

TALLER REGIONAL SOBRE DEMOCRACIA, DERECHOS HUMANOS Y ESTADO DE DERECHO

Organizado por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas por los Derechos Humanos (OACNUDH) y el Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH)

San José de Costa Rica. Costa Rica. Septiembre 2005

ACCESO A LA JUSTICIA E IMPUNIDAD

Horacio Ravenna

INDICE

I)	Introducción	3
II)	Concepto de derechos humanos	4
III)	El buen gobierno	6
IV)	Crisis del modelo de representación	9
V)	Acceso a la justicia	13
	a) La justicia en el desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos	13
	b) El Poder Judicial	13
	c) La discriminación como denegación de acceso a la justicia	15
VI)	Impunidad	17
VII)	Propuestas	19

I - INTRODUCCIÓN

A fin de poder abordar la problemática del *Acceso a la Justicia y la Impunidad* desde la óptica de la preocupación de las Naciones Unidas por el respeto a los derechos humanos, se consideró oportuno desarrollar en primer término el concepto de derechos humanos y su evolución hasta este principio de milenio.

Luego se analiza algunas de los elementos de lo que se ha dado en llamar *un buen gobierno* como reaseguro de la defensa y promoción de los derechos humanos.

Allí seguimos un conjunto de instrumentos que resaltan la preocupación de la comunidad internacional y regional en este tema como son la Carta Democrática de la OEA, la Declaración de Santiago de la Comunidad Democrática, el Protocolo de Ushuaia del MERCOSUR y en especial el Informe del Secretario General Kofi Annan *Un Concepto más amplio de la libertad: Desarrollo, Seguridad y Derechos Humanos para todos*.

Posteriormente se propone el análisis de algunos motivos que coadyuvan a la actual crisis de representatividad de los partidos políticos con el consecuente deterioro del sistema democrático como son *el clientelismo político y el asistencialismo prebendario*.

Se continúa con los mecanismos de acceso a la justicia y en ello seguimos en un todo al Experto Relator sobre Independencia del Poder Judicial, señalamos a la discriminación como uno de los elementos que dificultan un adecuado acceso a la justicia para después desarrollar el concepto de impunidad como denegatoria de justicia y falta de voluntad punitiva.

Terminamos con una serie de propuestas enunciativas que confluyen en acciones por parte de los estados, de las naciones unidas y de la sociedad civil a fin de profundizar el pleno ejercicio de los derechos y las libertades como base fundamental de la construcción de una sociedad igualitaria, participativa y respetuosa de la diversidad.

II - CONCEPTO DE DERECHOS HUMANOS

Interpretar en toda su dimensión el artículo 1º de la Declaración Universal de los Derechos Humanos requiere que podamos ubicarnos en aquellos tiempos en los que las Naciones Unidas decían que *“todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”*.

Entender la profundidad de ese concepto –en este nuevo milenio signado por la posmodernidad y el neoliberalismo– requiere que recordemos que su adopción se daba con posterioridad a que el mundo conociera el horror de dos guerras mundiales.

La base de la construcción actual del concepto de derechos humanos, tal como llega a nuestros días, surge del mandato que el conjunto de las naciones del mundo le dieran, primero, a la Sociedad de las Naciones (1920) y luego a las Naciones Unidas (1945). Básicamente este mandato implica el reconocimiento universal –más allá de cualquier régimen imperante– de un conjunto de derechos que los Estados están obligados a respetar y a garantizar.

Establecer, en 1948, que todos los seres humanos nacemos libres e iguales era una respuesta directa ante los avances de principios que sostenían la “superioridad de razas”.

Por ello, el reconocimiento y el apoyo de las naciones hacia los derechos humanos significó la construcción de un nuevo paradigma. Un paradigma de igualdad en *dignidad y derechos* frente a todo tipo de discriminación.

Es desde la construcción de este nuevo horizonte que arribamos a los desarrollos posteriores en derechos humanos. Éstos se basaron, en primer lugar, en su diversidad y, más adelante, en su integridad. En la actualidad podemos también agregar su universalidad, no sólo en su reconocimiento por parte de los Estados sino, fundamentalmente, en la punición de sus violaciones en el ámbito nacional y supranacional.

Desde esta perspectiva, el ser humano es titular de un conjunto de derechos oponibles *erga omnes*, independientemente de los diversos regímenes político–institucionales. En este marco, el Estado está obligado a garantizar este conjunto de derechos a través de políticas activas, subsanando acciones u omisiones lesivas de dicha titularidad.

Asimismo, la actual articulación del concepto de derechos humanos surge como una delegación de soberanía de los Estados. Esta delegación consiste en una limitación que la comunidad de naciones, reunidas en el marco de las Naciones Unidas, le imponen a los Estados a partir del año 1945.

