



REVISTA DAS DEFENSORIAS PÚBLICAS  
DO **MERCOSUL**

NÚMERO 3  
JUNHO/2013





# REVISTA DAS DEFENSORIAS PÚBLICAS DO MERCOSUL

n. 3  
Junho/2013  
Brasília, DF

ISSN 2238-149X

R. Defensorias Públ. Mercosul	Brasília	DF	n. 3	p. 1-192	jun. 2013
-------------------------------	----------	----	------	----------	-----------

© 2013 Defensoria Pública-Geral da União.

Todos os direitos reservados. É permitida a reprodução parcial ou total desta obra, desde que citada a fonte e que não seja para venda ou qualquer fim comercial.

### **COORDENAÇÃO, DISTRIBUIÇÃO E INFORMAÇÕES:**

ASSESSORIA INTERNACIONAL

Divisão de Cooperação e Relações Internacionais

Assessor: Thiago Souza Lima

Tel.: (61) 3319-4364

Site: [www.dpu.gov.br/internacional](http://www.dpu.gov.br/internacional)

*E-mail:* internacional@dpu.gov.br

### **PROJETO GRÁFICO:**

ASSESSORIA DE COMUNICAÇÃO CORPORATIVA

Assessor: Gustavo Pereira Damásio da Silva

Tel.: (61) 3105-7354

*E-mail:* comunicacao@dpu.gov.br

### **NORMALIZAÇÃO:**

Márcia Cristina Tomaz de Aquino

Renata Gameleira Mota

Vanessa Kelly Leitão Ferreira

### **DEFENSORIA PÚBLICA-GERAL DA UNIÃO**

Setor Bancário Sul, Quadra 01, Lotes 26 e 27

Edifícios Luiza e Luiz Eduardo

CEP 70070-110 – Brasília – DF

Revista das Defensorias Públicas do MERCOSUL / Defensoria Pública da  
União. – N. 3 (jun. 2013)- . – Brasília: DPU, 2013.  
v. ; 27 cm.

Anual.

Texto em português e espanhol.

ISSN 2238-149X

1. Defensoria Pública. 2. Assistência Jurídica. I. Defensoria Pública da União.

CDDir 341.413

## SUMÁRIO

### APRESENTAÇÃO

Haman Tabosa de Moraes e Córdova ..... 5

### EL ACCESO A UN DEFENSOR PENAL Y SUS ÁMBITOS ESPECIALMENTE CRÍTICOS

María Fernanda López Puleio ..... 7

### CRIMINALIZACIÓN DE VÍCTIMAS DE TRATA DE PERSONAS

Stella Maris Martínez ..... 52

### O CASO MAYAGNA AWAS X NICARÁGUA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS: A função social da posse e o multiculturalismo pós-moderno

Ana Carolina C. Erhardt ..... 74

### EFETIVIDADE E INTERPRETAÇÃO DAS “100 REGRAS DE BRASÍLIA”:

#### O acesso à justiça das pessoas em condição de vulnerabilidade

Denise Tanaka dos Santos ..... 91

### DEFENSA PÚBLICA Y AUTONOMÍA

Georgy Louis Schubert Studer ..... 114

### ¿EXISTEN INOCENTES EN LAS CÁRCELES DE CHILE?

Georgy Louis Schubert Studer ..... 123

### DERECHO PENAL Y AUTOPOIESIS:

#### Reflexiones acerca de los Sistemas Penales Sociológicos Cerrados

Esiquio Manuel Sánchez Herrera ..... 130

### GARANTIAS EN EL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PENAL

Bettina Ovando Bareiro ..... 148

### REGIMEN DE RELACIONAMIENTO

Martin P. Muñoz Carma ..... 155

### DETERMINADOS ASPECTOS DEL REGIMEN PATRIMONIAL CONCUBINARIO:

#### Ley 18.246

Beatriz Aida Gilardino Bixio ..... 175

### “CAMPELINOS HISTORICAMENTE DESASISTIDOS”:

#### Hoy la Defensa Pública garante sus derechos.

Ciro Ramón Araujo ..... 185



## APRESENTAÇÃO

O ano de 2012 foi de importantes conquistas para o fortalecimento do MERCOSUL e das Defensorias Públicas do bloco.

Com alegria recebemos a notícia da incorporação como membro pleno de nossos irmãos venezuelanos, estendendo e intensificando a integração sul-americana.

Ocorreu também a aprovação pelo Conselho Mercado Comum (CMC) da Recomendação n° 01/12, “Defesa pública oficial autônoma e independente como garantia de acesso à justiça das pessoas em condições de vulnerabilidade”.

Tal conquista aporta força à imprescindível concessão de autonomia e independência institucional e financeira às Defensorias Públicas de países do MERCOSUL que ainda não lograram alcançá-las.

Em adição a tais conquistas, tenho a honra de apresentar o terceiro número da Revista das Defensorias Públicas do MERCOSUL, que ocorre indubitavelmente em excelente momento para as Instituições que servimos com tanto afincio e dedicação.

Estou certo de que temos muito a aprender uns com os outros na busca de nosso principal objetivo: proporcionar o mais amplo e irrestrito acesso à justiça a todas as pessoas como direito humano fundamental, independente de classe social, raça, sexo, língua ou religião.

Que a leitura deste número possa contribuir para que os Defensores Públicos Oficiais do MERCOSUL incrementem o conhecimento mútuo por intermédio da discussão técnica e científica de temas correlatos à atuação dos Defensores Públicos e à integração das Defensorias Públicas do MERCOSUL.



*Haman Tabosa de M. e Córdova  
Defensor Público-Geral Federal  
da República Federativa do Brasil*

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Haman Tabosa de Moraes e Córdova'. The signature is fluid and cursive, with a long horizontal stroke at the beginning.

Haman Tabosa de Moraes e Córdova

Defensor Público-Geral Federal da República Federativa do Brasil



## EL ACCESO A UN DEFENSOR PENAL Y SUS ÁMBITOS ESPECIALMENTE CRÍTICOS<sup>1</sup>

Por María Fernanda López Puleio<sup>2</sup>

### 1. DELIMITACIÓN

El derecho a la asistencia jurídica letrada, parte ineludible de la inviolabilidad del derecho de defensa que nace a favor de quien resulta imputado penalmente, constituye un elemento definidor del acceso a la justicia en sentido amplio, en tanto la intervención activa de un defensor técnico posibilita que todos los derechos y garantías reconocidos al primero sean no sólo resguardados, sino *efectivamente* ejercitados.

La particularidad de intervención de sujetos diversos –el imputado y su defensor técnico-en procura de un mismo fin de contrarrestar o aminorar la pretensión punitiva, aunque con elementos diversos, otorga sin duda una dinámica singular al proceso. A partir de esta conformación de naturaleza compleja del derecho de defensa penal, se deriva la exigencia de actuación del abogado defensor como un requisito de validez del procedimiento (salvo los casos de autodefensa), imponiéndose la intervención de un defensor público ante la ausencia de un defensor de confianza.

La referencia a la necesidad de “acceso” a un defensor penal, no quiere aludir a que ésta pueda considerarse cumplimentada por la simple constatación de que en el proceso penal se ha designado a un abogado, o que éste haya establecido algún contacto con el representado; esto significa bastante poco para el derecho de defensa. Pero es cierto que una lectura rápida, o una interpretación restringida del término “acceso” señalada en el título de este ensayo, deja al descubierto en su opción negativa, la forma más burda de avasallamiento del derecho a la defensa técnica: la ausencia de vínculo alguno –jurídico o fáctico- entre imputado y abogado.

En estas páginas, la alusión al “acceso a un defensor penal” trasciende

<sup>1</sup> Versión ampliada de la publicada en la obra colectiva *La aplicación de los tratados de derechos humanos en el ámbito local. La experiencia de una década (1994-2004)*, compilada por ABRAMOVICH, Víctor, BOVINO, Alberto y COURTIS, Christian, CELS-Editores del Puerto, Buenos Aires, 2007.

<sup>2</sup> Agradezco la colaboración de los Dres. Mariana Grasso, Horacio Garcete y Gabriela Jugo en la recopilación de jurisprudencia.



la mera vinculación relacional. Con la afirmación del acceso (íntegro) a un abogado, se quiere aludir al goce completo del derecho a la asistencia jurídica reconocida por el derecho internacional de los derechos humanos. Entonces, habrá real acceso si el defensor cumple con los recaudos de una defensa técnica adecuada; y para ello, el sistema penal deberá brindar al abogado posibilidades ciertas para el ejercicio de su función.

Los modos de la relación abogado-representado, y los grados de intensidad de intervención del defensor técnico en el sistema penal, suelen presentar problemáticas que distan de ofrecer soluciones sencillas. Pero en esta materia suelen presentarse situaciones que evidencian la falta de protección del derecho a la asistencia jurídica adecuada. En ocasiones, ningún abogado llega a tomar intervención en actos de los que derivan graves perjuicios para los imputados, o su actuación es solamente formal; en otras, determinadas personas –en especial detenidas- desconocen si alguien en verdad los está defendiendo, encontrándose sumidas en un vergonzoso abandono. Y también hay defensores probos, activos, y muy comprometidos con sus defensas, sobre los que penden obstáculos de los más diversos para el cumplimiento de su función<sup>3</sup>. En todos estos casos, al limitarse el derecho a un abogado, se viola irremediamente el derecho de defensa; y la parte más débil ante la justicia ve acrecentada aún más la disparidad de fuerzas con sus contradictores. Sin embargo, y más allá de la falta de univocidad en las respuestas jurisdiccionales, ciertas afectaciones del derecho de defensa suelen resolverse como si se tratara de un mero trámite o cuestión procesal, antes que del contenido esencial de un derecho fundamental.

La irradiación del derecho internacional de derechos humanos en el ámbito interno –y básicamente a partir de la jerarquización constitucional de los principales instrumentos en 1994 (art. 75 inc. 22 CN) - generó un impacto progresivo e intenso en su aplicación por parte de los tribunales argentinos. Así, la reforma constitucional

3 Puede leerse en el voto concurrente razonado del Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Sergio GARCÍA RAMÍREZ, en el caso de la CorteIDH “Tibi vs. Ecuador” del 7 de septiembre de 2004: “47. La defensa del inculpado sigue en predicamento. No hay, que yo sepa, ordenamiento nacional que no estipule el derecho de aquél a la defensa frente a los cargos que se le imputan, así como el derecho de contar con defensor que lo asista en el difícil trance del enjuiciamiento, cuando están en juego sus bienes más apreciados. Este es, inclusive, un personaje que concurre a integrar, como se ha dicho, la personalidad procesal del inculpado. Pero son abundantes los casos expuestos ante la Corte (y hay otros, millares, que aguardan turno: no de llegar al tribunal interamericano, sino de verse beneficiados, a través de los ordenamientos y las jurisdicciones nacionales, por los progresos que acogen los instrumentos internacionales) en los que esa defensa no ha existido en absoluto, o ha sido nominal: distante y ajena al inculpado, inactiva, indiferente, o ha carecido de oportunidad verdadera y facilidades genuinas para cumplir la misión que se reconoce, pero no se favorece”.

integró definitivamente la protección de la inviolabilidad de la defensa enunciada en el artículo 18 de la Constitución Nacional, con aquella normativa, habilitando igualmente la compatibilización de la jurisprudencia interna, con la los organismos de protección previstos en los convenios multilaterales -cuyos enunciados constituyen “guía interpretativa” para la Corte Suprema argentina-; todo ello, según lo que resulte más favorable al imputado.

Ello no obstante, y en importante número, hay todavía resoluciones jurisdiccionales que traslucen la resistencia a considerar que el derecho doméstico debe integrarse al plexo constituido por el derecho internacional, y guiarse en su aplicación por el principio *pro persona*; y que si bien los derechos fundamentales no determinan en toda su dimensión los alcances del derecho aplicable, sí excluyen determinadas consecuencias como no permitidas, a la vez que exigen otras como necesarias.

Este trabajo centrará su análisis en aquellas áreas donde la incidencia de actuación del defensor penal adquiere mayor relevancia, adentrándose en las “zonas riesgosas”, donde la eventual limitación o clara falencia para la defensa por parte de un abogado, impacta con mayor repercusión en los derechos en juego.

## **2. HACIA LA PROTECCIÓN EFECTIVA DEL DERECHO A UN DEFENSOR EN MATERIA PENAL**

### **2.1. Sobre los fundamentos del derecho a la defensa técnica penal**

Por propia definición, el derecho de defensa del imputado en causa penal, comprende su facultad para llevar a cabo actividades para resistir o poder atenuar la imputación penal, lo que realiza interviniendo personalmente en el proceso. Un contenido que hace a ese derecho de defensa, y que adquiere importancia vital, es su derecho a ser asistido por un abogado; que supone la prerrogativa de contar con un defensor técnico que interviene de manera independiente en el proceso procurando a su favor.

Pero el defensor no sustituye la voluntad de su representado, ni pasa a ocupar su lugar. Porque nadie podría arrogarse la facultad de ejercicio de un derecho que se estructura a partir de la idea de dignidad de la persona humana. Como ya se preguntaba Robespierre en su discurso ante la Asamblea Constituyente de 1790: “¿a quién pertenece el derecho de defender los intereses de los ciudadanos? A ellos

*mismos, es el derecho más sagrado... si no es consentido a mi mismo defender mi vida, mi libertad, mi honor, mi fortuna, o bien recurriendo a quien considero el más probo, el más iluminado, el más fiel a mis intereses... entonces Ustedes violan al mismo tiempo la ley sagrada de la naturaleza y de la justicia, y todas las nociones del orden social”<sup>4</sup>.*

Que al defensor designado en el proceso le correspondan igualmente poderes y atribuciones para invocar en interés del imputado –en tanto no constituyan el ejercicio de actos personalísimos reconocidos a éste-, no puede hacer perder de vista que este último es el titular del derecho de defensa, y en ese carácter ejercita su defensa *material*. Y que en todo caso, el defensor técnico constituye uno de los resguardos más importantes de su garantía<sup>5</sup>. Así, el primer gran desafío de todo defensor penal será el hallazgo de fórmulas de complementariedad con su defendido para el ejercicio concurrente de acciones, en defensa de uno de ellos. A tales fines, “ambos poseen facultades autónomas, esto es, independientes, que no se inhiben entre sí”<sup>6</sup>.

Ahora, la circunstancia de que se constituya a la defensa técnica como un requisito de validez del procedimiento, autorizando la autodefensa técnica sólo cuando el imputado “*no perjudique la eficacia de la defensa y no obste a la normal sustanciación del proceso*”, como en el sistema federal argentino (art. 104 CPP Nación)<sup>7</sup>, denota no sólo una especial preocupación para el resguardo de un derecho fundamental -con lo cual la observación acerca de las exigencias de actuación del defensor penal deberán partir de estándares elevados de intervención-, sino que permite ver cómo la actuación de un abogado, también es requerida para una mejor consecución y orden procesal. En este último caso, más que un “derecho” del imputado, se tiene en mira una necesidad

4 BATTISTA, Anna María (edición a su cuidado), Robespierre, *il Principi della democrazia*, CLUA, Pescara, 1983, p. 69. Como se observará, las convenciones internacionales prácticamente reproducen el esquema de Robespierre.

5 Un desarrollo más extenso de la cuestión en LÓPEZ PULEIO, María Fernanda, *Justicia Penal y Defensa Pública, la deuda pendiente*, en *Pena y Estado* Nro. 5, número especial sobre defensa pública, Ediciones del Instituto, Buenos Aires, 2002, ps. 23-48.

6 MAIER, Julio B. J., *Derecho Procesal Penal, T. I Fundamentos*, Del Puerto, Buenos Aires, 1996, p. 551.

7 Dice el art. 104 del Código Procesal Penal de la Nación: “Derecho del imputado. El imputado tendrá derecho a hacerse defender por abogado de la matrícula de su confianza o por el defensor oficial; podrá también defenderse personalmente siempre que ello no perjudique la eficacia de la defensa y no obste a la normal sustanciación del proceso. En este caso el tribunal le ordenará que elija defensor dentro del término de tres (3) días, bajo apercibimiento de designarle de oficio el defensor oficial. En este caso el tribunal le ordenará que elija defensor dentro del término de tres (3) días, bajo apercibimiento de designarle de oficio el defensor oficial. En ningún caso el imputado podrá ser representado por apoderado. La designación del defensor hecha por el imputado importará, salvo manifestación expresa en contrario, el otorgamiento de mandato para representarlo en la acción civil. Este mandato subsistirá mientras no fuere revocado. El imputado podrá designar defensor aun estando incomunicado y por cualquier medio.”

de la propia administración de justicia.<sup>8</sup>

Sin embargo, la admisión del derecho a un abogado y la actuación autónoma pero integrada entre el defensor penal y su asistido, no siempre fue admitida y mucho menos respetada en el proceso penal. Mucha de la historia del proceso se explica a partir de este vínculo relacional, y del reconocimiento o no de los poderes y facultades a los mismos en el marco del procedimiento; todo lo cual refleja el nivel de respeto o de directa ignorancia al *status* del imputado como sujeto de derechos fundamentales.

Desde la prohibición del imputado para defenderse por abogados durante un período en Atenas, hasta la intervención amplia del interesado con un orador experto que lo asistía en la antigua Roma, y nuevamente, la limitación de intervención del abogado en la época del Imperio<sup>9</sup>; o la prohibición para los indígenas de América de realizar consultas con abogados (como medida de “protección” por los innumerables daños que los letrados les habían ocasionado, ordenando Felipe II en 1589 “castigar con cien azotes a quienes los consulten”<sup>10</sup>); desde la pérdida para el imputado de la calidad de parte procesal en la “terapia inquisitoria”, hasta su derivación en la prohibición de actuación del defensor en la Ordenanza Criminal Francesa de 1670<sup>11</sup>; desde la concepción sustentada por el modelo inquisitivo de que con la simple confesión se pondrá de manifiesto la culpabilidad o la inocencia...y entonces, ¿para qué un abogado? (sólo para hacerlos confesar, y si no lo logra, por lo menos que el abogado revele al juez lo que tuvo conocimiento), hasta la supresión de la actuación de abogados en Prusia por decreto real en 1780 (porque “va contra la naturaleza de las cosas que las partes no sean escuchadas directamente por el juez en sus demandas y quejas, sino que se vean precisadas a hacer valer sus necesidades a través de un abogado pagado”<sup>12</sup>), o su definición según la Santa Inquisición: “infame, digno del castigo más severo, el que sabiendo tener un cliente culpable, de todos modos lo defiende”<sup>13</sup>.

8 Para una discusión sobre el problema de la disponibilidad del derecho de defensa, la cuestión constitucional y las posibilidades de autodefensa en el derecho comparado, ver LÓPEZ PULEIO, María Fernanda, *op. cit.*, ps. 35 y 37.

9 LION, A, *Difesa*, en *Digesto Italiano*, Vol IX, p. 321, citado por VÉLEZ MARICONDE, Alfredo, *op. cit.* p. 373.

10 En SUÁREZ, Santiago Gerardo, *Los fiscales indios, Origen y evolución del Ministerio Público*, Biblioteca de la Academia Nacional de la Historia, Nro. 227, Caracas, 1995, p. 285.

11 GOESSEL, Karl Heinz, *El defensor en el proceso penal*, Temis, Bogotá, 1989, p. 11.

12 GOESSEL, Karl Heinz, *op. cit.*, p. 3

13 En el *Sacro Arsenal* o también *Práctica del Oficio de la Santa Inquisición*, fechado el 12 de abril de 1679, 410 (275), citado en CORDERO, Franco, *Procedimiento Penal*, segunda edición, traducción de Jorge



Como expresara Carnelutti –en otro contexto histórico y cultural-, al razonar sobre la necesidad de parcialidad del abogado, en defensa de lo que más convenga a su defendido: “La del abogado es quizá una de las figuras más discutidas en el cuadro social; se podría decir más atormentada. Entre otras cosas, nunca, ni siquiera en los momentos de mayor convulsión histórica, se ha propuesto la supresión de los médicos o de los ingenieros; pero de los abogados sí. En alguna ocasión, hasta se ha llegado a suprimirlos; después han resurgido con rapidez. En el fondo, la protesta contra los abogados es la protesta contra la parcialidad del hombre. Mirándolo bien, ellos son los Cirineos de la sociedad: llevan la cruz por otro, y esta es su nobleza. Si me pidierais una divisa para la orden de los abogados, propondría el virgiliano *sic vos non vobis*; somos los que aramos el campo de la justicia y no recogemos el fruto”.<sup>14</sup>

Si bien las justificantes esgrimidas para fundar la necesidad de *obligada* intervención de un asistente técnico al lado del imputado responden a motivos diversos, no puede desconocerse el hecho sustancial de que para confrontar al poder del ministerio público fiscal, se precisa de una persona formada en derecho y en la práctica penal, no debiendo tampoco soslayarse la incidencia que conlleva desde el aspecto emotivo, la propia participación del implicado en un proceso penal en su contra.

La igualdad de armas entre la acusación y la defensa, supone la perfecta igualdad de las partes. Para eso, la defensa tiene que tener la misma capacidad y poderes de la acusación; entonces, el imputado debe estar asistido por un defensor *en situación de competir* con el acusador público.<sup>15</sup>

## 2.2. Disposiciones normativas y de diverso carácter. La defensa de quienes no tienen quien los defienda

El derecho internacional de los derechos humanos, a la par del reconocimiento de contenidos integrativos básicos del derecho de defensa para el imputado (entre ellos, el de conocimiento detallado de la imputación en su contra, el derecho a ser oído públicamente y en condiciones de igualdad -expresándose libremente sobre los extremos de la imputación-, el de controlar la prueba que pueda

---

Guerrero, Temis, Bogotá, 2000, p. 240.

14 CARNELUTTI, Francesco, *Las miserias del proceso penal*, traducción de Santiago Sentís Melendo, Temis, Bogotá, 1989, p.42.

15 FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón*, Trotta, Madrid, 1998, p. 614.

ser utilizada en su contra y ofrecer prueba de descargo), reconoce su derecho a la asistencia jurídica según una formulación de gran amplitud.

Así, la *Convención Americana de Derechos Humanos* (CADH) establece entre las garantías judiciales mínimas, la concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa (8.2.c), y su derecho de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor (art. 8.2.d); la *Declaración Universal de Derechos Humanos* (DUDH) asegura en su artículo 11 la realización de un juicio público para toda persona acusada de delito, en el cual “se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa” y el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* (PIDCP), asegura el derecho “A disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección” (art. 14.3.b), y “A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviere defensor, del derecho que le asiste a tenerlo...” (art. 14.3.d)

El Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (CDHNU), en su Observación General 13 al artículo 14 del PIDCP, advertía a los Estados Partes que en la segunda frase del párrafo 1 del artículo 14 se dispone que “toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías”, que en el párrafo 3 se detallan esas garantías en relación con los procesos penales; pero que las exigencias formuladas en el párrafo 3 “son requisitos mínimos, cuya observancia no es siempre suficiente para asegurar un proceso que llene los requisitos previstos en el párrafo 1”<sup>16</sup>. Y que no en todos los informes de los países se han abordado los aspectos íntegros del derecho de defensa según se define en el artículo 14.3.d), así: “El Comité no siempre ha recibido información suficiente sobre la protección del derecho del acusado a estar presente durante la sustanciación de cualquier acusación formulada contra él, ni cómo el sistema jurídico garantiza su derecho, ya sea de defenderse personalmente o de recibir la asistencia de un abogado de su elección, o qué arreglos se establecen si una persona carece de medios suficientes para pagar esta asistencia. El acusado o su abogado deben tener el derecho de actuar diligentemente y sin temor, valiéndose de todos los medios de defensa disponibles, así como el derecho a impugnar el desarrollo

16 CDHNU, Observación General 13 al Artículo 14 del PIDCP: “Igualdad ante los tribunales y derecho de toda persona a ser oída públicamente por un tribunal competente establecido por la ley”, 21 período de sesiones, 13 de abril de 1984, párrafo 5.

de las actuaciones si consideran que son injustas.”<sup>17</sup> Por otra parte, los abogados deben poder representar a sus defendidos de conformidad con su criterio y normas profesionales establecidas, sin injerencia de ninguna parte.<sup>18</sup>

La Observación General 32 del mismo Comité, que sustituye a la Observación General N° 13, señala expresamente que “El que se disponga o no de asistencia letrada determina con frecuencia que una persona pueda tener o no tener acceso a las actuaciones judiciales pertinentes o participar en ellas de un modo válido”<sup>19</sup>, y “... el derecho de todos los acusados de un delito penal a defenderse personalmente o mediante un abogado de su propia elección y a ser informados de este derecho, conforme a lo dispuesto en el apartado d) del párrafo 3 del artículo 14, se refiere a dos tipos de defensa que no se excluyen mutuamente. Las personas asistidas por un abogado tienen derecho a dar instrucciones al abogado sobre cómo llevar adelante el caso, dentro de los límites de la responsabilidad profesional... el tenor del Pacto es claro, en todos los idiomas oficiales, en el sentido de que prevé el derecho a defenderse personalmente “o” a ser asistido por un defensor de su elección, lo que entraña la posibilidad de que el acusado rechace la asistencia de un abogado. Sin embargo, este derecho a defenderse sin abogado no es absoluto. En algunos juicios concretos, el interés de la justicia puede exigir el nombramiento de un abogado en contra de los deseos del acusado, en particular en los casos de personas que obstruyan sustancial y persistentemente la debida conducción del juicio, o hagan frente a una acusación grave y sean incapaces de actuar en defensa de sus propios intereses, o cuando sea necesario para proteger a testigos vulnerables de nuevas presiones o intimidaciones si los acusados fuesen a interrogarlos personalmente. Sin embargo, toda restricción del deseo de los acusados de defenderse por su cuenta tendrá que tener un propósito objetivo y suficientemente serio y no ir más allá de los que sea necesario para sostener el interés de la justicia. Por consiguiente, la legislación nacional debe evitar excluir cualquier posibilidad de que una persona se defienda en un proceso penal sin la asistencia de un abogado”<sup>20</sup>.

El carácter fundamental que se otorga a la asistencia jurídica del imputado, puede verse con mayor intensidad a partir de la regulación establecida para el caso de que el imputado no se defendiera personalmente (o no se lo autorizara a hacerlo), ni

17 Ibidem, párrafo 11.

18 Ibidem, párrafo 9.

19 CDHNU, Observación General N° 32 al Artículo 14, El derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia, 90° período de sesiones; 23 de agosto de 2007, párrafo 10.

20 Ibidem, párrafo 37.

tampoco designare letrado de confianza para asumir su defensa. La CADH establece en el art. 8.2.e, el “derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculcado no se defendiera por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo de ley. Y el PIDCP, “...siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo” (art. 14.3.d). Esta cobertura, que constituye la última reserva de la defensa, sólo actúa de manera subsidiaria; si el imputado no se defendiera personalmente o no hiciera uso de su derecho de designar abogado particular.<sup>21</sup>

Muchos desconocen que en el sistema federal argentino, la representación que ejercen los defensores públicos sobre el total de casos penales tramitados suele superar el 80%; situación que se repite con mayor o menor intensidad en las provincias.<sup>22</sup> Estos baremos permiten observar la relevancia que tiene el análisis de las problemáticas específicas de intervención de defensores públicos en el proceso penal, y más allá de que un porcentaje importante de dificultades no dependen de restricciones o limitaciones impuestas por la actuación de los tribunales, sino por la desatención y falta de provisión de recursos suficientes para hacer lugar a la cobertura del servicio, lo cierto es que para algunos sectores de la administración de justicia, y respecto a actos determinados, parecerían flexibilizarse exigencias y aspectos sustanciales del derecho a la asistencia jurídica adecuada, cuando se generan situaciones críticas respecto a la intervención de un defensor.

Lo anterior incluye la errada concepción cultural de ciertos jueces y fiscales, de que el defensor público antes que la consagración de una garantía para el

21 Así, la Comisión de Derechos Humanos de la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de Naciones Unidas, en su Resolución 2003/39 del 23 de abril de 2003 sobre Integridad del sistema judicial, insta a los Estados a que garanticen que toda persona enjuiciada ante juzgados o tribunales bajo su autoridad tenga derecho a ser juzgada en persona y a defenderse por sí misma o mediante asistencia letrada de su propia elección (pto. 5).

22 Y de igual forma, en muchos países de Latinoamérica. Ver documentos y ponencias del Primer Encuentro Interamericano de Defensorías Públicas, celebrado en Santiago de Chile del 14 al 16 de noviembre de 2001 (Defensoría Penal Pública de Chile, GTZ, CEJA e INECIP); y VII Cumbre Iberoamericana de Cortes Supremas y Tribunales Superiores, Cancún-México, 2002, documento de fundamentación sobre Asistencia legal y Defensorías Públicas, elaborado por María Fernanda López Puleio. En el ámbito federal argentino, la actuación de la defensa pública oficial se rige por la ley orgánica del Ministerio Público 24.946 (BO 23/3/1998), que estructuró al Ministerio Público de la Defensa como un organismo con autonomía funcional y autarquía financiera luego del reconocimiento constitucional en la reforma de 1994. La Defensoría General de la Nación es el organismo superior institucional, contando el Defensor General de la Nación con amplios poderes de superintendencia, en igualdad de condiciones con el Procurador General de la Nación. Los defensores oficiales acceden a la función mediante concurso público y ostentan rango de magistrados, en condiciones de igualdad con jueces y fiscales. Ver Informes Anuales de la Defensoría General de la Nación al Congreso Nacional.



inculpado, constituye un mero auxiliar de la justicia. Claro que esta concepción no se manifiesta de igual forma en todo el país ni en la mayoría de los operadores de la justicia, y el nivel de respeto al derecho de quienes no tienen quien los defienda, ha dependido fundamentalmente del accionar proactivo de vastos sectores de la defensa pública argentina.

En la referida Observación General 13, el Comité ONU ya había considerado que debían realizarse informes más detallados sobre las medidas que los Estados Partes adoptan para garantizar que se observe en la práctica la igualdad de acceso a los tribunales<sup>23</sup>, y que “cuando el acusado no desee defenderse personalmente ni solicite una persona o una asociación de su elección, *debe poder recurrir a un abogado*”<sup>24</sup>. Como vimos, la nueva Observación es más explícita, al postular que se evite excluir cualquier posibilidad de defenderse en juicio penal por un abogado, limitando las autodefensas. Con esa idea, señala lineamientos expresos respecto al “interés de la justicia” en la actuación de un defensor de oficio no sólo en casos de gravedad del delito o pena de muerte, sino “cuando existe alguna probabilidad objetiva de éxito en la etapa de apelación”.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), en la Opinión Consultiva (OC) 11/90, evaluó la situación de las personas que por su situación económica no tienen acceso a un abogado. La Corte, recordó que los Estados Partes se han obligado por el artículo 1.1. de la CADH a “respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por (...) posición económica, ...o cualquier otra condición social”, por el artículo 24, a respetar el principio de igualdad en la protección de la ley, y por el artículo 8, a garantizar el derecho de defensa. Así razonó que la interpretación de los literales d) y e) de este último artículo, establecen la obligación del Estado de garantizar la provisión de un abogado para el imputado que no se defendiere por sí, ni nombrare abogado, pero que no se dispone que esa provisión sea gratuita. Entonces, si el indigente requiere asistencia legal, y en razón de su situación económica el Estado no se la provee gratuitamente, la persona se encontraría discriminada<sup>25</sup>.

23 CDHNU, Observación General 13 cit., párrafo 3.

24 *Ibidem*, párrafo 9; el resaltado me pertenece.

25 Corte IDH, Opinión Consultiva N° 11 del 10 de agosto de 1990 sobre Excepciones al agotamiento de los recursos internos (Art. 46.1, 46.2<sup>a</sup> y 46.2b CADH), párrafos 21, 22 y 25. La solicitud de opinión consultiva por parte de la Comisión IDH, indicaba que la víctima alegó no haber podido cumplir con el requisito de agotar los remedios previstos en las leyes nacionales al no poder costear servicios jurídicos o, en algunos

La Corte IDH también enfatizó que *garantizar* un derecho, y como contrapartida, establecer la obligación positiva que ello genera, implica para los Estados Partes organizar todas sus estructuras de manera “que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos ( Caso Velázquez Rodríguez, Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párr. 166; Caso Godínez Cruz, Sentencia de 20 de enero de 1989, Serie C No. 5, párr. 175).”, que “el concepto de debido proceso en casos penales incluye, entonces, por lo menos esas garantías mínimas. Al denominarlas mínimas la Convención presume que, en circunstancias específicas, otras garantías adicionales pueden ser necesarias si se trata de un debido proceso penal”, y que hay que entender entonces que el artículo 8 sobre garantías judiciales exige asistencia legal cuando ésta es necesaria para que se pueda hablar de *debidas garantías*, y “el Estado que no la provea gratuitamente cuando se trata de un indigente, no podrá argüir luego que dicho proceso existe pero no fue agotado”<sup>26</sup>.

Pero las dificultades de acceso a un abogado no se centralizan sólo en quienes sufren padecimientos económicos; en cualquier caso, deberá atenderse el deber positivo exigido por el art. 1.1. CADH a los Estados para la remoción de obstáculos que pudieren existir para la limitación de los derechos que acuerda la Convención.<sup>27</sup>

Dentro de la previsión normativa, el derecho a la asistencia jurídica letrada constituye una *obligación de prestación* cuando no hay un abogado designado por el imputado y éste no se defiende personalmente (conf. art. 8.2.e CADH), o no ha sido autorizado a ejercitar la autodefensa (conf. arts. 104 y 107 CPP Nación y Corte IDH OC. N° 11/90)<sup>28</sup>. “Y en tanto derechos subjetivos, todos los derechos a prestaciones son relaciones trivalentes entre un titular de derecho fundamental, el

---

casos, el valor que debe abonarse por los trámites. También señaló que aún en los casos donde un acusado se defiende a sí mismo porque no pudo pagar un abogado, “podría presentarse una violación al artículo 8 de la CADH si se prueba que esa circunstancia afectó el debido proceso a que tiene derecho bajo dicho artículo” (párr. 27).

26 Ibidem, párrafos 23 y 24 y 26.

27 Ibidem, párrafo 34. Se refiere a la imposibilidad de agotamiento de recursos internos a raíz del temor generalizado de los abogados de determinado lugar para representar ciertos casos.

28 Ver nota 5. Dice el art. 107 CPP Nación: “Defensa de oficio. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 104 y en la primera oportunidad, y en todo caso antes de la indagatoria, el juez invitará al imputado a designar defensor entre los abogados de la matrícula. Si el imputado no lo hiciere hasta el momento de recibírsele declaración indagatoria, el juez designará de oficio al defensor oficial, salvo que autorice al imputado a defenderse personalmente.” La OC N° 11/90 de la Corte IDH refiere sin embargo, que puede considerarse a la autodefensa sólo válida si la legislación interna lo permite, no obstante lo dispuesto en el texto del art. 8.2.d) de la CADH. Contrariamente, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas concluyó en el caso de Michel y Brian Hill que la legislación española, al no permitir al acusado defenderse personalmente, no acata lo dispuesto en el PIDCP, art. 14.3.d); CDHNU, Comunicación N° 526/1993, España, 23 de junio de 1997, CCPR/C/59/D/526/1993.

Estado, y una acción positiva del Estado”<sup>29</sup>. Pero si esa persona se ha visto obligada a ser representada por un defensor público por una situación de desventaja económica, esa asistencia, igualmente efectiva, debe además ser gratuita. Ello porque el derecho no sólo permite, sino que postula un trato desigual, cuando su objetivo consista en “igualar a los desiguales”<sup>30</sup>.

Al obligarse el Estado a designar un defensor público e integrar la defensa técnica cuando el imputado no tuviere o no designare abogado de confianza, esa provisión señala una relación de continuidad entre el imputado y la defensa pública, salvo que designe posteriormente a un defensor particular. En este sentido, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha señalado que el derecho a la provisión de defensor por parte del Estado, en virtud del 8.2.e), lo es para todos los actos procesales<sup>31</sup>.

Así puede verse en toda su comprensión, cómo no podría considerarse cumplimentada la garantía a la asistencia jurídica adecuada mediante el simple enunciado de fórmulas asegurativas, o considerarse satisfecha por la mera constatación de que en un expediente judicial se ha presentado un abogado.

Desde 1993 a esta parte -con el nuevo sistema procesal penal nacional- la proporción de defensores públicos que actúan ante la justicia penal, aumentó en una mínima medida en relación a la inflación de casos que requirieron la intervención de la defensa pública (situación que no sólo se repite, sino que se agrava en el interior de la Argentina). En el decenio 1990-2000, se disparaban alarmantemente los niveles de pobreza y de indigencia. Mientras en 1994 el nivel de cobertura de los defensores

29 ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, p. 431.

30 Ver los Principios básicos sobre la función de los abogados, aprobados por el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente”, celebrado en La Habana, Cuba, del 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990, el Principio 3: “Los gobiernos velarán por que se faciliten fondos y otros recursos suficientes para asistencia jurídica a las personas pobres y, en caso necesario, a otras personas desfavorecidas...”; Principio 4: “(...) Debe prestarse especial atención a la asistencia de las personas pobres y de otras personas menos favorecidas a fin de que puedan probar sus derechos y, cuando sea necesario, recurrir a la asistencia de un abogado”. Las normas establecidas en la CADH y en el PIDCP parecen establecer un distingo en la relación gratuidad – prestación; así, mientras la primera señala que la asignación de un abogado por el Estado opera cuando el imputado no ha designado defensor –pero no dice nada acerca de la gratuidad- (art. 8.2.e), para el segundo, la asignación corresponde cuando lo determinen “los intereses de la justicia”, siendo gratuito si el imputado no contare con medios suficientes para pagarlo (art. 14.3.d). La ley 24.946 de Ministerio Público establece en una disposición confusa, que el imputado asistido por un defensor público oficial deberá solventar la defensa en caso de condena, si cuenta con medios suficientes. Y que ello se verificará con un informe socio-ambiental practicado por el juez de la causa; si de ellos surgiere que el imputado resulta indigente (conf. art. 63).

31 CIDH, Informe n° 41/99, caso 11.491, “Menores detenidos en Honduras”, 10/3/99.

oficiales en relación a los casos totales rondaba el 64%, en el año 2003 rozaba ya el 90% en muchos ámbitos. Por otra parte, la cantidad de casos que ingresaron al sistema penal crecieron progresivamente en el mismo período, alcanzando la prisión preventiva índices nunca imaginados.<sup>32</sup>

Como se señaló, el derecho a una asistencia jurídica no podría nunca conformarse con la mera asignación de un abogado para que ejerza la representación. Como se verá, los organismos de protección de derechos humanos y los tribunales argentinos, han establecido reaseguros para que esa defensa sea competente y efectiva. De igual manera, el reconocimiento del derecho a un abogado no resuelve por sí toda la problemática de acceso a la justicia; siendo un elemento determinante de esta última, la provisión a la asistencia legal de medios adecuados para el ejercicio de la defensa.

Así, la entrada en escena de la defensa pública permite observar desde uno de los espacios de mayor nitidez, cuál es la relación ínsita y necesaria entre las premisas que fundamentan el Estado de Derecho, la regulación y límites de la persecución penal, la manera en que se organiza la justicia, y el diseño de mecanismos establecidos para asegurar, en condiciones de igualdad, el derecho a un defensor en materia penal.

### 3. LOS REASEGUROS DEL DERECHO A UN DEFENSOR PENAL. LA APLICACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL SOBRE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS POR LOS TRIBUNALES ARGENTINOS

¿En qué oportunidades y bajo qué circunstancias interviene un defensor en el sistema penal? ¿cuáles son los contenidos mínimos exigidos para considerar su actuación como *adecuada*? ¿cuándo hay incompatibilidad entre la defensa técnica y

32 Según datos del INDEC, en el año 1991 había en la Capital Federal y Gran Buenos Aires 2.327.805 pobres y 324.810 indigentes; en el año 2000 3.466.000 pobres y 921.000 indigentes. Como un ejemplo de qué sucedía entonces en la justicia, basta cruzar los datos estadísticos de la Corte Suprema de Justicia y de las Defensorías Oficiales; así -y a modo de ejemplo- ingresaron en el año 1994, 2782 causas a los Tribunales Orales en lo Criminal de la Capital Federal, designándose defensor oficial en 1806 de ellas; en el año 1999, las causas ya eran 5095, y las designaciones habían trepado a 4178. Por otra parte, y según datos de la Dirección de Política Criminal del Ministerio de Justicia de la Nación, en 2004, en las 177 cárceles del país el número de presos alcanzaba a 62.877, de los cuales, el 61% correspondía a procesados sin condena. En 1997 la cantidad de presos totales no llegaba a los 30.000 en todo el país. En el 2004, ese ya era el número total aproximado de presos sólo en la Provincia de Buenos Aires.



la defensa material?

Estas constituyen sólo algunas de las preguntas cuyas respuestas pueden resultar orientativas acerca de los niveles de respeto del derecho a un abogado. Esas respuestas podrán mensurarlos a partir de las disposiciones y resoluciones de derecho internacional y de la normativa interna; y de cómo ellas resultan interpretadas por los tribunales argentinos.

### 3.1. **Ámbito de cobertura del derecho a la asistencia jurídica en materia penal: ¡un abogado aquí, por favor!**

Por razones diversas, pero con indolencia similar, los dos extremos del sistema penal de reacción -los primeros instantes de la persecución penal pública, y la etapa de ejecución de la pena o medida de seguridad- son los que presentan mayor grado de vulnerabilidad para el acceso a un abogado. De igual forma, la evidente circunstancia de que no son iguales las posibilidades de acceso para quien está detenido, que para quien afronta el proceso en libertad, ha derivado en la necesidad de refuerzo de la garantía en estos ámbitos.

Conforme la Jurisprudencia de la Corte IDH desde el caso *López Álvarez vs. Honduras*<sup>33</sup>, el derecho a la defensa –y el consiguiente derecho a un abogado- es exigible desde el inicio de las investigaciones respecto a quien se atribuye una posible participación en un hecho delictivo. En *Tibi vs. Ecuador*<sup>34</sup>, ya había establecido que el derecho de defensa se motorizaba a partir de “la aprehensión del individuo”, y que si dicha medida no era aplicable, comenzaría cuando la autoridad judicial tomara conocimiento del caso.

En *Barreto Leiva vs. Venezuela*, la Corte IDH refrendó el criterio de inicio establecido en *López Álvarez*; y ese derecho a un defensor técnico incluye toda la etapa de ejecución de la pena, ya que el proceso en una concepción amplia, no culmina con la sentencia definitiva: “Si el derecho a la defensa surge desde el momento en que se ordena investigar a una persona (...) el investigado debe tener acceso a la defensa técnica desde ese mismo momento, sobre todo, en la diligencia en la que se recibe su declaración, impedir a éste contar con la asistencia de su abogado defensor es limitar

33 Corte IDH, Caso *López Álvarez vs. Honduras*, Sentencia del 1 de febrero de 2006, Serie C N° 141, párr. 129

34 Corte IDH, Caso *Tibi vs. Ecuador*, Sentencia del 7 de septiembre de 2004, Serie C, N° 114, párr. 168.

severamente el derecho a la defensa, lo que ocasiona desequilibrio procesal y deja al individuo sin tutela frente al ejercicio del poder punitivo”<sup>35</sup>; “(...) el señor Barreto Leiva tenía, conforme a la Convención Americana, el derecho de ser asistido por su abogado defensor y no por el Ministerio Público, cuando rindió las dos declaraciones preprocesales”<sup>36</sup>, y “(...) el derecho de defensa debe necesariamente poder ejercerse dese que se señala a una persona como posible autor o partícipe de un hecho punible y sólo culmina cuando finaliza el proceso, incluyendo, en su caso, la etapa de ejecución de la pena”<sup>37</sup>

Veamos cómo funciona la extensión de la garantía en el derecho doméstico.

### *a) La asistencia jurídica letrada ¿desde cuándo y de qué manera?*

El señalamiento del momento a partir del cual *nace* el derecho del imputado a defenderse y por consiguiente, el instante a partir del cual puede contar con un abogado para que lo asista; y de igual forma, el momento hasta cuándo el sistema penal reconoce el ejercicio del derecho de defensa y el amparo de su garantía, reconocen hoy una amplitud que los antiguos sistemas procesales desconocían. Sin duda, para ello han contribuido disposiciones y resoluciones de derecho internacional de los derechos humanos, y la correcta interpretación de que el contenido fundamental de los derechos y garantías constitucionales no podría quedar sujeto a conocidas restricciones impuestas por normas inferiores.

Más allá de las normas de protección del derecho a un abogado establecidas en la CADH y en el PIDCP, variadas son las disposiciones de derecho internacional que garantizan en nuestro ámbito el acceso a un defensor. Ellas se encuentran básicamente en el *Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a*

35 Corte IDH, Caso Barreto Leiva vs. Venezuela, Sentencia del 17 de noviembre de 2009, Serie C N° 206, párr. 621.

36 *Ibidem*, párr. 64.

37 *Ibidem*, párr. 29.

cualquier forma de detención o prisión<sup>38</sup>, en las Reglas mínimas para reclusos<sup>39</sup>, en los Principios básicos sobre la función de los abogados<sup>40</sup>, en las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de Personas en condición de Vulnerabilidad<sup>41</sup> y en los Principios y directrices de las Naciones Unidas sobre el acceso a la asistencia judicial en los sistemas de justicia penal<sup>42</sup>.

En el ámbito interno argentino, los derechos que la ley le otorga al imputado, puede hacerlos valer a partir del primer acto del procedimiento dirigido en su contra (conf. artículo 72 CPP Nación)<sup>43</sup>. Ello porque “todas las garantías constitucionales se ponen en acto desde el momento en que una persona es indicada como autor o partícipe de un hecho punible ante cualquiera de las autoridades competentes para la persecución penal, pues desde ese momento peligra su seguridad individual en relación a la aplicación del poder penal estatal; puede, entonces desde ese momento,

38 Aprobados por Resolución 43/173 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 9 de diciembre de 1988. El Principio 11 indica que nadie podrá ser mantenido en detención sin tener la posibilidad real de ser oído sin demora, y que “La persona detenida tendrá el derecho de defenderse por sí misma o ser asistida por un abogado según prescriba la ley...”; y el Principio 17: “1. Las personas detenidas tendrán derecho a asistencia de un abogado. La autoridad competente les informará de ese derecho prontamente después de su arresto y les facilitará medios adecuados para ejercerlo. 2. La persona detenida que no disponga de asistencia de un abogado de su elección tendrá derecho a que un juez y otra autoridad le designe un abogado en todos los casos en que el interés de la justicia así lo requiera y sin costo alguno para él si careciere de medios suficientes para pagarlo”.

39 Adoptadas en el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, 1955. Aprobadas por el Consejo Económico y Social el 31 de julio de 1957 (Resolución 663C), y el 13 de mayo de 1977 (Resolución 2076). Dice la regla 93: El acusado estará autorizado a pedir la designación de un defensor de oficio cuando se haya previsto dicha asistencia, y a recibir visitas de su abogado, a propósito de su defensa. Podrá preparar y dar a éste instrucciones confidenciales (...) Durante las entrevistas con su abogado, el acusado podrá ser vigilado visualmente, pero la conversación no deberá ser escuchada por ningún funcionario de la policía o del establecimiento penitenciario”.

40 Ver su cita en nota 25. Principio 1: “Toda persona está facultada para recurrir a la asistencia de un abogado de su elección para que proteja y demuestre sus derechos y lo defienda en todas las fases del procedimiento penal”. Principio 5: “Principio 7: “Los gobiernos garantizarán además que todas las personas arrestadas, o detenidas, con una acusación penal o no, tengan acceso a un abogado inmediatamente, y en cualquier caso dentro de las 48 horas siguientes al arresto o a la detención” (según el CPP Nación, la declaración indagatoria de un detenido se tomará inmediatamente, o a más tardar en un término de 24 horas. Sólo se podrá prorrogar por otro término igual ante la imposibilidad del magistrado, o cuando lo pidiere expresamente el imputado para designar defensor -art. 294-; Principio 8: “A toda persona arrestada, detenida o presa, se le facilitarán oportunidades, tiempo e instalaciones adecuadas para recibir visitas de un abogado, entrevistarse con él y consultarle, sin demora, interferencia ni censura y en forma plenamente confidencial. Estas consultas podrán ser vigiladas visualmente por un funcionario encargado de hacer cumplir la ley, pero no se escuchará la conversación”.

41 Aprobadas en la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, Brasilia, 6 de marzo de 2008; donde se señalan directrices sobre Asistencia legal para detenidos.

42 Aprobadas por la Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal en el 21º período de sesiones, 27 de abril de 2012, E/CN. 15/2012/L.14/Rev.1.

43 Dice el art. 72 CPP Nación: Calidad de imputado. Los derechos que este Código acuerda al imputado podrá hacerlos valer, hasta la terminación del proceso, cualquier persona que sea detenida o indicada de cualquier forma como partícipe de un hecho delictuoso...”

ejercer todas las facultades tendientes a posibilitar la resistencia a ese poder penal”<sup>44</sup>. Esta ha sido también la interpretación de la CIDH<sup>45</sup>.

El momento a partir de cuándo tomará intervención el abogado en el proceso, dependerá de cómo se ha iniciado el mismo. La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha señalado desde antiguo que la garantía a contar con un abogado en juicio penal se hace operativa desde la primera intervención del imputado en el proceso. La interpretación sistemática de los artículos 73, 104, 107 y 197 del CPP Nación van en igual sentido. Mientras al artículo 104 dispone como regla general que el imputado tendrá derecho a hacerse defender por abogado de la matrícula de su confianza o por el defensor oficial, el artículo 107 establece un deber primario del juez: “en la primera oportunidad, y en todo caso *antes* de la indagatoria”, debe invitar al imputado a designar defensor entre los abogados de la matrícula. Según la misma norma, si el imputado no designara defensor hasta el momento de recibírsele declaración indagatoria, el juez integra la defensa oficiosamente, designando al defensor público. Finalmente, el artículo 197 refuerza la previsión de la garantía al disponer que “En la primera oportunidad, inclusive durante la prevención policial pero, en todo caso, *antes* de la indagatoria el juez invitará al imputado a elegir defensor (...) El defensor podrá entrevistarse con su asistido inmediatamente *antes* de practicarse los actos aludidos en los artículos 184, penúltimo párrafo, y 294, bajo pena de nulidad de los mismos...”<sup>46</sup>. También nuestra norma procesal establece que la incomunicación del detenido nunca impedirá que éste se comunique con su defensor inmediatamente *antes* de comenzar

44 MAIER, Julio B. J., op. cit., p. 548.

45 CIDH, Informe 41/99, caso 11.941, “Menores detenidos en Honduras”, 10/3/99, párrafo 152: “...la Comisión concluye que, conforme al artículo 8, inciso 2, literal e) de la Convención Americana, el Estado hondureño tiene el deber jurídico de proveer de un defensor de oficio a los menores, cuando no tengan defensor particular, en todos los actos procesales, y desde el momento en que se les imputa una infracción”; ver especialmente su comentario en GARCÍA, Luis M., op. cit., ps. 483 y 485, nota 112 bis.

46 Ver art. 104 CPP Nación en nota 5, y art. 107 CPP Nación en nota 23. Dice el art. 197 CPP Nación: “Defensor y domicilio. En la primera oportunidad, inclusive durante la prevención policial pero, en todo caso, antes de la indagatoria, el juez invitará al imputado a elegir defensor; si no lo hiciera o el abogado no aceptare inmediatamente el cargo, procederá conforme al artículo 107. El defensor podrá entrevistarse con su asistido inmediatamente antes de practicarse los actos aludidos en los artículos 184, penúltimo párrafo, y 294, bajo pena de nulidad de los mismos. En el mismo acto, cuando el imputado esté en libertad deberá fijar domicilio. Si estuviere detenido, se informará a la persona que indique su lugar de detención”. La referencia que realiza el art. 197 al art. 184 (luego de la ley 25.434, el penúltimo párrafo pasó a ser el inciso 10), alude al detenido en sede policial, que manifieste razones de urgencia para declarar ante juez. El artículo 294 se refiere a la declaración indagatoria.; –todos los resaltados me pertenecen-. De igual forma, el artículo 73 prevé la alternativa de presentación espontánea del imputado con su defensor para realizar actos de defensa, cuando todavía no hubiera sido indagado. Dice el artículo 73 CPP Nación: Derecho del imputado. La persona a quien se le imputare la comisión de un delito por el que se está instruyendo la causa tiene derecho, aun cuando no hubiere sido indagada, a presentarse al tribunal personalmente con su abogado defensor, aclarando los hechos e indicando las pruebas que, a su juicio, puedan ser útiles”.

su declaración o cualquier acto que requiera su intervención personal (art. 205).

¿Y cómo hacer uso de una prerrogativa que no se conoce? Según se observa, la puesta en conocimiento del imputado de *su* derecho a designar defensor “en la primera oportunidad” constituye una exigencia para el juez, y también para los funcionarios de la policía o de las fuerzas de seguridad. En efecto en el artículo 184 (hoy inciso.10) CPP Nación, se dispone que éstos últimos no podrán recibir declaración al imputado, y que sólo podrán dirigirles preguntas para constatar su identidad “previa lectura que en ese caso se le dará en alta voz de los derechos y garantías contenidos en los artículos 104 párrafo 1º y último, 197, 295, 296 y 298 de este Código, de aplicación analógica al caso, todo ello bajo pena de nulidad...”<sup>47</sup>. Y justamente, el artículo 295 CPP Nación, en tanto señala que a la declaración del imputado podrá asistir su defensor, expresamente indica que el imputado será informado de este derecho antes de comenzar la misma.

Vale decir, para la norma adjetiva no es admisible tomar una declaración indagatoria sin que esté *constituida* la defensa técnica y que el imputado haya sido informado de los derechos que la ley le acuerda. Ahora, no hace falta realizar un profundo relevamiento en la justicia penal, para constatar la sugestiva cantidad de actas donde consta que el imputado *renuncia* a su derecho a que el defensor técnico esté presente en la indagatoria. Como señala Carrió, “nuestras prácticas tribunalicias reclaman a este respecto urgentes reformas. Es habitual en las audiencias de indagatoria que el funcionario o empleado que las conduce escriba fórmulas cuyo significado no es siempre comprendido por los detenidos”, (...) (que) se hallan en una posición difícil para reclamar precisiones acerca del alcance de los derechos”<sup>48</sup>.

