Justicia y legitimidad en América

Espacios judiciales para grupos vulnerables de especial protección

Pierre Gilles Bélanger
Arturo Argente Villarreal
Jaime Alberto Sandoval Mesa
Coordinadores

30 años Comisión de Derechos Humanos del Estado de México

Comisión de Derechos Humanos del Estado de México

Justicia y legitimidad en América.
Espacios judiciales para grupos vulnerables de especial protección

Comisión de Derechos Humanos del Estado de México

M. en D. Myrna Araceli García Morón
Presidenta

L. D. Miguel Ángel Cruz Muciño
Director general del Instituto de Investigaciones y Formación en Derechos Humanos

Flor de María García Muñoz
Jefa del Departamento de Publicaciones

Justicia y legitimidad en América. Espacios judiciales para grupos vulnerables de especial protección

Pierre Gilles **Bélanger**
Arturo **Argente Villarreal**
Jaime Alberto **Sandoval Mesa**
Coordinadores

COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS DEL ESTADO DE MÉXICO
30 AÑOS

Primera edición, enero de 2023

Pierre Gilles Bélanger D. R. © 2023
Arturo Argente Villareal D. R. © 2023
Jaime Alberto Sandoval Mesa D. R. © 2023

D.R. 2023, Comisión de Derechos Humanos del Estado de México
Av. Nicolás San Juan, núm. 113, col. Ex Rancho Cuauhtémoc,
C. P. 50010, Toluca, México Tel. (800) 999 4000

eISBN: 978-607-9129-90-3

http://www.codhem.org.mx

Queda prohibida la reproducción total o parcial de la publicación
sin previa autorización de la Comisión de Derechos Humanos
del Estado de México.

Libro arbitrado

Hecho en México

Formación en computadora:
Ricardo Hernández Montes de Oca

Cuidado de la edición:
Teresa Baena
Diana Luján Verón
Ricardo Hernández Montes de Oca

Diseño de forro:
Jessica Quiterio

Contenido

Presentación xi
Pierre Gilles **Bélanger**

Prefacio xxi
José Luis **Bátiz López**

Prólogo xxv
Myrna A. **García Morón**

Primera parte
Acceso a la justicia. Factores constitucionales, legales, políticos y sociales. Definición de grupos vulnerables de especial protección

El acceso a la justicia en Canadá: un proyecto que todavía está en marcha 3
H. Richard **Boivin**

El procedimiento abreviado en el contexto de la reforma legal penal chilena. Un análisis de la legitimidad bourdieusiana a través de sus actores jurídicos 29
Pierre Gilles **Bélanger**

Riesgo de la libertad de expresión ante el golpe de Estado blando 55
Arturo **Argente Villarreal**

Debida diligencia en investigaciones de delitos intracarcelarios y acceso a la justicia penal de personas privadas de la libertad en Chile 79
Jörg **Stippel**
Paula **Medina González**

Acceso a la justicia en Brasil: elecciones y participación social en la defensoría pública 117
Vinícius **Alves Barreto da Silva**

Segunda parte
Grupos especiales de infancia, mujeres, diversidad sexual (LGTBIQ+). Pueblos indígenas, afrodescendientes y raizales

Principios y modulación de la sanción en el sistema de responsabilidad penal para adolescentes 143
Jaime Alberto **Sandoval Mesa**
Misael **Tirado Acero**

Conditional cash transfers & obstetric violence: an institutional ethnography of Argentina's *asignación universal por hijo* [AUH] program 167
Melisa N. **Handl**

Herramientas para juzgar con perspectiva de género 211
Elsa **Cordero Martínez**

Educación en derechos humanos y comunidad LGTBI+ en Chile 259
Álvaro **Fuentealba Hernández**

Repensando el acceso a la justicia y la legitimidad, una mirada a la perspectiva de los Atikamekw Nehirowisiwok de Manawan 275
Eva **Ottawa**

La judicatura como garante de la diversidad: una exigencia de la legitimidad democrática 301
Mylene **Valenzuela Reyes**

Tercera parte
Personas con discapacidad. Migrantes, refugiados

La empatía en la inclusión como herramienta para fortalecer los derechos humanos de los discapacitados 325
Myrna A. **García Morón**

"Why didn't she report it?" assessing the credibility of refugee claimants from guyana seeking protection from domestic violence 355
Gloria **Song**

Cuarta parte
Comentarios de actores judiciales

Dicotomías de la justicia en el acceso de las mujeres afrodescendientes, mirada racializada e interseccional, en situaciones en violencia de género 391
Giovanna Gabriela **de León Fernández**

Las defensorías públicas: una experiencia genuinamente latinoamericana 429
Renata **Tavares da Costa**

La función resarcitoria del Estado mexicano frente a las "víctimas-mujeres" violentadas sexualmente por su progenitor 451
Ismael Alfredo **Hernández Alemán**

Presentación

Pierre Gilles **Bélanger***

Para la comunidad judicial, académicos investigadores y la sociedad de las Américas:

Es bien sabido que desde la década de los ochenta, América Latina ha llevado a cabo un importante proceso de cambio en el ámbito jurídico abarcando modificaciones sustantivas en los sistemas constitucionales de derechos humanos y penales.

Estos cambios reformadores se realizaron con el objetivo de modernizar, consolidar el sistema judicial, hacerlo accesible a todos y proponer increíbles novedades que fueron llevadas a cabo.

Canadá no es una excepción. En estos mismos años, la Carta Canadiense de Derechos y Libertades fue un hito importante para los canadienses en la primacía de los derechos humanos

Pese a los avances, algunos aspectos de vulneración o realización de derechos persisten. Por ejemplo, el acceso a la justicia para las personas vulnerables sigue siendo un desafío en todo el hemisferio. El presidente de la Corte Suprema de Canadá mencionó, precisamente en 2019, que el acceso a la justicia debe de respetar los derechos humanos como parte fundamental de la democracia, sin dejar de lado los desafíos económicos.

América Latina, que ha puesto el derecho en el centro de su proceso de democratización, atraviesa desafíos muy similares.

Tanto en Canadá como en América Latina, los obstáculos siguen presentes, y todavía el diálogo Norte-Sur en el ámbito del derecho sigue sin avances significativos.

* Profesor en la Universidad de Ottawa. Ministerio de Justicia Canadá.

Es en este contexto que las Naciones Unidas han colocado al acceso a la justicia como parte esencial para la consolidación de la democracia en su Agenda 2030, en el tema de desarrollo sostenible que requiere para su consolidación la realización de los derechos fundamentales. Por tal razón, se busca fortalecer y hacer transparentes los vínculos entre los principios del "gobierno abierto" y el acceso a la justicia para los ciudadanos en su conjunto.

Dentro de esta misma perspectiva y como decía la recordada Mercedes Sosa, "Cambia todo cambia[...] lo superficial, lo profundo, el MODO de pensar[...] cambia todo en este mundo[...]" y eso incluye a las personas, las instituciones, los sistemas e, incluso, los conceptos.

Tener acceso a la justicia no se limita a ser representada o representado por una abogada o un abogado, y a ser escuchada o escuchado por una jueza o un juez, sino que se necesita poner como eje central a las personas, para garantizar su acceso a la información y a los mecanismos que se encuentren disponibles para hacer eficiente la administración de justicia como parte fundamental de nuestra democracia. En esta idea se apoya la postura de las Naciones Unidas cuando plantea el desafío de instaurar un "nuevo y verdadero acceso a la justicia".

De hecho, sin temor a equivocarnos, podemos decir que, a pesar de los cambios positivos de las reformas legales, de la buena voluntad y gestión de los gobiernos, de la preeminencia y el respeto de los valores de igualdad, de las normas internacionales de derechos humanos y el estado de derecho —a pesar de todas estas buenas iniciativas— todavía una parte importante de la ciudadanía sigue enfrentando un desafío frente al acceso a la justicia. Incluso algunos participan sin ver otras opciones. Otros sienten que las barreras al acceso a la justicia persisten, que las instituciones judiciales, a pesar de su gran esfuerzo, no logran captar la esencia de sus problemáticas.

En definitiva, aún existen situaciones recurrentes que entorpecen la legitimidad del sistema judicial, particularmente con aquellos grupos vulnerables y tradicionalmente excluidos, quienes requieren de una acción o interpretación de la ley más acorde con su realidad para lograr una igualdad material y sustancial efectiva en el ejercicio de sus derechos.

Un diálogo entre el Sur y el Norte, no vertical sino entre colegas y personas experimentadas, entre actores judiciales, juristas académicos, investigadores multidisciplinarios y activistas, fue creado desde la Universidad de Ottawa, en colaboración con diversas y prestigiosas instituciones académicas y actores del sistema jurídico latinoamericano. Juntos hemos propuesto la creación de una plataforma que pretende ser un espacio de reflexión y estudio sobre la legitimidad en el sistema judicial, combinando la difusión

y la formación jurídica con investigaciones y análisis más detallados que la simple crítica sociológica o jurídica, para abordar también los factores y finalmente proponer algunas soluciones.

Esta publicación es resultado de dos seminarios internacionales que se desarrollaron en 2021, que tuvieron como eje central los derechos humanos, y además contó con el aval del Centro de Investigación de la Universidad de Ottawa y el apoyo financiero de la Comisión de Derechos Humanos del Estado de México. Los textos que la integran son el reflejo del esfuerzo de algunos colaboradores que anhelan una región americana más equitativa y justa para toda su población. En este texto se atienden las pautas:

- ¿Cuáles son los obstáculos a los que nos enfrentamos como actores cotidianos del sistema judicial?
- ¿Estos obstáculos nos impiden avanzar hacia una justicia más abierta y legítima?
- ¿Qué acciones, concretas y conscientes, podemos emprender para mejorar la administración de justicia y dotarla del componente de legitimidad?
- ¿Cómo podemos identificar y eliminar aquellas condiciones estructurales de discriminación y marginación social y cultural (e incluso, políticas y económicas) que afectan la legitimidad en la toma de decisiones al interior de los sistemas jurídicos de nuestro continente?

Esperamos que esta lectura traiga todo el interés y la importancia que hoy merece indagar en la legitimidad real de nuestros ordenamientos jurídicos; ciertamente eficaz, pero sobre todo accesible para toda la población.

En nombre de los miembros del Grupo de la Plataforma Justicia y Democracia en las Américas.

§§§

Pour la communauté judiciaire, les chercheurs universitaires et la société des Amériques:

Il est bien connu que, depuis les années 80, l'Amérique latine a engagé un important processus de changement dans la sphère juridique, comprenant des modifications de fond dans les systèmes constitutionnel, juridictionnel, des droits de la personne et pénal, entre autres;

Tout cela pour moderniser le système judiciaire, le rendre accessible à tous et proposer d'incroyables innovations qui furent mises de l'avant.

Le Canada n'est pas à part de tout ça. Dans ces mêmes années, la Charte canadienne des droits et libertés fut pour les canadiens un jalon important dans la primauté des droits de la personne.

Malgré les progrès, des failles persistent. Par exemple, l'accès à la justice pour les personnes vulnérables de l'hémisphère demeure un défi à relever partout dans l'hémisphère. Le juge en chef du Canada mentionnait, justement en 2019 que l'accès à la justice est aussi un enjeu démocratique, lié aux droits de la personne, et un enjeu économique.

L'Amérique latine, qui a mis le droit au centre de sa re-démocratisation, vit des défis très similaires. Tant au Canada qu'en Amérique latine, trop d'obstacles demeurent présents Et pourtant, le dialogue Nord-Sud dans le domaine du droit demeure sans avancés significatifs.

C'est dans ce contexte, par exemple, qu'aujourd'hui, l'ONU, dans son Programme de développement durable à l'horizon 2030, a placé l'accès à la justice au premier plan en tant qu'élément essentiel de la démocratie et la mise en œuvre des droits fondamentaux; Avec cela, il vise à renforcer et à rendre transparents les liens entre les principes de « gouvernement ouvert» et l'accès à la justice pour les citoyens dans leur ensemble.

Dans le même esprit et comme le disait la célèbre Mercedes Sosa, «Tout change[...] le superficiel, le profond, la façon de penser[...] tout change dans ce monde» et cela inclut les personnes, les institutions, les systèmes et même les concepts.

Vous conviendrez avec moi qu'aujourd'hui, parler d'accès à la justice ne se limite pas à être représenté ou représentée par un avocat ou une avocate, et à être entendu par un juge ou être représenté par un défenseur. Mais en plus de cela, il faut reconnaître que l'accès à la justice doit se centrer sur les personnes, être connecté et adapté aux personnes et aux communautés, en garantissant l'accès à l'information, aux ressources pour procéder,

et aux mécanismes dont elles ont besoin pour résoudre efficacement leurs problèmes juridiques; C'est cette idée que l'ONU adopte lorsqu'elle pose le défi d'établir un «nouvel et véritable accès à la justice».

Désormais, sans crainte de tomber dans l'erreur, nous pouvons dire que, malgré les changements positifs des réformes juridiques, la bonne volonté et la gestion des gouvernements ou la prééminence et le respect des valeurs d'égalité, des normes internationales des droits de la personne et de l'État de droit; certains citoyens, rencontrent toujours un défi de cet accès, certains y participent mêmes, n'y voyant ou n'ayant pas d'autres choix. D'autres estiment que les obstacles à l'accès à la justice persistent, que les institutions judiciaires, malgré leurs efforts considérables, ne parviennent pas à saisir l'essence de leurs problématiques .

En bref, il existe encore des situations récurrentes qui entravent la légitimité du système judiciaire, en particulier avec les groupes vulnérables et traditionnellement exclus, qui ont besoin d'une action ou d'une interprétation de la loi plus conforme à leur réalité pour parvenir à une action matérielle et substantielle effective dans l'exercice de leurs droits.

Le dialogue entre le Sud et le Nord, non de manière verticale mais entre collègues et personnes d'expériences; entre acteurs judiciaires, juristes académiciens, chercheurs multidisciplinaires et activistes, que s'est créé à partir de l'université d'Ottawa, en collaboration avec diverses et prestigieuses institutions universitaires et acteurs (actrices) du système juridique latino-américain, ensemble, avons proposé la création d'une plateforme qui se veut un espace de réflexion et d'étude sur la légitimité dans le système judiciaire, combinant diffusion et formations juridiques avec des données et analyses plus étoffées que la simple critique sociologique ou juridique mais d'y adresser les facteurs aussi et en bout de ligne d'y proposer quelques solutions.

Cette publication est le résultat de deux séminaires que les membres de cette plateforme ont mis sur pied en 2021 à partir de l'appui du Centre de recherche de l'Université d'Ottawa et maintenant avec l'appui financier de la Commission des droits de la personne de l'État du Mexique. Les textes qui forment cette publication est le résultat de certains des intervenants. Certaines lignes leurs ont été proposées. Elles étaient les suivantes:

- Quels sont les obstacles auxquels nous sommes confrontés?
- Est-ce celles-ci nous empêchent en tant qu'acteurs quotidiens du système judiciaire de progresser vers une justice plus ouverte et légitime?
- Quelles actions concrètes et conscientes pouvons-nous entreprendre pour améliorer l'administration de la justice et la doter de la composante de la légitimité?

- Comment pouvons-nous identifier et éliminer ces conditions structurelles de discrimination et de marginalisation sociale et culturelle (voire politique ou économique parfois) qui affectent la légitimité de la prise de décision au sein des systèmes juridiques?

Nous espérons que cette lecture apportera tout l'intérêt et l'importance que mérite de se pencher de nos jours sur la légitimité réelle de nos systèmes de droit; certes efficaces mais surtout accessible pour l'ensemble de la population.

Au nom des membres de la plateforme justice et démocratie dans les Amériques.

§§§

It is well known that since the 1980s, Latin America has carried out an important process of change in the legal field, encompassing substantive modifications in the constitutional human rights and penal systems.

These reforming changes were made with the aim of modernizing, consolidating the judicial system, making it accessible and proposed incredible innovations.

Canada is no exception. In these same years, the Canadian Charter of Rights and Freedoms was an important milestone for Canadians in the primacy of human rights.

Despite progress, flaws persist. For example, access to justice for vulnerable people or people in vulnerable situations in the hemisphere remain a challenge across the hemisphere.

Latin America, which has placed the law at the center of its democratization process, is going through very similar challenges. Both in Canada and in Latin America, the obstacles are still present and the North-South dialogue in the field of law continues without significant progress.

It is in this context, for example, that today the United Nations, in its 2030 Agenda for Sustainable Development, has placed access to justice at the forefront as an essential element of democracy and the implementation of fundamental rights. With this, it aims to strengthen and make transparent the links between the principles of "open government" and access to justice for citizens as a whole.

In the same spirit and as the famous Mercedes Sosa said, "Everything changes[...] the superficial, the deep, the way of thinking[...] everything changes in this world" and this includes people, institutions, systems and even concepts.

You will agree with me that today, talking about access to justice is not limited to being represented by a lawyer, and being heard by a judge or being represented by a defender. But in addition to this, it must be recognized that access to justice must be people-centred, connected, and relevant to people and communities, ensuring access to information, resources to proceed, and the mechanisms they need to effectively resolve their legal problems. It is this idea that the UN adopts when it poses the challenge of establishing a "new and real access to justice".

Henceforth, without fear of falling into error, we can say that, despite the positive changes of legal reforms, the goodwill and management of gov-

ernments or the pre-eminence and respect for the values of equality, international standards, human rights and the rule of law, some citizens still encounter a challenge to this access, some even participate in it, not seeing it or having no other choice.

Others believe that the obstacles to access to justice persist, that the judicial institutions, despite their considerable efforts, fail to grasp the essence of their problems.

In short, there are still recurring situations that hinder the legitimacy of the justice system, especially with vulnerable and traditionally excluded groups, who need action or an interpretation of the law more in line with their reality to achieve effective material and substantial action in the exercise of their rights.

Dialogue between the South and the North, not vertically but between colleagues and experienced people; between judicial actors, academic jurists, multidisciplinary researchers and activists, which was created from the University of Ottawa, in collaboration with various and prestigious academic institutions/ actors and actresses of the Latin American legal system, together we have proposed the creation of a platform which aims to be a space for reflection and study on legitimacy in the judicial system, combining dissemination and legal training with data and analyzes more extensive than simple sociological or legal criticism but to address the factors too and ultimately to propose some solutions.

This publication is the result of two seminars whose platform members set up in 2021 with the support of the University of Ottawa Research Center and now with the financial support of the Commission of Human Rights of the State of Mexico. The texts that form this publication are from some of the contributors. Some questions were to be covered notably:

- What are the obstacles we are facing?
- Do these prevent us as day-to-day actors in the judicial system from progressing towards more open and legitimate justice?
- What concrete and conscious actions can we take to improve the administration of justice and endow it with the component of legitimacy?
- How can we identify and eliminate these structural conditions of discrimination and social and cultural (even political or economic at times) marginalization that affect the legitimacy of decision-making within the legal systems?

We hope that this reading brings all the interest and importance that it deserves to investigate the real legitimacy of our legal systems; certainly effective, but above all accessible to the entire population.

On behalf of the members of the Justice and Democracy in the Americas Platform.

Prefacio

José Luis **Bátiz López***

Desde la academia, la investigación y la práctica jurídica, abordar una diversidad de temas que tengan como objeto de estudio el acceso a la justicia, la inclusión social y la efectividad de los derechos humanos y fundamentales, es de suma importancia, debido a que a través de los diferentes autores se analizan teórica y empíricamente diferentes factores y fenómenos que se presentan en la atención que brindan las instituciones jurídicas.

En los 17 temas que son abordados por los autores, se puede observar el interés y la necesidad de observar los problemas desde el enfoque jurídico, económico, político y social. Las experiencias identificadas en cada uno de los temas, son un insumo de aprendizaje y aplicabilidad considerados como aporte técnico y científico al conocimiento, y todo aquel que desee tener un marco de referencia así como una valiosa fuente de información académica, podrá tener la confianza suficiente, de verse sumergido en un constante aprendizaje, dados los conocimientos y resultados de los congresos internacionales originarios de esta obra.

Los temas nos llevan a reflexionar sobre la importancia de retomar, reformular y fortalecer conceptos jurídicos, así como también, procedimientos que busquen garantizar un mayor acceso a la justicia en general, pero con especial atención a grupos vulnerables dadas las recomendaciones por las instituciones nacionales e internacionales.

Ante las diferentes realidades del contexto latinoamericano, se deja patente que no todos los países han logrado atender las necesidades adecuadamente en estos últimos años, dadas situaciones que podrían justificarse, como es la la vulnerabilidad de las instituciones en relación con la pandemia de co-

* Director de la Escuela de Ciencias Sociales y Gobierno, Tec de Monterrey, Campus Toluca.

VID-19, vista como un ejemplo reciente que tomó desprevenidos a todos los países quienes creyeron que no iban a ser impactados. Pero situaciones de vulnerabilidad se encuentran en muchos temas y las instituciones requieren de una planificación que prevea cambios y adaptaciones para lograr una maduración institucional generando resultados justos e imparciales.

Aportar a la sociedad estudios teóricos y casos empíricos en diferentes enfoques por los autores especialistas internacionales presentes en este libro, es de conocimiento obligado el estar actualizados para aplicar los mejores modelos y prácticas jurídicas a los contextos nacionales para brindar una justicia pronta y expedita ante las complejidades institucionales.

Puede observarse el principio de la dignidad de la persona humana al asociar de manera transversal los derechos humanos. Se presentan temas coyunturales que de manera directa e indirecta se encuentran presentes a nivel nacional e internacional como es la pobreza, la discriminación, la falta de oportunidades y la actual pandemia del COVID-19, evidenciando la capacidad e incapacidad de las instituciones que buscan adaptarse a los cambios lo antes posible para atender las necesidades sociales.

Además de lo anterior, los autores hacen aportaciones para ser consideradas a implementarse en las legislaciones nacionales y éstas puedan junto con las políticas públicas garantizar la efectividad de los derechos de manera eficiente y efectiva.

La justicia no sólo debe ser accesible, sino también flexible y sensible a las necesidades sociales, por ello, la tecnología le ha ayudado a modernizarse, pero debe trascender no sólo en su acceso sino también en la aplicación de procedimientos para impartir justicia.

Los mecanismos y sentencias deben tomar en cuenta el contexto social, para la aplicación de los procesos penales ya que estos siguen influenciados por intereses, roles y hábitos de los juzgadores que afectan la igualdad y justicia efectiva en las reformas como indican los autores.

Si bien existen buenas intenciones por parte de los gobiernos por mejorar o cambiar los regímenes políticos, se enfrentan a las dificultades de los poderes fácticos como son los medios de comunicación, mismos que no sólo difunden y promueven sino también someten a los titulares de los poderes públicos a tomar decisiones que pueden ser populistas y paternalistas. Esta situación dificulta la valoración real del derecho a la información que deben poseer los ciudadanos.

De manera directa, este libro exhorta a los futuros abogados a seguirse preparando, y considerar con un mayor alcance la sensibilidad que se espera de ellos en la debida diligencia. Considerar el contexto en el que se encuentran las personas para ser juzgadas, y al menos garantizar que se promueva

estándares en virtud de los derechos humanos, ya que si no se mejora la justicia en el ámbito jurídico y social, dada la corresponsabilidad entre el Estado y sociedad existirá podría generar crisis social en el largo plazo.

Las organizaciones de la sociedad tienen un rol importante en la sociedad, pero se enfrentan a desafíos institucionales y sociales como es la credibilidad. La justicia debe ser accesible y poseer mecanismos incluyentes desde lo jurídico y social, para que los poderes públicos no se encuentren sometidos en su ejercicio a cargas de intereses políticos, sino que sean lo mayormente abiertos a escuchar posibles soluciones de las organizaciones sociales acrecentando la participación, legitimidad y veracidad.

Los sistemas jurídicos deben ser robustos, prevenir conductas antisociales por medio de programas públicos, disponer de sanciones y mecanismos de aplicación que garanticen una justicia legal y material para la rápida reinserción social y familiar para evitar la reincidencia.

Las instituciones del Estado deben intervenir y prestar una mayor atención en el reconocimiento y trato humano de las necesidades sociales de la población en general, si bien hay grupos sociales en desventaja, la atención legal y política no debe demeritar y generar violencia a través de las instituciones de manera directa e indirecta. Por ello, es importante educarse y juzgar con perspectiva de género para así atender las recomendaciones y fuentes del derecho como herramientas para eliminar la discriminación y tratos diferenciados, y de esta forma tutelar el derecho a la igualdad como indican los autores.

No obstante, ante la diversidad de grupos sociales e identitarios es necesario conocer sus prácticas sociales y jurídicas para incorporar en el derecho positivo diversos enfoques y perspectivas que permitan garantizar una justicia digna de confianza, que respete los derechos y garantías en igualdad de condiciones así como la tutela judicial efectiva.

Los poderes públicos buscan legitimarse, dada la falta y crisis de confianza principalmente del Poder Ejecutivo, pero si se juzga de manera libre, imparcial y empática sin considerar tratos desiguales, y si se promueve programas de inclusión que sensibilice a los servidores públicos en general, la justicia será más amplia y objetiva y creíble. Pero dicha credibilidad debe ganarse con respaldo técnico, científico y multidisciplinario, ya que las personas que requieren de justicia presentan necesidades y características importantes que deben ser entendidas y atendidas desde diferente óptica.

La experiencia nos demuestra el cambio institucional, la reformas legales continúan incluyendo nuevos principios y mecanismos, sin embargo aún persisten violaciones de derechos humanos dados los graves problemas de violencia e inseguridad estructural en algunas localidades, máxime si se encuentran alejadas de los centros de atención, lo que dejan a las personas

y a las instituciones en un estado de indefensión, y por la falta de la cercanía del acceso a la justicia.

Los autores nos hacen observar que la justicia debe ser formativa y restaurativa pero debe poseer recursos económicos, técnicos y humanos para que tarde o temprano la sociedad pueda desarrollarse.

Prólogo

La empatía en la inclusión como herramienta para fortalecer los derechos humanos de los discapacitados

Myrna A. **García Morón**[*]

Hablar de los *derechos humanos* hoy en día, se ha extendido no sólo al ámbito estrictamente jurídico o de una alternativa para el acceso a la justicia. Se han creado instituciones ex profeso como las comisiones de derechos humanos, leyes en la materia u otras vinculadas al tema; además de la existencia de una vasta legislación internacional donde nuestro país ha sido signante. Sin embargo, aún no queda claro en algunos casos específicos el acceso a la justicia por parte de los discapacitados, e incluso el tema llega al empleo de las categorías: o son discapacitados en general o hablamos de personas con discapacidad, he aquí un ejemplo de tal polémica.

Por eso debemos hacer un estudio más profundo del tema y ser más objetivos. Sabemos que existe un sentido deontológico del deber ser de las normas jurídicas y las instituciones, pero el caso es que ontológicamente cobran un sentido del ser inacabados los afanes de dicho acceso justo por parte de las personas con discapacidad, dentro del marco legal o institucional. Por otro lado, el tema de los discapacitados o las personas con discapacidad lo abordaremos indistintamente debido a que tanto los programas gubernamentales como la legislación han determinado como categoría la de personas con discapacidad.

Al inicio comentamos que el acceso a la justicia no se restringe exclusivamente a lo jurídico sino también en la aplicación de un sentido más humano y en ese aspecto tenemos que el espíritu tanto de los programas como

[*] Delegada Comisión de Derechos Humanos (Estado de México, México).

de las leyes ha dejado de largo dicho sentido. Sin embargo, ha existido una actitud incluyente en estos ámbitos (programas y legislación) por lo que es un gran avance. Debemos considerar que los derechos humanos han cumplido con las acciones de inclusión de diversos grupos considerados como vulnerables o poco atendidos no sólo por las políticas gubernamentales, sino tampoco ha habido políticas públicas que denoten grandes avances en torno a las personas con discapacidad. Ante ello, la realidad ha rebasado el sentido y alcance tanto de los programas como de las leyes aplicables a este grupo en particular; lo podemos apreciar, por ejemplo, en el ámbito deportivo en los juegos paralímpicos donde las personas con discapacidades sobresalen mejor aún que aquéllas que no las tienen (en nuestro caso hasta resulta irónico cunado se comparan los resultados del medallero entre ambos grupos). Ello demuestra una cuestión que incluso se retoma en el modelo social de inclusión de los discapacitados: confiar en sus potencialidades y que pueden aportarlas dentro de los diferentes foros sociales donde se desenvuelven.

Pero no basta la inclusión, ya que es menester que los programas de gobierno y la legislación deba contener aspectos de sensibilidad que lleve a los responsables de elaborarlos y ejecutarlos a ponerse en el lugar del otro y ser empáticos. La empatía como una acción muy humana aplicada con la intención de dar ese sentido de sensibilización no sólo en los programas y la leyes aplicables a aquéllos, que permita la empatía en las acciones y en las personas responsables de llevarlas a cabo. De esta forma, si los programas y leyes no sólo son inclusivos hacia las personas con discapacidades, son empáticos, al igual que las personas que los ejecutan y/o tienen contacto con ellos. Así debemos ver a la empatía en dos sentidos:

1) Como un aditamento que se incluya en la estructura de los programas y leyes, enfocada a los discapacitados.
2) Que permita sensibilizar a los servidores públicos con actitudes empáticas hacia este grupo. El logro es que también se respeten la igualdad y la no discriminación, flagelos que al darse vulneran los derechos humanos de los discapacitados.

Por eso, la empatía debe ser una herramienta en el orden deontológico y parte misma de los alcances programáticos, legislativos y en la operatividad judicial, reforzando el pleno goce de los derechos humanos de los discapacitados. Como objeto de estudio hemos considerado a la empatía como esa herramienta útil dentro de la estructura de los programas de gobierno y leyes subjetivas (hacia los discapacitados o personas con discapacidad)

que van a evitar la discriminación e impulsar la igualdad como prerrogativas de las personas con discapacidad y así accesar al resguardo de sus derechos humanos. Hay que comentar la existencia en algunos casos específicos, donde lo más próximo a la empatía —ya como una categoría objetiva— lo fue la sensibilidad dentro de algunas acciones de los programas y algún argumento jurídico, sin que estimase la empatía como tal.

Si contemplamos a la empatía no sólo dentro de la redacción de los programas y leyes vinculantes al binomio personas con discapacidad-derechos humanos, se daría además en ambos como parte de los proyectos operativos de capacitación y adiestramiento de las entidades públicas que no sólo están vinculadas con los discapacitados o los derechos humanos, sino también o más, con la universalidad de estos últimos, haciendo pertinente hasta una política pública global que contenga los principios de igualdad en todos los sentidos, no discriminación, universalidad, publicidad, entre otros, que perfeccionen los mecanismos para que el trato hacia las personas con discapacidad sea realmente efectivo y de impacto; no quedándose en una mera acción política o de la administración pública y de las demás esferas públicas (Poder Judicial, Poder Legislativo).

Estamos ciertos en que una de las tareas de las comisiones de derechos humanos, en los dos niveles gubernamentales, es el velar porque no se violenten éstos (medida anticipativa y preventiva), pero también en la praxis sabemos que dista de ser un objetivo cumplido y por eso el *statu quo* de la plena justicia debe pasar por los derechos humanos, mismo que desde que se perfiló el sentido iusnaturalista de mucho de nuestro marco jurídico nacional, esto ha permeado en revalorar el papel de aquellas; por eso y dentro de esa anticipación vemos que la empatía es una herramienta que puede sensibilizar al juzgador, al elemento de la fuerza pública, al servidor público no importando que su nivel administrativo deba tener la empatía de soliviantar los derechos humanos de las personas con discapacidad y con ello brindar mejores expectativas al otro que no por su condición física está vulnerable o no tendrá el reconocimiento de su valía e importancia del rol social que desempeña. Esto es un deber y una urgencia que como tarea pendiente deben retomar las instituciones públicas mexicanas: ese es el reto, el auxilio de nuevos paradigmas.

Primera parte

Acceso a la justicia.
Factores constitucionales, legales, políticos y sociales.
Definición de grupos vulnerables de especial protección

El acceso a la justicia en Canadá: un proyecto que todavía está en marcha

H. Richard **Boivin***

Sumario: I. Introducción. II. Otros medios del acceso a la justicia. III. Conclusión. IV. Bibliografía

I. Introducción

1. Asistencia jurídica

Lo primero que viene a la mente cuando se reflexiona sobre las herramientas existentes que proporcionan acceso a la justicia es la asistencia jurídica. Los servicios jurídicos son caros y no están al alcance de muchos canadienses, y la asistencia jurídica permite a las personas económicamente desfavorecidas acceder a estos servicios. Se trata de que el Estado preste servicios jurídicos gratuitos y cubra los honorarios de los abogados para los miembros más pobres de la sociedad, y es, con mucho, el mayor y más exitoso programa canadiense de acceso a la justicia.[1]

En Canadá, Ontario fue la primera provincia en promulgar leyes sobre asistencia jurídica en 1967, y las demás provincias siguieron su ejemplo poco

* Juez de la Corte Federal de Apelación (Canadá). Agradezco a mi asistente jurídica, Rebecca Lang, por su inestimable ayuda en la preparación de este artículo. Cualquier error u omisión es exclusivamente mío.