La antigua noción de la soberanía como un poder sin condicionamientos, dentro de un territorio dado, hace tiempo que ha quedado desestimada dentro de la doctrina política. El aumento de la interdependencia a nivel internacional y

el desarrollo en el campo del derecho internacional y de los derechos humanos han limitado la potestad estatal.

Resulta significativo que mientras la Declaración Universal de Derechos Humanos enuncia todos los artículos reconociendo derechos a las personas – bajo las formas de *toda persona tiene los derechos y libertades...*, *todo individuo tiene derecho a la vida...*, *nadie será sometido a esclavitud...*, *todo ser humano tiene derecho...*, las Convenciones, por el contrario, determinan claramente obligaciones de los Estados –estableciendo que *cada uno de los Estados partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar....* Estas distintas formulaciones implican que, al momento de ratificar las Convenciones, los Estados se obligan a respetar y hacer efectivos esos derechos.

III - EL BUEN GOBIERNO

Si bien no se ha alcanzado aún una definición de lo que significa buen gobierno existe una interrelación muy clara entre el buen gobierno y el respeto por los derechos humanos.

“Sin embargo, se podía señalar elementos comunes, a saber: la participación, la rendición de cuentas, la transparencia, la responsabilidad del Estado y la accesibilidad, en particular de los grupos marginados”¹.

A ello debe agregarse los valores que la ONU considera esenciales para la búsqueda de la paz en las relaciones internacionales, a saber:

- La libertad
- La igualdad
- La solidaridad
- La tolerancia
- El respeto de la naturaleza y la
- Responsabilidad por el desarrollo económico y social en el mundo².

Debe reconocerse que existe una distancia notable entre el reconocimiento normativo de los derechos humanos y su permanente violación. Ello agravia la confianza en el sistema y debilita las instituciones responsables de garantizarlos.

Es por ello que es fundamental que el *buen gobierno* busque responder adecuadamente a los *desafíos de derechos humanos* de este principio de siglo, así podemos decir que:

“Los pobres, considerados como grupo, son discriminados en todas partes, incluso en los países prósperos. La impunidad puede presentarse de forma deliberada, como política oficial, o puede surgir por defecto, cuando los sistemas de justicia son ineficaces y resultan inadecuados para ofrecer reparación a las personas. La democracia es socavada por la pobreza, la discriminación y la debilidad de las instituciones. En los países en conflicto es difícil establecer sistemas de justicia sólidos y justos. El terrorismo genera tolerancia pública respecto de la represión discriminatoria, y la política antiterrorista agresiva muchas veces intenta eludir (y, por consiguiente, quebrantar) las garantías judiciales”³.

Es claro pues que para poder hablar de buen gobierno es fundamental superar la crisis de credibilidad que actualmente afecta el sistema democrático de representación, buscar la implementación de formas directas de participación y

¹ E/CN.4/2005/97

² A-55-L.2 *Declaración del Milenio*, parágrafo 6.

³ A/59/2005/Add.3 pág 11, párrafo 21

trabajar firmemente en la reducción de la pobreza, la concentración de la riqueza y las desigualdades.

Será buen gobierno pues, aquél que le garantice a sus ciudadanos que vivan en libertad y con bienestar.

Entre los múltiples desafíos que el siglo XXI plantea al desarrollo armónico de la sociedad, se presenta la necesidad de la revisión del concepto de universalidad cuando se lo invoca como justificación de la intolerancia a la diversidad cultural.

Con referencia al poder judicial es importante que el ACNUDH asuma la tarea de la educación y formación de los Magistrados para que conozcan –y apliquen- el derecho internacional de los derechos humanos en sus fallos.

El buen gobierno para la promoción de los derechos humanos exige prestar especial atención a los más vulnerables. Así lo hizo la comunidad internacional en la Conferencia de Durban⁴ cuya informe consta de tres partes, el primero se refiere a las fuentes, causas, formas y manifestaciones contemporáneas del racismo y la discriminación, la segunda a las víctimas y la tercero a las medidas de prevención, educación y protección para erradicar la discriminación.

El *Plan Nacional contra la Discriminación* de Argentina, además de trabajar sobre los grupos vulnerables identificados en la Conferencia, desarrolla en profundidad la violación de los derechos humanos por identidad sexual y dentro del capítulo de género en títulos específicos trata sobre violencia contra las mujeres en situación de prostitución, tráfico de mujeres y violencia sexual⁵.

La realización de los derechos económicos, sociales y culturales conlleva procesos institucionales complejos y exige romper con una cultura institucional en que la política social es siempre subordinada a la política económica. Así, se hizo hincapié en la necesidad de proteger el gasto social, en particular durante las épocas de crisis.

La democracia no consiste meramente en la celebración de elecciones libres periódicas, sino también en la aceptación de otros imperativos, como la separación de poderes, la independencia del poder judicial, la protección de los derechos humanos y la transparencia de la financiación política. La participación y la diversidad son aspectos fundamentales de la democracia.