El Principio 13 del *Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión*, indica que “Las autoridades responsables del arresto, detención o prisión, deben suministrar a la persona, en el momento del arresto y al comienzo del período de detención o de prisión

47 Dice el art. 296: Libertad de declarar. El imputado podrá abstenerse de declarar. En ningún caso se le requerirá juramento o promesa de decir verdad ni se ejercerá contra él coacción o amenaza ni medio alguno para obligarlo, inducirlo o determinarlo a declarar contra su voluntad ni se le harán cargos o reconvenciones tendientes a obtener su confesión. La inobservancia de este precepto hará nulo el acto, sin perjuicio de la responsabilidad penal o disciplinaria que corresponda”. Art. 298. Formalidades previas. Terminado el interrogatorio de identificación, el juez informará detalladamente al imputado cuál es el hecho que se le atribuye, cuáles son las pruebas existentes en su contra y que puede abstenerse de declarar, sin que su silencio implique una presunción de culpabilidad...”

48 Ver en CARRIÓ, Alejandro, El derecho a la entrevista previa en el nuevo Código Procesal Penal. Los primeros fallos, la necesidad de establecer resguardos para asegurar que la renuncia ha sido expresa, en La Ley 1993-D, ps.369-372.



o poco después, información y una explicación sobre sus derechos, así como sobre la manera de ejercerlos”. Recordemos que el artículo 14.3.d) del PIDCP reconoce el derecho del imputado a ser informado de su derecho a tener defensor<sup>49</sup> En igual sentido, el *Centro de Derechos Humanos de Naciones Unidas* ha considerado dentro de las directrices prácticas de su “Informe sobre Derechos Humanos y prisión preventiva”, que el derecho más importante que hay que notificar a la persona detenida, es su derecho a un abogado defensor<sup>50</sup>. La razón de ser de todos estos reaseguros, tiene mucho que ver con la necesidad de salvaguardar principios muy sensibles al Estado de Derecho, relacionados no sólo con la protección amplia del derecho de defensa a partir de una imputación penal, sino con el derecho a guardar silencio, la garantía contra la autoincriminación y la protección de la integridad personal del imputado.

En el caso argentino, esta necesidad fue brutalmente expuesta a partir del caso “Bulacio”. Allí la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), señaló que más allá del derecho del detenido a ser informado de los motivos y razones de su detención -lo que garantiza su derecho de defensa- la notificación sobre el derecho a establecer contacto con un familiar, un abogado y/o información consular, debe ser hecha al momento de privar de libertad al imputado. “En el caso de la notificación a un abogado tiene especial importancia la posibilidad de que el detenido se reúna en privado con aquél”.<sup>51</sup>

Claro que no siempre las previsiones de protección determinan actuaciones

49 Es muy interesante la discusión que se generó durante la elaboración del PIDCP con respecto a este artículo, relativa a si no era evidente el derecho del imputado a ser informado de su derecho a tener un defensor de su elección, y acerca de la decisión sobre su inclusión expresa, por la relación con otros derechos involucrados. Ver BOSSUYT, Marc. J., *Guide to the “Travaux Préparatoires” of the International Covenant on Civil and Political Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht-Boston-Lancaster, 1987, p. 298, cit. en el importante trabajo de GARCÍA, Luis M, *El derecho a la asistencia legal en los instrumentos internacionales de derechos humanos. Una visión americana*, Nueva Doctrina Penal 2001 B, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2002, ps. 447-555.

50 Centro de Derechos Humanos-Subdivisión de Prevención del Delito y Justicia Penal, *Derechos humanos y prisión preventiva*, Manual de normas internacionales en materia de prisión preventiva, Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, 1994, p. 14.

51 Corte IDH, caso *Bulacio vs. Argentina*, sentencia de 18 de septiembre de 2003. párrs. 128 y 130, con cita de su *Opinión Consultiva 16/99* de 1 de octubre de 1999: El derecho a la información sobre la asistencia consultar en el marco de las garantías del debido proceso legal, Serie A, N° 16, párr. 106, y caso *Cantoral Benavidez*, sentencia del 18 de agosto de 2000. Serie C N° 69, párrs. 127 y 128, y caso *Castillo Petruzzi* y otros, sentencia de 30 de mayo de 1999, Serie C N° 52, párrs. 139, 141 y 142. Bulacio era un menor de 17 años que iba a asistir a un recital de rock, cuando a partir de una razzia policial en las inmediaciones del estadio, fue llevado detenido a una comisaría de la Capital Federal, el 19 de abril de 1991, junto a 80 personas. Por los golpes recibidos murió el 26 de abril de ese año. Nunca se supo el motivo de la detención, ya que no se abrió causa penal contra los detenidos, que fueron liberados de manera sucesiva. El Memorando 40 era una norma que habilitaba a la policía a notificar o no a los jueces de menores respecto de las detenciones practicadas. En el caso de Bulacio, tampoco se notificó a ningún familiar.

esperadas. Cuando esto sucede, deberá estarse al sentido teleológico del derecho a la asistencia jurídica letrada, y así reestablecer la protección en todo su alcance. Porque sino, ¿para qué un abogado, si quienes tienen a su cargo el deber de provisión no instan mecanismos para su real acceso por parte del imputado?

Un fallo señero en este punto fue “Navarrete”, del Tribunal Oral en lo Criminal N° 9 de la Capital Federal; el imputado, detenido, había sido notificado de sus derechos, y manifestó querer ser defendido por el defensor oficial. El juez de instrucción tomó declaración indagatoria sin dar aviso a la defensa oficial de que se encontraba designada en esa causa. El Tribunal hizo lugar al planteo de la defensa oficial y consideró nula la declaración, porque si bien el juez había cumplido con el deber de información al imputado, no adoptó los recaudos –notificación a la defensa técnica- para posibilitar la efectiva intervención del defensor antes y durante el acto de indagatoria. El Tribunal argumentó que si bien la ley no establece que debe notificarse al defensor la realización específica de ese acto, ello deriva de la protección del derecho del indagado. También señaló que la nulidad tenía que ver con la privación del derecho a un consejo legal –cualquiera éste fuera- y con el rol de contralor del abogado; independiente de si en su declaración, el imputado hubiera proporcionado o no elementos de cargo en su contra<sup>52</sup>.

De igual forma, la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) dijo en la causa “Salgán y otros” que la omisión en notificar al acusado de su derecho a un abogado era cuestión relevante, y que “el acusado que no conoce sus derechos y, en consecuencia, no reclama por ellos, bien puede ser la persona que necesite un abogado”<sup>53</sup>.

Hace ya veinte años la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha considerado que durante el período inicial del procedimiento es donde pueden presentarse pruebas decisivas, y que la falta de asesoramiento jurídico durante

52 Tribunal Oral en lo Criminal N° 9, causa “Navarrete, Carlos R.”, resuelta el 20 de abril de 1993, publicada en *La Ley*, t. 1993-D ps. 369-374. Bulacio era un menor de 17 años que iba a asistir a un recital de rock, cuando a partir de una razzia –práctica policial de detención indiscriminada- en las inmediaciones del estadio, fue llevado detenido a una comisaría de la Capital Federal, el 19 de abril de 1991, junto a 80 personas. Por los golpes recibidos murió el 26 de abril de ese año. Nunca se supo el motivo de la detención, ya que no se abrió causa penal contra los detenidos, que fueron liberados en manera sucesiva. El Memorando 40 era una norma que habilitaba a la policía a notificar o no a los jueces de menores respecto de las detenciones practicadas. En el caso de Bulacio, tampoco se notificó a ningún familiar.

53 CSJN, Fallos 312:1998, considerando 6°, con cita de la Corte Suprema de Estados Unidos (384 U.S. 436, pp 470/471). El agravio principal del apelante se fundó en la violación por parte del organismo aduanero, del artículo 1034 de ese código, pues el Fisco no había hechos saber a los procesados el derecho a contar con patrocinio letrado cuando se les dio vista para que efectúen su descargo en sede administrativa.

esa primera fase, podría menoscabar seriamente el derecho a defenderse<sup>54</sup>. La CIDH considera que con el objeto de salvaguardar el derecho a no ser forzado a admitir culpa y a no sufrir actos de tortura, una persona debe ser interrogada sólo en presencia de su abogado y de un juez<sup>55</sup> y que debe permitirse que el abogado defensor esté presente cuando su defendido formule una declaración, sea interrogado o firme una declaración<sup>56</sup>. En igual sentido, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (CDHNU) afirmó que los Estados Parte deben “velar porque se forme un número suficiente de abogados, facilitar el acceso de las personas a un abogado y a la asistencia letrada desde el momento de la detención”<sup>57</sup>; ya que “toda persona arrestada debe tener acceso inmediato a la asistencia letrada”<sup>58</sup>.

Comunicar en tiempo útil al defensor que ha sido designado, conlleva el respeto al ejercicio de facultades de control de la legalidad de los actos procesales, pero además, posibilita que el abogado cumpla con su rol de asistente confidencial del defendido, y permite el diseño de estrategias tempranas de defensa. Esa es la inteligencia que es dable asignar a la necesaria “asistencia”, término omnicompreensivo de la actuación e intervención concreta en actos de defensa del imputado.

Las sentencias de la Cámara Nacional de Casación Penal (CNCP), no obstante partir de enunciados generales respetuosos de la garantía, no suelen mostrar una línea homogénea para la cobertura amplia de la misma. Así, en “Costa”, al anular un debate en el cual resultó condenado el acusado -porque uno de los codefensores no tenía título habilitante de abogado, ejercitando actos concretos de defensa en el alegato final compartido con el codefensor-, la Cámara distinguió entre las actividades de “asistencia” en sentido estricto, y “representación” que le corresponde a un defensor penal: “asistencia es consejo (...) la representación se refiere a la actuación del abogado...son pretensiones, requerimientos, resistencias y demás actuaciones útiles en

54 OEA, Informe anual de la CIDH, 1985-1986 (OEA/Ser.L/V/II.68, doc 8/Rev.1), p. 159 (El Salvador).

55 Informe sobre la situación de los derechos humanos de una parte de la Población Nicaragüense de origen Miskito (OEA, Ser. L/V/II.62, Doc. 10, Rev. 3, 1983, a 100. La CIDH, en el Informe sobre la situación de los derechos humanos en Guatemala del año 1983, también (OEA /Ser. L/V/II.61, doc 47/Rev.1) (1983), p. 99.

56 CIDH, Informe sobre la situación de los derechos humanos en Guatemala del año 1983 (OEA /Ser. L/V/II.61, doc 47/Rev.1) (1983), p. 99.

57 CDHNU, Observaciones Finales, Benin, 1 de diciembre de 2004, párr.20.

58 CDHNU, Observaciones finales, Georgia, Doc. ONU CCPR/C/79/Add.74, 9 de abril de 1997, párr. 28. En el Manual para Jueces y Fiscales “Luchar contra la Tortura”, de Conor Foley (Human Rights Centre, Universidad de Essex, 2003), se señalan las garantías mínimas contenidas en el derecho internacional para la protección del acceso a un letrado: “Los detenidos tienen derecho a asistencia letrada sin demora. Mientras están presos, deben tener la posibilidad de consultar con un/a abogado/a en privado, a la presencia de un letrado durante los interrogatorios y a que les represente cuando comparezcan ante la justicia. Los abogados deben asesorar y representar a sus clientes, de acuerdo con la ética profesional...” p. 44.

procura de un logro a favor del imputado”, y que entonces no basta la representación formal, sino que “es necesario también que aquél cuente con una efectiva y sustancial asistencia de parte de su defensor” y que “nuestro Código Procesal asegura la garantía constitucional de defensa en juicio, a partir de la asistencia técnica de letrados en todos aquellos actos procedimentales cuya tramitación pudiere verse obstaculizada por la falta de conocimientos legales del imputado”<sup>59</sup>.

Pero la misma Sala de la Casación, en “Guillén” –donde se postuló por la defensa oficial la nulidad de la sentencia de condena porque el imputado había declarado en indagatoria sin que se hubiera anoticiado al defensor esta última, no realizándose la entrevista previa-, adujo un mes antes, que lo importante era la notificación de los derechos al imputado, y que el uso verbal “podrá” en los artículos 197 y 295 del CPP Nación denota que es una facultad del imputado hacer uso de los derechos acordados, ya que en este acto, “el inculpaado ejerce su defensa material personalísima”. De igual forma, y aduciendo la necesidad de interpretación restrictiva de las nulidades, expresó que “Desde el punto de vista formal es manifiesto que nuestra ley no exige que el defensor esté presente durante la indagatoria ni que se le deba notificar previamente”, y que lo importante es que “la policía o el juez antes de la indagatoria deben hacer saber sus derechos y permitir al imputado que así lo requiera, que se entreviste con su defensor”<sup>60</sup>. Entonces, “al reafirmar el carácter formal de la cuestión, se le niega a ésta toda naturaleza constitucional”<sup>61</sup>.

Lo cierto es que suele utilizarse como criterio jurisprudencial la exigencia de un *plus de perjuicio* para nulificar determinados actos que conculquen derechos reconocidos. Entonces, quien alegue la violación del derecho a la asistencia de un abogado, debería entonces demostrar cuáles han sido los perjuicios efectivamente padecidos, qué pruebas se ha visto impedido de aportar o qué argumentos esenciales no pudo someter a conocimiento de la justicia. También, de qué manera iba a llevar a cabo el ejercicio de sus derechos y qué resultado esperaba para su suerte procesal.<sup>62</sup>

59 CNCP, Sala III, causa n° 971, “Costa, Juan C s/recurso de casación”, reg. n° 222/97, rta. el 2 de junio de 1997; ver su comentario en TEDESCO, Ignacio F, El derecho de defensa en juicio y el abogado defensor. Su lucha por la conquista del proceso penal, en Nueva Doctrina Penal, 1999/A, ps 209 y ss.

60 CNCP, Sala III, causa n° 1011, “Guillén, Alejandro s/recurso de casación”, reg. n° 158/97, resuelta el 2 de mayo de 1997 .

61 TEDESCO, Ignacio F., op. cit., p. 212, con indicación de los antecedentes en igual sentido.

62 En la citada causa “Salgán” resuelta en 1989 por la Corte Suprema, la disidencia de los Ministros Belluscio y Severo Caballero enfatizó, que de acuerdo a la exigencia de la Corte, “el remedio deducido sobre la base de la violación de la defensa en juicio requiere, para su procedencia, la demostración del perjuicio efectivo a ese derecho (Fallos 302:583 y 1021 y 303:167 y causa Y.2.XIX “Yapuzzetti, Juan Carlos”... en el caso, el apelante no menciona concretamente las defensas de las que se habría visto privado con motivo de

En esta cuestión es preciso establecer distinguos y ser muy cuidadosos, ya que no podría señalarse como regla que la violación de garantías reconocidas en tratados con jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22 CN) no tiene impacto a partir de su violación por las autoridades policiales o judiciales –es decir, avasallar derechos (que por algo y para algo son reconocidos) “sale gratis”- y que entonces pesa sobre el perjudicado la carga de demostrar lo que podría haber hecho que no le dejaron hacer, o lo que podría haber omitido en una declaración, que “le indujeron” a decir, o que en verdad no quería declarar y que fue invitado a hacerlo. Si el derecho constitucional acuerda desde *antes* de la indagatoria el derecho a la asistencia de un abogado, es evidente que la lesión del mismo consiste en la propia ausencia de todo consejo legal –por ejemplo para una declaración- y la nula actividad de contralor sobre actos que no son de mero trámite y que tendrán incidencia en el proceso. Además, cómo demostrar qué argumentos podrían haberse sometido a la justicia, si justamente se privó –en un momento determinado- de la intervención de la asistencia técnica, que debe integrar a la defensa material, y que por ser profesional podría haber dado cauce a inquietudes o sugerencias del imputado, pero también podría haber instado actuaciones, que sólo a partir de la existencia de aquella pueden ser evaluadas –y nuevamente, en cada momento determinado- (por ejemplo, ¿en base a qué parámetros decidirá el imputado si “le conviene o no” declarar en virtud de una imputación cuyas circunstancias no aparecen claras, o en la cual es materia compleja determinar su adecuación típica?). En este sentido, establecer esta exigencia se parece bastante a una prueba diabólica, que desconoce que la relación existente entre el imputado y su defensor no es estática, ni se desenvuelve según un orden preestablecido de sugerencias del interesado a su asistente técnico, sino a partir de un interés integrado, donde el defensor atiende inquietudes de su defendido, pero actúa con independencia y autonomía según las reglas de su profesión. Piénsese incluso, cómo se dificulta la cuestión si la carga de demostración del perjuicio recae sobre un defensor distinto del que debió intervenir en el acto, porque el nuevo abogado es un tercero respecto a ese vínculo y respecto a eventuales estrategias que no fueron asequibles por él.

Por otra parte, y más allá del camino zigzagueante establecido por las

---

la falta de asistencia letrada ante el juez administrativo, ni demuestra que se hubiera visto impedido de ejercerlas en la instancia judicial...”. La mayoría de los jueces Petracchi, Fayt y Bacqué, dijo: “resulta necesario que se respete la garantía de la inviolabilidad de la defensa en juicio (Fallos 308:191, considerando 6º y su cita), la cual exige –entre otros requisitos- que el Estado provea los medios necesarios para que el juicio a que se refiere el art. 18 de la Constitución Nacional se desarrolle en paridad de condiciones respecto de quien ejerce la acción pública y quien debe soportar la imputación, mediante la efectiva intervención de la defensa (Fallos 308:1386, considerando 7º y su cita).



diversas salas de la Casación y de la propia Corte Suprema, respecto a las exigencias para tener por válidas confesiones “espontáneas” del detenido en sede policial –y no obstante la terminante prohibición de tomarle declaración en ese ámbito (art. 184 inc. 10 CPP Nación)<sup>63</sup>-, lo cierto es que años antes de la sanción del código vigente, se venía forjando cierta jurisprudencia que establecía recaudos para garantizar la voluntariedad y libertad de decisión del imputado en su declaración, y sólo así considerarla eficaz procesalmente; pero diversos pronunciamientos de la década del noventa significaron un retroceso en este sentido<sup>64</sup>. Aquellos reaseguros -legales y jurisprudenciales- partían de la necesidad de que el imputado, advertido del contenido de sus derechos, estuviera en condiciones de ejercerlos. Luego, las condiciones requeridas para asegurar la espontaneidad de las declaraciones, irían sufriendo cortapisas con el paso de los años, y a partir de una política criminal de tinte más utilitarista, prácticamente llegaron a convertirse en letra muerta.

Una sentencia donde la CNCP se adentró en estas cuestiones fue “Flores”<sup>65</sup>, en la que es preciso detenerse por el valor de sus enunciados paradigmáticos, y porque permite observar la distancia existente entre los principios tenidos en mira por la protección constitucional, y la resolución del caso concreto.

En el marco de una investigación por drogas, el juez ordena el allanamiento del domicilio del Sr. Flores. Al entrar en su vivienda, los agentes de seguridad reducen al mismo, esposándolo y comunicándole la práctica del registro por orden judicial. Paso seguido, comienzan a interrogarlo acerca de los lugares dónde guarda el material estupefaciente, solicitándole que les vaya indicando los mismos. La droga se va secuestrando a partir de las indicaciones de Flores, en respuesta a las sucesivas preguntas efectuadas. La lectura de derechos se realiza sólo dos horas después del allanamiento y detención. La defensa oficial había planteado la nulidad del registro

63 El CPP Nación, en su sanción por ley 23.984 estableció la prohibición de que los funcionarios de policía y de las fuerzas de seguridad reciban declaración al imputado. Sólo podrán dirigirle preguntas para constatar su identidad, previa lectura en alta voz de los derechos y garantías constitucionales, todo bajo sanción de nulidad. Mediante la reforma por la ley 25.434, se autorizó a que en los casos de flagrancia, puedan “requerir del sospechoso y en el lugar del hecho noticias e indicaciones sumarias sobre circunstancias relevantes para orientar la inmediata continuación de las investigaciones. Esta información no podrá ser documentada ni tendrá valor alguno en el proceso” (art. 184 inc. 9).

64 Ver especialmente CARRIÓ, Alejandro, *Garantías Constitucionales en el proceso penal*, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2000, ps. 357 y ss.; HENDLER, Edmundo S., *La declaración del inculpaado y un famoso precedente de los tribunales estadounidenses*, en *Doctrina Penal*, año 11, Depalma, 1988, ps. 123 y ss, y TEDESCO, Ignacio F., *Las confesiones policiales y la Cámara Nacional de Casación Penal*, en *Nueva Doctrina Penal*, 1997/A, Editores del Puerto, Buenos Aires, ps. 315 y ss.

65 CNCP, Sala I, “Flores, Roberto Alfonso s/ recurso de casación”, causa 5743, reg. 7330, rta el 23 de diciembre de 2004.

domiciliario y secuestro del material estupefaciente, por haberse violentado garantías básicas que hacen al derecho a guardar silencio y a no autoincriminarse, solicitando la aplicación de la regla de exclusión por prueba ilícita (conf. art. 172 CPP Nación), no existiendo ninguna causal que habilitara a excepcionar la misma. También, que no podía darse validez a un interrogatorio policial –prohibido por la norma adjetiva- dirigido a un detenido esposado, sin defensor, y sin saber que tiene derecho a guardar silencio y a la asistencia letrada para realizar una declaración, por no haberse cumplimentado la exigencia legal de lectura previa de derechos al momento de la detención.

La Sala I de la CNCP confirma la condena que el Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 5 de la Ciudad de Buenos Aires le había impuesto –con la disidencia de un juez que considera que debe hacerse lugar a la nulidad planteada-, reiterando el argumento utilizado por el *a quo* de que no obstante las “deficiencias formales” del procedimiento, no existía perjuicio, porque de igual manera el estupefaciente se hubiera hallado.

Así, al considerar el agravio referido a la falta de asistencia letrada durante el interrogatorio no permitido a las fuerzas de seguridad, la Cámara realiza una interpretación bastante particular: analizando la normativa procesal, admite que ya durante la prevención el imputado puede elegir defensor, pero que “no debe obviarse que la obligatoriedad de contar con asistencia técnica surge sólo al momento de citarse al imputado a prestar declaración indagatoria”. En otras palabras, el derecho lo tiene desde el primer momento de la persecución, pero sólo es *obligatorio* previo a la declaración ante el juez .

El resultado de este razonamiento desemboca en una especie de “paradoja de la prohibición”: si está prohibido el interrogatorio policial, el código de forma no reglamentó la constitución *obligada* en esa sede de la defensa técnica, de manera previa para la declaración policial. Siguiendo esa idea, lo determinante para otorgar validez a una declaración ante la policía, sin defensor, sería que no está expresamente ordenada la *constitución* de la defensa letrada en sede policial. Por cierto, esta curiosa argumentación conlleva a un resultado singular; los interrogatorios deben estar rodeados de todas las garantías para ser realizados en el ámbito judicial, pero no, si son efectivizados en sede policial. O en otras palabras, las formalidades preestablecidas cuentan sólo para los momentos más visibles del proceso, y no para los más ocultos.<sup>66</sup>

<sup>66</sup> Cf. EIROA, Pablo, El interrogatorio policial en el proceso penal italiano (desde el código para el Reino de las dos Sicilias de 1819 hasta la reciente jurisprudencia de la Casación), en Cuadernos de Doct-

Por lo demás, dentro de los derechos cuya lectura estaba *obligada* por las fuerzas de seguridad (y que fuera omitida), se incluía el previsto en el art. 104 CPP Nación referido al derecho del imputado a la asistencia letrada. La resolución citada no puede explicar cómo puede tenerse un derecho sobre el cual no puede exigirse un deber por parte del Estado. Es decir, si se admite que el derecho a un defensor existe desde el primer momento, ello debería significar que puede ser ejercitado según la voluntad del titular del derecho; ergo, si quisiera ser ejercitado, la obligación de respeto y provisión (contracara del derecho subjetivo) debería también efectivizarse.

De esta manera puede verse la razón histórica y de protección de altos intereses, para el establecimiento -y bajo sanción de nulidad del mismo código adjetivo- de la obligatoriedad de lectura de derechos por parte de la fuerza policial.

Pero la construcción semántica que realiza la Casación hace girar el eje del agravio, porque la circunstancia no referida por la Cámara, es que lo que está absolutamente vedado, es someter a un imputado a interrogatorio por parte de la prevención, y que la declaración obtenida sólo puede ser valorada judicialmente en tanto esa declaración cuente con “reglas de garantías que la rigen (asistencia técnica, declaración judicial, conocimiento previo de la imputación). Observado el fenómeno desde el punto de vista negativo se debe concluir en que la declaración del imputado prestada sin atender a esas reglas no puede ser utilizada para fundar una decisión que lo perjudique”.<sup>67</sup>

En sendos informes de la CIDH, se señala que los derechos establecidos

---

rina y Jurisprudencia Penal Año X, Nros. 18-19, 2005, Editorial Ad-hoc, Buenos Aires, 2005. Con fecha 7 de marzo de 2006, la Corte Suprema de Justicia declaró inadmisibile el recurso extraordinario planteado, por aplicación del artículo 280 del CPCCN que faculta al Tribunal Supremo a desestimar recursos que no reúnan el recaudo de trascendencia (F. 383 XLI “Flores, Roberto Alfonso s/ recurso de casación”).

67 MAIER, Julio B. J., op. cit., pág. 667. Pero desde otro lugar, piénsese un instante en la necesidad de efecto preventivo que suele asignársele a la regla de exclusión de prueba ilícita. Imaginemos los resultados a los que llevaría la jurisprudencia que aquí se ataca, si los agentes de la prevención “toman la costumbre” de someter directamente a interrogatorio a los detenidos policiales –sin lectura de derechos ni asistencia de abogado defensor- con la finalidad de “agilizar” los procedimientos en búsqueda de elementos incriminantes (argumento admitido por los agentes en la causa “Flores” –según la declaración testimonial en el juicio oral, conforme surge del acta del debate). Los derechos y garantías constitucionales reconocidos no sólo quedarían vacuos, sino que serían groseramente burlados; porque (quizá) “probablemente” los elementos de cargo habrían sido igualmente encontrados, y con respecto a la falta de un defensor, porque “declaración” para la Cámara es la que se brinda ante un juez... y entonces, el interrogatorio al que se somete preventivamente al imputado por parte de la policía (eso sí, prohibido específicamente por la ley) no tendría nunca (siquiera) las garantías del efectuado en sede jurisdiccional. En un caso del Reino Unido, el Relator Especial de Naciones Unidas sobre la independencia de Jueces y Abogados, recomendó que “sería conveniente la presencia de un abogado durante el interrogatorio policial, para garantizar de forma significativa la protección de los derechos del acusado. La ausencia de asistencia letrada da lugar a un abuso potencial” (Informe sobre la misión del Relator Especial para el Reino Unido, Doc. ONU E/CN.4/1998/39/add.4, párr. 47, 5 de marzo de 1998).

en los artículos 8.2.d y 8.2.e CADH, “se aplican en todas las etapas del procedimiento penal seguido a un acusado, incluido el proceso preliminar, si existe, su emplazamiento a juicio y todas las etapas de este último”.<sup>68</sup>

Por eso en el marco del proceso y en virtud de las previsiones del derecho internacional e interno, la actuación de la justicia debe propender a brindar asistencia y permitir la intervención útil del defensor técnico, con carácter previo a todo acto que por sus características, pudiera ser valorado en una sentencia<sup>69</sup>, teniendo igualmente el defensor, actuación en toda circunstancia relacionada con la intervención personal de su asistido en el proceso (en ejercicio de su defensa material y control de la prueba de cargo), o cuando se presente para la defensa técnica una posibilidad de solicitud o control en beneficio del imputado. La inobservancia de las reglas que disponen la intervención, asistencia y representación del imputado, aparejan la ineficacia absoluta del acto (conf. artículo 167 inc. 3° CPP Nación).

#### *b) La asistencia jurídica letrada ¿hasta cuándo y de qué manera?*

Si bien la gran mayoría de las normas, principios y disposiciones de derecho internacional citados en el punto anterior se refieren a personas sometidas a proceso y no a condenados cumpliendo pena de prisión efectiva, una interpretación amplia de sus preceptos, debe extender sus consecuencias a diversas contingencias producidas en la etapa de ejecución, que guarden similitud de acuerdo a la problemática planteada. Esa es la interpretación más garantista de acuerdo a la importancia de los derechos involucrados, y que incluso es posible extraer del derecho internacional de derechos humanos, de la jurisprudencia interamericana citada y de la normativa argentina vigente.

Así, y más allá de las diversas disposiciones internacionales referidas que reconocen el derecho a un abogado ante cualquier forma de detención o prisión, y considerando que “Toda persona puede concurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos” (*Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*; artículo

68 CIDH, Informe 41/04 Caso 12.417 Whitley Myrie, Jamaica, 12 de octubre de 2004, párrafo 61, con cita de los casos *Mc Kenzie y otros c/ Jamaica*, Informe Anual de la CIDH 1999, párrafos 304-305, y *CDHNU, Paul Nelly c/ Jamaica*, Comunicación N° 253/1987 y 867/1999.

69 Así establece el artículo 200 CPP Nación: “Derecho de asistencia y facultad judicial. Los defensores de las partes tendrán derecho a asistir a ... (los actos)... que por su naturaleza y características se deban considerar definitivos e irreproducibles”. Y el artículo 201, se exige la notificación previa –salvo para los registros domiciliarios- de todos los actos del artículo anterior, también bajo pena de nulidad.

XVIII), que “Los gobiernos procurarán que se establezcan procedimientos eficientes y mecanismos adecuados para hacer posible el acceso efectivo y en condiciones de igualdad a la asistencia letrada de *todas* las personas que se encuentren en su territorio y estén sometidas a su jurisdicción” (*Principios Básicos sobre la Función de los Abogados*; Principio 1), y que el *Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión* –que usa el término “persona presa” como sinónimo de condenado–, indica que se le darán a la persona presa los medios adecuados para consultar con su abogado. Por ello, la falta de un abogado de libre elección, no podría empecer el derecho de defensa contra el ejercicio del poder punitivo del Estado, por lo que el deber de provisión de un defensor se impone de igual forma en este caso.

Muchas son las razones por las cuales el derecho de defensa no *desaparece* con la sentencia que pone fin al proceso. La circunstancia de que la ejecución de la pena o medida de seguridad y corrección, se encuentren sometidas a reglas jurídicas y la trascendencia de que los modos de cumplimiento de las mismas incidirán para el otorgamiento de beneficios al interesado, hace ver la necesidad de reconocer, ampliamente, el derecho de defensa y el derecho al recurso en este ámbito<sup>70</sup>. Pero hay una razón aún más principista, y es que quien cumple pena de prisión no pierde los atributos inviolables en cuanto persona, y en tanto la etapa de ejecución es una manifestación del poder punitivo del Estado, no se puede desconocer el goce de los derechos y garantías reconocidos a ella, como contrapeso al ejercicio del mismo.

La “judicialización” de la ejecución de la pena, básicamente significó que las garantías constitucionales del proceso penal se extienden a la ejecución de la pena, y ello incluye la presencia activa de un defensor del condenado.

El citado artículo 491 del CPP Nación, al habilitar la intervención de la defensa técnica en esta etapa a través de su participación en los incidentes que tramitan ante los juzgados de ejecución, estatuye un modo de acceso a la justicia de ejecución para las cuestiones inherentes a la ejecución de la condena.

No obstante, no todas las situaciones que tienen incidencia o repercusión en el aspecto cualitativo de la pena se resuelven en sede judicial mediante un incidente de ejecución, ya que decisiones de suma relevancia son decididas por la administración

<sup>70</sup> El artículo 491CPP Nación, al regular el trámite de los incidentes en la etapa de ejecución, señala que los mismos podrán ser planteados por el ministerio fiscal, el interesado o su defensor, y que contra las resoluciones del juez de ejecución sólo procederá el recurso de casación.



penitenciaria a través de procedimientos que afectan derechos fundamentales, y en los que no se prevé la intervención de la defensa técnica.<sup>71</sup> El Comité contra la tortura de Naciones Unidas, ha considerado que uno de los problemas esenciales del encierro carcelario, es la falta de defensa técnica para el imputado, quien se encuentra inerme e indefenso ante las autoridades administrativas a la hora en que puedan surgir sanciones.<sup>72</sup>

En general, la CNCP había mantenido una postura muy restrictiva para el acceso a la vía recursiva (instancia fundamental que también hace al derecho de defensa), de toda cuestión penitenciaria que no se relacionara con la libertad condicional y su revocación, cómputo de pena y medidas de seguridad. Entonces, cualquier otra problemática que versara sobre derechos, institutos o materias reguladas en la ley de ejecución 24.660, una vez refrendadas por el juez de ejecución, quedaban sin derecho al contralor por el órgano superior.<sup>73</sup> A partir del año 1999 comenzó a vislumbrarse un criterio más aperturista en algunas salas<sup>74</sup>, pero es con el trascendente fallo de la Corte Suprema de Justicia “Romero Cacharane”<sup>75</sup> en 2004, donde se determina el sentido amplio del derecho al recurso, y básicamente, el alcance de protección constitucional sobre las personas que cumplen pena de prisión efectiva.

En lo que aquí interesa, la materia traída a la Corte refería a la imposición de una sanción disciplinaria, de quince días de encierro en celda de aislamiento del pabellón de máxima seguridad en una cárcel de la provincia de Mendoza, sin que el condenado haya tenido posibilidad de derecho de defensa. La defensa oficial recurrió la sanción ante el juez de ejecución, que la confirmó. La Sala II de la CNCP, invocando

71 Entre ellas, la clasificación inicial que efectúa la administración y que determinará la fase o período del régimen progresivo en que se ubicará el interno y el tipo de establecimiento; las sanciones disciplinarias en el ámbito del servicio (que son recurribles por el interesado ante el juez, pero sin efecto suspensivo -salvo disposición expresa del magistrado-, art. 96 ley 24.660); los traslados de establecimiento o los cambios de alojamiento dentro del mismo establecimiento; las calificaciones trimestrales de Conducta y Concepto, y determinadas decisiones sobre retrocesos en las diversas etapas del régimen progresivo. A mediados de 2012, el Servicio Penitenciario Federal implementó un proyecto piloto mediante el cual corre vista a la Defensoría General de la Nación al dar inicio a un proceso disciplinario respecto a detenidos localizados en el Complejo Penitenciario de Ezeiza, y respecto a detenidos analfabetos del resto del país.

72 Comité contra la tortura de la ONU, Examen de los informes periódicos presentados por los Estados Partes con arreglo al artículo 19 de la Convención, Paraguay, 13 de septiembre de 2000, párr. 16 b) (CAT/C/49/Add.1).

73 Así, CNCP, Sala I, “Roldán, Carlos Augusto s/ recurso de queja, causa 1358, registro 1709, rta. el 13 de agosto de 1997.

74 Ver la evolución de la jurisprudencia de la CNCP en este sentido –siendo la sala IV la única que se inclinó por la apertura del recurso de casación para todos los institutos previstos en la ley 24.660-, en YOMHA, Diego García, El problema de la vía recursiva en el marco de la ley 24.660, Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, N° 17, Editorial Ad.hoc, Buenos Aires, 2004, pp. 213-255.

75 CSJN, RHE, Causa R 230/98, Libro 34, rta. el 9 de marzo de 2004.

la jurisprudencia restrictiva a la apertura casatoria, declaró mal concedido el recurso de casación de la defensa, que insistió con la vía extraordinaria. La Corte Suprema ordenó a la Casación dictar nuevo pronunciamiento; y con invocación extensa de preceptos de derecho internacional de derechos humanos, y de resoluciones de los organismos de protección interamericana, señaló respecto a los condenados a pena de prisión efectiva -con una cita de la CIDH, que a su vez aludía a la Corte IDH- que: “la protección de los derechos humanos requiere que los actos estatales que los afecten de manera fundamental no queden al arbitrio de los poderes públicos, sino que estén rodeados de un conjunto de garantías enderezadas a asegurar que no se vulneren los atributos inviolables de la persona”.<sup>76</sup>

Si bien las repercusiones completas de esa resolución todavía deben ser mensuradas en las diversas jurisdicciones, lo importante es que para la CSJN, los jueces no pueden inhibirse cuando se trata del cercenamiento de derechos por parte de la administración penitenciaria. Pero ¿quién sino el defensor para acercar a los tribunales los reclamos de sus representados? En este aspecto, la inclusión del defensor como sujeto procesal habilitado a promover un incidente de ejecución contribuyó a solucionar las deficiencias que presentaban los reclamos de los detenidos -cuando los podían efectivizar- posibilitando su canalización adecuada.

Lo anterior, remite nuevamente al análisis de los mecanismos e instrumentos previstos por el Estado, para asegurar la cobertura real de las necesidades de acceso a un abogado en este ámbito.

Es claro que a medida que avanza el procedimiento penal, y en tanto el mismo supere los límites de un plazo razonable, las posibilidades -económicas y de trato continuado- de contar con abogados particulares, se manifiestan en forma inversamente proporcional. Pero el punto culminante se verifica cuando se arriba a la certeza judicial -agotados todos los recursos- de la sentencia de condena a una pena de efectivo cumplimiento, que si es de cierta entidad temporal, hace entrar en escena de manera prácticamente excluyente a la defensa oficial.

Al instituirse la justicia de ejecución a partir del nuevo sistema procesal federal, se estableció que un defensor de ejecución actuaría ante ella en la ciudad de

<sup>76</sup> Ibidem, considerando 11), cita textual del Informe CIDH 38/96, Caso 10.506, Argentina, 15 de octubre de 1996, párr. 61 (el informe se refiere a la observación de las prácticas de las autoridades penitenciarias argentinas, respecto a las mujeres que ingresaban a los establecimientos carcelarios, de llevar a cabo revisiones vaginales).

Buenos Aires –en el interior del país, esa función la ejercen los defensores federales de juicio oral-. Desde 1993 hasta más de diez años después, sólo se contaba con un defensor ante esa sede, no habilitándose por ley más cantidad de cargos de magistrados defensores ante la justicia de ejecución, según el sistema de designación y selección establecido en la ley 24.946 para el Ministerio Público de la Defensa. ¿Hace falta recordar qué había ocurrido en ese decenio a partir del aumento inaudito de la población carcelaria, y su incidencia en detrimento del trato digno a los internos? ¿era necesario –todavía- concientizar acerca de las condiciones paupérrimas y de sujeción a la discrecionalidad penitenciaria en las que normalmente se cumple el encierro? ¿puede decirse, entonces, que el legislador había garantizado en su expresión amplia, el acceso a la justicia de ejecución?

Piénsese que esa sola Defensoría Oficial ante los Juzgados de Ejecución Penal de la Capital Federal, representaba en esos años a una población penitenciaria cuya variación oscilaba entre las 4500 y 6000 personas (incluyendo enfermos mentales internados en unidades psiquiátricas en función de medidas de seguridad); además de ejercitar el contralor de la defensa, en la tramitación de cerca de 20.000 legajos de suspensión de juicio a prueba; en las contingencias de las penas en suspenso y de la aplicación de las medidas de seguridad de la ley sobre estupefacientes 23.737. También, la representación de las personas que se encuentran en libertad, pero sujetas a los institutos de libertad condicional o libertad asistida. Se calculaba entonces que la defensoría tenía un manejo aproximado de 300 legajos diarios (entre notificaciones y traslados) y más de 150 llamadas telefónicas por día, por las dos líneas habilitadas.<sup>77</sup>

Algunas medidas han contribuido a paliar la situación apuntada, entre las que figuran la creación por el legislador de otra defensoría oficial con igual competencia, pero básicamente, el establecimiento por vía de superintendencia del servicio, de unidades funcionales integradas por funcionarios expertos seleccionados por concurso –aunque con la precariedad que significa la carencia de estructuras de defensorías creadas por ley-, y la puesta en marcha de variados programas y comisiones de la Defensoría General de la Nación que coadyuvan con las materias básicas que conforman el actuar del fuero (Comisión de Cárceles; Comisión de Migrantes; Programa sobre problemáticas sociales y relaciones con la comunidad; Comisión de género, entre otras).

<sup>77</sup> Véanse los Informes anuales de la Defensoría General de la Nación presentados al Congreso Nacional. En el ámbito del Ministerio Público de la Defensa actúa una Comisión de Cárceles que efectúa un seguimiento y contralor de problemáticas penitenciarias.

Pero la problemática no es posible reducirla solamente a necesidades de cobertura a partir de recursos expertos. No se puede desconocer la distribución geográfica de los centros penitenciarios en el país, de cara al fundamental significado que reviste el contacto real con el preso en su lugar de alojamiento, para ver cómo las disposiciones normativas, y las necesidades de la realidad, hablan en este caso lenguajes muy diferentes<sup>78</sup>.

### 3.2. La intervención útil y efectiva de la defensa técnica. El derecho a una asistencia jurídica competente y adecuada

Ya desde antiguo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación estableció que se encuentran violentadas reglas fundamentales del procedimiento, y que el acusado es condenado sin ser oído –no obstante haber efectuado un descargo en su declaración indagatoria-, si el defensor que tiene asignado no ha realizado ninguna actuación en su favor ni utilizado los mecanismos que el derecho pone a su cargo. Así, en el caso “Rojas Molina”<sup>79</sup> de 1941, luego de reafirmar esa idea (el imputado había alegado un obrar en legítima defensa), la Corte aseguraba que “Ninguna disposición legal autoriza a dar por decaído el derecho de presentar la defensa cuando se ha vencido el término legal sin hacerlo, y la prosecución del juicio sin ese requisito esencial. Por el contrario, toda la estructura del Código de Procedimientos demuestra la necesidad de una defensa efectiva”. Todavía desde tiempo anterior, la CSJN viene diciendo que en materia criminal, la garantía del debido proceso, consiste en la observancia de las formas sustanciales del juicio relativas a la acusación, defensa, prueba y sentencia<sup>80</sup>. Y ya en 1868 había señalado respecto a quienes eran traídos a proceso que “es de equidad y aún de justicia, apartarse del rigor del derecho para reparar los efectos de su ignorancia de las leyes o del descuido de su defensor”<sup>81</sup>; y “que el ejercicio de la defensa debe ser cierto, de modo tal que quien sufre un proceso penal ha de ser provisto de un adecuado asesoramiento legal que le asegure la realidad sustancial de la defensa en juicio”<sup>82</sup>. Ello para que el juicio se desarrolle en paridad de condiciones respecto de quien ejerce la acción pública y quien debe soportar la imputación (doctrina de

78 Ver en este sentido LÓPEZ PULEIO, María Fernanda; *Acceso a la justicia (también) para los detenidos, en Acceso a la justicia como garantía de igualdad. Instituciones, actores y experiencias comparadas, compilado por Haydée Birgin y Beatriz Kohen, Editorial Biblos, Buenos Aires, 2005, ps. 177-187.*

79 CSJN, Fallos 189:34.

80 CSJN, Fallos 125:10.

81 CSJN, Fallos, 5:459.

82 CSJN, Fallos, 5:459; 192:152; 237:158; 255:91 y 311:2502.

*Fallos* 237:158).<sup>83</sup> Para la Corte, una transgresión de entidad a la garantía de defensa “debe ser atendida y resuelta con antelación a cualquier otra cuestión que se hubiere planteado”.<sup>84</sup>

De igual forma, la CIDH ha enfatizado en que debe proporcionarse a quienes sean acusados penalmente, un patrocinio letrado competente y efectivo,<sup>85</sup> y que las obligaciones del Estado respecto al deber de garantizar la asistencia letrada, conllevan el brindar posibilidades razonables para permitir el contacto entre el defensor y su asistido.<sup>86</sup>

Entonces, si el derecho a la asistencia jurídica es parte esencial del derecho de defensa del imputado, para la satisfacción de la garantía no basta con que formalmente se haya legitimado a un defensor para actuar en juicio; sino que, en primer lugar se le debe haber dado oportunidad *útil* de hacerlo en la defensa del justiciable, y segundo término, su intervención debe ser competente y adecuada.

Una problemática que se reitera con cierta regularidad, es la situación provocada ante la renuncia –cuando no abandono implícito- o necesidad de revocatoria de mandato de abogados particulares, mientras se encuentran corriendo plazos procesales; o en los períodos inmediatamente anteriores al inicio de una audiencia de juicio oral. Esta situación, más allá de provocar un sobrecarga imposible de prever a los fines de superposición de audiencias de los defensores oficiales –ya que no suele ser común que otro letrado particular asuma el caso en estas condiciones-, redundan en una evidente limitación para una defensa técnica efectiva. Y los tribunales penales, en su deber de resguardar la asistencia jurídica del imputado, -más allá del distingo de situaciones, que deberán ser evaluadas en forma casuística, a fin de discriminar

83 La CSJN resolvió el 12 de febrero de 2002, por vía de superintendencia, una situación particular; el Tribunal Federal de Resistencia autorizó al Sr. Cano a autodefenderse en el marco del art. 104 CPP Nación, pero también le asignó al defensor público en carácter de “asesor técnico”. La defensa pública se negaba a intervenir en tal carácter. La Corte, con cita de la doctrina referida, anuló la decisión del tribunal, considerándola incompatible con la norma vigente: “Esta decisión no solo ha dado lugar a este inusitado conflicto en la causa, sino que como mayor gravedad, ha importado un efectivo estado de indefensión, pues la superposición de roles ha provocado un irregular ejercicio de la defensa técnica del imputado, que –de hecho- han imposibilitado llegar al juicio que permite arribar a una decisión que ponga fin a este dilatado proceso, resolviendo en forma definitiva su situación frente a la ley y a la sociedad” (Expte. 3445/2000 “Cano, Antonio Francisco s/supuesta infracción decreto ley 6582/58). El hecho recuerda la figura del defensor-garante del derecho italiano, y toda la discusión de la década del 70 sobre las posibilidades y límites de la autodefensa, discusión que se renueva periódicamente y que muy lejos está de haber perdido vigencia. Ver AA.VV, GREVI, Vittorio (a cargo de), *Il problema dell'autodifesa nel processo penale*, en *Giustizia Penale oggi/1*, Zanichelli, Bologna, 1977. Ver también nota 24.

84 CSJN, Fallos 319:192.

85 CIDH, Informe 41/2004, caso 12.417, Whitley Myrie, Jamaica, párrafo 5.

86 CIDH, Informe 49/2001, Jamaica.



cuándo se verifica un estado de indefensión- no podrían hacer impactar en el imputado una debilidad en sus posibilidades de defensa porque se ha verificado la ausencia (no siempre física) de su defensor técnico.

Es claro que los plazos procesales de las partes se estipulan con criterio de realidad, a fin de que las peticiones que en ellos se invoquen tengan posibilidad cierta de ser ejercitadas. Sin embargo, no siempre los jueces reconocen que la situación planteada, si es convalidada, otorga una desventaja fundamental para las oportunidades de defensa y para las estrategias consensuadas entre defensa material y técnica.

El Tribunal en lo Criminal Federal N° 2 de esta Ciudad, resolvió positivamente en el caso “Efred Canosa” un planteo en este sentido<sup>87</sup>. La culminación de la actuación del anterior defensor de confianza, cuando ya había transcurrido más de la mitad del plazo para ofrecer prueba (artículo 354 CPP Nación), significó la asignación de la defensa oficial que conocía por primera vez en la causa. La defensora pública argumentó que a la circunstancia acaecida, absolutamente ajena a la asistente, y cuyas motivaciones y justificantes se desconocían en el ámbito del proceso, no sólo importaba la afectación a un derecho reconocido por el derecho internacional de derechos humanos como parte constitutiva de la defensa del imputado, sino que justamente, por el carácter trascendente que reviste el derecho a ofrecer prueba, considerar sin más garantizada la asistencia adecuada porque se asignó un defensor, importaba desconocer que el principio de igualdad de armas –soporte de un real contradictorio- tenía como base justificante, la igualdad de *posibilidades* de intervención.

Así, refirió que cuando el artículo 14.3.b) del PIDCP dice que durante el proceso, toda persona acusada de delito tiene entre sus garantías mínimas la de “disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de la defensa”, ello alude también al rol de los abogados<sup>88</sup>, lo que encuentra igualmente sustento en los citados *Principios sobre la Función de los Abogados de Naciones Unidas*, que ordena a las autoridades velar porque los abogados tengan acceso a la documentación pertinente, “con antelación suficiente para que puedan prestar a sus clientes una

87 TOFN° 2 de la Ciudad de Buenos Aires, “Canosa, Efred s/inf. arts. 288 inc. 2° y 174 inc. 5° del C.P.”, causa 557, resolución del 27 de junio de 2001.

88 Cf. Fair Trials Manual; en su traducción castellana, Juicios Justos, Manual de Amnistía Internacional, EDAI, Madrid, 2000, p. 63, que refiere que la disposición de tiempo y medios adecuados para preparar la defensa “es de aplicación tanto para el acusado como para su abogado en todas las etapas del procedimiento, y también antes del juicio y durante los recursos”.

asistencia jurídica eficaz”<sup>89</sup>. En este sentido ha señalado el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas que “si un acusado cree que el tiempo que se le ha concedido para preparar su defensa (incluido el tiempo para hablar con su asesor jurídico y examinar la documentación) ha sido inadecuado, la jurisprudencia establece claramente que el acusado debe solicitar al tribunal que suspenda las diligencias por no haber dispuesto de tiempo suficiente para prepararse”.<sup>90</sup> El Tribunal Federal, a fin de salvaguardar el derecho de defensa, consideró que por las razones invocadas debía reanudarse íntegramente el plazo concedido a la defensa oficial para el ofrecimiento de prueba.

La CIDH, en un caso donde el juez de instrucción permitió que se introdujeran pruebas que podían ser perjudiciales para el imputado, en ausencia del defensor, señaló que debió resultar evidente al juez, que continuar el proceso en esas condiciones, podía limitar su defensa y privarlo de su derecho a un patrocinio efectivo, “incluido el derecho que le reconoce el artículo 8.2.c) de la Convención de disponer del tiempo y los medios adecuados para la preparación de su defensa, y el que le reconoce el artículo 8.2.f) de la Convención de interrogar a los testigos presentes en el tribunal, derechos que sólo pueden ejercerse adecuada y efectivamente a través de la presencia del abogado patrocinante”<sup>91</sup>. Disposiciones del Comité de Derechos Humanos, y de la Comisión de Derechos Humanos del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de Naciones Unidas, han ido en igual sentido<sup>92</sup>.

En un ámbito no exento de importante tropiezos y contramarchas, la CNCP fue marcando un camino impregnado por la naturaleza del contradictorio (no definitivamente desandado por los tribunales), al considerar positivamente agravios de la defensa referidos a la imposibilidad de controlar prueba de cargo - ingresada por

89 Así, Principio 21: “Las autoridades competentes tienen la obligación de velar porque los abogados tengan acceso a la información, los archivos y los documentos pertinentes que estén en su poder o bajo su control con antelación suficiente para que puedan prestar a sus clientes una asistencia jurídica eficaz”.

90 CDHNU, Douglas, Gentles and Kerry v. Jamaica (352/1989), 19 de octubre de 1993, Informe del CDHNU, vol II (A/49/49), 1994; y Sawyers and Mc. Lean v. Jamaica, (226/1987 y 256/1987), 11 de abril de 1991, Informe del CDHNU (A/46/40), 1991.

91 CIDH, Informe 41/2004 cit, párrafos 59.

92 El CDHNU en su Comunicación 867/1999 Guyana, del 19/08/2004, ha señalado que “el hecho de que la mayoría de los testigos de cargo fueran interrogados por primera vez en esa etapa del proceso (previa al juicio) y fueran sometidos a interrogatorio por el hijo de la autora, muestra que, para hacer justicia, habría hecho falta asegurar representación letrada al hijo de la autora mediante asistencia letrada...” –la aclaración entre paréntesis me corresponde-. La Comisión de Derechos Humanos en su Resolución 2003/39, instó a los Estados “a que garanticen que se respete el principio de la igualdad ante los tribunales y ante la ley dentro de sus sistemas judiciales, en particular ofreciendo a las personas sometidas a juicio la posibilidad de interrogar, o que se interrogue en su nombre, a los testigos de cargo y de conseguir la comparecencia e interrogatorio de testigos de descargo en las mismas condiciones”( pto. 7).

lectura al debate y valorada en la sentencia- ejerciendo de esta forma su importante rol nomofiláctico. Ese impulso, que se verificó a partir del caso “Abasto” de la sala I<sup>93</sup>, y que refiere a la necesidad de control “útil y eficaz” de la prueba de cargo por parte de la defensa (material y técnica), como requisito para su valoración por parte del tribunal, encontró eco en la Corte Suprema en la causa “Benítez”<sup>94</sup>, donde descalificó una sentencia de la Cámara de Casación que a su vez había convalidado una condena del tribunal de juicio sustentada casi exclusivamente en testimonios que ni el imputado ni su defensor habían podido controlar .

Es que la defensa *implica* el contradictorio, que es el más importante instrumento de control del método de prueba acusatorio, por lo que se debe admitir el carácter de contradictor en todo acto probatorio, para que la contienda sea leal<sup>95</sup>.

Desde otro lugar, la necesidad de presencia activa del defensor puede verse también en la doctrina tradicionalmente garantista de la CSJN sobre las presentaciones *in pauperis forma*; conformada a partir de la flexibilización de los requisitos formales para la interposición del recurso extraordinario federal por parte de los imputados. Ella alude a la necesidad de otorgar trámite legal a los escritos sin firma de letrado, de modo de inhibir cualquier denegatoria de justicia. Así, por ejemplo, cuando las resoluciones denegatorias de los tribunales inferiores son notificadas al interesado<sup>96</sup>, y éste deja asentada la expresión “apelo”, o interpone recurso extraordinario, o presenta una nota sin firma de letrado manifestando su rechazo a la denegatoria de que se trate, la Corte Suprema ha establecido que a esos escritos debe otorgársele el alcance de una manifestación de voluntad de ser asistido de manera adecuada para interponer los recursos de ley, nulificando resoluciones de jueces inferiores que rechazan *in limine* estas presentaciones por defectos formales.

En estos casos, la Corte Suprema ha señalado que es deber de los tribunales dar intervención al defensor para fundar la petición<sup>97</sup>, y que si bien “no es

93 CNCP, Sala I; “Abasto, Héctor Juan s/rec. de casación”, rta. el 11 de febrero de 1999, registro 2602; en igual sentido “Almada, Sergio Martín s/ rec. de inconstitucionalidad”, rta. 2 de marzo de 1999, registro 2627 y “Reyna, Jorge Fernando s/rec. de casación”, rta. el 21 de marzo de 2002, registro 4918, con invocación de normas y jurisprudencia del derecho internacional de protección de derechos humanos (conf. art. 8.2.f CADH y 14.3.e PIDCP).

94 CSJN “Benítez, Anibal Leonel” Fallos 329:5556).

95 FERRAJOLI, Luigi, *op. cit.*, pp. 613 y 614.

96 Si bien en alguna oportunidad la Corte Suprema realizó distinciones según que el imputado estuviera privado de su libertad o no, en nuestros días ha retomado un tratamiento uniforme, aplicando la doctrina de los recursos *in pauperis forma*, sin atender a la cuestión de la privación de la libertad. Ver, entre otros, Villarroel Rodríguez, Oscar Alejandro (V. 146 XXXIX, rta. El 21/9/2004).