[1] Lafond, Pierre-Claude, *L'accès à la justice civile au Québec*, *Portrait général*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2012, p. 105.

después.[2] Así, en 1972, Quebec aprobó la Ley de Asistencia Jurídica[3] como parte de la primera ola de un movimiento de acceso a la justicia.[4] El objetivo fundamental de la Ley de Asistencia Jurídica era garantizar que todas las personas económicamente desfavorecidas tuvieran acceso a los tribunales y a los servicios de un abogado, y proporcionarles la información necesaria sobre sus derechos y obligaciones.[5]

Antes de esta época, el acceso a los tribunales para los ciudadanos con bajos ingresos era muy limitado y se basaba esencialmente en actos de caridad.[6] Si una persona no podía permitirse recurrir a los tribunales, podía presentar una solicitud especial de asistencia jurídica a un juez para que decidiera sobre el fondo del asunto.[7] Además, los abogados prestarían sus servicios de forma voluntaria en función de cada caso.[8] También existían algunos programas financiados por el gobierno. Por ejemplo, en Quebec, la Oficina de Asistencia Jurídica, financiada por el Colegio de Abogados local, se ocupaba principalmente de los casos penales y remitía los casos civiles a abogados privados.[9] Sin embargo, este plan de asistencia jurídica voluntaria no era lo suficientemente amplio como para satisfacer la demanda real en la provincia.

La promulgación de la Ley de Asistencia Jurídica cambió esta situación, garantizando los servicios jurídicos a los ciudadanos que estuvieran por debajo de determinados ingresos. Como dijo Jérôme Choquette, entonces ministro de Justicia de Quebec: "¿No tenemos el mismo deber fundamental de garantizar que, en el ámbito jurídico, quienes necesitan urgentemente ser defendidos en el complejo sistema jurídico y judicial que conocemos

---

[2] Zemans, Frederick H., "Legal Aid and Legal Advice in Canada: An Overview of the Last Decade in Quebec, Saskatchewan and Ontario", *Osgoode Hall Law Journal*, vol. 16, 1978, pp. 663-693.

[3] Legal Aid Act, S.Q. 1972, c 14, now referred to as an *Act respecting legal aid and the provision fo certain other legal services*, CQLR c A-14.

[4] Proulx, Stéphane, "Aide juridique: la lutte pour un accès public à la justice pour toutes et tous", *Nouveaux Cahiers du socialisme*, núm. 16, 20 de julio de 2016, p. 143.

[5] Macdonald, R. A., "Accessibilité pour qui? Selon quelles conceptions de la justice?", *Les Cahiers de droit*, vol. 33, núm. 2, 1992, pp. 457-484.

[6] *Idem.*

[7] Proulx, Stéphane, *op. cit.*

[8] Johnstone, Rebecca y Thomas, Jennifer, "Legal Aid in Canada: 1996-97", *Juristat. Canadian Centre for Justice Statistics*, núm. 85-002-XIE, vol. 18, junio de 1998.

[9] Proulx, Stéphane, *op. cit.*

tengan derecho a la consulta y a la asistencia cuando su situación económica no les permita disfrutar de sus plenos derechos como seres humanos?".[10]

Así se creó la asistencia jurídica, que desplegó una amplia red de abogados por las distintas regiones de Quebec, garantizando así el acceso a los servicios jurídicos de las personas económicamente desfavorecidas. El mandato de esta red de abogados era responder a las necesidades básicas de las personas que viven en la pobreza. El programa reconocía los problemas específicos de los ciudadanos con bajos ingresos y creaba una respuesta específica para el acceso eficaz a la justicia.

Desgraciadamente, la asistencia jurídica no tuvo el efecto positivo generalizado que se esperaba en el sistema judicial. Hasta el día de hoy, las normas de admisibilidad financiera para tener derecho a la asistencia jurídica siguen siendo extremadamente bajas, lo que crea una brecha de cobertura entre el derecho a la asistencia jurídica y la población de bajos ingresos de Canadá. Como observó una antigua presidenta de la Corte Suprema de Canadá:

> Entre los más afectados está la clase media. Ganan demasiado para tener derecho a la asistencia jurídica, pero a menudo no lo suficiente para contratar a un abogado para un asunto de cualquier complejidad o duración. Cuando se trata del sistema judicial, la mayoría de los canadienses no tienen acceso a recursos propios suficientes, ni a los programas de la red de seguridad establecidos por el gobierno.[11]

La consecuencia es que la asistencia jurídica sólo se concede a un pequeño porcentaje de los ciudadanos que podrían beneficiarse de ella para hacer valer sus derechos ante los tribunales. Por ejemplo, en la provincia de Ontario, las directrices de admisibilidad financiera para la asistencia jurídica sólo abarcan aproximadamente la mitad de las personas que se encuentran por debajo del umbral de pobreza no oficial.[12] La admisibilidad financiera simplemente no se ha ajustado a la realidad económica de los litigantes, restringiendo la asistencia jurídica sólo a los más pobres de entre

---

[10] *Idem*. Traducción libre.

[11] McLachlin, Beverley, "The Challenges We Face. Remarks presented at the Empire Club of Canada", Toronto, 8 de marzo de 2007, disponible en: *www.scc-csc.ca*. Traducción libre.

[12] Thomas, Nye, "Ontario's Financial Eligibility Standard for Legal Aid: Falling Behind the Rest of Canada", *Legal Aid Ontario*, disponible en: *https://www.legalaid.on.ca/2019/10/16/ontarios-financial-eligibility-standard-for-legal-aid-falling-behind-the-rest-of-canada*.

los pobres en todo el país.[13] Por esta razón, la asistencia jurídica, en sí misma, ha demostrado ser insuficiente para abordar plenamente la cuestión del acceso a la justicia.

2. Tribunal de reclamaciones de menor cuantía

Para complementar la asistencia jurídica y aumentar el acceso a la justicia en Quebec, el gobierno puso en marcha la Sala de Reclamaciones de Menor Cuantía en el Tribunal de Quebec en 1971.[14] Las demás provincias siguieron su ejemplo mucho más tarde, y Ontario y Colombia Británica crearon su propia versión en la década de los noventa.[15] El objetivo de este Sala, a menudo denominado "tribunal popular", es hacer que la justicia sea accesible a los ciudadanos proporcionando un medio de adjudicación barato y rápido y despojando a la justicia de un formalismo excesivo.[16]

Al día de hoy, la Sala de Reclamaciones de Menor Cuantía del Tribunal de Quebec ofrece vías más razonables y un mayor acceso a los litigantes para hacer justicia en asuntos civiles, ya que las normas de funcionamiento son mucho más sencillas que las de otros tribunales y, en general, las partes no tienen derecho a ser representadas por un abogado.[17] Aporta soluciones rápidas, económicas y sencillas para los litigios cuyo valor en juego es de 15,000 dólares[18] (35,000 en la provincia de Ontario).[19] También proporciona un mayor nivel de acceso a la justicia para los litigantes en los tribunales superiores, ya que libera más tiempo de los tribunales para asuntos más grandes y más complejos. Sin embargo, al igual que con la asistencia jurídica, los tribunales de reclamaciones de menor cuantía no son una solución integral al problema del acceso a la justicia. A diferencia de los tribunales superiores, los tribunales de reclamaciones de menor cuantía no exigen

---

[13] *Idem*.

[14] The *Loi favorisant l'accès à la justice*, LQ 1971, c. 86 established both the Small Claims Court and the Provincial Court.

[15] Lafond, Pierre-Claude, *op. cit.*, p. 120.

[16] David Cuming, "L'accès à la justice: comment y parvenir?", Rapport de recherche publié par l'Union des consommateurs, julio de 2004, p. 42.

[17] Lafond, Pierre-Claude, *op. cit.*, p. 134.

[18] Éducaloi, "La cour des petites créances : un tribunal accessible", disponible en: *https://educaloi.qc.ca/capsules/la-cour-des-petites-creances-un-tribunal-accessible*.

[19] Walker, Meghan, "Bumping Up Small Claims Court Streamlines Access to Justice", *The Lawyer's Daily*, 20 de noviembre de 2019), disponible en: *https://www.thelawyersdaily.ca/articles/16862/bumping-up-small-claims-court-limit-streamlines-access-to-justice*.

una mediación obligatoria ni exámenes para la presentación de pruebas. Estos dos pasos animan a los litigantes a reflexionar sobre las deficiencias de su caso y son útiles para promover una resolución rápida.[20] Aunque el tribunal de reclamaciones de menor cuantía exige una conferencia previa al juicio, éstas suelen durar menos de quince minutos y no prevén un acuerdo.[21] Además, el horario de funcionamiento sigue estando poco adaptado a las necesidades de las personas que trabajan en horario regular. La competencia del tribunal es problemática, ya que excluye los recursos no pecuniarios, las medidas cautelares, las órdenes de recuperación de bienes y los recursos inmobiliarios, lo que limita el alcance de la intervención del tribunal.[22] Lo más importante es que el límite máximo admisible de 15,000 dólares (en Quebec) hace que muchas personas reduzcan su reclamación a esa cantidad para poder acceder al tribunal, aunque sus daños, por ejemplo, superen los 20,000 dólares.[23]

Aunque tanto la asistencia jurídica como los tribunales de reclamaciones de menor cuantía son todavía mejorables, siguen siendo dos estrategias importantes que han contribuido considerablemente a aumentar el acceso a la justicia. Sin embargo, por sí solas, son insuficientes. Además de la asistencia jurídica y los tribunales de reclamaciones de menor cuantía, este artículo aborda otras tres vías que mejoran el acceso a la justicia, más concretamente con respecto a una serie de grupos tradicionalmente marginados y vulnerables en Canadá. En particular, la sección siguiente, tratará de estos tres temas: Las demandas colectivas; la interpretación jurídica flexible y liberal, y la flexibilidad procesal.

II. Otros medios del acceso a la justicia

1. Demandas colectivas

Una demanda colectiva puede ser una poderosa herramienta legal para facilitar el acceso a la justicia. Por ejemplo, en lugar de que cien personas presenten cada una cien demandas por separado, una demanda colectiva permite

[20] Pinkus, Jon, "Expanding small claims court will not increase access to justice", *Toronto Star*, 24 de julio de 2019, disponible en: *https://www.thestar.com/opinion/contributors/2019/07/24/expanding-small-claims-court-will-not-increase-access-to-justice.html*.

[21] *Idem*.

[22] Lafond, Pierre-Claude, *op. cit.*, p. 136.

[23] *Ibidem*, pp. 136 y 137.

que un grupo de personas sea representado por uno o algunos miembros del mismo. Esta opción puede ser muy eficaz para gestionar múltiples demandas con un interés común. El éxito de las demandas colectivas se traduce en la entrega de indemnizaciones a través de un proceso conciliatorio estructurado. El estado de Quebec fue el primero en promulgar una ley sobre procedimientos de demandas colectivas en 1978.

En 1992, Ontario hizo lo mismo con su propia versión de esta ley. En la actualidad, la mayoría de las provincias de Canadá cuenta con una ley específica sobre demandas colectivas.

Una demanda colectiva tiene que estar certificada por un tribunal antes de poder avanzar. Entre todas las jurisdicciones canadienses, el procedimiento civilista de Quebec es claramente único, ya que es el más orientado a los demandantes (artículo 571 del Código Civil de Procedimiento de Quebec). Además, el límite para la certificación es mucho más bajo que el que se exige en otras provincias de derecho de *common law*, es decir, derecho consuetudinario. Por ello, a menudo se considera una auténtica medida de acceso a la justicia.

La Corte Federal también permite los procedimientos de demandas colectivas en virtud de sus normas.[24] La ventaja de una demanda colectiva iniciada en la Corte Federal es que tiene un alcance nacional —y no sólo provincial— desde el principio.

Entonces, ¿cómo se ha utilizado la demanda colectiva en Canadá para proporcionar acceso a la justicia a grupos históricamente excluidos?

Por ejemplo, y en particular, los pueblos indígenas en Canadá son un grupo que ha sido históricamente excluido del acceso a la justicia por varias razones. Sin embargo, las demandas colectivas han permitido que esta situación cambie.

Por ejemplo, la mayor demanda colectiva de Canadá, iniciada mediante un modo alternativo de resolución de litigios,[25] involucró aproximadamente a unos 79,000 sobrevivientes del sistema de escuelas residenciales de Canadá que demandaban al gobierno federal.

El sistema de escuelas residenciales indígenas era una red de internados para indígenas. El gobierno canadiense financiaba el sistema y la Iglesia lo gestionaba. El objetivo de las escuelas residenciales era educar y convertir a los jóvenes indígenas para integrarlos a la sociedad canadiense. Los niños

---

[24] Federal Court Rules, SOR/98-106, ss. 334.1-334.4

[25] Indian Residential School History and Dialogue Centre, "The Indian Residential School Settlement Agreement", *The University of British Columbia*, disponible en: *https://irshdc.ubc.ca/learn/the-indian-residential-school-settlement-agreement*.

indígenas sufrieron varios tipos de abusos durante su estadía en las escuelas y muchos perdieron los vínculos con su cultura y la capacidad de comunicarse en sus lenguas indígenas. De hecho, el objetivo era "matar el indio en el niño".

A partir de la década de los ochenta, los antiguos alumnos lanzaron campañas legales para presionar al gobierno y a las iglesias para que reconocieran los abusos del sistema y ofrecieran alguna indemnización.[26] La Oficina de Resolución de Asuntos relativos a las Escuelas Indígenas de Internado de Canadá se creó en 2001 para gestionar y resolver el gran número de reclamaciones por abusos presentadas por antiguos alumnos contra el gobierno federal, también conocido como proceso sustitutivo de resolución de litigios.[27] En mayo de 2006, se aprobó el Convenio de Resolución relativo a las Escuelas Indígenas de Internado.

Se calcula que 150,000 niños asistieron a escuelas residenciales entre 1831 y 1996. La demanda colectiva creó una inmensa presión pública sobre el gobierno canadiense y, en 2006, se llegó a un acuerdo por aproximadamente unos dos mil millones de dólares. En 2008, el gobierno de Canadá ofreció una disculpa pública.

La disculpa se produjo nueve meses después de que entrara en vigor el Convenio de Resolución relativo a las Escuelas Indígenas de Internado.[28] Se trataba de un acuerdo global de demanda colectiva, en el que participaban los supervivientes, el gobierno federal y las iglesias que dirigían las escuelas.[29] También ordenó la creación de la Comisión de Verdad y Reconciliación. La compensación económica adoptó dos formas: un pago por experiencia común para todos los estudiantes que asistieron a las escuelas y un proceso de evaluación independiente para adjudicar las reclamaciones de los estudiantes que habían sufrido abusos en las escuelas.[30]

Las Escuelas Indígenas de Externado también funcionaron en Canadá durante más de un siglo, desde la década de 1860 hasta la de 1990. Al igual

---

[26] *H.L. v. Canada (Attorney General)*, 2005 SCC 25.

[27] Indian Residential School History and Dialogue Centre, *op. cit*.

[28] Canada, Crown-Indigenous Relations and Northern Affairs Canada, "Indian Residential Schools Settlement Agreement", Ottawa, disponible en: *https://www.rcaanc-cirnac.gc.ca/eng/1100100015576/1571581687074*.

[29] "The Indian Residential Schools Settlement Has Been Approved", *Residential school settlement*, disponible en: *https://www.residentialschoolsettlement.ca/detailed_notice.pdf*.

[30] "Your Questions Answered about Canada's Residential School System", *CBC News*, 4 de junio de 2021, disponible en: *https://www.cbc.ca/news/canada/canada-residential-schools-kamloops-faq-1.6051632*.

que los internados, el objetivo de los externados era asimilar a los niños indígenas y borrar su lengua y cultura. Cerca de 200,000 niños indígenas asistieron a estas escuelas de externado gestionadas por el gobierno federal, y muchos de ellos sufrieron traumas y abusos físicos y sexuales.[31]

En 2009, se inició una demanda colectiva en nombre de los indígenas y sus familias que habían asistido a un externado indio. El 21 de junio de 2018, la Corte federal certificó la demanda colectiva por consentimiento como un procedimiento colectivo.[32] Su objetivo era conseguir justicia e indemnización para los indígenas que se vieron obligados a asistir a las escuelas. Durante varios meses, el gobierno de Canadá y las partes entablaron negociaciones con el objetivo de resolver el litigio "de una manera justa, humana y respetuosa que combinara la indemnización individual con inversiones para el futuro".[33]

En agosto de 2019, la Corte federal aprobó un acuerdo de conciliación para los supervivientes de las escuelas.[34] Podemos decir que éste fue un momento histórico por los indígenas de Canadá. Al resolverlo mediante una negociación en lugar de un litigio, las partes pudieron ir más allá de los recursos que pueden conceder los tribunales y "explorar formas concretas de abordar la curación, la lengua, la cultura y la conmemoración".[35]

> El acuerdo propuesto representa el acceso a la justicia para un grupo de aproximadamente 120,000 personas mayores [miembros del grupo de supervivientes] y sus cónyuges, hijos y nietos [miembros del grupo familiar]. Los estudiantes de los externados indios no estaban incluidos en la ahora famosa Resolución relativa a las Escuelas Aborígenes de Internado [IRSS, por sus siglas en inglés]. Sin embargo, muchos de los abusos reconocidos en la IRSS se infligieron también a los que asistían a los externados indios.[36]

---

[31] Canada, Crown-Indigenous Relations and Northern Affairs Canada, "Indian Day Schools (McLean) Proposed Settlement Agreement", Ottawa, 15 de marzo de 2019, disponible en: *https://www.canada.ca/en/crown-indigenous-relations-northern-affairs/news/2019/03/indian-day-schools-mclean-proposed-settlement-agreement0.html#shr-pg0*.

[32] Federal Indian Day School Class Action, "About", disponible en: *https://indiandayschools.com/en/about*.

[33] Canada, Crown-Indigenous Relations and Northern Affairs Canada, "Indian Residential Schools...", *cit.* Traducción libre.

[34] *McLean v Canada*, 2019 FC 1075.

[35] Canada, Crown-Indigenous Relations and Northern Affairs Canada, "Indian Residential Schools...", *cit.* Traducción libre.

[36] *McLean v Canada*, 2019 FC 1075. Traducción libre.

Los elementos clave del convenio de resolución propuesto incluyen una indemnización individual de 10,000 dólares por daños asociados a la asistencia a un externado indígena, una indemnización de entre 50,000 y 200,000 dólares por incidentes de abuso físico y sexual, y una inversión de doscientos millones de dólares en la institución McLean Day School Settlement Corporation para proyectos de legado que apoyen la curación, el bienestar, la educación, la lengua, la cultura y la conmemoración.[37] También incluye más de sesenta millones de dólares en honorarios legales. Las personas admisibles presentaron sus reclamaciones, cuyo plazo fue cerrado el 13 de julio de 2022.[38]

Además, otras dos demandas colectivas, con el consentimiento del gobierno federal, también recibieron la certificación de la Corte federal en septiembre de 2020. Estas dos demandas colectivas consideran la financiación de los servicios de bienestar infantil de las Primeras Naciones y el estado de los servicios de salud para los niños en las reservas y en el territorio del Yucón.

Por lo tanto, como podemos ver, los litigios de demanda colectiva demostraron ser una herramienta legal útil para el acceso a la justicia de los indígenas de Canadá.

2. La función de los tribunales en la interpretación de los derechos de la Carta

A. Decisión de la Corte Suprema de Canadá en el caso Conseil Scolaire Francophone de la Colombie-Britannique

Otros grupos que han tenido que desafiar a los gobiernos a lo largo de los años son las comunidades minoritarias francófonas de Canadá que viven fuera de Quebec. En particular, estas comunidades han luchado históricamente por tener acceso a la educación en francés. Ése ha sido el caso de los francófonos que residen en Columbia Británica, una provincia situada en el oeste del país, a 3,000 kilómetros de mi lugar de trabajo.

Sin embargo, una reciente decisión de la Corte Suprema de Canadá en el caso *Conseil Scolaire Francophone de la Colombie-Britannique c Colombie-Britannique*[39] es un buen ejemplo de cómo el más alto tribunal del país,

---

[37] Canada, Crown-Indigenous Relations and Northern Affairs Canada, "Indian Residential Schools...", *cit.*

[38] Federal Indian Day School Class Action, *op. cit.*

[39] 2020 CSC 13 [*Commission scolaire de la Colombie-Britannique*].

al hacer una interpretación jurídica liberal de un artículo de la Carta, ha puesto en práctica los principios de acceso a la justicia para las minorías lingüísticas oficiales.

Algunos de los derechos de la Carta de Derechos y Libertades de Canadá[40] protegen el uso de las lenguas oficiales de Canadá, el inglés y el francés, con el objetivo de preservar las culturas que esas lenguas representan. El artículo 23 de la Carta aborda el derecho de las minorías lingüísticas oficiales a asistir a la escuela en inglés o en francés, y eso aun cuando no sea la lengua principal de la provincia o del territorio. Este artículo establece que las personas cuya primera lengua es la minoritaria, o que fueron a la escuela primaria en esa lengua, pueden enviar a sus hijos a la escuela en esa lengua.

Pero tiene que haber suficientes niños en una comunidad para justificarlo. Sin embargo, el artículo 23 no indica exactamente cuántos niños son suficientes para los distintos niveles de servicios (por ejemplo, sus propias aulas, sus propias escuelas o sus propios consejos escolares). Tampoco establece el nivel que debe tener la educación en esas escuelas.

El Conseil Scolaire Francophone de la Colombie-Britannique es el Consejo Escolar Francófono de Columbia Británica.

El consejo escolar y algunos padres dijeron que Columbia Británica no había hecho lo suficiente por las escuelas de lengua francesa en el pasado. Querían que el gobierno arreglara los edificios y las propiedades de las escuelas, y que construyera nuevas escuelas, ya que la matrícula de los estudiantes estaba aumentando. El consejo afirmó que las leyes y políticas del gobierno infringían los derechos lingüísticos de la comunidad francófona en virtud del artículo 23.

En respuesta, el estado de Columbia Británica dijo que no había suficientes alumnos para nuevas escuelas y que las existentes eran lo bastante buenas. También dijo que costaría demasiado proporcionar todos los servicios que quería el consejo escolar.

La jueza de instrucción determinó que había suficientes niños para una escuela en algunas partes de Columbia Británica, pero no en todas.[41] Al no abrir esas escuelas, Columbia Británica violó los derechos de la comunidad francófona en virtud del artículo 23. Pero la jueza aseguró que esto no significaba que Columbia Británica tuviera que construir nuevas escuelas de inmediato. Sin embargo, decretó que Columbia Británica tenía que pa-

---

[40] *The Constitution Act, 1982, Schedule B to the Canada Act 1982* (UK), 1982, c 11.

[41] *Conseil-scolaire francophone de la Colombie-Britannique v. British Columbia (Education)*, 2016 BCSC 1764.

gar seis millones de dólares en daños y perjuicios por no haber financiado los autobuses escolares. La Corte de Apelación de Columbia Británica respaldó la decisión de la jueza de instrucción, pero determinó que el Gobierno no tenía que pagar los seis millones de dólares.[42]

La mayoría de los jueces de la Corte Suprema de Canadá estableció que los tribunales inferiores interpretaron el artículo 23 de la *Carta* de forma demasiado estricta. Afirmaron que la escuela ayuda a preservar el idioma y la cultura de las minorías lingüísticas oficiales. Por eso se protege el derecho de asistir a la escuela en la lengua minoritaria.

La mayoría estableció una forma de decidir qué tipo de programas y servicios deben recibir los alumnos de lenguas minoritarias. En general, determinaron que ellos deberían tener su propia escuela si el gobierno proporcionaba una al mismo número de hablantes de la lengua mayoritaria en algún lugar de la provincia. Así se fomentaría la equidad y se garantizaría que los fondos públicos se gastaran con inteligencia. En Columbia Británica, esto significa que hay suficientes alumnos para justificar ocho nuevas escuelas de lengua francesa.

> Las minorías lingüísticas oficiales tienen derecho a que sus hijos tengan, en cualquier lugar de Canadá, una experiencia educativa sustancialmente equivalente a la que se ofrece a los niños de la lengua mayoritaria. Esto se basa en el principio de igualdad de oportunidades. No debe subestimarse la importancia de proporcionar una educación de alta calidad a todos los niños, ya que éstos son "el recurso más importante de nuestro país, nuestro futuro" (Willick v. Willick, 1994 CanLII 28 (SCC), [1994] 3 S.C.R. 670, en la página 718). El artículo 23 permite que todos los niños, independientemente de la lengua oficial en la que estudien, tengan las mismas oportunidades de progresar en la sociedad.[43]

La mayoría también declaró que todos los niños merecen las mismas oportunidades. Eso significa que los alumnos de lenguas minoritarias y mayoritarias deben tener la misma calidad y experiencia en la escuela. Asistir a una escuela pequeña no debe significar que los alumnos reciban una educación inferior.

"Destacaría que en un país como Canadá, donde el sistema educativo está adecuadamente financiado, los padres tienen derecho a esperar una ex-

---

[42] *Conseil scolaire francophone de la Colombie-Britannique v. British Columbia (Education)*, 2018 BCCA 305.

[43] *Commission scolaire de la Colombie-Britannique*, 2020 CSC 13, p. 110. Traducción libre.

periencia educativa de alta calidad, independientemente de las dimensiones de la escuela de sus hijos".[44]

Conforme al artículo 1o. de la *Carta*, se pueden limitar ciertos derechos, pero sólo si el límite es razonable y puede justificarse en una sociedad libre y democrática. La mayoría dijo que sería muy difícil justificar un límite para el artículo 23.[45] El artículo 23 ya está limitado dado que el derecho depende de que haya suficientes estudiantes. Además, exige que el Gobierno gaste dinero en las escuelas. Por lo tanto, la mayoría afirmó que ahorrar dinero no era una razón suficientemente buena para justificar la infracción al artículo 23.

La mayoría también afirmó que los gobernantes no pueden evitar el pago de daños y perjuicios por decisiones basadas en sus políticas.[46] Esto es para garantizar que respeten los derechos de las personas. Eso significaba que Columbia Británica tenía que pagar los seis millones de dólares por no haber financiado los autobuses escolares. También, tenía que pagar 1.1 millones de dólares por no haber proporcionado al consejo escolar dinero suficiente para las escuelas rurales.

La interpretación flexible y liberal de la Corte Suprema del artículo 23 de la Carta en el caso *Conseil scolaire francophone de la Colombie-Britannique* es un ejemplo de cómo se ha aplicado el principio de acceso a la justicia en el contexto de la preservación de los derechos de las comunidades minoritarias francófonas en Canadá.

3. La función de los tribunales en la interpretación de la ley

La interpretación amplia y liberal que el Poder Judicial otorga a las lenguas oficiales también ha sido aplicada recientemente por la Corte Federal de Apelación en Canadá *(Comisario de las Lenguas Oficiales) contra Canadá (Empleo y Desarrollo Social)*, 2022 FCA 14,[47] un caso relacionado con la interpretación de una parte de la Ley sobre las Lenguas Oficiales de Canadá.[48] Esta ley reconoce oficialmente la misma importancia del inglés y del francés en Canadá con respecto a las instituciones federales del país. En su decisión, la Corte Federal de Apelación destacó la necesidad de promover la vitalidad de las minorías lingüísticas inglesa y francesa en Canadá y de apoyar su desarrollo continuo. Esta decisión también demuestra el impacto que la inter-

[44] *Ibidem*, p. 115. Traducción libre.

[45] *Ibidem*, p. 151.

[46] *Ibidem*, p. 153.

[47] 2022 CAF 14 [*Commissioner of Official languages*].

[48] *Official Languages Act*, R.S.C. 1985, c. 31 (4th Supp) [*Official Languages Act*].

pretación amplia de una ley por parte del Poder Judicial puede tener en las comunidades francesas minoritarias desfavorecidas en Canadá.

A. Ley sobre las Lenguas Oficiales

La Ley sobre las Lenguas Oficiales es una ley federal que establece el inglés y el francés como lenguas oficiales de Canadá. Conforme a esta ley, todos los ciudadanos canadienses, ya sean anglófonos o francófonos, tendrán el mismo derecho a comunicarse con el gobierno federal en la lengua de su elección. Es anterior a la Carta, ya que entró en vigor en 1969. En particular, es la primera ley del mundo que crea la figura del comisario de las Lenguas Oficiales, un agente del Parlamento cuyo mandato es promover la Ley sobre las Lenguas Oficiales y supervisar su plena aplicación. El comisario también actúa como defensor de las lenguas oficiales de Canadá, y su deber es proteger los derechos lingüísticos de los canadienses y promover la dualidad lingüística y el bilingüismo en todo el país.[49]

En virtud de la parte VII de la Ley sobre las Lenguas Oficiales, el gobierno de Canadá tiene claramente la obligación de potenciar la vitalidad de las comunidades lingüísticas minoritarias inglesas y francesas en el país, apoyar su desarrollo y fomentar el pleno reconocimiento y uso del inglés y el francés en la sociedad canadiense.[50] Sin embargo, hasta hace poco, la Ley sobre las Lenguas Oficiales no indicaba cómo convertir esta obligación en medidas concretas. En consecuencia, era imposible medir o garantizar que el gobierno federal cumpliera con sus obligaciones en virtud de esta parte de la Ley sobre las Lenguas Oficiales.

Dado que la Ley sobre las Lenguas Oficiales es una norma federal, sólo es aplicable a las instituciones federales y no puede aplicarse a los gobiernos provinciales o municipales ni a las empresas privadas. Sin embargo, algunas provincias han adoptado sus propias políticas y leyes que reflejan la Ley sobre las Lenguas Oficiales y protegen los derechos lingüísticos.

B. Decisión de la Corte Federal de Apelación en el caso Comisario de las Lenguas Oficiales

El caso *comisario de las Lenguas Oficiales* se refería a las obligaciones lingüísticas de una institución federal en el marco de un acuerdo de transferen-

[49] Office of the Commissioner of Official Languages, "Mandate & roles", 16 de septiembre de 2021, disponible en: *https://www.clo-ocol.gc.ca/en/aboutus/mandate*.

[50] *Official Languages Act*, *op. cit.*, s. 41.

cia de pagos con el gobierno provincial de Colombia Británica en relación con la administración de las prestaciones de empleo y las medidas de apoyo para ayudar a los beneficiarios del seguro de desempleo a reincorporarse al mercado laboral. Colombia Británica es una provincia que no tiene ninguna política o legislación relacionada con los derechos lingüísticos. Esto significa que la población minoritaria francófona de esta provincia no puede acceder a ningún servicio público en su lengua oficial preferida, a no ser que sea el gobierno federal el que los proporcione.

En 2008, el gobierno federal suscribió el Acuerdo de Desarrollo del Mercado Laboral entre Canadá y Colombia Británica (en adelante, el Acuerdo), por el que se transfería la gestión de los servicios de asistencia a los empleados a la provincia. La supervisión de estos servicios por parte de Colombia Británica llevó a la erosión de los servicios ofrecidos en francés, como el cierre de cinco centros de asistencia al empleo que ofrecían sus servicios en francés. En la práctica, esto supuso que los ciudadanos francófonos de esta provincia que habían perdido su puesto de trabajo tuvieran más dificultades para encontrar uno nuevo, ya que no podían acceder al servicio público de ayuda a la búsqueda de empleo.

En 2011, la Fédération des francophones de la Colombie Britannique (FFCB) presentó una queja ante el comisario de las Lenguas Oficiales, alegando que el gobierno de Canadá no cumplió con sus obligaciones para con la minoría lingüística francófona cuando celebró y aplicó el Acuerdo. Más concretamente, la FFCB alegó que el Acuerdo socavaba el desarrollo y la vitalidad de las comunidades minoritarias francófonas de las provincias y la igualdad de calidad de los servicios prestados en francés. En su opinión, la transferencia de poder del gobierno federal al gobierno de Colombia Británica contravenía la Ley sobre las Lenguas Oficiales.

La Corte Federal de Apelación consideró que el Acuerdo firmado por el gobierno de Canadá y el gobierno de Colombia Británica no reconocía las obligaciones del gobierno federal en virtud de la parte VII de la Ley sobre las Lenguas Oficiales de adoptar medidas positivas para aumentar la vitalidad de las minorías lingüísticas oficiales del país. La aplicación del acuerdo no preveía ningún medio para exigir el cumplimiento de esta obligación: "En la actualidad, las instituciones federales no pueden hacer nada en absoluto para mejorar la vitalidad de la comunidad de la minoría lingüística francesa de Colombia Británica ni para protegerla porque el Acuerdo que firmaron no reconoce su obligación en virtud de la parte VII de la Ley sobre las Lenguas Oficiales".[51]

[51] *Commissioner of Official Languages*, *op. cit.*, p. 191. Traducción libre.