En nuestra región los Estados miembros del Sistema Interamericano no sólo han confluído en la Carta Democrática sino que también asumieron el compromiso democrático en el MERCOSUR⁶ en defensa del sistema democrático representativo, así puede afirmarse que:

⁴ A/CONF.189/12

⁵ *Hacia un Plan Nacional contra la Discriminación. La Discriminación en Argentina*. Naciones Unidas. Buenos Aires. 2005.

⁶ Protocolo de Ushuaia, www.mercosur.org.uy

*“Son elementos esenciales de la democracia representativa, entre otros, el respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales; el acceso al poder y su ejercicio con sujeción al estado de derecho; la celebración de elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal y secreto como expresión de la soberanía del pueblo; el régimen plural de partidos y organizaciones políticas; y la separación e independencia de los poderes públicos”*⁷

La democracia no puede ser sustentable sin una estricta adhesión a los principios de la no discriminación, incluyendo la protección de las personas por su pertenencia a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas o a los pueblos originarios, y con persistentes esfuerzos para eliminar la extrema pobreza, el subdesarrollo, la marginalización, la desigualdad económica y la exclusión social.⁸

Siguiendo al experto Rooke la corrupción produce y facilita abusos de los derechos humanos y es enemigo del buen gobierno. Lo que se necesita para luchar contra la corrupción es fomentar la transparencia, la rendición de cuentas, la participación de la sociedad civil y fundamentalmente, la voluntad política de atacar y transformar los sistemas institucionales que fomentan, facilitan o permiten el establecimiento de la corrupción estructural.

A modo de conclusión de este capítulo, vale recordar que para responder a los desafíos de este principio de siglo XXI es necesario resolver la brecha existente entre los países desarrollados con alta concentración de la riqueza y los países no desarrollados caracterizados por la pobreza y la inseguridad.

*“... no tendremos desarrollo sin seguridad, no tendremos seguridad sin desarrollo y no tendremos ni seguridad ni desarrollo si no se respetan los derechos humanos”*⁹.

⁷ Carta Democrática Interamericana, art 3, www.oas.org

⁸ Comunidades Democráticas, *Declaración de Santiago*, abril 2005, www.santiago2005.org/html

⁹ Informe del Secretario General *Un Concepto más amplio de la libertad: Desarrollo, Seguridad y Derechos Humanos para todos*, A/59/2005/ párrafo 17

IV - CRISIS DEL MODELO DE REPRESENTACION

Muchos son los motivos que llevaron a la actual crisis de representación por la que atraviesa el sistema democrático representativo. Se ha señalado insistentemente a la corrupción como una de las causas.

A ello queremos sumar algunas reflexiones sobre el modo de acumulación de poder tradicionales en los sistemas democráticos pluripartidistas y las deformaciones motivadas por la confrontación electoral que están en la génesis de la actual crisis:

- a) El clientelismo político y
- b) El asistencialismo prebendario

El clientelismo político tiene como característica la lógica de construcción de poder de los partidos políticos.

Según Antonio Gramsci: *“Los cambios de opinión que se producen en las masas por el empuje de las fuerzas económicas determinadas son interpretadas por los partidos, que se escinden primero en tendencias, para poder escindirse en una multiplicidad de nuevos partidos orgánicos; a través de este proceso de desarticulación, de neoasociación, de fusión entre los homogéneos se revela un más profundo e íntimo proceso de descomposición de la sociedad democrática por el definitivo ordenamiento de las clases en lucha para la conservación o la conquista del poder del Estado y del poder sobre el aparato de producción”*.¹⁰

La necesidad de lograr la adhesión política y la resolución en elecciones internas, de participación no obligatoria, genera la corruptela de otorgar cargos políticos a quienes pertenecen a determinado grupo o facción en detrimento de otros que pertenecen a otros grupos o a ninguno.

No se atiende a la capacidad e independencia en el otorgamiento de cargos públicos y es muy usual que al renovarse una gestión por otra de distinto y aun de igual signo político, se remueva no sólo a los cargos políticos del área, sea esta nacional, provincial o municipal, sino también a quienes ocupan cargos no políticos y de baja jerarquía en la administración pública.

Pablo José Torres considera que el clientelismo *“se presenta como relación de intercambio entre dos personas pero que es, en realidad, una relación de dominación, de la que participan ciertos individuos (los patrones) que prestan determinados servicios, bienes o favores a otros (clientes) que los retribuyen con fidelidad, asistencia, servicios personales, prestigio o apoyo político o electoral. Entre ambos (patrones y clientes) puede encontrarse a los denominados mediadores, que ejercen una especie de intermediación entre los servicios, bienes o favores que provienen del patrón y la fidelidad, asistencia,*

¹⁰ Antonio Gramsci, Pensamiento Político (El Partido), Ediciones Roca, México 1977, pag. 63.