97 CSJN, Fallos 310.493, entre muchos otros.

obligación de la asistencia técnica del imputado fundar pretensiones de su defendido que no aparezcan, a su entender, mínimamente viables, ello no la releva de realizar un estudio serio de las cuestiones eventualmente aptas para ser canalizadas por las vías procesales pertinentes, máxime porque se trata de una obligación que la sociedad puso a su cargo (Fallos 310:2078), ya que no puede imputarse al procesado la inoperancia –a la que ha sido ajeno- de la institución prevista para asegurar el ejercicio de su derecho constitucional, cuya titularidad ostenta exclusivamente y cuya inobservancia puede acarrear responsabilidad internacional al Estado Argentino (art. 75, inc. 22 de la Ley Fundamental; arts. 1 y 8, párrafo 2, incs. d y e, de la Convención Americana de Derechos Humanos; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, arts. 2.1; 14.3.b y d; Fallos: 318:514)”. La cita anterior, que corresponde a una resolución de la Corte Suprema del 16 de noviembre de 2004<sup>98</sup>, refiere a un caso tramitado en la justicia provincial de Córdoba. A partir de la condena que recayera sobre el señor Núñez, el mismo fue interponiendo sendos recursos *in pauperis*, y al darse intervención a la defensa pública, ésta se limitó a reiterar la presentación del interesado, solicitando se haga lugar al recurso, “en cumplimiento del deber que el cargo impone”, pero dejando a salvo su opinión contraria al mismo. La Corte hizo en esta resolución, una fuerte advertencia a los tribunales inferiores y a los distintos sujetos procesales que intervinieron en la causa, sobre las dimensiones del estado de indefensión al que habían dejado expuesto al recurrente durante toda la tramitación de la misma. A los tribunales

98 CSJN, N. 19 XXXIX, PVA “Núñez, Ricardo Alberto s/ sus recursos de queja y casación y extraordinario, consid. 9°. Disidencia de los Ministros Petracchi, Bossert y Boggiano -en un caso de la Provincia de Córdoba: CSJN, P. 99/99 RHE “Pancia, Marcelo Néstor s/p.s.a. robo calificado etc.”, rta. el 23 de octubre de 2001, consid. 7°, con cita de “Strickland v. Washington, 466 U.S. 668, 1984)-. En esta última sentencia, la Corte por Mayoría declaró la inadmisibilidad del recurso extraordinario cuya denegación dio origen a la queja ante ella (art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación), pero la disidencia, señaló la nulidad de lo actuado a partir del recurso de casación por ineffectividad de la defensa técnica. El imputado había presentado un recurso de queja *in pauperis* forma que fue rechazado por extemporáneo. El Tribunal agregó que no le era aplicable la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, sobre flexibilización de las exigencias relativas a la temporaneidad de las apelaciones, por no encontrarse el imputado en una situación fáctica que pudiera asimilarse a la de una persona privada de libertad carente de asistencia técnica. El imputado vuelve a realizar una presentación sin firma de letrado, interponiendo recurso extraordinario federal, diciendo en primer lugar que sí se encontraba privado de su libertad, y que su defensa pública no lo asistía en modo alguno –ya que cuando fundó la casación, expresó que lo manifestado por su pupilo no era correcto, conforme a las pruebas de la causa-. El Tribunal decidió nuevamente darle vista a la misma defensora para que lo funde. Ella se inhibe ante el Tribunal (en Córdoba la defensa pública no es autónoma respecto del Tribunal Superior), diciendo que le es imposible defenderlo, y que éste “se esmera en forma sarcástica y reiterada por dejar sentado que el mismo careció de defensa, que esta defensa se negó a asistirlo, que ejerció una asistencia legal aparente...”, y que su defendido “degradó así falsamente la función técnica realizada por ella” (consider. 4°). Pero el Tribunal rechazó la excusación, considerando que la actuación de la defensora no mereció una evaluación negativa por parte de los jueces. La defensora, entonces, fundó sintéticamente el recurso que no fue concedido por el mismo Tribunal Superior. Nuevamente, el recurrente llega a la Corte Suprema, y su presentación se funda por el defensor ante ella, que invoca la nulidad del trámite recursivo por defensa técnica ineficaz.

-que invocaron deficiencias formales para evitar considerar los agravios invocados de manera sencilla y clara por parte de Núñez- porque no resguardaron las deficiencias de la asistencia letrada –a la que tampoco le notificaron con anticipación medidas de prueba-, y no establecieron las circunstancias por las cuales el imputado permaneció más de diez días sin contar con asistencia letrada y sin comparecer ante la autoridad fiscal y/o judicial que había solicitado su detención; al fiscal de instrucción, que dispuso de manera contraria a la ley declarar inadmisibles la oposición *in pauperis* a la prisión preventiva; al abogado particular, que siquiera ofreció prueba y renunció a su mandato a 48 hs. de iniciarse la audiencia de debate; a los defensores públicos, la falta de diligencia en el control de prueba de cargo y la renuencia a fundar técnicamente los diversos recursos. Con invocación de la doctrina de la CIDH, la Corte enfatizó sobre la necesidad de considerar que el derecho de recurrir el fallo a una instancia superior es fundamental para garantizar el derecho de defensa, y que para eso los recursos no pueden regularse, interpretarse ni aplicarse con rigor formalista.<sup>99</sup>

Ahora, una situación que suele generar inconvenientes, es que las resoluciones denegatorias no siempre se notifican al imputado, sino sólo al defensor técnico. En estos casos, como principio, no deberían considerarse extinguidos los plazos procesales para recurrir, porque eso significaría vedar el derecho a impugnar –y por consiguiente el derecho de defensa- a quien es el titular de la protección de la garantía.<sup>100</sup>

Para que pueda determinarse si hubo o no asistencia legal adecuada, deben analizarse la totalidad de circunstancias de cada caso en particular, ya que resulta claro que no existe un catálogo prefijado de reglas que permitan concluir *ex ante* si la actuación del defensor estaba encaminada a ser efectiva. En algún pronunciamiento, Ministros del Tribunal han referido, con cita de su similar de Estados Unidos, que en esta materia se debe ser cautos para no “restringir la amplia latitud que debe tener la defensa para tomar decisiones tácticas (pues) el acto u omisión de un defensor que...

99 CIDH, Informe 24/92 “Costa Rica, Derecho de revisión fallo penal”, Casos 9328 y otros del 2 de octubre de 1992.

100 Con fecha 30 de junio de 1995, la Corte Suprema de Justicia había cambiado su histórica jurisprudencia en este punto; así en “Albarenque, Sixto Omar s/delito de favorecimiento de evasión” señaló que las decisiones que resuelven recursos de naturaleza extraordinaria deben ser notificadas a la defensa técnica, y que la decisión de la Corte según la cual, el plazo para deducir recurso extraordinario se computa a partir de la notificación personal al procesado (Fallos 291:572 y 302:1276), se refería a las sentencias condenatorias recaídas en el anterior procedimiento escrito. Nuevamente la Corte, con su nueva composición, resolvió el 21 de septiembre de 2004 que “lo que debe tenerse en cuenta para el cómputo del plazo en la interposición de la queja, es la notificación personal al encauzado de la decisión que acarrea la firmeza de la condena” (“Dubra, David Daniel s/ causa 348).

es impropio en un caso puede ser legítimo e incluso inteligente en otro”<sup>101</sup>, y que si bien debe prevalecer en esta materia el interés del titular de la garantía -pero no para obligar al defensor a fundar lo *infundable*<sup>102</sup>-, la defensa técnica que no sólo se opone a apelar, sino que se dedica a controvertir y desmenuzar la estrategia utilizada por el imputado, instando al tribunal a confirmar la condena, mina el carácter adversativo del proceso.<sup>103</sup>

Cierto es que no siempre los extremos a considerar respecto a la incompatibilidad de la defensa material y técnica son tan explícitamente antitéticos, pero los tribunales no pueden renunciar a ejercitar su debido contralor en cada caso.

En el caso “Luvelo”<sup>104</sup> el Tribunal Oral en lo Criminal N° 9 de la Ciudad de Buenos Aires, resolvió por mayoría declarar la nulidad de las declaraciones indagatorias del imputado –y los actos subsiguientes- porque en la misma había sido asistido técnicamente por un abogado que se encontraba indicado en la misma causa

101 CSJN, disidencia de los Ministros Petracchi, Bossert y Boggiano -en un caso de la Provincia de Córdoba: P. 99/99 RHE “Pancia, Marcelo Néstor s/p.s.a. robo calificado etc.”, rta. el 23 de octubre de 2001, consid. 7°, con cita de “Strickland v. Washington, 466 U.S. 668, 1984)-. En esta última sentencia, la Corte por Mayoría declaró la inadmisibilidad del recurso extraordinario cuya denegación dio origen a la queja ante ella (art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación), pero la disidencia, señaló la nulidad de lo actuado a partir del recurso de casación por ineffectividad de la defensa técnica. El imputado había presentado un recurso de queja in pauperis forma que fue rechazado por extemporáneo. El Tribunal agregó que no le era aplicable la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, sobre flexibilización de las exigencias relativas a la temporaneidad de las apelaciones, por no encontrarse el imputado en una situación fáctica que pudiera asimilarse a la de una persona privada de libertad carente de asistencia técnica. El imputado vuelve a realizar una presentación sin firma de letrado, interponiendo recurso extraordinario federal, diciendo en primer lugar que sí se encontraba privado de su libertad, y que su defensa pública no lo asistía en modo alguno –ya que cuando fundó la casación, expresó que lo manifestado por su pupilo no era correcto, conforme a las pruebas de la causa-. El Tribunal decidió darle vista nuevamente a la misma defensora para que lo funde. Ella se inhibe ante el Tribunal (en Córdoba la defensa pública no es autónoma respecto del Tribunal Superior), diciendo que le es imposible defenderlo, y que éste “se esmera en forma sarcástica y reiterada por dejar sentado que el mismo careció de defensa, que esta defensa se negó a asistirlo, que ejerció una asistencia legal aparente...”, y que su defendido “degradó así falsamente la función técnica realizada por ella” (consid. 4°). Pero el Tribunal rechazó la excusación, considerando que la actuación de la defensora no mereció una evaluación negativa por parte de los jueces. La defensora, entonces, fundó sintéticamente el recurso que no fue concedido por el mismo Tribunal Superior. Nuevamente, el recurrente llega a la Corte Suprema, y su presentación se funda por el defensor ante ella, que invoca la nulidad del trámite recursivo por defensa técnica ineficaz. La disidencia culmina nulificando el proceso desde la interposición del recurso de casación, criticando el ritualismo con el cual el a quo resolvió las denuncias referentes a la carencia de asistencia legal oficial efectiva y a la descomposición irreversible del vínculo entre el imputado y la defensora, incompatible con las normas constitucionales.

102 CSJN, Fallos 310:2078; 320:854

103 CSJN, “Pancia...” cit, consid. 8°. Especialmente, la disidencia de la Corte adujo la particularidad de que pese al grado de enfrentamiento entre la defensora y su asistido, el tribunal obligó a la letrada a fundar las presentaciones realizadas por el mismo, “incluso aquellas donde el agravio central era el estado de supuesta indefensión en que se encontró por la falta de idoneidad de su defensora. En otras palabras, la defensora debía demostrar que su labor había generado un estado de indefensión a su pupilo” (consid. 9°).

104 TOC N° 9 de la Ciudad de Buenos Aires, “Luvelo, Alejandro Daniel s/estafa”, causa 1488, rta. el 11 de marzo de 2005.



como partícipe del delito que se le atribuía, y que la versión expuesta en aquella, era favorable a la situación del abogado. La defensora oficial había alegado, que no obstante que la elección del letrado había dependido de la voluntad del imputado, la situación reflejada colocaba a ese letrado en una posición absolutamente inadecuada para ejercer una defensa eficaz, y que debió haber sido advertido por el juez instructor que tenía intereses propios acerca de cómo se definiera el hecho imputado y las participaciones y responsabilidades en él. La resolución, con cita de la doctrina de la Corte, refirió que la defensa debe ser ciertamente eficaz, y que no puede provocar menoscabo alguno por acción o por omisión, no siendo libre en su plenitud, el ejercicio de una defensa material que recibe el asesoramiento y presencia de quien puede resultar eventualmente comprometido en la causa, según lo que refiera en sus declaraciones su propio defendido.<sup>105</sup>

La CIDH, si bien ha reconocido que el Estado no puede ser considerado responsable de todas las fallas de desempeño del abogado defensor, por el carácter independiente de la profesión, asegura que “No obstante, el artículo 8.2.c) de la Convención impone a las autoridades nacionales la obligación de intervenir si la omisión del abogado de brindar un patrocinio eficaz es evidente o si la omisión es puesta en su conocimiento con suficiente claridad”<sup>106</sup>. En este sentido se expidió el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas al afirmar que “los conflictos de intereses que recaigan sobre el abogado (contratado o nombrado de oficio), verbigracia, por haber defendido a dos coimputados con intereses eventualmente contrapuestos, también serían susceptibles de revisión por el Comité”.<sup>107</sup>

En la citada Observación General N° 32, el Comité realiza sin embargo, aunque de manera confusa, un sutil distinguo respecto a la responsabilidad internacional de los Estados según se trate de la intervención de abogados privados o públicos, al comentar en su punto V. los derechos de las personas acusadas de delitos. En efecto,

105 La defensa oficial invocó los Principios Básicos sobre la Función de los Abogados, que estipulan dentro de sus obligaciones y responsabilidades, que “los abogados, al proteger los derechos de sus clientes y defender la causa de la justicia... en todo momento actuarán con libertad y diligencia, de conformidad con la ley y las reglas éticas reconocidas que rigen su profesión” (Principio 14).

106 CIDH, Informe 41/04 cit., con referencia a los casos Leroy Lamey y otros c/Jamaica, caso 11.826, Informe 49/01, Informe Anual 2000, párrs. 216-217; análogamente Corte Europea de Derechos Humanos, Kamasinsky c/Austria, 19 de diciembre de 1989, Serie A, N° 168, párr. 65, CDHNU, Young c/Jamaica, Comunicación N° 615/1995 (1997).

107 CDHNU, Caso de los hermanos Taylor: P. Taylor, 6. 5, D. Taylor, 7.2 y Werenbeck, 9.8, cit. en GIALDINO, Rolando E., Los Derechos Civiles y Políticos ante el Comité de Derechos Humanos, Jurisprudencia 1995/2002, publicado en la Revista de Investigaciones, Secretaría de Investigación de Derecho Comparado, Corte Suprema de Justicia de la Nación, N° 1 (2002) p. 211.

en el párrafo 32, al referirse al derecho reconocido en el PIDCP de comunicarse con un abogado de propia elección (art. 14.3.b), señala: “El Estado Parte no debe ser considerado responsable de la conducta de un abogado defensor, salvo que haya sido, o debiera haber sido, manifiestamente evidente para el juez que el comportamiento del abogado era incompatible con los intereses de la justicia<sup>108</sup>; mientras que en el párrafo 34, que alude a la garantía de contar con un defensor de oficio siempre que el interés de la justicia lo exija (art. 14.3 d), expresa: “Los abogados nombrados por las autoridades competentes sobre la base de esta disposición deberán representar efectivamente a los acusados. A diferencia de lo que ocurre con los abogados contratados a título privado<sup>109</sup>, los casos flagrantes de mala conducta o incompetencia, como el retiro de una apelación sin consulta en un caso de pena de muerte<sup>110</sup>, o la ausencia durante el interrogatorio de un testigo en esos casos<sup>111</sup>, pueden entrañar la responsabilidad del Estado por violación del apartado d) del párrafo 3 del artículo 14, siempre que haya sido evidente para el juez que el comportamiento del letrado era incompatible con los intereses de la justicia<sup>112</sup>”.

Resulta claro que en ambos casos, esas situaciones evidentes o “flagrantes” de indefensión, aparecen incompatibles con la fórmula “interés de la justicia”- más allá de cuáles sean los límites siempre difusos de su comprensión- por lo que deberían generar igualmente responsabilidad internacional del Estado. La contradicción que parece surgir en el párrafo 38 de la oración “*A diferencia de lo que ocurre con los abogados contratados...*” podría explicarse a partir de la consideración de un criterio menos estricto y de mayor amplitud, para ponderar si ha habido indefensión, cuando es ese mismo Estado el que buscó garantizar con la provisión de un defensor público, el “interés de la justicia” con una asistencia jurídica letrada adecuada. De otra forma, esa oración no puede sostenerse con lo señalado en el párrafo 32.

En el ámbito argentino, la Corte Suprema argentina, en su jurisprudencia de más de cien años sobre necesidad de una defensa efectiva en los procesos penales, ha ido extendiendo la protección de la garantía respecto a distintas manifestaciones del ejercicio del derecho a la defensa técnica, limitando progresivamente diversas

108 Comunicación N° 1128/2002, *Morais c. Angola*, párr. 5.4 (citada en el original).

109 Comunicación N° 383/1989, *H.C. c. Jamaica*, párr. 6.3 (citada en el original).

110 Comunicación N° 253/1987, *Kelly c. Jamaica*, párr. 9.5 (citada en el original).

111 Comunicación N° 838/1998, *Hendricks c. Guyana*, párr. 6.4. Respecto del caso de ausencia de un representante legal del autor durante el examen de un testigo en una audiencia preliminar, véase la comunicación N° 775/1997, *Brown c. Jamaica*, párr. 6.6. (citada en el original).

112 Comunicaciones Nros. 705/1996, *Taylor c. Jamaica*, párr. 6.2; 913/2000, *Chan c. Guyana*, párr. 6.2; 980/2001, *Hussain c. Mauricio*, párr. 6.3 (citada en el original).

limitantes en las respuestas jurisdiccionales de los jueces y tribunales inferiores, se trate de personas detenidas o en libertad, o de la intervención de abogados públicos o privados<sup>113</sup>.

#### 4. LOS CAMINOS POR RECORRER

Hemos visto a lo largo de estas páginas cómo se verifican dentro del sistema general de administración de justicia penal, determinados ámbitos –a los que hemos denominado *críticos*- donde la exigencia debida para el acceso íntegro a un defensor, ofrece limitaciones singulares.

Esas falencias, sólo en ciertos aspectos se relacionan con deficiencias legales; antes bien, un entramado complejo de rutinas, concepciones culturales, más cierta dosis de indiferencia, coadyuvan en igual sentido. Como se vio, en algunos casos los tribunales gestionan los expedientes sin atención de la persona de carne y hueso, soslayando a quien es titular del derecho de defensa; en otros, se restringe la sujeción de las agencias policial y penitenciaria al contralor de la justicia penal y su sistema de garantías; y en otros, quienes deben ejercitar el arte de la defensa, traicionan la confianza depositada en ellos, agravando la situación de natural debilidad que conlleva la resistencia al accionar penal estatal.

Pero hemos observado también, resoluciones judiciales que honran el sentido profundo del derecho de defensa y de la asistencia jurídica adecuada; y a defensores aguerridos instando las mismas.

El problema es la distancia existente entre los comportamientos y formas resolutivas indicadas en primer término, y estas últimas decisiones jurisdiccionales; tanto más cuando la reducción de esa brecha depende de factores bastante diversos.

Es que el acceso a un defensor penal se ve necesariamente influido por las distorsiones de funcionamiento general que muestran los sistemas penales. Una de esas distorsiones más severas –y habitualmente la más ejercitada- es la utilización de la prisión preventiva como pena anticipada, que al convivir con la excesiva duración de los procedimientos, deriva en índices alarmantes de sobrepoblación carcelaria en condiciones infrahumanas de encierro.

113 Una síntesis de esa jurisprudencia en la página web de la Defensoría General de la Nación Argentina: [www.mpd.gov.ar](http://www.mpd.gov.ar)

Si las obligaciones y responsabilidad del Estado se extreman y son más exigibles cuando el sujeto titular de derechos queda a merced del mismo en una “institución total”, donde todo se regula y supervisa, y no puede por propia iniciativa contrarrestar a quienes los vulneran<sup>114</sup>, ¿qué protección le queda entonces al privado de libertad, ante el desmadre en que está sumido el sistema de encarcelamiento en Argentina?

Ya el Informe que *el Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria* de la ONU realizó sobre su visita a la Argentina entre el 22 de septiembre y 2 de octubre de 2003<sup>115</sup>, señalaba la necesidad de realizar urgentes esfuerzos para mejorar la situación del sistema de detención en cárceles y comisarías de policía de nuestro país. El mismo alertaba sobre el problema principal consistente en la sobrepoblación de los centros de detención<sup>116</sup>, se mostraba “sorprendido al comprobar que muchas personas son mantenidas en detención preventiva de manera rutinaria, después que la investigación penal ha concluido”<sup>117</sup>, y que gran parte de los detenidos entrevistados no podían siquiera comunicarse con sus abogados defensores por teléfono<sup>118</sup>.

En algunas provincias la situación se encuentra en estado de colapso. Por caso, en la provincia de Buenos Aires, en la década 1994-2004 la población detenida ya se había triplicado, mostrando índices de sobrepoblación carcelaria inauditos<sup>119</sup>, mientras se sucedían denuncias por torturas y tratos crueles y degradantes en sus centros

114 *Ibidem*, párrafo 15.

115 *Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria (ONU), Los derechos civiles y políticos, en particular las cuestiones relacionadas con la tortura y la detención, visita a la Argentina (E/CN.4/2004/3/Add.3, 23 de diciembre de 2003).*

116 *Ibidem*, párrafo 35: “En muchos centros visitados el Grupo comprobó que las celdas albergaban a más del doble de detenidos que aquellos que su capacidad física permitía... el Grupo recibió informes que en una provincia se había recurrido a la utilización de contenedores y camiones, sin ventanas ni ventilación, para albergar detenidos. La delegación comprobó también las malas condiciones sanitarias, sin acceso a servicios mínimos de higiene y de desagüe, detenidos enfermos que no recibían medicación; detenidos con sarna y colchones con garrapatas. En varios centros de detención visitados, los detenidos deben defecar sobre bolsas de polietileno”.

117 *Ibidem*, párrafo 39.

118 *Ibidem*, párrafo 41.

119 Puede verse en CELS, Informe 2004 sobre Derechos Humanos en Argentina (capítulo VI, La ilusión de las cárceles “sanas y limpias”, elaborado por Gustavo Platt con la colaboración de Cecilia Ales), Siglo XXI editores, Buenos Aires, 2004, pág 289: “... hace casi diez años el Gobierno provincial decretó la emergencia carcelaria a raíz de que la población penal (9485 internos distribuidos en 28 establecimientos) prácticamente duplicaba las plazas reconocidas por la administración penitenciaria. A ellos se sumaban otras 2500 que se hallaban encarceladas en dependencias policiales. Casi una década más tarde, el 2 de julio de 2004, se hallaban privadas de libertad en el ámbito bonaerense un total de 29.793 personas. De ellas, 5441 estaban alojadas en dependencias policiales y 24.352 en establecimientos penitenciarios (...) En otras palabras, en una década, el desborde que llevó la declaración de emergencia casi se triplicó. Los 21.154 cupos denunciados por el Servicio Penitenciario Bonaerense (...) hasta el 30 de diciembre de 2003 suponen un déficit de más de 7000 plazas respecto del total de personas privadas de su libertad a esa fecha en el ámbito de la provincia de Buenos Aires”.

de detención<sup>120</sup>, y el porcentaje de presos preventivos en relación a los condenados se establecía en 9 a 1.<sup>121</sup>

La defensa pública en la Provincia de Buenos Aires ha tenido una actitud enérgica en la protección de los derechos de los detenidos, documentando casos de tortura, instando los pertinentes *habeas corpus* y denunciando a los funcionarios que por acción u omisión violentaron derechos tan básicos. Sin embargo, muchos de esos defensores sufrieron intimidaciones, o fueron objeto de procedimientos disciplinarios.<sup>122</sup> Y si bien es claro que los jueces no pueden inhibirse cuando se trata del cercenamiento de derechos de quienes están sometidos al sistema penal, ¿quién? Los defensores deben poder ejercer sus funciones profesionales sin intimidaciones, obstáculos, acosos o interferencias indebidas. Tampoco sufrirán ni estarán expuestos a persecuciones administrativas, económicas o de otra índole, a raíz de cualquier medida que hayan adoptado de conformidad con las obligaciones, y reglas éticas que se reconocen a su profesión. Y cuando la seguridad de los abogados sea amenazada como consecuencia del ejercicio de sus funciones, deben recibir garantías y protección adecuada por parte de las autoridades.<sup>123</sup>

Hoy lo que debemos discutir es cómo hacer frente a las exigencias que presenta la necesidad de cobertura íntegra del derecho de defensa, y su incursión en ámbitos y escenarios no previstos tradicionalmente. Cuando la legislación de nuestro

120 *Ibidem*, p. 279: “Las graves violaciones a los derechos humanos, asesinatos y torturas de presos, amenazas a funcionarios judiciales y redes de ilegalidad montadas desde el servicio penitenciario llevaron, en el año 2004, a intervenir el Servicio Penitenciario Bonaerense”.

121 *Ibidem*, p. 301. El fallo “Verbitsky” de la Corte Suprema de Justicia significó un antes y un después para la protección de las condiciones dignas de detención de la Provincia de Buenos Aires, con derivaciones amplísimas y de alto impacto para la protección íntegra de los derechos fundamentales; “Verbitsky, Horacio s/ habeas corpus”, 3 de mayo de 2005, V. 856 XXXVIII.

122 La cuestión tiene ribetes especiales, porque en la Provincia de Buenos Aires, la Defensoría Pública no es autónoma funcionalmente, dependiendo de la estructura de la Procuración. Es decir, el jefe de los fiscales es quien ordena la tramitación de un sumario de un defensor público, su contraparte procesal. La situación fue analizada por la Asociación Interamericana de Defensorías Públicas (AIDEP), que en su reunión en Punta del Este el 13 de marzo de 2005, expresó “su preocupación por las situaciones caecidas en la Provincia de Buenos Aires, República Argentina, a partir de la presentación por parte de Defensores Públicos, de acciones de habeas corpus a favor de personas torturadas en centros de detención. Proclama el absoluto rechazo a la iniciación de procedimientos disciplinarios, por parte de organismos diversos a la Defensa Pública, que signifiquen restricciones a la efectiva defensa de los derechos fundamentales de los detenidos y se solidariza con los defensores públicos que se han visto afectados por este tipo de medidas”. En 2012 nuevamente una situación similar se presenta respecto al Defensor General de la Provincia de Santa Fe.

123 CDHNU, Comentario General 32, párr. 38, con cita de la Comunicación N° 917/2000, Arutyunyan c. Uzbekistán, párr. 6.3.; Principios Básicos sobre la Función de los Abogados, principios 16 y 18. La CIDH debió otorgar a una Defensora Pública de la Provincia de Buenos Aires, protección vía cautelar a raíz de lo referenciado. El 11 de julio de 2002 la Comisión renovó las medidas cautelares que habían sido otorgadas el 27 de agosto de 2001 a favor de una defensora pública de la Provincia de Buenos Aires, y a su familia. Los peticionarios alegaron amenazas, hostigamiento y llamadas anónimas relacionadas con el desempeño de sus funciones en la defensa de los derechos de los reclusos.

país prevé la asignación de un defensor público para patrocinar y asistir técnicamente a quienes soliciten a la Defensoría General acceder a los organismos internacionales de protección de derechos humanos, e impone la realización de todas las acciones conducentes para la defensa de esos mismos derechos y la facilitación de acceso a la justicia de los sectores discriminados (artículos 51 incisos v), d) y e) de la ley 24.946), o cuando dispone que los abogados particulares, en la sujeción a las normas de colegiación, deben brindar asistencia a las personas carentes de recursos<sup>124</sup>, está pensando no sólo en una función social del ejercicio profesional, sino en el desempeño de un rol protagónico en la dinámica general de actuación de la justicia.

Como expresa el voto concurrente razonado del Juez de la Corte IDH Sergio García Ramírez a la sentencia de la Corte IDH en el caso “Tibi vs. Ecuador” del 7 de septiembre de 2004: “Ciertamente, esos “estándares” internacionales coinciden en muy amplia medida, o acaso totalmente, desde la perspectiva de las normas vigentes, con los propósitos y los mandamientos recogidos por los ordenamientos supremos nacionales, e incluso por gran parte de la legislación secundaria. Es preciso desplegar, por ende, la voluntad política y jurídica de los Estados que suprima de una vez las violaciones más frecuentemente observadas y acredite el ingreso a nuevas etapas en la tutela de los derechos fundamentales. De lo contrario, seguiremos encontrando los mismos hechos violatorios, exponiendo los mismos argumentos y emitiendo las mismas opiniones o resoluciones, sin que esto cale tan profundamente como debiera en la vida de nuestras naciones”.<sup>125</sup>

Por todas estas razones el defensor penal representa tanto para quienes reciben el peso del poder penal estatal. Y es que tampoco debemos olvidar – parafraseando a Calamandrei- que para las personas simples, las razones asumen una fuerza irresistible cuando se imponen por la autoridad o están escritas en papeles con membretes. La función de los abogados será también impedir, que los que deban atravesar esa instancia -y en nombre de un sacro terror a los tribunales- se dejen sacar hasta la camisa.<sup>126</sup>

124 Ley 23.187, sancionada el 5 de junio de 1985; artículos 6 b), 55, 56 y 57.

125 Corte IDH, Caso Tibi vs. Ecuador, Voto Juez Sergio García Ramírez, párr. 9.

126 CALAMANDREI, Piero, *Il processo come gioco*, en *Rivista di diritto processuale*, vol 5, parte I, Cedam, Padua, 1950, ps. 23-51.



## CRIMINALIZACIÓN DE VÍCTIMAS DE TRATA DE PERSONAS

por Stella Maris Martínez

### 1. INTRODUCCIÓN

Las mujeres objeto de trata constituyen uno de los grupos más susceptibles a la grave conculcación de los derechos humanos y al sometimiento a condiciones de trabajo similares a la esclavitud. Con frecuencia, son obligadas a prostituirse, a contraer matrimonio mediante arreglos comerciales, a realizar trabajos femeninos en condiciones de explotación en el servicio doméstico, en las tareas agrícolas o en los talleres y fábricas<sup>1</sup>.

En los últimos tiempos, diversos especialistas y organismos han comenzado a denunciar la utilización de niñas y mujeres víctimas de trata para cometer actividades ilícitas, como el contrabando de sustancias estupefacientes. También han señalado que algunas víctimas de trata con fines de explotación sexual suelen “escalar” en la organización criminal, para salir de ese modo del lugar de víctimas para pasar a ocupar lugares activos en las redes de trata. Estas modalidades implican una afectación adicional para esas víctimas, ya que a las vulneraciones tradicionales de sus derechos se suma el riesgo de ver comprometida su responsabilidad penal.

La ley nacional de trata de personas contiene disposiciones destinadas a evitar la criminalización de las víctimas que cometen conductas prohibidas condicionadas por la situación de trata en la cual están inmersas. En este sentido, el artículo 5 de la ley determina:

*Las víctimas de la trata de personas no son punibles por la comisión de cualquier delito que sea el resultado directo de haber sido objeto de trata. Tampoco les serán aplicables las sanciones o impedimentos establecidos en la legislación migratoria cuando las infracciones sean consecuencia de la actividad desplegada durante la comisión del ilícito que las damnificara.*

En función de esta excusa absolutoria<sup>2</sup>, la persona que es objeto de una red de trata e inducida, condicionada u obligada a cometer un delito, no debe recibir un

1 Cfr. UNPFA., Estado de la población mundial 2006. Hacia la esperanza: Las mujeres y la migración internacional; disponible en < <http://www.unpfa.org/webdav/site/global/shared/documents/publications/2006/sowp06-sp.pdf> >, página visitada por última vez el 16 de mayo de 2012.

2 Cfr. HAIRABEDIÁN, Maximiliano, Tráfico de personas, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2009, p. 75.

reproche de culpabilidad, pues carece de autodeterminación y libertad para conducir sus acciones. De este modo se atiende a la condición de vulnerabilidad en la que se encuentra la víctima de trata, que es llevada a realizar una conducta penada por el “estado de indefensión, de debilitamiento de la personalidad, donde se ausentan las fuerzas para poder enfrentar todo tipo de presiones inhumanas y amenazantes”<sup>3</sup>.

La doctrina ha interpretado que esa disposición contiene algunos supuestos de no punibilidad no previstos antes en el Código Penal. Se ha señalado al respecto:

*...lo novedoso de la norma contenida en el artículo 5 de la ley 26.364 es la inclusión de un supuesto de no punibilidad por una causa de exclusión de la culpabilidad de quien no es inimputable, situación que importa el reconocimiento del Estado de una disminución del reproche. En este sentido, la ley parece reconocer que la persona sometida a trata puede estar en una posición similar a la de quien obra por miedo insuperable. En función de ello, la exclusión de la pena estaría basada en la coerción a la que se ve sometida la víctima y su consecuente limitación para tomar decisiones en forma libre. Ahora bien, a la luz de los medios comisivos contenidos en la norma incluida en el artículo 145 bis del Código Penal no sería imposible imaginar supuestos en los que una persona sometida a trata delinca, ya no en razón de la violencia o coacción a la que es sometida, sino [...] como consecuencia de la situación de vulnerabilidad [...] Esta situación abre las puertas a nuevas formas de culpabilidad en tanto la ley está reconociendo una realidad subjetiva sobre la que le es imposible asentar el reproche penal<sup>4</sup>.*

Pese a la preocupación del legislador por evitar la criminalización de las afectadas, en esta presentación se sostendrá que la persistencia de prácticas discriminatorias, imbuidas en estereotipos y prejuicios de género, han llevado a algunos tribunales de justicia a perseguir penalmente, y en algunos casos a condenar, a mujeres que eran víctimas del delito que se aspiraba a combatir, o que se encontraban en situaciones de extrema vulnerabilidad, lo cual habría ameritado un análisis más cuidadoso en torno a la graduación del reproche penal.

En este sentido, se entiende que los mismos prejuicios y estereotipos que conducen a la impunidad de las denuncias sobre hechos de violencia contra mujeres<sup>5</sup>,

3 Cfr. DE CESARIS, Juan, “La vulnerabilidad en la Ley de Trata de Personas”, *La Ley, Suplemento Sup. Act. 10/09/2009*, 1La vulnerabilidad en la Ley de Trata de Personas de Actualización, *Sup. Act. 10/09/2009*, 110/09/2009.

4 Cfr. DI CORLETO, Julieta, “Trata de personas con fines de explotación”, en *Revista del Ministerio Público de la Defensa*, Año V, N° 6 – Abril 2011, p. 83-104.

5 Sobre estereotipos de género e impunidad, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos manifestó que: “[l]a influencia de patrones socioculturales discriminatorios puede dar como resultado una descalificación de la credibilidad de la víctima durante el proceso penal en casos de violencia y una asunción tácita de responsabilidad de ella por los hechos, ya sea por su forma de vestir, por su ocupación laboral, conducta

operan para criminalizar a esas víctimas cuando no se adecúan a las imágenes sociales generalizadas sobre las características personales o roles que deben cumplir en la sociedad.

El uso de estereotipos de género en determinadas condiciones puede significar una discriminación en contra de quien no “encaja” en esa prefiguración, y esto suele ocurrir en casos de trata de personas cuando las víctimas no se ajustan a los criterios preacordados o a las imágenes sociales generalizadas sobre cómo deben comportarse para ser consideradas como ofendidas por el crimen.

De este modo, algunos tribunales orientan su actuación para proteger a las víctimas “buenas / inocentes” –que son las únicas que se consideran víctimas “reales”– y castigar a las víctimas “malas / culpables”<sup>6</sup>. El prototipo de víctima buena o real remite a mujeres que representan blancos fáciles de la violencia, son pasivas, vulnerables y necesitadas de protección masculina; deben mantener un comportamiento “decente”, ser trabajadoras y amantes de su familia<sup>7</sup>. A su vez, ese ideal de víctima coincide con el ideal de femineidad imperante<sup>8</sup>. En contraste, la víctima “mala / culpable” es la mujer que realiza actividades impropias para su género, posee dudosa reputación, se relaciona con personas equivocadas, es fuerte y “pudo” haberse protegido o resistido<sup>9</sup>.

Como se analizará en los apartados siguientes, el sistema de administración

---

sexual, relación o parentesco con el agresor, lo cual se traduce en inacción por parte de los fiscales, policías y jueces ante denuncias de hechos violentos. Esta influencia también puede afectar en forma negativa la investigación de los casos y la valoración de la prueba subsiguiente, que puede verse marcada por nociones estereotipadas sobre cuál debe ser el comportamiento de las mujeres en sus relaciones interpersonales”, CIDH. Informe sobre acceso a la Justicia para Mujeres Víctimas de Violencia en las Américas del 20 enero 2007. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 68. Sobre el tema, véase Corte IDH. Caso González y otras (“Campo Algodonero”). Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205; CIDH. Relatoría para los Derechos de las Mujeres. Informe sobre la Situación de los Derechos de la Mujer en Ciudad Juárez, México: El derecho a no ser objeto de violencia y discriminación, discriminación. OEA/Ser.L/V/II.117, Doc. 44 (2003); CIDH. Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en Haití. 9 de febrero de 1995. OEA/Ser.L/V/II.88, doc. 10 rev. También puede consultarse Defensoría General de la Nación, *Discriminación de Género en las Decisiones Judiciales: Justicia Penal y Violencia de Género*, Defensoría General de la Nación, Buenos Aires, 2010; COOK, Rebecca J. y CUSACK, Simone, *Gender Stereotyping: Transnational Legal Perspectives*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 2010; LARRAURI, Elena, “Cinco tópicos sobre las mujeres víctimas de violencia ... y algunas respuestas del feminismo oficial”, LAURENZO, MAQUEDA, RUBIO (coord.), en *Género, Violencia y Derecho*, Editorial Del Puerto, Buenos Aires, 2008; DAICH, Debora, “Los procedimientos judiciales en los casos de violencia familiar”, en TISCORNIA, Sofia, (comp.), *Burocracias y violencia: Estudios de antropología jurídica*, Editorial Antropofagia, Buenos Aires, 2004; entre muchos otros.

6 La denominación de víctimas buenas / inocentes o malas / culpables es tomada de MADRIZ, Esther, *A las niñas buenas no les pasa nada malo*, Siglo XXI, México, 2001.

7 Cfr. MADRIZ, Esther, *A las niñas buenas...*, ob. cit., p. 98 y 100.

8 Ídem, p. 104.

9 Cfr. MADRIZ, Esther, “Miedo común y precauciones normales. Mujeres, seguridad y control social”, en *Delito y Sociedad*, Revista de Ciencias Sociales, Año 7, Número 11/12, La Colmena, Buenos Aires, 1998, p. 96 y ss.

de justicia tiende a brindar un tratamiento más benévolo a aquellas víctimas de trata que responden a las expectativas de comportamiento femenino. En cambio, trata con rigor a las víctimas “malas o culpables”, que se apartaron del rol tradicionalmente asignado y accedieron a realizar conductas que a priori son consideradas ilícitas y, por tanto, impropias de las mujeres. Es que, como señala Chesney-Lind, cuando la mujer no se adecua a la imagen de mujer convencional recibe todo el peso de la ley, pues es “doblemente desviada, al haber vulnerado el código penal y el código normativo que regula los comportamientos adecuados a cada género. Y es que, como ya afirmara Lombroso, ‘por ser una doble excepción –individual y social–, la mujer criminal es un monstruo’”<sup>10</sup>.

## 2. CRIMINALIZACIÓN DE VÍCTIMAS DE TRATA CON FINES DE EXPLOTACIÓN SEXUAL

Según el Informe Mundial sobre Trata de Personas publicado por la Oficina de las Naciones Unidas contra las Drogas y el Delito en 2009<sup>11</sup>, el número de mujeres involucradas en este delito resulta desproporcionado. Un dato que refleja la magnitud del fenómeno es que, de los casos notificados por los países que aportaron información para la elaboración del informe, el 79% de las víctimas de esta forma de criminalidad organizada son de sexo femenino (el 66% adultas y el 13% niñas), y el 21% de sexo masculino (el 12% son adultos y el 9% niños). Asimismo, el documento advierte que en los últimos tiempos no sólo se observa un crecimiento del número de mujeres como víctimas (circunstancia que, eventualmente, podría ser explicada por la mayor visibilización del problema), sino también como tratantes.

Es posible que el alto grado de participación de mujeres como autoras en este tipo de delitos responda parcialmente a su conocimiento sobre el “negocio de la prostitución”, pues muchas de ellas la han ejercido antes, aunque no siempre se conozca bajo qué circunstancias se vieron involucradas en la actividad. Pero también se ha explicado que las mujeres delincuentes desempeñarían un papel más destacado en este delito que en casi todas las demás formas de criminalidad organizada debido a que, en parte, las antiguas víctimas suelen convertirse en las autoras de los delitos cuando asumen algún rol dentro de la organización criminal<sup>12</sup>.

10 CHESNEY-LIND, M., “Female Offenders: Paternalism Reexamined”, citada por LARRAURI, Elena, “La mujer ante el Derecho Penal”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, N° 2, Madrid, 1992.

11 Resumen ejecutivo disponible en <[http://www.unodc.org/documents/human-trafficking/Executive\\_summary\\_spanish.pdf](http://www.unodc.org/documents/human-trafficking/Executive_summary_spanish.pdf)>, página visitada por última vez el 23 de mayo de 2012.

12 Cfr. UNDOC, Informe mundial sobre la Trata de personas, febrero de 2009.

Esta particularidad de las redes de trata con fines de explotación sexual resulta problemática, pues en su afán por perseguir a las y los responsables, es posible que el sistema de administración de justicia termine criminalizando a quienes a priori estarían cometiendo alguna de las conductas prohibidas, pero que en realidad también son víctimas de la trata de personas.

En este sentido, resulta emblemático que el primer caso por trata que fue juzgado en el país terminó con la condena de dos de las víctimas. Este caso se produjo en la provincia de Córdoba en 2008, antes de la sanción de la ley 26.364. Betiana Zapata, de 19 años al momento de iniciarse la causa penal, y Vanesa Payero, de 18, fueron condenadas por privación ilegítima de la libertad, lesiones y reducción a la servidumbre contra una compañera de cautiverio<sup>13</sup>, pese a que existían fuertes pruebas de que ellas también eran sometidas a explotación sexual y eran víctimas del mismo delito que los operadores jurídicos le imputaban. Las jóvenes relataron historias de abuso y explotación desde los 9 y 13 años, cuando comenzaron a sufrir violaciones, explotación en prostíbulos, whiskerías y boliches en los que se las sometía a los peores vejámenes como golpes sistemáticos, abusos, encierro y amenazas. Durante el proceso declararon que le tenían miedo al co-imputado, que era quien regenteaba el cabaret: "...porque nos golpeaba a todas, nos tenía encerradas, abusaba de nosotras cuando quería. Era Sandra o nosotras y nuestras familias, porque él sabía dónde vivían y decía que los iba a matar a todos"<sup>14</sup>. Una de ellas era madre de dos niños pequeños.

Además de las declaraciones de las imputadas, también se presentaron otros testimonios que respaldaban su versión, y daban cuenta de que las jóvenes estaban obligadas a realizar todo lo que les ordenaban. El tribunal de juicio también habría reparado en esas historias de abuso. En este sentido, el presidente pidió a referentes de la lucha contra la trata y de derechos humanos que estén "muy atentos a la contención de estas chicas"<sup>15</sup>. Sin embargo, fueron igualmente sentenciadas a 3 años de prisión.

Como fue señalado, la ley 26.364 incluyó de modo expreso una cláusula de no punibilidad a favor de las víctimas que han cometido algún delito como consecuencia de haber sido objeto de trata. Esta disposición debería evitar situaciones como la descripta, que conducen a la penalización de las víctimas. Sin embargo, la persistencia

13 Cfr. <<http://www.ecapsocial.com.ar/00-trata.php>>, página visitada por última vez el 21 de mayo de 2012.

14 Cfr. testimonio de Betiana Zapata, publicado en <<http://www.lanacion.com.ar/976393-trata-de-blancas-el-siniestro-negocio-de-la-esclavitud-sexual>>, página visitada por última vez el 21 de mayo de 2012.

15 Cfr. <<http://www.ecapsocial.com.ar/00-trata.php>>, página visitada por última vez el 21 de mayo de 2012.

de estereotipos de género e interpretaciones restringidas del artículo 5 de la ley 26.364 han conducido a seguir sometiendo a víctimas de las redes de trata a los procesos penales, y a dirigir la persecución penal hacia los eslabones más débiles y hacia mujeres que se encuentran en una situación de extrema vulnerabilidad social, económica y emocional.

## 2.1. Criminalización de la “víctima – victimaria”

Si bien la ley es clara al advertir sobre la imposibilidad de criminalizar a las víctimas que cometen un delito como resultado de la situación de trata en que se encuentran, en el plano de la aplicación todavía se encuentran ciertos casos que generan preocupación. Se trata de causas judiciales en las que las víctimas de trata de personas fueron imputadas y llevadas a juicio por su presunta participación o colaboración con la red que explotaba sexualmente a otras mujeres.

En uno de estos casos, la única imputada por el delito de trata, una joven de 18 años, fue llevada a juicio y luego absuelta por el Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional Federal N° 1 de Córdoba<sup>16</sup>. Durante el proceso, la acusada invocó su condición de víctima: contó que fue golpeada y amenazada, obligada a ejercer la prostitución, sometida a maltratos físicos y privada de su libertad. Esta cuestión fue reafirmada por otras víctimas que habían sido rescatadas en la whiskería allanada, quienes afirmaron que la imputada era obligada a prostituirse, que sólo en ocasiones operaba como la encargada del local por imposición del tratante, pero que era sometida a los mismos tratos, vejámenes y explotación que ellas mismas. Los funcionarios policiales que actuaron en el allanamiento respaldaron estos relatos. No obstante, como al momento del allanamiento la imputada estaba a cargo del lugar, se le enrostró el delito y quedó vinculada a la causa.

Aunque el Tribunal tuvo por acreditado que en ocasiones la joven desplegaba algunas tareas de responsabilidad el local, consideró que eran realizadas bajo un estado de “sumisión, vulnerabilidad, dependencia absoluta y amenazas” respecto del gerente del lugar, situación agravada por el hecho de que tenía un hijo pequeño que vivía en el lugar con ella y debía velar por su integridad. Por estos motivos, la sentencia concluyó que la conducta desplegada por la encausada era

16 Cfr. causa 231/10, “URM S/ inf. art. 145ter CP”, con sentencia del 22/03/11, disponible en <[http://www.mpf.gov.ar/Accesos/Ufase/Sentencias/Sentencia\\_UMR.pdf](http://www.mpf.gov.ar/Accesos/Ufase/Sentencias/Sentencia_UMR.pdf)>.



atípica, pues no obró con el conocimiento, la intención y la libertad necesarios para tener por configurado el delito de trata.

Si bien la joven fue absuelta en el juicio, tras acreditar su condición de víctima, tuvo que soportar un proceso penal que se extendió durante aproximadamente dos años, a pesar de las pruebas y testimonios que determinaban que no tenía ningún tipo de dominio en el delito investigado, sino que, por el contrario, era una de las perjudicadas por el crimen.

El sometimiento de las víctimas de trata al proceso penal las enfrenta a una sucesión de actos de revictimización y violencia institucional, pues en lugar de recibir la protección integral que la ley acuerda a todas las personas ofendidas por el delito, debe enfrentar el poder punitivo del Estado y la amenaza de una pena privativa de libertad, declarar en reiteradas oportunidades para invocar su calidad de afectada, y someterse a un riguroso escrutinio judicial para determinar su condición de víctima.

Es posible que algunas mujeres que poseen un rol más destacado y que sí actúen dentro de un marco de autodeterminación mayor intenten invocar una falsa condición de víctima para eludir su responsabilidad penal. Por ello, no se propone una exculpación automática frente a la mera invocación de una supuesta vulnerabilidad o calidad de ofendida por el delito. Ahora bien, frente a las evidencias que señalan que las víctimas de las redes de trata con fines de explotación sexual muchas veces son utilizadas para someter a otras afectadas, las y los operadores del sistema de justicia deberían extremar los cuidados para evitar la persecución penal de aquellas personas a quienes precisamente se busca proteger. En los dos casos mencionados, existían elementos probatorios que respaldaban la postura exculpatoria de las imputadas que no fueron valorados como es debido en los momentos oportunos y repercutieron o bien en la condena, o bien en la persecución hasta instancias avanzadas del proceso penal llevado en su contra.

En este punto, también cabe preguntarse si los estereotipos de género acerca de cómo debe comportarse una víctima de trata de personas influyen en la valoración de los elementos de prueba recolectados. En los casos citados, las mujeres encausadas no satisficieron desde un inicio la idea general acerca de quién debe ser considerada víctima del delito. Los relatos coincidentes de las imputadas y de otras víctimas sobre los abusos, situación de esclavitud, prostitución forzada, apremios económicos, malos tratos y amenazas que sufrían, fueron insuficientes para convencer a jueces y fiscales sobre su condición de afectadas por el crimen. Pareciera que se

espera de estas mujeres que cumplan heroicamente su rol de víctimas del delito. Esto es, si se les plantea el dilema de tener que ejercer algún control o el disciplinamiento de otras víctimas “rebeldes”, deben resistir las amenazas, vencer el temor o tolerar los tormentos; pero si aspiran a contar con la protección del derecho, nunca deben dejar de comportarse como víctimas “inocentes y buenas”.

## 2.2. Vulnerabilidad de mujeres acusadas por delitos de trata

Otro punto a resaltar es la posible condición de vulnerabilidad de mujeres que fueron explotadas sexualmente y luego asumen un rol en la red de trata, aunque no se trate de víctimas directas del crimen o hayan dejado de ser explotadas.

En el juicio por la desaparición de la joven Marita Verón, los medios de comunicación dieron a conocer la trama de la explotación sexual de mujeres en el noroeste argentino. En el marco del debate oral, se dejó entrever qué rol asumen las mujeres en las redes de trata y se advirtió un patrón común: aquellas que habían sido explotadas sexualmente, en algunos casos bajo formas de esclavitud sexual, son las que asumen roles intermedios o jerárquicos en la organización criminal. Muchas veces estas situaciones coinciden con una relación sentimental con los hombres que comandan esas organizaciones, o tienen hijos con ellos ya que, además de explotarlas comercialmente, suelen abusar sexualmente de ellas.

Para valorar las condiciones en que algunas mujeres pueden involucrarse en actividades delictivas, resulta interesante la resolución dictada por la Cámara Federal de Apelaciones en lo Criminal y Federal de la Capital Federal en un caso en el cual se procesó por el delito de trata de personas a una mujer y un varón que tenían una relación sentimental. La Cámara advirtió numerosos indicios que indicarían una situación de vulnerabilidad de la joven imputada, tales como los escasos estudios alcanzados, el ejercicio de la prostitución a muy corta edad por condicionamientos económicos, que era oriunda de otra provincia, que recibía indicaciones u órdenes por parte del co-imputado, entre otras circunstancias. Para la Cámara, esos datos indicaban la necesidad de profundizar la investigación para constatar si el imputado ejercía algún predominio sobre la mujer, y si, en virtud de una posible situación de vulnerabilidad, la joven habría visto reducido su margen de autodeterminación “por haber sido víctima ella misma de algún acto de explotación o por otro motivo que

determine algún tipo de sometimiento”<sup>17</sup>.

La Cámara entendió que este tipo de análisis es importante pues “los mismos medios comisivos a los que se refiere el art. 145 del CP (entre ellos, el aprovechamiento de una situación de vulnerabilidad) pueden erigirse en los condicionantes de la autodeterminación que excluyen o disminuyen el juicio de reproche (art. 5, ley 26.364)”. Por tales consideraciones, el tribunal revocó la prisión preventiva y ordenó la inmediata libertad de la encausada.

Se considera que es preciso profundizar esta línea de análisis, en especial, frente a la severidad con que el poder punitivo del Estado suele recaer sobre mujeres que se encuentran en situación de extrema vulnerabilidad. Un fallo emitido por el Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Posadas es elocuente en este sentido<sup>18</sup>. En un caso sometido a su conocimiento, se encontraban imputados por el delito de trata de personas un hombre, que regenteaba un prostíbulo, y una mujer, que ejercía allí la prostitución. Según los hechos probados, la mujer, madre de tres niñas menores de edad, las habría “entregado” para su sometimiento sexual.

El Tribunal reparó en la situación de vulnerabilidad en la que se encontraba la acusada: era analfabeta, había sufrido maltrato por parte de su esposo alcohólico, dejó el hogar para huir de la situación de violencia familiar que padecía y, por falta de recursos económicos, comenzó a trabajar en un prostíbulo ejerciendo la prostitución; y señaló incluso que “la imputada puede aparecer como una víctima transitoria del imputado, acosada por su situación de maltrato e indefensión”. El Tribunal también tuvo por acreditado que la mujer actuaba de modo subordinado al co-imputado. No obstante, consideró que la entrega de la hija mayor, en primer término, y la búsqueda de las dos más pequeñas un tiempo después, fueron actos reflexivos y dolosos, por lo que la condenó a la pena de 10 años de prisión.

Con respecto al otro acusado, el Tribunal tuvo por probado que realizaba negocios turbios que combinaban muchas actividades ilícitas, y la principal giraba en torno a la prostitución. Afirmó que además de mantener un prostíbulo, se dedicaba a reclutar jóvenes menores de edad que luego ofrecía a los clientes. En el caso de

17 Cámara Federal de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, sala I, causa nro. 45.713 “Cáceres, Mariana Soledad y Guillemet, Gastón s/proc. c/ prisión preventiva”, voto de los Dres. Eduardo Farah y Eduardo Freiler, reg. nro. 791, rta. el 13 de julio de 2011.

18 Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Posadas, causa “M., E. s/Trata de Personas en la Modalidad de Ofrecimiento Calificada y A., M.F. s/ Trata de Personas en la Modalidad de Captación, Traslado y Alojamiento Calificada; rta. 26/07/2010.

la mayor de las hijas de la co-imputada, el fallo señala que fue él el responsable de “disciplinar” a la adolescente porque se negaba a “atender a clientes”. Para hacerlo, la llevó de viaje a un centro turístico, donde emprendió diversas estrategias de seducción al tiempo que abusaba de ella sexualmente. El fallo concluyó que el acusado cumplió un rol protagónico en los hechos. Para determinar el monto de la pena también valoró sus antecedentes penales aunque, curiosamente, advirtió en su favor que “no se ha visto ni comprobado actos de violencia física sobre las menores, más que las formas solapadas de abusar y captar, dentro de una apariencia consensuada y simulando un rol de altruista protector”, y le impuso la pena de 12 años de prisión. El fallo fue confirmado por la Cámara Nacional de Casación Penal<sup>19</sup>.