Los tres jueces de la Corte ordenaron al gobierno federal que rectificara la situación y volviera a desarrollar la red de servicios de asistencia al empleo con la participación de organizaciones francófonas. Apoyándose en las conclusiones de la Corte Suprema en el caso *Commission Scolaire de la Colombie-Britannique*,[52] la Corte Federal de Apelación también subrayó el carácter fundamental de los derechos lingüísticos y el importante papel que debe desempeñar el gobierno de Canadá en la protección contra la asimilación de las minorías francófonas en la provincia de Colombia Británica: "El hecho de que la comunidad de la minoría lingüística francesa de Columbia Británica sea frágil hasta el extremo de estar a punto de desaparecer no justifica que se la abandone a su suerte".[53]

Esta decisión refuerza y aclara las obligaciones del gobierno federal en virtud de la parte VII de la Ley sobre las Lenguas Oficiales al hacerla justiciable, lo que significa que ahora puede ser analizada por el Poder Judicial. Para ello, la Corte Federal de Apelación estableció un marco que el gobierno federal debe seguir para garantizar que sus decisiones se ajusten a la Ley sobre las Lenguas Oficiales:

> La obligación establecida en la parte VII se presta a un análisis en dos fases. En primer lugar, las instituciones federales deben ser sensibles a las circunstancias particulares de las diversas comunidades de minorías lingüísticas oficiales del país y determinar el impacto que las decisiones e iniciativas que deben tomar pueden tener en esas comunidades. En segundo lugar, las instituciones federales deben, al aplicar sus decisiones e iniciativas, actuar, en la medida de lo posible, para potenciar la vitalidad de estas comunidades; o cuando estas decisiones e iniciativas sean susceptibles de tener un impacto negativo, actuar, en la medida de lo posible, para contrarrestar o mitigar estas repercusiones negativas.[54]

Debido a esta decisión, las instituciones federales tendrán que examinar ahora la forma en que sus iniciativas pueden afectar a los derechos de los usuarios de las lenguas oficiales en Canadá. En particular, tendrán que tener en cuenta las necesidades de las comunidades lingüísticas oficiales minoritarias en su proceso de toma de decisiones y adoptar medidas para compensar los efectos negativos de sus programas o iniciativas en estas comunidades.

---

[52] *Commission Scolaire de la Colombie-Britannique, op. cit.*

[53] *Ibidem* p. 190. Traducción libre.

[54] *Commissioner of Official Languages*, *op. cit.*, p. 163. Traducción libre.

Esta decisión tendrá un impacto notablemente positivo para las comunidades francófonas de todo el país. Es importante destacar que también permitirá al comisario de las Lenguas Oficiales continuar sus investigaciones y garantizar el cumplimiento de la parte VII de la Ley sobre las Lenguas Oficiales, que exige a Ottawa que garantice la vitalidad de las minorías inglesa y francesa del país.[55]

C. Impacto de la decisión en la Comisión de Lenguas Oficiales

Paralelamente a la decisión de la Corte Federal de Apelación en el caso *comisario de las Lenguas Oficiales*, el gobierno de Canadá estaba planeando una modernización de la Ley sobre las Lenguas Oficiales, lo que suponía la primera gran modernización de la Ley en más de treinta años.

La versión final de la Ley, publicada un mes después de que la Corte Federal de Apelación diera a conocer su decisión, refleja algunos de los principios articulados por esta Corte a la hora de reforzar y clarificar la finalidad de la parte VII de la Ley sobre las Lenguas Oficiales. Dicha Ley contiene ahora un marco claro que describe el modo en que las instituciones federales deben cumplir con sus obligaciones, proporcionando una guía tanto para el Poder Judicial como para las instituciones federales de cara al futuro. Por ejemplo, la parte VII incluye ahora una sección dedicada a describir el alcance de una medida positiva en virtud de la Ley, y cómo cada medida debe valorar "las necesidades específicas de cada una de las dos comunidades lingüísticas oficiales de Canadá, teniendo en cuenta que ambas comunidades tienen la misma importancia".[56] También insta al gobierno federal no sólo a tomar medidas positivas, sino también a "tener en cuenta los impactos negativos directos que pueden tener sus decisiones de estructuración...".[57]

La Ley sobre las Lenguas Oficiales también otorga ahora al comisario de las Lenguas Oficiales la capacidad de imponer sanciones económicas, emitir órdenes y suscribir acuerdos de conformidad con las instituciones reguladas por la Ley. Además, el Parlamento debe ahora revisar la Ley sobre

---

[55] Tras esta decisión, el gobierno de Canadá solicitó autorización para apelar ante la Corte Suprema de Canadá y un aplazamiento para suspender la decisión de la Corte Federal de Apelación. Después de que la Corte Federal de Apelación se negara, declarando que el comportamiento del gobierno era un "abuso procesal", el Gobierno de Canadá se retractó de la autorización para apelar. Por su parte, la FFCB señaló que la decisión de la Corte Federal de Apelación era sólo una victoria parcial y ha solicitado autorización para apelar ante la Corte Suprema de Canadá sobre una parte de la decisión.

[56] *Official Languages Act*, *op. cit.*, s. 41(6)(b)(ii). Traducción libre.

[57] *Ibidem*, s. 41(7)(b). Traducción libre.

las Lenguas Oficiales cada diez años, lo cual garantiza que el Parlamento analizará la Ley periódicamente para reflejar las necesidades de los grupos lingüísticos minoritarios.

Antes de dar a conocer la nueva versión de la Ley, la ministra de Lenguas Oficiales señaló que había escuchado las críticas de los grupos de defensa de la lengua francesa que pedían una ley "con más mordiente".[58] Por lo tanto, al proporcionar una interpretación amplia y liberal con respecto a una parte de la Ley sobre las Lenguas Oficiales, la decisión de la Corte Federal de Apelación no sólo ha influido, en cierta medida, en las enmiendas realizadas a la Ley sobre las Lenguas Oficiales, sino que también ha tenido un impacto directo en el acceso a la justicia de un grupo minoritario de usuarios de una lengua oficial.

4. Flexibilidad procesal

Por último, y en un plano más práctico, yo puedo en mi trabajo diario contribuir a facilitar el acceso a la justicia. Por ejemplo, un preso que impugne una decisión o un abuso de proceso presentará una revisión judicial ante la Corte federal y podrá apelar la decisión ante la Corte Federal de Apelación. Entonces, los presos suelen tener dos obstáculos que pueden impedir su acceso a la justicia: el primero es que, con frecuencia, se representan a sí mismos, y el secundo es que los presos tienen recursos limitados para preparar su caso en el confinamiento de la cárcel.

En determinadas circunstancias, la flexibilidad en la aplicación del procedimiento puede facilitar el acceso de los presos a la justicia. En primer lugar, por ejemplo, nuestras normas de práctica tienen plazos estrictos. Los presos pueden tener dificultades para cumplirlas, ya que su conocimiento de las normas, en comparación con los abogados, suele ser más limitado.

Una forma práctica de facilitar el acceso a la justicia puede ser que un juez utilice cierta flexibilidad procesal, si naturalmente las circunstancias lo permiten, para conceder una prórroga y permitir así que se presente un documento, aunque el plazo haya expirado.

En segundo lugar, el "Memorándum de hechos y derechos" de un preso no necesariamente cumplirá con todos los criterios previstos en las normas. Sin embargo, en algunos casos, es posible permitir que se presente un "Memorándum de hechos y derechos", aunque, por ejemplo, el número de pági-

[58] Collard, Nathalie, "Encore plus de dents pour protéger la langue", *La Presse*, 4 de marzo de 2022, disponible en: *lapresse.ca/debats/editoriaux/2022-03-04/projet-de-loi-c-13/encore-plus-de-dents-pour-proteger-la-langue.php*. Traducción libre.

nas exceda en unas pocas páginas el máximo permitido conforme a nuestras normas.

En tercer lugar, cuando un preso es una de las partes en el litigio y yo soy el juez que preside la sala de la Corte Federal de Apelación, mi costumbre es dedicar un poco de tiempo a explicar cómo se desarrollará la audiencia y qué carga o criterios de revisión se deben cumplir.

Finalmente, y en algunas circunstancias, yo puedo decidir no adoptar medidas cuando una denuncia o una solicitud es trivial, frívola o vejatoria. Esto también puede considerarse como una mejora en el acceso a la justicia, porque crea más espacio, disponibilidad judicial y recursos para los casos que merecen la pena.

En resumen, las demandas colectivas han proporcionado hasta ahora un mecanismo para que los grupos indígenas de Canadá accedan a la justicia por los daños sufridos debido a las acciones del gobierno canadiense; la interpretación jurídica flexible y liberal de los derechos de la Carta y de OLA ha desempeñado recientemente una función importante en proteger especialmente el acceso a la justicia de las comunidades minoritarias de la lengua oficial francófona, especialmente en Columbia Británica, y, también, la flexibilidad procesal puede desempeñar una función en garantizar el acceso al sistema judicial, incluso para los presos.

III. Conclusión

Para concluir, también es necesario mencionar de qué manera la pandemia creó, sin lugar a dudas, desafíos para el funcionamiento de los tribunales, pero también ha sido positiva en algunos aspectos.

La precipitada llegada de la pandemia de COVID-19 en marzo de 2020 paralizó de alguna manera el sistema judicial de Canadá, obligando a los tribunales y a otros servicios jurídicos a cerrar o a restringir considerablemente sus actividades.[59] Las audiencias se pospusieron. Se prohibió el acceso del público a los tribunales. En todo Canadá, las personas y las empresas tuvieron que esperar más tiempo para pasar ante un tribunal.

Pero esta emergencia de salud pública sin precedentes fue también un importante factor de cambio, que obligó a los tribunales a buscar formas

[59] Supreme Court of Canada, "2020 Year in Review", 2021, disponible en: *https://www.scc-csc.ca/review-revue/2020/index-eng.aspx#message* [2020 year in review].

diferentes de trabajar y a adaptarse a un nuevo entorno.[60] Los jueces y el personal de todos los tribunales canadienses se ocuparon de aplicar nuevos procedimientos, protocolos y tecnologías para atender los casos e impartir justicia a los canadienses.[61] Los casos siguieron avanzando gracias al uso de expedientes electrónicos.[62] Los tribunales modificaron sus salas según las especificaciones de las autoridades locales de salud pública. Y aunque muchos tribunales tenían la capacidad de utilizar la videoconferencia durante las audiencias de forma excepcional, el uso de la nueva tecnología se convirtió gradualmente en algo habitual durante la pandemia, tanto para los participantes como para los observadores.[63]

Con el fin de orientar a todas las provincias y territorios sobre la forma de restablecer el pleno funcionamiento de los tribunales canadienses, Canadá puso en marcha en mayo de 2020 el Comité de Acción sobre el Funcionamiento de los Tribunales en Respuesta a la COVID-19. Se trata de un comité compuesto por expertos en el sistema de justicia, la salud pública y la seguridad en el lugar de trabajo que están trabajando juntos no sólo para proporcionar orientación sobre la forma de impartir justicia durante una pandemia, sino también para examinar los efectos a más largo plazo que tendrá la pandemia en el sistema de justicia, así como las cuestiones que desde hace tiempo pueden mejorarse para el futuro.[64]

Según el Comité, la COVID-19 puso de manifiesto ineficiencias y lagunas en la forma de impartir justicia a los canadienses.[65] El Comité considera que la pandemia puede estimular la creación de un sistema de justicia mejor, que combine la fuerza del sistema actual con nuevos usos de la tecnología para aumentar la eficacia. Uno de los principales miembros del Comité, el actual presidente de la Corte Suprema de Canadá, reconoció que "no hay vuelta atrás" ahora que la pandemia ha obligado al sistema judicial a modernizarse:

---

[60] Wagner, Richard, "The Challenges We Face", Remarks presented at the Annual News Conference with the Parliamentary Press Galley, Ottawa, 17 de junio de 2021, disponible en: *https://www.scc-csc.ca/judges-juges/spe-dis/rw-2021-06-17-eng.aspx*.

[61] Supreme Court of Canada, *op. cit*.

[62] *Idem*.

[63] *Idem*.

[64] Office of the Commissioner for Federal Judicial Affairs Canada, "Action Committee on Court Operations in Response to COVID-19", Government of Canada, 16 de octubre de 2021, disponible en: *https://www.fja.gc.ca/COVID-19/index-eng.html*. Traducción libre.

[65] Office of the Commissioner of Federal Judicial Affairs Canada, "Action Committee – Progress Report", 28 de julio de 2021, disponible en: *https://fja-cmf.gc.ca/COVID-19/pdf/Action-Committee-Progress-Report.pdf*.

"Creo que la excelencia de nuestro sistema de justicia, ya sea penal o civil, dependerá de un mayor uso de la tecnología".[66]

El Comité de Acción ya ha hecho propuestas legislativas para aprovechar las innovaciones puestas en marcha durante la pandemia. Por ejemplo, ha propuesto hacer más eficaz el sistema de justicia penal al permitir que los acusados comparezcan por video en las audiencias preliminares y en los juicios, las comparecencias por audio en los alegatos y las audiencias de sentencia cuando no se disponga de video, mediante la mejora del uso de la tecnología para extraer los nombres de los candidatos a jurado, y la revisión del proceso de teleórdenes para ayudar a los agentes de la paz a solicitar a distancia una gama más amplia de órdenes de investigación.[67]

En general, la pandemia aceleró la adopción de diferentes medidas y tecnologías para impartir justicia a distancia. Para algunos tribunales, sin embargo, la pandemia mundial causó menos conmoción. Los tribunales federales ya estaban bien posicionados para el cambio digital que se requería para mantener el acceso a los tribunales de las partes, el público en general y los medios de comunicación.[68] Por ejemplo, desde 2005, la Corte Federal de Apelación y la Corte federal han estado trabajando con un portal de presentación electrónica y en la creación de recursos en línea, como su expediente electrónico, la lista de audiencias en línea para cada parte del país y enlaces a una amplia gama de información en su sitio web.[69] Ya se habían comprometido con la modernización tecnológica, con el objetivo de pasar de ser una organización basada principalmente en el papel a ser mucho más accesible digitalmente. Así, cuando estalló la pandemia, la Corte Federal de Apelación y la Corte federal no se enfrentaron a la resistencia interna, al cambio digital que era necesario para mantener los tribunales abiertos y en funcionamiento. Por ejemplo, durante el periodo comprendido entre el 16 de marzo de 2020 y el 31 de marzo de 2021, la Corte Federal de Apelación conoció aproximadamente ciento cincuenta recursos y expedientes de

---

[66] The Canadian Press, "Canada's chief justice says system must continue modernizing beyond COVID-19 pandemic", 18 de octubre de 2021, disponible en: *https://www.ctvnews.ca/politics/canada-s-chief-justice-says-system-must-continue-modernizing-beyond-covid-19-pandemic-1.5771691*.

[67] Wagner, Richard, *op. cit*.

[68] Action Committee on Court Operations in Response to COVID-19, "Upholding the Open Courts Principle During the COVID-19 Pandemic – A Case Study of the Federal Court", Department of Justice Canada, 29 de julio de 2021, disponible en: *https://fja.gc.ca/COVID-19/pdf/Upholding-the-Open-Courts-Principle-During-the-COVID-19-Pandemic-A-Case-Study-of-the-Federal-Court.pdf*.

[69] *Idem*.

revisión judicial por videoconferencia, en persona o en una capacidad híbrida, y dictó aproximadamente trescientos cincuenta y siete disposiciones.[70] Por su parte, en el mismo periodo, la Corte Federal celebró aproximadamente mil trescientas audiencias por videoconferencia y otras mil trescientas cincuenta audiencias por teleconferencia.[71] En lugar de tener que desplazarse a las instalaciones de la Corte para ver una audiencia u obtener documentos, el público en general y los medios de comunicación acceden a los enlaces de las audiencias a través de *Zoom* y obtienen copias electrónicas de los documentos a través de Internet.[72] Además, ambas cortes siguieron aprovechando la tecnología para ofrecer traducción simultánea y cumplir con su deber de impartir justicia en las dos lenguas oficiales de Canadá.

En general, se reconoce que los procedimientos a distancia han tenido éxito, especialmente en el caso de las apelaciones, los asuntos de menor valor monetario y los casos menos complejos.[73] Trabajar a distancia también aumenta el acceso a la justicia al eliminar las limitaciones geográficas y financieras de algunas partes. Ello ha dado a los interesados la posibilidad de reducir los gastos adicionales relacionados con los desplazamientos.[74] Ha permitido a los abogados trabajar con más eficacia y atender a más clientes a la vez, ya que pasan menos tiempo yendo y viniendo de los juzgados.[75] Los tribunales de todo el país, que trabajaban con un sistema de justicia basado en el papel, se vieron obligados a introducir audiencias virtuales y un portal en línea, donde abogados y clientes pueden obtener información, programar comparecencias y presentar documentos.[76] Muchas jurisdicciones

---

[70] Información obtenida de fuentes internas de la Corte Federal de Apelación; véase también: Federal Court of Appeal, "Activity Summary 2020", disponible en: *https://www.fca-caf.gc.ca/fca-caf_eng/summary-sommaire_eng/2020.html*; Federal Court of Appeal, "Activity Summary 2021", disponible en: *https://www.fca-caf.gc.ca/fca-caf_eng/summary-sommaire_eng/2021.html*.

[71] *Idem.*

[72] *Idem.*

[73] The Canadian Bar Association, "No Turning Back: CBA Task Force Report on Justice Issues Arising from COVID-19", febrero de 2021, disponible en: *https://www.cba.org/CBAMediaLibrary/cba_na/PDFs/Publications%20And%20Resources/2021/CBATaskForce.pdf*.

[74] Wagner, Richard, *op. cit*.

[75] *Idem.*

[76] Butler, Colin, "Access to Justice Still a Problem as Some Ontario Family Courts Return to in-Person Hearings", *CBC News*, 29 de marzo de 2022, disponible en: *https://www.cbc.ca/news/canada/london/ontario-family-court-pandemic-1.6397469*; véase también The Canadian Bar Association, *op. cit.*

permiten ahora también que las partes presenten declaraciones no juradas por correo electrónico.[77]

Esto no significa que el sistema judicial canadiense deba ser totalmente virtual.[78] En primer lugar, la ausencia de servicios fiables de Internet y teléfono en algunas regiones canadienses, especialmente en las comunidades del norte, hace que muchas personas no puedan acceder a la justicia virtual.[79] En segundo lugar, las audiencias a distancia eliminan parte de la formalidad y el respeto que son importantes para el sistema judicial. Dada la importancia de los asuntos quellegan a un tribunal, la realización de audiencias en persona resalta la seriedad del asunto que se está tratando.[80] Por último, en el caso de las audiencias largas y complejas con testigos civiles, intervinientes y cuestiones jurídicas complejas, es fundamental la concentración y la atención que se obtiene con las interacciones en persona. Esto se debe en gran medida a que el abogado no puede apoyar a su cliente en persona y las evaluaciones de credibilidad pueden prestarse menos a los procedimientos en línea.[81]

Como declaró el actual presidente de la Corte Suprema de Canadá, Richard Wagner, la modernización del sistema no pretende simplemente minimizar las interrupciones causadas por la pandemia, sino que se trata de aplicar esos cambios de forma decidida para garantizar que la justicia sea accesible para todos.[82] En retrospectiva, la transición de las cortes de justicia hacia la eficiencia digital demostrará ser un componente importante para garantizar el acceso a la justicia hoy y en el futuro.

IV. Bibliografía

Action Committee on Court Operations in Response to covid-19, "Upholding the Open Courts Principle During the covid-19 Pandemic – A Case Study of the Federal Court", Department of Justice Ca-

[77] Wagner, Richard, *op. cit*.

[78] *Idem*; véase también The Honourable David Stratas, Judge at the Federal Court of Appeal, "In-person appellate hearings: Are their days numbered?", *The Advocates' Journal*, primavera de 2021, pp. 22-25.

[79] *Idem*.

[80] *Idem*.

[81] The Canadian Bar Association, *op. cit.*, p. 9.

[82] Butler, Colin, *op. cit*.

nada, 29 de julio de 2021, disponible en: *https://fja.gc.ca/COVID-19/pdf/Upholding-the-Open-Courts-Principle-During-the-COVID-19-Pandemic-A-Case-Study-of-the-Federal-Court.pdf*.

Butler, Colin, "Access to Justice Still a Problem as Some Ontario Family Courts Return to in-Person Hearings", *CBC News*, 29 de marzo de 2022, disponible en: *https://www.cbc.ca/news/canada/london/ontario-family-court-pandemic-1.6397469*.

Canada, Crown-Indigenous Relations and Northern Affairs Canada, "Indian Residential Schools Settlement Agreement", Ottawa, disponible en: *https://www.rcaanc-cirnac.gc.ca/eng/1100100015576/1571581687074*.

Canada, Crown-Indigenous Relations and Northern Affairs Canada, "Indian Day Schools (McLean) Proposed Settlement Agreement", Ottawa, 15 de marzo de 2019, disponible en: *https://www.canada.ca/en/crown-indigenous-relations-northern-affairs/news/2019/03/indian-day-schools-mclean-proposed-settlement-agreement0.html#shr-pg0*.

Collard, Nathalie, "Encore plus de dents pour protéger la langue", *La Presse*, 4 de marzo de 2022, disponible en: *lapresse.ca/debats/editoriaux/2022-03-04/projet-de-loi-c-13/encore-plus-de-dents-pour-proteger-la-langue.php*.

Cuming, David, "L'accès à la justice: comment y parvenir?", Rapport de recherche publié par l'Union des consommateurs, julio de 2004.

Éducaloi, "La cour des petites créances: un tribunal accessible", disponible en: *https://educaloi.qc.ca/capsules/la-cour-des-petites-creances-un-tribunal-accessible*.

Federal Indian Day School Class Action, "About", disponible en: *https://indiandayschools.com/en/about*.

Federal Court of Appeal, "Activity Summary 2020", disponible en: *https://www.fca-caf.gc.ca/fca-caf_eng/summary-sommaire_eng/2020.html*; Federal Court of Appeal, "Activity Summary 2021", disponible en: *https://www.fca-caf.gc.ca/fca-caf_eng/summary-sommaire_eng/2021.html*.

Indian Residential School History and Dialogue Centre, "The Indian Residential School Settlement Agreement", *The University of British Columbia*, disponible en: *https://irshdc.ubc.ca/learn/the-indian-residential-school-settlement-agreement*.

Johnstone, Rebecca y Thomas, Jennifer, "Legal Aid in Canada: 1996-97", *Juristat. Canadian Centre for Justice Statistics*, núm. 85-002-XIE, vol. 18, junio de 1998.

Lafond, Pierre-Claude, *L'accès à la justice civile au Québec*, *Portrait général*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2012.

Macdonald, R. A., "Accessibilité pour qui? Selon quelles conceptions de la justice?", *Les Cahiers de droit*, vol. 33, núm. 2, 1992.
McLachlin, Beverley, "The Challenges We Face. Remarks presented at the Empire Club of Canada", Toronto, 8 de marzo de 2007, disponible en: *www.scc-csc.ca*.
Office of the Commissioner of Official Languages, "Mandate & roles", 16 de septiembre de 2021, disponible en: *https://www.clo-ocol.gc.ca/en/aboutus/mandate*.
Office of the Commissioner for Federal Judicial Affairs Canada, "Action Committee on Court Operations in Response to covid-19", Government of Canada, 16 de octubre de 2021, disponible en: *https://www.fja.gc.ca/COVID-19/index-eng.html*.
Office of the Commissioner of Federal Judicial Affairs Canada, "Action Committee – Progress Report", 28 de julio de 2021, disponible en: *https://fja-cmf.gc.ca/COVID-19/pdf/Action-Committee-Progress-Report.pdf*.
Pinkus, Jon, "Expanding small claims court will not increase access to justice", *Toronto Star*, 24 de julio de 2019, disponible en: *https://www.thestar.com/opinion/contributors/2019/07/24/expanding-small-claims-court-will-not-increase-access-to-justice.html*.
Proulx, Stéphane, "Aide juridique : la lutte pour un accès public à la justice pour toutes et tous", *Nouveaux Cahiers du socialisme*, núm. 16, 20 de julio de 2016.
Supreme Court of Canada, "2020 Year in Review", 2021, disponible en: *https://www.scc-csc.ca/review-revue/2020/index-eng.aspx#message* [2020 year in review].
The Constitution Act, 1982, Schedule B to the Canada Act 1982 (uk), 1982, c 11.
The Canadian Press, "Canada's chief justice says system must continue modernizing beyond covid-19 pandemic", 18 de octubre de 2021, disponible en: *https://www.ctvnews.ca/politics/canada-s-chief-justice-says-system-must-continue-modernizing-beyond-covid-19-pandemic-1.5771691*.
The Canadian Bar Association, "No Turning Back: cba Task Force Report on Justice Issues Arising from covid-19", febrero de 2021, disponible en: *https://www.cba.org/CBAMediaLibrary/cba_na/PDFs/Publications%20And%20Resources/2021/CBATaskForce.pdf*.
The Honourable David Stratas, Judge at the Federal Court of Appeal, "In-person appellate hearings: Are their days numbered?", *The Advocates' Journal*, primavera de 2021, pp. 22-25.
"The Indian Residential Schools Settlement Has Been Approved", *Residential school settlement*, disponible en: *https://www.residentialschoolsettlement.ca/detailed_notice.pdf*.
Thomas, Nye, "Ontario's Financial Eligibility Standard for Legal Aid: Falling Behind the Rest of Canada", *Legal Aid Ontario*, disponible en: *https://www.*

legalaid.on.ca/2019/10/16/ontarios-financial-eligibility-standard-for-legal-aid-falling-behind-the-rest-of-canada.

Walker, Meghan, "Bumping Up Small Claims Court Streamlines Access to Justice", *The Lawyer's Daily*, 20 de noviembre de 2019, disponible en: *https://www.thelawyersdaily.ca/articles/16862/bumping-up-small-claims-court-limit-streamlines-access-to-justice*.

Wagner, Richard, "The Challenges We Face", Remarks presented at the Annual News Conference with the Parliamentary Press Galley, Ottawa, 17 de junio de 2021, disponible en: *https://www.scc-csc.ca/judges-juges/spe-dis/rw-2021-06-17-eng.aspx*.

"Your Questions Answered about Canada's Residential School System", *cbc News*, 4 de junio de 2021, disponible en: *https://www.cbc.ca/news/canada/canada-residential-schools-kamloops-faq-1.6051632*.

Zemans, Frederick H., "Legal Aid and Legal Advice in Canada: An Overview of the Last Decade in Quebec, Saskatchewan and Ontario", *Osgoode Hall Law Journal*, vol. 16, 1978.

El procedimiento abreviado en el contexto de la reforma legal penal chilena. Un análisis de la legitimidad bourdieusiana a través de sus actores jurídicos

Pierre Gilles **Bélanger***

Sumario: I. Introducción. II. Contexto y posicionamiento de la pregunta de investigación. III. Contexto histórico. IV. Una matriz de análisis. V. La teoría de Pierre Bourdieu. VI. Metodología. VII. Resultados y análisis. VIII. Bourdieu como refuerzo. IX. Los factores. X. La distinción en el seno de la reproducción. XI. Conclusión. XII. Referencias bibliográficas.

I. Introducción

América Latina se está transformando desde hace varios años, tanto social como jurídicamente. Numerosas reformas, en casi todos los países de esta región, han sido aprobadas por las asambleas legislativas y anuncian una renovación anteponiendo los derechos de la persona. En palabras del exdiplomático francés y experto en América Latina, Alain Rouquié, se está

* Profesor en la Universidad de Ottawa. PhD en Derecho. Los comentarios que se derivan del presente artículo son personales y exclusivos del autor y no son parte del Departamento de Justicia de Canadá.

"redemocratizando". Principalmente utiliza el *estado de derecho* como elemento de cambio.

Chile fue uno de los primeros países en adoptar una reforma judicial de gran alcance. El país ha cambiado por completo su estructura y ha construido literalmente nuevos palacios de justicia, ha creado instituciones de última generación y ha adoptado un código de procedimiento penal que incorpora conceptos modernos considerados fundamentales en el equilibrio *de poderes*.

Chile, que vivió una dictadura muy dura, rechazó en el impulso de esta redemocratización toda la opacidad que representó su proceso penal del pasado y se inscribe, al menos en los discursos oficiales, en la legitimidad: la de crear una alianza con sus ciudadanos proponiendo, para ello, el derecho.

¿El derecho reformado brindaría, al menos en el campo jurídico, las respuestas más importantes a las desigualdades, a las injusticias, a la eliminación de la discriminación en este país donde los índices Gini lo detallan como uno de los más desiguales en su redistribución de la riqueza?

Esencialmente, toda esta reforma se hizo en nombre de una mejor justicia, pero ¿podíamos dudar que otras consideraciones, de orden social, político o incluso económico, pudieran interferir en este cambio legal? Es cierto que Chile había mejorado su proceso penal y dado mejores garantías jurídicas a sus ciudadanos. ¿El país sólo había cambiado las estructuras sin tomar en cuenta la cultura de los actores?

A raíz de las reformas penales, los comentarios abundan. Las críticas, algunas excelentes, se sitúan tan sólo en el campo jurídico, por lo que se deja de lado el análisis de la realidad histórica y socioeconómica del país, lo que habría beneficiado la discusión. La crítica jurídica se focalizaba esencialmente en el procedimiento y poco en la observación de los actores que implementaban el proceso penal.

Además, a pesar de los esfuerzos impartidos por el Estado chileno para mejorar la estructura y las normas en torno del sistema procesal penal, de ciertos programas del Estado dirigidos a grupos tradicionalmente vulnerables, una pregunta aún nos acechaba, particularmente después de la primera secuencia de observación en 2015, a saber: ¿las acciones y decisiones de los actores judiciales siguen afectadas por un conjunto de intereses, roles y *habitus* que inconscientemente reproducen valores que limitan la justicia? Y, de ser así, ¿cómo se estaban desplegando?

Es aquí donde entró en juego el pensamiento del sociólogo francés Pierre Bourdieu y fue de gran utilidad, pues a través de la fuerza del derecho su teoría nos "desafía". Bourdieu, que nos ponía en alerta sobre este derecho que se presenta como universal, nos permitía preguntarnos si este derecho po-

dría ser un arma en globalidad legítima, pero utilizada para otros fines. Bourdieu ofrece una matriz de análisis teórico que nos permite mirar donde los juristas normalmente no se detienen. Sobre todo, nos obliga a mirar hacia afuera y a hacernos una pregunta frente acciones aparentemente legítimas: ¿pueden intervenir en estos procedimientos elementos inconscientemente planteados, influidos por intereses que tradicionalmente no forman parte de una valoración jurídica, como el gusto, los valores comunes de una sociedad o la educación?

Los conceptos desarrollados por Bourdieu levantan el velo sobre los valores (intereses o capitales para el sociólogo) que hacen actuar a los actores, al tiempo que cuestionan las intenciones que subyacen a los gestos y a las palabras. ¿Era posible observar las fuerzas en presencia y analizar cómo estas fuerzas intervienen tanto entre ellos como contra el otro? ¿Los límites y constricciones de la vida cotidiana de los actores judiciales podrían ser explicados por acciones vinculadas a las nociones de *habitus* y violencia simbólica?

Para comprender mejor los cambios introducidos en el procedimiento legal chileno y el impacto de la reforma, nos detuvimos en el llamado "procedimiento abreviado" que afecta a todos los *delitos*, previo acuerdo, que puede ser sancionado con pena privativa de libertad de cinco años o menos.[1]

El Código Procesal Penal de Chile (CPP) se implementó de manera paulatina y por regiones en el país entre 2000 y 2005. El procedimiento abreviado incluido en este Código es un nuevo procedimiento creado para desatascar los tribunales. Todavía se usa a gran escala y deja mucho espacio discrecional a los actores, lo que lo convierte en todo su interés. Además, pretendía ser una alternativa a los llamados tribunales orales donde la prueba debía ser argumentada ante tres jueces. En resumen, necesitaba ser más eficiente, pero con algunos *compromisos*. Nos ofreció así un terreno interesante para juzgar de la realidad y la práctica diaria.

Entre mayo de 2016 y julio de 2017, armados con una matriz de preanálisis bourdieusiano, fuimos a observar sesiones de negociación que condujeron (o con la potencialidad para hacerlo) a un procedimiento abreviado entre los actores legales.

En un momento en que Chile pronto adoptaría una nueva Constitución, y en los albores de un cuestionamiento mayor frente la redistribución socioeconómica en el país, esta investigación aporta una mirada importante al sistema penal, a la revictimización y a la discriminación inconsciente de quienes tienen un poder legítimo.

---

[1] En 2016 Chile aumenta la pena a través el procedimiento abreviado hasta diez años para determinados delitos, incluidos los de carácter pecuniario.