*servicios personales, prestigio o apoyo político que provienen de los clientes. El clientelismo tiene dos aspectos en sí mismo: lo que se intercambia específicamente y lo subjetivo (tan o más importante que el intercambio), considerado como un conjunto de creencias, presunciones, estilos, habilidades, repertorios y hábitos que acompañan a los intercambios (el habitus clientelar) (Auyero:1997)".*¹¹

El intercambio de favores, bienes y servicios por apoyo político y votos, se han profundizado con el desempleo y las carencias materiales que acompañan a los procesos de ajuste y reestructuración económica

El asistencialismo prebendario es perverso desde su propia génesis porque apuntala al poder constituido y le permite legalizarse profundizando sus privilegios y en lugar de solucionar los problemas estructurales, establece un sistema asistencialista que permite la desarticulación de la dialéctica social con el beneficio selectivo de ayuda específica no retributiva ni productiva.

Las políticas de asistencia a los sectores más desprotegidos, por oposición a la implementación de políticas públicas orientadas a una mejora estructural de sus condiciones de existencia, han sido generalmente acompañadas por criterios prebendarios y relaciones clientelares. *“La distribución de comida o la asignación de empleos temporarios constituyen un modo de obtener adhesiones electorales, desvirtuando los mecanismos democráticos de participación”*¹². Estos planes de asistencia están así sometidos a criterios discriminatorios en su distribución ya que, por no ser universales, permiten la discreción de los funcionarios al momento de seleccionar a los beneficiarios, en función de la fidelidad o sometimiento que estos puedan demostrar.

La capacidad de acción de los grupos excluidos en un determinado contexto socio-económico es neutralizada por efecto de las políticas asistencialistas, las cuales, al ofrecer respuestas de corto plazo a las urgencias de los más necesitados, impide el surgimiento de demandas sociales legítimas y la consecuente adopción de políticas alternativas que pudieran dar efectiva respuesta a esas necesidades.

El cliente, beneficiario de la asistencia, lo hace no sólo como una forma de solución de su situación de exclusión sino que están insitas también relaciones de ayuda mutua, de lealtades y solidaridades personales.

Esa lealtad no es con el dirigente nacional, sino con el puntero o patrón, y los casos en que hay cambios de lealtades dentro de la interna partidaria no lo hacen por razones de diferencias con las políticas públicas, sino para maximizar la obtención de recursos estatales¹³.

Las políticas asistencialistas rompen el vínculo natural que surge entre aquellos que comparten las mismas condiciones materiales de vida, reforzando en

¹¹ Pablo José Torres, Clientelismo Político y Ayuda Social.

¹² Eduardo Jozami, Políticas de Inclusión Social a partir de las Ciudades y el Fortalecimiento de las Asociaciones y Redes.

¹³ Auyero, Javier, Clientelismo Político. Las Caras Ocultas, pag. 32 Ed. CI,

cambio el individualismo y la salvación personal y minando la posibilidad de creación de lazos de solidaridad entre los miembros de una comunidad o de un determinado grupo social. La personalización y la verticalidad propias de estas relaciones y la consecuente atomización individualista, socavan la generación de acciones colectivas.

El otro es visto con indiferencia, o peor aún como obstáculo o competidor en la carrera por la salvación personal, y donde podrían haber germinado elementos de identidad y solidaridad social se establecen mecanismos que llegan a la exclusión y discriminación de un par como un otro del cual se busca, ante todo, diferenciarse.

En un contexto de crisis socio-económica, las necesidades básicas insatisfechas de gran parte de la población derivan en demandas al Estado y sus instituciones. El asistencialismo constituye la única respuesta que el poder político ofrece a las demandas sociales sin proponerse un auténtico cambio en la constitución política, económica y social del país, reforzando el *status quo* por vía de la neutralización y desarticulación de la dialéctica social que se la teme potencialmente desestabilizadora.

El poder ejerce de esta forma un férreo control social sobre los sectores más vulnerables nutriéndose de la violencia estructural del propio sistema hegemónico¹⁴.

*“La gran política comprende las cuestiones vinculadas con la función de nuevos Estados, con la lucha por la destrucción, la defensa, la conservación de determinadas estructuras orgánicas económico-sociales. La pequeña política comprende las cuestiones parciales y cotidianas que se plantean en el interior de una estructura ya establecida, debido a las luchas de preeminencia entre las diversas facciones de una misma clase política. Es, por lo tanto, una gran política la tentativa de excluir la gran política del ámbito interno de la vida estatal de reducir todo a política pequeña”*¹⁵.

En ambos casos, el clientelismo político y el asistencialismo prebendario, es la corrupción la que corroe el sistema de gobierno en todos sus niveles, el sistema de acumulación de poder político y vicia el sistema electoral.