Llama la atención que ambos imputados hayan recibido penas similares (10 y 12 años de prisión), a pesar de las distintas características personales y objetivas que poseían, y del diferente grado de protagonismo y de conductas que se le asignaba a cada uno. La pregunta que sentencias como ésta deja abierta es si se castigó a la imputada por las conductas endilgadas o por el hecho de no haberse comportado como una “buena madre”.

### 3. CRIMINALIZACIÓN DE MUJERES “MULAS” O “CORREOS DE DROGAS”

Diversos organismos internacionales de derechos humanos han comenzado a advertir sobre la demanda de mujeres víctimas de trata para realizar actividades delictivas y destacan específicamente que “con frecuencia, son obligadas a contrabandear sustancias estupefacientes”<sup>20</sup>; que “la trata suele estar relacionada con otras actividades delictivas, como el contrabando y el tráfico de drogas”<sup>21</sup>; y en especial han llamado la atención sobre la utilización de las víctimas como “mulas” para transportar drogas<sup>22</sup>.

La Resolución 52/1 de la Comisión de Drogas Narcóticas de las Naciones

<sup>19</sup> CNCP, Sala I, “M., E y A., M.F. s/recurso de casación”, rta. 27/06/2011.

<sup>20</sup> Cfr. UNPFA, “Estado de la población mundial 2006. Hacia la esperanza: Las mujeres y la migración internacional”; disponible en <<http://www.unpfa.org/webdav/site/global/shared/documents/publications/2006/sowp06-sp.pdf>>, página visitada por última vez el 16 de mayo de 2012.

<sup>21</sup> Cfr. ONU, Informe de la Relatora Especial sobre la trata de personas, especialmente mujeres y niños, del 20 de febrero de 2009, cit., párrafo 51 y conclusiones.

<sup>22</sup> Cfr. Informe del Relator Especial de Naciones Unidas sobre la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, Juan Miguel Petit, Misión al Paraguay, 2005.

Unidas<sup>23</sup> se centra en particular en la participación de mujeres y niñas en el mercado de las drogas, expresa preocupación por esa situación y hace un llamamiento global para realizar acciones destinadas a atender esa situación. La Comisión resalta que las mujeres y niñas son quienes tienen menores oportunidades de acceso a la educación, al trabajo y a servicios financieros; poseen mayores responsabilidades en lo que concierne al bienestar de la familia; y tienden a ser el grupo más vulnerable en cuanto a su utilización como correos de drogas<sup>24</sup>. Por tales motivos, la Comisión de Drogas Narcóticas urge a los Estados a tomar medidas penales adecuadas contra los grupos delictivos organizados que utilizan a las mujeres y niñas como correos de drogas<sup>25</sup>.

Las comúnmente denominadas “mulas” o correos de drogas constituyen el eslabón más bajo de la organización delictiva dedicada al contrabando de estupefacientes. En general, pertenecen a sectores socio-económicos sumamente marginales –muchas de ellas son mujeres jefas de hogar que tienen a su cargo niñas/os pequeños–, suelen arriesgar su propia salud e integridad al transportar los estupefacientes, reciben ganancias insignificantes comparadas con las que genera el negocio, y son las más expuestas al poder punitivo estatal<sup>26</sup>.

A pesar de esos indicadores de riesgo y de las advertencias de organismos internacionales, aún se perciben resistencias para considerar la posible condición de esas mujeres como víctimas del delito de trata de personas.

Existen varios factores que inciden para invisibilizar la utilización de víctimas de trata por parte del narcotráfico. Uno de ellos radica en la inmediata asociación del delito de trata con los fines de explotación sexual o laboral. La Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (ONUDD) afirma que la forma más común de la trata de personas es la explotación sexual (79%), seguida por el trabajo forzado (18%). Sin embargo, también señala que estos datos podrían obedecer a un sesgo estadístico: al ser objeto de denuncias más frecuentes, la explotación sexual ha pasado a ser el tipo de trata más documentado en las estadísticas globales. En

23 Resolución 52/1, Promoting international cooperation in addressing the involvement of women and girls in drug trafficking, especially as couriers, disponible en <[http://www.unodc.org/documents/commissions/CND-Res-2000-until-present/CND-2009-Session52/CNDResolution\\_52\\_1.pdf](http://www.unodc.org/documents/commissions/CND-Res-2000-until-present/CND-2009-Session52/CNDResolution_52_1.pdf)>, página visitada por última vez el 22 de mayo de 2012.

24 *Ibidem*.

25 *Ibidem*.

26 Howard Campbell señala que en estos casos, las mujeres asumen un considerable riesgo, incluyendo la detención, el encarcelamiento (y la consecuente pérdida de contacto con los niños), y el daño físico, aunque a menudo disfrutan de algunos de los beneficios del comercio, cfr. CAMPBELL, Howard, “Female Drug Smugglers on the U.S.-Mexico Border: Gender, Crime, and Empowerment”, publicado en *Anthropological Quarterly*, año 2008, vol. 81, núm. 1, p. 237.

cambio, otras formas de explotación no suelen notificarse o ponerse en conocimiento de las autoridades<sup>27</sup>.

La falta de denuncia por parte de las víctimas de trata que son utilizadas para transportar drogas se vincula con las dificultades propias de este tipo de delito (temor, vigilancia, sentimiento de vergüenza, desconocimiento de sus derechos, sustracción de los documentos, etc.), pero además se refuerza por el carácter delictivo de la actividad involucrada, lo que desalienta a las víctimas a buscar el auxilio de las fuerzas públicas, pues temen ver comprometida su responsabilidad penal.

También se advierte una tendencia a equiparar las situaciones de trata de personas con condiciones de esclavitud o servidumbre. La frecuente falta de concurrencia de esos extremos en los casos de mujeres utilizadas para transportar drogas también influye en la invisibilización de su situación como víctimas de trata. No obstante, aunque en muchas manifestaciones del delito de trata se acreditan contextos de esclavitud o servidumbre, lo cierto es que, aunque constituyen algunas de sus peores expresiones, éstos no forman parte de los requisitos configurativos del tipo penal.

Por último, como fue señalado, la persistencia de prejuicios y estereotipos de género también opera para negar la condición de víctimas a aquellas mujeres que se apartan del rol tradicionalmente asignado a las mujeres y, por ende, de lo que se espera de una víctima “real” de trata de personas.

### 3.1. Elementos propios de la trata de personas

La definición de trata que figura en el Protocolo para Prevenir, Suprimir y Castigar la Trata de Personas, especialmente de Mujeres y Niños (conocido como Protocolo de Palermo) es la más extendida y se ha incorporado de manera literal a la legislación nacional de varios países<sup>28</sup>. Según este instrumento, la trata de personas adultas se define como:

*...la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de*

<sup>27</sup> Cfr. UNODOC, Informe mundial sobre la Trata de Personas. Resumen Ejecutivo, 02/2009; disponible en <[http://www.unodc.org/documents/human-trafficking/Executive\\_summary\\_spanish](http://www.unodc.org/documents/human-trafficking/Executive_summary_spanish)>.

<sup>28</sup> Cfr. ONU, Informe de la Relatora Especial sobre los derechos humanos de las víctimas de la trata de personas, especialmente mujeres y niños, Integración de los derechos humanos de la mujer y la perspectiva de género, Informe del 20 de febrero de 2006.



*coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. La explotación incluye como mínimo, la derivada de la prostitución y de otras formas de explotación sexual, trabajos o servicios forzados, esclavitud o prácticas similares, servidumbre y extracción de órganos.*

De acuerdo con esa definición, la trata de personas adultas se configura cuando se acreditan tres elementos: a) la comisión de alguna de las acciones enumeradas; b) que esa acción se haya emprendido a través de alguno de los medios de comisión previstos; y c) que sea realizado con una finalidad de explotación. En el caso de víctimas menores de 18 años, la trata se configura con la presencia de las acciones previstas (captación, traslado, acogida, etc.), y con los fines de explotación, pero no incluye la presencia de un medio comisivo.

La ley 26.364, de Prevención y Sanción de la Trata de Personas y Asistencia a sus Víctimas, sancionada en abril de 2008, define y tipifica el delito de trata de personas de forma similar a las disposiciones del Protocolo de Palermo, marcando la diferencia entre víctimas mayores y menores de edad, en cuyo caso tampoco se requiere la acreditación de un medio comisivo.

Como se analizará a continuación, estos elementos propios de la trata de personas muchas veces están presentes en los casos de las mujeres que transportan drogas en sus cuerpos o entre sus pertenencias.

#### ***a) Las acciones típicas***

Las acciones previstas en la ley nacional consisten en la captación, el transporte o traslado, la acogida o la recepción de personas adultas (con fines de explotación)<sup>29</sup>. Si las víctimas son menores de 18 años, también se incluye el ofrecimiento<sup>30</sup>.

Por captación se entiende la acción de conseguir, ganar la voluntad, atraer, reclutar o entusiasmar a quien va a ser la víctima del delito, sin importar cuál sea el medio del captor para ello<sup>31</sup>. En el caso de mujeres acusadas por delitos de contrabando

29 Cfr. art. 145 bis, CPN, modificado por ley 26.364.

30 Cfr. art. 145 ter, CPN, modificado por ley 26.364.

31 Cfr. HAIRABEDIÁN, Maximiliano, *Tráfico de personas, Ad-Hoc*, Buenos Aires, 2009, p. 22.

o transporte de drogas, se observa que muchas de ellas han accedido a hacerlo, y en algunos casos han emigrado de sus hogares, con promesas de un trabajo y de una vida mejor por parte de personas con suficiente experiencia como para convencerlas sobre las posibilidades de terminar el viaje y asegurarles que los riesgos son mínimos<sup>32</sup>.

Según la doctrina, las conductas de transportar o trasladar tienen el mismo alcance y pueden ser realizadas por quien ejecuta el movimiento de la persona, ya sea personalmente (por ejemplo, el remisero o camionero que conocen los fines del traslado), o mediante un tercero (por ejemplo, quien compra los pasajes y se cerciora de que ascienda al avión, al ómnibus, etc.) conociendo la finalidad<sup>33</sup>. El transporte es un paso imprescindible y un tramo característico del delito de trata de personas, pues en general se capta a las víctimas en una región para explotarlas en otra. En efecto, la tarea encomendada a las mulas consiste en trasladarse (y, con ellas, la droga) ya sea dentro del país o de un país a otro. El hecho de que muchos tratantes decidan entregarles la droga a las mujeres en un lugar distinto del que se las captó, por ejemplo en el país desde donde partirán cargando sustancias estupefacientes, se debe a que así se logra alejarla de los vínculos sociales y afectivos que eventualmente podrían auxiliarla<sup>34</sup>. También se sabe que ese traslado suele ser efectuado bajo una estricta vigilancia y monitoreo por parte de quienes ocupan lugares más relevantes en la organización criminal.

Con respecto a las acciones típicas del delito de trata, se entiende que acoge quien brinda hospedaje o alojamiento, esconde u ofrece protección física a la víctima de trata. Esta acción debe entenderse configurada cuando el sujeto activo le da refugio o un lugar en el que quedarse a las personas tratadas, o bien cuando las acepta conociendo el origen del hecho y la finalidad que se le pretende otorgar<sup>35</sup>. Se advierte que estas conductas también suelen estar presentes en los casos de mulas, pues estas mujeres son recibidas o alojadas por quienes desean recuperar los estupefacientes. En ocasiones, estas conductas ocurren antes del transporte de la droga, como sucede cuando las mujeres extranjeras, bajo engaño, viajan al país sin saber que se espera que transporten sustancias estupefacientes. En estos casos, esas mujeres dependen de quienes las acogen no sólo porque le brindan un lugar en el que alojarse, sino también

32 Cfr. ANITUA, Gabriel y PICCO, Valeria, “Género, drogas y sistema penal. Estrategias de defensa en casos de mujeres ‘mulas’”, en *Violencia de Género. Estrategias de litigio para la defensa de los derechos de las mujeres*, Defensoría General de la Nación, Buenos Aires, 2012, p. 249.

33 Cfr. HAIRABEDIÁN, ob. cit., p. 23.

34 Cfr. ANITUA y PICCO, ob. cit., p. 249.

35 Cfr. HAIRABEDIÁN, ob. cit., p. 23.

porque les dan comida y dinero para que puedan solventar algunos gastos mínimos mientras dura su permanencia en el país. La ausencia de familiares o conocidos, el desamparo material, y, en ciertas ocasiones, el desconocimiento del idioma coloca a estas mujeres en posiciones de total subordinación y posibilita que sean inducidas a realizar trabajos ilegales<sup>36</sup>.

### *b) Los medios comisivos*

Los medios de comisión del delito de trata consisten en amenazas, uso de la fuerza u otras formas de coacción, el rapto, el fraude, el engaño, el abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra. El Protocolo precisa que, en el caso de víctimas adultas, el consentimiento dado no se tendrá en cuenta cuando se haya recurrido a cualquiera de los medios comisivos enunciados. Esta aclaración, aunque pudiera parecer superflua, es importante, ya que precisamente los medios de comisión –amenaza, coacción, engaño, abuso de una situación de vulnerabilidad, etc.– afectan la libertad de las personas para consentir. Ello significa que su voluntad está viciada y, por tanto, no es válido el consentimiento brindado.

Una vez más, se advierte en este punto las coincidencias que suelen presentarse con los casos de mulas. Diversos estudios señalan que la mayoría de las mujeres “correos de drogas” se involucra en estas actividades por ser víctimas de engaño, intimidación o amenazas –que muchas veces alcanzan a sus familiares–, por situaciones de necesidad o vulnerabilidad, o bajo situaciones de violencia directa<sup>37</sup>. En particular, se señalan prácticas de coacción o manipulación efectuadas por hombres involucrados sentimentalmente con las mujeres (amantes, maridos, parejas, etcétera)<sup>38</sup>.

El aprovechamiento de una situación de vulnerabilidad merece especial atención al analizar la situación de mujeres que transportan drogas. La doctrina y la jurisprudencia han señalado como manifestaciones de esta situación de vulnerabilidad pertenecer a una familia con poca capacidad de búsqueda; tener hijos menores a cargo y no tener medios para satisfacer sus necesidades básicas; haber padecido problemas

36 Cfr. ANITUA y PICCO, *ob. cit.*, p. 249.

37 Cfr. FLEETWOOD, Jennifer, “Drug Mules in International Cocaine Trade: Diversity and Relative Deprivation”, en *Prison Journal Service*, núm. 192, 2010, p. 5; citada por ANITUA y PICCO, *ob. cit.*, p. 228.

38 Cfr. CAMPBELL, *ob. cit.*, p. 237.

graves en la infancia; vivir en una situación de pobreza; no haber tenido acceso a la educación; la precariedad de la vivienda; y la falta de un trabajo fijo y bien pago, entre otras situaciones<sup>39</sup>. A su vez, también constituyen una pauta interpretativa importante para valorar la situación de vulnerabilidad de las personas las “100 Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad”, a las cuales adhirió la Corte Suprema de Justicia de la Nación, y que mencionan como causa de vulnerabilidad la edad, la discapacidad, la pertenencia a comunidades indígenas o a minorías, la victimización, la migración, el desplazamiento interno, la pobreza, el género y la privación de libertad.

Si se confrontan estas características con las que presentan en general las mujeres privadas de libertad por delitos de drogas, se encuentra una coincidencia casi absoluta: los datos existentes dan cuenta de que esas mujeres poseen un alto nivel de vulnerabilidad socio-económica, conclusión a la que se llega si se toman como indicadores el nivel de instrucción, las condiciones de empleo previas a la detención y las historias de institucionalización durante la infancia<sup>40</sup>. Además, casi 9 de cada 10 de ellas son madres, la inmensa mayoría de niñas y niños pequeños, y en su gran mayoría encabezaban familias monoparentales y eran, antes de la detención, el único o el principal sostén económico del hogar<sup>41</sup>. La alta presencia de mujeres extranjeras, que alcanza a casi la mitad de las mujeres encarceladas en los establecimientos federales, también indica un nivel elevado de vulnerabilidad: 9 de cada 10 extranjeras están detenidas por delitos vinculados a las drogas<sup>42</sup>.

En línea con lo anterior, Howard Campbell afirma:

*...las actividades específicas de las mujeres que participan en el contrabando están estrechamente relacionadas con su situación socioeconómica y las posiciones que asumen dentro de las organizaciones de tráfico de drogas. Por lo tanto, la “marginación económica” de la mujer y su relación con la delincuencia femenina no puede entenderse sin hacer referencia a la posición social particular de las mujeres en términos de clase. Esto es especialmente importante respecto a por qué las mujeres se involucran en delitos de drogas. De acuerdo a nuestros autores, “la delincuencia femenina puede*

39 HAIRABEDIÁN, ob. cit., p. 37/39; Tribunal Oral Federal de Santa Rosa La Pampa, causa N° 28/09, caratulada “Ulrich s/trata de personas”, rta.7/7/2010; Cámara Federal de Apelaciones de Posadas, Causa 11.642/09, caratulada “Almeida, Antonia y Alfonso, Favio Ricardo s/ recurso de apelación”, rta. el 15/12/2009.

40 Cfr. Mujeres en prisión. Los alcances del castigo, Centro de Estudios Legales y Sociales, Ministerio Público de la Defensa de la Nación y Procuración Penitenciaria de la Nación, Siglo XXI, Buenos Aires, 2011.

41 *Ibidem*.

42 *Ibidem*.

*ser caracterizada fundamentalmente como de carácter económica” y “gran parte de la delincuencia de las mujeres está relacionada con la necesidad económica” (Hunnicut y Broidy 2004:131). Este es el caso de las mulas (por lo general, el más vulnerable y victimizado segmento de las mujeres contrabandistas de droga)...<sup>43</sup>*

También es frecuente la utilización de mulas mediante el engaño. En la trata de personas el engaño se da en la etapa de reclutamiento, cuando el tratante establece un mecanismo de acercamiento con la víctima para lograr la aceptación de la propuesta mediante ofertas de trabajo, noviazgo o mejores condiciones de vida. Pero también ocurre durante la fase de traslado y explotación, cuando el tratante despliega métodos de control sobre la víctima y logra que, bajo su dominio, llegue a cometer delitos<sup>44</sup>. Esta vía comisiva puede ser, en ciertas ocasiones, “parcialmente engañosa”<sup>45</sup>, como ocurre cuando la víctima es trasladada bajo alguna artimaña, y luego se entera que debe transportar sustancias prohibidas para poder regresar a su lugar de origen y cobrar lo acordado.

### *c) La finalidad de explotación*

La trata de personas también exige que la voluntad del autor esté dirigida a someter a las víctimas a alguna de las formas de explotación previstas en la ley, por ejemplo, para reducirla a una condición de esclavitud o servidumbre; explotarla sexualmente; extraer de forma ilícita sus órganos o tejidos humanos, entre otros. Uno de los fines de explotación previstos en el delito de trata consiste en obligar a una persona a realizar servicios o trabajos forzados (conf. art. 4º.b, ley 26.364; art. 3.1, Protocolo de Palermo).

De acuerdo al Convenio sobre Trabajo Forzoso de la Organización Internacional del Trabajo, el trabajo forzoso es una tarea que se requiere en beneficio del explotador y que puede ser en sí mismo tanto una actividad legal como una ilegal, como ocurre en el caso del transporte de sustancias estupefacientes. La doctrina ha destacado la configuración de la trata de personas en aquellos casos en que sean

43 Cfr. CAMPBELL, traducción libre, ob. cit., p. 242. La cita de las autoras hace referencia al trabajo de Hunnicutt, Gwen y Lisa Broidy. “Liberation and Economic Marginalization: A Reformulation and Test of (Formerly?) Competing Models”, en *Journal of Research in Crime and Delinquency*, año 2004, núm. 41(2), p. 130–155.

44 Cfr. UNODC - Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del delito y el Tratamiento del Delincuente, Manual sobre la Investigación del Delito de Trata de Personas, 2009, p. 8.

45 HAIRABEDIÁN, ob. cit., p. 32.

obligadas a participar de actividades delictivas o violentas al servicio de otro, como ocurre con el tráfico de drogas<sup>46</sup>.

Informes de organismos de derechos humanos especializados también destacan a los servicios forzados como uno de los destinos importantes de la explotación de víctimas de trata<sup>47</sup> y, más específicamente, subrayan la demanda de víctimas de trata para realizar actividades delictivas, como el tráfico y contrabando de droga, mediante la utilización de las víctimas como mulas<sup>48</sup>.

### 3.2. El consentimiento de la víctima

Para finalizar, resta destacar que, frente a la concurrencia de alguna de las acciones típicas, el medio comisivo y la finalidad de explotación para realizar el trabajo o servicio forzado, el posible conocimiento o aparente asentimiento de la mujer para transportar las sustancias estupefacientes en esas condiciones, en nada obstan calificarla como víctima de trata de personas de acuerdo con las normas internacionales y locales expresas sobre la materia.

A diferencia del Protocolo de Palermo, cuando la ley nacional tipifica el delito de trata no aclara que el consentimiento otorgado por la víctima adulta, cuando concurre alguno de los medios comisivos, no es válido. Esta falta de previsión ha dado lugar a prácticas reprochables, según las cuales las víctimas adultas deben probar su falta de consentimiento, incluso en presencia de alguno de los medios comisivos.

Sin embargo, se considera que esas prácticas sólo obedecen a criterios discriminatorios y prejuiciosos por parte de algunos operadores y operadoras de la justicia, y no al marco legal. En efecto, aunque el artículo 145 bis del Código Penal, incorporado por el artículo 10 de la ley 26.364, no prevea una aclaración como la del Protocolo de Palermo, el artículo 2° de la misma ley sí lo hace. Así, esa norma define

46 Cfr. HAIRABEDIÁN, ob. cit., p. 71; Litterio, Liliana, “El trabajo infantil frente a la droga”, LL, 30/1/2009, p. 1, cit. por Hairabeidán, Maximiliano, cit.; Fleetwood, Jennifer, “Drug Mules in International Cocaine Trade: Diversity and Relative Deprivation”, en *Prison Journal Service*, N° 192, 2010, p. 5, citada por Anitua y Picco, entre otros.

47 Cfr. O.N.U., Informe de la Relatora Especial sobre la trata de personas, especialmente mujeres y niños, Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo, A/HRC/10/16, del 20 de febrero de 2009.

48 Cfr. O.N.U., Informe de la Relatora Especial sobre la trata de personas, especialmente mujeres y niños, Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo, A/HRC/10/16, del 20 de febrero de 2009, párrafo 51 y conclusiones; conf. Informe del Relator Especial de Naciones Unidas sobre la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, Juan Miguel Petit, Misión al Paraguay, 2005.



la trata de personas adultas cuando se desarrolla alguna de las acciones típicas, con fines de explotación, y concurre alguno de los medios comisivos, y a continuación aclara “aun cuando existiere asentimiento de ésta”.

La inclusión de esta aclaración es importante, en virtud de los compromisos internacionales asumidos por el Estado en la materia, en los cuales se obligó a no considerar el consentimiento de las personas sometidas a explotación, cuando se encuentre presente alguno de los medios comisivos<sup>49</sup>.

El tema también fue objeto de pronunciamiento por parte de organismos internacionales. La Relatora Especial sobre los derechos humanos de las víctimas de la trata de personas, especialmente mujeres y niños, analiza de modo explícito el tema y aclara que, si la víctima es adulta, para que el acto constituya trata debe haberse recurrido al menos a uno de los métodos enumerados en la definición (amenaza, uso de la fuerza, coacción, engaño, abuso de una situación de vulnerabilidad, etc.). Y agrega: “la segunda cláusula del apartado b) del artículo 3 (‘cuando se haya recurrido a cualquiera de los medios enunciados en [el apartado a)]’) se cumple en todos los casos de trata de adultos, porque es un requisito lógico para que se pueda determinar que se ha producido un caso de trata de adultos”. Y concluye: “en ningún caso de trata que se ajuste a la definición del Protocolo se toma en cuenta si la víctima ha dado su consentimiento a las formas de explotación intencional descritas en el apartado a)”<sup>50</sup>.

A la misma conclusión se llega si se tienen en cuenta los principios generales del derecho, según los cuales la voluntad para consentir debe estar libre de vicios, lo que claramente no sucede cuando concurre alguno de los medios comisivos previstos en las definiciones de trata citadas (pues todos ellos constituyen vicios de la voluntad). Todas estas modalidades afectan la voluntad de las personas y, por ende, no cuentan con los elementos necesarios para que su consentimiento sea válido.

En este sentido se han pronunciado algunos tribunales, para los que el aparente consentimiento dado por la víctima carecía de valor, pues estaba viciado por alguno de los medios comisivos<sup>51</sup>, y no reunía las condiciones de discernimiento,

49 El Protocolo de Palermo aborda expresamente esta cuestión y establece: “El consentimiento dado por la víctima de la trata de personas a toda forma de explotación intencional [...] no se tendrá en cuenta cuando se haya recurrido a cualquiera de los medios enunciados en dicho apartado”, cfr. art. 3, inc. b), Protocolo de Palermo.

50 Cfr. O.N.U., Informe de la Relatora Especial sobre los derechos humanos de las víctimas de la trata de personas, especialmente mujeres y niños, Informe del 20 de febrero de 2006, párrafos 39 y 40.

51 Cfr. Cámara de Apelaciones en lo Federal de Posadas, “Expte. N° 11.642/09 de Almeida Antonia y Alfonso Favio Ricardo s/ recurso de apelación”, rta. 15/12/2009.

intención y libertad<sup>52</sup>, por estar condicionado por situaciones de pobreza, desamparo, carencia de alternativas<sup>53</sup>, escasos estudios o responsabilidades de cuidado de hijos pequeños<sup>54</sup>.

En consecuencia, el aparente consentimiento que hayan podido prestar algunas mujeres para transportar drogas, ya sea a través de su ingesta o entre sus pertenencias, debe ser valorado en relación con la concurrencia o no de los elementos configurativos del delito de trata pues, de mediar alguno de los medios de comisión, ese consentimiento estaría viciado y se estaría en presencia de una víctima del delito de trata, y no de una autora del transporte de drogas.

#### 4. CONCLUSIONES

La normativa internacional y nacional sobre trata de personas refleja una especial preocupación por la protección de las víctimas del delito. En forma expresa, la ley 26.364 prevé la no punibilidad de ellas cuando cometan algún hecho ilícito como consecuencia de ser objeto de trata. A pesar de esa previsión normativa y de las evidencias que existen sobre su utilización para la comisión de actividades ilegales, lo cierto es que aún se detectan prácticas discriminatorias del sistema de administración de justicia que conllevan al castigo o persecución penal de las ofendidas por el crimen. Este tipo de situaciones se detectan, al menos, en dos áreas: la penalización de mujeres víctimas de trata con fines de explotación sexual, y de mujeres utilizadas como correos de drogas.

En cuanto a la trata de personas con fines de explotación sexual, informes especializados han advertido sobre el alto grado de participación de mujeres en esas redes, y han explicado que esta situación podría obedecer, en parte, a que las víctimas suelen convertirse en las autoras de los delitos cuando asumen algún rol dentro de la organización criminal<sup>55</sup>.

Estas circunstancias han sido constatadas por la jurisprudencia nacional, donde se encuentran casos en los que algunas víctimas con fines de explotación sexual

52 Cfr. Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de Córdoba, Sala B, “G., M.S. y otros”, rta. 24/11/2009.

53 *Ibídem.*

54 Cfr. Cámara de Apelaciones en lo Federal de Posadas, “Expte. N° 11.642/09 de Almeida Antonia y Alfonso Favio Ricardo s/ recurso de apelación”, rta. 15/12/2009.

55 Cfr. UNDOC, Informe mundial sobre la Trata de personas, febrero de 2009.

comienzan a tener participación en las actividades de los tratantes en situaciones de coacción directa, amenazas y sumisión, o como método de supervivencia. Frente a este tipo de situaciones, es preciso que las y los operadores jurídicos extremen los recaudos para evitar que esas víctimas sean inculpasadas.

También se observa que algunas de las mujeres involucradas en tales delitos, aunque no fueron víctimas de las redes criminales, se encuentran en situaciones de extrema vulnerabilidad. Estas circunstancias en ocasiones son valoradas para analizar la procedencia de la penalización de la conducta, o para medir el grado de reproche penal. Sin embargo, en otros casos se advierte que el sistema penal desmerece el nivel de condicionamiento que implican esos factores de vulnerabilidad y recae con todo su peso sobre mujeres que actuaron en contextos de alta vulnerabilidad personal, económica, social y emocional.

Con respecto a la utilización de mujeres para el transporte de estupefacientes, diversos estudios disponibles dejan ver un alto grado de coincidencias entre el funcionamiento de las redes de trata de personas y las condiciones en las que muchas mujeres se ven involucradas en el transporte de drogas en su cuerpo o entre sus pertenencias. La captación, el transporte y la recepción, así como el engaño, la intimidación y el abuso de una situación de vulnerabilidad con fines de explotación suelen concurrir en casos de contrabando que involucran a mujeres, muchas de ellas extranjeras, que se encuentran en una situación de gran desamparo material y social, lo cual las convierte en un blanco fácil para ser reclutadas y persuadidas de realizar actividades ilegales como mensajeras de drogas<sup>56</sup>.

Frente a las advertencias de distintos organismos internacionales de derechos humanos sobre la relación entre la trata de personas y su utilización para actividades delictivas, como el tráfico de estupefacientes, y las evidencias sobre la frecuente concurrencia de los elementos propios de la trata en casos de “correos de droga”, en las causas penales iniciadas contra “mulas” se deberían analizar en profundidad las condiciones bajo las cuales esas personas se vieron involucradas en la actividad. Por ello, sería importante que en este tipo de casos la pesquisa judicial se oriente a desentrañar la totalidad del proceso que atravesaron, tal como se recomienda frente a posibles situaciones de trata de personas con otros fines de explotación<sup>57</sup>.

<sup>56</sup> Cfr. ANITUA y PICCO, *ob. cit.*, p. 252.

<sup>57</sup> Cfr. BUENO, Gonzalo, “Informe sobre el tratamiento judicial de casos de trata de personas en la Argentina”, en *Nuevo escenario en la lucha contra la trata de personas en la Argentina. Herramientas para la persecución del delito y asistencia a sus víctimas*, O.I.M., 2009, p. 22.

Así, se debería indagar sobre quiénes y cómo contactaron a las mujeres en su lugar de origen, cuál fue el ofrecimiento que realizaron, quién afrontó los gastos de viaje al lugar de destino, cómo fue realizado el traslado, quiénes las acompañaron, qué posibilidades reales tenían las mujeres de negarse a transportar los estupefacientes o de retractarse; es decir, es preciso profundizar la investigación sobre toda la cadena de la trata.

Es posible que los conceptos discriminatorios que aún persisten en las y los operadores de justicia incidan en la resistencia que se percibe para visibilizar y analizar la posible condición de esas mujeres como víctimas de la trata de personas. En este sentido, es necesario remover los prejuicios y estereotipos de género que imponen un ideal de víctima, conforme al cual, para ser reconocidas como tales, las mujeres deben comportarse de un modo determinado<sup>58</sup>. La comisión de actividades delictivas por parte de las mujeres correos de drogas o víctimas de explotación sexual las aleja de esta idea de “víctimas buenas” y, por ende, quedan excluidas de la protección legal.

---

58 Cfr. MADRIZ, Esther, *A las niñas buenas...ob. cit.*

# O CASO MAYAGNA AWAS X NICARÁGUA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

## A função social da posse e o multiculturalismo pós-moderno

por Ana Carolina C. Erhardt<sup>1</sup>

### RESUMO

O trabalho objetiva analisar a sentença proferida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no julgamento do caso Mayana Awas Tingni contra a Nicarágua, em 31 de agosto de 2001, à luz das teorias das relações internacionais. Para tanto, o estudo de caso funda-se no ensinamento de Jayme Benvenuto e no entendimento de Boaventura de Souza Santos. Identificam-se traços da teoria do multiculturalismo na sentença analisada, inserindo-se em seu âmbito a ideia de função social da posse. Chega-se à conclusão de que o reconhecimento da função social da posse decorre de uma postura multicultural na aplicação dos direitos humanos destinada a efetivá-los.

**Palavras-chave:** Corte Interamericana de Direitos Humanos. Multiculturalismo. Função Social da Posse. Direitos Humanos.

### 1. PANORAMA GERAL SOBRE AS TEORIAS DAS RELAÇÕES INTERNACIONAIS

Antes de adentrar no estudo do caso escolhido, é importante apresentar as principais teorias das relações internacionais com suas características gerais. O presente propósito consiste, em linhas gerais, na explanação dos ensinamentos colhidos em seminário apresentado pelo professor Jayme Benvenuto<sup>2</sup> na Universidade Católica de Pernambuco-Recife-Brasil.

Dentre as teorias, destacam-se o Realismo, o Idealismo, o Marxismo, o Construtivismo, a Pós-Modernidade, as Alternativas, as Pós-Coloniais e as Feministas.

O Realismo, inspirado em Maquiavel e em Hobbes, possui como foco

<sup>1</sup> Defensora Pública Federal; Mestranda na linha Jurisdição e Direitos Humanos da UNICAP; ana.erhardt@gmail.com.

<sup>2</sup> Professor que ministrou no segundo semestre de 2012 seminário sobre jurisdição constitucional e direitos humanos na Universidade Católica de Pernambuco.

central o Estado Nacional, como ator único nas relações internacionais. Além disso, preconiza a configuração de uma inevitável anarquia internacional, no sentido de que nunca haverá uma ordem internacional. Essa anarquia é, inclusive, desejada pelos Estados Nacionais, pois é funcionalizada para garantir que um deles domine e outros também almejem obter o poder.

É interessante observar que nem os grandes Estados, nem as pequenas Nações estão interessadas em uma ordem, segundo a teoria ora analisada. Isso porque as grandes potências mundiais não desejam perder o domínio e as pequenas pretendem adquiri-lo.

Segundo os realistas, o Estado é a projeção do indivíduo que é marcado pelo egoísmo. A natureza humana, segundo aduzem, é e sempre será perversa. Pensar de outro modo denota mera ingenuidade que não tem espaço no âmbito da política. Não se acredita assim na ideia de uma Comunidade Internacional, onde todos se ajudariam mutuamente. Há uma “guerra de todos contra todos” e sempre será assim.

É possível apontar como legado do Realismo a conclusão de que a força produz efeitos. Neste sentido, é possível afirmar, segundo as “lentes” realistas, que quando, p.ex., o Brasil presta auxílio ao Haiti é para conseguir um assento no Conselho de Segurança da ONU e, dessa forma, ser visto internacionalmente como uma potência, ainda que não o seja.

Como insuficiências dessa teoria, elenca-se o fato de ser marcada pelo pessimismo e a utilização da força como argumento, desprezando-se qualquer consideração a respeito do argumento ser forte.

Em contraponto à teoria do Realismo, tem-se o Idealismo com sua crença na possibilidade de mudança para melhorar o cenário internacional. O Idealismo é fundamentado pelo racionalismo, pela crença na capacidade do indivíduo. Acredita-se que, como o Estado é formado por indivíduos, é também racional.

O Idealismo tem como grande referência Kant. Sustenta a possibilidade de uma paz mundial, sobretudo com o aparecimento das organizações internacionais, com o cooperativismo internacional. Vale-se bastante da ideia de comunidade internacional.

Os idealistas tomam por base o Liberalismo em três aspectos, o comercial, o republicano e o regulatório. No âmbito comercial, os Estados são economicamente



interdependentes. Sobre o Liberalismo Republicano, defende-se que todos devem buscar o bem comum. Quanto ao aspecto regulatório, é evidenciado por leis e organismos internacionais.

Como legado do Idealismo, é possível extrair a ideia de que a utopia constrói. O mundo hoje, com Cortes Internacionais, com Organizações Internacionais integradas por todos os Estados, é melhor do que outrora.

De outro lado, a insuficiência da teoria reporta-se basicamente ao descompasso existente entre o discurso e a prática. Há um desequilíbrio velado, pois continua a existir dominantes e dominados, como sói acontecer com a composição do Conselho de Segurança da ONU, onde apenas cinco países tem o poder de veto, enquanto todos são “iguais” no órgão legislativo da Organização, a Assembleia Geral.

Inspirada em Marx, a teoria Marxista é uma crítica ao capitalismo em âmbito internacional. Seus seguidores aplicam às relações internacionais o que se dá no contexto interno da sociedade de classes, onde há uma disputa entre as classes dominadoras, com poder político e econômico, e as classes dominadas.

Segundo defendem os marxistas, os Estados também ocupam classes. Há Estados dominadores e Nações dominadas e o Capitalismo serve para estruturar a dominação. Sob este aspecto, o Marxismo é entendido como uma espécie de Realismo.

Com substrato nessa ideia de divisão de classes, Immanuel Wallenstein, considerado neomarxista, desenvolveu sua teoria do Sistema Mundo. Segundo preconiza, o Mundo é dividido em espaços.

Há um centro, ocupado pelos Estados centrais com economia forte, com tecnologia e que é sustentado pela lógica perversa das trocas desiguais (ex. matéria-prima barata e importação cara). Existe uma semi-periferia onde se encontram os Estados com alguma riqueza, com influência regional (ex. o Brasil) baseado na lógica de que como não é possível dominar todos os Estados, distribui-se parte do poder. Há uma periferia, representada pelos Estados mais pobres, sem industrialização e sem massa crítica e, por fim, existem áreas externas a essas três “classes”, como a Rússia.

A teoria Marxista deixa como legado a ideia de consciência de classe para implementar a mudança, fazendo-se imprescindível destruir o Capitalismo. Como principal insuficiência dos marxistas, aponta-se o economicismo, no sentido de que a Economia não explicaria tudo, não se podendo ignorar a existência de outros

elementos históricos e culturais.

O Realismo, o Idealismo e o Marxismo são as teorias tradicionais, de onde se extraem as grandes explicações no âmbito internacional.

Nos anos 80, para combater as teorias tradicionais, surgem as teorias Críticas. Segundo os críticos, há um equívoco nas teorias tradicionais ao focarem suas análises no Estado. Defendem a existência de outras questões que compõem as relações internacionais como o direito à segurança internacional, as questões culturais. Além dos Estados, estudam o comportamento das organizações internacionais, dos indivíduos, os espaços transnacionais.

Tem-se como elemento central para as teorias Críticas o discurso, o dizer comparado com o fazer para traduzir a ideia de que quem está em uma posição de poder diz, e nem sempre faz. O discurso é sempre interessado.

Noam Chomsky é um grande representante das teorias Críticas. Esse autor efetiva uma análise das relações internacionais a partir da Linguística. Segundo defende, é preciso desconfiar das instituições e analisar tudo pela prática.

Um legado deixado pelas teorias Críticas consiste na revelação da realidade, fazendo-se necessário perder a inocência. Como insuficiência, aponta-se a ausência de um compromisso com propostas para um mundo melhor.

O Construtivismo acredita que o mundo é uma construção do que queremos. Há uma crítica aqui ao realismo ao defender a inevitabilidade da anarquia, da ausência e da impossibilidade de ordem.

Assim como os críticos e os pós-modernos (como se verá adiante), os construtivistas centram a análise no discurso. Defendem a possibilidade de reconstrução do mundo com base na razão. A anarquia pode ser minimizada ou maximizada a depender da vontade dos Estados.

Como legado do Construtivismo, pode-se apontar a ideia de transformação por meio do diálogo. Como insuficiência dessa teoria, questiona-se a sinceridade desse diálogo.

A teoria Pós-moderna combate as bases iluministas do pensamento único e universal. Tem como fundadores Foucault, Rorty e Derrida. Preconizam a limitação da razão, do conhecimento, que é localizado, depende do local e serve ao lugar onde é produzido (ex. o pensamento ocidental serve ao Ocidente). O conhecimento resulta

de nossas limitações, inclusive espaciais.

Para os pós-modernos o mundo é uma desordem, não há ordem internacional como defendiam os iluministas. Sustentam os pós-modernos que o pensamento universal é uma imposição.

Segundo a teoria Pós-moderna, não existe uma ideia *a priori* de natureza humana. É preciso diferenciar natureza humana daquilo que é criado pela cultura. O ser humano acumula vários elementos ao longo da vida.

A verdade é localizada, interessada, no sentido de não ser neutra. É preciso respeitar as diferenças porque nada é correto. Defende-se a tolerância.

A Pós-modernidade potencializa meios não racionais de conhecimento, como os métodos transcendentais, tais como a experiência (Foucault) e os sentimentos (Rorty).

A virada linguística também é característica da Pós-modernidade. Segundo essa alteração no modo de visualizar a linguagem, o discurso, a palavra foi criada, mas não integra a coisa e não possui um valor essencial.

No âmbito internacional, os Pós-modernos contestam a ideia de soberania, preconizando uma erosão da consciência nacional. O pensamento deve ser global, mas a ação necessita ser localizada. Isso denota que os Pós-modernos evocam a consciência da limitação e a perda de um único centro do conhecimento.

Como legado da teoria ora analisada, tem-se que as relações no âmbito da política internacional devem ser reconstruídas com base no diálogo para se chegar a acordos mínimos. Como insuficiência, aponta-se a ausência de propostas, de modo a consubstanciar apenas um estado de perplexidade.

Dentre as teorias ditas alternativas, destacam-se as Pós-coloniais e as Feministas.

As Pós-coloniais adotam a crítica construtivista e pós-moderna ao afirmar que o conhecimento serve a alguém. O mundo, segundo defendem, tem um conhecimento eurocêntrico, sendo preciso construir o próprio conhecimento.

Como legado, tem-se que as teorias Pós-coloniais passam a mensagem de que o mundo em desenvolvimento deve construir seu papel. Como insuficiência, tem-se que nem tudo pode ser criticado na colonização, pois os europeus teriam deixado

algo de positivo.

As teorias Feministas conduzem ao âmbito internacional as agendas defendidas internamente, como a da não submissão, a da superação entre a dicotomia do público e do privado, onde se defende que as mulheres deveriam interessar-se também pelo público.

No plano internacional, segundo as feministas, o mundo tem sido construído pelos homens e para os homens. A própria descrição da soberania guardaria influência do machismo.

Como legado, pode-se afirmar que as teorias feministas despertam a necessidade de uma maior participação feminina no cenário internacional. A insuficiência apontada diz com o fato de que as relações de gênero não se aplicariam ao âmbito internacional, sendo uma teoria social que é indevidamente utilizada na esfera internacional.

Feitas essas breves considerações sobre o panorama geral das principais teorias internacionais, passa-se a trabalhar a ideia de multiculturalismo, consoante desenvolvida por Boaventura de Souza Santos.

Optou-se por estudá-lo de modo apartado pelo fato de ter sido feita a escolha por analisar a sentença da Corte Interamericana (mais adiante) com o olhar do multiculturalismo, apesar de ser plenamente possível encontrar na decisão características de outras teorias das relações internacionais.

## **2. O MULTICULTURALISMO COMO MECANISMO APTO A ENSEJAR A EFETIVIDADE DOS DIREITOS HUMANOS**

A atmosfera Pós-moderna, com sua ausência de um único centro do saber, com sua natureza pluralizante, marcada por seu relativismo cultural (ou ainda, por um restrito universalismo), ensejou o desenvolvimento de uma concepção multicultural a respeito dos direitos humanos.

O Multiculturalismo defende a ideia de que o potencial emancipatório dos direitos humanos requer a libertação de um falso universalismo. Os direitos humanos, segundo essa concepção, somente poderão desenvolver o seu potencial emancipatório quando forem considerados a partir do ponto de vista do diálogo entre as diversas

culturas.

A modernidade ocidental enfrenta algumas tensões dialéticas. A emancipação social e a regulação social representa a primeira dessas crises. Esta relação encontra-se presente na divisa positivista “ordem e progresso”. O fato é que essa ordem nem sempre tem levado ao almejado progresso em matéria de efetivação dos direitos humanos.

Uma outra tensão dialética refere-se ao Estado enquanto oposto à sociedade civil. Esse modelo de Estado da modernidade apenas aparentemente é minimalista, bastando-se verificar a hemorragia legislativa dos dias atuais.

A terceira crise dialética encontra-se na tensão existente entre o Estado-nação soberano (modelo político da modernidade ocidental) e o fenômeno da globalização. Hoje, se verifica uma erosão seletiva do Estado-nação em face do incremento da globalização.

O mundo globalizado tem suscitado alguns questionamentos sobre a conveniência em haver deslocamentos totais da política de direitos humanos para o âmbito global de uma sociedade civil também global.

Boaventura de Souza Santos (1997) alerta para o fato de que a política dos direitos humanos é basicamente cultural, sendo certo que as lutas em sua defesa e as violações continuam a possuir uma dimensão nacional.

A grande questão a ser enfrentada para a implementação dos direitos humanos é a de justificar sua política progressista em âmbito global e, simultaneamente, sua legitimidade local.

Segundo Boaventura de Souza Santos (1997), pelas condições do sistema-mundo ocidental, não se pode genuinamente falar em uma única globalização. O mais adequado é utilizar o termo globalizações, no plural.

O autor supera a conceituação tipicamente econômica para definir o fenômeno da globalização como sendo um processo pelo qual determinada condição ou entidade local estende sua influência a todo o globo e, ao fazê-lo, desenvolve a capacidade de designar como local outra condição social ou entidade rival.

As globalizações compreendem, assim, conjuntos diferenciados de relações sociais que envolvem conflitos e, por isso, vencedores e vencidos. O que ocorre é a globalização bem sucedida de determinado localismo. A conclusão é que a

globalização pressupõe a localização (ex. o *fast food* norte-americano).

Sobre o tema, interessantes os exemplos trazidos por Boaventura (1997). De acordo com ele, na medida em que se globaliza o hambúrguer ou a pizza, localiza-se o bolo de bacalhau português ou a feijoada brasileira, no sentido de que serão cada vez mais vistos como particularismos típicos da sociedade portuguesa ou brasileira.

Elencam-se quatro modos que originam quatro formas de globalização. Tem-se o localismo globalizado, praticado pelos países centrais (ex do *fast food*); o globalismo localizado, praticado pelos países periféricos, onde se verifica um impacto nas condições locais que são reestruturadas para responder aos imperativos das grandes economias (ex. conversão da agricultura de subsistência para a de exportação). Essas duas primeiras formas compõem o que se denomina de globalização de cima para baixo ou hegemônica.

Tem-se ainda a globalização pelo modo do cosmopolitismo que se verifica quando os Estados-nação, regiões, classes ou grupos sociais subordinados se organizam tradicionalmente na defesa de interesses comuns (ex. das organizações sul-sul). Há ainda a globalização sob a forma de patrimônio comum da humanidade que abrange temas que apenas possuem sentido enquanto reportados ao globo em sua totalidade, a exemplo da vida humana na Terra. Esses dois últimos modos são denominados de globalização de baixo para cima ou contra-hegemônica.

Enquanto os direitos humanos forem concebidos como universais, tenderão a representar um localismo globalizado. Para a mudança desse quadro é necessário que seja implementada a globalização de baixo para cima mediante a prática do multiculturalismo. A universalidade é uma questão particular e específica da cultural ocidental.

A concepção multicultural dos direitos humanos, na linha da teoria Pós-moderna, requer que seja ampliada ao máximo a consciência de incompletude cultural. Todas as culturas são incompletas e problemáticas (isso ocorre, por exemplo, nas suas concepções de dignidade humana).

Boaventura defende a prática de um diálogo intercultural, mediante a utilização de uma hermenêutica diatópica baseada na ideia de que os topoi (lugares comuns retóricos mais abrangentes) de uma dada cultura, por mais fortes que aparentem ser, são tão incompletos quanto a própria cultura a que pertencem.



Os topois fortes tornam-se altamente problemáticos quando utilizados em uma cultura diferente. Assim, o diálogo intercultural deve ser tratado com a consciência da incompletude das culturas interlocutoras.

É necessário entender que os diversos grupos sociais possuem o direito de ser tratados de modo igual quando a diferença os inferioriza e o de ser tratados diferentes quando a igualdade os descaracteriza (toma-se como exemplo a cultura indígena).

O universalismo ocidental-liberal expresso na Declaração dos direitos humanos de 1948, elaborada sem a participação da maioria dos povos do mundo, conferiu prioridade aos direitos civis e políticos sobre os econômicos, sociais e culturais.

Para o objeto deste estudo, é interessante observar que o universalismo ocidental-liberal conferiu primazia ao direito de propriedade, formalmente considerado, reconhecido como o primeiro e, durante vários anos, o único direito econômico protegido.

### **3. CONSIDERAÇÕES SOBRE O CASO MAYANA AWAS TINGNI X NICARÁGUA JULGADO PELA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CIDH) EM 2001**

Em uma breve síntese, o caso submetido ao julgamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) originou-se de uma denúncia realizada por representantes da Comunidade indígena Mayana Awas Tingni contra a concessão indevida da exploração dos recursos naturais das terras ancestrais onde vive, realizada pelo Estado da Nicarágua a uma empresa madeireira, a Sol do Caribe S.A (Solcarsa S.A), sem que tivesse havido um prévio diálogo com os tradicionais habitantes da área e sem a efetivação de uma necessária demarcação das terras indígenas por parte do aludido Estado.

A Comissão, órgão da CIDH que tenta realizar uma conciliação previamente à submissão do caso a julgamento pela Corte, após realizar algumas recomendações ao Estado da Nicarágua, não tendo obtido a aludida composição, levou o caso a julgamento.

O fundamento utilizado pela Comissão foi o de que o Estado da Nicarágua

teria violado os artigos 1º (obrigação de respeitar os direitos), 2º (dever de adotar disposições de direito interno), 21 (direito à propriedade privada) e 25 (proteção judicial) da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH). O ponto central da argumentação foi o da falta de proteção por parte da Nicarágua aos direitos da Comunidade Awas Tingni sobre suas terras tradicionalmente ocupadas.

Sobre a violação do artigo 25 da CADH, a Comissão alegou ter havido: uma demora injustificada dos processos nos tribunais da Nicarágua, a recusa à Comunidade aos recursos internos, o descumprimento da sentença da Corte Superior quanto à inconstitucionalidade da concessão.

Por seu turno, o Estado da Nicarágua argumentou em sua defesa que existiria um marco legal (Lei nº 14) para conduzir o processo de titulação das comunidades indígenas ante o Instituto Nicaraguense de Reforma Agrária (INRA). Desse modo, segundo sua ótica, a Comunidade teria procurado obviar o processo de titulação sem percorrer o trâmite legal.

A CIDH entendeu que houve violação ao artigo 25 da CADH. Segundo a CIDH, o artigo 5º da Constituição da Nicarágua de 1995 prevê como princípio da nação o reconhecimento das distintas formas de propriedade, quais sejam, a pública, a privada, a associativa, a cooperativa e a comunitária, sendo que todas elas devem cumprir sua **função social**.

Além disso, no artigo 89, essa Constituição reconhece as formas comunitárias de propriedade das terras da Comunidade da Costa Atlântica.

A Corte reconheceu a existência de um marco legal para reconhecer e proteger a propriedade comunitária indígena no Estado da Nicarágua. No entanto, entendeu que a Lei nº 14 não estabelece um procedimento específico para a demarcação e a titulação das terras ocupadas por comunidades indígenas que atenda **às suas características particulares. Ficou provado que, desde 1990, não se havia concedido título com relação às terras indígenas.**

A CIDH concluiu pela violação aos artigos 1, 2 e 25 da Convenção Americana.

Quanto ao artigo 21 da CADH, relativo ao direito à propriedade, a Comissão sustentou que a complexidade do assunto (no caso, a demarcação das terras indígenas) não configura escusa para que o Estado não cumpra com suas obrigações,

nem para tratar as terras indígenas não tituladas como terras estatais.

Lado outro, o Estado da Nicarágua, quanto ao artigo 21, sustentou que a Comunidade teria se desprendido de uma Comunidade inicial e reclamaria para si terras que não possuiria de forma ancestral. Além disso, invocou que, no caso, não se operaria a prescrição aquisitiva, pois a posse seria precária.

Em apreciação desse tópico da sentença, a CIDH inicialmente realizou uma interessantíssima abordagem sobre o processo de criação da norma do artigo 21 da Convenção. Eis a redação final desse preceptivo:

*CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (1969)\**

*(PACTO DE SAN JOSÉ DA COSTA RICA)*

*Art. 21. 1. Toda pessoa tem direito ao uso e gozo de seus **bens**. A lei pode subordinar tal uso e gozo ao interesse social.*

*2. nenhuma pessoa pode ser privada de seus **bens**, exceto mediante o pagamento de justa indenização, por razões de utilidade pública ou de interesse social e nos casos e segundo as formas estabelecidas por lei.*

*3. tanto a usura como qualquer outra forma de exploração do homem pelo homem devem ser proibidas por lei.*

Segundo a Corte, durante os trabalhos preparatórios da Convenção Americana, se substituiu o nome “propriedade privada” por “bens”. Em uma interessante interpretação da aludida mudança de nomenclatura, a CIDH argumentou que o termo “bens” é muito mais amplo do que “propriedade privada”, pois aquele abrange os objetos materiais e imateriais, a exemplo da cultura.

Para a CIDH, os termos de um tratado internacional de direitos humanos tem sentido autônomo, não podendo ser equiparados ao sentido que se lhes atribuem no direito interno. Aliado a isso, e o que é mais interessante, os aludidos tratados são, segundo a Corte, instrumentos vivos, cuja interpretação tem que se adequar à evolução dos tempos e às condições de vida atuais.

Neste ponto, observa-se o caráter pós-moderno da sentença ao adotar as diretrizes daquilo que se convencionou denominar de virada linguística. As palavras, segundo essa nova linguística, não se aprisionam ao objeto, mas precisam extrair o seu sentido mediante o cotejo com o ambiente, com a cultura e com suas inerentes necessidades.

Um exemplo clássico é o da palavra neve. Para os esquimós, existem vários termos utilizados para expressá-la enquanto que, no Brasil, só há um termo. O

motivo deve-se ao fato de que os esquimós precisam de mais vocábulos para a neve, pois vivem naquela realidade e precisam sobreviver.

**A ideia-chave da virada linguística é a de que só há sentido com o uso. Sem práxis não há significação. A realidade influencia a linguagem e a linguagem influencia a realidade.**

Nesta linha de ideias, a Corte invocou ainda o artigo 29.b da CADH para afirmar que nenhuma disposição pode ser interpretada no sentido de limitar o gozo e o exercício de qualquer direito ou liberdade reconhecido pelas leis de qualquer dos Estados partes ou de acordo com outra convenção em que seja parte um dado Estado.

Quanto ao tema, a Comunidade indígena havia sustentado junto à Comissão (na fase de conciliação) que, mesmo sem título, os direitos a suas terras comuns tem bases firmes em um sistema de posse de terra tradicional ligado a práticas culturais e à organização comunitária. A Comissão, já diante da CIDH, encampou a tese e argumentou no sentido de que a ausência de titulação não conduz à conclusão de que as terras são estatais.