¿Las acciones de los actores judiciales podrían ser el resultado de la interacción entre el derecho positivo y los elementos del *habitus*, elementos que influyen en las *acciones* o interpretaciones jurídicas de los actores judiciales, en este caso el fiscal y el defensor, durante las negociaciones en el cuadro del procedimiento abreviado?

II. Contexto y posicionamiento de la pregunta de investigación

Chile fue uno de los primeros países de América del Sur en adoptar una reforma judicial de gran envergadura. Entre 2000 y 2008, el país adquirió un sistema procesal penal completamente nuevo, creando al mismo tiempo instituciones ultramodernas. Igualmente, adoptó un código de procedimiento penal que integra nociones modernas consideradas fundamentales en el equilibrio de las fuerzas. Las críticas provenientes tanto del interior como del exterior son unánimes: Chile es un éxito en la implementación de su reforma penal.

También es importante contextualizar esta reforma. El discurso oficial del entonces presidente, Eduardo Frei, anunciaba un cambio respecto al pasado, pasando de una justicia opaca a una más transparente, oral y justa para todos: "Esta reforma es más que procesal[...] supone[...] transformarse en un juicio real, con igualdad de armas entre el Estado y el imputado y con toda la fuerza de la oralidad".[2] Esta reforma empezó, en nombre de la igualdad de oportunidades, queriendo borrar las huellas de un pasado lleno de desigualdades.[3] Se hizo en nombre de una mejor justicia, pero ¿podríamos dudar de que otras consideraciones, de orden social, político o incluso económico, podrían (todavía) interferir en este *cambio legal?* La crítica popular muchas veces transmite la noción de clasismo, pero el trabajo cotidiano de los actores judiciales, con miras a acercarse a grupos tradicionalmente vulnerables, ¿podría dejar una ilusión de una implementación casi perfecta pero influenciada por intereses y capitales ajenos al Estado de derecho?

---

[2] Frei Ruiz-Tagle, Eduardo, "Mensaje del Código Procesal Penal", *Biblioteca del Congreso Nacional de Chile*, 9 de junio de 1995, disponible en: *https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1086244.*

[3] Más allá de lo mencionado por Alejandra Matus, en *El libro negro de la justicia en Chile*, Planeta, 1999, la sociedad chilena está trazando una línea con su pasado y avanza resueltamente hacia una democracia moderna.

Las protestas previas a la pandemia, en octubre de 2019 (de hasta más de un millón de manifestantes pacíficos en Santiago), llevaron a una revisión de la Constitución del país y resaltaron aún más las desigualdades socioeconómicas. ¿Podrían éstas ser parte de un nuevo procedimiento moderno?

III. Contexto histórico

En el nuevo sistema acusatorio de Chile, el juez de instrucción, el que decidía casi todo sin rendir cuentas, ya no existe. El nuevo sistema deja espacio para nuevos actores con nuevos poderes, discrecionales en muchos aspectos. He aquí una voluntad de cambiar el pasado por una justicia más legítima, quitando la imagen de un juez poderoso que mantuvo opacos los elementos de la acusación al mantener en secreto los expedientes, resguardados de las acusaciones de conflictos de intereses, etcétera. Los *debates* pasaron a ser orales, grabados y públicos, se crea un ministerio público constitucionalmente independiente con el poder de acusar; una defensa penal pública accesible a todos los ciudadanos con defensores bien preparados en las nuevas reglas para contrapesar la prueba, ante un juez de garantías, quien controla la buena marcha del procedimiento con potestad de rechazar propuestas y plantear injusticias, incongruencias frente al procedimiento,[4] y un *querellante* para representar a las víctimas que se opongan al procedimiento.[5] Así se crearon varios roles e instituciones nuevos. También se pusieron en marcha nuevos procedimientos para desatascar los tribunales, en particular el llamado procedimiento abreviado que afecta a todos los delitos, previo acuerdo, que pueden ser sancionados con pena privativa de libertad de cinco años o menos.[6]

---

[4] Kauffman, Katherine, "Chile's Revamped Criminal Justice System", *Georgetown International Law Review*, vol. 40, 2010, disponible en: *https://www.law.georgetown.edu/academics/law-journals/gjil/upload/5-KauffmanFIXED.pdf*.

[5] Duce, Mauricio, "Criminal Justice Reform in Latin America. A Panoramic and Comparative Perspective Examining Its Development, Contents, Results and Challenges", *UDP Public Policy Working Papers*, 2007.

[6] El artículo 406 del CPP establece: "Se aplicará el procedimiento abreviado para conocer y fallar, en la audiencia de preparación del juicio oral, los hechos respecto de los cuales el fiscal requiriere la imposición de una pena privativa de libertad no superior a cinco años de presidio o reclusión menores en su grado máximo, o bien cualesquiera otras penas de distinta naturaleza, cualquiera fuere su entidad o monto, ya fueren ellas únicas, conjuntas o alternativas". Cabe destacar que el 10 de noviembre de 2016, la ley 20.931 aumentó el límite a diez años para los delitos contra la propiedad. Ley 20.931, "Ley que Facilita la Aplicación Efectiva

Durante nuestras primeras visitas a Chile entre 2013 y 2015, notamos múltiples variaciones en los procedimientos y en los discursos. A pesar de la aparente eficacia del sistema y de su anunciada importancia de la oralidad, los protagonistas, especialmente en el procedimiento abreviado, parecían estar presionados para garantizar la rapidez del proceso, y en ocasiones presionados para dar un sentido que no siempre parecía corresponder a lo que el acusado había entendido, o querido, a pesar de un acuerdo negociado ante un juez de garantías.

IV. Una matriz de análisis

Como la crítica existente al proceso penal estaba acampada en la implementación del procedimiento y la aplicación del CPP, centramos nuestra mirada en la forma de interactuar y actuar de los actores judiciales a través de los límites institucionales, jurídicos y sociales, con el fin de señalar elementos que no son de *orden legal*, en el sentido estricto del término. Cabe señalar que existen muy buenas críticas sobre las *fallas* en el proceso penal en Chile.[7] Pero queríamos tomar otro camino. Queríamos ver *a qué nivel* se reproducía el orden social en lo legal y cuál era su impacto en los beneficiarios del sistema.

Esta matriz era entonces importante, porque la reforma promovía la legitimidad a través, entre otras cosas, de su nueva ley penal al crear tribunales penales de primera instancia con mayor eficiencia, pero también tribunales orales, donde pudiera abrirse el debate entre defensores y fiscales. Dicho de otra manera, ¿el derecho penal todavía contiene barreras que impiden que ciertas personas dentro el sistema tengan acceso a un trato justo y equitativo?

Adjuntamos al procedimiento abreviado una matriz de observación dirigida a este campo específico que contenía indicadores para estar atentos a ciertos gestos y ciertas acciones que ocurren con toda "normalidad"

---

de las Penas Establecidas para los Delitos de Robo, Hurto y Receptación y Mejora la Persecución Penal en Dichos Delitos" promulgada el 5 de julio de 2016, disponible en: *https://www.leychile.cl/Navegar?-idNorma=1092269*.

[7] Excelentes análisis dignos de mención de Zagmutt Venegas, Valentina, *Procedimiento abreviado y simplificado en la práctica de audiencias chilenas*, Santiago, Ediciones Jurídicas de Santiago, 2019; Duce, Mauricio, *op. cit.*, y Santibañez, María Elena, "La justicia negociada y el procedimiento abreviado", *Instituto Chileno de Derecho Procesal*, 3 de diciembre de 2012, disponible en: *www.ichdp.cl/la-justicia-negociada-y-el-procedimiento-abreviado*.

y con toda "legalidad", pero que bien podrían, después del análisis de los elementos, no corresponder a un sistema legal legítimo como lo define Bourdieu. En otras palabras, queríamos ver si los actos cometidos transmitirían o representarían principalmente una forma de rectitud legal social, en lugar de una justicia legal.[8]

La matriz de análisis permitió captar los momentos en los que muchas veces parecían ser los más regulares o normales en los procesos judiciales, pero que, según nuestra hipótesis, podrían contener elementos de ilegitimidad o de valores fuera del derecho y que se encuentran en la aplicación del nuevo procedimiento penal.

Nuestros indicadores fueron tomados de dos autores, Étienne Le Roy[9] y Jacques Faget,[10] quienes coincidieron con el pensamiento de Bourdieu y apuntaron a las acciones cotidianas de los actores judiciales. Estos indicadores fueron objetivos destacados, que servirían para un análisis más detallado, y propusieron algunas limitaciones que llamaron la atención sobre acciones que a menudo pasaban desapercibidas en las revisiones legales; ya sean institucionales, situaciones y prácticas estrictamente de carácter jurídico o informales, que forman parte, por ejemplo, de la importancia que los actores otorgan al estatus de uno u otro de los actores o del imputado (o de la víctima); el comportamiento que el actor podía optar por adoptar en relación con otro; el discurso o cómo los actores intervinieron con sus palabras; las lógicas que planteaban para lograr la implementación de la ley; las reglas que podían adoptarse, y el proceso para lograr los fines deseados, etcétera.

Se hizo interesante detenerse en un procedimiento que otorga discrecionalidad al fiscal para proceder o no y que se abre a un conjunto de discusiones e interacciones entre todos los actores judiciales para determinar la sentencia. Tanto más interesante cuanto se anunciaba con toda legitimidad, pero también con toda "eficacia", adaptándose a la era moderna de la gestión penal que propone evitar un largo proceso mediante un acuerdo y una libre decisión de ambas partes, incluidos víctimas y acusados. El procedimiento abreviado nos permitió experimentar y probar nuestra hipótesis.

Se trataba pues de detenerse en la estrategia desplegada, en la lógica y en la palabra empleada, en la fuerza de la palabra y en los momentos im-

---

[8] Bourdieu, Pierre, "La force du droit. Éléments pour une sociologie du champ juridique", *Actes de la recherche en sciences sociales*, vol. 64, septiembre de 1986.

[9] Le Roy, Étienne, *Le jeu des lois: Une anthropologie "dynamique" du Droit*, París, LGDJ-Montchrestien, 2000.

[10] Faget, Jacques, "La fabrique de la décision pénale. Une dialectique des asservissements et des émancipations", *Varia*, vol. V, 2008, *https://champpenal.revues.org/3983*.

portantes y recurrentes. Era necesario dividir este estudio por los momentos de *limitaciones*, pero además hacerlos hablar mirando sus despliegues estratégicos.

Era necesario enfocarse, en primer lugar, en los límites y *condicionantes* que se les presentaban a los actores judiciales y desde allí captar la acción elegida, los posibles intereses planteados y las estrategias desplegadas o practicadas.

Si se pretende a la igualdad de armas, como propone la reforma, se vuelve fundamental preguntarnos: ¿cómo el Estado, por ejemplo, despliega su capital y reparte el poder entre fiscal y defensor? ¿Cómo distribuyó el fiscal su evidencia? ¿Cómo se distribuyó geográficamente la fuerza laboral o los presupuestos? ¿Cómo eran las estructuras de las salas, de las negociaciones, de los tribunales?

Dado que estamos planteando la cuestión de la reproducción de las desigualdades sociales dentro del proceso mismo del procedimiento abreviado, es importante ver en los actores judiciales, ciertamente, cómo actúan/interactúan de manera individual, pero también cómo actúan/piensan en relación a su grupo o clase, y también para un grupo o una clase.

Esta reflexión no se relaciona con la lucha de clases, sino que se interesa ante todo por el derecho, específicamente por la forma en que la estructura y el procedimiento abreviado vienen a delimitar y circunscribir ciertas opciones, cómo el aspecto social (que incluye el ámbito jurídico) llega a forjar, motivar, influir en las acciones y decisiones de los actores judiciales.

Si se pretende de entrada que los intereses, roles y capitales diversos incidan como limitantes del procedimiento abreviado, y por tanto reproduzcan valores que no limiten la igualdad de la justicia, es necesario poder focalizar e identificar estos factores.

Ciertos conceptos serán útiles para comprender los comportamientos de los miembros del sistema judicial al aplicar el procedimiento abreviado. Para ello, serán útiles los fundamentos desarrollados por Bourdieu, a saber: la violencia simbólica, la legitimidad, el *habitus*, los campos y el *illusio* y el papel que juega el derecho en la concepción del discurso.

v. La teoría de Pierre Bourdieu

Pierre Bourdieu critica el hecho de que con toda legitimidad nos expresemos en nombre del poder sin ver su origen y su dirección, situación que no podemos plantear mediante otras posibilidades o alternativas debido a que el derecho reproduce ese poder.

Nos apoyamos mucho en la noción de legitimidad bourdieusiana, íntimamente ligada a su concepción de *habitus* e *illusio.* Para Bourdieu, los abogados, en nombre de lo universal y de la repetición de las normas jurídicas, a veces se hunden en un despido al aferrarse a estas definiciones y no pueden salir de ellas o buscarlas, disimulando en ellas sus intereses. Ellos mismos son entonces víctimas, ya que presentan sus acciones como universales y autónomas. Una vez dichas o aplicadas, estas decisiones forman parte de la razón y por tanto, por este solo hecho, deben ser aplicadas.[11] ¡Ellos mismos participan en la construcción ilusoria de la legitimidad en el campo jurídico al dejar prevalecer la lógica-lógica en detrimento de la lógica desinteresada como debe ser la lógica jurídica!

La legitimidad según Bourdieu no consiste sólo en detenerse (o limitarse) a la "forma" que el cambio, con sus nuevas reglas e instituciones, puede traer, aunque se cubra con la ropa o el hábito de la neutralidad y la universalidad jurídica. De hecho, la legitimidad en Bourdieu es la crítica del *habitus*, estas acciones que se hacen y se repiten en nombre de la rectitud pero que nunca se cuestionan ni se reposicionan, más que por el poder de la dominación de intereses, valores y capitales, en definitiva, indicadores que entran en juego en detrimento de la legitimidad del derecho. Por lo tanto, tuvimos que salir al terreno para explorar a detalle los límites y obstáculos a los que habíamos prestado atención.

VI. Metodología

En el marco de la implementación del procedimiento abreviado, ¿cómo expresan los actores judiciales sus lógicas y prácticas? ¿Cómo expresan sus intereses o su capital en este campo jurídico?

¿Estos actores se oponen a valores de legitimidad como los buscados por la reforma y propuestos por Pierre Bourdieu? ¿Sus acciones se basan en una relación de desconocimiento de la dominación de una institución, una acción o un uso y se presentan siempre como legítimas a través del gesto conocido y reconocido? ¿Qué factores pueden animar o incitar a los actores para actuar de esa forma?

En 2013, se realizaron entrevistas en forma de preguntas generales sobre el estado de la reforma penal chilena y sus falencias con actores del mundo penal. En 2014 el cuestionario elaborado fue mucho más preciso sobre

[11] Bourdieu, Pierre, "La force du droit...", *cit*.

el *habitus* y la fuerza del campo jurídico y se dirigió, principalmente, a los actores vinculados al proceso penal. Al año siguiente, se realizaron nuevamente entrevistas y siete días de observación en el Juzgado de Garantías de Santiago. Esta breve observación permitió avanzar hasta un análisis bourdieusiano sobre los momentos de poder de los actores judiciales.

Posteriormente, se realizaron nuevas observaciones entre el 30 de marzo y el 28 de mayo y del 4 al 24 de junio de 2016, pero esta vez bajo un enfoque decididamente en el trámite del procedimiento abreviado. Luego se realizaron otras en Santiago en marzo y abril de 2017, así como en febrero y junio de 2018 para verificar y aclarar ciertos datos recopilados en 2016.

De lo anterior se asistió a la definición y análisis de treinta y ocho expedientes individuales relacionados con el procedimiento abreviado. Cada uno de éstos correspondía a una causa diferente. Del total de expedientes, dieciséis estaban relacionados con al menos una negociación en la fiscalía, además de que once fueron objeto de más de una negociación observada en la fiscalía (tres expedientes que fueron objeto de tres observaciones en diferentes momentos). De igual manera, ocho de estos expedientes fueron objeto de negociaciones fuera de las oficinas de un fiscal y veinte fueron objeto de una observación en el tribunal, de los cuales solamente diez son aún parte de la observación del tribunal.

En síntesis, las áreas (distritos judiciales) observadas correspondieron a los municipios de San Miguel, San Ramón, Puente Alto, Ñuñoa y Providencia. Excepcionalmente, también se observaron causas de La Pintana y Lo Espejo. En cuanto al municipio (zona) de La Granja, allí entrevistamos a las víctimas por invitación de los defensores.

Gran parte del análisis se basó en negociaciones realizadas desde una fiscalía y sus representaciones con el objetivo de obtener un acuerdo procesal abreviado. El resto se basa en las observaciones de los intercambios en la corte del juez de garantía. Sin embargo, tanto las negociaciones adicionales en el mismo caso como aquellas en los pasillos o en los cafés, durante los recesos judiciales, fueron parte integral del trabajo de campo realizado. Por lo tanto, todos fueron muy valiosos, ya que agregaron al historial y a la comprensión de las acciones que nos ofrecían los archivos. No hemos descuidado los encuentros fortuitos, por ejemplo, los inesperados en el Palacio, en el corredor o en el restaurante frente a la corte. Formaban parte de nuestro análisis y a veces llegaban a guiar las observaciones y a veces a reforzarlas o a dirigirlas.[12]

[12] Olivier de Sardan, Jean-Pierre, "La politique du terrain", *Enquête*, vol. 1, 1995, disponible en: *https://journals.openedition.org/enquete/263#quotation*; Becker, Howard S., *Les ficelles du*

También se realizaron una serie de entrevistas en paralelo con estas observaciones. Las entrevistas de 2016 fueron semiestructuradas. Acompañaban las observaciones y completaban la matriz de observación.

La anterior metodología analítica se desarrolló en torno a tres ejes principales de cuestionamiento, todos centrados en la legitimidad procesal: *a*) por sus efectos, *b*) sobre sus factores y *c*) las acciones y decisiones de los actores judiciales que quedan afectadas por un conjunto de intereses, roles y *habitus* que inconscientemente reproducen valores que limitan la justicia igualitaria.

VII. Resultados y análisis

Se observaron a los imputados y a las víctimas. No principalmente desde el ángulo de la sentencia que recibirían o se les daría, sino a través de los ojos de aquellos que están llamados a desempeñar un papel importante con ellos; bien sea el juez de garantía, el defensor, tanto el privado como el público (o bajo contrato por la defensa penal pública, el *licitante*), el *querellante* (de la víctima) y el *fiscal*, etcétera.

Frente a este aspecto se analizó: ¿las acciones y decisiones de los actores judiciales estuvieron afectadas por un conjunto de intereses, roles y *habitus* que inconscientemente reproducen valores que limitan la justicia igualitaria y afectan así la defensa de los imputados?

Frente a este cuestionamiento, a diez años de su implementación en todo el país, los críticos omitieron la posible reproducción de los valores de los actores judiciales y los activados por el Estado. Estas críticas ni siquiera buscaron las razones detrás de los límites expuestos y no intentaron darles una interpretación que hubiera contrarrestado las explicaciones tradicionales, al menos para ofrecer algunas soluciones. Las críticas se contentaron con cotejar la legitimidad de las acciones realizadas de acuerdo o no con la ley y el procedimiento a seguir, sin cuestionar si las "acusaciones erróneas" estaban marcadas o viciadas por diversos intereses. Es por ello que nuestras observaciones se dirigieron primero al *backstage*, en la articulación del procedimiento abreviado.

Aislamos las acciones que indicaban límites y condicionantes que agrupamos en tres conjuntos principales: 1) la etapa de entrada de la negociación

---

métier. *Comment conduire sa recherche en sciences sociales*, trad. de Jacques Milhos, París, La Découverte, 2002.

según el CPP; 2) la etapa de la discusión del monto de indemnización como elemento principal de la reparación, y 3) el *cenit* del procedimiento abreviado mediante el requerimiento del juez de garantía para saber si el imputado aceptó libre y voluntariamente los antecedentes y los hechos leídos por el fiscal.

1. El paso de entrada del procedimiento

Esta implementación, que con el tiempo se ha vuelto automática, con el fin de facilitar el procedimiento abreviado, se ha convertido en el "boleto" para entrar al "juego" de las negociaciones. Sin demasiadas reglas, pero con regularidades, el juego crea apuestas que son, esencialmente, el producto de la competencia entre jugadores. "Hay una inversión en el juego", "los jugadores están atrapados en el juego; sólo se oponen, a veces con vehemencia, porque tienen en común que dan al juego, ya sus apuestas, una creencia (*doxa*), un reconocimiento que escapa al cuestionamiento". Las apuestas se convirtieron en la meta y su campo de competencia y de sus conflictos.[13]

Este primer paso se presentó como una ventaja para los procesados ya que automáticamente obtenían una reducción de pena si accedían al procedimiento abreviado. Pero el automatismo permitía trasponer y poner en juego un gran número de intereses de manera igualmente mecánica, pero sobre todo legitimó la entrada del automatismo que se produjo a partir de entonces.

Los hechos se habían vuelto secundarios y la discusión no era sobre ellos. Los actores se desplegaron, todos sin excepción, para sopesar y equilibrar la participación de los imputados en este proceso con argumentos, razonamientos o referencias jurídicas. Las estrategias y los procedimientos se convirtieron en el foco de este paso. Era difícil entender esta necesidad cuando el proceso era automático. En consecuencia, los argumentos jurídicos se convirtieron en ficción pero encadenados y sólo tenía sentido la credibilidad contenida en la fuerza de la ley. El debate sobre los hechos se limitaba en calificar el atenuante. Algunas palabras inocuas se deslizaban a veces, sin malicia, pero identificaban, al acusado o a la víctima, asociada a un grupo, a una forma de vida o a un hábitat particular. Sobre estos primeros momentos se basa la formalidad de esta primera etapa, aunque también automática. De esta manera, hacen su aparición los primeros usos de las referencias sociales; por ejemplo, el fiscal y el defensor dirán de un imputa-

[13] Bourdieu, Pierre y Wacquant, Loïc, *Invitation à l*a socio*logie réflexive*, París, Seuil, 2014, p. 143.

do, a partir de esta etapa, que no es más que un pobre individuo, un pobre de espíritu, un delincuente ocasional, el hijo de un policía (de buena familia en ciertos círculos), etcétera.

Vemos el comienzo de una distinción sobre el lugar de origen de los individuos al asociar al imputado de entrada con su municipio y con grupos delictivos, con una pandilla, y seguirán términos de "normalidad social" en función del origen geográfico del imputado. Se pueden mencionar frases como: "así sucede allá, donde tenía un arma en su casa, normal es el barrio tal y tal[...]". También aparecen elementos de valores relacionados con el gusto, como referencias a lugares frecuentados para categorizar a las personas, lugares que tienen más que ver con el *standing* del lugar que con la causa en sí. Estas personas que no frecuentaban el "club alemán"[14] vienen a colocar las primeras piezas en el juego entre los actores que enfrentan al imputado y la situación, que sin embargo no tiene relación directa con la ley.

Así se *"tuerce"* o *"cuerda¨* el primer paso. Fue construido sobre bases y argumentos legales, pero contiene fundamentos mucho menos legítimos.

2. Aparece dinero

En la gran mayoría de las causas observadas, el dinero se convierte en el sésamo que lo arreglará todo. Sirve como "reparación" a la víctima, se convierte en actor esencial, como segundo elemento para rebajar la pena negociada.

En esa gran *ambig*ü*edad* (*flou*) sin escalas, este trámite permitió tanto a los fiscales como a los defensores y *querellantes,* los representantes de la víctima, apreciar el monto a su conveniencia. Esto resultó en una evaluación vaga e imprecisa basada ciertamente en experiencias pasadas, pero también en creencias que incluían valores muy subjetivos, en definitiva, *impresiones y percepciones*. El impacto del *desenfoque* abre la puerta a lo inmaterial; los actores se dejan a su propio juego y se basarán en su conocimiento del mundo. El ancla más segura es volver a aceptar o no la sentencia propuesta. Encontrar el acuerdo sobre la suma de dinero se convierte en el objetivo. El dinero se convirtió en un elemento básico de los procedimientos para todas las partes, incluido el *querellante*. Y veremos más adelante que el juez se contentará con ello. Se convierte en la cosa a obtener, y se ha convertido en el objetivo del procedimiento, a tal punto que los actores a veces pierden el sentido de su papel y de sus funciones, se convierten en agentes-negociadores.

[14] Reconocido club deportivo en Santiago.

El nuevo etiquetado no es ajeno a lo que se había "plantado" en el paso anterior. Todo se aceptaba de mutuo acuerdo y afirmando que este tipo de sentencia, con este tipo de monto, no podía ser aceptable ante los jueces de tal zona. Esta zonificación significó lo que la víctima y los acusados representaron para los actores y su filiación geográfica. "Aquí [refiriéndose a una comuna un poco más violenta] todo se arregla con una cantidad de dinero".

Una vez decidida la suma, el vals continúa. El resto se cae de forma automática, rápida y sencilla.[15] El dinero tenía ese poder punitivo, con todo el poder que ese mitigador representaba en la sociedad chilena y seguramente en la mayoría de las sociedades occidentales que invierten menos en el tejido social. Aunque el CPP habla de reparación diligente y considerada, este paso de procedimiento abreviado lleva el automatismo del primer paso al segundo añadiéndole la rapidez, incluso la facilidad del dinero. Esto también representa la inversión del Estado frente a estos delincuentes, lo que lo libera de cualquier forma de alternativa de reparación más costosa y es parte de la idea de descongestión; léase también liberar al Estado de un costo relacionado con la justicia para ciertas categorías de gente. En resumen, el dinero tenía el poder de poner precio a personas y vidas en lugar de reparaciones más legítimas. Esta reparación tenía muy poco que ver con la capacidad de pago de las víctimas o una necesidad particular de reparación, sino que estaba relacionada con el tipo de personas y el valor del área donde se juzgaría el proceso.

El valor del dinero asignaba importancia a un grupo sobre otro. En resumen, el dinero representaba la importancia que la sociedad le daba a esta forma de reparación. A los inmigrantes más pobres y victimizados se les da la etiqueta de que el dinero es la respuesta favorable del sistema que obtendrán. Esta casi automaticidad del dinero atenuante se apoderó de todo el escenario de las negociaciones y, en consecuencia, disminuyó la importancia de los roles respectivos de los actores. La búsqueda de dinero se convirtió en el centro de atención, por encima de todo lo demás. El papel de los actores, entre otros el del *querellante*, se diluyó. La suma a pagar se convirtió en el punto central del procedimiento y dejó la puerta abierta a distinciones entre actores y las amplificó.

La mayoría de nuestros entrevistados se negaron a verlo, pero el dinero se convierte en el representante legítimo, esperado y anhelado por el Estado y los actores. Es la aceptación de lo social transpuesto a lo jurídico sin que queramos reconocerlo.

---

[15] Dray, Dominique, *Une nouvelle forme de pénalité. Le jugement en temps réel*, París, Ministère de la Justice-Mission Droit et recherche, 1999.

3. Los límites de lo gratuito y lo voluntario

Se trata de la etapa final del procedimiento abreviado que debe concluir ante el juez de garantía y corresponde a la recta final también para los acusados. Es aquí donde el juez debe valorar si el acuerdo —más precisamente si los hechos y los antecedentes alegados— fue aceptado sin presiones, amenazas o subterfugios. El CPP indica: libre y voluntariamente. La cuestión de si la aceptación de los antecedentes y de los hechos es libre y voluntaria es, sin embargo, pronunciada por el juez a menudo mecánicamente y muchas veces sin ninguna evaluación real. Sin embargo, se trata sobre la forma en la que se han centrado nuestras observaciones y luego nuestro análisis. El poder y la importancia de este momento han estado en el centro de este análisis crítico. Esta letanía nos permitió observar y comprender que se trataba de mucho más que de la aprobación del procedimiento abreviado, sino del resultado acumulativo de todos los demás límites retenidos en los dos conjuntos anteriores. Como un juego bien gobernado por esta letanía, el estatus y el lugar de cada uno se consolidaron. Todo con el mismo objetivo: cerrar el expediente. El lugar que uno se atribuye o la aceptación del otro, los *habitus* que han servido para construir el dolor, los prejuicios y los rótulos observados cristalizan y toman forma solemne y definitiva.

El juez, que no obstante se dijo muy limitado, impuso de pronto un ritmo, pero sin cuestionar el deseo real de aceptar los hechos, y menos los hechos presentados. Ante tal posibilidad, los jueces se apresuraron a sacar a los abogados de los micrófonos para aclarar ciertas inexactitudes, a veces incongruencias, a veces errores. Era fundamental que esta etapa de lo libre y voluntario encontrara su lugar y la regla actuara por la fuerza de la forma. Así, la letanía es sólo un marcador de una realidad que tiene sus raíces en creencias y hábitos mucho más profundos. Como una espiral, cada uno de los indicadores tomará la forma del *habitus* y dejará que la expresión del capital tome el control de las elecciones y acciones. El impacto fue fatal para muchos acusados y víctimas, incluso si el acusado recibió la sentencia prevista, o la víctima la suma ofrecida. En última instancia, el acusado recibió una sentencia "menor", menos de lo que le dijeron que se le acusaría.

El procedimiento está lleno de los conceptos "libertad" y "elección" que se ofrecen tanto a los actores como a los acusados y a las víctimas. Éstas son, sin embargo, elecciones falsas entre las que se forman las acciones. Las elecciones en realidad habrían sido distintas a las de un libre y voluntario procedimiento, para rechazar o tomar decisiones, construidas sobre distinciones sociales y económicas, o forzadas por límites y restricciones que ponen en suspenso las realidades de los acusados y las necesi-

dades más profundas de las víctimas y no como única opción para rechazar una gran suma de dinero.

La elección del defensor, dentro del procedimiento, de no aceptar la acusación impuesta sin plena prueba o frente a legítima defensa, o del *licitante* de la defensa penal pública de no seguir las directivas registradas o dejadas en un caso que ignora la defensa tangible del imputado, o turnos que dejan sin aclarar las directivas del fiscal que realizó las primeras negociaciones o una imposición administrativa de un acuerdo preconcebido por sus jefes, llevan a los implicados a no caer en el "rojo" de la evaluación y a tomarse el tiempo y negociar ventajas o alternativas entre la víctima y el imputado.

Se pudieron revelar tres etapas del procedimiento abreviado, que se autorrefuerzan pero que también corresponden a los conjuntos en los que encontramos los indicadores-límite y podríamos ver allí varios momentos y ciertos valores que no corresponden a los promovidos por la reforma judicial o, por lo menos, a quienes pretendían ser legítimos. En este sentido, la teoría de Bourdieu planteó vías clave para orientar nuestras conclusiones hacia factores posibles, incluso probables.

VIII. Bourdieu como refuerzo

Según el sociólogo, el individuo tiene tanto impacto en la estructura como la estructura tiene impacto en sus decisiones, y esto, a menudo, de manera bastante inconsciente. Para él, existe en cada individuo, independientemente de su estado, una disposición a actuar o pensar de una forma preestablecida. Esta práctica (o no práctica) se nutre de la historia de la persona, de su hábitat, de su clase social, etcétera. Esto es lo que él llama *habitus*. El *habitus*, por tanto, no sólo condiciona al individuo, sino que se identifica y se nutre de la clase de la que éste procede.

La clase social está ligada a la educación que reciben las personas, en este caso nuestros actores jurídicos, e influye en la elección de prácticas y hábitos. El *habitus* se forma y es duradero porque produce efectos estructurantes a largo plazo en los actos, pensamientos, sentimientos y percepciones del sujeto. A pesar de los cambios, a veces incluso evolutivos, el *habitus* condiciona a las personas a crear un espacio importante para la reproducción, permite "la interiorización de las estructuras del mundo social".[16] La toma de con-

[16] Bourdieu, Pierre, *Choses dites*, París, Éditions de Minuit, 1987, p. 155.

ciencia de ello se convierte entonces en una de las soluciones a la nueva formación, incluso a las reformas.

La noción de campo toca directamente la cuestión de las luchas por la dominación. Hay múltiples campos en la sociedad y cada uno representa un espacio independiente dentro del macrocosmos social más grande. Lo que está en juego es específico para cada uno de los campos, pero para Bourdieu es ilusorio para aquellos que no quieren o no esperan adherirse a este campo en particular. Cada campo tiene su propia lógica y se incorpora a los individuos que se dedican a él. La delimitación de los límites de un campo es en sí misma un objeto de lucha.

Cada campo tiene su espacio de poder hacia otro campo. Están sus desafíos, luchas por el conocimiento, tradiciones arraigadas, vocabulario por identificar, lo que da derecho a llamarse experto en este campo, jurista o artista, etcétera.

La *illusio* ocupa un lugar central en el pensamiento del sociólogo, particularmente en el campo jurídico. La ilusión es la creencia de jugar bien en el campo para adherirse bien a él. Los intereses sociales se convierten así en creencias. La *illusio* es consciente en el inconsciente de toda su contribución a una creencia, es el saber que anima la práctica consciente de su lugar en el campo.