La corrupción política no puede ser entendida sin tener en cuenta también el poder económico que financia dichos actos a cambio de capacidad de incidencia en la toma de decisiones y en la implementación de políticas públicas.

Como respuesta a esta crisis de legitimidad, la sociedad civil se ha nucleado en organizaciones sociales, con personería jurídica o no, para la defensa de sus intereses específicos como un modo de evitar la delegación y convertirse en actores.

¹⁴ Conf. Auyero, J., op.cit., pag 16

¹⁵ Antonio Gramsci. Notas sobre Maquiavelo, sobre la política y sobre el Estado moderno. Nueva Visión, Buenos Aires, 1984, Pag. 169.

*“Una sociedad civil sólida capaz de actuar libremente, debidamente informada y versada en los derechos humanos es un elemento fundamental para garantizar la protección sostenible de los derechos humanos a nivel nacional”*¹⁶

Estos nuevos emergentes sociales son un fenómeno que deben tenerse en cuenta aun cuando existen casos en los que su mismo accionar reproduce los valores culturales del modelo al que se opone.

Para Habermas, los movimientos sociales alteran las esferas de competencia comunicativa ya establecida, irrumpen para crear una nueva constelación de comunicación, reconocimientos y valores, alrededor de una temática. Es una silenciosa transformación de los valores de una sociedad, un cambio en la gramática de los modos de vida en una cultura política¹⁷.

En tanto que las viejas formas de hacer política están en crisis, estas organizaciones canalizan la inquietud social rescatando formas de participación alejadas de la confrontación político-partidaria¹⁸. En este sentido, Bourdieu señala que *“en el momento en que las grandes utopías del siglo diecinueve han entregado toda su perversión, es urgente crear las condiciones de un trabajo colectivo de reconstrucción de un universo de ideales realistas, capaces de movilizar las voluntades sin mistificar las conciencias”*¹⁹.

Este trabajo colectivo que se impone –la gestación de un modelo alternativo al hegemónico, auténticamente democrático basado en el respeto a la diversidad– requiere del esfuerzo conjunto del Estado y la sociedad.

Puede afirmarse que la necesidad de terminar con el clientelismo político y el asistencialismo prebendario, requiere la satisfacción de los derechos económicos sociales y culturales al conjunto de los seres humanos por el sólo hecho de serlo y no por integrar una red partidaria. Por lo tanto, la lucha contra el *intercambio de favores por votos* no debe ser una lucha contra los beneficiarios, ni siquiera contra los punteros sino por la vigencia plena de los derechos humanos²⁰.

¹⁶ Plan de Acción ACNUDH, A/59/2005/Add.3, parágrafo 110

¹⁷ Habermas, J., “New Social Movements”, Telos, Nº 49, N.York.

¹⁸ Horacio Ravenna, Segundo encuentro por un nuevo pensamiento en la Argentina *“Democracia, Estado y Desigualdad”*. El rol de las Organizaciones no Gubernamentales de Derechos Humanos en los Procesos Democráticos Latinoamericanos. CTA, 1999.

¹⁹ Bourdieu, Pierre, *Intelectuales, política y poder*, EUDEBA, Buenos Aires, 2003. Pág. 185.

²⁰ Auyero, Javier, op cit, pag 91

V - ACCESO A LA JUSTICIA.

a) La justicia en el desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos.

Sobre el afianzamiento del sistema internacional de protección de los derechos humanos, un destacado jurista argentino sostiene que *“la defensa de los derechos fundamentales y el castigo de los crímenes internacionales no son episodios pasajeros sino el resultado de la madurez del sistema mundial de protección jurídica”*²¹.

Ello es así porque la globalización de la economía neoliberal ha permitido el efecto no buscado de un rápido y vertiginoso desarrollo de los derechos humanos.

El punto de partida puede situarse en la detención de Pinochet en Gran Bretaña por pedido del juez español Baltasar Garzón y los fundamentos que la Cámara de los Lores utilizara para conceder la extradición.

Más allá que fuera devuelto a su país en lugar de extraditarlo como estaba ordenado, ello no altera el fallo de los Lores que determinó la obligación de los Estados de juzgar o extraditar y la inoponibilidad de la inmunidad (diplomática o presidencial) frente a los crímenes de lesa humanidad.

De esta forma se zanjó a favor del derecho internacional de los derechos humanos el conflicto planteado entre soberanía y derechos humanos.

Con sus muchas virtudes y algunas carencias el Tribunal Penal Internacional establecidos por el Estatuto de Roma es hoy la expresión máxima de voluntad de la comunidad internacional en este sentido.

b) El Poder Judicial

El juez actúa como guardián de los derechos y libertades de todos los habitantes toda vez que deben garantizar la protección judicial de los derechos humanos, la lucha contra la discriminación, contra la impunidad y por el derecho a la reparación.