A CIDH acolheu o argumento e entendeu que, como produto dos costumes, a posse da terra deve bastar para que seja reconhecida a propriedade. Assim pontificou a Corte, no tópico 151 da sentença:

*151. El derecho consuetudinario de los pueblos indígenas debe ser tenido especialmente en cuenta, para los efectos de que se trata. Como producto de la costumbre, la posesión de la tierra debería bastar para que las comunidades indígenas que carezcan de un título real sobre la propiedad de la tierra obtengan el reconocimiento oficial de dicha propiedad y el consiguiente registro. (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, [2011?]).*

Com base na fundamentação expendida, a Corte reconheceu a violação ao art. 21 da CADH e determinou ao Estado que delimitasse, demarcasse e titulasse o território de propriedade da Comunidade e se abstivesse de realizar atos que pudessem afetar a existência, o valor, o uso e o gozo dos bens situados na zona geográfica onde os membros da Comunidade habitam e realizam suas atividades.

#### **4. A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE E DA POSSE COMO EXEMPLO DE UM MULTICULTURALISMO DESTINADO A EFETIVAR OS DIREITOS HUMANOS**

A concretização da função social da propriedade e da posse não prescinde de uma mudança de postura do intérprete voltada à tentativa de realizar a almejada justiça.

É necessário abandonar a visão estreita que reduz o Direito a um sistema abstrato de conceitos vazados em textos normativos para viabilizar a conciliação entre teoria e prática que se traduz na práxis.

É o que propõe Francisco Cardozo Oliveira (2006) em tese de Doutorado onde defende a construção hermenêutica da tutela concreta da posse e da propriedade no Direito brasileiro.

O autor enfatiza a necessidade da busca de concretizar a função social da posse e da propriedade para assegurar o direito fundamental à moradia, mormente no sentido de viabilizar a regularização fundiária, o que é protegido pela legislação mediante a previsão de diversos institutos, tais como o direito real de uso especial para fins de moradia (regulamentado pela Medida Provisória nº 2.220/01), a concessão do direito real de uso (prevista no Decreto-Lei nº 271/67), a usucapião coletiva (prevista no art. 10 do Estatuto da Cidade), o direito de superfície (constante do art. 21 do Estatuto da Cidade) (OLIVEIRA, 2006).

No intuito de minorar as injustiças cotidianamente e, muitas vezes, inconscientemente perpetradas, é mister a construção de uma hermenêutica da tutela concreta da posse e da propriedade no Direito brasileiro, nos moldes propostos por Francisco Cardozo Oliveira (2006).

Da leitura de sua obra, depreende-se que o autor não defende a separação completa entre teoria e prática no Direito. Não se verifica uma completa negligência da sistematicidade, pois isso acarretaria uma indesejável fragmentariedade e ausência de consistência interna ao sistema jurídico que seria corrompido constantemente por outros sistemas sociais (NEVES, 2009).

Como antecedente ao trabalho hermenêutico, coloca-se o problema do método. É necessário observar que a hermenêutica não é teoria, nem é método, mas sim a possibilidade da consciência da finitude do método e da teoria. O acesso hermenêutico ao direito requer uma inovadora visão metodológica que conceba a sistematização da ordem jurídica em torno de uma ordenação de valores revelados no processo de concretização (OLIVEIRA, 2006).

O autor defende a compreensão hermenêutica do direito como a integração

criativa entre os valores da lei positiva e os valores da situação de fato que reclama regulação. E é aí onde reside o problema do método

Segundo Cardozo Oliveira (2006), no processo de concretização, a relação entre lei e fato se materializa no ato de concretização e, assim, não há possibilidade de que ela seja metodicamente definida. O método orienta-se pela prática da compreensão em busca da concretização do direito justo. Desse modo, o método é conduzido pelo compreender hermenêutico, e não o contrário.

A hermenêutica convive com a multiplicidade de métodos. O que deve ser realizada é a justificação das escolhas metodológicas, estando o método subordinado a uma orientação filosófica. (OLIVEIRA, 2006).

Ao enfatizar o fato da posse e a situação proprietária concreta, busca-se a concretização da posse e do direito de propriedade justos, noção bastante superior aos conceitos abstratos de posse e de propriedade cristalizados na lei positiva (OLIVEIRA, 2006).

Diante da impossibilidade de ser aprioristicamente construído um método hermenêutico que evidencie, com exatidão, os desdobramentos da relação entre teoria e prática, o autor aponta como solução viável a forma do ensaio e o modelo da dialética negativa de Theodor Adorno. (OLIVEIRA, 2006).

As peculiaridades do caso concreto, bem como a circunstância histórica em que inserido o intérprete, sujeito cognoscente em sua contingência de ser – no – mundo, é que irão orientar a inter-relação entre lei e fato, entre teoria e prática. Trata-se da forma do ensaio onde a interação não pode ser pré-definida (OLIVEIRA, 2006).

A dialética entre lei e fato realiza-se de forma negativa, pois lida com a ideia de Estado falso, ou seja, realidade social injusta. É preciso assim negar a realidade e seus valores prevaletentes para obter a realização da utopia, pode-se dizer, do Estado de Direito Democrático (OLIVEIRA, 2006).

Assim, no momento de contrastar os valores da lei com os valores da realidade fática para efetivação do justo, é preciso que a relação seja empreendida entre o conceito estático legal e os valores idealizados pela Democracia com justiça social. O parâmetro do diálogo, nessa esteira, é com o que deve ser a realidade segundo as premissas democráticas para uma práxis emancipadora.

No processo de interpretação, deve-se enfatizar o conteúdo material da



posse e o direito constitucional de ser proprietário. Ambos são extraídos no ato da concretização e se relacionam com o **princípio da função social**. Essa é mensurada através da riqueza que o exercício da posse e dos poderes-deveres proprietários produz ou são capazes de produzir para proprietários, não-proprietários, possuidores, não-possuidores (OLIVEIRA, 2006).

Entende-se por conteúdo material da posse a valoração jurídica do uso socialmente útil do bem objeto da posse, de acordo com os valores da realidade social e histórica.

Por sua vez, o direito constitucional de ser proprietário é extraído do direito de propriedade funcionalizado. A função social atribui relevância ao exercício dos poderes-deveres proprietários, à relação entre proprietários e não-proprietários. Ela possibilita que sejam reconciliados o conceito de propriedade com o exercício dos poderes-deveres proprietários (OLIVEIRA, 2006)<sup>3</sup>.

Segundo Cardozo Oliveira (2006), é mais adequado falar em direito fundamental de ser proprietário, em vez de direito constitucional de propriedade, pois aquele enfatiza as nuances do momento da concretização. Ao levar em consideração as circunstâncias do caso concreto, o intérprete deve ponderar os valores subjacentes à situação proprietária e aos conflitos de interesses entre proprietários e não-proprietários.

É possível àquele que não é *a priori* proprietário venha a sê-lo em face da situação concreta denunciar que ele, e não o proprietário formal, merece o título de propriedade (como exemplo, tem-se o instituto da usucapião especial) (OLIVEIRA, 2006).

Em resumo, tem-se que a tutela efetiva e concreta da posse e da propriedade extrai-se de uma hermenêutica circular, de um círculo tópico-problemático da compreensão que tem como premissas de valoração o conteúdo material da posse e o direito constitucional de ser proprietário, ambos fundados na indagação acerca da **função social**.

No caso julgado pela CIDH, abordado no tópico anterior, a função social foi bastante destacada no julgamento em favor da Comunidade indígena Awas Tingni. A ênfase à necessidade de preservar a cultura daquela Comunidade e seus recursos naturais, prestes a serem destruídos por uma empresa de exploração madeireira, restou

3 Prefere-se utilizar a expressão poderes-deveres proprietários, pois serve para enfatizar a face prestacional do direito de propriedade que se traduz em um dever fundamental.

fundamentada na função social da propriedade e da posse.

Como já se destacou no tópico precedente, é bastante interessante o excerto do julgado (ali transcrito) que concede mais importância à função social do que à titulação da propriedade para, ao final, concluir que a propriedade não deve ser extraída necessariamente de um título formal que a declare.

A função social, no caso julgado, representa mais um dos aspectos em que se faz possível concretizar uma política multicultural de efetivação dos direitos humanos.

Garantiu-se que os direitos daquela Comunidade indígena não fossem arbitrariamente sucumbidos por outra cultura, ocidental-liberal, baseada em seu *topoi* de desenvolvimento no contexto de um sistema capitalista.

## 5. CONCLUSÃO

O Multiculturalismo presente na sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos denota uma postura de tolerância com outras culturas, no caso, com a cultura indígena.

A CIDH evitou que houvesse um quase absoluto esfacelamento de toda uma cultura, por vários anos já consolidada.

Nesse contexto, o reconhecimento da função social da propriedade e da posse foi essencial para conferir-se primazia à substância, aos aspectos culturais do uso dos recursos naturais, em detrimento de uma visão racionalista formal que condiciona a garantia do direito de propriedade a uma titulação meramente formal.

## REFERÊNCIAS

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Sentencia. **Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua**, 31 de agosto de 2001. (Fondo, Reparaciones y Costas). [2001?]. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_79\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_79_esp.pdf)>. Acesso em: 5 out. 2012.

OLIVEIRA, Francisco Cardozo. **Hermenêutica e tutela da posse e da propriedade**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SANTOS, Boaventura de Souza. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, Coimbra, n. 48, p. 11-32, jun. 1997.

# EFETIVIDADE E INTERPRETAÇÃO DAS “100 REGRAS DE BRASÍLIA”: O acesso à justiça das pessoas em condição de vulnerabilidade

por Denise Tanaka dos Santos<sup>1</sup>

## RESUMO

O objetivo deste artigo é avaliar a efetividade e a interpretação das “100 regras de Brasília” sobre o acesso à justiça das pessoas em condição de vulnerabilidade. Destaque-se que essas Regras definem tanto os seus beneficiários como os seus destinatários. Ademais, as Regras conceituam as pessoas em situação de vulnerabilidade e alinham medidas para a defesa de seus direitos. As “100 regras de Brasília” sobre o acesso à justiça das pessoas em condição de vulnerabilidade foi elaborado por um Grupo de Trabalho constituído na Conferência Judicial Ibero-americana e aprovadas pela XIV Conferência Judicial Ibero-americana, na capital do Brasil, Brasília, nos dias 4 a 6 de março de 2008.

**Palavras-chave:** Acesso à justiça. Vulnerabilidade. Pessoas em condição de vulnerabilidade. “100 regras de Brasília”.

## INTRODUÇÃO

As “100 Regras de Brasília” sobre o acesso à justiça das pessoas em condição de vulnerabilidade foi elaborado por um Grupo de Trabalho constituído na Conferência Judicial Ibero-americana e aprovadas pela XIV Conferência Judicial Ibero-americana, na capital do Brasil, Brasília, nos dias 4 a 6 de março de 2008.

O documento insere uma exposição de motivos e quatro Capítulos: preliminar, efetivo acesso à justiça para a defesa dos direitos, celebração de atos judiciais e eficácia das regras.

O Capítulo preliminar estampa suas finalidades, os beneficiários das Regras, com o conceito de pessoas em situação de vulnerabilidade, e seus destinatários.

---

<sup>1</sup> Mestre em direito pela PUCSP. cursou propedêutico de direito internacional na Universidade de Amsterdam e direito internacional na Corte Internacional de Haia. É Defensora Pública Federal.

O Capítulo II trata da cultura jurídica, da Assistência Legal e da Defesa Pública, do direito à intérprete, da revisão dos procedimentos e dos requisitos processuais como forma de facilitar o acesso à justiça e aborda meios alternativos de resolução de conflitos e sistema de resolução de conflitos dentro das comunidades indígenas.

O Capítulo III analisa a informação processual e jurisdicional, a compreensão de atos judiciais e comparecimento para tais atos e a proteção da intimidade.

Por fim, o Capítulo IV estabelece formas para a eficácia das Regras, tais como a aplicação do princípio geral de colaboração, a cooperação internacional, a investigação, a formação de profissionais para a atuação nessas áreas, a indicação de novas tecnologias e manuais de boas práticas, difusão e comissões de acompanhamento.

## 1. BREVE HISTÓRICO

Os princípios contidos na Carta de Direitos das pessoas perante a Justiça no Espaço Judicial Iberoamericano (México, 2000), foram considerados para a elaboração das Regras de Brasília, notadamente a parte na qual consta “Uma justiça que protege os mais débeis” nos arts. 23 a 34. Esse tópico alinha a necessidade de uma justiça que proteja os mais débeis, como as vítimas, as populações indígenas, as crianças e os adolescentes e as pessoas com incapacidades.

Além desse aspecto, aponta-se a necessidade da maior difusão possível, para a eficácia da Carta de Direitos das Pessoas ante a Justiça no Espaço Judicial Iberoamericano (arts. 35 e 36):

### *CARTA DE DERECHOS DE LAS PERSONAS ANTE LA JUSTICIA EN EL ESPACIO JUDICIAL IBEROAMERICANO*

*Considerando que es un derecho fundamental de la población tener acceso a una justicia independiente, imparcial, transparente, responsable, eficiente, eficaz y equitativa,*

*Considerando que todas las personas tienen derecho a recibir una protección adecuada de los órganos jurisdiccionales al objeto de asegurar que comprenden el significado y trascendencia jurídica de las actuaciones procesales en las que intervengan por cualquier causa,*

*Considerando que la dignidad de la persona y los derechos que le son*

*inalienables demandan la institucionalización de principios básicos que protejan a las personas cuando demanden justicia,*

*Aprobamos la Carta de Derechos de las Personas ante la Justicia en el Espacio Judicial Iberoamericano que en anexo se incorpora, debiendo dársele la mayor difusión posible.*

*Eficacia de la carta de derechos*

*35. Todas las personas tienen interés en la efectividad de los derechos que se reconocen en esta Carta. Las partes que suscriben este documento promoverán la adopción de las disposiciones legales necesarias y la provisión de medios suficientes para garantizar su cumplimiento.*

*36. Las Secretarías Pro Tempore y Permanente de la Cumbre llevarán a cabo un seguimiento y evaluación permanente del desarrollo y cumplimiento de esta Carta, que será objeto de tratamiento en las correspondientes reuniones preparatorias que se lleven a efecto, sin perjuicio del derecho de cada país a instar y sugerir propuestas relativas a la labor de seguimiento.*

A partir dos princípios estabelecidos na Carta de Direitos das pessoas perante a Justiça no Espaço Judicial Iberoamericano, os participantes reunidos em Brasília, em 2008, por ocasião da Assembleia Plenária da XIV Edição da Cúpula Iberoamericana acordaram especialmente a existência de uma identidade comum e a necessidade de cooperação e colaboração integrada e, nas Declarações Particulares, o que segue sobre o acesso à justiça pelos grupos vulneráveis e à necessidade de impulsionar atividades para fomentar a efetividade das Regras:

*REGRAS DE BRASÍLIA SOBRE ACESSO À JUSTIÇA DAS PESSOAS EM CONDIÇÃO DE VULNERABILIDADE*

*XIV CIMEIRA JUDICIAL IBERO-AMERICANA*

*ACESSO À JUSTIÇA PELOS GRUPOS VULNERÁVEIS*

*9. CONVICTOS da transcendental importância que nas nossas sociedades tem o acesso à justiça, entendido não só como acesso aos tribunais, mas também como o acesso ao exercício pacífico e pleno dos direitos, e, em especial, dos direitos fundamentais, bem como as diversas alternativas para a resolução pacífica dos conflitos.*

*10. COMPROMETIDOS com a exigência de que os diferentes poderes dos estados devem trabalhar de forma coordenada para fortalecer e melhorar o acesso à justiça como garantia do Estado democrático de direito e da coesão social.*



11. *DISPOSTOS a trabalhar com todos os poderes públicos para o estabelecimento de modelos com fórmulas reforçadas e adequadas de tutela para os sectores menos favorecidos, com a finalidade de tornar realidade a protecção dos direitos perante os poderes judiciais em todos os sectores da sociedade, sem qualquer tipo de discriminação.*

12. *AFIRMAMOS o nosso compromisso com um modelo de justiça integrador, aberto a todos os sectores da sociedade, e especialmente sensível com os mais desfavorecidos ou vulneráveis.*

13. *APROVAMOS por isso as “Regras de Brasília”, sobre o Acesso à Justiça das Pessoas em Situação de Vulnerabilidade, desenvolvidas com o apoio do projecto EUROsocial justiça.*

14. *RECONHECEMOS a necessidade de impulsionar, de forma plural e coordenada, actividades destinadas a fomentar a efectividade das Regras.*

Nessa linha, houve o Seminário “Análise das 100 Regras de Brasília por Instituições do Sistema de Justiça do Brasil, Argentina, Uruguai, Paraguai e Chile: o acesso à justiça de pessoas em condição de vulnerabilidade”, no Rio de Janeiro, em 2009, que discutiu temas relacionados ao acesso à justiça, entre outros, para inclusive buscar maior efetividade às Regras, cujas diretrizes e propostas foram chamadas de “Carta do Rio”.

Na sequência, no ano de 2010, ocorreu o II Encontro na Cidade Autônoma de Buenos Aires, sob a organização da *Fiscalía General de La Ciudad Autónoma de Buenos Aires – C.A.B.A.* cujo objetivo foi notadamente avaliar a observância dos compromissos constituídos na Carta do Rio, documento extraído do primeiro encontro, e de apontar novas estratégias para maior efetividade das 100 Regras de Brasília. Além disso, buscou-se a sistematização das propostas sob o documento final – Compromissos de Buenos Aires.

## 2. TEORIA DAS FONTES E TEORIA DOS MODELOS

É pertinente para a abordagem da Efetividade e Interpretação das 100 Regras de Brasília, como fonte de direito internacional, elaborada pelos próprios Estados, ainda que de forma superficial, o estudo teórico da teoria das fontes e da teoria dos modelos, estudado por Miguel Reale.

Em seus estudos iniciais, o autor entendia que as fontes do direito poderiam ser substituídas pelos modelos jurídicos. Contudo, em

momento posterior, o doutrinador apontou que, de fato, há uma relação de complementaridade entre ambos, sendo que as primeiras são complementadas pelos segundos e o tema é estudado de forma conjunta e congruente (REALE, 1994, p. 1-3).

Cumpre-se, assim, apresentar uma breve análise sobre a dicotomia entre as fontes formais e as fontes materiais, que na visão de Miguel Reale, já fora abandonada.

Fonte significa origem, gênese. É palavra de raiz latina, sendo aquilo que origina ou produz; origem, causa bem como procedência ou proveniência (FERREIRA, 1975, p. 643).

Kelsen (1998) afirma que “fontes de direito é uma expressão figurativa que tem mais do que uma significação”, cuja designação cabe a todos os métodos de criação jurídica em geral. Por essa razão, na visão kelsiana, pode-se compreender por fonte de direito o fundamento de validade de uma ordem jurídica e como último fundamento de validade, a norma fundamental “num sentido jurídico-positivo, fonte do direito só pode ser o Direito” (KELSEN, 1998, p. 258-259).

Entretanto, como a expressão fontes de direito possui mais do que uma significação, segundo Hans Kelsen (1998, p. 259) ela pode ser utilizada em um sentido não jurídico, como “quando com ela designamos todas as representações que, de fato, influenciam a função criadora e a função aplicadora do Direito”.

O autor referido exemplifica esse item com princípios morais e políticos, as teorias jurídicas, pareceres de especialistas e outros. Aquelas são juridicamente vinculantes enquanto estas não, até que uma norma jurídica positiva as torne vinculantes.

Tércio Sampaio Ferraz Júnior (2003) aborda a teoria das fontes, como teoria pura do direito, da seguinte maneira:

*a teoria das fontes, em suas origens modernas, reporta-se à tomada de consciência de que o direito não é essencialmente um dado, mas uma construção elaborada no interior da cultura humana. Ela desenvolve-se, pois, desde o momento em que a ciência jurídica percebe seu objeto (o direito) como um produto cultural e não mais como um dado da natureza.*

Contudo o autor apresenta uma questão importante:

*Com isso se cria, porém, um problema teórico, pois o reconhecimento do direito como uma construção não exclui seu aspecto como dado, posto que, afinal, se o direito é feito, é obra humana, a matéria-prima não se confunde com a própria obra (FERRAZ JÚNIOR, 2003, p. 223).*

Essa abordagem recai na dicotomia surgida entre fontes formais e materiais, que, apesar de entendimento de peso apontando por seu abandono, remanesce até os dias atuais.

A discussão estampa problemas de legitimação do direito, de uma fundamentação sobre a ordem, o que significa dizer, para o autor, que “por vezes, um direito tem uma fonte formal reconhecida – uma lei, por exemplo -, mas não expressa convenientemente sua fonte materiais, que seria espúria”. Nesse caso, poderia haver uma lei que formalizasse um desvalor, algo que contrariasse o espírito do povo (FERRAZ JÚNIOR, 2003, p. 225).

Diante dessas questões, bem como com a evolução da sociedade e da complexidade das relações sociais, explica Reale (1992) que há a superação da diferença entre fonte material e fonte formal, especialmente em confronto com o modelo jurídico:

*Não há como saber o significado de fonte formal (liga-se à produção, emanção de comandos jurídicos vinculados à vontade do legislador), sem conhecer a fonte material (o complexo de causas e motivos determinantes do aparecimento das normas de direito). Fonte jurídica é retrospectiva; modelo, prospectivo. (REALE, 1992, p. 172-173).*

Dessa forma, inserida nesse novo contexto complexo, a teoria dos modelos traz uma vantagem técnica, com a superação da diferença entre “fonte formal” e “fonte material”.

A análise da “fonte material” é colocada em três níveis: na filosofia do direito, como fundamento, ideia ou valor que dá legitimidade ética à regra jurídica; na sociologia do direito, sob o viés das estruturas e fatos sociais relacionados à criação da norma e seus efeitos; e, por fim, no plano dogmático, pela função da autoridade que emana da regra. A rigor, somente a terceira significa fonte de direito, pois é ato de decisão do poder que aperfeiçoa o processo monogenético (REALE, 1968, p. 167-168).

Reale (1968) parte da teoria das fontes formais kelsianas, sendo o direito puro como um sistema escalonado de regras formais, em direção aos fatos e valores que integram os modelos jurídicos; de normas abstratas para sua concreção (REALE, 1968).

É interessante destacar que o estudo apresentado pelo autor aponta que:

*no plano da vigência, só a lei é fonte formal nos países romanísticos, porque outras têm validade secundária, de adequação ou conformidade à lei; mas no plano da experiência jurídica concreta, de forma tardia, o modelo legal é a consagração formal do modelo jurisdicional, costumeiro, dogmático ou negocial (...) Na manipulação de um modelo jurídico, torna-se necessário recorrer a outros, para interpretá-lo e aplicá-lo. São os modelos dogmáticos que decidem o caminho a seguir, com soluções mais adequadas. (REALE, 1968).*

Nesse esteio, há comunicação entre os modelos jurídicos, notadamente para sua interpretação e sua aplicação. Assim, o autor afirma que são os modelos dogmáticos que apontam o melhor caminho. Esse caminho dogmático engloba os trabalhos acadêmicos e científicos, que estudam os temas mais discutidos, oferecendo opções ao Poder, para a elaboração da norma.

Reale (1992) afirma, portanto, que a “norma jurídica não pode ser vista como um modelo lógico definitivo: é um modelo ético-funcional, sujeito à prudência exigida pelo conjunto das circunstâncias fático-axiológicas em que se acham situados os seus destinatários” (REALE, 1968).

A teoria dos modelos, assim idealizada, é um instrumento hábil para afastar a diferença entre fontes formais e fontes materiais, pois essas realidades não são separadas, elas não estão contidas em dois momentos de uma única realidade. Para se conhecer a fonte formal, é primordial, afirma Reale, o conhecimento da fonte material, esta como o complexo de causas e motivos determinantes do aparecimento das normas de direito (REALE, 1968).

Esta trata da produção do comando jurídico, vinculado à vontade do Poder Legislativo, ao formalismo legal. Já os modelos jurídicos tratam de dados da realidade ou aos motivos determinantes da estrutura normativa.

Sob essa perspectiva, na visão do autor citado, a teoria das fontes liga-se ao aspecto técnico-formal da vigência, ao passado, ao momento da

edição da norma, vinculado à vontade do Poder Legislativo; ordena-se linear e hierarquicamente, da lei à *clausula contractual*; as normas legais fixam os limites da validade formal das fontes secundárias. De outro lado, a teoria dos modelos apresenta um caráter operacional, prospectivo, para o futuro, pela eficácia dos comportamentos, como momento autônomo da vida do direito, os quais se ordenam de forma plural, na esfera do modelo legal, este sempre em expansão e em conjunto, como um macromodelo de ordenamento.

Hodiernamente há um aumento das tarefas do Estado, democracia com pluralidade de soluções políticas e jurídicas, com a participação de organizações internacionais privadas, no entendimento de Boaventura de Souza Santos (SANTOS, 1988), e um quadro normativo polivalente, com diferentes graus de positividade jurídica. Daí ingressa o modelo jurídico, estampando a vida real e dinâmica da sociedade globalizada.

Sobre a globalização, Anthony Giddens (2000, p. 24) descreve esse fenômeno como uma rede complexa de processos “a globalização não é um processo simples, é uma rede complexa de processos. E estes operam de forma contraditória ou em oposição aberta”.

Nesse contexto complexo, o significado dos modelos legais é potenciado pelo das normas subordinadas e vice-versa, ocorrendo mutações do sentido de um e de outro em uma correlação funcional, é concreta e dinâmica. Ambos, em conjunto, compõem o macromodelo do ordenamento (REALE, 1992, *passim*).

Reale (1992) conclui em seu estudo que, quanto mais progride o homem em sociedade, mais atividades são articuladas e mais modelos jurídicos surgem como técnica do homem sobre si mesmo, de automodelagem de experiência humana para perfeição ética.

Conclui-se que esses modelos jurídicos absorvem, de forma mais adequada, os valores dispostos na sociedade, contudo, não há um abandono da teoria das fontes, mas uma relação de complementaridade entre ambos, sendo que as segundas são complementadas pelos primeiros e o tema é estudado de forma conjunta e congruente. Essa base científica introduz o tema eficácia e interpretação das Regras de Brasília, bem como a análise das fontes de direito internacional (SANTOS, 2013).

## 2.1 Fontes do direito internacional

No esteio da análise da teoria das fontes e da teoria dos modelos, o estudo das 100 Regras de Brasília passa por uma breve análise do direito internacional Público. Hildebrando Accioly (2002) destaca que esse ramo do Direito aborda o conjunto de regras jurídicas e rege a relação entre sujeitos de direito internacional: Estados, organizações internacionais e indivíduos no seio da comunidade internacional (ACCIOLY, SILVA, BORBA CASELLA, 2002, p. 4).

A origem desse arcabouço jurídico foi a necessidade de estabelecer a paz entre Estados soberanos. É importante mencionar que o estabelecimento de regras internacionais não abala a soberania dos Estados, ao contrário a ratifica sobremaneira. Assim é, pois somente Estados soberanos podem firmar tais instrumentos, criados pelos próprios Estados. Os tratados são reflexos da soberania (SANTOS, 2011, p. 123-144).

Podem-se pontuar como fontes do direito internacional, ao lado convenções, os costumes, princípios gerais de direito e decisões judiciais. No que se refere aos tratados, a Convenção de Viena assinada em 1969, fonte de direito, codificou regras consuetudinárias sobre o assunto. Posteriormente foi complementada pela Convenção de 1986.

Nessa linha de entendimento, as 100 Regras de Brasília não podem ser classificadas como tratados internacionais, tampouco como simples enunciados de boas intenções.

C. Nash ([2011?]) analisa as resoluções internacionais da Assembleia Geral da ONU e da Assembleia Geral da OEA, apresentando as seguintes abordagens: para uns são fontes de direito internacional, na medida em que as resoluções que interpretam dispositivos da Carta devem ser vinculantes aos Estados membros, pois possuem o mesmo *status* jurídico das disposições interpretadas; e, para outros, os votos dos Estados membros, juntamente com outras manifestações, poderiam criar normas consuetudinárias de direito internacional; contudo não atribuem capacidade às resoluções para criar, por si só, obrigações ao Estado. De toda a forma, o autor aponta que elas têm um papel de guia orientador e seria possível a existência de um instrumento, sem as características de tratado, com força vinculante.



Nesses termos, as 100 Regras de Brasília foram elaboradas pelos próprios Estados que constataram a necessidade de efetivar o direito fundamental de acesso à justiça, para os setores mais desfavorecidos da sociedade, à luz das disposições contidas em documentos internacionais.

### **DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS**

#### **Artigo X**

*Toda pessoa tem direito, em plena igualdade, a uma audiência justa e pública por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir de seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele.*

### **DECLARAÇÃO AMERICANA DOS DIREITOS E DEVERES DO HOMEM**

#### **Artigo XVIII.**

*Toda pessoa pode recorrer aos tribunais para fazer respeitar os seus direitos. Deve poder contar, outrossim, com processo simples e breve, mediante o qual a justiça a proteja contra atos de autoridade que violem, em seu prejuízo, qualquer dos direitos fundamentais consagrados constitucionalmente.*

### **CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS**

#### *Pacto de San José*

#### **Artigo 1º - Obrigação de respeitar os direitos**

*1. Os Estados Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita a sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.*

*2. Para os efeitos desta Convenção, pessoa é todo ser humano.*

#### **Artigo 8º - Garantias judiciais**

*1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.*

**Artigo 24º - Igualdade perante a lei**

*Todas as pessoas são iguais perante a lei. Por conseguinte, têm direito, sem discriminação, a igual proteção da lei.*

**Artigo 25º - Proteção judicial**

*1. Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais.*

C. Nash ([2011?]) entende que é possível sustentar a existência de normas de direito internacional, sem origem convencional, que, por vias diversas, obriguem os Estados:

*A modo de síntesis, es posible sostener que el derecho internacional público contempla la posibilidad de que ciertas normas que no tienen un origen convencional lleguen, por diversas vías, a obligar igualmente a los Estados. En el derecho internacional de los derechos humanos, tal proceso normativo contempla la posibilidad de una evolución en el estatus y jerarquía de las normas, así como también en el desarrollo de su contenido y extensión a través de la actividad de la doctrina y jurisprudencia. Asimismo, en La interpretación del DIDH es posible, e incluso necesario, recurrir a diversas fuentes a La hora de determinar el sentido y alcance de las disposiciones que a todas luces resultan obligatorias para el Estado. Todo ello nos permitiría sostener que las Reglas de Brasilia constituyen normas que concretan un derecho ampliamente consagrado, que han sido dictadas por los órganos destinatarios de dicha obligación y que suponen una de las formas más directas de dar efectividad a dicho derecho. En efecto, son los mismos órganos capaces de comprometer la responsabilidad del Estado los que acuerdan La adopción de pautas para la adecuada aplicación del derecho de acceso a la justicia respecto de un segmento específico de sus titulares: las personas en condiciones de vulnerabilidad.*

**3. BENEFICIÁRIOS E DESTINATÁRIOS DAS REGRAS**

As Regras de Brasília estampam o conceito das pessoas em situação de vulnerabilidade, no que tange ao acesso à justiça.

Nos termos das Regras, consideram-se em condição de vulnerabilidade aquelas pessoas que, por razão da sua idade, gênero, estado físico ou mental, ou

por circunstâncias sociais, econômicas, étnicas e/ou culturais, encontram especiais dificuldades em exercitar com plenitude perante o sistema de justiça os direitos reconhecidos pelo ordenamento jurídico.

Assim, a condição de vulnerabilidade pode ser causada por diversas razões, tais como a idade da pessoa que pretende ter acesso à justiça; o gênero, com destaque à vulnerabilidade da mulher; o estado físico ou mental da pessoa; ou por circunstâncias sociais, econômicas, étnicas e/ou culturais, como as populações indígenas. É importante destacar que o rol apresentado é meramente exemplificativo, não excluindo outras pessoas que apresentem especiais dificuldades.

### ***REGRAS DE BRASÍLIA SOBRE ACESSO À JUSTIÇA DAS PESSOAS EM CONDIÇÃO DE VULNERABILIDADE***

#### *Secção 2ª.- Beneficiários das Regras*

##### ***1.- Conceito das pessoas em situação de vulnerabilidade***

*(3) Consideram-se em condição de vulnerabilidade aquelas pessoas que, por razão da sua idade, gênero, estado físico ou mental, ou por circunstâncias sociais, econômicas, étnicas e/ou culturais, encontram especiais dificuldades em exercitar com plenitude perante o sistema de justiça os direitos reconhecidos pelo ordenamento jurídico.*

*(4) Poderão constituir causas de vulnerabilidade, entre outras, as seguintes: a idade, a incapacidade, a pertença a comunidades indígenas ou a minorias, a vitimização, a migração e o deslocamento interno, a pobreza, o gênero e a privação de liberdade.*

*A concreta determinação das pessoas em condição de vulnerabilidade em cada país dependerá das suas características específicas, ou inclusive do seu nível de desenvolvimento social e económico.*

Já os destinatários das Regras de Brasília são os atores do sistema de justiça, tais como os responsáveis pela criação de políticas públicas dentro do sistema judicial, os Juízes, o Ministério Público, os Defensores Públicos, os Procuradores e os demais servidores que trabalhem na Administração da Justiça, os Advogados e outros profissionais do direito, as Polícias e todos os operadores do sistema judicial, entre outros:

#### **Secção 3ª.- Destinatários: actores do sistema de justiça**

*(24) Serão destinatários do conteúdo das presentes Regras:*

*a) Os responsáveis pela concepção, implementação e avaliação de políticas*

*públicas dentro do sistema judicial;*

*b) Os Juízes, Fiscais, Defensores Públicos, Procuradores e demais servidores que laborem no sistema de Administração de Justiça em conformidade com a legislação interna de cada país;*

*c) Os Advogados e outros profissionais do Direito, assim como os Colégios e Agrupamentos de Advogados;*

*d) As pessoas que desempenham as suas funções nas instituições de Ombudsman (Provedoria).*

*e) Polícias e serviços penais.*

*f) E, com carácter geral, todos os operadores do sistema judicial e quem intervém de uma ou de outra forma no seu funcionamento.*

#### **4. EFETIVIDADE E INTERPRETAÇÃO**

Em linhas gerais, efetividade é a qualidade de efetivo, atividade real, resultado verdadeiro, realidade, existência. De igual maneira, efetivo é um adjetivo que se manifesta por um efeito real, positivo (FERREIRA, 1975, p. 500). No mesmo sentido, a eficácia mede a relação entre os resultados obtidos e os objetivos pretendidos, ou seja, ser eficaz é conseguir atingir um dado objetivo.

Ana Paula de Barcellos (2008, *passim*) trata da eficácia jurídica como sendo um atributo associado aos enunciados normativos e que consiste naquilo que se pode exigir, judicialmente se necessário, com fundamento em cada um deles.

Na visão da autora, há diferentes modalidades de eficácia jurídica, entre elas:

*a) simétrica ou positiva: usa a fórmula de criar um direito subjetivo para aquele que seria beneficiado pelos efeitos da norma e não foi, de modo que possa exigir judicialmente que os efeitos se produzam;*

*b) nulidade: plano da validade, impede a produção de efeito indesejado (ato comissivo);*

*c) ineficácia: ignora a existência de atos praticados em desconformidade com ela, desconsiderando os efeitos que o ato pretendesse produzir;*

*d) anulabilidade: impede, ao menos em alguma medida, que o ato praticado contrariamente ao enunciado produza efeitos;*

*e) negativa: construção doutrinária para os princípios:*

*- eficácia negativa – para que sejam declaradas inválidas todas as normas que contravenham os efeitos pretendidos pelo enunciado;*

*- vedativa de retrocesso – princípios de direitos fundamentais que podem invalidar a revogação de enunciados (BARCELLOS, 2008, passim).*

Por fim, há formas que contribuem indiretamente para que efeito se realize, tais como a penalidade, a interpretação e outras modalidades.

Impende destacar que a interpretação, na filosofia, é, em geral, remontar de um signo ao seu significado (ABBAGNANO, 2007, p.665-666). Interpretar é uma palavra de origem latina *interpretare* que significa explicar, explanar ou aclarar o sentido de uma palavra, texto ou lei (FERREIRA, 1975, p. 777).

À luz dos significados de efetividade, como busca por um efeito real, e de eficácia, como obtenção de um dado objetivo, dos dispositivos das 100 Regras de Brasília, a interpretação pode ser realizada por vários atores, como o Poder Legislativo, ou pelo trabalho hermenêutico da doutrina e da jurisprudência.

O intérprete pode se deparar com conflitos normativos sobre valores ou opções políticas em tensão, como os apresentados nos modelos hermenêuticos clássicos e o moderno:

*a) clássicos – lógica da subsunção: critério temporal, hierárquico e da especialidade, sistemático e teleológico, extensivo e analógico;*

*b) moderno - técnica de ponderação na qual não é possível reduzir o conflito em uma única premissa.*

Nesse quadro, pode-se utilizar o direito e a linguagem, destacando que, na concepção tradicional, o receptor é neutro (Montesquieu). A norma está no texto, o juiz é neutro e passivo. De outra banda, na concepção atual, o receptor interfere no objeto observado, na medida em que a norma difere do texto. Nesse caso, há um trabalho do intérprete. Assim, a norma é resultado da interpretação do texto pelo intérprete.

As características da concepção atual recaem na observação de que a norma está potencialmente no texto, mas é construída na interpretação. Há prevalência da escola interpretativista (escola hermenêutica), em relação às escolas existentes entre a

concepção tradicional e a atual:

- a) escola de exegese, no início do século XIX, com a codificação napoleônica;*
- b) escola histórica, em meados do século XIX, por Savigny;*
- c) escola de investigação científica, no início do século XX, com a vontade do legislador;*
- d) escola de direito livre, no século XX, com respeito ao conteúdo da lei, mas também com liberdade para aplicá-la, criando novas formas, considerando a finalidade e a imprecisão da lei.*

No que tange especificamente à efetividade das Regras de Brasília, o Capítulo IV das Regras, contempla expressamente uma série de medidas destinadas a fomentar a eficácia das Regras, como instrumentos para a obtenção de um dado objetivo, de tal maneira que elas contribuam de forma eficaz para a melhoria das condições de acesso à justiça das pessoas em condição de vulnerabilidade.

Nesse Capítulo há a apresentação dos seguintes princípios: o princípio geral de colaboração e entre os seus destinatários, bem como a participação da sociedade civil para a coesão social; a cooperação internacional com o intercâmbio de experiências entre os diversos países e fixando boas práticas; a investigação e estudos sobre a matéria, com a participação de entidades científicas e acadêmicas; a sensibilização e formação de profissionais que atuem no sistema judicial; a adoção das novas tecnologias, com a finalidade de aprimorar o serviço de acesso à justiça dos menos favorecidos, inclusive com a conscientização da necessidade da cidadania digital, na sociedade globalizada atual; a elaboração de manuais de boas práticas setoriais; a difusão das Regras entre os destinatários e a criação de comissões de acompanhamento das Regras.

## **CAPÍTULO IV: EFICÁCIA DAS REGRAS**

### **1 - Princípio geral de colaboração**

*(85) A eficácia das presentes Regras está directamente ligada ao grau de colaboração entre os seus destinatários, tal como vêm definidos na Secção 3<sup>a</sup> do Capítulo I. A determinação dos órgãos e entidades chamadas a colaborar depende das circunstâncias próprias de cada país, pelo que os principais impulsionadores das políticas públicas devem ter especial cuidado tanto para os identificar e obter a sua participação, como para manter a sua colaboração durante todo o processo.*



(86) *Propiciar-se-á a implementação de uma instância permanente na qual possam participar os diferentes actores a que se refere a alínea anterior, e que poderá estabelecer-se de forma sectorial.*

(87) *Destaca-se a importância de que o Poder Judicial colabore com os outros Poderes do Estado na melhoria do acesso à justiça das pessoas em condição de vulnerabilidade.*

(88) *Promover-se-á a participação das autoridades federais e centrais, das entidades de governo autónomo e regional, assim como das entidades estatais nos estados federais, dado que frequentemente o âmbito das suas competências se encontra mais próximo da gestão directa da protecção social das pessoas mais desfavorecidas.*

(89) *Cada país considerará a conveniência de propiciar a participação das entidades da sociedade civil pelo seu relevante papel na coesão social, e pela sua estreita relação e implicação com os grupos de pessoas mais desfavorecidos da sociedade.*

## **2 - Cooperação internacional**

(90) *Promover-se-á a criação de espaços que permitam o intercâmbio de experiências nesta matéria entre os diferentes países, analisando as causas do êxito ou do fracasso em cada uma delas ou, inclusivamente, fixando boas práticas. Estes espaços de participação podem ser sectoriais. Nestes espaços poderão participar representantes das instâncias permanentes que se possam criar em cada um dos Estados.*

(91) *Instam-se as Organizações Internacionais e Agências de Cooperação para que:*

- *Continuem a brindar a sua assistência técnica e económica no fortalecimento e melhoria do acesso à justiça.*
- *Tenham em conta o conteúdo destas Regras nas suas actividades, e o incorporem, de forma transversal, nos distintos programas e projectos de modernização do sistema judicial em que participem.*
- *Impulsionem e colaborem no desenvolvimento dos mencionados espaços de participação.*

## **3 - Investigação e estudos**

(92) *Promover-se-á a realização de estudos e investigações nesta matéria, em colaboração com instituições académicas e universitárias.*

## **4 - Sensibilização e formação de profissionais**

(93) *Desenvolver-se-ão actividades que promovam uma cultura organizacional orientada à adequada atenção das pessoas em condição de vulnerabilidade a partir dos conteúdos das presentes Regras.*

(94) *Adoptar-se-ão iniciativas destinadas a fornecer uma adequada formação a todas aquelas pessoas do sistema judicial que, devido à sua intervenção no processo, têm um contacto com as pessoas em condição de vulnerabilidade. Considera-se necessário integrar o conteúdo destas Regras nos diferentes programas de formação e actualização dirigidos às pessoas que trabalham no sistema judicial.*

## **5 - Novas tecnologias**

(95) *Procurar-se-á o aproveitamento das possibilidades que o progresso técnico possa oferecer para melhorar as condições de acesso à justiça das pessoas em condição de vulnerabilidade.*

## **6 - Manuais de boas práticas sectoriais**

(96) *Elaborar-se-ão instrumentos que recolham as melhores práticas em cada um dos sectores de vulnerabilidade, e que possam desenvolver o conteúdo das presentes Regras adaptando-o às circunstâncias próprias de cada grupo.*

(97) *Elaborar-se-á também um catálogo de instrumentos internacionais referentes a cada um dos sectores ou grupos mencionados anteriormente*

## **7 - Difusão**

(98) *Promover-se-á a difusão destas Regras entre os diferentes destinatários das mesmas definidos na Secção 3ª do Capítulo I.*

(99) *Fomentar-se-ão actividades com os meios de comunicação para contribuir para a configuração de atitudes em relação ao conteúdo das presentes Regras.*

## **8 - Comissão de acompanhamento**

(100) *Constituir-se-á uma Comissão de Acompanhamento com as seguintes finalidades:*

- *Elevar a cada Plenário da Conferência um relatório sobre a aplicação das presentes Regras.*
- *Propor um Plano Marco de Actividades, para garantir o acompanhamento das tarefas de implementação do conteúdo das presentes regras em cada país.*
- *Através dos órgãos correspondentes da Conferência, promover perante os organismos internacionais hemisféricos e regionais, assim como perante as Conferências de Presidentes e Chefes de Estado Iberoamericanos, a definição, elaboração, adopção e fortalecimento de políticas públicas que promovam a melhoria das condições de acesso à justiça por parte das pessoas em condição de vulnerabilidade.*
- *Propor alterações e actualizações ao conteúdo destas Regras. A Comissão será composta por cinco membros designados pela Conferência Judicial Iberoamericana. Poderão integrar-se na mesma representantes das outras Redes*

*Ibero-americanas do sistema judicial que assumam as presentes Regras. Em todo o caso, a Comissão terá um número máximo de nove membros.*

É importante destacar que as 100 Regras de Brasília foram elaboradas pelos próprios Estados, diante da necessidade de concretizar o conteúdo de direitos fundamentais, como o de acesso à justiça à população menos favorecida e à igualdade de direitos. Assim, as Regras buscam dar efetividade aos direitos já declarados em documentos internacionais.

Deflui disso que, durante o processo histórico da humanidade, foram conquistadas as declarações de direitos, como conquistas das pessoas humanas, entretanto, atualmente, a questão a ser resolvida é a efetivação desses direitos já declarados em documentos internacionais, dentre eles, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, como segue:

### ***DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS***

#### ***Artigo XXII***

*Toda pessoa, como membro da sociedade, tem direito à segurança social e à realização, pelo esforço nacional, pela cooperação internacional e de acordo com a organização e recursos de cada Estado, dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento da sua personalidade.*

#### ***Artigo XVIII***

*Toda pessoa tem direito a uma ordem social e internacional em que os direitos e liberdades estabelecidos na presente Declaração possam ser plenamente realizados.*

Nessa linha, determina a exposição de motivos que as Regras de Brasília não se limitam a estabelecer bases de reflexão sobre os problemas do acesso à justiça das pessoas em condição de vulnerabilidade, mas também recolhem recomendações para os órgãos públicos e para os quais prestam os seus serviços no sistema judicial, buscando a efetividade das Regras.

### ***REGRAS DE BRASÍLIA SOBRE ACESSO À JUSTIÇA DAS PESSOAS EM CONDIÇÃO DE VULNERABILIDADE***

#### ***EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS***

*As presentes Regras não se limitam a estabelecer bases de reflexão sobre os problemas do acesso à justiça das pessoas em condição de vulnerabilidade, mas também recolhem recomendações para os órgãos públicos e para os*

*quais prestam os seus serviços no sistema judicial. Não somente se referem à promoção de políticas públicas que garantam o acesso à justiça destas pessoas, mas também ao trabalho quotidiano de todos os servidores e operadores do sistema judicial e quem intervém de uma ou de outra forma no seu funcionamento.*

De outra banda, no que se refere à interpretação das Regras de Brasília, à luz da visão hermenêutica atual, vale a pena destacar as regras gerais estampadas na Declaração Universal dos Direitos Humanos, segundo as quais nenhuma disposição da Carta pode ser interpretada como reconhecimento de praticar qualquer ato destinado à destruição de quaisquer dos direitos e liberdades estabelecidos.

### **DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS**

#### **Artigo XXX**

*Nenhuma disposição da presente Declaração pode ser interpretada como o reconhecimento a qualquer Estado, grupo ou pessoa, do direito de exercer qualquer atividade ou praticar qualquer ato destinado à destruição de quaisquer dos direitos e liberdades aqui estabelecidos.*

Demais disso, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos também estabelece norma de interpretação, no sentido de que nenhuma disposição dessa Carta pode ser interpretada a permitir a supressão do gozo de direitos reconhecidos ou limitá-los ou excluir outros direitos e garantias que são inerentes ao ser humano. Por fim, estabelece que não é permitida a exclusão ou a limitação de efeitos derivados de documentos internacionais de direitos humanos.

### **CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS**

#### **Pacto de San José**

#### **Artigo 29º - Normas de interpretação**

*Nenhuma disposição desta Convenção pode ser interpretada no sentido de:*

- a) permitir a qualquer dos Estados Partes, grupo ou pessoa, suprimir o gozo e exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou limitá-los em maior medida do que a nela prevista;*
- b) limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos de acordo com as leis de qualquer dos Estados Partes ou de acordo com outra convenção em que seja parte um dos referidos Estados;*

*c) excluir outros direitos e garantias que são inerentes ao ser humano ou que decorrem da forma democrática representativa de governo; e*

*d) excluir ou limitar o efeito que possam produzir a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e outros atos internacionais da mesma natureza.*

Nesse sentido, a interpretação das Regras de Brasília deve respeitar esses ditames internacionais, para buscar uma interpretação integral, segundo a qual o conteúdo das Regras seja entendido como uma fonte de direito internacional, com influência recíproca em relação às outras fontes, criada pelos próprios Estados, para a efetivação de direitos fundamentais, como o acesso à justiça e a liberdade, para os menos favorecidos na sociedade.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

1. A partir dos princípios estabelecidos na Carta de Direitos das pessoas perante a Justiça no Espaço Judicial Iberoamericano, os participantes reunidos em Brasília, em 2008, por ocasião da Assembleia Plenária da XIV Edição da Cúpula Iberoamericana acordaram especialmente a existência de uma identidade comum e a necessidade de cooperação e colaboração integrada e, nas Declarações Particulares, o que segue sobre o acesso à justiça pelos grupos vulneráveis e à necessidade de impulsionar atividades para fomentar a efetividade das Regras.

2. Na linha de entendimento da teoria das fontes e da teoria dos modelos, bem como das fontes do direito internacional, as 100 Regras de Brasília não podem ser classificadas como tratados internacionais, tampouco como simples enunciados de boas intenções.

3. No que tange especificamente à efetividade das Regras de Brasília, o Capítulo IV das Regras, contempla expressamente uma série de medidas destinadas a fomentar a eficácia das Regras, como instrumentos para a obtenção de um dado objetivo, de tal maneira que elas contribuam de forma eficaz para a melhoria das condições de acesso à justiça das pessoas em condição de vulnerabilidade.

Nesse Capítulo há a apresentação dos seguintes princípios: o princípio geral de colaboração e entre os seus destinatários, bem como a participação da sociedade civil para a coesão social; a cooperação internacional com o intercâmbio de experiências entre os diversos países e fixando boas práticas; a investigação e

estudos sobre a matéria, com a participação de entidades científicas e acadêmicas; a sensibilização e formação de profissionais que atuem no sistema judicial; a adoção das novas tecnologias, com a finalidade de aprimorar o serviço de acesso à justiça dos menos favorecidos, inclusive com a conscientização da necessidade da cidadania digital, na sociedade globalizada atual; a elaboração de manuais de boas práticas setoriais; a difusão das Regras entre os destinatários e a criação de comissões de acompanhamento das Regras.

É importante destacar que as 100 Regras de Brasília foram elaboradas pelos próprios Estados, diante da necessidade de concretizar o conteúdo de direitos fundamentais, como o de acesso à justiça à população menos favorecida e à igualdade de direitos. Assim, as Regras buscam dar efetividade aos direitos já declarados em documentos internacionais.

4. No que se refere à interpretação das Regras de Brasília, vale a pena destacar as regras gerais estampadas na Declaração Universal dos Direitos Humanos, segundo a qual nenhuma disposição da Carta pode ser interpretada como reconhecimento de praticar qualquer ato destinado à destruição de quaisquer dos direitos e liberdades estabelecidos.

Além desse documento, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos também estabelece norma de interpretação, no sentido de que nenhuma disposição dessa Carta pode ser interpretada a permitir a supressão do gozo de direitos reconhecidos ou limitá-los ou excluir outros direitos e garantias que são inerentes ao ser humano. Por fim, estabelece que não é permitida a exclusão ou a limitação de efeitos derivados de documentos internacionais de direitos humanos.

A interpretação das Regras de Brasília deve respeitar esses ditames internacionais, para buscar uma interpretação integral, segundo a qual o conteúdo das Regras seja entendido como uma fonte de direito internacional, com influência recíproca em relação às outras fontes, criada pelos próprios Estados, para a efetivação de direitos fundamentais, como o acesso à justiça e a liberdade, para os menos favorecidos na sociedade.

5. Nesse sentido, a interpretação das Regras de Brasília deve respeitar esses ditames internacionais, para buscar uma interpretação integral, segundo a qual o conteúdo das Regras seja entendido como uma fonte de direito internacional, com influência recíproca em relação às outras fontes, criada pelos próprios Estados, para



a efetivação de direitos fundamentais, como o acesso à justiça e a liberdade, para os menos favorecidos na sociedade.

## REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. Tradução: Alfredo Bossi. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, G.E. Nascimento; BORBA CASELLA, Paulo. **Manual de Direito Internacional Público**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade humana**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1975.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

GIDDENS, Anthony. **O mundo na era da globalização**. Tradução Saul Barata. Lisboa: Presença, 2000.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

NASH, C. **Minuta sobre fuerza normativa de las 100 Reglas de Brasilia**: Apuntes para una discusión. [2011?]. Disponível em: <[http://www.forumjustica.com.br/wp-content/uploads/2011/10/Fuerza-Obligatopria-100-Reglas\\_discusion.REV\\_.2.cnr\\_.pdf](http://www.forumjustica.com.br/wp-content/uploads/2011/10/Fuerza-Obligatopria-100-Reglas_discusion.REV_.2.cnr_.pdf)>. Acesso em: 15 abr. 2012.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

REALE, Miguel. **Fontes e modelos do direito**: para um novo paradigma hermenêutico. São Paulo: Saraiva, 1994.

\_\_\_\_\_. **O direito como experiência**: introdução à epistemologia jurídica. São Paulo: Saraiva, 1968.

\_\_\_\_\_. **O direito como experiência**: introdução à epistemologia jurídica. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

SANTOS, Boaventura de Souza. Uma cartografia simbólica das representações sociais: prolegômenos a uma concepção pós-moderna do direito. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, Coimbra, n. 24, p. 139-172, mar. 1988.

SANTOS, Denise Tanaka dos. **Assistência social**: o critério de necessidade. Florianópolis: Conceito Editorial, 2013.

\_\_\_\_\_. Delitos informáticos: Convenção de Budapeste. **Revista da Defensoria Pública da União**, Brasília, DF, n. 4, ago. 2011.

## DEFENSA PÚBLICA Y AUTONOMÍA

por Georgy Louis Schubert Studer  
Defensor Nacional - República de Chile

*“La existencia de un poder judicial independiente e imparcial y la independencia de los abogados es condición previa y esencial para proteger los derechos humanos y garantizar que no haya discriminación en la administración de justicia”<sup>1</sup>.*

El mensaje que dio inicio al proyecto de Ley N° 19.718,<sup>2</sup> que en Chile creó la Defensoría Penal Pública<sup>3</sup> el año 2001, consideró que la necesidad de hacer efectiva la garantía al derecho a defensa, en su manifestación institucional, era asegurada por medio de un servicio que formara parte de la administración del Estado, descentralizado, desconcentrado y con patrimonio propio, pero carente de independencia y autonomía del Poder Ejecutivo. Cuál fue la razón para optar por esta visión administrativa? No se menciona en el mensaje.