Para Bourdieu, la *illusio* es compromiso de jugar, pero mucho más que eso, es un "régimen de existencia y compromiso en el campo, un mundo social, un modo práctico de inversión".[17]

La ilusión no es otra cosa que "esta relación encantada con un juego que es producto de una relación de complicidad ontológica entre las estructuras mentales y las estructuras objetivas del espacio social".[18]

La *illusio* es entonces importante, incluso crucial, a tener en cuenta en el análisis para comprender la acción del actor jurídico en su práctica. Vea lo que esconde u olvida tener en cuenta sólo porque deja que el juego se desarrolle en el mismo movimiento.

Pierre Bourdieu define el campo jurídico como un lugar de competencia por el monopolio del derecho a decir la ley.[19] ¿Cómo compiten los actores entre sí y encuentran un lugar favorable dentro del campo?

---

[17] Costey, Paul, "L'*illusio* chez Pierre Bourdieu. Les (més) usages d'une notion et son application au cas des universitaires», *Tracés. Revue de Sciences Humaines*, núm. 8, 2005, p. 14, disponible en: *https://journals.openedition.org/traces/2133*.

[18] Bourdieu, Pierre, *Raisons pratiques. Sur la théorie de l'action*, París, Seuil, 1994, p. 151.

[19] Bourdieu, Pierre, "La force du droit...", *cit.*, p. 4a.

El campo jurídico se presenta como un universo social autónomo, capaz de producir y reproducir, a través de la lógica de su funcionamiento específico, un corpus relativamente independiente de constricciones externas, bajo un principio de legitimidad y de garantías judiciales.[20] En este campo, se impone un sistema de requisitos específicos, cuyo núcleo es la adopción de una postura global, visible en particular en términos de lenguaje. ¿Cómo afecta esto al proceso del procedimiento abreviado?

El *habitus* está constantemente activo en el campo legal. Bourdieu asocia el *habitus* jurídico con la vaguedad porque esta última se explica por lo jurídico. Cuando actúa, toma sus referencias en el campo legal. Hemos visto que, en ocasiones, en lugar de tomar una decisión independiente sobre el caso que se le presenta, el juez prefiere recurrir a la facilidad de una decisión anterior de uno de sus colegas que fácilmente encaja en una lógica legítima, pero lo que dejó al acusado sin ninguna evaluación lógica de su caso. En suma, inscribir una decisión en la legitimidad de una lógica que de hecho cae bajo la ilógica y por tanto se vuelve ilógica. El *habitus* expresa la ley en su pura precisión, religiosa y científica, nos dice Bourdieu.

El *habitus* jurídico tiene el reflejo de "legitimarse" en la ley refiriéndose a ella. Una reforma creadora en el interior mismo de un sistema de derecho es completamente legal, pero queda con el *habitus* un elemento que da lugar a la vaguedad y que, frente a los espacios discrecionales, frente a las posibles acciones o inacciones, deja un lugar determinante a la acción del *habitus*.

El jurista reestructura su mundo y así se adapta a esta influencia inconsciente dentro de él. Se autorregula para funcionar en esta estructura que conoce, pero también que crea para responder bien a los requerimientos del entorno y actuar en este esquema. ¿Se expresa el derecho en términos de la práctica de valores que le son externos y basados en divisiones, distinciones o sus objetivos?

¿Cómo ver y comprender al agente reproductor pero también generador, creador de un sentido a partir de lo que regula o incluso mejora la conducta de quienes pueden recrearla y reproducirla?

La práctica de los agentes no es lo que dice ser. Así, el actor jurídico, al aplicar la norma, en el marco del procedimiento abreviado, aplicaría también otras prácticas. Sin querer se inspiraría en su propia cultura, de donde viene, sin conciencia en su estrategia de la transferencia de lo que frecuenta, lo que lo educó, cómo y qué tipo de formación recibió, etcétera.

---

[20] Sandoval Mesa, Jaime Alberto, *La garantía criminal en materia penal y penal internacional*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2018.

Para Bourdieu, si bien el actor toma decisiones aparentemente correctas e incluso a veces innovadoras, lo hace desde el marco reflexivo de su práctica; el campo jurídico construyendo normas, reglas. Además, los actores encuentran soluciones en las letras, en las lógicas, etcétera.

Los abogados, la mayoría de las veces, no mienten. Están equivocados, nos dice Bourdieu.[21] Están enredados en la fuerza simbólica de las palabras que utilizan y que no controlan, en el sentido de que no controlan del todo el impacto de sus decisiones.[22]

Los actores hablan en nombre legítimo del Estado; los discursos de los juristas, como otros maestros del mundo, "son parte de la realidad".[23] Algunos juristas, agrega, hablan en nombre del Estado hasta el punto de confundirse con él.

El *habitus* engendra distinciones y se nutre de ellas. Son espacios de lucha a través de la práctica, particularmente de la cultura. No se trata, pues, de luchas de clases, sino del lugar que la cultura ha construido para una y para otra según su campo. El *habitus* inscribe lo social en el cuerpo,[24] pero también en las cosas a través de las instituciones.

La ley no es la estructura independiente que dice ser. No es lo "universal" fundado en una norma fundamental.[25] El Estado de derecho se limita a las instituciones formales, no es una multitud de ideologías, pero debe ser más que la expresión de esta formalidad institucional. De lo contrario, sería demasiado restringido y ajeno a las preocupaciones reales relativas a la equidad de las leyes, en suma, demasiado formalista.

IX. Los factores

Ni que decir tiene el estatus que nos damos y nos atribuimos, la posición que también se dan los actores; todo eso influye en las decisiones. El esta-

---

[21] Bourdieu, Pierre, "Les juristes, gardiens de l'hypocrisie collective", en Chazel, François y Commaille, Jacques (dirs.), *Normes juridiques et régulation sociale*, París, LGDJ, 1991, p. 95.

[22] Sueur, Jean-Jacques, "Pierre Bourdieu, le droit et les juristes. La méprise", *Droit et société*, vol. 85, núm. 3, 2013, p. 726, disponible en: *https://www.cairn.info/revue-droit-etsociete1-2013-3-page-725.htm*.

[23] Bourdieu, Pierre, *Sur l'État. Cours au Collège de France,* París, Seuil, 2012, p. 424.

[24] Bourdieu, Pierre, *Questions de sociologie*, París, Éditions de Minuit, 1980, p. 99.

[25] Bourdieu, Pierre, "Les juristes...", *cit.*, p. 95.

tus está ligado a la fuerza de la forma, pero también al lugar que uno recibe en la sociedad. El estatuto de los actores alimenta así los intereses y, sobre todo, extrae sus afinidades del *habitus*. El estatuto permite mirarse, situarse, por ejemplo, cuando el fiscal se deja convencer de una cantidad mucho menor como reparación contra un defensor de renombre que contra un defensor de menor renombre, y esto, en un caso casi similar. Estos términos de normatividad se traducirán en términos de las relaciones jurídicas que se realicen, condicionando sus actuaciones. Esto nos ha permitido, por ejemplo, asignar una pena menor en un caso idéntico a un defensor de alto rango para el fiscal o ver a un defensor aferrarse obstinadamente a su condición de defensor y alegar un caso de procedimiento abreviado, cuando no lo hace. No había nada que alegar, y en el marco de un acuerdo cuyos hechos, en el fondo, eran erróneos. Este *habitus*, que podría llamarse mundano, es por tanto muy fuerte y al mismo tiempo fuente de poca legitimidad porque busca reproducir e identificar formas de identidad y prácticas específicas. Sin embargo, el juez que prefirió basarse en un *tecnicismo* en lugar de decirle al fiscal que no había relatado bien los hechos efectivamente le salvaron la cara. Éste es otro ejemplo donde la colegialidad va más allá de la alianza, sino en la invención de recetas y soluciones para proteger el cuerpo que representa el capital social.

El procedimiento también tiene una fuerte influencia en la elección de las decisiones. En definitiva, el juez de garantía se ve a sí mismo como un notario, como un funcionario que debe aceptar o rechazar por el solo hecho de una infracción de procedimiento y, sin embargo, él representa la garantía. El defensor se dejará llevar por este maremoto procedimental. Pudimos constatar que la voluntad de llevar bien el procedimiento puede llegar hasta el hecho de que los actores judiciales se dirijan a un tipo de persona cuya culpa sea más fácilmente detectable según los estándares de la sociedad, o incluso a hacer una clasificación punitiva a través de la funcionalidad del propio procedimiento penal aun antes de que el derecho sustantivo haya hecho su trabajo.

Así, los actores toman sus decisiones, conscientemente o no, según su capital y sus intereses. "Es cierto que la práctica de los agentes encargados de producir el derecho o de aplicarlo debe mucho a las afinidades que unen a los detentadores de la forma por excelencia del poder simbólico, y ello a pesar de los conflictos de competencia que puedan oponerse".[26]

Pero el lugar dado al estatus, el efecto de club o asociación no pueden por sí solos expresar todas estas decisiones interesadas y hemos descubierto

[26] Bourdieu, Pierre, "La force du droit...", *cit.*, p. 14b.

que el pensamiento neoliberal aún ronda en la elección de todos. La excusa del exceso de trabajo, expresada en carteles frente a las fiscalías, alimenta el apetito por el procedimiento abreviado y su automaticidad.

Sin embargo, gran parte de los *habitus* y gestos limitantes pueden explicarse por un elemento más profundo inscrito en la sociedad. No se trata sólo de dinero. El *lienzo* está hecho así para los más fuertes; para los "otros", los acusados en situaciones más vulnerables, esto casi los obliga a aceptar el procedimiento. Quizá esto se explique por un pensamiento arraigado en el neoliberalismo que ha ido forjando el concepto de libertad. A pesar de su aspecto punitivo, el acusado hace una elección informada y a través de esta opción utilitaria propuesta por el Estado, emerge como prioridad el concepto mismo de libertad que se logra a través del *mens rea*.[27]

Las bonificaciones para los fiscales son un concepto que trasciende las sentencias y se deriva del hecho de que el Estado ha decidido que estos incentivos o bonificaciones por desempeño son necesarios.[28]

x. La distinción en el seno de la reproducción

La gran variedad de elementos inofensivos de distinción se expresa a lo largo del proceso, paso a paso, etapa por etapa, legitimándose a través del procedimiento judicial, pero formando elementos reproductivos hasta el juez.

---

[27] Sylvestre, Marie-Ève, "Rethinking Criminal Responsibility for Poor Offenders: Choice, Monstrosity, and the Logic of Practice", *McGill Law Journal,* vol. 55, núm. 4, 2010.

[28] Sin embargo, aún reconocemos que esta forma de incentivo es importante para un país que quiere sobresalir económicamente. En un repaso a la implementación del nuevo proceso penal en Chile, el Centro de Estudios de Justicia de las Américas señala: "Por ejemplo, desde el punto de vista de la persecución penal pública, estas metas pueden traducirse (y en alguna medida lo han hecho) en fuertes incentivos por investigar lo más fácil, y no necesariamente lo socialmente más relevante, fundamentalmente porque es más importante para el actor concreto lograr la meta de gestión que, en muchos casos, obtener una solución de calidad en los casos específicos. En otras palabras, la meta cuantitativa establece un fuerte incentivo para su logro sin que necesariamente su resultado refleje un trabajo de efectiva calidad. Esto debido a que normalmente estas metas se asocian un conjunto de beneficios al logro de las mismas (por ejemplo bonos de productividad). La situación descrita ocurre cuando, por ejemplo, se busca terminar casos para cumplir con la meta institucional a pesar de que el término escogido para el caso específico sea el de peor calidad que podía entregar el sistema (por ejemplo privilegiar una desestimación temprana como el archivo provisional por sobre una sentencia obtenida en un juicio oral)". Véase al respecto Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA), "A diez años de reforma procesal penal en Chile. Apuntes sobre su desarrollo, logros y desafíos", 2016, p. 215.

A su vez, el juez hablará en un tono más alto y más rápido, según su zona, a partir de este repertorio. Tomemos el ejemplo de una distinción que en definitiva reproduce un valor y por tanto el destino del imputado de un ámbito determinado. Cuando los actores discuten sobre la zona, ordenan, como decíamos, una rotulación positiva o negativa del sujeto imputado. Pero la zonificación también afecta el estilo de tratamiento que recibirán. Además, el fiscal y el defensor argumentan que, dependiendo de la zona de donde sea el acusado, los jueces, independientemente del juez, serán rígidos y no aceptarán una sentencia más indulgente o que tomaría en consideración ciertos atenuantes o beneficios. Mientras que en otras áreas hay jueces "blandos", según la jerga de la práctica, los que podrían tomar consideración de derechos legales y garantías o beneficios si la ley aplica.

Por lo tanto, la ubicación es importante. Es parte de las palabras y argumentos utilizados durante las negociaciones. Estos argumentos se convierten también en automatismos que encajan a través de las demás recurrencias que hemos analizado como limitantes y que son fuentes de ilegitimidad. El juez dictará entonces su "libre y voluntario" veredicto, pero la zona, o lo que significa la zona, habrá dejado su impronta, sin que se haya mencionado tal circunstancia del lugar. Se registra y despliega su influencia igualmente hasta la sentencia. La zona, como el *habitus*, actúa en el cuerpo y a través del cuerpo de las personas. Esperamos algo del área y actuamos en consecuencia. Como una predisposición de los espacios sociales, la zona nos pareció aún más *estigmatizante* y explica gran parte de los límites expresados. El juez tendrá un tono diferente, declamará la letanía de su decisión libre y voluntaria con más celeridad o con autoridad, mencionará una pena de inhabilitación para el ejercicio de cargos públicos, etcétera.

Desde el mismo comienzo del primer argumento, por lo tanto, se forman elementos relacionados con la zona, que no sólo identifican el lugar, sino que sobre todo dan una "etiqueta" a los tipos de personas. Además, y ya lo hemos mencionado, se creó, en armonía con los argumentos durante las negociaciones, un marcaje no de los jueces individualmente, sino de los jueces por zonas en las que se sientan. No estamos hablando aquí de jueces individuales, sino de grupos de jueces en una misma área, vinculados a un mismo tribunal de garantía al que asociamos connotaciones específicas, una forma de aceptabilidad asociada a un grupo de personas. Así, por este conjunto de argumentos, reproducimos la división del capital en las negociaciones hasta la corte.

XI. Conclusión

La reforma ha cambiado las cosas, pero ¿sólo lo ha hecho en la forma? ¿Hasta dónde logró transformarse?

A pesar de los esfuerzos realizados por el Estado chileno, las acciones y decisiones de los actores judiciales siguen afectadas por un conjunto de intereses, roles y hábitos que inconscientemente reproducen valores que limitan la igualdad de justicia y la efectividad de la reforma. Así estos momentos y acciones afectarían la defensa de los imputados, contraviniendo los objetivos de la reforma procesal penal chilena y por ende la legitimidad buscada.

Los actores y el Estado deben reconocer la obligación legítima de esta reforma. Reconocer los problemas es parte de la solución. En Chile todos creen y saben que hay un clasismo, todos reconocerían lo que hemos descrito. Sin embargo, muy pocos argumentarían que los actores del sistema de justicia reproducen capital simbólico.

XII. Referencias bibliográficas

Becker, Howard S., *Les ficelles du métier. Comment conduire sa recherche en sciences sociales*, trad. de Jacques Milhos, París, La Découverte, 2002.

Bourdieu, Pierre, *Questions de sociologie*, París, Éditions de Minuit, 1980.

Bourdieu, Pierre, "La force du droit. Éléments pour une sociologie du champ juridique", *Actes de la recherche en sciences sociales*, vol. 64, septiembre de 1986.

Bourdieu, Pierre, *Choses dites*, París, Éditions de Minuit, 1987.

Bourdieu, Pierre, "Les juristes, gardiens de l'hypocrisie collective", en Chazel, François y Commaille, Jacques (dirs.), *Normes juridiques et régulation sociale*, París, lgdj, 1991.

Bourdieu, Pierre, *Raisons pratiques. Sur la théorie de l'action*, París, Seuil, 1994.

Bourdieu, Pierre, *Sur l'État. Cours au Collège de France,* París, Seuil, 2012.

Bourdieu, Pierre y Wacquant, Loïc, *Invitation à l*a socio*logie réflexive*, París, Seuil, 2014.

Centro de Estudios de Justicia de las Américas (ceja), "A diez años de reforma procesal penal en Chile. Apuntes sobre su desarrollo, logros y desafíos", 2016.

Costey, Paul, "L'*illusio* chez Pierre Bourdieu. Les (més) usages d'une notion et son application au cas des universitaires", *Tracés. Revue de Sciences Humaines*, núm. 8, 2005, disponible en: *https://journals.openedition.org/traces/2133*.

Dray, Dominique, *Une nouvelle forme de pénalité. Le jugement en temps réel*, París, Ministère de la Justice-Mission Droit et recherche, 1999.

Duce, Mauricio, "Criminal Justice Reform in Latin America. A Panoramic and Comparative Perspective Examining Its Development, Contents, Results and Challenges", *UDP Public Policy Working Papers*, 2007.

Faget, Jacques, "La fabrique de la décision pénale. Une dialectique des asservissements et des émancipations", *Varia*, vol. v, 2008, *https://champpenal.revues.org/3983*.

Frei Ruiz-Tagle, Eduardo, "Mensaje del Código Procesal Penal", *Biblioteca del Congreso Nacional de Chile*, 9 de junio de 1995, disponible en: *https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1086244*.

Kauffman, Katherine, "Chile's Revamped Criminal Justice System", *Georgetown International Law Review*, vol. 40, 2010, disponible en: *https://www.law.georgetown.edu/academics/law-journals/gjil/upload/5-KauffmanFIXED.pdf*.

Kohler-Hausmann, Issa, "Managerial Justice and Mass Misdemeanors", *Stanford Law Review*, vol. 66, marzo de 2014, disponible en: *https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5920&context=fss_papers*.

Le Roy, Étienne, *Le jeu des lois: Une anthropologie "dynamique" du Droit*, París, lgdj-Montchrestien, 2000.

Olivier de Sardan, Jean-Pierre, "La politique du terrain", *Enquête*, vol. 1, 1995, disponible en: *https://journals.openedition.org/enquete/263#quotation*.

Sandoval Mesa, Jaime Alberto, *La garantía criminal en materia penal y penal internacional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018.

Santibañez, María Elena, "La justicia negociada y el procedimiento abreviado", *Instituto Chileno de Derecho Procesal*, 3 de diciembre de 2012, disponible en: *www.ichdp.cl/la-justicia-negociada-y-el-procedimiento-abreviado*.

Sueur, Jean-Jacques, "Pierre Bourdieu, le droit et les juristes. La méprise", *Droit et société*, vol. 85, núm. 3, 2013, disponible en: *https://www.cairn.info/revue-droit-etsociete1-2013-3-page-725.htm*.

Sylvestre, Marie-Ève, "Rethinking Criminal Responsibility for Poor Offenders: Choice, Monstrosity, and the Logic of Practice", *McGill Law Journal,* vol. 55, núm. 4, 2010.

Sylvestre, Marie-Ève *et al.*, *Red Zones: Criminal Law and the Territorial Governance of Marginalized People,* Cambridge, Cambridge University Press, 2020.

Zagmutt Venegas, Valentina, *Procedimiento abreviado y simplificado en la práctica de audiencias chilenas*, Santiago, Ediciones Jurídicas de Santiago, 2019.

Riesgo de la libertad de expresión ante el golpe de Estado blando

Arturo **Argente Villarreal**[*]

Sumario: I. Introducción. II. Periodismo en riesgo. III. Libertad de prensa y democracia. IV. Golpe de Estado blando. V. Libertad de prensa frente al golpe de Estado blando. VI. Conclusión. VII. Referencias bibliográficas.

I. Introducción

A pesar del carácter imprescindible del derecho a la libertad de prensa en el Estado democrático, se advierten problemas y desafíos en México que surgen en torno a su ejercicio y que son genuinos de estos tiempos. La aproximación a dichos problemas se deriva de una propagación en América Latina de gobiernos que se proclaman progresistas, pero que impulsan políticas nacionalistas que amenazan a las instituciones democráticas y la paz social.

Latinoamérica es una región heterogénea en cuanto al grado de desarrollo y también en cuanto a su orientación política. El populismo se presenta como una simbiosis con el Estado, una ideología y un movimiento que apela a la reivindicación del pueblo y la negación del imperialismo, y se fortalece como respuesta a la crisis de los partidos políticos en Latinoamérica.

Un ejemplo del populismo latinoamericano lo encontramos en Venezuela: el "chavismo", el cual enfrenta actualmente la mayor crisis de su corta historia. Los venezolanos, cuando podían votar lo hicieron por la persona

[*] Instituto Tecnológico de Monterrey, México

equivocada, por las promesas populistas que a la larga convirtieron un gobierno democrático en uno totalitario, en el cual hoy se sufre persecución, miedo y hambre.

El engaño en el que cayeron en su país es muy parecido a lo que hoy se vive en México. La llegada de Andrés Manuel López Obrador le abre espacio a esta ideología al fomentar un paternalismo estatal que se manifiesta en cada discurso y que cuenta con el apoyo total de un Congreso que avala cada decisión que el titular del Ejecutivo lleva a cabo. La forma de gobierno que ejerce López Obrador se traduce en una concentración de todos los ámbitos de una sociedad, lo político, económico, social, judicial, militar y privado. Esta administración busca la consolidación del bien común y absorbe al individuo por completo al limitar la libertad de opinión, argumentando la amenaza de provocar un golpe de Estado blando por parte de los medios de comunicación al hacer uso de técnicas dóciles, con el fin de derrocar al gobierno mexicano y causar su fracaso.

El gobierno de López Obrador ha establecido una postura oficial frente a los medios de comunicación que critican la gestión de su administración argumentando que la mayoría de éstos quieren desestabilizar a su gobierno a través de la difusión de noticias que producen un sentimiento de inconformidad entre la población y que esto es orquestado por una fuerza conservadora, conformada por políticos y empresarios que no comulgan con las políticas que lleva a cabo la mal llamada Cuarta Transformación.

La democracia mexicana se encuentra en ciernes y tiene la necesidad de consolidar su libertad de prensa como exponente de la opinión pública. No es la primera vez que el poder político trata de amedrentar a los medios de comunicación mediante la intimidación, Brasil y Estados Unidos son un claro ejemplo de ello, pero la diferencia que existe en México es el entorno de inseguridad, violencia y muerte en que se ejerce el periodismo.

Este artículo busca confrontar y analizar dos conceptos: libertad de prensa y golpe de Estado blando, sin descuidar la atención a los problemas clásicos del contenido, extensión y límites del derecho a la libertad de comunicar y recibir libremente información, y tomando en consideración los nuevos riesgos que pueden socavar o poner en peligro dicho derecho.

II. Periodismo en riesgo

México está sumergido en una vorágine de violencia y la población civil se encuentra atrapada en un entorno que se ha alimentado por la crisis

que enfrenta su sistema de justicia. Los medios de comunicación se encuentran en total abandono por la indiferencia y el desdén del gobierno mexicano.[1] El panorama es desolador y la impunidad agrava la situación de peligro que enfrentan los periodistas, dejándolos a la deriva y en medio de dos frentes, por un lado, presionados por el gobierno, y por otro, amenazados por el narcotráfico.[2]

El periodista ha sido víctima de diversas presiones por parte de gobiernos municipales, estatales y federales.[3] En el informe presentado por la Sociedad Interamericana de Prensa (SIP), en octubre de 2019, se coloca a México como el país con mayor número de asesinatos de periodistas. Un ejemplo que expone el alto riesgo que viven los periodistas en México, se puede traducir en el caso de Miroslava Breach Velducea, periodista y corresponsal de *La Jornada* y directora editorial de *El Norte* en Ciudad Juárez, Chihuahua. Miroslava fue asesinada el 23 de marzo de 2017 afuera de su casa. La periodista dedicaba su trabajo a investigar casos de corrupción política, abusos de derechos humanos, agresiones a comunidades indígenas y violencia de cárteles de narcotráfico. El asesinato de Miroslava es sólo una pequeña biopsia que refleja el riesgo que los periodistas en México enfrentan todos los días.

México se ha colocado como el epicentro de los cárteles de la droga, convirtiéndose en el país más mortífero del mundo para los medios de comunicación. Ejercer el periodismo en México genera un efecto amedrentador de silenciamiento y de censura que pone en riesgo la integridad física de los periodistas y afecta de manera directa a los principios de transparencia y rendición de cuentas, principios que son fundamentales para la consolidación de la democracia mexicana.[4] El asesinato de cualquier periodista es la forma más radical de limitar la libertad de expresión.

La libertad de expresión, como parte medular de la libertad de prensa, no sólo es un derecho humano fundamental garantizado en la Declaración

---

[1] "Bajo Riesgo. Cómo superar las deficiencias de los programas de protección de periodistas en América Latina", *Reporteros Sin Fronteras*, 2022, disponible en: *https://rsf.org/sites/default/files/resumo_executivo_esp_final.pdf*.

[2] "Periodismo bajo ataque", *Letras Libres*, mayo de 2022, disponible en: *https://letraslibres.com/magazine/?id_revista=103701&edition=50#*.

[3] Sánchez, K. y Eduardo, E. H., "Si se ejerciera el Estado de derecho en este país, los periodistas no necesitaríamos protección", Entrevista a Adela Navarro Bello, *Letras Libres*, mayo de 2022, disponible en: *https://letraslibres.com/revista/si-se-ejerciera-el-estado-de-derecho-en-este-pais-los-periodistas-no-necesitariamos-proteccion*.

[4] Chocarro, Silvia, *Estándares internacionales de libertad de expresión. Guía básica para operadores de justicia en América Latina*, Washington, CIMA, 2017.

Universal de los Derechos Humanos, sino también un instrumento esencial para la defensa del resto de los derechos.

En México la situación no es diferente para los medios independientes; en especial los periódicos pequeños se enfrentan al constante reto de cubrir los gastos que se generan en el día a día. Es necesario analizar la posibilidad de establecer con las empresas de medios un incremento al salario mínimo para los periodistas que enfrentan condiciones inhumanas y que atienden situaciones tan graves como el narcotráfico y la inseguridad del país.[5] Los periodistas independientes que ejercen su labor con profesionalismo, rigor y calidad son los que enfrentan los más altos riesgos. Estos periodistas han desarrollado mecanismos de prevención y autoprotección a través de la capacitación y vinculación con organizaciones internacionales como Freedom House, Artículo 19, entre otras.[6]

Según la organización Artículo 19, en las últimas dos décadas se han registrado ciento cincuenta y tres asesinatos de periodistas en el país; asimismo, durante el primer semestre de 2021, se produjeron trescientas sesenta y dos agresiones directas contra miembros de la prensa, de los cuales ciento noventa y tres se llevaron e cabo primordialmente en la cobertura de eventos políticos.[7]

La impunidad ha sido fundamental para que este ambiente de violencia se encuentre al alza y un ejemplo claro de esto se refleja en los resultados que ha arrojado la Fiscalía Especial para la Atención de Delitos cometidos contra la Libertad de Expresión (FEADLE) en México, la cual tiene un registro de tres mil cuatrocientas diecinueve investigaciones por agresiones a periodistas y comunicadores en el periodo entre 2010 y 2021, de las cuales sólo veintiocho han tenido sentencia condenatoria, es decir el 1%.[8]

El gobierno de México ha tratado de atender de manera frontal esta situación al crear el Mecanismo de Protección a Periodistas, que depende de la Secretaría de Gobernación y que busca enfrentar la situación de peligro constante y alto riesgo que enfrentan los periodistas en el ejercicio de su función informativa, pero este esfuerzo no ha sido suficiente.

---

[5] Sánchez, K. y Eduardo, E. H., *op. cit.*

[6] Rodríguez Luna, Armando, "Violencia, corrupción e impunidad contra la libertad de prensa en México", *Nexos*, 8 de mayo de 2017, disponible en: *https://seguridad.nexos.com.mx/violencia-corrupcion-e-impunidad-contra-la-libertad-de-prensa-en-mexico*.

[7] "Ejecutivo Federal abusa del poder público para estigmatizar a la prensa", *Artículo 19*, 13 de febrero de 2022, disponible en: *https://articulo19.org/ejecutivo-federal-abusa-del-poder-publico-para-estigmatizar-a-la-prensa*.

[8] "Periodistas asesinadas/os en México, en relación con su labor informativa", *Artículo 19*, 2022, disponible en: *https://articulo19.org/periodistasasesinados*.

Según datos oficiales, de julio de 2010 a diciembre de 2021, al menos quinientos diez periodistas solicitaron medidas de protección, como chalecos antibalas y guardia personal, lo cual manifiesta el peligro que rodea el ejercicio de los periodistas en México. Demasiado débil e ineficiente ha resultado el desempeño del Mecanismo de Protección a Periodistas debido a que no cuenta con la capacidad operativa para crear condiciones de seguridad para el periodismo en México. Para lograr este objetivo es necesario que, de manera uniforme, las diversas ramas del Estado puedan operar para determinar su respectiva responsabilidad y establecer lineamientos claros y medibles que provoquen una mejora tangible en el entorno de los representantes de los medios de comunicación. La falta de personal —cuarenta y cinco empleados para cerca de mil quinientos solicitantes— es una traba evidente para la eficacia de las medidas de protección, que pueden tardar hasta un año en ser aplicadas y se generan retrasos por sobrecargas de trabajo y demoras en la evaluación de riesgos.[9]

La realidad que enfrenta México es abrumadora y enfrenta una espiral de violencia que parece no haber tocado fondo. Por ejemplo, los estados de Guanajuato, Michoacán y Estado de México son los que acumulan las mayores tasas de asesinatos, el mes de mayo del 2022 se perfila como uno de los más violentos de la administración de López Obrador. Diversas administraciones han intentado sin resultados positivos cambiar la tendencia en el incremento de muerte que sigue amenazando el ejercicio del periodismo en el país.

El sistema de justicia y el Estado de derecho en México no son la excepción ya que no se cuenta con la capacidad del Estado para proveer un entorno de justicia y seguridad integral para los ciudadanos mexicanos.[10] La impunidad y corrupción que rodea al sistema de justicia en México constituye un enorme obstáculo al que se enfrentan los periodistas que son amenazados, o son simplemente asesinados. Otros que son secuestrados no aparecen nunca más. El presidente López Obrador ha sido indiferente ante estos hechos y ha evitado emprender alguna medida que ponga un freno a esta situación. Ante este desdén gubernamental, los periodistas siguen poniendo en riesgo su integridad al dar a conocer la violenta realidad que vive el país.

---

[9] "Bajo Riesgo. Cómo superar las deficiencias de los programas de protección de periodistas en América Latina", *Reporteros Sin Fronteras*, 2022, disponible en: *https://rsf.org/sites/default/files/resumo_executivo_esp_final.pdf*.

[10] "México está en el lugar 113 de 139 países en Estado de Derecho, con la caída de una posición", *World Justice Proyect*, 2021, disponible en: *https://worldjusticeproject.org/sites/default/files/documents/Mexico_2021%20WJP%20Rule%20of%20Law%20Index%20-%20Country%20PR_FINAL_SPA.pdf*.

Además, ha sido una constante que cada hecho de violencia contra la prensa quede sin investigar y que los responsables, intelectuales y materiales, no sean llevados ante la justicia. Toda esta impunidad ha generado que se realicen más agresiones contra el periodismo en México y que nueve de cada diez casos de asesinatos de periodistas queden sin resolver.[11]

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha manifestado que la impunidad debe ser entendida como la "falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena", y que propicia "la repetición crónica de las violaciones de derechos humanos y la total indefensión de las víctimas y sus familiares" (*caso Panel Blanca*, 1998).

El gobierno actual de la mal llamada Cuarta Transformación en México ha generado una disputa que tiene contrapunteados al presidente Andrés Manuel López Obrador y al periodismo en México.[12] El presidente de México ha utilizado diariamente la tribuna presidencial (conocida como la conferencia mañanera) para enfrentar, insultar, denostar, burlarse y calumniar a todos los medios de información, incluyendo periodistas que dan a conocer las irregularidades y actos de corrupción de un gobierno que se ha adjudicado el carácter de honestos e impolutos.[13] El presidente López Obrador y otras figuras destacadas de la actual administración han adoptado una postura violenta e insultante contra los periodistas, a los que acusan regularmente de promover los valores que son referentes de la oposición. Así mismo, cada miércoles del año, el gobierno organiza una sesión conocida como "¿Quién es quién en las mentiras de la semana?", en la que se desacredita a diferentes reportajes de la prensa que critican y desaprueban las gestiones de López Obrador. En sus más de tres años de mandato, el presidente ha criticado a los periodistas por su falta de profesionalidad y ha calificado a la prensa mexicana de "parcial", "injusta", y de ser "pasquines" por dar a conocer los diversos actos de corrupción que rodean su administración.[14]

Este ataque frontal por parte del presidente ha colocado al periodismo a la deriva, dejando a sus miembros en riesgo y expuestos a ataques por parte de los grupos delincuenciales. En este ambiente tan polarizado que vive la política y

---

[11] Chocarro, Silvia, *op. cit*.

