General de la OEA sobre las acciones emprendidas por los Estados miembros para combatir la explotación sexual comercial de niñas, niños y adolescentes en las Américas, Montevideo, abril del 2009.

⁹² Políticas públicas y derechos humanos del niño, Observaciones generales, Comité de los Derechos del Niño, Montevideo, noviembre del 2007.

un interesante decálogo sobre la defensa de la niñez y la juventud en épocas de crisis, entre otros.

Por otro lado, la Corte IDH tiene la Opinión Consultiva OC-17 del 28 de agosto del 2002, solicitada por la CIDH, sobre la condición jurídica y los derechos humanos del niño, que estableció valiosos criterios de interpretación de las normas internacionales que los Estados miembros de la OEA deben seguir en la implementación de políticas públicas referidas o que afecten los derechos de los niños y niñas. Así, la Corte IDH, entre otras cosas, señaló:

Que de conformidad con la normativa contemporánea del Derecho Internacional de los Derechos Humanos... los niños son titulares de derechos y no sólo objeto de protección... Que la expresión “interés superior del niño”, consagrada en el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, implica que el desarrollo de éste y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño.

Sin embargo, nuevamente la realidad dista mucho de lo consagrado en el ámbito normativo. Hay países como Colombia con conflicto armado interno en los que el problema de los “niños soldados” es un terrible problema de derechos humanos que es urgente resolver. En esa misma línea, en algunos países de Centroamérica o en Brasil, el crimen organizado cada vez más recluta a niños para sus actividades delictivas.

Por otro lado, otra fuente de graves violaciones a los derechos humanos de los niños es el caso de los “niños trabajadores” que laboran en duras condiciones en actividades riesgosas o peligrosas como los lavaderos de oro, ladrilleras, etc. Asimismo, la explotación sexual infantil es otra fuente de graves vulneraciones a los derechos humanos de niños y niñas del Continente, en especial poniendo en riesgo su integridad física y psicológica.

Frente a estas graves violaciones de los derechos humanos de los niños y niñas del Continente, ¿cómo vienen respondiendo los sistemas nacionales de justicia? ¿Qué políticas o medidas preventivas y represivas vienen adoptando los Estados para combatirlas? La

impresión general es que los Estados miembros de la OEA no vienen desplegando los esfuerzos suficientes para enfrentar estos problemas, pese a la gravedad de los mismos y al consenso existente en torno a la necesidad de abolir estas prácticas.

10. (Des)protección de los derechos de personas con discapacidad y de los migrantes

Las personas con discapacidad cuentan –además de los instrumentos de derechos humanos con carácter general en los sistemas Universal e Interamericano– con otro valioso instrumento en el Continente: la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, adoptada en Ciudad de Guatemala el 7 de junio de 1999, y que entró en vigor el 14 de septiembre del 2001.

En dicha Convención, se establece como derecho de las personas con discapacidad y como obligación internacional de los Estados miembro, adoptar

Medidas para eliminar progresivamente la discriminación y promover la integración por parte de las autoridades gubernamentales y entidades privadas en la prestación o suministro de bienes, servicios, instalaciones, programas y actividades, tales como el empleo, el transporte, las comunicaciones, la vivienda, la recreación, la educación, el deporte, el acceso a la justicia y los servicios policiales, y las actividades políticas y de administración. (Artículos III.1.a)

En tal sentido, las personas con discapacidad tienen el derecho a que los Estados miembro remuevan –progresivamente– todo obstáculo que les impida acceder a la justicia en sus respectivos sistemas legales, lo que incluye acceder a la tutela de los servicios policiales.