Sin embargo, la falta de autonomía e independencia generó discusión durante la tramitación de este proyecto en la Cámara de Diputados. Los propios expertos del Ministerio de Justicia chileno reconocieron que existía la necesidad de contar con un Defensor Nacional y Defensores Regionales, que por la naturaleza de su función, no dependieran de la autoridad política de turno. Se expusieron como vías posibles la autonomía constitucional o la autonomía legal. Para este último evento se debía modificar la Ley Orgánica Constitucional de Bases de la Administración del Estado. No obstante lo anterior, el ejecutivo no hizo una propuesta al respecto, salvo cambiar la calidad de directivos de confianza para los Defensores Regionales, cuestión que podía ser definida por la propia ley de la DPP, de manera que fueran nombrados por 5 años a través de concurso público y no designados y removidos por decisión del jefe del servicio.

Del debate llevado a cabo ante la comisión<sup>4</sup> respectiva, la conclusión de

1 Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, La independencia e imparcialidad del Poder Judicial, los jurados y asesores y la independencia de los abogados, Resolución 2002/43. <http://www.unhchr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/TestFrame/a74ea34a89aa41f1c1256baa004e1bb8?OpenDocument>

2 Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia sobre el proyecto de ley que crea la Defensoría Penal Pública. (boletín N° 2365-07-1)

3 En adelante DPP.

4 Comisión de Constitución, Legislación y Justicia,

la Cámara de Diputados fue clara: era necesaria la autonomía de la DPP, optando por una autonomía legal, modificando la LOC de Bases de la Administración del Estado<sup>5</sup>. Se acordó incluir a la Defensoría en las normas legales de excepción, para excluirla de las normas comunes a todo servicio público. De esa manera el Defensor Nacional dejaba de tener la calidad jurídica de jefe superior de un servicio, desvinculando su dependencia a la autoridad política de turno. Esto era aconsejable por cuanto era necesario separar una función eminentemente técnica de posibles influencias políticas, garantizando que dicha autoridad gozara de autonomía e independencia en su gestión.

Se acordó establecer una normativa similar a la existente para el Fiscal Nacional del Ministerio Público, siendo el Defensor Nacional nombrado por el Presidente de la República, con una duración de diez años en el cargo y no podía ser designado para el período siguiente; cesaba en sus funciones con arreglo a las causales previstas en el Estatuto Administrativo y, en todo caso, al cumplir 75 años de edad. Su remoción requería del acuerdo del Senado.

Los avances en materia de autonomía fueron revertidos por el Senado. Ante la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, el Ministro de Justicia y actual Senador, don José Antonio Gómez, explicó que se abandonaba la “especie de simetría que quiso establecer la Cámara de Diputados entre la Defensoría Penal Pública y el Ministerio Público: se elimina el término “autónomo” para calificar la naturaleza jurídica del primero, por ser innecesario dada su naturaleza jurídica de servicio público descentralizado; se asigna al Defensor Nacional la calidad de funcionario de la exclusiva confianza del Presidente de la República...”.

Ante la señalada Comisión, el Sr. Ministro sostuvo que la Defensoría Penal Pública tendría a su cargo “el desarrollo de una función administrativa, cual es la de asegurar la defensa jurídica de los imputados”, por lo que se la configuraba como un servicio público. Si bien se comprendía que su particular misión requería que fuese un servicio descentralizado, al que sólo le correspondería la supervigilancia del Presidente de la República a través del Ministerio de Justicia, observó que “dentro del contexto global de la reforma procesal penal, podría haberse planteado la idea de asimilar este servicio al Ministerio Público, pero no fue esa la definición constitucional que se adoptó en su momento, la que únicamente optó por dotar de

<sup>5</sup> Propuesta:  Artículo 1°. Crea el Servicio de Defensoría Penal Pública, en adelante, “la Defensoría” o “el Servicio”, como un servicio público autónomo, descentralizado funcionalmente y desconcentrado territorialmente, dotado de personalidad jurídica y patrimonio propios, sometido a la supervigilancia del Presidente de la República a través del Ministerio de Justicia.”

autonomía al órgano encargado de la persecución penal pública y no al que debería asumir la defensa penal pública. El órgano encargado de la defensa de los imputados, por consiguiente, se inserta dentro de la Administración del Estado y, en esa medida, se le quiere revestir de la mayor autonomía que se reconoce a los servicios públicos, cual es la descentralización funcional”.

Finalmente, el Ministro de Justicia sostuvo que esa decisión parecía ser la correcta, si se pensaba que la sustancia de la labor que debe ser desarrollada por la DPP es distinta del Ministerio Público, puesto que se inscribe dentro del desarrollo de una determinada política social, que se traduce en la prestación de servicios de carácter asistencial.

Así quedó resuelto la eliminación de la autonomía en la Ley de la DPP, generando dudas desde sus inicios<sup>6,7</sup> y <sup>8</sup>. La defensa pública en materia penal fue entendida como una manifestación de la política social del Estado y de ahí su inserción en el organigrama de la administración descentralizada. Se consideraba como un sistema de protección para un sector de la población que, de otra manera, se encontraría desprotegido en el ejercicio de su derecho a defensa jurídica ante la persecución penal del Estado. No se comprendió que el derecho a defensa era parte integrante de las garantías judiciales mínimas, reconocida como derecho humano fundamental, un requisito del debido proceso que exige plena independencia de los abogados.

## RAZONES PARA LA AUTONOMÍA

El Estado tiene un rol dual. Por una parte debe perseguir los delitos y, por otra, debe asegurar el derecho a defensa de todos aquellos que son sujetos de persecución penal.

Sin embargo, garantizar el derecho a defensa de las personas que carecen

6 <http://diario.elmercurio.cl/detalle/index.asp?id={0e384e2f-4e7d-4374-a204-7d372fcfc529}>

7 <http://diario.elmercurio.cl/detalle/index.asp?id={b75308f9-41c6-4d78-b250-2c7cdeccd7a6}>

8 Relevante es consignar la opinión del Senador Díez, quien hizo saber en esa oportunidad que “le preocupa el efecto político, desde el punto de vista de presentación ante la ciudadanía, que tendría el hecho de que, para remover al Defensor Nacional, no se necesite el acuerdo del Senado, sino que este cargo pase a ser de exclusiva confianza del Presidente de la República. Subrayó que el servicio de defensa penal pública se otorgará a un sector de ciudadanos carente de voz y de organización, por lo que uno de los problemas básicos que deberá enfrentarse en este proyecto de ley es el de contemplar fórmulas para que la Defensoría Penal Pública tenga interlocutores, de modo que se escuche a las personas que están siendo defendidas o pudieran serlo en el futuro.”

de recursos económicos, no forma parte de las políticas asistenciales del Estado, sino que un requisito indispensable para la existencia del debido proceso, materia que el Estado de Chile esta obligado a cumplir, tanto por normativa constitucional como por las responsabilidades asumidas al ratificar tratados internacionales de derechos humanos.

Esta función pública no requiere de la supervisión del Ministerio de Justicia ni del Presidente de la República, sino que exige que el Estado provea de los recursos necesarios y garantice la posibilidad de ejercer el derecho a defenderse.

La diferencia fundamental entre la garantía constitucional del derecho a defensa y otros derechos, como la educación o salud, es que la primera, en muchos casos, se ejerce *contra* aquel que debe asegurarlo, es decir, el propio Estado. El poder punitivo, que se materializa a través del proceso penal, debe ser ejercido en forma debida y para su aseguramiento las sociedades democráticas consagran un derecho a defensa independiente de quien detenta el poder.

Si bien el objetivo básico de un proceso penal es identificar al culpable y aplicar una pena conforme a derecho en caso que corresponda<sup>9</sup>, el proceso también tiene algunos objetivos colaterales como la protección del individuo ante el poder punitivo del Estado<sup>10</sup>, el que sólo puede asegurarse con la total independencia de quien representa al sujeto de la persecución estatal. No es suficiente que dicha independencia se logre porque la autoridad política se abstiene de perturbar o impedir el ejercicio de la defensa, sino que es necesario que las normas jurídicas que organizan y confieren las potestades públicas, impidan tal intervención.

En este contexto:

1. La defensa debe ejercerse de acuerdo a las instrucciones del representado, con las únicas limitaciones de la ley, la ética y teniendo en

9 Sobre las funciones del proceso penal ver Nul C. Sup. rol 4164-09 01/09/09, 9º "...sin que otro poder del mismo Estado pueda avocarse a esa función, y a la forma de posicionarse el juez frente al conflicto, de modo que no medie compromiso con los litigantes o el asunto, DESDE QUE EN TODO PROCESO PENAL APARECE COMPROMETIDO EL INTERÉS PÚBLICO DE LA COMUNIDAD EN EL ESCLARECIMIENTO DE LOS SUCESOS Y EL CASTIGO DE LOS DELITOS, COMO TAMBIÉN LA ABSOLUCIÓN DEL INOCENTE;.." destacado es nuestro.

10 MIRJAN DAMASKA, "Truth & Its Rivals: Evidence Reform and the Goals of Evidence Law", en University of California, Hasting College of Law Hasting Law Journal, January 1998, pág. 10, "The most striking among these collateral objectives in the American Criminal Process is the protection of individuals from abuse of power by public officials" "El más sorprendente entre los objetivos colaterales del proceso criminal Americano es la protección del individuo del abuso de poder de los agentes del Estado" Traducción Libre.



consideración un actuar acorde con la *lex artis*. No puede existir para la relación cliente-abogado del defensor, consideraciones de política pública, de política contingente ni de ninguna otra naturaleza. No debe existir una intromisión en dichos deberes derivada de la institución que provee el defensor y la dependencia de ésta a un poder del Estado.

2. En el proceso, y de aplicarse una correcta interpretación de las normas y principios que inspiran un sistema adversarial, cualquier abogado debería estar en igualdad de condiciones para enfrentar las pretensiones procesales del Ministerio Público. En palabras de Ferrajoli, “para que la contienda se desarrolle lealmente y con igualdad de armas, es necesaria... la perfecta igualdad de las partes: en primer lugar, que la defensa esté dotada de la misma capacidad y de los mismos poderes que la acusación... [lo que] exige que el imputado esté asistido por un defensor en situación de competir con el ministerio público.”<sup>11</sup> Por tanto, no satisface las necesidades de un sistema adversarial una defensa pública cuya institucionalidad impide proporcionar un abogado con posibilidades de representar los intereses de su cliente como si fuera un abogado particular y en esa condición enfrentar al Ministerio Público. Es decir, no pueden existir limitaciones en el ejercicio de la defensa que sean consecuencia de la dependencia al Ejecutivo de la institución encargada de proveer defensa.

Manifestación de lo anterior es el principio de inviolabilidad del defensor<sup>12</sup>. El ordenamiento jurídico debería garantizar que si en el ejercicio de su mandato se causa molestia o perjuicio al Gobierno, incluso a su máxima autoridad, esto no traerá consecuencias para los abogados defensores.

3. Frente a la multiplicidad de instituciones públicas y privadas dedicadas a la persecución penal y al combate a la criminalidad, el Estado está obligado a promover las garantías y derechos fundamentales de las personas imputadas de delitos y condenados. Para este objetivo se requiere de una institución de alto perfil e independencia que pueda

<sup>11</sup> Luigi Ferrajoli, “Derecho y razón. Teoría del garantismo Penal”, Editorial Trotta, Madrid, 1995, pág. 614.

<sup>12</sup> Juan Quintana Ojeda, “La defensa penal en el nuevo ordenamiento procesal penal chileno”, Revista de Derecho, Universidad Austral de Valdivia, N° especial, 1999, pp. 141-161.

participar del debate público y legislativo.<sup>13</sup> Ése rol debe desarrollarlo la DPP.<sup>14</sup> La dependencia de la Institución al Ministerio de Justicia ha hecho desaparecer su participación en la elaboración y ejecución de los programas del sector. La equidad en una sociedad requiere que personas carentes de representación sean respaldadas por instituciones que exijan el respeto a sus derechos.

4. El ámbito de acción de la defensa se extiende más allá de los tribunales nacionales. Este ejercicio comprende la actuación ante organismos internacionales, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos. De ésta manera se cumpliría con el compromiso del Estado de Chile de garantizar el “libre y pleno ejercicio a toda persona sujeta a su jurisdicción”<sup>15</sup> de los derechos que establece la Convención Americana de Derechos Humanos. Otros países latinoamericanos han solucionado este punto con diversos modelos institucionales, cómo son la Procuraduría de Derechos Humanos de Guatemala, el Defensor del Pueblo de Bolivia, el Defensor del Pueblo y el Ministerio Público de la Defensa en Argentina, por citar algunos ejemplos de organismos con autonomía, que incluso han actuado ante la Corte Interamericana contra sus respectivos Estados. La institucionalidad chilena carece de organismos que puedan cumplir esa función, cuestión que tampoco ha sido resuelta con la creación del Instituto Nacional de Derechos Humanos, dado que su rol es de colaboración con el Estado chileno y se requiere una entidad que vaya contra los intereses contingentes del propio Estado<sup>16</sup>.

5. Por último, la asignación y discusión presupuestaria juega también

13 Rodrigo de la Barra. “Sistema inquisitivo versus adversarial; cultura legal y perspectivas de la Reforma Procesal Penal en Chile”. *Revista Ius et Praxis*, Universidad de Talca, Año 5 N°2, 1999, pp. 171 y ss.

14 “Quien dirija la Defensoría debe ser capaz de poner en la discusión política la necesidad de una defensa fortalecida, también de cara al potenciamiento del sistema judicial penal, en general. Debe asumir un rol institucional tomando la vocería pública por las garantías, con capacidad para llegar al sector político de manera fluida. La Defensoría es quien debe encarar la tarea de mostrar que, como anunciamos, una defensa fuerte significa un sistema de procesamiento criminal más sofisticado y exigente”. *Manual de Defensoría Penal Pública para América Latina y el Caribe*, CEJA y PNUD, 2006, pág. 62.

15 Convención Interamericana de Derechos Humanos; Parte I Deberes de los Estados y Derechos Protegidos; Capítulo I, Enumeración de Deberes; Artículo 1, Obligación de respetar los Derechos, 1.

16 Ley 20.405, art 3 N° 7: “Colaborar, en el ámbito de sus atribuciones, con el Ministerio de Relaciones Exteriores y demás servicios relacionados, en la elaboración de los informes que el Estado deba presentar a los órganos y comités especializados de las Naciones Unidas y de la Organización de Estados Americanos, así como de las demás instituciones regionales. El informe final no obligará ni comprometerá al Instituto.”

a favor de dotar al organismo encargado de la defensa penal de un grado considerable de autonomía. En efecto, el modelo actual obliga a conciliar dentro del presupuesto del sector justicia intereses diversos y, en ocasiones, contrapuestos, como son por ejemplo los del Servicio Nacional de Gendarmería de Chile y los de la Defensoría Penal Pública. Sin embargo, sólo la función de ésta última constituye la concreción de un mandato constitucional, por lo que su aseguramiento en términos de recursos adquiere otra dimensión.

### PROBLEMAS GENERADOS POR FALTA DE AUTONOMÍA

El Manual de Defensoría Penal Pública para América Latina y el Caribe<sup>17</sup> señala que “resulta indispensable que la Defensoría cuente con independencia. Con ello no nos referimos a que su estructura deba necesariamente consistir en un organismo autónomo, sino a que un órgano que cumple una función tan importante para el equilibrio de todo el sistema, debe contar con la garantía de que sus decisiones serán independientes, aunque institucionalmente se encuentre ubicada en alguna rama del poder público”. Tal declaración parece funcional a lo que cada país decida, pero no a la necesidad de independencia del abogado defensor.

**Sin embargo, la discusión internacional sobre esta materia ha avanzado en los últimos años y durante el cuadragésimo primer período ordinario de sesiones de la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (OEA), desarrollado entre el 5 y el 7 de julio de 2011 en El Salvador, el plenario aprobó un carta de garantías para el acceso a la justicia y el rol de los defensores públicos oficiales.**

**Entre otros detalles, la Asamblea de la OEA aprobó “recomendar a los Estados miembros que ya cuentan con el servicio de asistencia letrada gratuita que adopten acciones tendientes a que los Defensores Públicos Oficiales gocen de independencia y autonomía funcional”.**

Aceptando que en teoría una Defensoría no necesariamente debe ser un organismo con autonomía de rango constitucional para ejercer sus funciones con

17 CEJA Y PNUD., pág.61

independencia, pero que la tendencia en el continente es a la autonomía, debemos analizar cuál ha sido la realidad en Chile. Al respecto, se han detectado hasta el momento inconvenientes concretos en dos áreas:

- a. Falta de independencia para opinar en materias de políticas públicas y legislativas. En 2006, en un incidente extensamente conocido y comentado en el país, el Ministro de Justicia chileno de la época, reprendió severamente al entonces Defensor Nacional por opinar sobre el efecto negativo que las políticas de persecución impulsadas desde el Gobierno podrían tener en las condiciones carcelarias. Ante este llamado de atención, hecho sin moderación a través de los medios de comunicación, el Defensor Nacional optó por no persistir en su alegación<sup>18</sup>. Tampoco han sido pacíficos en este ámbito los asuntos relativos a la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente u otras modificaciones al sistema procesal penal.
- b. En cuanto a la imposibilidad de actuación de la defensoría en instancias internacionales, existe el antecedente concreto de personas condenadas en el contexto de las causas contra imputados mapuches que han llevado sus casos ante la Corte Interamericana, con la ayuda de instituciones privadas<sup>19</sup>, pues no existen facultades legales claras ni recursos para este propósito en la DPP. Esto pone en tela de juicio la independencia de la defensa pública, además de permitir los cuestionamientos al Estado de Chile en relación a los derechos humanos. Además de los problemas de los imputados de la etnia mapuche, existen áreas de preocupación de instancias internacionales como son el funcionamiento del sistema de responsabilidad adolescentes o las condiciones carcelarias.

En definitiva, algunos podrán sostener que el sistema en Chile ha funcionado bien con el actual diseño, pero de ninguna manera se podrá afirmar que ha funcionado óptimamente o sin problemas de relevancia y que podrán agravarse a futuro.

## CONCLUSIONES

<sup>18</sup> <http://diario.elmercurio.cl/detalle/index.asp?id={5e89f553-34ca-435c-a310-58b4bb2a5599}>

<sup>19</sup> <http://cidh.org/annualrep/2007sp/Chile.429.05sp.htm>  
<http://www.cidh.org/annualrep/2006sp/Chile619.03sp.htm>

Todos los Estados han necesitado establecer las funciones de juzgar y de perseguir los delitos, pero no todos han reconocido el derecho de las personas a contar con un abogado defensor que con total independencia defienda sus intereses frente a la pretensión punitiva. Y es que el derecho a defensa sólo podría expresarse en plenitud en un Estado Democrático de Derecho. Dotar de autonomía a la Defensoría Penal Pública, sin duda es avanzar en esa dirección.

Por tanto, es necesario volver a discutir la autonomía de la DPP, por cuanto:

1. Se necesita que las personas posean una defensa con totales garantías de autonomía para enfrentar al Ministerio Público Fiscal.
2. Se requiere de una institución que sea protagonista en el debate público y legislativo respecto de la política criminal y funcionamiento del sistema de justicia penal y penitenciario.<sup>20</sup>
3. Se requiere de un organismo que promueva los derechos humanos de sectores vulnerables frente a la persecución penal del estado y permita su acceso a la justicia.<sup>21</sup> y <sup>22</sup>
4. Es necesario una Defensoría capaz de representar a las personas ante instancias internacionales en defensa de sus derechos humanos, aún en contra del Estado.

<sup>20</sup> “Entre las recomendaciones de su informe están fortalecer la Defensoría Penal y lograr su autonomía, y que el Poder Judicial monitoree más de cerca la situación de las cárceles”. El Mercurio, 28 de agosto de 2008, en relación al informe del Relator de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la OEA, Florentín Meléndez. <http://diario.elmercurio.cl/detalle/index.asp?id={a8832fab-8b86-400c-93e6-58bf04fece4c}>

<sup>21</sup> Informe del relator Especial de Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Rodolfo Stavenhagen, párrafos 28 a 40. <http://www.derechos.org/nizkor/chile/doc/staven6.html>

<sup>22</sup> Informe del Relator Especial de Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya. párrafos 41 a 47. [http://www.politicaspUBLICAS.net/docs/2009\\_relator\\_anaya\\_informe\\_chile\\_unedited\\_version.pdf](http://www.politicaspUBLICAS.net/docs/2009_relator_anaya_informe_chile_unedited_version.pdf)

## ¿EXISTEN INOCENTES EN LAS CÁRCELES DE CHILE?

por Georgy Louis Schubert Studer  
Defensor Nacional - República de Chile

No creo que esta pregunta sea realmente provocadora. Es obvio y debiera estar fuera de discusión que siempre habrá condenas erróneas y, en consecuencia, inocentes condenados. No existe un sistema de justicia infalible, que elimine la posibilidad de errores. Por ello es que la pregunta realmente importante es cuántos inocentes hay en las cárceles de Chile y que es lo que estamos haciendo por ellos.

Sobre el reconocimiento de condenas a personas inocentes, en el caso *United States v. Burns*<sup>1</sup>, en que se solicitaba una extradición a Canadá, la Corte Suprema de ese país acoge la solicitud pero sin posibilidad de que al condenado se le aplique la pena de muerte. ¿Por qué? : “*El sistema legal debe vivir con la posibilidad de error... desde algunos años, ayudado por los alcances de las ciencias forense incluidas las pruebas de ADN, las Cortes y el Gobierno en este país y en otras partes han debido admitir varias condenas equivocadas ..a pesar de todas las salvaguardas realizadas para la protección de los inocentes*”. Es decir, nunca existe completa certeza de que la decisión judicial sea correcta.

Todo sistema de justicia es falible por lo que nuestra obligación es adoptar las medidas que el conocimiento científico nos aporta para minimizar los errores. La ciencia ha demostrado que muchas decisiones judiciales se basan en premisas equivocadas. Siguiendo el trabajo de diversos estudios, especialmente el desarrollado por el Innocenceproject<sup>2</sup>, podemos identificar, a lo menos, las siguientes causas de error judicial:

**1. Reconocimiento visual errado.** En otras palabras, los testigos, incluidas las víctimas, se equivocan. Pueden estar honestamente convencidas de que recuerdan con precisión e identificar con total certeza a una persona, pero no acertar. Aunque cuesta convencernos, nuestra memoria no es una cámara de video. Los recuerdos fallan por “variables de estimación”, tales como oscuridad o distancia, o por “variables del

1 , [2001] 1 S.C.R. 283, 2001 SCC 7 en [www.canadalegal.com](http://www.canadalegal.com),

2 [www.innocenceproject.org](http://www.innocenceproject.org)



sistema”, debido a los procedimientos de identificación. A modo de ejemplo:

- Reconocimiento sugestivo del único detenido que es exhibido.
- Reconocimiento del imputado en compañía de otros sujetos con los que no comparte características
- Reconocimiento en los que se informa a la víctima o testigo quien es el sospechoso
- Reconocimiento fotográfico en donde el imputado es el único exhibido o es el único que comparte características.
- Cambio en la descripción que hace la víctima o testigo luego de que le es exhibido el imputado

Aún antes de Elizabeth Loftus en la década del 70, sabemos que los recuerdos nunca son completamente confiables. La aplicación del ADN a la ciencia forense ha demostrado sin lugar a dudas el impacto de este factor en las sentencias erróneas.

Así que la pregunta es ¿puede un juez establecer la participación con el reconocimiento de un único testigo, realizado en condiciones sugestivas, sin otras pruebas? No. A menos que esté dispuesto en una probabilidad significativa a condenar a la persona equivocada.

**2. Declaración falsa.** Corresponde a una declaración que intencionadamente imputa un falso ilícito. A modo de ejemplo:

- Declaración falsa por motivos de venganza
- Declaración falsa para ocultar una situación reprochable penal o socialmente
- Declaración falsa por trastorno psiquiátrico
- Declaración falsa para obtener beneficios en el proceso.

Hay muchas razones por las que se puede mentir. Muchas más de las que suelen considerar los jueces como ganancias secundarias, concepto recurrente en las sentencias, aunque poco desarrollado.

Estudios clínicos y literatura especializada sugieren que:

(a) la capacidad del ser humano para discriminar entre verdades y mentiras basándose en

el comportamiento no verbal es extremadamente limitada; (b) las personas no tenemos conciencia de lo correctos o incorrectos que son nuestros juicios de credibilidad; (c) tendemos a sobreestimar nuestra capacidad de identificar verdades y mentiras; (d) utilizamos claves equivocadas al hacer juicios de credibilidad; (e) las creencias populares sobre los indicadores del engaño son erróneas; (f) las creencias de los profesionales para quienes la detección del engaño es una tarea importante son también erróneas y similares a las de las otras personas; (g) no se ha demostrado que los indicadores conductuales que se mencionan popularmente permitan una adecuada discriminación entre verdades y mentiras; (h) existen muy pocas conductas que realmente permitan diferenciar entre verdades y mentiras; (i) al contrario de la creencia popular, el significado y el poder de discriminación de las claves conductuales dependen de una serie de variables situacionales; (j) Aprender a discriminar entre verdades y mentiras es extremadamente difícil, como muestra la limitada eficacia de distintos programas de entrenamiento; y (k) en lugar de incrementar la precisión global, los entrenamientos aumentan el sesgo a decir que las declaraciones son falsas.<sup>3 4</sup>

**3. Falsa confesión.** Son declaraciones falsas de los imputados autoincriminándose. Se puede deber a diferentes causas. A modo de ejemplo:

- Confesiones de personas con discapacidad mental o trastornos psiquiátricos
- Confesiones en estados de embriaguez o con consumo de otras drogas
- Confesiones de menores de edad altamente sugestionables
- Confesiones de personas sometidas a extensos interrogatorios
- Confesiones de personas sometidas a coacción, amenaza o engaño

3 **DETECCIÓN NO VERBAL DEL ENGAÑO.** Artículo de Jaume Masip, Universidad de Salamanca. Revista Papeles del Psicólogo, diciembre de 2005. Citando los trabajos de DePaulo y Pfeiffer, 1986; Garrido, Masip y Herrero, 2004; Meissner y Kassin, 2002; Strömwall, Granhag y Hartwig, 2004; Kraut, 1980; Vrij, 2000; Aarnodt y Mitchel.

4 Michael Aamodt, en el artículo disponible en internet “Who can best catch a liar?” ha llevado a cabo un meta-análisis sobre el efecto de diversas variables individuales sobre la precisión al efectuar juicios de credibilidad. Examinando un total de 193 muestras distintas de receptores, con una cantidad total de 14.379 observaciones, han hallado una precisión media del 54.5%. En otro trabajo más amplio, Bond y DePaulo en “Accuracy of Deception Judgments”, hallaron una precisión media del 54%. Si bien estas mediciones son superiores al 50% esperado por azar, como comenta Jaume Masip, en términos absolutos es una precisión extremadamente pobre. Pero lo más importante: Esta limitación se extiende asimismo a aquellos profesionales para los cuales detectar mentiras es importante y que tienen experiencia en tareas de evaluación de la credibilidad. Así, frente a la precisión del 54.2% obtenida por estudiantes universitarios legos, Aamodt y Mitchell informan de niveles del 50.8% para las muestras de detectives, del 54.5% para policías federales norteamericanos, del 55.3% para policías y para agentes de aduanas, del 59.0% para jueces y del 61.6% para las cuatro muestras de psicólogos incluidas en su meta-análisis.

Con demasiada frecuencia, casos de la mayor importancia se declaran “resueltos” en virtud de una confesión. Pero muchos imputados sostienen que no han realizado confesiones o que lo han hecho de manera forzada. Tales argumentaciones suelen ser descartadas por nuestros tribunales porque en los hechos, las policías o fiscales no deben probar que antes y durante las confesiones se han resguardado todos los derechos del imputado. Basta la firma en un formulario para trasladar el peso de la prueba a quien alega la omisión o infracción de garantías fundamentales. Estos graves cuestionamientos se evitarían si se grabaran las declaraciones y confesiones de los imputados. Con estos registros, que por lo demás cumplirían las abandonadas exigencias del artículo 227 del CPP de fidelidad e integridad en el registro de las actuaciones, quedaría claro el cumplimiento de la obligación de lectura de derechos, la voluntariedad de la confesión y el contenido exacto de la misma. Hoy existen todos los medios para hacerlo a costos marginales pero simplemente no se quiere hacer.

**4. Error en procedimiento pericial o ciencia limitada.** Se refiere a pericias que carecen de validación con estándares científicos, a pericias con conclusiones que exceden las limitaciones de la técnica o a peritajes que establecen conclusiones basadas en omisiones o errores en la aplicación de la técnica. A modo de ejemplo:

- Peritajes en grafología para establecer conclusiones sobre una conducta delictiva
- Peritajes psicológicos a víctimas, que establecen conclusiones sobre la veracidad o falsedad de sus declaraciones con un estimado de 100% de certeza.
- Peritajes en que se omitieron protocolos de procedimiento en la toma de muestras o se omitieron análisis para la validez de los resultados por falta de preparación y entrenamiento de los técnicos.

No cualquier informe pericial que describa el uso de un procedimiento y establezca una conclusión debe ser considerado un peritaje. La técnica aplicada y las conclusiones que de ella se obtienen deben estar validadas. En el derecho comparado ha ido aumentando paulatinamente el nivel de exigencia. En EEUU, hasta 1992 bastaba que la técnica o teoría utilizada por el experto fuera de aceptación general en la comunidad a la que pertenecía. Desde entonces la jurisprudencia en el caso *Daubert* hizo un valioso aporte en esta materia.

Los ahora denominados “factores *Daubert*”<sup>5</sup> definieron que puede considerarse como conocimiento científico válido para ser presentado en juicio si el procedimiento y sus conclusiones cumplen con los siguientes requisitos:

- 1 - Controlabilidad y falsabilidad de la teoría científica sobre la que se funda. En otras palabras, la existencia de un proceso estandarizado, repetible, con la capacidad de someterse a todas las pruebas que pretendan mostrar su falsedad.
- 2 - Establecimiento de la tasa de error potencial de la técnica.
- 3 - Existencia de publicaciones sobre la materia para someterse a la revisión de pares
- 4 - Existencia de un consenso general en la comunidad científica de referencia.

Para otras pericias que son técnicas y no conocimiento científico, la jurisprudencia ha señalado que no hay una clara línea divisoria. No obstante ello se definen parámetros en EEUU desde el caso *Kumho Tire* en los cuales los factores *Daubert* pueden ser flexibles de acuerdo a los hechos particulares, pero siempre debe existir una metodología confiable y verificable<sup>6</sup>.

Algunos sostienen que existe libertad de prueba y que el tribunal no posee limitaciones para analizar estos elementos, pero los jueces deben valorar la prueba en

5 Citado por Michele Taruffo; Conocimiento científico y estándares de prueba judicial; Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año XXXVIII, num. 114, septiembre-diciembre de 2005, pp 1285 y s.s..

6 Las reglas federales de evidencia 702 a 706 de EE. UU., regulan la admisibilidad del testimonio de los peritos en el sistema Norteamericano. La regla 702 fija una amplia definición de experto. En síntesis la regla 702 señala que un perito califica para testificar en juicio si un conocimiento científico, técnico u otro conocimiento específico ayudara a quien debe decidir sobre los hechos, a entender la evidencia o determinar un asunto relativo a un hecho en discusión. Un testigo califica como experto (peritos en nuestro sistema) por conocimiento, habilidad, destreza, experiencia, entrenamiento, educación. Puede testificar en forma de opinión si (1) su testimonio está basado en suficiente hechos o datos, (2) el testimonio es producto de principios y métodos confiables y (3) el testigo ha aplicado estos principios y métodos confiablemente a los hechos del caso. Regla enmendada en diciembre de 2000 recogiendo decisiones de U.S. Supreme Court “*DAUBERT V. MERRELL DOW PHARMACEUTICALS, INC.*, 509 U.S. 579 (1993) y *KUMHO TIRE CO., LTD., et al. v. CARMICHAEL et al*, 526 U.S. 137 (1999) que agregaban la confiabilidad. La regla enmendada significa que el perito debe hacer más que simplemente decir al jurado “confíen en mí”. Debe demostrar que sus opiniones están basadas en una metodología identificable que tenga una validez suficiente y que ha sido aplicada al caso concreto.[1] Esta objeción se conoce en EE.UU. como Lay Witness Testifying as expert y está relacionado con la Regla Federal de Evidencia 701, la que expresamente prohíbe a un testigo testificar con opiniones basadas en la ciencia, técnica u otro especial conocimiento fuera del ámbito de la regla federal de evidencia 702 de EE. UU.

base a la sana crítica. Esto supone que los fallos deben estar fundados en la lógica, las máximas de la experiencia y en los conocimientos científicamente afianzados<sup>7</sup>. Como queda claro, no es cualquier conocimiento: debe tener el carácter de científico y, además, encontrarse afianzado. No puede introducirse en juicio una pericia que sea expresión de una técnica sin estas características, no sólo porque no es confiable, sino porque como peritaje se vuelve impertinente.

**5. Conducta inadecuada de agentes del Estado.** Se refiere a las conductas negligentes o dolosas realizadas por cualquier agente del Estado, en particular por los organismos policiales y fiscalías, que hayan tenido directa incidencia en la imputación. A modo de ejemplo:

- Funcionarios que asumen sólo una línea investigativa desde el comienzo, descartando, a priori, otras posibles hipótesis (“visión de túnel”)
- Funcionarios que modifican pruebas o declaraciones en perjuicio del imputado
- Funcionarios que ocultan pruebas exculpatorias a la defensa
- Funcionarios que no verifican la identidad de los detenidos, permitiendo la condena de un tercero.

Tales hechos ocurren en todo el mundo. Lo que es una particularidad de nuestro medio es que se niega de plano la sola posibilidad de ocurrencia, lo que explica la inexistencia de sanciones o de sentencias que den cuenta de estas situaciones

**6. Conducta inadecuada del defensor.** Se refiere a abogados negligentes, que no han realizado un trabajo adecuado a la complejidad del caso, lo que ha permitido la condena de su cliente. A modo de ejemplo:

- Defensor que no presenta las pruebas de descargo que son pertinentes y que le ha indicado su representado
- Defensor que no estudia las pruebas de cargo, especialmente los peritajes, ni solicita las diligencias esenciales
- Defensor que no se entrevista adecuadamente con su representado, de manera que no tiene los detalles de la historia para preparar el caso

<sup>7</sup> Artículo 276 del Código Procesal Penal

Sobre estas situaciones la defensa pública debe estar en una permanente revisión de su trabajo. Al menos a través de las vías administrativas, como Defensoría en Chile hemos admitido que hay defensores que realizan mal su función, aunque es necesario mejorar los procedimientos para no repetir esos errores y detectarlos tempranamente.

### CONCLUSIONES:

Debemos asumir que existen inocentes condenados. Negarnos a esa realidad no se condice con las sólidas evidencias que aportan los sistemas comparados.

Admitida la existencia de personas en esta situación, y aunque no podamos establecer con precisión su número, debemos revisar nuestros procedimientos en los aspectos que comprobadamente fallan, de acuerdo a la evidencia científica que disponemos. Las condenas erróneas son un problema de sistema, aún cuando se pueda identificar una causa específica, pues para que se produzcan no debieron funcionar los controles de los demás intervinientes y por ello debe ser asumido como un tema colectivo.

La prevención de condenas erróneas debe ser una prioridad para la administración de justicia, pues de esto depende su legitimidad. Una persona encarcelada por un hecho que no cometió, es un abuso inaceptable del poder estatal y una alerta para todo ciudadano inocente de que podría ser el próximo afectado. Además, deja libre al verdadero culpable, la víctima es revictimizada inútilmente y se ha mal gastado los recursos públicos.

Morris Cohen, filósofo de la ciencia, en su libro *Razón y Naturaleza*, de 1931<sup>8</sup>, señaló: "...hay una importante diferencia obvia entre una institución que es abierta e invita a todo el mundo a entrar, estudiar sus métodos y sugerir mejoras, y otra que considera que el cuestionamiento de sus credenciales se debe a maldad de corazón..."

Creo que es ineludible la obligación de preguntar y dudar. El desafío es revisar nuestras actuaciones con una mirada crítica, aunque muchos se sientan ofendidos ante la mera sugerencia de que hay personas que se equivocan, otros son negligentes y otros mienten.

Sólo así lograremos avanzar en el desarrollo de nuestros sistemas de justicia y evitar que inocentes estén en la cárcel.

---

8 Citado por Carl Sagan; *El mundo y sus demonios, la ciencia como una luz en la oscuridad*; Editorial Planeta., 5ta edición, pág 277.



# DERECHO PENAL Y AUTOPOIESIS

## Reflexiones acerca de los Sistemas Penales Sociológicos Cerrados

*por Esiquio Manuel Sánchez Herrera<sup>1</sup>*

### 1. PRESENTACIÓN

En este trabajo abordo una cuestión sumamente problemática en el ámbito de la relación Derecho Penal y Sociología, la concerniente a la legitimación Sociológica del Derecho Penal a partir del pensamiento del sociólogo alemán Niklas Luhmann, y por supuesto, del penalista Gunther Jakobs, quien a la postre fundamenta en esencia su propuesta del sistema penal a partir de la sociología de Luhmann y la filosofía de Hegel.

En esa tarea, por lo complejo y extenso que puede ser la expedición, me limitaré exclusivamente al punto central de la fundamentación tanto de la concepción de la sociedad en Luhmann, como del sistema penal de Jakobs, en el concepto de autopoiesis.

Bien es sabido que Luhmann, toma el concepto de autopoiesis de las ideas de los científicos chilenos Humberto Maturana y F.J. Varela, quienes lo introducen en su explicación de la funcionalidad de los organismos vivos, en especial del hombre.

Luhmann, sostiene entonces que es posible extender tal concepto a la conciencia, y en especial, a la sociedad. Utiliza, precisamente, este término de autopoiesis para asentar sobre él la posibilidad de explicar de forma acertada la unidad del objeto de la sociedad.

La autopoiesis, será entonces, prima facie, el mecanismo por el cual la sociología puede explicar la unidad de su objeto mediante un concepto de origen científico.

Para Luhmann la sociedad es un objeto que se autodescribe, que debe

---

<sup>1</sup> Profesor de Teoría del Delito de las Universidades Libre, Católica de Colombia, Caldas, Pontificia de Montería, Universidad del Sinú, y de las Especializaciones de Derecho Procesal Penal y Disciplinario de la Universidad Externado de Colombia. Ex Procurador Delegado ante la Corte Suprema de Justicia. Conjuez de la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura. Actual Director Nacional de Defensoría Pública de Colombia.

ser construido bajo la égida de una configuración autológicamente que permite su autocontención. Por lo tanto su concepción de la sociedad es eminentemente cerrada, esto es, ella se auto-legítima a partir de sus elementos configuradores.

El sistema penal propuesto por Jakobs, también participa de esa idea, es decir, como sistema normativo social, el Derecho Penal tiene la facultad de a través de los fines de la pena garantizar la autoprotección social, mediante la garantía de prevención de defraudación de expectativas normativas se legitima el derecho a punir.

Luhmann y Jokobs, participan de la explicación unitaria de la sociedad, es decir piensan en una sociedad general, con unos elementos comunes que pueden ser predicados para todo el mundo globalizado. La sociedad, es conforme con sus pensamientos, uniforme.

Este trabajo de conceptualización teórica, pretende analizar si un sistema penal puede ser fundamentado desde adentro a partir de sus elementos configuradores internos, sin recurrir a principios y categorías externas al propio sistema penal, tal como lo propone Jakobs, asentado en la sociología de Luhmann y teniendo como base fundamental el concepto de autopoiesis.

## 2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

El eje central de la investigación conceptual teórica que constituye nuestra misión, es resolver el siguiente interrogante:

¿Puede fundamentarse el Derecho Penal sociológicamente a partir de una concepción cerrada del sistema dogmático teniendo como soporte el concepto de autopoiesis?.

Para resolver tal cuestionamiento importa verificar si desde la percepción de los autores que introdujeron el concepto de autopoiesis al campo de la explicación de la vida, resultaba posible, viable y correcto extender dicho término a la sociología y al derecho penal.

Luego de verificada esa situación, importa establecer el Estado de la cuestión, en torno a la forma cómo Luhmann, entiende la autopoiesis y el concepto de sociedad, para posteriormente describir a grandes rasgos el sistema penal funcionalista sistémico normativista de Gunther Jakobs.

Se expondrán de forma sucinta las posturas a favor de Jakobs y aquellas que la critican, para luego identificar nuestra posición, y posteriormente concluir respondiendo el interrogante nuclear de este ensayo.

### 3. EL ESTADO DE LA DISCUSIÓN

#### 3.1. El origen científico del concepto de autopoiesis

La autopoiesis es conocido como el proceso de la unidad celular, para Varela la célula bacteriana constituye el sistema viviente más simple porque posee la capacidad de producir, a través de una red de procesos químicos, todos los componentes químicos que conducen a la constitución de una unidad diferenciada y limitada.

La autopoiesis permite la constitución del sistema viviente, lo que se logra mediante un proceso de regeneración continuo y permanente de las células. Este proceso permite capturar el mecanismo que genera la identidad de lo vivo, de manera tal que, permite la diferenciación trascendental entre aquello que pertenece al mundo viviente y aquello que no.

El mismo Varela ha manifestado que “La biología celular contemporánea hace posible enunciar la caracterización de esta organización viva básica – una bio—lógica—como la de un sistema autopoietico (del griego: auto- producido) (Maturana y Varela, 1973, 1980). Un sistema autopoietico--- la organización viva mínima – es aquel produce continuamente los componentes que lo especifican, los cuales al mismo tiempo hacen efectivo (al sistema) como una unidad concreta en el espacio y tiempo, que a su vez hace posible la red de producción de componentes. Definido de una manera más precisa: un sistema autopoietico se organiza (se define como unidad) como una red de procesos de producción (síntesis y destrucción), de componentes, de manera que estos componentes: (i) se regeneran continuamente y hacen efectiva la red que los produce, y (ii) constituyen el sistema como la unidad distinguible en el dominio en el cual existen”<sup>2</sup>.

La identidad de ese proceso permite su concepción universal la que debe ser lo suficientemente explícita, por lo tanto, esa identidad debe implicar una coherencia autogenerada, que facilite su concatenación básica de procesos que tenga la contundencia de superar o evitar las manifestaciones de cualquier tipo de perturbaciones.

2 Cfr. Varela, Francisco. “El fenómeno de la Vida”, Dolmen Ensayo, Santiago de Chile, 2000, página 54.

A partir de su especial modo de identidad, el sistema autopoietico enfrenta constantemente los encuentros como golpes, perturbaciones y acoplamientos, con su medio ambiente y los trata desde una perspectiva que no es intrínseca a los encuentros mismos.

Lo que Maturana y Varela han querido denotar con el proceso autopoietico es que aquello que es significativo para un organismo, está dado precisamente por su constitución como proceso distributivo, con una indisoluble unión entre los procesos locales en los que concurren interacciones (por ejemplo, las fuerzas físico-químicas actuantes en una célula) y la entidad coordinada que equivale a la unidad autopoietica, generando el adecuado manejo del medio ambiente sin necesidad de acudir a un agente central que mueva los controles desde afuera o un orden preexistente en una localización particular, como un programa genético que espera ser expresado.

Tal definición nos muestra que el sentido funcionalista de este proceso es eminentemente cerrado, no requiere de elementos ajenos percibidos del exterior, sino que tiene la virtualidad de la autoregeneración de sus propios elementos configuradores.

La especificidad de la autopoiesis en Varela participa de seis ideas fundamentales, las que unidas, permiten la caracterización del concepto en estudio, y que aquí nos permitimos describir, así:

a) En toda unidad viviente la idea de la autonomía es fundamental, por lo tanto hay que identificar la caracterización de esa unidad.

b) La caracterización de la unidad viva mínima no puede llevarse a cabo exclusivamente sobre la base de componentes materiales. De ahí que, también interese de manera especial, la descripción de la organización de lo vivo como proceso configurado.

c) La organización de lo vivo es esencialmente un proceso de configuración de su identidad.

d) “El proceso de constitución de identidad es circular: una red de producciones metabólicas que, entre otras cosas, producen una membrana que hace posible la existencia misma de la red. Esta circularidad fundamental es por lo tanto una autoproducción única de la unidad viviente a nivel celular. El término autopoiesis designa esta organización mínima de lo vivo”<sup>3</sup>.

3 Cfr. Varela, *ibidem*, página 434.

e) La interacción de la identidad de ese sistema autopoietico se presenta a partir de su estructura físico – química, sino también en referencia a su identidad autoproducida.

f) La identidad del sistema hace predicable la evolución a través de series reproductivas con variación estructural con mantenimiento de esa identidad. De esta manera, la constitución identitaria de una persona precede, empírica y lógicamente ese proceso de evolución.

En fin, según el propio lenguaje de los modernos creadores del término, éste reposa sobre una conceptualización circular y autorreferencial de los procesos biológicos, con una dimensión autónoma.

Pero qué piensa Varela acerca de la propensión por parte de varios autores de extender el concepto más allá del área en el que surgió y evolucionó, esto es, la caracterización de organización de los sistemas vivos en su expresión mínima. La verdad este autor se muestra bastante escéptico, sobre todo en relación con posturas que lo extienden al ámbito de las ciencias humanas, en especial la sociología, así se ha expresado este científico:

“Pienso que en estos casos la *autopoiesis* aparece jugando un rol metafórico, o más precisamente, *metonímico*. Esta tendencia ya se planteaba en el prefacio que Stafford Beer escribiera en 1972, donde afirma que es “evidente” que la idea puede extenderse para caracterizar un sistema social. Ya en esa época tenía yo una posición escéptica al respecto, como lo señala el mismo Beer.

En los años que siguieron, este uso metonímico tomó fuerza en dominios tan diversos como la sociología, en los escritos del famoso sociólogo alemán Niklas Luhmann, la teoría jurídica, la teoría literaria, así como una extensa literatura en el campo de la terapia familiar sistémica. Toda esta profusión de interés ha sido para mí fuente de sorpresa. Después de años de escuchar los argumentos y los usos de la idea en varios de estos campos, he llegado a algunas conclusiones generales de las que quiero dejar constancia brevemente.

Quiero distinguir en esta literatura secundaria dos modos de transposición de la idea original: (1) una utilización literal o estricta de la idea (2) una utilización por continuidad. Con el primer modo me refiero al hecho que ha habido intentos repetidos de caracterizar, por ejemplo, una familia como un sistema autopoietico, de manera que la noción se aplique en este caso estrictamente. Estos intentos se fundan,

en mi opinión, en un abuso del lenguaje. En la idea de autopoiesis las nociones de red de producciones y de frontera tiene un sentido más o menos preciso. Cuando la idea de una red de procesos se transforma en “interacciones entre personas”, y la membrana celular se transforma en el “borde” de un grupo humano, se incurre en un uso abusivo..... Después de todos estos años mi conclusión es que una extensión a niveles “superiores” no es fructífera y que debe ser dejada de lado, aun para caracterizar un organismo multicelular”<sup>4</sup>.

Como conclusión previa, podemos asentar que el concepto de autopoiesis surgió en la biología y la anatomía, gracias a los importantes aportes de los científicos chilenos Maturana y Varela, quienes lo definen como el proceso de la unidad celular, en virtud del cual una red de procesos de producción y de componentes se regeneran de manera continua y permanente, haciendo efectivo la red que precisamente los genera. Este proceso caracteriza los patrones básicos de los seres vivos.

En especial, Varela, ve con mucha preocupación y escepticismo la extensión del concepto, a los ámbitos sociológicos a los que lo llevó Luhmann, asentando que tal forma de pensar, no es más que un uso abusivo del lenguaje.

### 3.2. Autopoiesis y Sociedad en Niklas Luhmann

La vida, la conciencia y la sociología tienen en común, en que cada uno de sus sistemas presupone al otro como parte integrante de su entorno. Los sistemas de esta índole pueden manifestarse mediante la forma de un sistema dinámico o hasta uno autopoietico, lo que los diferencia son los diversos elementos configuradores, lo que imposibilita, según lo expresa el mismo Luhmann, que hagan parte de un sistema autopoietico englobante.

El llevar la autopoiesis al campo sociológico implica, de suyo, concebir la sociedad como una unidad recursiva, es decir, ser ella misma capaz de reproducir los elementos de los que consiste por medio de los elementos de los que consiste.

La forma autopoietica de los sistemas parte de la idea de sistemas autorreferencialmente cerrados, con la capacidad de autogenerarse desde adentro, en esto se identifican plenamente tanto Maturana y Varela como Luhmann. El sistema social se establece mediante la producción de sus propios elementos como la especie de una realidad operativamente cerrada.

4 Cfr. Varela, *ibidem*, páginas 441 y 442.

La sociedad se autocontiene y se autodescribe, en la forma de sistema autopoietico.

En palabras de Luhmann “la sociedad es el sistema que engloba todas las comunicaciones, aquel que se reproduce autopoieticamente mediante el entrelazamiento recursivo de las comunicaciones y produce comunicaciones siempre nuevas y distintas. La emergencia de un sistema tal incluye comunicaciones – ya que éstas sólo son susceptibles de continuarse internamente – y excluye todo lo demás. La reproducción de un sistema así exige, pues, la capacidad de discriminar entre sistema y entorno. Las comunicaciones pueden reconocer comunicaciones y distinguirlas de otros estados de cosas que pertenecen al entorno, en el sentido de que es posible comunicarse acerca de ellos pero no con ellos”<sup>5</sup>.

Es el lenguaje el elemento fundamental que sirve al acoplamiento entre comunicación y conciencia, mediante éste se mantiene en estado de separación al sistema psíquico de la conciencia con la comunicación y de esa misma forma, a la sociedad con el individuo.

En esta forma compleja de entender la sociedad, ocupa un papel significativo el concepto de persona.

En efecto, persona en Luhmann, no es un concepto equivalente a sistema psíquico, pues en ambos términos existen unas diferencias sustanciales que vienen dadas por la misma forma en que operan en la sociedad. La forma de los sistemas psíquicos es la distinción entre autorreferencia y heterorreferencia, en cualquier caso este concepto luhmasiano no pretende expresar ni identificarse con la singularidad individual de la naturaleza concreta del individuo de carne y hueso, del ser humano, sino que su sentido es el de status, en forma colectiva.

La forma de la persona sirve exclusivamente para la autoorganización del sistema social, para resolver el problema de la doble contingencia limitando el repertorio de conducta de los participantes. Pero esto no quiere decir que ella sólo actúe como una ficción comunicativa y carezca de significado psíquico. Sistemas psíquicos y sociales operan, ciertamente, como sistemas separados y operativamente cerrados<sup>6</sup>.

5 Cfr. Luhmann, Niklas. “Complejidad y modernidad: De la unidad a la diferencia”. Edición y traducción de Jostxo Berian y José María García Blanco, Editorial Trotta, Madrid, 1998, página 59.

6 Cfr. Luhmann, complejidad y modernidad, ibídem, página 242.



En Luhmann la sociedad no está integrada ni compuesta por individuos, sino de comunicaciones. Todo individuo es un sistema psíquico y biológico de naturaleza autopoietica que es diferente al sistema social.

Luhmann plantea la autolegitimación del sistema social, pues la legitimación de las actuaciones de un sistema habrá ser producto del mismo sistema y no venir dada desde afuera. Con razón señala García Amado que “ la teoría de Luhmann implica uno de los más radicales cuestionamientos del paradigma kantiano: la creencia en una conciencia subjetiva cognoscente como sede ultima del conocimiento... El sentido delimitador de cada sistema es exclusivo de él, pues un sentido común a varios sistemas significaría eliminar la diferencia entre ellos, fundirlos en uno sólo”<sup>7</sup>.

### 3.3. El Derecho y la Autopoiesis

Teubner analiza el concepto de Derecho en el pensamiento de Luhmann, bajo los siguientes parámetros “el Derecho se define como un sistema social autopoietico, esto es, como una red de operaciones elementales que recursivamente reproduce operaciones elementales.... El carácter autorreproductivo del Derecho como un proceso social sólo se vuelve inteligible si se escogen las comunicaciones como los elementos básicos del Derecho. El Derecho como sistema social autopoietico no está compuesto ni por normas ni por legisladores, sino por comunicaciones jurídicas, definidas como la síntesis de tres selecciones de sentido: participación, información y comprensión”<sup>8</sup>.

El concepto del Derecho es entendido por Luhmann como un proceso autopoietico, en virtud del cual el mismo sistema genera una especie de red comunicativa que a su vez produce comunicaciones de índole jurídicas. Esas comunicaciones jurídicas son elementos cognitivos a través de los cuales el Derecho como sistema social percibe el mundo.

Esto no quiere decir que mediante el Derecho se pueda acceder al mundo real externo, pues ello no le compete al Derecho, a éste sólo le incumbe comunicar algo referido a la naturaleza o a la sociedad. El Derecho construye desde adentro a partir de su sistema autorreferencial su propio mundo externo.

<sup>7</sup> Cfr. García Amado, Juan Antonio. *La Filosofía del Derecho de Habermas y Luhmann*. Universidad Externado de Colombia, Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho No. 5, Bogotá, 1997, pagina 148.

<sup>8</sup> Cfr. Teubner, Gunther. “El Derecho como sujeto epistémico: hacia una epistemología constructiva del Derecho”. Trad, a cargo de Carlos Gómez –Jara Díez.

En Luhmann, siempre ha habido una distinción entre sistema psíquico y sistema social, para no integrarse en un proceso autopoiético con la capacidad de comprenderlo a los dos de forma integral, por tanto el Derecho como sistema comunicativo no es accesible a los procesos psíquicos de los operadores jurídicos. Empero, tampoco el Derecho tiene acceso a los procesos psíquicos.

Repitiendo lo ya dicho: si hablamos de actores humanos en el Derecho, tenemos que distinguir cuidadosamente entre la producción autopoiética de la conciencia humana, esto es, la realidad operativa de los procesos psíquicos, y la reproducción autopoiética de la vida social del Derecho, en la cual los actores humanos no son elementos sino realidades sociales construidas<sup>9</sup>.

### 3.4. Educación y Socialización en un sistema autopoiético

En Luhmann, la educación es comprendida como un dispositivo de sistemas sociales especializados en la transformación de personas. La socialización implica autosocialización con ocasión de la red de comunicación social de que se vale el proceso autorreferencial, por su parte la educación se manifiesta como la preparación comunicativa misma, cuya singularidad viene caracterizada por dos puntos de vista:

a) La educación siempre responde al cumplimiento de una finalidad en su producción. Ella tiene un sentido pedagógico, apoyada en especiales contextos sociales como la familia o las escuelas, entre otros. Por tal motivo, la consecución de logros en el proceso educativo, depende del apoyo de dispositivos sociales que tengan la capacidad de desvirtuar el fracaso del proceso, por lo que la familia y la misma institución educativa cumplen una importante labor en la realización de metas formativas, muy superiores a los que cumplen, por ejemplo los educadores.

b) La educación se vale del sistema psíquico como simple instrumento de realización de la meta. “Aunque se deseara una educación para la libertad, la educación no puede hacer depender la elección de la conducta de la autorreferencia del sistema psíquico; ella no puede conceder que las formas de conducirse vayan aconteciendo diversamente, según las circunstancias en la que el sistema se encuentre como resultado de sus reacciones anteriores”<sup>10</sup>. Ello significa sin más, que el proceso de educación no está condicionado por la actitud personal del educador.