Como la justicia juega un papel fundamental en la promoción y defensa de los derechos humanos debe contar con independencia financiera respecto de los otros poderes. Debe tenderse a equilibrar las inversiones en las distintas áreas de funcionamiento de este Poder, ya sea en el Ministerio Público, defensorías o fiscalías.

²¹ Villalpando, Waldo *“De Los Derechos Humanos al Derecho Internacional Penal”*, Ed. Abeledo-Perrot, 2000

Preocupa la falta de imparcialidad e independencia del poder judicial allí donde la justicia se halla subordinada al poder político. Se evidencia a través de sentencias obedientes a los lineamientos del gobierno de turno, del dictado de leyes que buscan limitar la independencia judicial, y de la expulsión del sistema a quienes no dieran con el perfil de juez pretendido e incorporación de quienes demuestren docilidad.

Esto también se da a través del funcionamiento inadecuado de las comisiones de juicio político, los jurys o del Consejo de la Magistratura, de acuerdo con el sistema de contralor judicial que cada estado adopte, con pronunciamientos que no surgen de criterios objetivos sino de la discrecionalidad de sus integrantes; para ello se suele modificar previamente su composición con la designación de miembros obedientes y permeables a los dictados del poder político, convirtiendo a esta institución en apéndice del poder²².

La separación de poderes, el estado de derecho y el principio de legalidad son requisitos necesarios para la apropiada defensa de los derechos humanos y el castigo de la discriminación.

Con referencia al conflicto entre el reclamo de mayor seguridad por parte del Estado y su conflicto con la restricción de las libertades públicas, el Relator Especial para la Independencia del Poder Judicial de Naciones Unidas expresó que: *“En cuanto a la seguridad del Estado, ésta no debe mantenerse sacrificando el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales ni entrañar una violación del derecho de ser juzgado por un tribunal independiente e imparcial establecido por la ley, puesto que este derecho no puede ser objeto de excepción alguna”*²³.

Respecto del acceso a la justicia, el Relator Especial expresó que : *“Aun cuando la ley consagra el principio de igualdad, la práctica en la mayor parte de los países demuestra que determinados grupos de personas, por motivos diversos, no tienen acceso a la justicia o, en todo caso, no lo tienen en pie de igualdad con el resto de la población ... especialmente las mujeres, las personas con discapacidad y las minorías étnicas, religiosas y lingüísticas así como las personas que padecen la pobreza extrema o las contagiadas por el VIH o enfermas del SIDA y los indígenas y pueblos autóctonos”*²⁴.

En América Latina, los beneficios de la justicia no se encuentran al alcance de la mayoría de la población de menores ingresos. De forma tal que, existe un sector de la población que se encuentra impedido de acceder a la justicia en razón de su condición económica y social y, debido a ello, no puede hacer valer sus derechos fundamentales.

El acceso a la asistencia y patrocinio jurídico gratuitos de quienes no pueden procurarse asistencia legal por carecer de recursos constituye un componente

²² Denuncia por la situación de la Administración de Justicia en Argentina ante la Comisión IDH de la OEA, CELS, febrero 2003.

²³ Despouy, Leandro E/CN.4/2004/60, Pág. 24.

²⁴ Idem, Pag. 17.

esencial del acceso a la justicia, y éste es, a su vez, presupuesto de un sistema judicial organizado sobre principios democráticos.

Una forma de garantizar la aplicación de justicia no discriminatoria es la eliminación de las detenciones arbitrarias que tienen lugar por la aplicación de los edictos policiales que permiten la detención policial preventiva e incorpora figuras abiertas a la legislación como las de **merodeador**, **acechador** y la **presencia injustificada**.

De esta manera, se sancionan como delitos acciones que no están contempladas en el Código Penal, menoscabando las garantías individuales y dándole argumento jurídico a la criminalización de la protesta social.

Es importante eliminar la discriminación en especial contra la mujer y minorías étnicas, pero la situación preexistente se mantiene y deben arbitrase medidas tendientes a su corrección en un futuro inmediato.

c) La discriminación como denegación de acceso a la justicia.-

La discriminación como conducta típica que agravia el principio de igualdad constituye una violación a los derechos humanos desde la perspectiva estatal. Se excluye del concepto las conductas que buscan reparar las diferencias o desequilibrios preexistentes.

En este sentido, al estudiar el problema del racismo, Foucault lo plantea de la siguiente manera: *Una de las transformaciones más masivas del derecho político del siglo XIX consistió, no digo exactamente en sustituir, pero sí en completar ese viejo derecho de soberanía –hacer morir o dejar vivir– con un nuevo derecho, que no borraría el primero pero lo penetraría, lo atravesaría, lo modificaría y sería un derecho o, mejor, un poder exactamente inverso: poder de hacer vivir y dejar morir. (...) La raza, el racismo, son la condición que hace aceptable dar muerte en una sociedad de normalización. (...) Cuando hablo de dar muerte no me refiero simplemente al asesinato directo, sino también a todo lo que puede ser asesinato indirecto: el hecho de exponer a la muerte, multiplicar el riesgo de muerte de algunos o, sencillamente, la muerte política, la expulsión, el rechazo* ²⁵.