[12] Ramírez, D., "¿Por qué AMLO ataca a la prensa en el contexto de mayor violencia contra la prensa?", *Mexicanos Contra la Corrupción e Impunidad*, 24 de febrero de 2022, disponible en: *https://contralacorrupcion.mx/por-que-amlo-ataca-a-la-prensa-en-el-contexto-de-mayor-violencia-contra-la-prensa*.

[13] *Idem*.

[14] "Bajo Riesgo. Cómo superar las deficiencias de los programas de protección de periodistas en América Latina", *Reporteros Sin Fronteras*, 2022, disponible en: *https://rsf.org/sites/default/files/resumo_executivo_esp_final.pdf*.

los medios de comunicación se involucran temas de alto interés público, que han molestado a los integrantes del actual gobierno mexicano. El discurso de odio de López Obrador contra la prensa alienta los ataques contra los periodistas y provocó que al menos cinco periodistas y trabajadores de medios de comunicación hayan sido asesinados en México en los primeros cuarenta días de 2022.[15] Es necesario subrayar que, al final, la denostación que proviene de boca del líder máximo político de un país sí importa. Sus palabras tienen un peso importante, y ese peso puede generar acciones violentas contra un gremio amenazado por el crimen y la impunidad.[16]

México presume tener una sociedad democrática, y la prensa debe de informar a la sociedad temas de interés público que tienen impacto en la comunidad, y a la vez los funcionarios deberán cumplir con su deber de rendir cuentas durante el ejercicio de sus funciones.[17] Por ello es necesario que una sociedad cuente con medios de comunicación éticos y profesionales que investiguen, pregunten y presenten evidencias que contrapongan versiones y pongan a la luz los abusos de los grupos de poder (políticos, empresariales, criminales, sindicales, y otros) que buscan maquillar u ocultar información de interés para la sociedad.[18]

Existe una tendencia global por esconder información y datos que involucren la responsabilidad de un gobierno, y este proceder representa una oportunidad para el quehacer periodístico, pero que puede derivar en un ataque u hostigamiento por parte de la autoridad que resulta expuesta.

La censura que amenaza a la libertad de prensa, se ejerce mediante amenazas o ataques directos contra los periodistas,[19] por lo que es de suma importancia privilegiar y proteger el acceso a la información pública que debe de ser abierta para toda la población.

La misión del periodismo debe de enfocarse en la fiscalización del poder y la procuración de los intereses de la comunidad para comunicar y provocar reflexión y debate de temas que causen el bienestar de la sociedad. La verdad debe de ser el objetivo de todo periodista que da a conocer una información y que sirve como medio para combatir la ignorancia y mejorar el bien co-

---

15 *Idem*.

16 *Idem.*

17 García Ramírez, Sergio *et al.*, *La libertad de expresión*, 5a. ed., Miami, Sociedad Interamericana de Prensa, 2018.

18 Romandía, S., "Las cuatro amenazas al periodismo de investigación", *Letras Libres*, 1 de mayo de 2022, disponible en: *https://letraslibres.com/cultura/las-cuatro-amenazas-al-periodismo-de-investigacion*.

19 "México", *Reporteros sin fronteras*, 2022, disponible en: *https://rsf.org/es/pais/méxico*.

mún de una sociedad. No hay democracia sin buen periodismo y no hay periodismo sin democracia.

Además de este entorno violento, el periodismo y los medios de comunicación enfrentan, a nivel global, un ambiente adverso en temas económicos, y en Latinoamérica la situación financiera de los medios de comunicación no es la excepción, es aún más complejo, ya que la sociedad en esta región no está acostumbrada a pagar por lo que lee y los ingresos son cada vez más difíciles. La economía mexicana, pese a ser la segunda potencia de América Latina, por detrás de Brasil, ha sufrido daños económicos muy graves debido a la pandemia de COVID-19. Esta crisis no ha sido ajena para los periodistas que han tenido que buscar fuentes alternativas de ingresos, al mantener su actividad informativa de manera independiente.[20]

Otro desafío que enfrenta México es el ambiente social polarizado que se encuentra alimentado por el mismo presidente López Obrador y donde coexisten los buenos y malos, los pobres y los ricos, los de derecha y los de la izquierda, la oposición y los que están a favor de su gobierno. Esto no ha sido ajeno para los diversos medios de comunicación que han desarrollado alianzas políticas con diversos partidos políticos y han adoptado posturas políticas que van en contra de los principios básicos de imparcialidad y transparencia que deben de refrendar en su gestión. Esta conducta ha provocado que los consumidores mexicanos confíen menos en la imparcialidad de los medios de comunicación que apoyan diversas tendencias políticas.[21] No todos los medios de comunicación en México padecen la postura del gobierno, también se puede observar que el gobierno de la conocida 4T ha decidido apoyarse en algunos medios que alaban y elogian las posturas adoptadas por el presidente, lo que ha generado desconfianza e incredulidad en un entorno secuestrado por los intereses partidistas. La población necesita tener acceso a información concreta y útil para reducir la incertidumbre que rodea a los sistemas de información.[22] Esta polarización ha afectado la credibilidad de la prensa en México.

Junto a las consecuencias graves que dejó la pandemia de COVID-19 y la crisis económica que encaran los diversos medios de comunicación, el derecho al acceso a la información en México ha enfrentado un grave reto para el ejercicio del periodismo en México. La Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), con siete votos a favor y cuatro en contra, decidió a favor de

---

[20] *Idem*.

[21] Gutiérrez-Renteria, M. E., "México", *Reuters Institute*, 23 de junio de 2021, disponible en: *https://reutersinstitute.politics.ox.ac.uk/es/digital-news-report/2021/mexico*.

[22] *Ibidem*.

la Fiscalía General de la República, la controversia constitucional 325/2019, en la cual la misma procuraduría solicitaba la nulidad de la resolución del recurso de revisión RRA 9481/19, emitido por el Pleno del Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales (INAI), para no dar a conocer información relativa a asuntos relacionados con la seguridad pública del país, con el razonamiento de dificultar el ejercicio correspondiente a la tipificación de los delitos del orden federal. Con esta decisión, la FGR puede presentar controversias constitucionales respecto a las resoluciones del INAI y se establece un antecedente legal que permite obstaculizar y debilitar la garantía del derecho de acceso a la información.

La postura adoptada por la SCJN crea un enorme reto para la realización del derecho de acceso a la información, pues se crea un antecedente jurisprudencial que permite que los sujetos obligados puedan presentar acciones jurídicas, como es el caso de la controversia constitucional que se acredita bajo la noción de "invasión de competencias". Sin duda alguna, esta decisión va en sentido contrario con los términos que se contemplan en los lineamientos de la Carta Magna, en su artículo 6o., fracción VIII, que determina que las decisiones que dicte el INAI son vinculatorias e inapelables, esto en razón de la independencia que tiene un organismo creado para preservar y proteger los derechos humanos. Asimismo, la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública en su artículo 157 refrenda la misma lógica (SCJN, artículo 19, 2022).

Al final, la determinación emitida por la SCJN atenta contra las propias decisiones que buscan consolidar el espíritu y los principios constitucionales que rigen en materia de acceso a la información.[23] Al ser este tipo de decisiones constitucionalmente vinculantes e impugnables, el acceso a la información queda a la deriva y se abre la posibilidad de que las resoluciones del INAI puedan anularse. En consecuencia, se obstaculiza la misión del INAI, que actúa como órgano garante del derecho de acceso a la información y que es elemento fundamental para que el periodismo pueda ser eficiente. Al final, se socava el principio de máxima publicidad y afecta el derecho a informar a la sociedad.

Con este precedente, el Tribunal Supremo erosiona la esencia misma del INAI como órgano garante del derecho de acceso a la información, pues

[23] Secretaría de la Función Pública, Reforma en Materia de Transparencia, 9 de septiembre de 2016, disponible en: *https://www.gob.mx/sfp/acciones-y-programas/reforma-en-materia-de-transparencia-64474*.

obstaculiza su facultad constitucional para fijar el interés público de la información que tendría que ser accesible y transparente.

Para que una democracia pueda evolucionar, es necesario que la libertad de expresión se encuentre plenamente consolidada y la CIDH se ocupe de atender la importancia de este derecho humano y la importancia que tiene en un entorno democrático. La misma CIDH señala que debe de consolidarse una conexidad entre el ejercicio de la libertad de expresión y la libertad que debe de procurarse por el Estado.

El presidente Andrés Manuel López Obrador es el titular del Poder Ejecutivo y el ejercicio de su libertad de expresión implican palabras, ideas y expresiones que tienen un efecto directo entre sus gobernados. La CIDH ha confirmado que el umbral de libertad de expresión de los servidores públicos es diferente al resto de la población.[24] La violencia contra el periodismo en México no cede y aunque le corresponde al Ejecutivo federal encabezar un frente que condene la violencia y no que estigmatice el derecho a la libertad de expresión, el titular de este Poder ha decidido dejar a su suerte al periodismo que no comulga con sus ideales políticos.[25] Al respecto, la CIDH en su Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión establece que este tipo de actos deben ser considerados como afrontes a la libertad de expresión.

Lo cierto es que el periodismo debe de asumir con responsabilidad su seguridad y dejar de esperar que la cultura de la tutela del Estado se haga realidad. Es momento de rescatar del olvido los expedientes de cada caso que han quedado impunes y advertir las sistemáticas fallas en que incurren las autoridades responsables de la investigación: las diligencias que no se llevaron a cabo, los testimonios que no se recopilaron, los procedimientos irregulares de replantear estrategias de seguridad personal y colectiva, y la forma de exigir justicia. Ya no se puede dar cabida a seguir creyendo en las trampas de la política de la simulación.

III. Libertad de prensa y democracia

La libertad de expresión es un derecho humano básico, constitucional, fundamental, inherente y necesario a la naturaleza humana, consagrado en los artículos 6o. y 7o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexi-

[24] García Ramírez, Sergio *et al.*, *op. cit.*

[25] "Ejecutivo Federal abusa del poder público para estigmatizar a la prensa", *cit.*

canos; en el ámbito internacional lo podemos encontrar contemplado dentro del artículo 19 de la Declaración de los Derechos Humanos de 1948.

La libertad de expresión se encuentra contemplada en legislación internacional a través del artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos y refiere que toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir información e ideas de toda índole sin consideraciones de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de selección. La misma Convención prohíbe de manera absoluta la figura de la censura.

Cualquier democracia depende de la existencia de la libertad de expresión para poder evolucionar y consolidarse. Cuando ésta es obstaculizado, el libre debate de ideas y opiniones es censurado, lo que obstruye el desarrollo del proceso democrático de un país, por lo que es necesario e indispensable garantizar el derecho de acceso a la información por parte de un Estado y consolidar la transparencia de los actos de gobierno para afianzar a las instituciones democráticas.

Es necesario atender la esencia de nuestra democracia occidental, la democracia ateniense. Era en la asamblea (*ekklesia*, del griego antiguo) que los ciudadanos podían manifestar su postura a través de su voto.[26] Esta asamblea tenía las facultades para analizar las propuestas presentadas por la ciudadanía. En este sentido, el control democrático lo ejercían fundamentalmente los ciudadanos participantes en la asamblea.

Tras varios siglos de eventos democráticos, el reto de conjuntar la voluntad del pueblo y el quehacer político se dio en el siglo XVII con pensadores como John Locke, quien estableció el principio de que todo soberano sería respetado por el pueblo mientras contara con el apoyo de los ciudadanos y protegiera los derechos individuales referentes a la libertad, la igualdad y la propiedad privada.[27] Abraham Lincoln definió de manera breve el concepto de democracia en su famoso discurso de Gettysburg, al definirlo como un gobierno "del pueblo, para el pueblo y por el pueblo".

En una democracia, el poder del Estado debe de ser sensible a las necesidades y expectativas ciudadanas y estar controlado para evitar un uso arbitrario o despótico, que atente contra los derechos de las personas.

---

[26] Kagan, D., *Pericles Of Athens And The Birth Of Democracy*, Universidad de Michigan: Free Press, 1991.

[27] Locke, John, *Ensayo sobre el gobierno civil*, trad. de Amando Lázaro Ros, Madrid, Aguilar, 1990.

Para consolidar un sistema democrático es necesario afianzar la relación que existe entre la libertad de prensa y la democracia. Los países que alcanzan un desarrollo social equilibrado, sustentable y con estabilidad democrática son aquellos que respetan áreas que contemplan derechos humanos tan importantes como la libertad expresión y de prensa. Muchas veces estos conceptos parecen similares, en ocasiones pueden existir de manera separada e independiente pero normalmente están vinculados y se analizan de manera conjunta. La libertad de expresión es producto de la independencia que se tiene al pensar y de la posibilidad que tiene toda persona de crear ideas propias y utilizarlas para impactar en su propio desarrollo personal. El derecho a la información tiene una doble dimensión: la individual, que permite a todo ser humano tener acceso a información de cualquier naturaleza utilizando cualquier medio, y la social, que se refleja en el derecho de una comunidad a recibir información que tiene tintes de carácter público.

Ejercer la libertad de prensa en México es una actividad de alto riesgo. Periodistas tienen que enfrentar condiciones de inseguridad pública, laboral y social para ejercer este derecho. Posicionar la libertad de expresión como elemento fundamental para la existencia misma de una sociedad democrática implica aceptar que ésta es indispensable para la formación de la opinión pública. Por ende, es posible afirmar que una sociedad que no está bien informada y que no ejerce plenamente sus derechos humanos no es plenamente libre.[28]

El desarrollo que ha tenido la libertad expresión en las últimas dos décadas es producto del acceso a tecnologías que implican plataformas digitales y es así como se ha hecho disponible información de interés público que se traduce en la obligación del Estado para rendir cuentas, actuar de manera transparente y evitar actos de corrupción. Estos elementos se han convertido en aspectos importantes para que un Estado pueda gobernar de manera eficiente y que satisfaga las necesidades del bien común.

Democracia y libertad de expresión son dos conceptos que necesitan ser consolidados para provocar el desarrollo del sistema democrático de un país. Por eso, se puede entender que en los países donde se limita la libertad de prensa o el acceso a la información pública se pueden encontrar democracias en crisis y generalmente se ven acosadas por nubes de totalitarismo. Ejemplos sobran, tal como el caso de Cuba, donde hay una escasa difusión de información y la transparencia del gobierno es inexistente. Además, existe la complicidad de los medios de comunicación subordinados a los lineamientos de gobierno.

---

[28] García Ramírez, Sergio *et al.*, *op. cit.*

Nicaragua y Venezuela comparten las mismas medidas donde se fueron acosando a los medios de comunicación independientes y al mismo tiempo se sufrió la consolidación de un gobierno autoritario que empezó a criminalizar abiertamente los principios universalmente aceptados y reconocidos en materia de libertad de expresión y de prensa.

El quebranto democrático y el debilitamiento institucional fueron acompañados de una reelección inconstitucional y fraudulenta que se fue enraizando en los países donde el sistema democrático estaba en ruinas y donde el ejercicio del periodismo ha sido absolutamente aniquilado. En el momento en que se inicia la ausencia de libertad de prensa en los procesos democráticos, la corrupción se empieza a expandir y a desarrollar, provocando que la confianza ciudadana empiece a mermar. La democracia, en su esencia, acepta y respeta la opinión mayoritaria de la ciudadanía y el contenido ideológico en la democracia que, como es plural, es variable. Pero lo que tiene fijo es que institucionalmente debe asegurarse el procedimiento para que el pueblo decida en libertad su apoyo o rechazo a las soluciones propuestas por las distintas corrientes ideológicas. La democracia estima la voluntad política de todos por igual, respetando todo credo y opinión política, y por ello concede a todas las convicciones políticas la misma posibilidad para expresar y conquistar por la libre concurrencia la adhesión de cada persona.[29]

Cuando las instituciones democráticas se ven amenazadas por gobiernos autocráticos y dictatoriales, se empiezan a evidenciar violaciones constantes a los derechos humanos por parte del Estado con desplantes totalitarios donde la libertad de expresión y de prensa se encuentran totalmente aniquiladas. No procurar o defender la libertad de prensa aumenta el riesgo del deterioro democrático y el desarrollo de amenazas provenientes de regímenes tiránicos y autoritarios que provocan mayor inequidad en una nación.

IV. Golpe de Estado blando

México se encuentra envuelto en un ambiente de polarización que sólo daña el ejercicio de información que desempeñan los medios de comunicación.[30]

[29] Lucas Verdú, Pablo, *Curso de derecho político*, Madrid, Tecnos, 1976, t. II.

[30] Fonseca, J., "La polarización en México, innegable realidad", *El economista*, 30 de noviembre de 2021, disponible en: *https://www.eleconomista.com.mx/opinion/La-polarizacion-en-Mexico-innegable-realidad-20211130-0161.html*.

En medio de este entorno hostil y de violencia desbordada se encuentra una sociedad mexicana dividida, alterada y confusa que busca identificarse con alguna de las facciones políticas que buscan trascender y mantener el poder.[31]

En medio de este entorno bañado de violencia y división, el oficialismo maneja una teoría de desestabilización encabezada por los medios de comunicación. Este argumento que describe un intento de derrocamiento sepulcral y clandestino es conocido como la teoría del golpe de Estado blando, que consiste en usar "estrategias conspirativas no violentas" para deponer un gobierno.[32]

En el entorno polarizado que vive México, el presidente López Obrador ha acusado y difundido la idea de que se está orquestando un movimiento para desestabilizar a su administración que fue elegida democráticamente, lo que se traduce en un intento de golpe de Estado. López Obrador ha advertido que este intento golpista es provocado por diversos medios de comunicación, que son patrocinados por la élite empresarial y política, que han utilizado a los medios de comunicación como pieza fundamental para concretar esta toma de poder. Este intento tiene tintes de "golpe blando" y ocurre de manera sutil todos los días, según versiones de la 4T, y ha sido bautizado como "el sicariato mediático".[33]

Esta manifestación por desestabilizar un gobierno también ha sido orquestado en diversas regiones de Latinoamérica[34] y es encabezada por organizaciones identificadas por ideologías conservadoras de derecha. En México, el gobierno de López Obrador las ha etiquetado como orquestadoras del intento de golpe de Estado blando.[35]

El gobierno federal argumenta que este intento de provocación se encuentra relacionado con grupos conservadores que han criticado las medi-

---

[31] Guerrero Vázquez, J., "México, país dividido", *El Economista*, 18 de junio de 2021, disponible en: *https://www.eleconomista.com.mx/opinion/Mexico-pais-dividido-20210618-0026.html*.

[32] Sharp, Gene, *De la dictadura a la democracia. Un sistema conceptual para la liberación*, Boston, The Albert Einstein Institution, 2011.

[33] Ramírez Martínez, Benito, "¿Se está preparando un golpe de Estado blando en México?", *Hechos y derechos*, México, núm. 58, 5 de agosto de 2020, disponible en: *https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/hechos-y-derechos/article/view/14973/15935*.

[34] *Idem*.

[35] "Acusa «golpe blando» desde medios", Grupo Reforma, *YouTube*, abril de 2022, disponible en: *https://www.youtube.com/watch?app=desktop&v=AHLQJ52CUNg&ab_channel=GrupoREFORMA*.

das económicas de la actual administración.[36] Es tal el odio y resentimiento que se manifiestan en estos movimientos que abierta y públicamente han expresado su deseo de que el ejército realice un golpe de Estado contra el presidente Andrés Manuel López Obrador.[37] Con estos hechos, los analistas políticos que favorecen el movimiento político de la Cuarta Transformación han comenzado a difundir la idea de que los medios de comunicación están provocando el inicio de un golpe blando de Estado contra el gobierno de Andrés Manuel López Obrador.[38]

Gene Sharp señala en su libro *De la dictadura a la democracia* que existe un sistema conceptual para la liberación. No es necesario el uso de la violencia desmesurada y se tiene que dejar el uso de las armas, ejércitos y policías a un lado. Este intento se da influyendo en la credibilidad de las bases sociales que va resaltando, a través del uso de los medios de comunicación, la ineficacia del gobierno y, al mismo tiempo, se busca legitimar una opción diferente que represente una alternativa diversa que es la que encabeza el golpe de Estado blando. Se da inicio, a través de los medios de comunicación, a la difusión de campañas de miedo y escándalo, que conmueven, ofenden y alteran a la opinión pública.[39] El objetivo que se persigue es provocar una situación de crisis constitucional y empezar, a través de la libertad de prensa, a consolidar el derrocamiento del gobierno.

Gene Sharp[40] argumenta que es fundamental realizar campañas en defensa de la libertad de prensa y protección de derechos humanos que van acompañadas de acusaciones de abuso y totalitarismo contra el gobierno en el poder. Es así como se busca reivindicar posturas políticas y sociales contra supuestos actos de totalitarismo. El golpe de Estado blando ya no se realiza con el predominio del poder militar, sino que se encabeza por el Congreso, medios de comunicación y el Poder Judicial, como sucedió

---

[36] "Lo que se sabe de Frenaaa, grupo que hizo «caravanas anti AMLO»", *El Imparcial*, 16 de junio de 2020, disponible en: *https://www.elimparcial.com/mexico/Lo-que-se-sabe-de-Frenaaa-grupo-que-hizo-caravanas-anti-AMLO-20200616-0042.html*.

[37] Polemón, "Gilberto Lozano quiere derrocar a AMLO; pide al ejército dar golpe de Estado", 13 de noviembre de 2019, disponible en: *https://polemon.mx/gilberto-lozano-quiere-derrocar-a-amlo-pide-al-ejercito-dar-golpe-de-estado*.

[38] Ramírez, É., "Oposición fragua golpe de Estado blando contra AMLO: expertos". *Contra Linea*, 5 de mayo de 2020, disponible en: *https://contralinea.com.mx/portada/oposicion-fragua-golpe-de-estado-blando-contra-amlo-expertos*.

[39] "Seguiremos documentando excesos «al costo que sea»: Latinus a AMLO", *El Universal*, 30 de marzo de 2021, disponible en: *https://www.eluniversal.com.mx/nacion/latinus-amlo-seguiremos-documentando-excesos-al-costo-que-sea*.

[40] Sharp, Gene, *op. cit.*

en Brasil. Es así, como se va provocando la desestabilización de un gobierno, a través de la influencia psicológica de caos e ingobernabilidad que se provoca a través del ejercicio de la libertad de información.[41] El objetivo final es lograr la renuncia de un presidente en medio de un ambiente de confusión y caos provocado por los medios de comunicación.[42] El ejemplo más reciente se puede encontrar en Brasil y Bolivia.[43] Este tipo de insurrección dócil contra un gobierno legítimamente constituido y que se genera a través del ejercicio de la libertad de prensa, apoyado por intereses nacionales, fomenta campañas de desprestigio contra un gobierno que ejerce una ideología de izquierda y que choca de manera frontal con el derecho humano de la libertad de información.

Esta sutil insurrección se puede manifestar a través de diversos ciberataques en plataformas digitales como *Facebook*, *Twitter* y *YouTube*, y provoca una desobediencia civil que busca un cambio político y social. La desobediencia civil que representa este movimiento constituye un mecanismo legítimo de participación social que representa un contrapeso real en un sistema democrático como el nuestro y que encuentra su amparo en los derechos fundamentales como la libertad de conciencia y la participación política directa.

Las redes sociales digitales han cobrado particular fuerza y se han empleado los métodos más insospechados para llegar a las masas populares para la conformación de criterios, juicios y opiniones. Por ello, en países como Argentina, México y Venezuela, las redes han tenido un papel determinante a la hora de convocar a movilizaciones antigubernamentales, por ejemplo: en Brasil, le sirvieron de gran apoyo a Jair Bolsonaro para alcanzar la presidencia; en Estados Unidos, Donald Trump se caracterizó por colocar mensajes a través de *Twitter* a sus seguidores todas las mañanas, y llegó a considerarse la red social favorita; en Chile, fue tendencia mundial cuando en 2019 se produjo el estallido social por el alza del precio del pasaje en el Metro, dos años después, se convocó a un paro nacional como continuación del hecho y evidenciando que las redes sociales, una vez más, sirven de canal de convocatoria. La fragilidad en el manejo de la información que circula en redes abre el espacio para que se permita manipular la información a través de estas plataformas digitales y se divulguen noticias falsas defini-

---

41 Borón, A., "Lawfare y golpes blandos", *YouTube*, 2017, disponible en: *https://www.youtube.com/watch?app=desktop&v=01e1V0cl9jo&feature=youtu.be*.

42 *Idem.*

43 Velasquez Oblitas, Víctor Reynaldo, *Una nueva estrategia de golpe de Estado en Bolivia "Golpe blando en Bolivia 2019"*, La Paz, Universidad Mayor de San Andrés, 2020.

das como *fake news*.[44] La política no puede quedar exenta de esta tendencia, ya que los datos ofrecidos por los cibernautas en las diferentes plataformas son utilizados para extraer información de los usuarios y utilizarla con fines políticos.

Estas supuestas rebeliones sutiles que se dirigen en los medios se llevan a cabo en países que se acreditan como progresistas y no convenientes a los intereses estadounidenses. En el Manual del Estado Mayor del Ejército se declara: "Las organizaciones de resistencia utilizan una variedad de técnicas subversivas para preparar psicológicamente a la población. Algunas técnicas incluyen la propaganda, demostraciones, boicots y sabotajes. Las actividades subversivas con frecuencia ocurren según un patrón organizado, sin estallidos de violencia armada".

La reflexión que se presenta refleja un simple supuesto que es utilizado para polemizar el trabajo de los medios y desacreditar la información reflejada por nuestras respectivas realidades y que presume causar un impacto en el orden interno de un país poniendo en una posición endeble la figura del gobierno mexicano.

La narrativa del oficialismo en México basa sus sospechas de un intento de golpe de Estado blando con base en el daño que han sufrido los intereses económicos que recibían, año con año, las élites políticas y empresariales del país y que gozaron de manera impune durante los regímenes anteriores;[45] y estas élites tampoco han podido manipular ni involucrar a grupos sociales menos favorecidos en sus intentos golpistas para exigir reivindicaciones sociales o políticas que pudiesen provocar actos violentos que amenacen el funcionamiento del gobierno legalmente electo.[46]

En México no existe evidencia alguna de que exista un elemento externo, consistente en la injerencia de los equipos de inteligencia de una potencia extranjera, que favorezca o provoque la realización de un golpe de Estado blando contra el gobierno de Andrés Manuel López Obrador, dada la cooperación comercial y respeto mutuo que existe entre México y las potencias extranjeras. Esto se debe a que la política económica mexicana se ha mantenido con un tinte capitalista y de libre mercado que respeta los lineamien-

---

[44] Calvo, E. y Aruguete, N., *Fake News, trolls y otros encantos. Cómo funcionan (para bien y para mal) las redes sociales*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2020.

[45] Flores, Nancy *et al.*, "Empresarios y expresidentes encabezan golpe blando contra AMLO", *Contra Línea*, 30 de mayo de 2021, disponible en: *https://contralinea.com.mx/interno/semana/empresarios-y-expresidentes-encabezan-golpe-blando-contra-amlo*.

[46] Ramírez Martínez, Benito, *op. cit.*

tos que encuadran el funcionamiento del T-MEC de 2018 con los Estados Unidos y Canadá.

V. Libertad de prensa frente al golpe de Estado blando

La pandemia de COVID-19 dejó, por su paso en América Latina, miseria y dolor que agrava la desigualdad social que es característica de nuestra región.

Latinoamérica es una región que ejemplifica problemas originados en la violencia, el narcotráfico, la pobreza y la desigualdad social, y que se ven agudizados por una debilidad institucional que es distintiva de cada nación. Estos males representan el conjunto de áreas de oportunidad que se deben de atender para mejorar las condiciones económicas y sociales en cada país.

Se puede afirmar que México sufre de los mismos síntomas que afectan el desarrollo democrático de la región latinoamericana y que se agudizan por la polarización que se vive a través del uso de *fake news*, posverdad, *trolls*, y que, al final, dañan a la consolidación y crecimiento de una incipiente democracia mexicana. México necesita trabajar en una agenda pública propositiva que se enfoque en atender la inseguridad, pobreza, desigualdad social, corrupción, justicia, acceso a la información, entre otros.

A la par, se debe de cimentar a la libertad de prensa y a la capacidad de comunicación sobre diversas audiencias que componen a la sociedad mexicana. La democracia mexicana se encuentra en ciernes y se necesita de una prensa libre, que analice y dé a conocer las necesidades del país, que contribuya al desarrollo cultural de las personas y al progreso de la sociedad. Es impostergable reforzar a la libertad de prensa como exponente de la opinión pública.

La libertad de prensa debe de consolidarse y servir como contrapeso para desacreditar cualquier manipulación o represión gubernamental que quiera difundir entre la ciudadanía una versión de los hechos que se encuentre alejada de la realidad a través de la difusión de *fake news* autoritarias. La democracia mexicana ha adquirido en el último medio siglo un nuevo significado histórico, ya que allende las alternativas de la participación directa del modelo clásico y en su actual versión necesita de una prensa libre, solida, libre y segura que deberá enfrentar la belicosidad presidencial que ha atentado el principio de imparcialidad que el periodismo debería de profesar. Asimismo, debe de enfrentar el fenómeno de las redes sociales que han llevado a la bancarrota a diversos medios de comunicación.

La polarización política y social que enfrenta México ha provocado la caída en los presupuestos destinados a producir información confiable y profesional. Esta caída presupuestal en los medios ha provocado el incremento en la difusión y producción de noticias que carecen de credibilidad y que se encuentran rebosadas de amarillismo y frivolidad.

Es importante privilegiar al periodismo de investigación que ofrezca distintos ángulos de un suceso sobre aquellas noticias que tienen contenido sensacionalista cargado de adjetivos que reflejan odio y división, privilegiando el insulto sobre la reflexión. El periodismo en México enfrenta dos frentes sociales, los ricos y los pobres, que reflejan una cólera colectiva sin que exista un canal para comunicar una parte de la sociedad con la otra. El reto del periodismo en México es encontrar la forma correcta de comunicar sin involucrarse en el ambiente de división, odio e intolerancia que prevalece en el país.

No se trata de hacer un periodismo que sea cómodo para el oficialismo ni tampoco un periodismo que sea rebelde para el gobierno; para ejercer dicha tarea ya existen las redes sociales. Ahora más que nunca es necesario volver a las bases que le dieron valor, dignidad y respeto social a esta profesión.

VI. Conclusión

A pesar del carácter imprescindible del derecho a la libertad de prensa en un sistema democrático, el periodismo en México se encuentra en peligro y enfrenta desafíos que surgen en torno a su ejercicio que sí son genuinos de estos tiempos. La aproximación a dichos problemas se deriva de una propagación en América Latina de gobiernos que se autodenominan "progresistas, los cuales impulsan políticas inclusivas y soberanas en el siglo XXI y que son percibidas por Estados Unidos como una amenaza a su influencia en la región.

El populismo latinoamericano se presenta como una simbiosis con el Estado, una ideología y un movimiento que apela a la reivindicación del pueblo y la negación del imperialismo. Se fortalece como respuesta a la crisis de los partidos políticos en Latinoamérica.

El engaño en el que cayeron países como Venezuela es muy parecido a lo que hoy se vive en México. Éste es sólo un ejemplo del populismo que se está desarrollando en el entorno latinoamericano. La llegada de Andrés Manuel López Obrador le abre espacio a esta ideología al fomentar

un paternalismo estatal que se manifiesta en cada discurso y que cuenta con el apoyo total de un Congreso que avala cada decisión que el titular del Ejecutivo lleva a cabo. La forma de gobierno que ejerce López Obrador se traduce en una concentración de poder que anula a las instituciones públicas que conforman el país. Esta administración busca la consolidación del bien común y absorbe al individuo por completo al limitar la libertad de opinión por razones de intentos de golpes de Estado.

La prensa mexicana tiene el compromiso de brindar información veraz y oportuna para que la sociedad haga valer sus derechos estando bien informada. Desafortunadamente, México es un país socialmente dividido y con entornos políticamente polarizados, donde las noticias falsas complican la valoración de lo que cuenta como evidencia sólida.

Frente a la complejidad de los problemas y la pluralidad de visiones e intereses que conviven en nuestra sociedad, difícilmente el gobierno, desde una visión jerárquica y centralizadora del poder, será capaz de contar con los recursos, información y liderazgo suficientes para resolver los problemas de nuestro tiempo. La gestión pública, que implica decisiones que afectan la vida de las personas, debe asumir el reto o, de lo contrario, seguirá perdiendo credibilidad y la capacidad de atender las demandas sociales.