9 Cfr. Teubner, Gunther. “El Derecho como sujeto... ibídem.

10 Cfr. Luhmann, Niklas. *Complejidad y Modernidad*, ibídem, página, 253.

### 3.5. El Sistema Penal Sistémico Normativista Funcionalista de Gunther Jakobs

La idea central de la dogmática sistémico normativista que propone el Profesor de la Universidad de Bonn, Gunther Jakobs, es que el mundo conceptual jurídico- penal ha de organizarse con arreglo a la misión social del Derecho penal y no conforme a datos previos naturales, u ontológicos, o de cualquier otra índole extraños al concepto de sociedad, entendido comunicativamente.

El Derecho penal tiene ligada su misión a la función que incumbe a la pena estatal, el contenido y la función de ésta no se pueden configurar con independencia de la existencia del orden en el que ella se impone, ni de la comprensión de su sentido comunicativo. La pena surge como la reacción necesaria ante una comunicación defectuosa que infringe las expectativas normativas. Mediante la imposición de la pena se pone de manifiesto que ha de cumplirse y acatarse el mandato normativo.

La pena se justifica como reacción demostrativa de que el agente ha incumplido la norma. Derecho, delito y pena, son circunstancias que manifiestan un problema eminentemente normativo: de la asignación de un suceso perturbador a quien ha de soportar aquellas consecuencias que resultan pertinentes para eliminar la perturbación, restableciendo la vigencia de la norma.

El Derecho Penal mediante la función preventivo general positiva de la pena restablece la confianza que la sociedad tiene en sus normas. El Derecho Penal sanciona los contactos sociales defectuosos, pues ellos son demostrativos de la defraudación de una expectativa normativa, que mediante la imposición de la pena recobra su mantenimiento y vigencia.

Habida cuenta de que los individuos viven en mundo ya configurado, una decepción específica en sede de los contactos sociales afecta a aquellas expectativas que devienen de la pretensión frente a la otra parte de que respetará las normas vigentes, pudiendo, de esa manera, la pretensión contradecir al juicio cognitivo.

El fundamento de la punición puede estar soportado en el hecho de que los individuos pertenecen a una organización o porque las personas desatienden los especiales deberes que las instituciones imponen para que la sociedad funcione debidamente. Jakobs, lo explica de la siguiente manera “ Por una parte es necesaria

una expectativa de que todos mantengan en orden su círculo de organización, para que no se produzcan efectos exteriores mediante los que podrían resultar dañados otros. La estabilidad de esta expectativa no es imprescindible sólo porque nadie puede dominar todos los círculos de organización en conjunto, sino también porque, debido al derecho a la propia organización respectiva, a nadie le está permitido jurídicamente dominar de una manera tan amplia. Esta expectativa tiene un contenido exclusivamente negativo: los círculos de organización deben permanecer separados. La decepción de la expectativa conduce a delitos que se denominan delitos de dominio o delitos en virtud de la responsabilidad por organización. Por otra parte, es necesaria una expectativa de que las instituciones elementales funcionen ordenadamente. Esta expectativa tiene un contenido positivo, es decir, que las instituciones están en armonía con las esferas de organización de los individuos singulares. La decepción de esta expectativa conduce a delitos de infracción de un deber o delitos en virtud de la responsabilidad institucional”<sup>11</sup>.

El sistema que propone Jakobs, es contrario a la teoría del bien jurídico, pues en su sentir al derecho penal no le interesa toda vulneración perjudicial para un bien en tanto que situación valorada positivamente, sino que su tarea esencial es la protección y aseguramiento del respeto de las expectativas normativas. El contenido expresivo de un comportamiento humano de no respetar la valoración positiva que expresa la norma es el objeto de interés para el derecho penal. Lo que constituye el objeto de interés en el homicidio, por ejemplo, no es la producción de la muerte de una persona, sino la oposición subyacente de esa conducta a la norma que valora la vida y que lo estima como evitable.

La norma obliga a elegir la organización a la que no siguen daños, pero el autor se organiza de modo que causa daño imputablemente: su proyecto de conformación del mundo se opone al de la norma. Sólo este punto de vista eleva el bien jurídico penal a la esfera en que se desarrolla la interacción social que interesa al Derecho Penal: la esfera de la significación del comportamiento delictivo en tanto que negación del significado de normas y el reforzamiento de perseverar en el significado

11 Cfr. Jakobs, Gunther. “Derecho Penal- Parte General- Fundamentos y teoría de la imputación”. Traducción a cargo de Joaquín Cuello Contreras José Luis Serrano González de Murillo, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, S.A, Madrid, 1995, página 11. Sigue diciendo Jakobs, que “El significado de la pena. La infracción de la norma no representa un conflicto penalmente relevante por sus consecuencias externas, ya que el Derecho Penal no puede sanar tales consecuencias. La pena no determina la reparación del daño; además muchas infracciones de la norma se completan antes de que se produzca un daño exterior; como sucede con los delitos que tienen carácter material de tentativa y, por lo demás, siempre en la tentativa y la preparación”, página 12.

de la norma por medio de la reacción punitiva<sup>12</sup>.

El delito niega la vigencia normativa y la pena niega la negación de la norma, restableciendo la vigencia normativa. El sistema es circular y autorreferencial, en tanto lo que se pretende con la finalidad de prevención general positiva que se le asigna a la pena, es recobrar la vigencia y permanencia de aquella expectativa normativa que resultó defraudada con el reato. En este sentido el sistema propuesto por Jakobs, se asienta en un modelo de proceso autopoiético.

El concepto de persona en el pensamiento del autor en estudio, está referido exclusivamente a capacidad jurídica, esto es, sólo es persona quien puede disfrutar de unos derechos y prerrogativas, y además quien tiene la obligación de soportar unos deberes.

La persona como concepto alude al conjunto de restricciones de posibilidades de comportamiento atribuida individualmente. Persona es una construcción comunicativa referida a expectativas sociales.

Este es un concepto funcional limitado al de persona en derecho. La sociedad es comprendida normativamente con fundamento en la comunicación social orientada estructuralmente. En este contexto la persona se define a través de sus derechos y deberes, sin atender a su mundo psíquico. El individuo no es persona, la persona es un individuo con capacidad de disfrute de derechos y cumplir deberes jurídicos.

En las sociedades modernas, diferenciadas funcionalmente, cualquiera puede en principio elegir sus inclinaciones (formación, economía, religión, etc.,) lo cual, por razón de las mezclas – nadie puede estar siempre incluido en todas partes-, conduce a perfiles de personalidad no asegurados, faltos de esclarecimiento. Un mínimo de inclusión es indispensable para poder seguir incluyéndose (al que teniendo escasa formación carezca de vivienda y dinero le resultará difícil imponer su derecho); los que están fuertemente excluidos pierden su rol de personas y son devueltos a su corporalidad<sup>13</sup>.

En su concepción del delito Jakobs, parte de las siguientes ideas: la acción es un acto comunicativamente relevante, por lo tanto la acción es un elemento que se

12 Cfr. Jakobs, Gunther. Derecho Penal, *ibídem*, página 46.

13 Cfr. Jakobs, Gunther. “Personalidad y exclusión en Derecho Penal”. Traducción de Teresa Manso Porto. Conferencia leída el 31 de agosto en la Corte Suprema de Justicia de Perú.

predetermina socialmente y de modo ajena a la concepción personal del individuo. La imputación determina a qué personas ha de castigarse para el logro de la estabilización de la norma. De ahí que la imputación desarrolla los conceptos de comportamiento del sujeto, entendido comunicativamente, infracción de la norma y culpabilidad.

La relevancia de la acción, depende de los presupuestos jurídicos de la imputación, de esta manera esa acción se convierte en un concepto que está relacionado a la imputación relevante en cada caso. De ahí que Jakobs, sostenga que sólo es acción al hecho enteramente imputable, esto es, culpable. Es acción aquello que es no culpable. La acción no se configura a partir de aspectos externos como en los causalistas, sino desde el punto de vista social, es decir, a partir de su relación de sentido con la norma. La ejecución del hecho por parte del autor muestra su actitud frente a la norma.

La acción es cuestión de imputación, pues un acto no llega a ser expresión de sentido individual, teniendo como fundamento a la percepción psíquica y personal de ese individuo, sino mediante el entendimiento por parte de éste que él es un sujeto social y como tal responsable de las consecuencias de su organización.

En Jakobs, existe una comunidad entre acción y omisión. “A partir del concepto... de acción como causación evitable del resultado y del concepto de omisión correlativo como no evitación evitable de un resultado, se puede formar un supraconcepto de comportamiento que en la respectiva diferencia de resultado, evitable, abarque la comunidad entre actuar y omisión. Ejemplo: el que alguien cause evitablemente la muerte de otro, o no impida, de modo evitable (dolosa o imprudentemente), las condiciones suficientes, por otro origen ya existentes, de la muerte, a pesar de la diferencia entre acción y omisión, coinciden en la diferencia evitable entre las respectivas alternativas; se trata precisamente de la diferencia entre la vida y la muerte. Por expresarlo en una fórmula: Conducta es la evitabilidad de una diferencia de resultado”<sup>14</sup>.

El tipo como elemento configurador del delito, alude a lo no tolerable socialmente. Hay tantos tipos penales como formulaciones de diversas acciones en el derecho positivo. Para que exista un tipo penal debe darse primero los elementos de una acción injusta y la ausencia de elementos de justificación. Por lo tanto, el tipo de injusto es el conjunto de los elementos con los cuales se define un comportamiento

14 Cfr. Jakobs, Gunther. Derecho Penal, *ibídem*, página 177.

como tolerable en un concepto de justificación.

El tipo total de injusto estaría integrado por el tipo de injusto, esto es, conjunto de elementos que determinan que un comportamiento es no tolerable socialmente, y por el tipo de justificación, es decir, conjunto de elementos que permiten descartar la justificante.

También existe un tipo de culpabilidad, que se encuentra constituido por los elementos positivos de la culpabilidad, esto es, por aquellos que permiten su predicación, y por aquellos presupuestos que descartan las causales de exculpación. Hay culpabilidad cuando no hay inculpabilidad.

La tipicidad comprende al tipo objetivo y subjetivo. El tipo objetivo corresponde a la parte externa del reato y con él surge el delito como expresión social y por lo tanto también penalmente relevante. El tipo objetivo constituye el objeto respecto del cual el tipo subjetivo se manifiesta. En la configuración del delito, se debe verificar en primer lugar si están presentes algunos efectos externos de alguna acción, lo que constituye el tipo objetivo, posteriormente, se verificará si esos efectos constituyen la realización de una acción determinadas por los mismos, este es el campo del tipo subjetivo.

La posición de garante es fundamento de atribución de responsabilidad tanto para los delitos de acción como para los omisivos. De esa manera, sostiene Jakobs, que es indiferente para el derecho penal que un conductor atropelle conscientemente a un peatón con un vehículo acelerando (acción) o no frenando (omisión). Por tanto, el criterio rector para soportar el juicio de responsabilidad en los delitos de comisión es que el autor, por ser causante, amplía su ámbito de organización sin consideración a otras personas y a costa de éstas. “En definitiva, no sólo el autor de la omisión, sino también el de la comisión debe ser garante si es que ha de responder de un delito de resultado mediante comisión”<sup>15</sup>.

Jakobs, respecto de la teoría de la imputación objetiva ha propuesto prestarle mayor atención a la primera parte de la misma, para no concebirla principal y generalmente como imputación del resultado, sino como imputación a la conducta típica, con lo cual tal teoría desde su perspectiva tiene como misión la revisión de la teoría del tipo objetivo.

15 Cfr. Jakobs, Gunther. Derecho Penal, *ibídem*, página 259.



De ahí que la conducta típica sea delimitada, con ajenidad de aspectos fáctico- naturales o psíquicos y de accidentes particulares de la infracción, poniendo el acento eso sí en el sentido normativo de la conducta, es decir, en su significado objetivo típico. La imputación al resultado sólo sería de interés en el ámbito de los delitos de resultado.

En el contexto del primer componente de la imputación objetiva, la imputación de la conducta, se analizan tres criterios rectores, los cuales en sentido progresivo de lo genérico a lo específico, terminan por establecer, de no darse su constatación, la afirmación de la imputación del tipo objetivo de un delito a un autor. Esos criterios o instituciones jurídicas son: el riesgo permitido, la prohibición de regreso y la imputación al ámbito de responsabilidad de la víctima.

El riesgo permitido determina que el comportamiento adecuado socialmente no se puede atribuir como delictivo, ni aun cuando ese acto genere efectos dañosos por alguna circunstancia. El aspecto valorativo del riesgo permitido no tiene en cuenta únicamente su magnitud, sino especialmente la utilidad y el perjuicio, con atención a presupuestos jurídicos. Mantenerse dentro del riesgo permitido, excluye la imputación de la conducta al autor. Ello es así, por cuanto en el riesgo permitido, las acciones que se analizan no suponen la defraudación de expectativas, la permisibilidad de ellas, es razón indispensable para el mantenimiento de la comunicación social.

El principio de confianza también opera como excluyente de la imputación. Es un criterio de exclusión de la imputación que funciona como supuesto particular tanto del riesgo permitido como de la prohibición de regreso. Se parte de la idea de que se puede confiar en que los demás ciudadanos se van a comportar respetando las normas, toda vez que ello está garantizado por el Derecho, como ordenamiento jurídico vinculante en las relaciones sociales.

La confianza permitida parte de la idea de que a pesar que se tenga la experiencia de que otros individuos cometen errores en su vida, el derecho autoriza a confiar en que sus comportamientos van a ser correctos. Por tal motivo el principio de confianza genera una organización más razonable y propicia de los contactos interpersonales.

Está íntimamente, este principio, vinculado con la idea de una sociedad configurada con frecuentes contactos anónimos en la que es normal tanto el reparto de funciones como el de roles y trabajos. El fundamento normativo está en el principio

de autorresponsabilidad.

El principio de confianza como límite de la imputación jurídico-penal, ocupa un papel fundamental en aquellos fenómenos de división vertical y horizontal de trabajos, como presupuestos facticos, por lo tanto su carácter normativo proporciona parámetros de medición y autorización de comportamientos ajenos. Es necesario para la efectividad de las labores en organizaciones en las que hay trabajo conjunto, de forma horizontal o vertical, que impere el principio de confianza para tornar esa laborar más segura, efectiva y de mayor calidad.

El principio de confianza, entendido como criterio que sirve para determinar el alcance del deber de cuidado con respecto a terceras personas, no tiene un alcance ilimitado o contrafáctico. No siempre y en toda situación es posible confiar. Por ello en la práctica resulta decisivo determinar hasta dónde resulta permitido confiar en el comportamiento correcto de terceras personas<sup>16</sup>. Por tal motivo la doctrina señala como límites a este principio los siguientes: (i) Sólo le está permitido confiar al que se comporta de forma cuidadosa (ii), no se puede confiar cuando se evidencia un comportamiento antijurídico de un tercero y (iii), el principio de confianza carece de validez con respecto a terceros incapaces o inimputables<sup>17</sup>.

La prohibición de regreso, es concebida por Jakobs, aduciendo que el carácter conjunto de un comportamiento no puede imponerse de modo unilateral arbitrario. Por tanto, quien asume con otro un vínculo que de modo estereotipado es inocuo, no quebranta su rol como ciudadano aunque el otro incardine dicho vínculo en una organización no permitida. Por consiguiente, existe una prohibición de regreso cuyo contenido es que un comportamiento que de modo estereotipado es inocuo no constituye participación en una organización no permitida.

Por su parte, la actuación a riesgo propio de la víctima como criterio de imputación del comportamiento, determina normativamente hasta qué punto la conducta de la víctima incidió en la producción del actuar típico.

En la segunda fase de la imputación objetiva, realización del riesgo en el resultado, Jakobs, en relación con los delitos de resultado es del criterio de que el riesgo se realiza en el resultado cuando la producción del mismo surge de modo

16 Cfr. Feijoo Sánchez, Bernardo José. "Imputación Objetiva en Derecho Penal". Grijley, Lima 2002, página 308 y s.s.

17 Feijoo, *Ibidem*, página 309 y s.s.

planificable. Por tanto, señala el profesor de Bonn, sólo cabe determinar la conexión entre un comportamiento no permitido y un resultado si previamente se ha averiguado cómo puede producirse la orientación en la sociedad. Y lo explica de la siguiente manera:

“Por ejemplo, si el mundo se entiende como un orden, como un cosmos, forma parte de la orientación el que al producirse una perturbación de ese cosmos se deba contar con que prácticamente pueda producirse cualquier consecuencia, del mismo modo que es posible que sobrevenga una consecuencia cuando se modifica la situación en un organismo complejo. Los daños que de modo planificable son evitables y que aparecen como consecuencia de un comportamiento no permitido son debidos a ese comportamiento no permitido y pueden, por tanto ser explicados a través de éste. Los daños que no son evitables de modo planificable y que aparecen como consecuencia de un comportamiento no permitido se deben a una variación socialmente irrelevante del riesgo que entraña la vida y no pueden ser explicados a través de ese comportamiento no permitido; pueden deberse a otro comportamiento no permitido, o a una infracción de los deberes de autoprotección de la víctima o, en fin, simplemente a una situación desafortunada<sup>18</sup>”.

Como se acotó anteriormente, el injusto, es concebido por Jakobs no como expresión material de daño a bienes jurídicos, sino como negación y puesta en duda de la vigencia de las normas, esto es, en un sentido inmaterial y abstracto, de carácter comunicativo, demostrativo y simbólico.

Por su parte la culpabilidad en el pensamiento de Jakobs, viene fundamentada y limitada a partir del fin preventivo general de la pena; esa prevención es de carácter positivo y preferencial en la medida en que se materializa en el ejercicio de la fidelidad al derecho. La culpabilidad tiene como misión seleccionar, entre todas las verificadas, aquella condición jurídico- penalmente relevante del acto del agente causante de la defraudación de las expectativas normativas. Esa condición seleccionada se produce por un defecto en la motivación del autor, y es ello lo que precisamente permite imputarle la conducta defraudadora de las expectativas normativas.

#### 4. CONCLUSIONES

Varios efectos se extraen de la contemplación de un sistema penal

---

18 Cfr. Jakobs, Gunther. “La imputación objetiva en Derecho Penal”, Trad, Manuel Cancio Meliá, Madrid, Civitas, 1996, página 180 y 185.

fundamentado sociológicamente mediante la forma autopoietica, en especial, en lo que a la dogmática de Jakobs, se refiere, puede sostenerse lo siguiente:

- Una concepción del injusto fundada en el no reconocimiento de la vigencia de la norma impone una justificación de la sanción de la tentativa bajo los mismos términos que los que sustentan un delito consumado, pues ambos representan simbólicamente un quebrantamiento de la vigencia normativa. La prevalencia y distinción entre desvalor de acción y desvalor de resultado no representa ninguna consecuencia importante en la medida en que la trascendencia la asume por completo el concepto de defraudación de expectativa normativa o quebrantamiento de la vigencia de la norma.
- La sociedad impone al hombre, para que sea sujeto con capacidad de imputación, un conjunto de exigencias decisivas para garantizar el mantenimiento del sistema. Por lo tanto la imputación de la conducta no se hace depender de un dato psicológico del autor sino de la desatención o el incumplimiento de alguna de las exigencias decisivas normativas que la sociedad le ha atribuido.
- Las mayores controversias que suscita el planteamiento funcionalista sistémico -normativista viene dado por su falta de penetración político criminal, la renuncia a la consideración de circunstancias empíricas y sobre todo, lo concerniente a la fundamentación y legitimación del sistema. En torno al primer punto es dable mencionar que Jakobs no vincula en su propuesta contenidos ni orientaciones político criminales, y no lo hace porque parte de la base de que la función del Derecho penal es exclusivamente la estabilización del sistema que se alcanza a través del cumplimiento de las exigencias preventivo generales. Lo que importa en Jakobs, es la autoconservación del sistema.
- Los partidarios de esta sistemática, no construyen su propuesta desde planteamientos críticos externos al sistema social, la misión del Derecho es para ellos exclusivamente descriptivo de las realidades sociales. El mismo Jakobs, pone de presente que su perspectiva ha optado por intentar comprender lo que hay en el sistema social antes de pasar a su crítica. En su sentir, es una descripción neutra la que él hace, y que por ello resulta de tan difícil asimilación. Ese sistema social así concebido se dota y se nutre

de su propia racionalidad, alejado de todo componente extraño, externo y ajeno al propio sistema.

- Precisamente un penalista, al que también se le califica como funcionalista, pero moderado, Claus Roxin, se ha apartado de aquella falta de penetración político-criminal que caracteriza al sistema de Jakobs, asentando lo siguiente:

*“Jakobs comparte conmigo el rechazo del punto de partida ontológico del finalismo y sostiene al igual que yo una elaboración normativa de las categorías dogmáticas como “tarea del Derecho Penal”. Pero dado que él sólo limita esa tarea a la estabilización del sistema, por tanto, a la imputación según exigencias preventivas generales, en su construcción están ausentes elementos esenciales de la política criminal que son centrales en mi concepción: la prevención especial y la garantía de los derechos del acusado no se contemplan en su punto de partida teórico- sistémico”<sup>19</sup>.*

- En conclusión, en el planteamiento del profesor de Bonn Gunther Jakobs, las normas e instituciones que justifican y estabilizan el sistema representan el sistema mismo, no necesitan para ello fundamento externo alguno, en la medida en que tienen la capacidad autónoma para demarcar su funcionalidad, por lo tanto es claro que ese es un sistema penal cerrado y autopoietico.
- El ejercicio de la defensa pública en estos sistemas cerrados es difícil y complejo, por cuanto principios básicos del derecho penal son negados, al punto que el fundamento de la imposición de la sanción es la finalidad de prevención general positiva asentada simplemente en la vulneración de una expectativa normativa. De esa manera, de nada valdría la postura defensiva que demostrara, por ejemplo, que el bien jurídico protegido penalmente no resultó lo suficientemente vulnerado al punto de configurar un delito, pues de todos modos en esos eventos la vigencia de la norma que es el objeto de tutela en esa propuesta, resultaría infringida.

---

<sup>19</sup> Cfr. Roxin, Claus. La evolución de la Política Criminal, el Derecho Penal y el Proceso Penal. Trad. Carmen Gómez Rivera y María del Carmen García Cantizano, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, página 52.

## BIBLIOGRAFÍA

FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. **Imputación Objetiva en Derecho Penal**. Grijley, Lima, 2002.

GARCÍA AMADO, Juan Antonio. **La filosofía del Derecho de Habermas y Luhmann**. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1997.

JAKOBS, Gunther. **Derecho Penal - Parte General - Fundamentos y Teoría de la Imputación**. Traducción a cargo de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. Marcial Pons, Madrid, 1995.

**Personalidad y Exclusión en Derecho Penal**. Traducción de Teresa Manso Porto.

**La imputación Objetiva en Derecho Penal**. Traducción de Manuel Cancio Meliá, Civitas, Madrid, 1996.

LUHMANN, Niklas. **Complejidad y Modernidad: De la unidad a la diferencia**. Edición y Traducción de Josetxo Berian y José María García Blanco, Editorial Trotta, Madrid, 1998.

ROXIN, Claus. **La evolución de la Política Criminal, el Derecho Penal y el Proceso Penal**. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000.

SÁNCHEZ HERRERA, Esiquio Manuel. **La Dogmática de la Teoría del Delito.- Evolución científica del Sistema del Delito**. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007.

TEUBNER, Gunther. **El Derecho como sujeto epistémico: hacia una epistemología constructiva del Derecho**. Traducción a cargo de Carlos Gómez –Jara Diez.

VARELA, Francisco. **El fenómeno de la Vida**. Dolmen Ensayo, Santiago de Chile, 2000.

## GARANTIAS EN EL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PENAL

por Bettina Ovando Bareiro<sup>1</sup>

Con la ratificación de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, por Ley N° 57/90, se ha producido en el sistema jurídico nacional, cambios en la forma de pensar a los niños y adolescentes. Con ella, el Paraguay, al igual que los demás Estados Parte, se vio en el compromiso de adecuar su legislación a los principios y derechos que consagra y que responde a las tendencias actuales de la política socio criminal de los adolescentes. La política del Estado en torno al problema de las conductas infractoras de los adolescentes no puede ser exclusivamente represiva. Hoy es de casi unánime aceptación que se requiere de una política social integral y, de ser necesario como *ultima ratio legis*, dentro de ella, de una política criminal que pueda detener el avance de las infracciones a la ley penal cometidos por adolescentes.

El Paraguay, ha aceptado que los adolescentes infractores a la ley penal deben tener un tratamiento diferenciado en relación a la que se le aplica a los adultos. Dicha variación se conoce con el nombre de la “Doctrina de la Protección Integral”, la cual se sustenta en el “Interés Superior del Niño”; cuya significación es que el niño ha dejado de ser “objeto” de derecho, para convertirse en “sujeto” de derecho, lo que le confiere una particular posición en el sistema normativo.

Según la concepción actual, no se pueden restringir las garantías del Derecho Penal, como los principios de legalidad, lesividad, culpabilidad y proporcionalidad y en el Proceso Penal los principios de presunción de inocencia, proporcionalidad, abstención de declarar, acusatorio, inviolabilidad de la defensa, juicio oral etc garantías reconocidas a los adultos. Se resalta claramente la aplicación de la normativa establecida para la protección de derechos humanos, además de la existencia de derechos adicionales de que gozan los adolescentes, conforme al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

<sup>1</sup> Bettina Ovando, Abogada, egresada de la Universidad Católica Ntra. Sra. De la Asunción. Culmino el curso de Especialización Derecho de Familia, en la Universidad Litoral de Santa Fe. Egresada de la Escuela Judicial para Magistrados, Segunda Promoción. Egresada del Instituto de Altos Estudios Estratégicos (I.A.E). Diplomada en Ciencias Penal, I.N.E.C.I.P., Especialista en Derecho de Niñez y Adolescencia, con énfasis en Políticas Públicas. Posgrado en Actualización en Derecho de Familia, Niñez y Adolescencia (U.B.A). Defensora en la Niñez y la Adolescencia, de la Capital. Directora de la Escuela de Ciencias Jurídicas y Sociales del Instituto Stanford.



Así mismo como se le atribuye una responsabilidad por sus actos, se le concede una serie de garantías judiciales, procesales y otras conforme con su desarrollo y formación etcétera, como lo prescribe el Art. 40 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño.

Articulando estas directivas, el Código de la Niñez y la Adolescencia – Ley 1680/01- instituye un amplio catalogo de medidas a ser aplicadas acorde a las diferentes características y factores psicológicos, familiares y sociales del adolescente ante la comisión de hechos tipificados como crimen o delito en el Código Penal.

Las medidas contempladas son las provisorias (aplicadas durante el proceso) y las definitivas (las ordenadas en la sentencia como sanción). Aparece bien diferenciada las provisorias de las definitivas.

En el mismo contexto, al adherirse a las posiciones garantistas, la Convención distingue con precisión dos ámbitos al establecer tratamientos distintos a los niños que se encuentran en abandono con los que transgreden las normas penales, separando claramente la aplicación de una política social o política criminal respectivamente, por lo que se prevé medidas socio-educativas que se gradúan judicialmente de acuerdo al grado y carácter de la ofensa, recurriendo a la medida privativa de libertad sólo para las transgresiones de extrema gravedad.

La imposición judicial de las medidas es uno de los requisitos más importantes de la Convención Sobre los Derechos del Niño: el establecimiento o comprobación de la responsabilidad del niño debe ser determinada a través de un proceso circundado de todas las garantías del Derecho penal sustantivo y adjetivo. Además de éstas, el proceso a los adolescentes infractores debe llevarse a cabo dentro del marco de todos los principios contenidos en el principio del *debido proceso*.

Es evidente que en materia de niños, los países de América Latina no pueden desistir del Estado y por lo tanto de sus instrumentos de control social, esto porque como bien señalan muchos juristas y analistas políticos cualquier realización colectiva en nuestras sociedades tiene como eje al Estado. A lo sumo, lo que es exigible de éste es una presencia máxima en lo relativo a la promoción social y una presencia mínima en lo relativo al uso de la coerción.

Desde esta perspectiva se han dado pasos trascendentales, con el repliegue del sistema tutelar-punitivo que las legislaciones sobre menores establecieron durante más de cincuenta años, ya que con la promulgación en 1989 de la Convención Sobre

los Derechos del Niño y nuestro C.N.A., se revierte el modelo proteccionista y lo sustituye por uno garantista en el cual el niño pasa a ser sujeto de derechos y deja de ser objeto pasivo de tutela.

Al adherirse a las posiciones garantistas, la Convención distingue con precisión dos ámbitos al establecer tratamientos distintos a los niños que se encuentran en abandono con los que transgreden las normas penales, separando claramente la aplicación de una política social o política criminal respectivamente, por lo que se prevé medidas socio-educativas que se gradúan judicialmente de acuerdo al grado y carácter de la ofensa, recurriendo a la medida privativa de libertad sólo para las transgresiones de extrema gravedad.

La imposición judicial de las medidas es uno de los requisitos más importantes de la Convención Sobre los Derechos del Niño: el establecimiento o comprobación de la responsabilidad del niño debe ser determinada a través de un proceso circundado de todas las garantías del Derecho penal sustantivo y adjetivo. Además de éstas, el proceso a los adolescentes infractores debe llevarse a cabo dentro del marco de todos los principios contenidos en el principio del *debido proceso*.

El presente artículo tiene por cometido señalar las principales garantías procesales que deben respetarse en la investigación y juzgamiento de los adolescentes infractores.

El Código de los Niños y Adolescentes y las garantías en la investigación y juzgamiento del adolescente infractor

La Ley 1680/01, que puso en vigencia el Nuevo Código de los Niños y Adolescentes (C.N.A.) evidencia una tendencia a incorporar los principios que rigen en la Doctrina Moderna de Protección Integral al adolescente Infractor contenidos en la Convención sobre los Derechos del Niño, tales como la prohibición de su detención arbitraria o ilegal, acceso a la asistencia jurídica, celeridad procesal y acceso a la doble instancia.

Sin embargo, las normas procesales para el adolescente infractor (que comprende a las personas entre los 14 hasta antes de cumplir los 18 años de edad) carecen de especificaciones concretas, cuyos vacíos son cubiertos con la aplicación supletoria del Código de Procedimientos Penales o los artículos vigentes del Código Procesal Penal. Así lo establece el artículo 192 del C.N.A. que dispone que en los procesos judiciales que se sigan a los adolescentes infractores se respetaran las

garantías de la administración de justicia consagrados en la Constitución Política del Estado, la Convención sobre los Derechos del Niño y las leyes vigentes de la materia. A continuación el detalle de las respectivas Garantías Penales: Intervención Mínima:

El derecho penal juvenil propugna la despenalización de los hechos punibles que no generan gran interés en su persecución.

El Art. 40.3b de la CDN, requiere que siempre que sea conveniente, se tomen medidas fuera del ámbito judicial, respetando los derechos humanos y garantías penales.

## EDUCACIÓN

Para estimular derechos y para limitar abusos del poder punitivo, es decir tiene que tener una consideración positiva, no es posible por ejemplo aplicar medidas privativas de libertad, sin consideración previo a la reprochabilidad y proporcionalidad, es decir te encierro no por lo que hiciste, sino porque necesitas ser (re) educado, (re) socializado, a de más de los ya conocidos principios de: Legalidad, Reprochabilidad, Proporcionalidad y Humanidad, aplicables a toda persona.

## CONCLUSION

Los menores a partir de 14 años tienen una responsabilidad penal y pueden serle aplicadas medidas que dependen de la gravedad de los hechos punibles cometidos.

A pesar de haber cometido hechos punibles, los menores no pierden el derecho a obtener cualquiera de las medidas y los beneficios que les son reconocidos a todos los menores. En la práctica, esto se resume en que todos siguen teniendo los derechos reconocidos en la Constitución y los pactos internacionales.

Finalmente, las iniciativas tendientes a castigar con mayor severidad a los menores competen a la política penal de un país pero las mismas cuentan con opiniones contrarias de especialistas en numerosos países que ven en ellas un intento de criminalizar la pobreza.

El aumento de las penas y la mayor represión no son las únicas vías posibles en materia penal juvenil.

## BIBLIOGRAFIA

- Constitución Nacional Paraguaya
- Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. Ley N° 57/90
- Reglas de Rial
- Reglas de Bejín
- Código de la Niñez y la Adolescencia del Paraguay

# REGIMEN DE RELACIONAMIENTO <sup>1</sup>

*Por Martin P. Muñoz Carman <sup>2</sup>*

*Homenaje al Prof. Dr. Oscar Paciello Candia. (+)*

*Catedrático de Derecho. Infatigable Jurista*

## PREFACIO

Como cuestión preliminar, agradezco la invitación del distinguido colega, el **Abog. Carlos Flores Cartes**, por honrarme con esta importante oportunidad de colaborar con éste modesto trabajo de investigación para esta prestigiosa publicación.

## 1. INTRODUCCIÓN

La ciencia del Derecho, ciencia valorativa – como límite y regulador de la conducta humana – presenta un sustento de hecho que resulta fundamental tenerlo en cuenta al tiempo de su estudio normativo, ya sean de carácter general (la ley) o particular, en la aplicación de los casos judiciales (resoluciones judiciales), en los que la presencia del Juez o Magistrado Judicial se peticiona.

De éste sustento fáctico, derivan los temas a desarrollarse en la presente monografía, abordando un tema complejo y discutido actualmente en la Doctrina y en la litigación diaria en los tribunales, el **régimen de relacionamiento**. Este instituto de Derecho de (Familia) Niñez y Adolescencia - materia ésta que constituye un

<sup>1</sup> La presente monografía ha sido publicada en la Revista Jurídica Paraguaya “LA LEY”. En la edición de Agosto del año 2007.

<sup>2</sup> Abogado.(U.C.A.). Mención de Honor: Alumno Distinguido. Notario y Escribano Público (U.C.A.) Mención de Honor: Alumno Sobresaliente. Postgraduado en Derecho Penal por la Universidad de Salamanca. Salamanca, España Egresado de la Escuela Judicial del Paraguay (Consejo de la Magistratura). Especializado en Derecho Penal.(Postgraduado por Univ. del Norte). Postgraduado en Didáctica Universitaria (Rectorado U.N.A.). Diploma de Postítulo por la Univ. de Heidelberg. y la Western School of Law. California. Cedep. Maestría en Ciencias Penales. Centro de Ciencias Penales y Política Criminal bajo la dirección del Prof. Dr. Jur. W. Schone. Título obtenido: Especialista en Ciencias Penales Docente universitario: Catedrático de Derecho de la Niñez y la Adolescencia, UTIC., y Derecho Constitucional U.N.A. y en la UNIBE. Director de la Revista Jurídica de la Fac. de Derecho, Univ. Católica (1999). Ex-Secretario de Cultura del Centro de Estudiantes de Derecho (U.C.A) Secretario Actuario del Juzgado. de 1era. Instancia de la Niñez 2do.Turno, Capital, 2002=2008. Defensor Público en lo Penal de Asunción en la actualidad.

desprendimiento del género del amplio Derecho Civil <sup>3</sup>- que potencia el Estado sobre todo en su esfera tuitiva, tiene la noble finalidad de proteger a un sujeto de derecho ya mucho tiempo postergado, y no tenido en cuenta en la antigua doctrina de la situación irregular: “el niño o niña”<sup>4</sup>, o menor como lo denomina en forma amplia la Doctrina.

Las múltiples denominaciones del instituto en estudio es prueba del examen a fondo que se ha dado ante una realidad en permanente evolución, tanto por los tratadistas como por la jurisprudencia.

Por otro lado, ¿que es lo que se busca precautelar con este derecho?, ¿cuál es su fundamento? y ¿que modalidades se han creado? Todas estas preguntas intentaremos responder en la forma más clara y breve posible a lo largo de este trabajo. Así también desarrollaremos las distintas sanciones y medidas compulsivas al titular de este derecho - progenitor no conviviente - y al progenitor conviviente por el incumplimiento del régimen.

Pero todo derecho, para ser peticionado ante el Poder Judicial, debe tener un continente, un ritual, un conjunto de “reglas de juego” preestablecidas a fin de garantizarse el debido proceso legal, a este respecto expondremos el argumento para la aplicación del Procedimiento General de la Niñez.

Los principios rectores que deben establecerse, guiar u orientar la aplicación de todos los derechos consagrados y garantizados por la Constitución, la Convención de los Derechos del Niño ( Ley 57/90) y el Código de la Niñez principalmente son: **el principio del Interés Superior del Niño, el de autonomía progresiva, el de no discriminación, el de mantenimiento del vínculo familiar y el de jurisdicción especializada.** En base a los principios mencionados el régimen de relacionamiento debe ser confeccionado y regulado.

Su origen y su posterior evolución histórica nos darán una mejor perspectiva de su naturaleza jurídica, lo que trata de solucionar, paliar o fijar este derecho, y las circunstancias en que fueron creadas. Gracias al dato fáctico, la “casuística” surgen las visitas con la finalidad de mitigar de algún modo el **daño** que toda separación produce sobre el menor, debiendo acudirse a mantener el mayor contacto posible

3 VOLPE RIOS, Sixto y Otros. “Consideraciones sobre el Anteproyecto del Código de la Niñez y la Adolescencia en la Revista Jurídica N° 8 del año 1999, de la Fac. de Derecho de la Univ. Católica. Tomo II. Edic. y Arte. Pág. 425. Publicación bajo la dirección del autor de la monografía.

4 Según lo establece la Ley N° 2169 niño/a es toda persona en desarrollo desde la concepción hasta los 13 años de edad, y adolescente desde los 14 a los 17 años de edad.

entre el niño y el progenitor con quien no convive<sup>5</sup>. Es éste contacto el que dió origen al instituto en estudio, como único medio de evitar el paulatino resquebrajamiento de la relaciones familiares.

## 2. DENOMINACIONES

En cuanto a las denominaciones, “**Derecho de Visitas**” es la expresión originaria mas arraigada y corriente. En la actualidad se advierte un anacronismo con la locución mencionada tradicionalmente y ha sido sustituida por otras denominaciones, tales como: *derecho de comunicación, derecho o régimen de relacionamiento, derecho a relacionarse, derecho a comunicación y convivencia transitoria o estancia, derecho de retiro, derecho de adecuada comunicación y supervisión de la educación, derecho al trato, visitation, right of access, right of access and visit, staying access, personal contact, droit de visite et hébergement, die befugnis*, entre otros. Ello se debe al contenido fáctico cada vez mas amplio que fue adquiriendo, ya que se fueron flexibilizando las pautas para los encuentros y superando los problemas que las visitas en casa del visitado aparejaban.

Así también las modalidades que se admitieron produjeron una inadecuación de la connotación terminológica de la expresión en relación con el derecho-deber, por ejemplo: el “visitado” se trasladaba a la casa del “visitante”, lo que ya resultaba paradójal terminológicamente. Dicha circunstancia demuestra el esfuerzo legislativo que se expresa en el intento de encontrar expresiones mas acordes con la configuración que hoy adquiere este derecho función.

Sin embargo, el término “**derecho de visitas**” se halla profundamente enraizado tanto en nuestro vocabulario jurídico en los pasillos del Tribunal, como para el ciudadano profano en la Ciencia del Derecho, y pensamos así por ser el concepto “mas conocido”, ya que conduce a una comprensión acabada de su sentido, aunque con imprecisión técnico-terminológica. En el presente trabajo monográfico que nos ocupa, se utilizarán indistintamente los términos de *régimen de visitas o régimen de relacionamiento*, siendo éste último el adoptado legislativamente, por medio de nuestro Código de la Niñez y la Adolescencia en su Capítulo III artículos 95 y 96, y sus concordantes.

5 STILERMAN, Marta N. “Menores. Tenencia. Régimen de Visitas” Segunda Edic. 1992. Ed. Universidad. Bs. As. Argentina. Pág. 115.



### 3. ORIGEN Y EVOLUCIÓN HISTÓRICA

El derecho del progenitor no investido de la convivencia <sup>6</sup> a mantener contacto con su hijo/a irrumpe en el escenario jurídico con el Derecho Pretoriano, es decir como creación jurisprudencial, adquiriendo notable desarrollo en Francia, cuna de la institución en análisis.

La expresión “derecho de visitas”, según enseña la autorizada opinión de **Lidia Makianich de Basset** <sup>7</sup> dice lo siguiente: *“llega hasta nuestros días desde una Sentencia de la Corte de Casación francesa del 8 de Julio de 1857, compatibiliza con las modalidades que por entonces tenía este derecho, que se llevaba a cabo, por lo general, mediante una auténtica visita en el domicilio del visitado”*. Prosigue manifestando que: *“Se ha señalado a la jurisprudencia francesa como señera en esta materia. El derecho de visita fue admitido con menor dificultad ante la desintegración familiar respecto del progenitor no conviviente y el hijo, pero mayores inconvenientes encontró la preservación del trato entre los abuelos y los nietos sometidos a patria potestad cuando existía oposición de su titular. Se consideraba que autorizar en tales casos el derecho de visitas significaba agraviar los derechos del investido con la autoridad paterna”*.

La **Sentencia del 8 de Julio de 1857, en que la Cour de Casation** francesa cambió de orientación admitiendo el derecho de visitas a los abuelos al casar una sentencia del tribunal de Montpellier de febrero de 1855, puede considerarse como la inauguración de esta figura. El decisorio afirmaba el derecho del padre a prohibir las visitas a sus hijos de aquellas personas que podrían ejercer influencias negativas, aún tratándose de familiares. Sin embargo, sostenía a su vez que ese derecho no era **arbitrario**, pues el padre no puede ser el único “juez soberano” que impida sin motivos justificados el relacionamiento del nieto con sus abuelos. A partir de esta resolución la jurisprudencia fue admitiendo cada vez con mayor amplitud la preservación de algunos vínculos familiares, aún en relación a los hijos extramatrimoniales, e incluso tiempo después a los padrinos. (o familia espiritual según la opinión del Código Canónico)

<sup>6</sup> El término adoptado por nuestra ley es “Régimen de Convivencia”. Nota del autor.

<sup>7</sup> MAKIANICH DE BASSET, Lidia N. “Derecho de Visitas”. Hammurabi. 1993. De Palma. Bs. As. Argentina. Pag. 56.

Este derecho también tuvo acogida favorable en el **Derecho Inglés**, a mediados del siglo XIX aparecen consagradas las visitas en supuestos de separación matrimonial o divorcio, con dos casos en los años 1861 y 1866, extendiéndose a favor de los abuelos con la “Guardianship of Minor Act “ de 1971, reformada en 1978.

En **Italia** aparece por medio de la Ley de Divorcio, en el mes de diciembre de 1970, así también como en Inglaterra, se extendió a favor de los abuelos y colaterales. En **Alemania** no se presentaron problemas para su recepción en la relación paterno-filial, pero se advierte mayor restricción en otros supuestos. En 1969 quedó plasmado el derecho de visita de los hijos extramatrimoniales con una nueva configuración. De la misma manera en **Suiza** se admitió la procedencia de este derecho en el año 1976.

En el **Derecho Español** a criterio de la citada **Dra. Makianich**<sup>8</sup>, su recepción legislativa fue temprana y su admisión jurisprudencial es notoriamente pobre y tardía, inclinándose al rechazo de este derecho, aún a favor de la madre en casos de crisis matrimoniales y al refuerzo consecuente de los arbitrarios poderes del titular de la patria potestad en este aspecto. Años después por medio de dos Sentencias, una del Tribunal Supremo del año **1935**, y otra del Tribunal Tutelar de Menores de Valencia del año **1939**, el derecho de visitas se fue **consolidando definitivamente** y se ampliaron los titulares de las mismas, extendiéndose al parentesco extramatrimonial y, en ocasiones, a favor de extraños.

En nuestro país, se inserta legislativamente en el año **1991** de conformidad a la **Ley N° 119**, consecuentemente podemos afirmar que su incorporación es reciente al Derecho Positivo de la Nación. Pero con la creación del Tribunal del Menor en el año **1984** se fue abriendo camino a la norma jurídica hoy regulada a través de **precedentes judiciales**.<sup>9</sup>

Actualmente se encuentra regulado este derecho en el **Código de la Niñez y la Adolescencia** (Ley N°1680/01) como lo mencionáramos anteriormente, en los **artículos 95 y 96**, estableciéndose en el primero de ellos su regulación judicial a fin de garantizar el mantenimiento del vínculo con los demás familiares que no conviven con el niño o adolescente, y en el segundo artículo mencionado se establece la sanción al progenitor conviviente que obstruye el relacionamiento. Nótese asimismo, el enorme poder de los Jueces Niñez y Adolescencia ante el vacío legislativo en cuanto a la

8 MAKIANICH DE BASSET, Lidia N. *Op. cit.* Pag. 60.

9 PUCHETA DE CORREA, Alicia B. “Derecho de Visitas” Tomo II. Ed. La Ley Pya. 2000. AyC. Imp. Asunción. Paraguay. Pag. 23

orientación y sentido de éste instituto de Familia, siendo en los casos planteados ante sus respectivas magistraturas genuinos “creadores del derecho”.

#### 4. CARACTERES

- a) **Personalísimo, Inalienable.** Intransmisible activa y pasivamente por actos inter vivos o mortis causa.
- b) **Irrenunciable,** pues es de orden público, reconocido en función del interés familiar, es decir las visitas importan un derecho que encuentra su origen o raíz en la naturaleza.
- c) **Recíproco,** es un derecho de hijos y padres.
- d) **Relativo,** por la singularidad que puede revestir cada caso, en función de persona, tiempo y circunstancia.
- e) **Subordinado,** al interés del hijo. Debe atenderse al interés de ambos protagonistas, visitado y visitador. En caso de conflicto prevalece el interés del menor.
- f) **Modificable o Provisional,** conforme lo exijan las circunstancias.
- g) **Imprescriptible,** por su propia naturaleza.
- h) Se concede al **margen** de la **causa de desunión familiar.**
- i) **De jerarquía constitucional,** el art. 49 de la Carta Magna garantiza la protección integral de la **Familia**, en concordancia con el art. 54.
- j) **De derecho Natural,** en cuanto satisface una necesidad biológica insustituible que se da instintivamente entre progenitores e hijos.
- k) **Regulable,** ya que la fijación de las condiciones físicas temporales quedan entregadas de dos formas, por convenio (homologación), o por decisión judicial en caso de controversia.

#### 5. FUNDAMENTO

El derecho al relacionamiento como contraposición a la convivencia,

surge de la necesidad de **mantener el contacto** entre el hijo menor y aquel de sus progenitores con quien no convive. La necesidad de **cultivar y conservar el afecto** o los lazos familiares y afectivos, estabilizar los vínculos familiares y que éstos subsistan a pesar de la disgregación familiar constituyen algunos de los fundamentos. El mensaje que subyace es la “búsqueda de ciudadanos o habitantes útiles” a la sociedad por parte del Estado, ya que a éste respecto, es importante decir que el factor “estabilidad psicológica y emocional” en los mismos es inherente a la mencionada búsqueda del legislador de la Niñez, (como modelo de familia)

Por último, no debe dejarse de tener en cuenta los elementales principios de **Derecho Natural** que lo sustentan, en cuanto satisface una necesidad biológica. Aunque dicha tesis es rechazada por la corriente filosófica “Positivista”.

## 6. NATURALEZA JURÍDICA.

Ha sido considerado el **Régimen de Relacionamento** por algunos doctrinarios como **sustitutivo-excluyente** del **Régimen de Convivencia**, vinculado al **derecho-deber**<sup>10</sup> de la **Patria Potestad y su ejercicio**, tesis a la cual se adscribe el autor de la presente obra, haciendo la salvedad que el **progenitor no conviviente** no es el único titular del mismo, ya que en base a las necesidades propias e inherentes del relacionamiento del niño, el legislador de la niñez consideró ampliarla y flexibilizarla a los demás familiares - inclusive a terceros no parientes - en virtud al Principio prevaleciente o **del Interés Superior del Niño** (Art. 54 de Constitución Nacional).

Otro sector de la doctrina sostiene que el derecho de visitas no es un desprendimiento de otra institución o derecho, sino como uno propio y autónomo, porque precisamente se reconoce éste derecho a otros familiares y terceros que no ejercen la Patria Potestad. Tal es el ejemplo de abuelos, amigos y padrinos que en algunos casos son beneficiarios de este derecho.

El régimen de relacionamiento constituye en realidad un **derecho subjetivo familiar (derecho-función)** juntamente con los otros, que integra un plexo de normas derivado de un determinado nexo de familia, en base a principios de política legislativa que determinan el modelo de familia querido por el legislador, como dijimos antes.

<sup>10</sup> Ver Artículos 70 y 71 del Código de la Niñez y la Adolescencia.

Sin embargo, esta posición es rechazada por quienes sostienen que no es un derecho subjetivo, que se **tutela un interés que no es eminentemente el del titular**, sino subordinado prevalente al del niño, que **no es disponible** y es **irrenunciable**, requisitos “**sine qua non**” de los derechos subjetivos, tal como lo sostiene **Roubier**.

Por otro lado, **Makianich de Basset** citando a **Rivero Hernández**, propone lo siguiente: “...*que resultando el Derecho de Familia el lugar donde quiebran por sus muchas peculiaridades y excepciones, casi todos los conceptos y categorías jurídicas del Derecho Civil Patrimonial, han de apegarse al concepto equivalente en aquella disciplina: derecho-deber, derecho-función, o simplemente función*”.<sup>11</sup>

Para **Ferrara**, el derecho de visitas parece encuadrar cómodamente en la denominación de “**derechos altruistas**”, para referirse a aquellos que no sirven precisamente al interés (exclusivo) del titular o investido del poder, sino al de otros, y cuyo ejercicio no queda a su arbitrio puesto que deviene un deber ético frente a las personas subordinadas. También, las actuaciones del titular son funcionales, lo que significa que no puede ser modificado, suspendido y hasta suprimido, por subversión de su objetivo.

Podemos concluir, que este derecho se concede con vistas a una **finalidad** específica y concreta, que reside en el **favorecimiento de las relaciones humanas y la corriente afectiva entre el titular y el niño** (éste último de rango superior). Este derecho tiene, sin duda, los caracteres que habitualmente se atribuyen al derecho-deber, derecho-función o simplemente función.

## 7. TITULARES DE ESTE DERECHO.

Los titulares, en virtud al art. 95 del C.N. y A. son :

- **Progenitor no conviviente;**
- **Hijos/as niños/as y adolescentes** (no emancipados, matrimoniales o extramatrimoniales);
- **Familiares** ----- Hasta el 4º grado de Consanguinidad;
- **Familiares** ----- Hasta el 2º grado de Afinidad;
- **Terceros** ----- No parientes.

11 MAKIANICH DE BASSET, Lidia N. *Ibidem*. Pag. 82

## 8. FORMAS DE EJERCER EL RÉGIMEN DE RELACIONAMIENTO

Puede llevarse a cabo a través de distintas maneras, las que se fueron flexibilizando paulatinamente.

**8.1) En el domicilio del visitado:** es el derecho de visitas “strictu sensu”, y se ocurre a ella cuando no es posible que el derecho se satisfaga de manera mas provechosa a su finalidad.

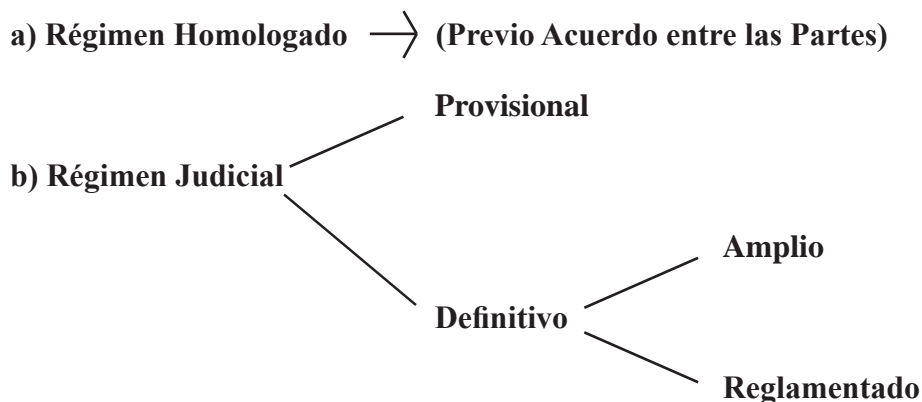
Este comporta solo contactos esporádicos, dentro de horarios predeterminados. Esta modalidad no satisface la finalidad de las visitas, pues posibilita por parte del que ejerce el régimen de convivencia, la supervisión de los encuentros, quitándole espontaneidad e intimidad. Sin embargo existen circunstancias que imponen tal modalidad (Por ejemplo, en los casos de niños muy pequeños, o con alguna enfermedad grave).

**8.2) El traslado del visitado al domicilio del visitador :** con esta variante se aflojan tensiones, pues los protagonistas no se sienten controlados o inhibidos. Ésta también presenta inconvenientes, tal es el caso en que el progenitor conviviente haya consolidado una nueva pareja, los interrogatorios por parte de ambos progenitores o los horarios rígidos, pueden plantearse siendo nuevos motivos de conflicto (celos).

**8.3) En otro lugar distinto de ambos domicilios :** Es una solución aconsejable en ciertos casos que las visitas se lleven a cabo en lugares distintos de los domicilios de ambos progenitores. Pero esto, en contrapartida hace perder intimidad y calidez, obliga al encuentro en lugares públicos o en casa de parientes o amigos. Esta tampoco parece una solución que de lugar a contactos fecundos.

**8.4) Convivencia transitoria:** Sería similar a una convivencia compartida o alternada. Usualmente verificados los fines de semana ( todos alternados o con variantes), parte de las vacaciones, cumpleaños, fiestas de Navidad y fin de año.

## 9. MODALIDADES



**Observación:** Las modalidades y sus variantes están sujetas a reglamentación y a las peculiaridades del caso.

### 9.1) Régimen de Relacionamento Reglamentado.

Este régimen, posibilita un **mejor control de cumplimiento y exigibilidad de ritualidad**. Permite disponer mas **claramente del tiempo** y efectuar una mayor **planificación** de tareas, pero por otro lado, puede mecanizar y quitar espontaneidad a la relación.

Sin embargo, hay circunstancias que solo hacen aconsejable este tipo de régimen, pues de lo contrario las **visitas amplias desordenarían** y aún podrían producir **caos en el desarrollo de las demás actividades** que ambos protagonistas deben efectuar. Hubo pronunciamientos judiciales que se manifestaron a favor de esta modalidad, por cuanto la precisión de los días y horas de visita evita eventuales complicaciones y conflictos para el funcionamiento del régimen.