Esta doble dimensión en la cual el Estado se constituye en responsable –tanto por acción como por omisión– resulta fundamental al momento de analizar la discriminación, sin embargo, siguiendo la clásica exposición althusseriana²⁶, cabe destacar que el modo básico del funcionamiento de estas dos dimensiones se articula bajo dos formas “modélicas” de acción estatal: la represiva y la simbólica.

La primera hace referencia a todas aquellas instituciones que por sus funciones utilizan principalmente la “*violencia legítima*” asignada al Estado, especialmente las fuerzas de seguridad (poderes de policía, gendarmería y poderes militares).

²⁵ Foucault, M., *Defender la Sociedad*, FCE, Buenos Aires, 2000. Págs. 218-231

²⁶ Althusser, L., “Ideología y Aparatos Ideológicos del Estado” en Zizek, S., *Ideología*, FCE, Buenos Aires, 2003.

La forma simbólica se refiere a un conjunto de ideas y representaciones que se materializan en el discurso de determinadas instituciones (educativas, jurídicas, políticas, culturales, informativas, etc.). Si bien estas instituciones funcionan de manera relativamente autónoma, los Estados nacionales hacen uso de ellas en la construcción de la “*otredad*” que reseña lo malo y repudiable frente al modelo social deseado. Aun así, debemos tener en cuenta que este sistema de ideas no funciona de manera “*monolítica*” sino que siempre existen otras configuraciones simbólicas que también reclaman y luchan por ser incorporadas.

La discriminación como forma de obstruir el acceso a la justicia es un fenómeno multifacético dependiente de matrices complejas e históricamente arraigadas. Es por ello que resulta imperativo la adopción de medidas sustanciales e interdependientes con el objeto de dar en plena vigencia al reconocimiento de derechos de la Declaración Universal de Derechos Humanos, cumplimentando las obligaciones contraídas al momento de ratificar las Convenciones.

VI - IMPUNIDAD.

Las Naciones Unidas han establecido dos relatores que realizaron sendos informes sobre la cuestión de la impunidad, uno sobre los derechos civiles y políticos y otro sobre los económicos sociales y culturales.

En la cuestión de la impunidad en la violación de los derechos civiles y políticos el experto Lois Joinet reconoce cuatro principios básicos:

- 1 – El derecho a saber
- 2 – El derecho a la justicia
- 3 – El derecho a la reparación y
- 4 – La garantía de no repetición de las violaciones²⁷

En lo que hace a los derechos económicos, sociales y culturales su relator el Magistrado Sr El Hadji Guissé estableció que entre las prácticas que originan violaciones de los DESC pueden mencionarse la deuda, los programas de ajuste estructural, la corrupción, el fraude fiscal y de derechos arancelarios y otros delitos económicos, cuyas consecuencias acarrea:

- 1 – Violaciones de los derechos colectivos o comunales
- 2 – Violaciones de los DESC individuales
- 3 – Violaciones de los DESC de grupos vulnerables²⁸

En lo referente al concepto de impunidad, en la búsqueda de alcanzar una definición abarcativa de ambos informes podemos mencionar las Conclusiones del Seminario Internacional realizado en Chile en 1996 que dice:

*“La impunidad es, en lo inmediato, la renuncia a la sanción penal a los violadores de los derechos humanos, y sus consecuencias afectan a la sociedad en su conjunto... Es la institucionalización de la injusticia por quienes están llamados a hacer justicia”.*²⁹

Si analizamos los elementos que esta definición brinda tenemos:

- a) renuncia a la sanción penal: puede ser de cualquiera de las formas a las que nos referimos anteriormente pero todas denotan que por propia voluntad o impuesto por la fuerza se renuncia a la sanción penal a los violadores
- b) institucionalización de la injusticia por quienes están obligados a hacer justicia, esto es denegatoria de justicia, es violatorio de todos los pactos internacionales y de prácticamente de todas las constituciones y legislaciones de nuestros países.
- c) por último esta definición afirma que sus consecuencias afectan a la sociedad en su conjunto.

Este último concepto no requiere comentarios, baste referir lo que significa para muchos de nuestros países, en el propio desarrollo del proceso democrático, convivir diariamente con los genocidas.

²⁷ E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1

²⁸ E/CN.4/Sub.2/1997/Rev.1

²⁹ Seminario IMPUNIDAD Y SUS EFECTOS EN LOS PROCESOS DEMOCRÁTICOS, *Declaración de Santiago*, Santiago de Chile, diciembre 1996.