Asimismo, en las 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad aprobadas por la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana celebrada en Brasilia (Brasil) en marzo del 2008, se señala que:

Se procurará establecer las condiciones necesarias para garantizar la accesibilidad de las personas con discapacidad al sistema de justicia, incluyendo aquellas medidas conducentes a utilizar todos los servicios

judiciales requeridos y disponer de todos los recursos que garanticen su seguridad, movilidad, comodidad, comprensión, privacidad y comunicación. (Regla 8)

Finalmente, el acceso a la justicia de las personas migrantes ha sido objeto de la Opinión Consultiva OC-18 del 17 de septiembre del 2003, sobre la condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, emitida por la Corte IDH). En este valioso documento, la Corte ratifica a nivel interamericano un conjunto de principios de derechos humanos que siempre deben ser atendidos por los Estados miembros, entre los que destacan el derecho al debido proceso legal:

...la obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos vincula a los Estados, independientemente de cualquier circunstancia o consideración, inclusive el estatus migratorio de las personas... el derecho al debido proceso legal debe ser reconocido en el marco de las garantías mínimas que se deben brindar a todo migrante, independientemente de su estatus migratorio. El amplio alcance de la intangibilidad del debido proceso comprende todas las materias y todas las personas, sin discriminación alguna... la calidad migratoria de una persona no puede constituir una justificación para privarla del goce y ejercicio de sus derechos humanos...

11. Algunas pistas para la superación de barreras al acceso a la justicia

1. Recomendar a los Estados el diseño e implementación de un plan nacional de documentación de indocumentados, para el otorgamiento gratuito o subvencionado de documento de identidad; con especial énfasis en los niños y niñas de zonas rurales o nacidos en el marco de relaciones extramatrimoniales.
2. Recomendar a los Estados el diseño e implementación de un plan de evaluación y formulación de recomendaciones, de los casos y materias que podrían ser resueltos en sede privada o administrativa y no necesariamente en el sistema de justicia. En este plan deben participar activamente el Ministerio de Justicia, los jueces, fiscales y el *ombudsman*.

3. Recomendar a los Estados que en sus políticas públicas de seguridad ciudadana, tomen en cuenta el modelo de policía comunitaria o de proximidad como un enfoque más adecuado de prevención y combate efectivo e integral del delito en un Estado democrático de Derecho, en el marco de la Declaración sobre la seguridad de las Américas del año 2003. En estos procesos deben participar activa y coordinadamente jueces, fiscales, policías, sistema penitenciario y otros operadores del sistema de justicia.
4. Recomendar a los Estados que toda política pública de reforma judicial y de acceso a la justicia, debe contemplar mecanismos de evaluación periódica de su implementación y/o experiencias piloto. En estos procesos deben participar activamente los jueces, fiscales y la sociedad civil.
5. Recomendar a los Estados la implementación de las siguientes medidas, con la finalidad de que los procesos de reforma procesal penal en curso respondan mejor a la creciente demanda ciudadana por mayor seguridad pública:
 - a. Que los diversos sistemas de defensa pública penal contemplen como beneficiarios del servicio, no sólo a los imputados, sino también a las víctimas que no pueden solventar una defensa privada, en especial, los grupos sociales en situación de vulnerabilidad (mujeres víctimas de violencia, niños, pueblos indígenas, afrodescendientes, entre otros). En estos procesos deben participar activamente jueces, fiscales y sistemas de defensa pública penal.
 - b. “Empoderar” a los ministerios públicos, esto es, dotarles de las prerrogativas necesarias para que contribuyan a la investigación y sanción efectiva de la delincuencia. En ese sentido, recomendar a los Estados que tomen en cuenta el “cambio de paradigma” que propone el CEJA en relación al Ministerio Público, dirigido a su nuevo rol persecutorio en el marco de las reformas procesales penales. En estos procesos deben participar activamente los fiscales.