### 9.2) Régimen de Relacionamento Amplio.

Requiere de ambos progenitores mayor **comprensión, tolerancia y adaptabilidad** circunstancial. Templanza y civilidad deben existir entre los progenitores. Sin embargo, el visitado debe contribuir para evitar que la amplitud –



que permite **mayor libertad y espontaneidad**- no conspire contra la existencia misma de la comunicación, trato paterno y materno – filial, ni conculque los derechos de quién tiene asignada la convivencia. Esta modalidad de visitas parece más adecuada a ciertas edades, **los adolescentes** son proclives a preferirlas, para evitar tener que constreñir y subordinar sus otras actividades, propias de una etapa progresiva de independencia de sus progenitores, a los horarios predeterminados de los regímenes mas o menos reglamentados.

Esta modalidad tiene en contra que no puede advertirse con facilidad **cuando resulta incumplido el régimen**, además que en caso que se pretenda su cumplimiento, será dificultoso determinar que habrá que exigir, pues lo que cada parte pudo entender con miras a la eficacia de la comunicación, o lo que resultare razonable según las circunstancias, constituyen estándares ambiguos subjetivos y de límites movibles

Sin embargo, las colegas especialistas en la materia, **Lourdes Barboza y Teresa Martínez** en su interesante y didáctica obra “*El nuevo paradigma de los derechos del niño*”<sup>12</sup> enseñan que: “*lo ideal es que los padres lo establezcan de común acuerdo, que el relacionamiento se dé en forma espontánea y natural. Se busca que solo en caso de desavenencia lo haga el Juez , quien tratará de avenir a los mismos a un acuerdo considerando el bienestar del hijo. El Juez puede recurrir al equipo técnico asesor, para evaluar la situación del niño en forma integral antes de resolver (...)*”. Debiendo el Juez de la Niñez resolverlo en base al criterio orientador del interés superior y a las reglas de la Sana Crítica

## 10. INCUMPLIMIENTO

### 10.1) Medidas preventivas, compulsivas, de ejecución directa y sancionatorias.

Antes de abordar al tema que nos ocupa en éste acápite, es preciso dar algunas aclaraciones.

Ante la disgregación familiar, la ley, la doctrina y la jurisprudencia, en

<sup>12</sup> BARBOZA, LOURDES; y MARTINEZ, TERESA. “El nuevo paradigma de los derechos del niño” Guía para la implementación de las leyes de la niñez y adolescencia en el Paraguay. Ed. QR Producciones Gráficas. Año 2005. Págs.114-116.

principio, con gran esfuerzo han ideado que a un progenitor se le atribuya la convivencia, y al otro no conviviente por contrapartida el relacionamiento y supervisión, y la asistencia alimenticia fijada mensualmente en una cuota monetaria líquida.

Hecha la salvedad podemos ingresar al análisis siguiente. Es muy frecuente, y hasta el hartazgo en nuestros tribunales la resistencia del progenitor conviviente al relacionamiento del progenitor no conviviente, que como bien enseña la Prof. Alicia Pucheta, se debe a la lógica consecuencia de la ruptura entre la pareja que trae problemas especiales. En este sentido se exige de parte del progenitor conviviente una mayor madurez y dosis de colaboración para no interferir el contacto entre los hijos y el progenitor no conviviente.

Asimismo lo mas grave es que cada progenitor descubre que los hijos son instrumentos muy eficaces de tortura y castigo al otro, y los recursos que se apelan al efecto son infinitos, y uno de ellos es el negarse a cumplir el régimen de visitas establecido por el Juzgado de la Niñez.

Debemos igualmente tener en cuenta que no solo es grave ésta circunstancia, sino la ineptitud o debilidad del Juez de la Niñez ante esta clase de conflicto, los justiciables previamente deben ser advertidos que la ley y las resoluciones judiciales no se discuten ni se negocian, se acatan y en ello no existe punto medio. Entiendo que tratamos con una jurisdicción delicada e intensa en cuestiones emocionales, pero el Juez debe hacer cumplir sus resoluciones y hacerse respetar, que como bien dice el eminente jurista argentino Guillermo Borda,<sup>13</sup> *“con prudencia y serenidad”*. Pero a mi criterio, repito, no solo es grave el incumplimiento del régimen, sino la excesiva debilidad de los Jueces para hacer cumplir el régimen en cuestión. Y cual es el resultado de esta actitud? - La Impunidad, y como dice la Dra. Makianich<sup>14</sup> *“que transcurran años sin que los padres puedan ver a sus hijos, lo que a veces los impulsa a desistir definitivamente ante la impotencia de sus esfuerzos”*, con las graves consecuencias que ello acarrea a la psiquis de los niños y adolescentes inocentes que nada tienen que ver con estos problemas.

Es enorme la responsabilidad de los magistrados ante éstos casos, de allí que es fundamental que la reacción del Juez, que en nuestro procedimiento es el Director con amplios deberes y facultades oficiosas, sea la de salvaguardar el interés

13 BORDA, Guillermo A. *“Manual de Derecho de Familia”* Undécima edición. Ed. Perrot. Bs. As. Argentina.

14 MAKIANICH de BASSET, Lidia N. *Ibidem.* Pag. 185.

del niño, y que en todos los casos sea prevalente o superior.

El Derecho comparado, la doctrina y la jurisprudencia de nuestros tribunales han construido un conjunto de medidas y sanciones, tanto para el padre o madre a quien ha sido atribuida la convivencia, y quien obstruya injustificadamente el relacionamiento.

## 10.2) Medios Civiles:

**10.2.1 Intimación** al cumplimiento ritual del régimen establecido por convenio o sentencia bajo apercibimiento de Astreintes;

**10.2.2 Aplicación de Astreintes**, multas civiles o sanciones pecuniarias , a modo de una cláusula penal impuesta judicialmente.

Esta facultad conminatoria del Juez, según el jurista argentino **Alvarado Velloso**<sup>15</sup> se la conoce desde el derecho francés como “astreintes”, y “consiste en la aplicación de una suerte de multa cuyo importe será a favor del litigante perjudicado por el incumplimiento”. La **Dra. Pucheta**<sup>16</sup> tiene otra opinión, y al respecto dice que el importe de las multas deben ser depositadas en una cuenta especial en el Banco Central del Paraguay ( Hoy en el Banco Nacional de Fomento), a la orden de la Corte Suprema de Justicia, destinándose a mejoras en la Administración de Justicia.

La idea fundamental que preside este instituto tiene por finalidad transformar una obligación incoercible (como la obligación de Hacer en el derecho de visitas ) - por otra coercible: la de dar sumas de dinero, a efectos de lograr el acatamiento del mandamiento judicial.

La condena debe ser:

**a) Proporcional**, al caudal económico, a los ingresos y los bienes que tenga el condenado, de lo contrario sería un despropósito y una mera expresión de deseo.

<sup>15</sup> ALVARADO VELLOSO, Adolfo. “El Juez. Sus deberes y Facultades”. 1982. DePalma. Bs. As. Argentina. Págs. 288, 289.

<sup>16</sup> PUCHETA DE CORREA, Alicia B. Op. cit. Pag. 226.

**b) Progresiva**, constituye la esencia misma del instituto, pues por solvente que sea un deudor llegará con certeza un momento en que no podrá soslayar el cumplimiento requerido.

Constituye una vía idónea e indirecta para lograr el total acatamiento a la primitiva sentencia que condenaba al cumplimiento de una obligación de hacer.

**10.2.3. Caucciones o garantías reales** que eviten que las astreintes o las sanciones o multas se tornen ilusorias.

**10.2.4. Imposición de sanciones combinadas** (multas civiles con garantías o cauciones).

**10.2.5. Cláusulas Penales**, si el pacto es convenido.

**10.2.6.** El Juez puede exigir que se **caucione adecuadamente lo convenido**.

**10.2.7. Condena** al resarcimiento de los **daños y perjuicios**.

**10.2.8. Medios de ejecución directa.** Aunque los psicólogos, psiquiatras y psicopedagogos aconsejan evitar al niño un sufrimiento que pueda afectarlo grave o irreversiblemente.

**10. 2. 9. Intimación** al cumplimiento bajo apercibimiento de modificar el régimen de convivencia (contemplado en nuestra legislación en el **art. 96 del C. N. y A.**).

**10.2.10. Modificación del régimen de relacionamiento, entregando la convivencia al “visitador”** si las circunstancias lo aconsejan. Con o sin visitas para el ex – conviviente. La utilización de esta medida es residual, debe ser moderada y con carácter **excepcional**.

**10.2.11. Intimación** bajo apercibimiento **de suspender al “conviviente”** en el ejercicio de **a autoridad paterna o patria potestad**.

**10.2.12. Suspensión** del ejercicio de la **autoridad paterna o patria potestad**. (art. 72 inc. f) del C. N. y A.)

**10.2.13.** Si las conductas **tipificaren causales de la pérdida de la patria potestad**, la **supresión** de ésta ( **art. 73 del C. N. y A.**)

**10.2.14. Allanamiento** de la casa de la Madre con auxilio de la **Fuerza Pública** para permitir las visitas del Padre. (en forma excepcional)

**10.2.15. Internación** del Menor en un colegio.

**10.2.16. Suspensión** por parte del “visitador” del pago de la cuota de **Asistencia Alimenticia**.

Es una medida ineficaz en casi todas las circunstancias. Sería a mi modesto entender, una sanción **inconstitucional e injusta**, ya que la cuota de asistencia alimenticia está destinada al niño y no al progenitor, y se lo estaría privando de ella por una conducta atribuible a quien ejerce la convivencia. Este derecho se encuentra protegido y garantizado por la Constitución, es decir es de jerarquía constitucional. Ninguna ley o resolución judicial puede violarla, o ser contraria a la misma, tal como lo establece el art. 137 in fine de la Ley Suprema de la República: **“Carecen de validez todas las disposiciones o actos de autoridad opuestos a lo establecido en esta Constitución”**, en concordancia con el art. 53 (De los hijos), y el art. 54 (De la protección al niño).

### **10.3) Medios Penales.**

**10.3.1.** En materia penal puede configurarse en los **hechos punibles contra la Familia**. Específicamente en el **art. 226 inc. 1), Delito de Violación del Deber de cuidado o educación**, tipificado en el Código Penal ( Ley N° 1160/97), y el hecho punible de **Resistencia** tipificado en el art. 296 del mismo cuerpo normativo. **Borda** sostiene que manejada la cuestión con prudencia por parte de los Jueces, resulta éste un medio eficazísimo para evitar la frecuente burla al régimen de visitas, por parte del **“conviviente”**.

Igualmente es una medida de carácter residual o **“ultima ratio”**, ya que constituye uno de los **medios más enérgicos de reacción** por parte del Estado.

Ahora bien, en cuanto al progenitor titular del derecho de visitas, pueden darse dos supuestos:

- a) **Que el visitador retenga indebidamente a los menores, o;**
- b) **Se abstenga de visitarlos en la medida y circunstancias autorizadas.**

**En el primer supuesto**, y siempre teniendo en cuenta que no son, por lo general, las medidas de carácter personal las más aptas para el aseguramiento de esta clase de derechos, el derecho patrimonial cuenta con un elenco de garantías personales y reales, así como medios compulsorios que aseguran en cierta forma, al acreedor, el cumplimiento de la obligación. Por otro lado, no debe perderse de vista que se está en presencia de una **Obligación de Hacer**, y que todo en esta materia es “muy relativo”, y además es poco propicio para establecer reglas generales, primando el interés superior del niño en todo caso, como brújula alrededor del cual se arbitrará la solución más adecuada. Las medidas y sanciones son las mismas que cité precedentemente, consecuentemente me remito a ellas.

La medida o solución más eficaz se encuentra en nuestro Código, mediante el procedimiento especial y sumarísimo de la “**Restitución**”, preceptuado en el **art. 94**, en caso de que **uno de los padres arrebató el hijo al otro**, el Juzgado de la Niñez convocará dentro de tercer día a los progenitores a una audiencia, ordenando la presentación del niño/a y **bajo apercibimiento de resolver la restitución del mismo en el hogar donde convivía**.

**En el segundo supuesto**, que se produce cuando el **progenitor no conviviente** no ejerce su derecho de relacionamiento con su hijo, también corresponde aplicarle las medidas y sanciones mencionadas. No obstante, existe un problema en este punto, (ya que tratamos de una Obligación de Hacer, insustituible, inalienable y personalísimo distinta a la Civil<sup>17</sup>) será difícil compeler al cumplimiento, pues habrá que sopesar **qué puede aparejar de positivo** para el niño el hecho de **que su padre cumpla el régimen de visitas, no en razón de una natural sentimiento, sino por imposición judicial, o presionado por sanciones** pecuniarias.

A criterio de la **Dra. Makianich**<sup>18</sup>, la ausencia imputable a dolo o culpa del padre o madre afecta la estructuración equilibrada psíquica del hijo, que necesita de ambos progenitores, generando así responsabilidad civil por Daño Moral y Patrimonial, debiéndose en consecuencia resarcir o indemnizar por la mencionada omisión.

Por último es interesante, como panacea en el tema que hemos analizado, la opinión autorizada de la **Dra. Alicia Pucheta**<sup>19</sup> que enseña cuanto sigue: “...en

17 ALVARADO VELLOSO, Adolfo. Op. cit. pag. 287.

18 MAKIANICH de BASSET, Lidia N. *Ibidem*. pag. 190,191.

19 PUCHETA DE CORREA, Alicia B. *Ibidem* pag.231.

la práctica el **método mas eficaz** ha de ser el de la **persuasión**, que requiere tiempo, es el Juez de Familia, quien deberá tratar que el tenedor (o ambos progenitores) comprenda que su negativa será en definitiva perjudicial para el menor...” Ante esto sería viable la aplicación de métodos alternativos de resolución de conflictos, como la **Mediación**, insertada en nuestro derecho positivo nacional por **Ley N° 1879/02**.

## **11. PROCEDIMIENTO:**

El procedimiento aplicado al Régimen de Relacionamiento es el Procedimiento General de la Jurisdicción de la Niñez y la Adolescencia, preceptuado en los arts. 167 al 182 del C.N.y A, ya que no tiene establecido un Procedimiento Especial, y se regirá subsidiariamente al Código Procesal Civil. Los principios que rigen a dicho trámite son: el de gratuidad, concentración, inmediatez, bilateralidad, y reformabilidad de la resolución.

Los únicos procedimientos especiales contemplados son :

- a) **De Adopciones** (Ley 1136/97);
- b) **Maltrato** (Ley especial);
- c) **Filiación** (Art. 683 y concordantes del C.P.C. “Procedimiento Sumario”, y arts. 183 con Alegatos y 184 preferencia de A.D.N. del C.N. y A.);
- d) **Asistencia Pre-Natal, y Asistencia Alimenticia** (arts. 185 al 190);
- e) **De la Restitución** ( art. 94 C.N. y A.) y **Autorización para Viajar al Exterior** (arts. 94, 100 y 101 del C.N.y A.)
- f) **Ofrecimiento de Asistencia Alimenticia y Pre- Natal. (Ley especial)**



## 12. CONCLUSIÓN

En el régimen de relacionamiento, como derecho subjetivo familiar o derecho funcional aun existen cuestiones que en la actualidad son motivos de debate: **la viabilidad o no** del régimen de relacionamiento a favor del **progenitor no conviviente negligente o deliberado incumplidor del rol paterno o materno**, que no cumple con el derecho-deber del ejercicio de la patria potestad, y por que no decirlo el cumplimiento de la asistencia alimenticia, teniendo los medios económicos para hacerlo. Hasta que punto podría beneficiarse con éste instituto a un progenitor que incumple con su rol natural y elemental de criar, alimentar, orientar y cuidar a sus retoños? Sin embargo, existe una muralla impasable, el interés superior del niño, ya que es de interés del hijo, de su estabilidad psicológica y emocional continuar el relacionamiento con sus progenitores.

No obstante, se ha descrito ampliamente el problema que suscita en esta materia la mala fe o renuencia, tanto del progenitor que obstruye como el progenitor co-titular de las visitas, en cuanto que las medidas y sanciones son hasta cierto punto eficaces, y por otro la importancia de la persuasión, por medio de dos métodos, la conciliación a cargo del Juez, y la mediación a cargo de un tercero imparcial especializado. Es notoria la importancia de ellos ante la limitación de los instrumentos que tiene a mano el Poder Judicial ante los conflictos familiares, sumado a esto, la excesiva debilidad que demuestran en algunos casos ciertos Jueces de la Niñez.

Con sincera convicción, estoy de acuerdo en que el Juzgado de Niñez, con prudencia, debe ejercer el poder jurisdiccional del que está investido “**el imperium**”, a fin de evitar que el derecho se altere o violente ante situaciones injustas o antijurídicas.

Por tanto debe aplicar las herramientas a su alcance, teniendo en cuenta que tratamos de personas en desarrollo, y que del magistrado en la mayoría de los casos depende que un niño o adolescente pueda salir adelante, ante la dolorosa realidad de padres que no comprenden que **son ellos los que dejan de vivir unidos, y no sus hijos**.

Sin olvidar que la cuestión fundamental para la solución o resolución de conflictos familiares en todos los casos, no provienen de la **razón**, sino del **corazón**.

### 13. BIBLIOGRAFÍA

**Pucheta de Correa, Alicia B.** “Derecho del Menor. Instituciones. Derecho de Visitas”. Legislación comparada. Jurisprudencia. Tomo II. Edit. La Ley Paraguaya s.a. Marzo – 2000. Asunción, Paraguay.

**Pucheta de Correa, Alicia B.** “Manual de Derecho de la Niñez y la Adolescencia”. Edic. QR producciones gráficas. 2001. Asunción, Paraguay

**Pucheta Ortega, Justo.** “Manual de Derecho Paraguayo Social de Familia”. Edic. Edipar. srl. Mayo – 1993. Asunción, Paraguay.

**Barboza, Lourdes ; y Martínez, Teresa Compendio... Niñez. Tomo II.** Instrumentos jurídicos nacionales. Código de la Niñez y Adolescencia. Ley de Adopciones. QR. Producciones gráficas. Setiembre – 2001. Asunción, Paraguay.

**Alfonso de Bogarín, Irma.** Manual de Derecho de la Niñez. Aspectos esenciales. Q.M. edic . 2007. Asunción, Paraguay..

**Barboza , Lourdes ; y Martínez, Teresa.** “El nuevo paradigma de los derechos del niño” Guía para la implementación de las leyes de la niñez y adolescencia en el Paraguay. Edic. QR Producciones Gráficas. Enero – 2005. Asunción, Paraguay.

**Borda, Guillermo A.** “Manual de Derecho de Familia”. Edic. Abeledo Perrot. Bs. As. Argentina.

**Stilerman, Marta N.** “Menores. Tenencia. Régimen de Visitas”. Edic. Universidad s.r.l. Año 1992. Bs. As. Argentina

**Bossert, Gustavo; y Zannoni, Eduardo.** Manual de Derecho de Familia. Edic. Astrea. Marzo – 2003. Bs. As. Argentina.

**Ossorio, Manuel.** Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales. Edit. Heliasta. Octubre – 1997. Bs. As. Argentina.

**Makianich de Basset, Lidia N.** “Derecho de Visitas”. Edic. Benavent hnos. s.a. Junio – 1993. Bs. As. Argentina.

**Couture, Eduardo J.** “Vocabulario Jurídico”. Edic. De Palma.1996. Bs. As. Argentina.

**Alvarado Velloso, Adolfo.** El Juez. Sus Deberes y Facultades. Edic. Depalma 1982. Bs. As. Argentina.

**Revista Jurídica del C.E.D.U.C.** Facultad de Ciencias Jurídicas y Diplomáticas de la Universidad Católica de Asunción. 8° Edic. Año 1999. Edic. y Arte. Asunción, Paraguay.

#### 14. LEGISLACIÓN CONSULTADA

- **Constitución Nacional.** Con sus fundamentos. J. M. Plano de Egea.
- **Código de la Niñez y la Adolescencia.**
- **Código Procesal Civil.** Con repertorio de Jurisprudencia. Ricardo. A. Pane.
- **Código Penal.** Concordado y referenciado. J. M. Plano de Egea.
- **Ley N° 1136/97 de Adopciones.**
- **Ley N° 1879 de Arbitraje y Mediación.**

## DETERMINADOS ASPECTOS DEL REGIMEN PATRIMONIAL CONCUBINARIO

### Ley 18.246

*Dra. Beatriz Aida Gilardino Bixio*

Comenzaremos por analizar uno de los aspectos más controvertidos de la ley 18.246 (Unión concubinaria), como lo es, **el momento de nacimiento de la nueva sociedad de bienes**, contemplado en su **artículo 5°**.

Antes que nada debemos decir que la ley 18.246 ha querido dar solución a aquellas situaciones de parejas (tanto heterosexuales como homosexuales), cuyos integrantes, (ambos solteros, uno de ellos casado o ambos casados con terceras personas) luego de vivir muchos años juntos, de haber construido una familia y haber adquirido bienes con el esfuerzo común, uno de los integrantes de la pareja fallecía, y el otro se quedaba totalmente desamparado, o se separaban y los bienes habían sido adquiridos a nombre de uno de ellos. Durante todos estos años, doctrina y jurisprudencia han dado respuesta a esta situación a través de dos institutos del derecho civil común, como el enriquecimiento sin causa y las sociedades de hecho.

Esta ley ha tenido como finalidad crear un marco regulatorio específico y propio para este tipo de relaciones, a las que llamó Uniones Concubinarias. En este sentido, entonces, no podemos dejar de reconocer, que no obstante las dificultades que presenta, ella significa un gran paso para nuestro derecho positivo y para nuestra sociedad, en virtud del crecimiento que ha venido teniendo este tipo de uniones.

En el campo de las dificultades, debemos mencionar que su redacción no ha sido clara, ha incurrido en omisiones y contradicciones, por lo que se hace imprescindible que por la vía interpretativa logremos darle un sentido que se condiga con el espíritu de la norma, que permita la armonía entre todas sus partes y la coherencia con el orden jurídico al que pertenece.

Este art. 5° comienza diciendo que la declaratoria de reconocimiento judicial del concubinato tiene por objeto determinar:

La fecha de comienzo de la unión

La indicación de los bienes que han sido adquiridos con el esfuerzo o caudal común, para determinar las partes integrantes de la nueva sociedad de bienes.

Hasta acá todo parece muy claro, cuando se dan los requisitos que prevé la ley en sus primeros artículos, se presenta la solicitud de reconocimiento y la resolución que recaiga sobre el mismo dirá en qué fecha comenzó ese concubinato y cuáles son los bienes que desde esa fecha se han adquirido con el esfuerzo o caudal común, los que integrarán la nueva sociedad de bienes.

Pero, el mismo artículo 5° continúa diciendo: El reconocimiento inscripto de la unión concubinaria dará nacimiento a la nueva sociedad de bienes que se sujetará a las disposiciones que rigen la sociedad conyugal, en cuanto le sean aplicable.

De atenernos al tenor literal de este inciso deberíamos concluir que la nueva sociedad de bienes recién nace con la inscripción. Pero de la lectura de este artículo en su totalidad, así como del texto de los demás artículos, esta no parece ser la interpretación correcta.

En su mérito han surgido distintas posiciones doctrinarias, veamos:

1 - El Dr. Arezzo se afilia a esta interpretación, entendiendo que la inscripción del reconocimiento de la unión concubinaria en el Registro tiene efecto constitutivo sobre la nueva sociedad de bienes<sup>1</sup>.

2 - Por su parte las Dras. Mabel Rivero y Beatriz Ramos<sup>2</sup>, por un lado y la Esc. Carozzi<sup>3</sup> por otro, entienden que el régimen concubinario nace entre las partes al quedar ejecutoriada la sentencia de reconocimiento judicial recaída en juicio. (La inscripción la hace oponible a terceros).

**Si entendiéramos que la nueva sociedad de bienes nace con la inscripción en el Registro Nacional de Actos Personales (Sección Uniones Concubinarias, creada por esta misma ley), cómo explicaríamos las siguientes interrogantes:**

- El literal B) del inciso primero del art. 5° establece que la declaratoria del reconocimiento determinará las partes constitutivas de la nueva sociedad de bienes, cómo explicamos que la resolución judicial declare cuál es el contenido de la nueva sociedad y por otra parte no la crea? No

1 AREZO, E., Ley 18.246-Unión Concubinaria, AEU, Montevideo, 2008

2 RIVERO, M.-RAMOS, B., Unión Concubinaria. Análisis de la Ley 18.246, F.C.U., Montevideo, 2008.

3 CAROZZI, E., Ley de Unión Concubinaria, F.C.U, Montevideo, 2008, págs. 82 y ss.

parece lógico determinar el contenido y no la forma donde contenerlo. Un contenido que de no producirse la inscripción, dejaría al concubino en la misma situación anterior a la ley.

- La resolución judicial, para esta posición, sería un mero acto administrativo, que de no cumplirse con la inscripción no tendría valor alguno? Pero el juez tiene la potestad de rechazar la solicitud de reconocimiento por la falta de alguno de los requisitos que establece la ley, entonces su alcance va más allá del simple acto administrativo.
- Por qué motivo el legislador eligió una instancia jurisdiccional, previendo la posibilidad de un contradictorio, si la nueva sociedad podría haber nacido con la simple inscripción?
- La publicidad normalmente es declarativa y sólo por excepción lo es constitutiva.

Al respecto citaremos al Prof. Jorge Gamarra<sup>4</sup> que entiende que *“La función del Registro es llevar a conocimiento de terceros un acto jurídico. El registro otorga publicidad, lo vuelve notorio. La inscripción transporta el conocimiento del acto extra partes, fuera del cerco limitado que forman los contratantes”*.

*“La excepción es la publicidad constitutiva, normalmente, sirve para hacer oponible un derecho personal o para resolver conflictos de derechos de distintos sujetos sobre un mismo bien, y entonces es declarativa”*.

La función del Registro es llevar a conocimiento de terceros un acto jurídico, sirve para hacerlo oponible a terceros. Por qué en el caso de la unión concubinaria su efecto debería ser constitutivo, cuando ello es la excepción?

- El Registro Nacional de Actos Personales está integrado por varias Secciones, entre ellas se encuentra la de Regímenes Matrimoniales, donde se inscriben las Capitulaciones Matrimoniales, las Disoluciones de Sociedad Conyugal y las Modificaciones y Cancelaciones (arts. 1945 y 1996 del C.C.), en todas ellas la publicidad es declarativa, por qué en este caso vamos a entender lo contrario?

4 GAMARRA, J., Tratado de Derecho Civil Uruguayo, T.II, Montevideo, F.C.U., Tercera Edición,

## INTERPRETACIÓN DE LA NORMA

Para llegar a la conclusión de que la nueva sociedad de bienes nace con la resolución judicial de reconocimiento del concubinato, debemos Interpretar la norma, basándonos en el Método previsto en el art. 20 del C. Civil, que dispone: “*el orden jurídico es un todo sistemático, por el cual el significado de la norma debe interpretarse en ese contexto y cada una de sus partes debe guardar la debida correspondencia*”.

Al decir del Prof. Emilio Betti <sup>5</sup> “*La lógica del derecho es algo más que una pobre lógica formal de las singulares proposiciones legislativas y es misión del intérprete espiritualizarla considerando en ella inmanente el momento teleológico y dándose cuenta de la coherencia del sistema en su totalidad*”.

Como sostiene el Dr. Alberto Liard<sup>6</sup> “*La significación de la norma no se alcanza con la sola consideración de su ratio legis, esto es, con el fin social y las valoraciones que la determinan. Esta axiología original e inmanente es necesario complementarla-para obtener su plena significación práctica actual- con la consideración sistemática, que supone encuadrarla en el instituto del que forma parte y en el Orden Jurídico y en el ambiente cultural en que se inserta, todos en constante cambio y por consiguiente con incidencia decisiva en la significación de la norma. Encuadre sistemático que Betti(ob.cit.) denomina “el canon de la totalidad y coherencia en la hermenéutica”, criterio de iluminación recíproca entre parte y todo, cuya alteridad consiste en “recabar de los elementos singulares el sentido del todo y de entender el elemento singular en función del todo del que es parte integrante”*

Art. 20 del C. Civil, dispone: “*El contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia*”.

## CONTRADICCIONES DEL ART. 5º. DE LA LEY

En este sentido, el art. 5º en cuanto dispone que: El reconocimiento inscripto de la unión concubinaria dará nacimiento a una sociedad de bienes que se sujetará a las disposiciones que rigen la sociedad conyugal en cuanto le sean aplicables,

<sup>5</sup> BETTI, E., Interpretación de la Ley y de los actos jurídicos, Trad. José L. De los Mozos, 1975, cit. por ALONSO LIARD, A., Reflexiones sobre el Método en el Derecho Privado positivo- L.J.U. Doctrina 3.-

<sup>6</sup> ALONSO LIARD, A., “Reflexiones sobre el Método en el Derecho Privado positivo”, L.J.U. Doctrina 3.



se contradice con los otros incisos del mismo artículo, así como con las restantes disposiciones de la ley .

Veamos algunas de esas contradicciones:

- **el literal B) del primer inciso del art. 5º** establece que la declaratoria del reconocimiento determinará las partes constitutivas de la nueva sociedad de bienes, porque está previendo el nacimiento en ese mismo momento de esa nueva sociedad.
- **el Literal A) del art. 9º de la ley 18.246 (Del procedimiento para la Disolución)** prevé la hipótesis de la disolución de una sociedad que no haya sido reconocida judicialmente. Para ello la sentencia que disponga la disolución deberá pronunciarse sobre las indicaciones previstas en el art. 5, (esta, como ya vimos, son: determinar la fecha de inicio y los bienes que la constituyen), le está reconociendo al juez la autoridad para dar vigencia a una sociedad antes de disolverla, porque de lo contrario qué estaría disolviendo?
- **el art. 7º que prevé que:** “*A partir del reconocimiento judicial del concubinato, regirán entre los concubinos las mismas prohibiciones contractuales previstas en la ley respecto de los cónyuges*” Qué sentido tendría este artículo si la sociedad de bienes de la unión concubinaria no naciera con el reconocimiento judicial?

Como vemos, interpretando que la sociedad de bienes nace con la resolución o sentencia de reconocimiento judicial (una vez que esta quede firme) logramos que exista la debida armonía y correspondencia entre todas las partes de la norma.

Siguiendo esta línea de análisis veamos otras fuentes de interpretación, para reforzar esta posición, así el Art. 17 dispone: “*...para interpretar una expresión oscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu, claramente manifestados en ella o en la historia fidedigna de su sanción*”.

Por su parte el Art 16 dice: “ *Cuando ...no pueda resolverse por las palabras ni por el espíritu de la ley de la materia se acudirá a los fundamentos de las leyes análogas; y si todavía subsistiera la duda, se ocurrirá a los principios generales de derecho y a las doctrinas más recibidas, consideradas las circunstancias del caso.*”

## ESPÍRITU DE LA LEY Y SU HISTORIA FIDEDIGNA

En el caso de la ley 18.246, tanto de la exposición de motivos como de la discusión parlamentaria, surge que su espíritu y su historia fidedigna demuestran que la intención del legislador ha sido la de proteger al concubino vulnerado en sus derechos, salvaguardando sus derechos patrimoniales.

En varias oportunidades se expresó la pretensión de dotar de mayor certeza y seguridad a quienes optan por una forma de unión diferente al matrimonio, creando a dichos efectos, un marco jurídico propio. Pero también es cierto que se pretendió conservar intacto ese derecho a la libertad de opción sin imponer formas o conductas obligatorias.

Concluimos, entonces, que por su espíritu e historia fidedigna, la interpretación que le demos a esta norma deberá estar orientada a la protección de los derechos que hasta ahora se veían vulnerados. Considerando que esa protección va a estar dada por el ámbito jurisdiccional, encargado de brindarles certeza y seguridad.

## FUNDAMENTO DE LEYES ANÁLOGAS

La ley 18.246 dispone que la sociedad de bienes se sujetará a las disposiciones que rigen la sociedad conyugal en cuanto le sean aplicables

Sin perjuicio de esta remisión expresa, debemos considerar su analogía con las normas que rigen la sociedad conyugal.

El Prof. Eduardo Vaz Ferreira<sup>7</sup>, en su Tratado de la Sociedad Conyugal, manifiesta que la palabra “comunidad” utilizada en nuestro derecho lo ha sido en el mismo sentido amplio de la ley alemana, para indicar que se trata de un régimen en que domina la idea de un interés común, en que se considera común el producido económico de los trabajos y economías de marido y mujer.

La comunidad de bienes que nace del concubinato tiene el mismo fundamento y va por el mismo camino que la sociedad conyugal. En el concubinato también domina la idea de un interés común y será común el producido económico de los trabajos y economías de cada uno de los concubinos.

7 VAZ FERREIRA, E., *Tratado de la Sociedad Conyugal*, F.C.U., Montevideo, 1997. -

Como sabemos, la sociedad conyugal (si los cónyuges no optan por otra forma de administración) comienza simultáneamente con la celebración del matrimonio. Es de suponer que se partía de la idea de que los cónyuges comenzaban su vida en común a partir de allí y no desde antes, su comunidad de esfuerzo, que redundaría en caudal común, comenzaba a partir de dicha celebración. Entonces, es desde la unidad de vida en común que dicha sociedad tiene su fundamento.

La sociedad concubinaria debe nacer con la resolución de reconocimiento, ya que es en ese momento que la convivencia de los concubinos adquiere certeza en su fecha de inicio y en el patrimonio que la constituye. Ese acto será el buscado por los integrantes de la unión concubinaria, ese acto es el que los lleva a darle forma jurídica propia a su convivencia. Ese acto es el que los coloca en una situación jurídica diferente, es el que reconoce su convivencia. La inscripción en el registro es posterior al nacimiento de esa nueva situación jurídica. Entre los integrantes de la pareja del concubinato lo que es relevante es que exista una forma específica y propia para determinar con certeza la existencia de esa sociedad de bienes. La inscripción se encargará de ponerla en conocimiento de terceros y por ende hacerla oponible a estos.

## PRINCIPIOS GERALES DEL DERECHO

Son los enunciados normativos más generales que expresan un deber de conducta para los individuos, se entiende forman parte del ordenamiento jurídico, porque le sirven de fundamento.

El art. 16 del C.C. reconoce a los principios generales del derecho como fuente supletoria de derecho. Al respecto, consideramos como sostiene el Dr. Héctor Barbé Pérez<sup>8</sup> que: “...sería ontológicamente absurdo y lógicamente contradictorio que siendo principios generales, sólo se apliquen si no hay texto, sino que los textos deben estar de acuerdo a los principios y los principios de acuerdo a la naturaleza de las cosas”.

Estos principios son utilizados para integrar o para interpretar normas jurídicas.

En nuestro derecho están consagrados en la propia Constitución de la República, y la amplitud del art. 72 nos permite concluir que nuestro derecho positivo

8 BARBÉ PÉREZ, H., “Principios Generales del Derecho”, en Estudios Jurídicos en Homenaje a J. J. Amézaga, Facultad de Derecho Universidad de la República, Montevideo, 1958, pp. 38 ss.

admite la vigencia de otros derechos fundamentales además de los enumerados por ella.

Las normas deben contemplar intrínsecamente estos principios y no pueden ir en contra de ellos. Si están insitos en ella, entonces, su argumentación siempre será valedera.

Cuando no pueda resolverse por las palabras, o por el espíritu de la norma y su historia fidedigna o por los fundamentos de leyes análogas), recurriremos a los principios generales del derecho, entre ellos el de equidad para la solución justa de los conflictos jurídicos.

## CONCLUSIÓN

Nosotros entendemos que con la Resolución o Sentencia judicial de reconocimiento de la unión concubinaria ( una vez firmes) queda constituida la nueva sociedad de bienes concubinarios (entre las partes), se disuelve la sociedad conyugal o la sociedad de bienes derivada de concubinato anterior que estuviere vigente entre uno de los concubinos y otra persona. Esa sociedad queda integrada por aquellos bienes que hayan sido declarados como adquiridos con el esfuerzo o caudal común por ambos concubinos desde la fecha de inicio de la relación.

A partir del momento en que la resolución quede firme o la sentencia pase en autoridad de cosa juzgada esa sociedad pasará a regirse por las normas de la sociedad conyugal, (en cuanto le sean aplicables, salvo que los concubinos optaren de común acuerdo, por otra forma) y a partir de ese momento los concubinos tendrán las mismas prohibiciones contractuales de los cónyuges entre sí.

Esta nueva sociedad será oponible a terceros desde la inscripción en el Registro de Actos Personales, Sección Uniones Concubinarias.-

## UNO DE LOS TEMAS QUE EL LEGISLADOR NO PREVIÓ Y PLANTEA PROBLEMAS DE RESOLUCIÓN

El Art. 8° de la ley 18.246 prevé cómo se disuelve la unión concubinaria: por sentencia de disolución; por fallecimiento de uno de los concubinos y por declaración de ausencia.

No se previó como causal de disolución la celebración de matrimonio posterior de uno de los concubinos con otra persona.

No obstante no estar previsto, por una razón de lógica y de equidad, parecería que si la nueva sociedad concubinaria disuelve la sociedad conyugal vigente al momento de su creación, la nueva sociedad conyugal disolvería la sociedad concubinaria preexistente.

Pongamos el caso de dos concubinos que promueven el reconocimiento de su unión concubinaria, obtienen el mismo, pasan a formar parte de una sociedad de bienes concubinaria regida por las normas de la sociedad conyugal. Transcurridos algunos años, se separan y uno de ellos contrae matrimonio con otra persona. Van a coexistir dos sociedades de bienes, la concubinaria y la conyugal derivada del matrimonio de uno de ellos. Evidentemente no se dieron ninguna de las causales que la ley previó como de extinción de la unión concubinaria. La celebración del matrimonio da fecha cierta de comienzo de la sociedad conyugal.

En la discusión parlamentaria uno de los puntos en que se hizo hincapié fue que “No es posible; no lo permite esta ley...No va a haber ninguna posibilidad de que una persona tenga una sociedad de bienes con otra persona, sea de un concubinato anterior o de un matrimonio, y luego cree una nueva sociedad de bienes”. Pero sólo se previeron los regímenes matrimoniales o derivados de una unión concubinaria vigentes al momento de nacer la nueva sociedad de bienes de la unión concubinaria. Y por el contrario no se previeron las nuevas situaciones jurídicas que pudieran darse con posterioridad, como la que acabamos de señalar.

## BIBLIOGRAFÍA

ALONSO LIARD, A., “Reflexiones sobre el Método en el Derecho Privado positivo”, L.J.U. Doctrina 3.

AREZO, E., *Ley 18.246-Unión Concubinaria*, AEU, Montevideo, 2008

BARBÉ PÉREZ, H., “Principios Generales del Derecho”, en *Estudios Jurídicos en Homenaje a J. J. Amézaga*, Facultad de Derecho Universidad de la República, Montevideo, 1958, pp. 38 ss.

BETTI, E., *Interpretación de la Ley y de los actos jurídicos*, Trad. José L. De los Mozos, 1975, cit. por ALONSO LIARD, A., *Reflexiones sobre el Método en el Derecho Privado positivo*- L.J.U. Doctrina 3.-

CAROZZI, E., *Ley de Unión Concubinaria*, F.C.U, Montevideo, 2008, págs. 82 y ss.

GAMARRA, J., *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*, T.II, Montevideo, F.C.U., Tercera Edición.

RIVERO, M.-RAMOS, B., *Unión Concubinaria. Análisis de la Ley 18.246*, F.C.U., Montevideo, 2008.

VAZ FERREIRA, E., *Tratado de la Sociedad Conyugal*, F.C.U., Montevideo, 1997.

## “CAMPEBINOS HISTORICAMENTE DESASISTIDOS”

### Hoy la Defensa Pública garante sus derechos

por *Ciro Ramón Araujo*

*Defensor Público General (E) de la República Bolivariana de Venezuela*

La Defensa Pública en la República Bolivariana de Venezuela es un órgano constitucional del Sistema de Justicia que tiene por misión garantizar el derecho a la defensa gratuita a todos los ciudadanos y ciudadanas, prestando un servicio de orientación, asesoría, asistencia y representación legal eficiente y eficaz, en los ámbitos de su competencia, contribuyendo con una administración de justicia imparcial, equitativa y expedita.

En ese contexto, la Defensa Pública venezolana en aras de contribuir con el conocimiento doctrinario de las Defensas Púbricas de Latinoamérica presenta este tema para esta prestigiosa revista, relacionado con una de las materias más importantes que ocupan la esfera de competencia de esta Institución, como lo es la materia agraria. Para ello, es importante conocer de primera mano los orígenes de la propiedad en Venezuela y hacer un breve recorrido por nuestra historia pre – colombina, colonial y contemporánea.

#### ANTECEDENTES

En la América prehispanica no se concebía la propiedad privada como es conocida hoy día, sin embargo, existen reseñas históricas que señalan que los Aztecas se configuraron como una raza dominante de una inmensa zona territorial, en efecto, dicha raza estaba compuesta por grupos sociales claramente demarcados, pues, parte de los territorios dominados por ella pertenecían proporcionalmente a la nobleza y a los guerreros. Luego de la llegada de los españoles al nuevo Continente, el origen de la estructura y tenencia de la tierra se fundamentó en la Bula Papal del 04 de mayo de 1493, en la cual el Papa Alejandro VI, donó a las Coronas de España y de Portugal todas las tierras descubiertas y aquellas que se descubrieren en el futuro. Es precisamente a través del mencionado instrumento donde se fundamento el derecho de propiedad para los conquistadores o “invasores” sobre el vasto continente americano, tal como lo señala la Magistrada Luisa Estella Morales, actual Presidenta del Tribunal Supremo de Justicia en su obra *“Las Tierras Púbricas: Baldías y Propiedad Privada.*



*Breve Reseña Histórica”, al establecer que de esa manera quedó “legitimada la propiedad real sobre los territorios americanos, convirtiéndola en voluntad divina sin importar que las personas y las naciones colonizadas no pertenecieran al Papa que hacía donación de ellas. Los territorios americanos fueron considerados “ociosos” y sus pobladores ‘naturaleza’ con lo cual la apropiación y la dominación quedaban formalmente legitimadas nada menos que por el representante de Dios en la Tierra (luego los habitantes del Tercer Mundo seríamos considerados finalmente humanos, aunque no totalmente, somos una suerte de europeos incompletos, subdesarrollados: seres que no hemos completado nuestra evolución “hasta la cúspide de las especies” donde reina el hombre blanco, de origen europeo y varón)”.*

### **Haberes Militares**

Posteriormente, el Libertador Simón Bolívar ofreció a todas aquellas personas que lo acompañaran en su gesta independentista de la América, tierras como premios por los servicios prestados a la naciente República, es por ello que a esta lucha de independencia se sumaron campesinos, indígenas, negros, entre otros, que soñaban con su libertad, razón por la cual se dictó la **Ley de Repartimiento o de Haberes Militares**, la cual, vista la traición de la cual fue objeto el Libertador, nunca se aplicó y esos haberes militares fueron adquiridos por la nueva clase dominante para la época, es decir, los militares oficiales superiores, lo cual originó frustración en los grupos desposeídos.

### **Situación Agraria Contemporánea**

Los procesos de Reforma Agraria suscitados en América Latina entre las décadas de los años 50 y 60 del siglo pasado, intentaron modificar la situación de injusticia en lo que respecta a la distribución equitativa de las tierras con vocación agraria a través de las figuras de expropiación, compra de grandes propiedades y su redistribución a través de adjudicaciones a campesinos sin tierras. Se buscó con estas medidas calmar movimientos campesinos que de una forma u otra buscaban tener una participación política en el Estado.

Así vemos, que en el primer estatuto agrario publicado en el año 1949, se creó el extinto Instituto Agrario Nacional (IAN), consagrando como principio rector

la desaparición del Latifundio originado de las figuras jurídicas implementadas por la corona española y naciente de las guerras de independencia.

Posteriormente, durante la vigencia de la derogada **Ley de Reforma Agraria (1960)**, los mecanismos de acción implementados por el Estado no surtieron los efectos esperados en virtud de lo novedoso de la materia, ya que no existía un engranaje entre las diferentes instituciones del Estado, entiéndase, entre el adjudicatario y los entes crediticios públicos. En virtud de ello, no se generó en la época un justo apoyo económico para la producción agrícola lo cual redundó en la inexistencia de una actividad productiva eficiente, allí radicó el fracaso de la Reforma Agraria en Venezuela.

Luego, en el marco de la Reforma Agraria de 1961, se observa que existían Comités de Tierras destinados a lograr el reconocimiento por parte del Estado del derecho de propiedad agraria a favor de los campesinos, derecho éste que nacía de la posesión que los mismos ejercían sobre las tierras que venían explotando. Por otro lado, se debe señalar que los grupos campesinos pretendían la reorganización del crédito y la asistencia integral del Estado. Los campesinos en esa época se organizaban en la llamada Federación Campesina de Venezuela, siendo el caso, que los Directivos de esta asociación permitieron la explotación del campesino por los grandes latifundistas, razón por la cual fue intervenida por la Asamblea Nacional Constituyente Venezolana del año 1.999.

Como quedó expuesto, todos los procesos agrarios reformistas que ocurrieron en el siglo XX fracasaron rotundamente, ya que no se logró una verdadera redistribución de la tierra, lo que impidió la incorporación del campesino al trabajo de la misma. Otra causa por la que no se logró el éxito de las reformas agrarias la encontramos en el hecho de que las políticas de redistribución de las tierras no fueron integrales, es decir, no se contó con créditos, obras de infraestructura, seguimiento y capacitación. En conclusión, en las reformas anteriores no se distribuyeron tierras a los hombres, sino hombres en las tierras. Asimismo, este descalabro derivó del interés de los países imperialistas y las empresas agroindustriales trasnacionales en que los países de América Latina no logaran su independencia alimentaria y conservaran su dependencia de las importaciones de alimentos, pues, lo contrario significaría perder el control total de esta parte del continente.

En ese mismo orden de ideas debemos indicar, que ese fracaso también se originó en la aplicación de la llamada Revolución Verde implementada por las grandes

potencias en los países subdesarrollados, por cuanto se obligaba a los campesinos a producir determinados rubros que resultaban necesarios a la agroindustria transnacional con aplicación de métodos y formas que afectaron el medio ambiente y la biodiversidad existente, originando en algunas zonas la desertificación de los suelos por su mal uso. De igual forma, mediante ese plan o programa se obligó al monocultivo, lo cual trajo como consecuencia que el campesino ni siquiera consumía lo que producía, sino que se veía obligado a comprar sus alimentos en el mercado de bienes con los pocos ingresos que generaba su actividad.

De allí, que Venezuela se registraba uno de los índices más altos de concentración de tierras en pocas manos. Según el censo agrícola de 1998, el 5% de los productores acaparaban el 75% de las tierras agrícolas del país, mientras que el 95% de pequeños productores se veían obligados a repartirse el 25%. Esta situación produjo el éxodo campesino hacia las grandes ciudades y la formación en sus cerros, de los cinturones de miseria.

El 10 de diciembre de 2001, el legislador patrio, en cumplimiento de los preceptos constitucionales consagrados en los Artículos: 299, 304, 305, 306 y 307 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, sancionó la primera Ley de Tierras y Desarrollo Agrario. Es con este instrumento legal que el campesino venezolano comenzó a contar con verdaderas políticas y reformas que lo reivindicaron como persona y trabajador del campo.

Esta Ley, cuya última reforma data del año 2010, prevé por una parte mecanismos de rescate de tierras ociosas o de uso no conforme y su adjudicación a los campesinos, y por la otra, procedimientos administrativos y judiciales, creando para ello una jurisdicción especial agraria y previendo la participación de la Defensa Pública, a través de la Defensoría Especial Agraria, en la garantía de la tutela judicial efectiva del derecho a la defensa de los campesinos y pescadores beneficiarios de la aplicación de dicha Ley, función que hasta entonces realizaban las Procuradoras y Procuradores Agrarios Nacionales, suprimiendo en consecuencia la Procuraduría Agraria Nacional.

En virtud de ello, en el mes de diciembre de 2007, bajo la vigencia de la reforma de la precitada Ley del año 2005, el Tribunal Supremo de Justicia, órgano al cual, hasta el año 2010, se encontraba adscrita la Defensa Pública, asumió la defensa de los campesinos y campesinas, pescadores y pescadoras, acuicultores y acuicultoras, creándose como nueva competencia las Defensorías Públicas en materia

Agraria y designándose un grupo de Defensoras y Defensores Públicos Agrarios. Cabe señalar, que a la fecha la Defensa Pública cuenta con 67 Defensorías a nivel nacional competentes en esta materia.

Es así, que la Defensa Pública Agraria en Venezuela tiene como función garantizar a los beneficiarios de la ley de Tierras y Desarrollo Agrario, el ejercicio del derecho constitucional a la defensa en todo grado y estado del proceso judicial y administrativo, la preeminente defensa de los Derechos Humanos y, en el entendido que, de acuerdo a las normas de carácter constitucional y legal, la materia agraria lleva implícito un alto contenido social, le resulta propio invocar que la prestación del servicio de la Defensa Pública está representado por la orientación, asesoría, asistencia y representación gratuita y sin distinción de clase socio-económica, a todos los sujetos beneficiarios de la Ley de Tierras y desarrollo Agrario, a través de los Defensores Públicos o Defensoras Publicas competentes en la materia.

En tal sentido, el Artículo 53, numeral 2, de la Ley Orgánica de la Defensa Pública prevé que las Defensoras y Defensores Públicos con competencia en materia Agraria tienen como principal atribución *“Asistir o representar con requerimiento expreso del beneficiario o beneficiaria de la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario, tanto en su condición de demandante como de demandado o demandada, en todo procedimiento judicial que afecte directa o indirectamente a la actividad agraria”*.

Cónsono con dicha norma, el Artículo 199, último párrafo, de la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario dispone que *“si el actor incoa la causa sin estar asistido de abogado o abogada, el juez o jueza procederá a notificar al funcionario o funcionaria al cual corresponda la defensa de los beneficiarios y beneficiarias...”* de esa Ley.

En conclusión, la Ley de Tierras constituye un instrumento para la defensa de los derechos de los productores, basados en los principios generales de la Ley Orgánica de la Defensa Pública: Justicia, honestidad, decoro, participación, celeridad, eficacia, eficiencia, transparencia, rendición de cuentas, disciplina, responsabilidad y obligatoriedad, este último con las excepciones previstas en dicha Ley.

## LA JUSTA DISTRIBUCIÓN DE LAS TIERRAS COMO REIVINDICACIÓN Y PROTECCION DE DERECHOS HUMANOS

El Gobierno Nacional considera que la distribución de las tierras es indispensable para la **reivindicación de los derechos humanos** de las personas

en materia de vivienda y hábitat y productividad agroalimentaria, pues, además de garantizar tales derechos, unifica esfuerzos para garantizar el derecho a la vida e integridad física de los campesinos en la lucha por el rescate de las tierras ociosas y erradicación del latifundio, todo a los fines de lograr la máxima felicidad posible para nuestro pueblo. De manera tal, que por medio del rescate y adjudicación de tierras ociosas y de uso no conforme, el Estado garantiza los derechos fundamentales, el valor y la dignidad de todas las personas por igual, promoviendo así el progreso social y elevando el nivel de vida de la población dentro de un concepto más amplio de socialismo y garantía de los derechos humanos.

### **LA AUTONOMÍA DEL DERECHO AGRARIO VENEZOLANO EN EL PLANO ECONÓMICO Y SOCIAL**

El actual régimen socioeconómico venezolano se encuentra consagrado en el Artículo 299 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y el mismo alude al deber del Estado de garantizar políticas económicas que restauren el equilibrio de los sectores históricamente excluidos frente a los grupos tradicional y económicamente poderosos. Asimismo, el in-fine del Artículo 307 ejusdem, indica que se crearán contribuciones parafiscales con el fin de facilitar fondos para financiamiento, que promuevan la productividad y la competitividad del sector agrícola. Así, a modo de ejemplo, vemos como en clara sincronía con estas normas supremas, la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario, sobre la base de dos (2) instituciones agrarias como lo son la prenda agraria y el impuesto predial, coadyuva directamente con la autonomía del derecho agrario. En efecto, su Artículo 11 dispone que las parcelas adjudicadas por el Instituto Nacional de Tierras pueden ser objeto de garantía crediticia solo bajo la modalidad de prenda sobre la cosecha, siendo que sobre las mismas no podrán constituirse hipotecas o gravámenes de cualquier naturaleza, con lo cual se deslinda del derecho civil para regularlas. Y finalmente, estableció en su Artículo 97 y siguientes, lo referente al impuesto que grava la infrautilización de tierras rurales privadas y públicas.

En cuanto al plano social, el Artículo 299 supra indicado señala la obligación que el Estado tiene de alcanzar la justicia social en el campo, la democratización de la tenencia de la tierra, la protección del ambiente y la productividad y solidaridad, a los fines de asegurar el desarrollo humano integral y una existencia digna y provechosa para la colectividad. En tal contexto, la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario, sobre la base

de figuras como el Fondo Colectivo Estructurado (similar pero no igual a la empresa agraria), la propiedad agraria y la garantía de permanencia, hace posible materializar este mandato supremo. Así dispone en el primero de los casos, la adjudicación de tierras con vocación y uso agrario a aquellos venezolanos y venezolanas que haya optado por el trabajo rural, especialmente la producción agraria como oficio u ocupación principal. También establece la Garantía de Permanencia de los grupos de población asentados en las tierras que hayan venido ocupando pacíficamente con fines de uso agrario, impidiendo el desalojo de los ocupantes de tierras que pretendan obtener una adjudicación, sin que se cumpla previamente con el debido proceso administrativo por ante el Instituto Nacional de Tierras. Y finalmente, en lo que se refiere al fondo colectivo, la ley señala que el mismo se estructurará mediante la organización y destinación de bienes productivos, la organización de personas para el trabajo colectivo y el desarrollo del poder autogestionario de los empresarios colectivos. Al igual como acontece en el plano económico, los institutos aquí mencionados resultan piedra angular en el cumplimiento de los fines del Estado en esta materia, que determina palmariamente su autonomía en ambos planos (económico y social).

La Defensa Pública, entonces, persigue asesorar, asistir y representar a los sujetos beneficiarios de la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario, dando cumplimiento estricto a fundamentos constitucionales y legales. Por tal motivo, el Defensor Público General, Abg. Ciro Ramón Araujo ha venido impulsando esta noble institución coadyuvando día a día con el compromiso institucional de garantizar la tutela judicial efectiva del derecho a la defensa de nuestros campesinos y pescadores.







**REDPO**   
Reunião Especializada de Defensores  
Públicos Oficiais do Mercosul