El citado jurista francés en su *“Informe final acerca de la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos”* que presentara a la Comisión de Derechos Humanos de la ONU en 1998 intenta la siguiente definición:

“Por impunidad se entiende la inexistencia, de hecho o de derecho, de responsabilidad penal por parte de los autores de violaciones de los derechos humanos, así como de responsabilidad civil, administrativa o disciplinaria, porque escapan a toda investigación con miras a su inculpación, detención, procesamiento y, en caso de ser reconocidos culpables, condena a penas apropiadas, incluso a la indemnización del daño causado a sus víctimas”.

Como rápidamente aquí puede verse uno de los elementos que refiere es:

- a) que la inexistencia de responsabilidad penal puede ser de hecho o de derecho,
- b) que de esta forma escapan a toda investigación tendiente a la condena penal o aún a la condena civil de indemnización del daño causado a sus víctimas,
- c) por último que así escapan a toda responsabilidad no solo penal, sino también civil, administrativa o disciplinaria.

Para terminar dice Joinet, en el Epílogo del Informe citado:

“Desde el origen de la humanidad hasta la época contemporánea, la historia de la impunidad es la historia de un perpetuo conflicto y de una extraña paradoja: un conflicto que opone al oprimido al opresor, la sociedad civil al Estado, la conciencia humana a la barbarie; una paradoja del oprimido que, liberado de sus cadenas, asume a su vez la responsabilidad del Estado y se encuentra atrapado en el engranaje de la reconciliación nacional que va a relativizar su compromiso inicial de luchar contra la impunidad”.

VII - PROPUESTAS

1. Impulsar cambios estructurales que provoquen una redistribución del ingreso y el desarrollo económico inclusivo.
2. Adecuar la asignación presupuestaria de las áreas competentes – Ministerio Público, fiscalías y defensorías- como condición para la protección de los derechos de los grupos victimizados.
3. Capacitar y actualizar los contenidos de la formación de jueces, operadores de justicia y funcionarios públicos sobre el desarrollo de la normativa internacional en materia de derechos humanos.
4. Crear una Comisión de Relevamiento y Seguimiento destinada a detectar, informar y sancionar los fallos, fundamentos y criterios investigativos, en el ámbito de la aplicación de justicia, que encierren concepciones discriminatorias, tanto a nivel nacional como provincial.
5. Promover la reforma de las leyes electorales nacionales con el objetivo de revisar los sistemas de representatividad, la equidad de género, evitar el clientelismo político y el asistencialismo prebendario, para modificar la actual construcción de poder de los partidos políticos.
6. Incentivar y financiar proyectos de investigación por parte de los órganos estatales con competencia específica tendientes a estudiar los mecanismos jurídicos y burocráticos que generan, permiten o disimulan la corrupción.
7. Ratificar las Convenciones contra la Corrupción internacional y regional.
8. Implementar mecanismos nacionales de control de la distribución, asignación y recepción de las ayudas sociales.
9. En lo relativo al concepto de discriminación, resulta preciso que los estados incorporen su definición a sus sistemas penales, de conformidad con la Convención Internacional, a fin de someter a la justicia todo acto de esta índole, incluidas las personas que participaren en organizaciones o realizaren propaganda o incitaciones de cualquier tipo.³⁰
10. Ratificar el Protocolo Facultativo de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer.
11. Ratificar la Convención Internacional sobre la Protección de los derechos de todos los Trabajadores Migrantes y sus Familiares.

³⁰ Convención Internacional sobre la eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial: Art. 2 a) Cada Estado parte se compromete a no incurrir en ningún acto o práctica de discriminación racial contra personas, grupos de personas o instituciones y a velar por que todas las autoridades públicas e instituciones públicas, nacionales y locales, actúen en conformidad con esta obligación; (...) c) Cada Estado parte tomará medidas efectivas para revisar las políticas gubernamentales nacionales y locales, y para enmendar, derogar o anular las leyes y las disposiciones reglamentarias que tengan como consecuencia crear la discriminación racial o perpetuarla donde ya exista;

12. Debe elevarse al rango de delito y otorgarse competencia federal a todas las situaciones relacionadas con actos discriminatorios.
13. Desarrollar programas y campañas en la administración pública destinados a erradicar las prácticas de discriminación al interior de las instituciones a fin de transformar los patrones culturales discriminatorias.
14. Promover, desarrollar y subvencionar proyectos de investigación analizando los discursos mediáticos y educativos, sus orígenes y causalidad y los modos de desarticularlas.
15. Eliminar las figuras que describen características personales —en lugar de conductas— que afectan a ciertos grupos de personas en función de su condición social, su orientación sexual o su edad y que las facultades propias del proceso penal sean competencia exclusiva de los magistrados judiciales quitándosela a los funcionarios policiales, si la tuvieran.