México vive el intento de un cambio de régimen que pone en riesgo su frágil democracia, por lo que es necesario consolidar la libertad de prensa, como exponente de la opinión pública mexicana. Thomas Jefferson consideraba la libertad de prensa como la garantía más importante del derecho de los ciudadanos a criticar y examinar el comportamiento de su gobierno, tan importante le parecía ese derecho que "si tuviera que decidir", decía el tercer presidente de Estados Unidos, "entre un gobierno sin periódicos o periódicos sin gobierno, no dudaría ni un momento en preferir lo último". Lo cierto es que esta transición política que enfrenta México ha puesto a su democracia a enfrentar tiempos muy difíciles.

VII. Bibliografía

"45 periodistas y trabajadores de los medios de comunicación murieron en incidentes relacionados con el trabajo en 2021, dice la FIP", *Federación Nacional de Periodistas*, 31 de diciembre de 2021, disponible en: *https://www.ifj.org/es/centro-de-medios/noticias/detalle/category/press-releases/article/45-periodistas-y-trabajadores-de-los-medios-de-comunicacion-murieron-en-incidentes-relacionados-con.html*.

"Acusa «golpe blando» desde medios", Grupo Reforma, *YouTube*, abril de 2022, disponible en: *https://www.youtube.com/watch?app=desktop&v=AHLQJ52CUNg&ab_channel=GrupoREFORMA*.

"Artículo 19: libertad de opinión y expresión", *ONU Noticias*, 28 de noviembre de 2018, disponible en: *https://news.un.org/es/story/2018/11/1447331*.

"Bajo Riesgo. Cómo superar las deficiencias de los programas de protección de periodistas en América Latina", *Reporteros Sin Fronteras*, 2022, disponible en: *https://rsf.org/sites/default/files/resumo_executivo_esp_final.pdf*.

"Decisión de la SCJN: grave retroceso para el derecho a la información", *Artículo 19*, 13 de mayo de 2022, disponible en: *https://articulo19.org/decision-de-la-scjn-grave-retroceso-para-el-derecho-a-la-informacion*.

"Ejecutivo Federal abusa del poder público para estigmatizar a la prensa", *Artículo 19*, 13 de febrero de 2022, disponible en: *https://articulo19.org/ejecutivo-federal-abusa-del-poder-publico-para-estigmatizar-a-la-prensa.*

"La libertad de expresión en México: un derecho humano «a la expectativa»", *PBI México*, 1 de noviembre de 2019, disponible en: *https://pbi-mexico.org/es/news/2019-11/la-libertad-de-expresi%C3%B3n-en-m%C3%A9xico-un-derecho-humano-%E2%80%9C-la-expectativa%E2%80%9D*.

"Lo que se sabe de Frenaaa, grupo que hizo «caravanas anti AMLO»", *El Imparcial*, 16 de junio de 2020, disponible en: *https://www.elimparcial.com/mexico/Lo-que-se-sabe-de-Frenaaa-grupo-que-hizo-caravanas-anti-AMLO-20200616-0042.html*.

"México", *Reporteros sin fronteras*, 2022, disponible en: *https://rsf.org/es/pais/méxico*.

"México está en el lugar 113 de 139 países en Estado de Derecho, con la caída de una posición", *World Justice Proyect*, 2021, disponible en: *https://worldjusticeproject.org/sites/default/files/documents/Mexico_2021%20WJP%20Rule%20of%20Law%20Index%20-%20Country%20PR_FINAL_SPA.pdf*.

"Periodismo bajo ataque", *Letras Libres*, mayo de 2022, disponible en: *https://letraslibres.com/magazine/?id_revista=103701&edition=50#*.

"Periodistas asesinadas/os en México, en relación con su labor informativa", *Artículo 19*, 2022, disponible en: *https://articulo19.org/periodistasasesinados*.

"Seguiremos documentando excesos «al costo que sea»: Latinus a AMLO", *El Universal*, 30 de marzo de 2021, disponible en: *https://www.eluniversal.com.mx/nacion/latinus-amlo-seguiremos-documentando-excesos-al-costo-que-sea*.

Argente, Arturo, "Periodismo de alto riesgo en México", *Milenio*, 22 de marzo de 2019, disponible en: *https://www.milenio.com/opinion/arturo-argente/causa-legal/periodismo-de-alto-riesgo-en-mexico*.

Borón, A., "Lawfare y golpes blandos", *YouTube*, 2017, disponible en: *https://www.youtube.com/watch?app=desktop&v=01e1V0cl9jo&feature=youtu.be*.

Calvo, E. y Aruguete, N., *Fake News, trolls y otros encantos. Cómo funcionan (para bien y para mal) las redes sociales*, Buenos Aires, Siglo xxi, 2020.

Chocarro, Silvia, *Estándares internacionales de libertad de expresión. Guía básica para operadores de justicia en América Latina*, Washington, cima, 2017.

Flores, Nancy *et al.*, "Empresarios y expresidentes encabeza golpe blando contra amlo", *Contra Línea*, 30 de mayo de 2021, disponible en: *https://contralinea.com.mx/interno/semana/empresarios-y-expresidentes-encabezan-golpe-blando-contra-amlo*.

Fonseca, J., "La polarización en México, innegable realidad", *El economista*, 30 de noviembre de 2021, disponible en: *https://www.eleconomista.com.mx/opi nion/La-polarizacion-en-Mexico-innegable-realidad-20211130-0161.html*.

García Ramírez, S. y Gonza, A., *La libertad de expresión en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, Corte idh-Comisión de Derechos Humanos, 2007.

García Ramírez, Sergio *et al.*, *La libertad de expresión*, 5a. ed., Miami, Sociedad Interamericana de Prensa, 2018.

Gobierno de México, "Se firma el Tratado entre México, Estados Unidos y Canadá (t-mec)", 30 de noviembre de 2018, disponible en: *https://www.gob.mx/se/articulos/se-firma-el-tratado-entre-mexico-estados-unidos-y-canada-t-mec*.

Guerrero Vázquez, J., "México, país dividido", *El Economista*, 18 de junio de 2021, disponible en: *https://www.eleconomista.com.mx/opinion/Mexico-pais-di vidido-20210618-0026.html*.

Gutiérrez-Renteria, M. E., "México", *Reuters Institute*, 23 de junio de 2021, disponible en: *https://reutersinstitute.politics.ox.ac.uk/es/digital-news-report/2021/mexico*.

Kagan, D., *Pericles Of Athens And The Birth Of Democracy*, Universidad de Michigan: Free Press, 1991.

Locke, J., *Ensayo sobre el gobierno civil*, trad. de Amando Lázaro Ros, Madrid, Aguilar, 1990.

Lucas Verdú, P., *Curso de derecho político*, Madrid, Tecnos, 1976, t. ii.

Miranda, B., "Evo Morales: cómo hizo el presidente de Bolivia para poder presentarse a un cuarto mandato presidencial si la Constitución solo permite una reelección", *bbc News*, 20 de octubre de 2019, disponible en: *https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-49926169*.

Polemón, "Gilberto Lozano quiere derrocar a AMLO; pide al ejército dar golpe de Estado", 13 de noviembre de 2019, disponible en: *https://polemon.mx/gilberto-lozano-quiere-derrocar-a-amlo-pide-al-ejercito-dar-golpe-de-estado*.

Ramírez Martínez, Benito, "¿Se está preparando un golpe de Estado blando en México?", *Hechos y derechos*, México, núm. 58, 5 de agosto de 2020, disponible en: *https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/hechos-y-derechos/article/view/14973/15935*.

Ramírez, D., "¿Por qué AMLO ataca a la prensa en el contexto de mayor violencia contra la prensa?", *Mexicanos Contra la Corrupción e Impunidad*, 24 de febrero de 2022, disponible en: *https://contralacorrupcion.mx/porque-amlo-ataca-a-la-prensa-en-el-contexto-de-mayor-violencia-contra-la-prensa*.

Ramírez, É., "Oposición fragua golpe de Estado blando contra AMLO: expertos". *Contra Linea*, 5 de mayo de 2020, disponible en: *https://contralinea.com.mx/portada/oposicion-fragua-golpe-de-estado-blando-contra-amlo-expertos*.

Rodríguez Luna, Armando, "Violencia, corrupción e impunidad contra la libertad de prensa en México", *Nexos*, 8 de mayo de 2017, disponible en: *https://seguridad.nexos.com.mx/violencia-corrupcion-e-impunidad-contra-la-libertad-de-prensa-en-mexico*.

Romandía, S., "Las cuatro amenazas al periodismo de investigación", *Letras Libres*, 1 de mayo de 2022, disponible en: *https://letraslibres.com/cultura/las-cuatro-amenazas-al-periodismo-de-investigacion*.

Sánchez, K. y Eduardo, E. H., "Si se ejerciera el Estado de derecho en este país, los periodistas no necesitaríamos protección", Entrevista a Adela Navarro Bello, *Letras Libres*, mayo de 2022, disponible en: *https://letraslibres.com/revista/si-se-ejerciera-el-estado-de-derecho-en-este-pais-los-periodistas-no-necesitariamos-proteccion*.

Sharp, Gene, *De la dictadura a la democracia. Un sistema conceptual para la liberación*, Boston, The Albert Einstein Institution, 2011.

Tristán, R., "Golpe no tan suave", *Educere*, vol. 15, núm. 50, 2011, disponible en: *https://www.redalyc.org/pdf/356/35618721021.pdf*.

Velasquez Oblitas, Víctor Reynaldo, *Una nueva estrategia de golpe de Estado en Bolivia "Golpe blando en Bolivia 2019"*, La Paz, Universidad Mayor de San Andrés, 2020.

Debida diligencia en investigaciones de delitos intracarcelarios y acceso a la justicia penal de personas privadas de la libertad en Chile[*]

Jörg **Stippel**[**]
Paula **Medina González**[***]

Sumario: I. Introducción. II. Antecedentes. III. Descripción del problema. IV. Debates y reflexiones sobre los resultados de investigaciones criminales en delitos intracarcelarios. V. Conclusiones. VI. Referencias bibliográficas.

I. Introducción

La violencia sigue siendo un fenómeno característico de la cárcel.[1] Conocemos múltiples películas y series de televisión que muestran la violencia

[*] Este trabajo forma parte del proyecto Fondecyt Regular núm. 1211531: "Persecución penal de delitos intracarcelarios y la protección de sus víctimas y testigos en Chile: características y factores que inciden en su eficacia y calidad" (2021-2023), financiado por la Agencia Nacional de Investigación y Desarrollo de Chile (ANID).

[**] Doctor en Derecho, Universidad de Bremen. Docente e investigador de la Universidad Central de Chile.

[***] Magíster en Criminología, Universidad Central de Chile; Magíster en Métodos para la Investigación Social, Universidad Diego Portales. Docente e investigadora de la Universidad Central de Chile.

[1] En el texto nos referimos a la cárcel englobando diferentes tipos de centros de reclusión, como son en Chile los Centros de Detención Preventiva (CDP), los Centros Penitenciarios

que se vive en su interior.[2] En consecuencia, vemos que el imaginario social asocia violaciones, peleas con armas blancas, riñas entre bandas rivales, extorsiones, narcotráfico y hasta asesinatos con la cárcel. Los medios de comunicación masiva también alimentan esta idea. La prensa cubre la violencia y las transgresiones al ordenamiento legal que ocurren en su interior.[3] Esa cobertura periodística fomenta la idea de que la violencia es algo inherente a la cárcel. El tema que se releva en los medios de comunicación son las riñas o muertes, pero no se cuestiona si éstas constituyen hechos delictivos que deban ser debidamente investigados y enjuiciados. Pensamos también en los cientos de personas que han muerto en la cárcel por la falta de planes de emergencia en casos de incendios, inundaciones, terremotos u otras catástrofes naturales, que en algunos casos pueden estar vinculadas con delitos de omisión.[4] Las muertes aparecen en los noticieros, pero luego el sistema penal pareciera no buscar o no lograr identificar a los responsables.

En el caso chileno, contamos con varios estudios que describen los índices de victimización delictual que se registran a nivel intrapenitenciario, ya sea entre las mismas personas privadas de su libertad, o entre éstas y los funcionarios penitenciarios o gendarmes. Algunos datos indican que el 38.7% de las personas privadas de su libertad señala haber sufrido maltrato físico por parte de gendarmes; el 44.4%, maltrato psicológico, y el 1.2%, haber sido víctima de abuso sexual por algún(a) funcionario(a).[5] A nivel comparado, una encuesta penitenciaria, realizada en 2013, en seis países

---

Femeninos (CPF), los Centros de Cumplimiento Penitenciario (CCP) (dentro de los que se encuentran los Centros de Educación y Trabajo (CET), los Centros Abiertos y los Centros Agrícolas), los Complejos Penitenciarios (CP) y las Unidades Especiales de Alta Seguridad (UEAS), todos ellos dependientes de Gendarmería de Chile.

[2] Desde Estados Unidos y Gran Bretaña conocemos series como *Oz* (HBO, 1997), *Prison Break* (2005), *Alcatraz* (2012), *Prisioners' Wives* (2012), *Orange is the New Black* (2013), las cuales tratan el tema carcelario. En España y América Latina están series como *La fuga* (2012), *Vis a vis* (2015), *Capadocia* (HBO, 2008) y *El marginal* (2016).

[3] Véase, por ejemplo, "El imperio narco en la cárcel", *24 Horas*, 24 de septiembre de 2021, disponible en: *https://www.24horas.cl/programas/informeespecial/informe-especial-el-imperio-narco-en-la-carcel-4985260*.

[4] En Chile el caso mejor documentado es el del incendio de la cárcel de San Miguel en Santiago. Allí murieron ochenta y un personas. Véase al respecto Tamayo, T., "Incendio en la Torre 5: las 81 muertes que Gendarmería quiere olvidar", *Ciper*, 24 de octubre de 2016, disponible en: *https://www.ciperchile.cl/2016/10/24/incendio-en-la-torre-5-las-81-muertes-que-gendarmeria-quiere-olvidar*.

[5] Espinoza, O. *et al.*., "El sistema penitenciario y su impacto en los derechos humanos de las personas privadas de libertad", en Centro de Derechos Humanos, *Informe sobre Derechos Humanos en Chile 2014*, 2014, pp. 245-270, disponible en: *http://www.derechoshumanos.udp.*

de América Latina, muestra que Chile es el país donde más personas declaran ser golpeadas al interior de las cárceles, bordeando el 26%. De éstas, el 66% señala como responsable de los golpes al personal penitenciario.[6] El 21.1% de las personas privadas de su libertad declararon haber sufrido maltrato físico por parte de pares,[7] y un 33.7% reportó maltrato psicológico.[8] Por otra parte, entre 2006 y 2016, murieron 1,646 personas en las cárceles a nivel nacional, de las cuales casi un 30% (488) debido a agresiones de parte de otras personas recluidas.[9] Un informe de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC, por sus siglas en inglés), de 2019, muestra que Chile es el país con la mayor tasa de muertes en el contexto intracarcelario a nivel latinoamericano.

Pese a los elevados índices de victimización intracarcelaria, a nivel nacional aún no existen estudios explicativos o investigaciones que aborden la efectividad de la persecución penal y la protección de víctimas en delitos cometidos al interior de una cárcel. En general pareciera que tampoco existe una preocupación estatal sistemática ni por prevenir ni por reaccionar adecuadamente frente a los delitos que sufre este grupo de personas. Esas ausencias nos hacen suponer que podríamos estar frente a una importante falta de acceso real de personas privadas de su libertad al sistema de justicia penal.

Cada hecho de violencia, agresión, robo, etcétera, puede constituir un hecho delictivo que debería ser investigado con la misma diligencia que cualquier delito cometido fuera de un recinto carcelario. En este estudio, analizaremos las posibles diferencias en la persecución penal que se realizan en delitos extra e intracarcelarios, partiendo de la base de que las personas privadas de su libertad son consideradas como un "grupo en situación de vulnerabilidad". Diferentes instrumentos y la jurisprudencia internacional señalan que las personas privadas de su libertad están comprendidas en esa categoría. Eso se debe a la relación de dependencia y subordinación

---

cl/derechoshumanos/images/InformeAnual/2014/Cap%2006%20Impacto%20del%20sistema%20penitenciario%20en%20los%20ddhh%20percepcion%20privados%20libertad.pdf.

[6] Sánchez, M. y Piñol, D., *Condiciones de vida en los centros de privación de libertad en Chile. Análisis a partir de una encuesta aplicada a seis países de Latinoamérica*, Santiago de Chile, Instituto de Asuntos Públicos-Centro de Estudios en Seguridad Ciudadana-Universidad de Chile, junio de 2015, p. 33, disponible en: *https://www.cesc.uchile.cl/docs/CESC_condiciones_centros_privacion.pdf*.

[7] Espinoza, O. *et al.*, "El sistema penitenciario...", *cit.*

[8] Sanhueza, G. *et al.*, "Victimización física entre internos en cárceles chilenas: una primera exploración", *Revista Trabajo Social*, vol. 88, 2015, p. 67.

[9] Datos obtenidos a través de solicitud de acceso a la información, Ley de Transparencia, núm. AK006T0006179 a Gendarmería de Chile, el 16 de agosto de 2017.

en la que se encuentran y que obliga al Estado a brindarles protección especial hasta el punto de convertirse en su garante.[10] Esa valoración normativa encuentra su justificación a nivel teórico. Dentro de un marco de análisis más amplio, podemos entender que las personas privadas de su libertad son un grupo en situación de vulnerabilidad porque sus condiciones son producto de relaciones sociales, económicas, culturales y políticas, desiguales. Visto así, la vulnerabilidad no es una característica intrínseca, existencial o natural de este colectivo, sino el resultado de relaciones de poder.[11]

Eso podría implicar que las instituciones —a través de sus operadores— reaccionen frente a estos grupos reproduciendo las condiciones de subordinación, lo que podría llevar a un acceso desigual a la justicia. Una de las formas en que esto se podría manifestar en materia penal, sería con un mayor nivel de impunidad de los delitos de los cuales estas personas son víctimas. A su vez, la impunidad podría estar vinculada con el incumplimiento del deber de debida diligencia por parte de las instituciones del Estado encargadas de la persecución penal.

De este modo, la pregunta de investigación que orienta este trabajo es: ¿cuál es el grado de cumplimiento del deber de debida diligencia en la investigación de los delitos intracarcelarios? Así, el objetivo de este estudio es verificar si existen diferencias en los resultados de las investigaciones criminales que se realizan dentro y fuera de la cárcel, que podrían estar dando cuenta de una falta de debida diligencia y de un déficit de acceso a la justicia para las personas privadas de su libertad. Nuestra hipótesis es que las instituciones no garantizan de la misma manera el acceso a la justicia a las personas privadas de su libertad que a aquellas que no lo son.

Para ello, analizaremos en un primer momento las características y diferencias que presenta la criminalidad registrada y perseguida por el Ministerio Público en los distintos ámbitos, dentro y fuera del contexto carcelario. En un segundo momento, examinaremos los resultados de las investigaciones criminales realizadas en tres tipos de delitos que implican actos que atentan contra la vida y/o la integridad física y/o psíquica de las personas: homicidios, lesiones y tortura y malos tratos. Como metodología, recurrimos al análisis cuantitativo de datos que nos entrega el registro estadístico del Ministerio Público (Sistema de Apoyo a los Fiscales, SAF). En él

[10] Reglas de Brasilia, puntos 4 y 22. Corte IDH, *Caso Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay*, Serie C, núm. 112, 2 de septiembre de 2004.

[11] Zota, C., "Incorporación del análisis interseccional en las sentencias de la Corte IDH sobre grupos vulnerables, su articulación con la interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos", *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, vol. 9, 2016, pp. 75 y 76.

se registra la información relativa a las causas, delitos, imputados y tipos de términos aplicados en los delitos que ingresan a dicha institución. El SAF se estructura a partir de casos identificados con un RUC (rol único de caso) al que se asocian uno o más delitos (que pueden variar durante la investigación), uno o más imputados y una o más víctimas.

Para este estudio se trabajó con la categoría "delitos con sitio del suceso en Gendarmería de Chile", dato que consigna el SAF y que permite discriminar los delitos que denominamos "intracarcelarios" de los "extracarcelarios". Con base en esta información, se extrajeron aquellos datos correspondientes a las categorías de homicidios, lesiones y tortura y malos tratos,[12] a partir de los cuales se elaboraron tablas y gráficos comparativos con las mismas categorías de delitos contenidas en los boletines estadísticos tramitados por la Fiscalía de Chile, que abarcan a la población general. Para el análisis del panorama de la criminalidad intra y extracarcelaria, se consideraron dos años: 2009 y 2020.[13] Para analizar los tipos de términos de los delitos de homicidios, lesiones y tortura y malos tratos, intra y extracarcelarios, se examinaron los datos del año 2020.[14]

II. Antecedentes

En el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos (SIDH), el concepto de acceso a la justicia se concibe como un derecho de contenido amplio.[15] Se extiende más allá de una simple asociación con las garantías procesales básicas, o lo que se ha denominado garantías judiciales, para

[12] Los delitos que forman parte de cada categoría se encuentran detallados en los boletines estadísticos tramitados por la Fiscalía de Chile, disponibles en: *http://www.fiscaliadechile.cl/Fiscalia/estadisticas/index.do*.

[13] Se consideró el año 2009, dado que antes de eso los boletines estadísticos del Ministerio Público no presentan la misma desagregación que en años posteriores, lo que impide la comparabilidad de los datos. Así, la intención fue considerar los datos comparables más antiguos disponibles para poder contrastarlos con datos más actuales.

[14] Datos proporcionados directamente por el Ministerio Público, en el marco de un convenio de colaboración existente con la Universidad. Los datos de delitos intracarcelarios del 2020 son los datos más actuales que se han obtenido a partir de dicho convenio de colaboración.

[15] La Corte IDH ha desprendido el acceso a la justicia, entendido en un sentido amplio, de la interrelación de varias disposiciones fundamentales: el derecho a un recurso efectivo (artículo 25) y las garantías judiciales del debido proceso legal (artículo 8o.), unido al principio de igualdad ante la ley (artículo 24). Véase Instituto Interamericano de Derechos Humanos, *Manual Autoformativo sobre Acceso a la Justicia y Derechos Humanos en Chile*, San José, 2011, p. 64.

abarcar una visión más compleja, asociada a la búsqueda de mecanismos eficaces para dar solución a un conflicto de relevancia jurídica, incluyendo, cuando corresponda, mecanismos alternativos a los judiciales para resolver controversias jurídicas.[16] Uno de estos mecanismos, pensados para solucionar y prevenir conflictos, es el derecho penal.[17] El Código Penal chileno señala que éste se aplica a todos los habitantes del país,[18] independiente de su lugar de residencia o estadía. Por lo tanto, su obligatoriedad es la misma tanto dentro como fuera de una cárcel. El principio de legalidad asegura además que el Estado y sus órganos de persecución deberían perseguir por igual todos los delitos sin discriminaciones arbitrarias.[19]

1. El derecho de acceso a la justicia y el deber de debida diligencia

El acceso a la justicia[20] se relaciona con el reconocimiento del derecho de todas las personas a resolver los conflictos jurídicos en los que se vean involucrados por medios institucionales, para obtener del sistema de justicia una tutela efectiva de sus derechos.[21] En ese marco cobra relevancia el deber

---

[16] La Rosa, Javier, "Acceso a la justicia: elementos para desarrollar una política pública en el país", *Derecho virtual*, año 1, núm. 3, octubre-diciembre de 2006, disponible en: *www.derechovirtual.com*, p. 25.

[17] No abordamos aquí la discusión sobre los fines de las sanciones penales y del derecho penal en general. Para un análisis desde la perspectiva de la filosofía política, véase: Alcácer, R., *Los fines del derecho penal. Una aproximación desde la filosofía política*, Madrid, Universidad Complutense, 1998.

[18] Artículo 5o., Código Penal.

[19] Rodríguez y Pino explican que, desde un punto de vista negativo, el principio de legalidad implica que ningún criterio de oportunidad "—político-utilitario, estratégico, pragmático, económico, o temporal— permite prescindir de la persecución penal frente a la noticia de la comisión de un hecho punible", en "Análisis de la (in)eficacia del principio de obligatoriedad en el ejercicio de la acción penal en la etapa preliminar del proceso penal chileno", *Revista de derecho (Coquimbo)*, vol. 22, núm. 1, 2015, disponible en: *https://dx.doi.org/10.4067/S0718-97532015000100009*, p. 352.

[20] Un amplio tratamiento sobre el tema se encuentra en la clásica obra comparativa de cuatro volúmenes: Cappeletti, Mauro (ed.), *Access to Justice and the Welfare State*, Firenze, European University Institute, 1981. La obra de este autor tiene amplia influencia en el movimiento iberoamericano por el acceso a la justicia, contenida en Capelletti, Mauro y Garth, Bryant, *El acceso a la justicia. Movimiento mundial para la efectividad de los derechos. Informe General*, Buenos Aires, Colegio de Abogados del Departamento Judicial de La Plata. 1983.

[21] En esa línea, Ventura entiende al acceso a la justicia como: "la posibilidad de toda persona, independiente de su condición económica o de otra naturaleza, de acudir al sistema previsto para la resolución de conflictos y vindicación de los derechos protegidos [y] de los cuales es titular. Es decir, por este principio debemos entender la acción, ante una controversia o la

de debida diligencia,[22] que implica el deber del Estado de proveer recursos judiciales idóneos para remediar las violaciones de derechos humanos denunciadas, no limitándose sólo a ponerlos formalmente a disposición de las víctimas.[23] El deber de debida diligencia se vincula además a la investigación y documentación eficaz de evidencia.[24] En este sentido la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) resolvió que "la recopilación de evidencias físicas en los casos debe ser efectuada por especialistas capacitados en el tipo de violencia que se está investigando, y preferiblemente deben ser del mismo sexo de la víctima. En todo momento, la cultura de la víctima y el contexto en el que se produjo la violencia deben tomarse en consideración".[25] El Estado viola ese deber, cuando no dirige diligentemente la investigación desde una línea que considere la compleja estructura de ejecución del crimen o cuando no investiga amenazas y hostigamientos[26] a los familiares de las víctimas.[27]

---

necesidad de esclarecimiento de un hecho de poder acudir a los medios previstos por los ordenamientos jurídicos nacionales e internacionales para su respectiva resolución. Tanto a nivel nacional como internacional este término ha sido últimamente visto como un equivalente al mejoramiento de la administración de justicia, siendo éste una forma de ejecución de dicho principio", "La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de acceso a la justicia e impunidad", Ponencia presentada el 10 de agosto de 2005 en el Taller Regional sobre Democracia, Derechos Humanos y Estado de Derecho, organizado por la Oficina del Alto Comisionado de la Naciones Unidas para los Derechos Humanos, p. 3, disponible en: *http://www.corteidh.or.cr/tablas/r24428.pdf*.

[22] Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), *El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. Estudio de los Estándares fijados por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, 7 de septiembre de 2007, p. 11.

[23] *Ibidem*, p. 20. CIDH, Caso de los "Niños de la Calle" (*Villagrán Morales y otros*), sentencia del 19 de noviembre de 1999, Serie c, núm. 63, párr. 235, citando Corte IDH, *Caso Cesti Hurtado*, sentencia del 29 de septiembre de 1999, Serie c, núm. 56, párr. 121; Corte IDH, *Caso Castillo Petruzzi y otros*, sentencia del 30 de mayo de 1999, Serie c, núm. 52, párr. 185.

[24] El informe hace mención a los Principios relativos a la investigación y documentación eficaces de la tortura y otros tratos penas crueles, inhumanos o degradantes, Asamblea General, Resolución 55/89, U.N. Doc. A/RES/55/89, 22 de febrero de 2001, párr. 6(a).

[25] Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), *El acceso a la justicia...*, *cit.*, p. 23.

[26] En Chile existen diferentes denuncias de extorsiones a familiares en el sistema carcelario. Véase el artículo de Ayala, L., "Siguen extorsiones en Santiago 1: nueva visita de juez motivó inéditas medidas para enfrentar a bandas extranjeras en las cárceles", *La Tercera*, 20 de septiembre de 2022, disponible en: *https://www.latercera.com/nacional/noticia/siguen-extorsiones-en-santiago-1-nueva-visita-de-juez-motivo-ineditas-medidas-para-enfrentar-a-bandas-extranjeras-en-las-carceles/MSPUHD7X55GRDHIPSJ6M4ATRM4*.

[27] Corte IDH, *Caso de la Masacre de la Rochela vs. Colombia*, párr. 164. Corte IDH, *Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y Otros vs. Guatemala*), párr. 231.

Si aplicamos estos planteamientos al tema que nos ocupa, deducimos que los mecanismos de persecución en delitos intracarcelarios no sólo tienen que existir, sino que deben ser idóneos. Un posible indicador de una falta de idoneidad son los resultados de las investigaciones criminales en este tipo de delitos. Si éstos son de un estándar inferior que los obtenidos en delitos cometidos fuera de una cárcel, podríamos pensar que no son idóneos. A su vez, la falta de debida diligencia se podría hacer visible si al examinar las particularidades de los mecanismos diseñados para la investigación de los delitos intracarcelarios, se verifica que éstos no están perfilados para investigar y documentar eficazmente la evidencia en consideración a las particularidades de la criminalidad intracarcelaria, la que también puede comprender amenazas u otro tipo de agresiones a los familiares de las personas privadas de su libertad.

2. El deber de debida diligencia y la evitación de la impunidad

El deber de debida diligencia consagra además diferentes obligaciones: la prevención, la investigación, la sanción y la reparación de las violaciones de los derechos humanos y el deber de evitar la impunidad.[28] Según esa perspectiva, la impunidad propicia la repetición crónica de las violaciones a los derechos humanos y la total indefensión de las víctimas y de sus familiares.[29] Es por ello que la obligación estatal de evitar la impunidad tiene como consecuencia el deber de dirigir la investigación hacia la condena de todos los involucrados en el crimen, sean éstos autores materiales, intelectuales, partícipes o encubridores.[30] La responsabilidad de actuar con la debida dili-

---

[28] De acuerdo a la Corte IDH: "esta obligación implica el deber[...] de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos". Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez*, sentencia del 29 de julio de 1988, Serie C, núm. 4, párr. 166.

[29] En este sentido, Corte IDH, *Caso Loayza Tamayo*, Reparaciones (artículo 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Sentencia de 27 de noviembre de 1998, Serie C, núm. 42, párr. 176, citando Corte IDH, Caso de la "Panel Blanca" (*Paniagua Morales y otros*), sentencia del 8 de marzo de 1998, Serie C, núm. 37, párr. 173.

[30] De León, Gisela *et al.*, *Debida Diligencia en la Investigación de Graves Violaciones a Derechos Humanos*, Buenos Aires, Centro por la Justicia y el Derecho Internacional, 2010, p. 40, dis-

gencia, por parte de los Estados y frente a actos violentos, comprende también a las acciones de actores no estatales, terceros y particulares.[31]

Entonces, el Estado no sólo tiene el deber de investigar diligentemente delitos cometidos dentro del sistema carcelario, sino además debe prevenir su repetición y reparar posibles daños ocurridos, todo ello para evitar la impunidad y así la repetición crónica. Más adelante analizaremos la probabilidad de que los delitos cometidos dentro de la cárcel —*versus* delitos cometidos fuera de ella— queden sin respuesta por parte del sistema de justicia penal, y así impunes. Eso lo podremos verificar, por ejemplo, viendo la tasa de archivo provisional y de otras respuestas procesales que en la práctica implican la impunidad.

Entendemos que el Estado no sólo debe actuar con la debida diligencia frente a actos violentos cometidos por funcionarios de la institución penitenciaria, sino también por parte de otros particulares, como pueden ser otras personas privadas de su libertad. Debe prevenir, por ejemplo, riñas entre personas privadas de su libertad.[32] En ese contexto, la tasa de homicidios cometidos dentro y fuera de establecimientos penitenciarios sirve de indicador para demostrar qué tan eficiente es el Estado para reaccionar diligentemente frente a la criminalidad intracarcelaria.

3. El deber de debida diligencia y la consideración de un contexto de violencia estructural

El deber de diligencia, a objeto de prevenir situaciones de violencia, "en especial en un contexto de prácticas extendidas o estructurales",[33] impone a los Estados además el correlativo deber de vigilar la situación social mediante la producción de información estadística adecuada que permita

ponible en: *https://www.corteidh.or.cr/tablas/r25129.pdf*, Corte IDH, *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala*, supra nota 4, párr. 217.

[31] Corte IDH, *Caso de la "Masacre de Mapiripán"*, sentencia del 15 de septiembre de 2005, Serie C, núm. 134, párr. 111.

[32] Así también lo falló la CIDH, en el *caso "Instituto de Reeducación del Menor" vs. Paraguay*, sentencia del 2 de septiembre de 2004, Serie C, núm. 112, párr. 184; resolvió que: "[...]independientemente de que ningún agente estatal fue aparentemente el responsable directo de las muertes de los dos niños[...] el Estado tenía el deber de crear las condiciones necesarias para evitar al máximo riñas entre los internos, lo que el Estado no hizo, por lo cual incurrió en responsabilidad internacional".