- c. Diseñar e implementar sistemas nacionales, regionales o locales de cumplimiento y seguimiento de penas alternativas o servicio comunitario, frente a delitos menores. En estos procesos deben participar activamente jueces, fiscales, policías, sistema penitenciario, gobiernos locales y sociedad civil.
6. Recomendar a los Estados dar cumplimiento a las recomendaciones formuladas por la CIDH en su informe *Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas* de marzo del 2007. En estos procesos deben participar activamente jueces, fiscales, policías y otros operadores del sistema de justicia, incluyendo a las organizaciones de la sociedad civil.
7. Recomendar a los Estados que, además de dar cumplimiento a las recomendaciones formuladas por la CIDH en su informe *Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas*, implementen también las siguientes medidas:
 - a. En los casos de violencia familiar, luego de la sentencia, que la legislación procesal o la jurisprudencia contemplen “audiencias de seguimiento”.
 - b. Terminar de proscribir, en los pocos países que aún lo mantienen, el eximente de responsabilidad penal cuando el violador contrae matrimonio con la víctima.
 - c. Fortalecer los servicios de peritaje médico y psicológico en los casos de violencia sexual y violencia familiar, dadas las dificultades probatorias en este tipo de delitos.
 - d. Propiciar la creación y/o fortalecimiento de fiscalías especializadas en violencia sexual y violencia familiar.
 - e. Propiciar la creación y/o fortalecimiento de unidades especiales de protección de las víctimas de violencia sexual y violencia familiar.
 - f. Adopción de protocolos para la atención y las entrevistas a la víctima de violencia sexual y violencia familiar y otras medidas similares, a fin de aminorar la victimización secundaria.

- g. En el marco de las facultades discrecionales que los fiscales tienen en el nuevo proceso penal adversarial, contemplar excepcionalmente –vía legislación o jurisprudencia– que en casos de violencia sexual deben primar la protección de la víctima y la no impunidad sobre otras consideraciones fiscales, como las referidas a las dificultades probatorias en determinados casos.
8. Recomendar a los Estados que aún no lo han hecho, contemplar en sus legislaciones nacionales mecanismos procesales de acción pública o demandas colectivas, que permitan al sistema de justicia resolver de manera conjunta casos similares y que beneficien a cientos y hasta miles de ciudadanos y ciudadanas que, así, ya no tendrían que iniciar nuevos reclamos administrativos o judiciales.
9. Recomendar a los Estados que, vía leyes de coordinación o vía jurisprudencia de las altas cortes (Corte Suprema o Corte Constitucional), se reconozca espacios de libre y autónoma actuación de la justicia indígena y comunitaria, con la exclusiva limitación de respetar los derechos humanos. En estos procesos deben participar activamente los jueces, fiscales y las organizaciones de sociedad civil.
10. Recomendar a los Estados el reconocimiento, apoyo y promoción de experiencias de justicia indígena o comunitaria, en especial, aquellas inspiradas en experiencias exitosas como los jueces de paz de Perú, Colombia y Venezuela, y otras figuras similares. En estos procesos deben participar activamente los jueces, fiscales, las organizaciones indígenas y las organizaciones de sociedad civil.
11. Recomendar a los Estados que aún no lo han hecho, la adopción de mecanismos de acceso a la justicia a favor de los pueblos indígenas, entre otros, los siguientes:
 - a. Traductores judiciales en idiomas originarios.
 - b. Peritos culturales.
 - c. En la designación de jueces o fiscales, el dominio del idioma del lugar debe ser un criterio importante de selección.

- d. La instalación de módulos de atención y orientación bilingüe en sedes judiciales donde predomina una lengua indígena.
- e. Las defensorías públicas penales deben contemplar la creación y/o reforzamiento de una unidad especializada en la defensa de ciudadanos y ciudadanas indígenas.

En estos procesos deben participar activamente los jueces y fiscales.

12. Recomendar a los Estados la realización o promoción de diversos diagnósticos, investigaciones y foros públicos a fin de identificar y visibilizar los problemas de acceso a la justicia de los afrodescendientes.
13. Recomendar a los Estados que exhorten a los jueces de cada uno de sus países, que en las decisiones jurisdiccionales nacionales se incorporen los estándares de derechos fundamentales y Estado de Derecho desarrollados por los sistemas Universal e Interamericano de derechos humanos, en especial, por la jurisprudencia de la Comisión y la Corte interamericanas de derechos humanos.