[33] Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), *El acceso a la justicia...*, *cit.*, p. 20.

el diseño y la evaluación de las políticas públicas, así como el control de las políticas que se implementen por parte de la sociedad civil.[34]

Si entendemos la violencia intracarcelaria como una "práctica extendida o estructural",[35] el Estado debería diseñar y evaluar políticas públicas para enfrentarla. Para ello sería necesario que se genere información estadística sobre el fenómeno y que las distintas organizaciones involucradas, especialmente el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Gendarmería de Chile y el Ministerio Público, elaboren estas políticas. Los órganos de persecución penal deberían, por ejemplo, diseñar y evaluar políticas propias para investigar hechos delictivos en el contexto del encierro. A su vez, debería existir un mecanismo que permita que la sociedad civil organizada controle la implementación de esas políticas. Vamos a ver si éste es el caso.

4. El acceso a la justicia de personas pertenecientes a grupos en situación de vulnerabilidad

Las personas privadas de su libertad son consideradas por las Reglas de Brasilia (2008) como uno de los grupos de personas en situación de vulnerabilidad.[36] Esa condición implica que como tal requieren de una atención especial cuando se trata de garantizar su acceso a la justicia. Las Reglas consagran la necesidad de especialización de los profesionales, operadores y servidores del sistema judicial. Destacan "la importancia de la actuación

[34] *Idem.*

[35] La CIDH analiza las razones de esa práctica de la siguiente manera: "La CIDH, en el ejercicio de sus distintas facultades de monitoreo, ha observado que las principales causas de violencia carcelaria en la región son: la falta de control efectivo del orden y la seguridad interna de los centros penitenciarios; la falta de personal de seguridad suficiente y capacitado; la corrupción; el uso excesivo de la fuerza y el trato humillante hacia los reclusos por parte de los agentes de seguridad; el ingreso y circulación de alcohol, drogas y dinero en las cárceles; la tenencia de armas por parte de los internos; la actividad de grupos criminales que operan en las cárceles, y las constantes disputas entre estos grupos por el control de las mismas; el hacinamiento y las deficientes condiciones de detención; la falta de separación de internos por categorías; la falta de protección de grupos vulnerables; la ausencia de actividades productivas en las que reclusos puedan ocuparse; el trato discriminatorio o abusivo hacia los familiares de los reclusos; e incluso, las deficiencias en la administración de justicia, como la mora judicial" Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), *Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las américas*, 2011, párr. 115, disponible en: *https://www.oas.org/es/cidh/ppl/docs/pdf/ppl2011esp.pdf*.

[36] Las Reglas de Brasilia en el numeral 22 estipulan: "La privación de la libertad, ordenada por autoridad pública competente, puede generar dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia el resto de derechos de los que es titular la persona privada de libertad, especialmente cuando concurre alguna causa de vulnerabilidad enumerada en los apartados anteriores".

de equipos multidisciplinarios, conformados por profesionales de las distintas áreas, para mejorar la respuesta del sistema judicial ante la demanda de justicia". Además recomiendan "adoptar las medidas necesarias para garantizar una protección efectiva de los bienes jurídicos de las personas en condición de vulnerabilidad que intervengan en el proceso judicial en calidad de víctimas o testigos".[37]

Junto con el concepto de "vulnerabilidad", es preciso tener en cuenta la noción de "interseccionalidad" para analizar e identificar la complejidad y la diversidad de las "fuentes que generan la discriminación de estos grupos, sus diversas resistencias y a la vez reforzar una definición de estos como grupos no homogéneos, con jerarquías internas".[38] En este sentido, la cárcel constituye un espacio social en el que se reproducen las categorías socioculturales de subordinación y exclusión que operan en la sociedad, por lo que no es de extrañar que personas con discapacidad, migrantes, mujeres, personas de la diversidad sexual, entre otros grupos, puedan ser objeto de formas aún más agudas y graves de discriminación y victimización, y sobre las cuales se requerirá una mayor atención y mecanismos de protección aún más individualizados.

Vamos a verificar si algunas de estas orientaciones se han implementado en el caso chileno. Nos preguntamos si existen, por ejemplo, profesionales especializados en la investigación de delitos intracarcelarios, o equipos multidisciplinarios o políticas específicas para la protección de víctimas que se encuentran recluidas. Todo ello sería un indicador de que el Estado está tomando en cuenta que las personas privadas de su libertad forman parte de un grupo considerado vulnerable y que requiere de medidas específicas para garantizar su acceso a la justicia.

III. Descripción del problema

Describiremos el problema en dos pasos. En un primer momento entregamos datos acerca de la delincuencia registrada y perseguida en los distintos ámbitos, dentro y fuera del contexto carcelario, en dos años distintos: 2009 y 2020. El segundo paso consiste en un análisis de los resultados de las investigaciones criminales realizadas en tres tipos de delitos que atentan contra la vida y/o la integridad física y/o psíquica de las personas: homicidios,

[37] Reglas de Brasilia 40, 41, 75 y 76.

[38] Zota, C., *op. cit.*, pp. 75 y 76.

lesiones y tortura y malos tratos. En este segundo paso también comparamos dichos resultados a nivel intra y extracarcelario, centrándonos en el año 2020.

1. Delitos registrados e investigados en Chile

Los datos relativos a la criminalidad registrada por el Ministerio Público, dan cuenta de los diferentes tipos de delitos que son denunciados y perseguidos dentro y fuera de la cárcel, y de su evolución a través del tiempo. La tabla 1 resume la información estadística que explicaremos a continuación.

Tabla 1. Delitos extra e intracarcelarios ingresados al Ministerio Público: años 2009 y 2020

CATEGORÍAS DE DELITOS	DELITOS EXTRACARCELARIOS					DELITOS INTRACARCELARIOS				
	2009		2020			2009		2020		
	Frecuencia	%	Frecuencia	%	Tasa c/10.000 habs. (*)	Frecuencia	%	Frecuencia	%	Tasa c/10.000 habs. (**)
OTROS DELITOS (***)	161.735	12,3	258.843	18,1	176	832	10,8	813	4,2	81
CONTRA LA LIBERTAD E INTIMIDAD DE LAS PERSONAS	159.398	12,1	161.407	11,3	110	584	7,6	1.033	5,3	103
LESIONES	180.105	13,7	144.913	10,1	98	1.926	25,2	4.943	25,3	493
ROBOS NO VIOLENTOS	213.200	16,2	147.301	10,3	100	29	0,3	21	0,0	2
DELITOS ECONÓMICOS Y TRIBUTARIOS	45.815	3,9	114.514	8,0	78	38	0,4	49	0,0	5
HECHOS DE RELEVANCIA CRIMINAL (****)	0	0,0	97.740	6,8	66	630	8,2	5373	27,5	536
HURTOS	141.115	10,7	89.610	6,3	61	82	1,0	105	0,5	10
ROBOS	94.888	7,2	89.712	6,3	61	20	0,2	15	0,0	1
OTROS DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD (*****)	76.397	5,8	79.990	5,6	54	128	1,6	514	2,6	51
FALTAS	124.152	9,4	54.935	3,8	37	1.725	22,5	3.187	16,3	318
DELITOS LEY DE TRÁNSITO	32220	2,4	44.292	3,1	30	1	0	5	0,0	0
DELITOS DE LEYES ESPECIALES	22.907	1,7	38.941	2,7	26	1	0,0	68	0,3	7
DELITOS LEY DE DROGAS	17.351	1,3	29.010	2,0	20	1114	14,5	2.736	14,0	273
DELITOS SEXUALES	18.612	1,4	28.143	2,0	19	95	1,2	101	0,5	10
DELITOS CONTRA LA FE PÚBLICA	4.834	0,3	26.194	1,8	18	129	1,6	55	0,3	5
CUASIDELITOS	16.803	1,2	9.690	0,7	7	7	0	2	0,0	0
TORTURA, MALOS TRATOS, GENOCIDIO Y LESA HUMANIDAD	0	0,0	6.688	0,5	5	46	0,6	271	1,4	27
DELITOS FUNCIONARIOS	1285	0,0	3.543	0,2	2	152	1,9	117	0,6	12
HOMICIDIOS	1.545	0,1	2.795	0,2	2	53	0,6	103	0,5	10
CONTRA LEYES DE PROPIEDAD INTELECTUAL E INDUSTRIAL	0	0,0	2.547	0,2	2	50	0,6	1	0,0	0
DELITOS DE JUSTICIA MILITAR	0	0,0	1	0,0	0	0	0	0	0,0	0
TOTAL NACIONAL	**1.312.362**	**100,0**	**1.430.960**	**100,0**	**972**	**7.642**	**100,0**	**19.512**	**100,0**	**1945**

Fuente: elaboración propia con base en información de boletines estadísticos tramitados por la Fiscalía de Chile, disponibles en: *http://www.fiscaliadechile.cl/Fiscalia/estadisticas/index.do*, y convenio de colaboración Universidad-Ministerio Público.
* Tasa calculada con base en la población, proyección ine, Censo 2017, mayores de 19 años.
** Tasa calculada con base en el flujo de población penal, más el número de funcionarios, Gendarmería de Chile, 2020.
*** La categoría "Otros delitos" incluye: desórdenes públicos, artículo 269; delitos contra la salud pública; maltrato corporal a personas vulnerables, artículo 403 bis, inciso 1; oponerse a acción de la autoridad pública o sus agentes; porte de arma cortante o punzante, artículo 288 bis; quebrantamiento, artículo 90; entre otros.
**** Hechos de relevancia criminal considera: hallazgo de drogas, hallazgo de vehículo, muertes y hallazgo de cadáver, otros hechos, presunta desgracia y presunta desgracia infantil.
***** Otros delitos contra la propiedad incluye: daños simples (artículo 487) y calificados (artículos 485 y 486); extorsión (artículo 438); incendio con peligro para las personas (475 y 476, núms. 1 y 2), e incendio con resultado de muerte y/o lesiones, entre otros.

En primer lugar, los datos muestran que la configuración de la criminalidad registrada por el Ministerio Público cambia de manera impor-

tante según sea el contexto extra o intracarcelario. A nivel extracarcelario, se observa una preeminencia de los delitos contra la propiedad. Los robos no violentos constituyeron, durante 2009, la mayor proporción de delitos ingresados y perseguidos por el Ministerio Público (16.2%), y en 2020 representaron la tercera mayoría (10.3%). A diferencia del contexto penitenciario, en el cual los robos no violentos representaron apenas un 0.3% en 2009 disminuyeron a un 0% en 2020. Lo mismo ocurre con los robos violentos, que a nivel extracarcelario constituyeron el 7.2% en 2009, y 6.3% en 2020, mientras que en las cárceles sólo representaron el 0.2% en 2009, y el 0% en 2020. También el hurto repite esta tendencia. Mientras los hurtos extracarcelarios constituyeron el 10.7% en 2009 (la quinta mayoría de ese año) y el 6.3% en 2020, a nivel intracarcelario sólo representaron el 1% en 2009, y el 0.5% en 2020.

Los datos parecen revelar que dentro de la cárcel la propiedad privada corre menos peligro que afuera de ésta, pero las diferencias en la ocurrencia de delitos que afectan la propiedad puede tener varias explicaciones. Podríamos pensar que, debido a la pobreza generalizada y la escasez de bienes materiales al interior de las cárceles, existe una menor disponibilidad de bienes susceptibles de ser robados u hurtados. Por otra parte, también es probable que exista un mayor subregistro de este tipo de ilícitos en la cárcel, ya que pueden ser naturalizados y por ende menos denunciados por las personas privadas de su libertad que los sufren. Un aspecto que podría estar vinculado con la naturalización y mayor tolerancia de estos ilícitos, es que las personas privadas de su libertad experimentan allanamientos recurrentes por parte de funcionarios penitenciarios, en los cuales suelen perder parte importante de sus bienes, ya sea porque son requisados (cuando se trata de elementos prohibidos) o bien porque resultan dañados. "Perder lo propio", entonces, es parte de una vivencia sistemática que deben enfrentar estas personas.[39]

[39] Otro aspecto que podría estar vinculado con la naturalización y mayor tolerancia de estos ilícitos, es que las personas privadas de su libertad experimentan allanamientos recurrentes por parte de funcionarios penitenciarios, en los cuales suelen perder parte importante de sus bienes, ya sea porque son requisados (cuando se trata de elementos prohibidos) o bien porque resultan dañados. "Perder lo propio", entonces, es parte de una vivencia sistemática que deben enfrentar. El Estudio de las Condiciones Carcelarias en Chile del INDH (2018), contempla varias descripciones de esa práctica: "Se incluyen casos en los testimonios recibidos desde la población penal, de que durante los allanamientos destruyen los televisores, hervidores y radios de los colectivos, les propinan golpes en el cuerpo y patean los utensilios personales, entre otras acciones", Instituto Nacional de Derechos Humanos, *Estudio de las condiciones carcelarias en Chile. Diagnóstico del cumplimiento de los estándares internacionales de derechos humanos sobre el derecho a la integridad personal, 2016-2017*, Santiago de Chile, diciembre de 2018,

En segundo lugar, podemos constatar que los hechos que implican violencia física, especialmente lesiones y homicidios, tienen una presencia considerablemente mayor dentro que fuera de la cárcel. En el ámbito extracarcelario, el delito de lesiones representó un 13.7% en 2009 y un 10% en 2020 (segunda y cuarta mayoría, respectivamente). En cambio, vemos que el mismo hecho constituyó el 25% de todos los delitos que se registran dentro de las cárceles, en ambos años (primera mayoría el 2009 y segunda el 2020). Además, a diferencia del contexto extracarcelario en que estos delitos disminuyeron su frecuencia entre 2009 y 2020 casi en un 20%; dentro de la cárcel éstos aumentaron de manera significativa entre los mismos años, en un 157%. En este sentido, la tasa de 2020 es reveladora de la incidencia de este delito a nivel intracarcelario: mientras fuera de la cárcel la tasa es de 98, dentro de la cárcel ésta se quintuplica a 493.

Por otra parte, respecto a los homicidios cometidos fuera del ambiente carcelario, éstos representaban sólo el 0.1% en 2009 y el 0.2% en 2020 de la criminalidad registrada por el Ministerio Público en Chile, mientras que, al interior de la cárcel, esos porcentajes aumentaron a 0.6% en 2009 y a 0.5% en 2020. Aquí también la tasa es reveladora de la mayor incidencia a nivel intracarcelario, la cual en 2020 era de 10, muy por sobre la tasa de 2 que representaban los homicidios fuera de la cárcel.

Las estadísticas también evidencian la relevancia que adquieren los delitos relacionados a la Ley de Drogas (Ley núm. 20.000) al interior de las cárceles. Mientras fuera de éstas los delitos de drogas representaron el 1.3% y el 2% en 2009 y 2020, respectivamente (no estando dentro de los diez delitos con más ingresos); al interior de los recintos carcelarios, este tipo de ilícitos se registró en un 14% en ambos años (siendo en los dos la tercera mayoría). La comparación de la tasa también revela esa preponderancia, ya que la tasa intracarcelaria de 2020 fue de 273, *versus* la extracarcelaria que fue de 20. A estas cifras también podemos añadir los porcentajes relativos a "hechos de relevancia criminal", dado que bajo esta categoría se registran los "hallazgos de drogas", que en la cárcel se verifican cuando ocurren los denominados "lanzazos", es decir, el lanzamiento de paquetes de drogas envueltos en forma de pelotas desde las afueras de las cárceles. Los hechos de relevancia criminal a nivel intracarcelario tuvieron un aumento muy considerable del 2009 (8.2%) al 2020 (27.5%), representando este último año el mayor porcentaje de hechos delictivos denunciados al Ministerio Público, con la

p.117, disponible en: *https://bibliotecadigital.indh.cl/bitstream/handle/123456789/1180/estudio-general-2016-2017.pdf?sequence=3&isAllowed=y*.

complejidad que supone una forma de comisión que generalmente no permite identificar a algún imputado.

También las faltas[40] tienen una representación mucho mayor al interior de las cárceles. En 2009, éstas constituyeron la segunda mayoría (22.5%) después de las lesiones; y en 2020, con un 16.3% ocuparon el tercer lugar. En cambio, a nivel extracarcelario las faltas sólo constituyeron un 9.4% en 2009, y un 3.8% en 2020.

Finalmente, podemos observar que los delitos de tortura y malos tratos también son particularmente significativos a nivel intracarcelario en comparación con lo que ocurre fuera de las cárceles. En 2020, estos delitos representaron el 1.4% a nivel intracarcelario *versus* el 0.5% a nivel extracarcelario. Además, la tasa intracarcelaria fue de 27, en ese mismo año, *versus* 5 en el contexto extracarcelario. Sin perjuicio de esta preponderancia a nivel penitenciario, sorprende la escasa cantidad de ingresos de este tipo de delitos al Ministerio Público, especialmente considerando algunos datos de estudios previos que harían suponer que la cifra total tendría que ser mucho más alta. Por ejemplo, Espinoza *et al.*[41] señalan que el 38.7% de las personas privadas de su libertad señala haber sufrido maltrato físico por parte de gendarmes.

2. Términos aplicados[42] en delitos dentro y fuera de la cárcel

Tras describir el tipo de criminalidad intracarcelaria y sus diferencias con la criminalidad registrada fuera de las cárceles, revisaremos a continuación los resultados de investigaciones criminales de 2020, realizadas en tres

[40] Dentro de esta categoría, el Ministerio Público registra: amenazas con arma (falta) (art. 494 núm. 4); consumo/porte de drogas en lugares calificados (art. 51); consumo/porte en lugar público o privado con previo concierto (art. 50); daño falta (495 núm. 21); falta de respeto a la autoridad pública (495 núm. 4); hurto falta (494 bis); riña pública (496 núm. 10), entre otros.

[41] Espinoza, O. *et al.*., "El sistema penitenciario...", *cit.*, pp. 245-270.

[42] El Ministerio Público registra los diferentes tipos de términos aplicados a cada imputado que tuvo participación en algún delito, por ello los términos suelen ser numéricamente mayores que los delitos, dado que un delito puede implicar uno o varios imputados. Los términos se agrupan en tres categorías de "salidas": *a*) judiciales, las que por su naturaleza involucran la intervención de un tribunal: facultad de no iniciar investigación, salidas alternativas (acuerdo reparatorio y suspensión condicional), sobreseimiento y sentencia definitiva; *b*) no judiciales, aquellas que no requieren la intervención de un tribunal, como el archivo provisional, facultad de no perseverar, principio de oportunidad e incompetencia, y *c*) otros términos, que son salidas de tipo administrativo, como la agrupación de investigaciones, anulación y otras causales de término o suspensión.

tipos de delitos que atentan contra la vida y/o la integridad física y/o psíquica de las personas: lesiones, homicidios y tortura y malos tratos. Hemos escogido estos delitos justamente por su gravedad en cuanto al bien jurídico protegido.

A. Términos aplicados en delitos de lesiones

Examinamos anteriormente la preeminencia que tienen los delitos de lesiones al interior de las cárceles, representando éstos la primera mayoría en 2009 y la segunda en 2020 (ambos con un 25%). A continuación, la tabla II da cuenta de los tipos de términos que se aplicaron a los delitos de lesiones intracarcelarias —que ingresaron al Ministerio Público en 2020—, en comparación con los aplicados a las lesiones extracarcelarias.

Tabla II. Términos aplicados en lesiones extra e intracarcelarias, 2020

TIPO DE TÉRMINOS	EXTRACARCELARIAS		INTRACARCELARIAS	
	N°	%	N°	%
SENTENCIA DEFINITIVA CONDENATORIA	19337	11,12	838	8,84
SENTENCIA DEFINITIVA ABSOLUTORIA	1736	1,00	1	0,01
SOBRESEIMIENTO DEFINITIVO	6567	3,78	94	0,99
SOBRESEIMIENTO TEMPORAL	1243	0,71	0	0,00
SUSPENSIÓN CONDICIONAL DEL PROCEDIMIENTO	15058	8,66	2	0,02
SOBRESEIMIENTO DEFINITIVO 240	12519	7,20	4	0,04
ACUERDO REPARATORIO	3162	1,82	41	0,43
FACULTAD DE NO INVESTIGAR	7017	4,03	770	8,12
SUBTOTAL SALIDA JUDICIAL	**66639**	**38,32**	**1750**	**18,46**
ARCHIVO PROVISIONAL	68747	39,53	5197	54,83
DECISIÓN DE NO PERSEVERAR	10218	5,88	64	0,68
PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD	16086	9,25	2143	22,61
INCOMPETENCIA	730	0,42	4	0,04
SUBTOTAL SALIDA NO JUDICIAL	**95781**	**55,07**	**7408**	**78,16**
ANULACIÓN ADMINISTRATIVA	912	0,52	10	0,11
AGRUPACIÓN A OTRO CASO	10024	5,76	308	3,25
OTRAS CAUSALES DE TÉRMINO	250	0,14	1	0,01
OTRAS CAUSALES DE SUSPENSIÓN	316	0,18	1	0,01
SUBTOTAL OTROS TÉRMINOS	**11502**	**6,61**	**320**	**3,38**
TOTAL	**173922**	**100,00**	**9478**	**100,00**

Fuente: elaboración propia con base en información de boletines estadísticos tramitados por la Fiscalía de Chile, disponibles en: *http://www.fiscaliadechile.cl/Fiscalia/estadisticas/index.do*, y convenio de colaboración Universidad-Ministerio Público.

Podemos observar que, en relación con las lesiones cometidas dentro de una cárcel, las salidas no judiciales constituyen tres cuartas partes

(78.16%) de todos los términos. En cambio, el mismo delito —cuando el sitio de suceso se encuentra fuera de un recinto penitenciario— recibe ese tipo de salida sólo en algo más que la mitad (55.07%).

Resalta el alto porcentaje de aplicación del principio de oportunidad en lesiones intracarcelarias (22.61%) en comparación con aquellas cometidas fuera del sistema penitenciario (9.25%). Destacan además las diferencias en la aplicación del archivo provisional, que demuestran que las investigaciones por lesiones cometidas fuera de la cárcel son archivadas en un porcentaje menor que aquellas cuya víctima se encuentra recluida (39.53% *versus* 54.83%). Sin embargo, si consideramos adicionalmente las decisiones "tardías" de archivo, es decir, las decisiones de no perseverar, las cifras se acercan. Al respecto constatamos, que el 5.88% de lesiones investigadas fuera de la cárcel son archivadas tardíamente, contrastando con el 0.68% cuando el delito tuvo como sitio de suceso algún recinto carcelario. Eso indica también que el Ministerio Público generalmente investiga por más tiempo cuando se trata de investigar lesiones cometidas fuera de recintos carcelarios. En vez de archivar en un momento temprano, lo hace al final cuando ya no encuentra evidencias.

En cuanto a la aplicación de "salidas alternativas" como la suspensión condicional del procedimiento, los datos muestran su escaso uso en delitos de lesiones intracarcelarias. Si fuera de la cárcel la Fiscalía recurre en un 8.66% a la suspensión condicional del procedimiento, dentro del ámbito carcelario lo hace tan solo en un 0.02% de los casos. También el uso de acuerdos reparatorios es mayor fuera de la cárcel (1.82%) que dentro de la misma (0.43%).

Finalmente, se constata también que las sentencias condenatorias en el caso de las lesiones extracarcelarias fueron mayores (11.12%) que las lesiones intracarcelarias (8.84%).

B. Términos aplicados en delitos de homicidios

Al comparar los resultados de las investigaciones de homicidios cometidos dentro y fuera de la cárcel, encontramos una diferencia destacada en el uso de salidas judiciales. Cuando un homicidio es investigado fuera del ámbito de encierro, el 42% de las causas terminan con algún tipo de salida judicial. En cambio, si el mismo delito es investigado dentro de un recinto carcelario, sólo el 18.75% de los casos termina en una salida judicial. A la mano con ese resultado, se produce una diferencia en el uso de salidas no judiciales. En el caso de homicidios con sitio de suceso fuera del ámbito carcelario, éstas alcanzan un 23.57%, porcentaje que casi se duplica cuando

un homicidio es investigado dentro de una cárcel (45.83%). Si nos detenemos a ver las cifras totales, destaca que, de los noventa y seis homicidios investigados dentro del ámbito carcelario, tan solo diez terminaron con una sentencia condenatoria (10.42%). Sin embargo, esto no implica que casi el 90% de los homicidios intracarcelarios queden impunes. Existe un alto porcentaje de causas que son agrupadas en otras (35.42% en homicidios intracarcelarios y 30.59% en homicidios fuera de la cárcel). Al menos en estas causas se podría esperar que algunas terminen también en sentencias condenatorias.

Sin embargo, vemos que la tasa de impunidad fáctica es muy alta. Casi la mitad de todas las investigaciones de homicidios cometidos dentro de una cárcel termina archivándose (45.83%). En cifras absolutas podemos afirmar que cuarenta y cuatro homicidios cometidos dentro de las cárceles chilenas, en 2020, quedaron impunes. La cifra correspondiente de homicidios cometidos fuera del ámbito penitenciario alcanza sólo algo más que la mitad de esa cifra (23.57%). La siguiente tabla contempla estos resultados.

Tabla iii. Términos aplicados en homicidios extra e intracarcelarios, 2020

TIPO DE TÉRMINOS	EXTRACARCELARIOS		INTRACARCELARIOS	
	N°	%	N°	%
SENTENCIA DEFINITIVA CONDENATORIA	674	29,37	10	10,42
SENTENCIA DEFINITIVA ABSOLUTORIA	99	4,31	4	4,17
SOBRESEIMIENTO DEFINITIVO	90	3,92	3	3,13
SOBRESEIMIENTO TEMPORAL	67	2,92	0	0,00
SUSPENSIÓN CONDICIONAL DEL PROCEDIMIENTO	5	0,22	0	0,00
SOBRESEIMIENTO DEFINITIVO 240	5	0,22	0	0,00
ACUERDO REPARATORIO	3	0,13	0	0,00
FACULTAD DE NO INVESTIGAR	21	0,92	1	1,04
SUBTOTAL SALIDA JUDICIAL	**964**	**42,00**	**18**	**18,75**
ARCHIVO PROVISIONAL	225	9,80	31	32,29
DECISIÓN DE NO PERSEVERAR	311	13,55	13	13,54
PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD	0	0,00	0	0,00
INCOMPETENCIA	5	0,22	0	0,00
SUBTOTAL SALIDA NO JUDICIAL	**541**	**23,57**	**44**	**45,83**
ANULACIÓN ADMINISTRATIVA	58	2,53	0	0,00
AGRUPACIÓN A OTRO CASO	702	30,59	34	35,42
OTRAS CAUSALES DE TÉRMINO	10	0,44	0	0,00
OTRAS CAUSALES DE SUSPENSIÓN	20	0,87	0	0,00
SUBTOTAL OTROS TÉRMINOS	**790**	**34,42**	**34**	**35,42**
TOTAL	**2295**	**100,00**	**96**	**100,00**

Fuente: elaboración propia con base en información de boletines estadísticos tramitados por la Fiscalía de Chile, disponibles en: *http://www.fiscaliadechile.cl/Fiscalia/estadisticas/index.do*, y convenio de colaboración Universidad-Ministerio Público.

La diferencia en los resultados de las investigaciones de homicidio dentro y fuera de la cárcel, sorprende si consideramos que en Chile el tema de las "muertes bajo custodia" (que aborda no sólo los casos que ocurren en cárceles) tiene una respuesta institucional particular desde hace algunos años. Existe el "Protocolo Intersectorial de alerta temprana ante muertes bajo control, custodia o cuidado del Estado". En su implementación participan el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, el Ministerio de Salud, el Ministerio Público, Carabineros de Chile, la Policía de Investigaciones, Gendarmería de Chile, el Servicio Médico Legal, el Servicio Nacional de Menores, el Servicio Nacional del Adulto Mayor y el Instituto Nacional de Derechos Humanos.[43] Su contenido responde en parte a las directrices del Protocolo de Minnesota sobre la Investigación de Muertes Potencialmente Ilícitas, de 2016.

En ese marco, ambos datos, tanto la cifra de salidas no judiciales usadas en homicidios cometidos dentro del ámbito carcelario (45.83%) como aquella que refleja la realidad de las investigaciones fuera del mismo (23.57%), son preocupantes. Generalmente se mide la eficacia de la persecución penal con base en la "tasa de esclarecimiento", es decir, con relación a la cantidad de delitos en los que se logra identificar a un posible responsable. Esa cifra tiene que ser especialmente alta cuando se trata del esclarecimiento de hechos delictivos que afectan los bienes jurídicos más importantes en una determinada sociedad, como es la vida. A nivel comparado vemos que, por ejemplo, en Alemania la policía generalmente logra identificar en más de un 95% de los homicidios investigados un posible responsable.[44] Eso no es principalmente fruto de diferencias profesionales, sino de políticas de uso de recursos humanos. Se prioriza la investigación en estos casos, énfasis que parece ausente en la práctica nacional.

C. Términos aplicados en delitos de tortura y malos tratos

Si analizamos los datos relacionados a investigaciones de tortura y malos tratos, vemos que, de las doscientos noventa y nueve causas investigadas dentro del sistema carcelario, sólo en un caso (0.33%) se dictó una senten-

[43] Office of the Correctional Investigator, "Aging and Dying in Prison: An Investigation into the Experiences of Older Individuals in Federal Custody", 2018, disponible en: *https://www.oci-bec.gc.ca/cnt/rpt/oth-aut/oth-aut20190228-eng.aspx#_Toc536691307*.

[44] La tasa de esclarecimiento en Alemania de homicidio agravado (equivalente al tipo que se investiga generalmente al interior de la cárcel: "Mord") entre los años 2010 a 2021 pueden ser observados en esa estadística: *https://de.statista.com/statistik/daten/studie/152525/umfrage/entwicklung-der-polizeilichen-aufklaerungsquote-bei-mord-seit-1995*.

cia condenatoria. En las 7.185 investigaciones realizadas en ese tipo de hechos delictivos cometidos fuera de la cárcel, el resultado es aún más magro. Tan sólo el 0.26% (diecinueve casos) de las investigaciones terminaron en una sentencia condenatoria. Podemos apreciar estos resultados en la siguiente tabla.

Tabla iv. Términos aplicados en delitos de tortura y malos tratos extra e intracarcelarios, 2020

TIPO DE TÉRMINOS	EXTRACARCELARIOS		INTRACARCELARIOS	
	N°	%	N°	%
SENTENCIA DEFINITIVA CONDENATORIA	19	0,26	1	0,33
SENTENCIA DEFINITIVA ABSOLUTORIA	2	0,03	0	0,00
SOBRESEIMIENTO DEFINITIVO	51	0,71	2	0,67
SOBRESEIMIENTO TEMPORAL	0	0,00	0	0,00
SUSPENSIÓN CONDICIONAL DEL PROCEDIMIENTO	10	0,14	1	0,33
SOBRESEIMIENTO DEFINITIVO 240	5	0,07	0	0,00
ACUERDO REPARATORIO	6	0,08	6	2,01
FACULTAD DE NO INVESTIGAR	71	0,99	3	1,00
SUBTOTAL SALIDA JUDICIAL	**164**	**2,28**	**13**	**4,34**
ARCHIVO PROVISIONAL	4015	55,88	143	47,83
DECISIÓN DE NO PERSEVERAR	753	10,48	84	28,09
PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD	4	0,06	0	0,00
INCOMPETENCIA	2	0,03	0	0,00
SUBTOTAL SALIDA NO JUDICIAL	**4774**	**66,44**	**227**	**75,91**
ANULACIÓN ADMINISTRATIVA	31	0,43	0	0,00
AGRUPACIÓN A OTRO CASO	2083	28,99	59	19,73
OTRAS CAUSALES DE TÉRMINO	133	1,85	0	0,00
OTRAS CAUSALES DE SUSPENSIÓN	0	0,00	0	0,00
SUBTOTAL OTROS TÉRMINOS	**2247**	**31,27**	**59**	**19,73**
TOTAL	7185	100,00	299	100,00

Fuente: elaboración propia con base en información de boletines estadísticos tramitados por la Fiscalía de Chile, disponibles en: *http://www.fiscaliadechile.cl/Fiscalia/estadisticas/index.do*, y convenio de colaboración Universidad-Ministerio Público.

En cambio, sorprende que específicamente en el ámbito carcelario se haya recurrido en ese tipo de delitos en un porcentaje mayor al uso de acuerdos reparatorios (seis casos que representan el 2%), *versus* el 0.08% a nivel extra carcelario.

También llama la atención el porcentaje elevado de salidas no judiciales empleadas en delitos de tortura y malos tratos. Más de las tres cuartas partes (75.91%) de ese tipo de denuncias e investigaciones son archivadas cuando la tortura ocurrió dentro de un recinto carcelario, ya sea en forma tardía (28.09% de decisión de no perseverar) o de manera temprana (47.83%

de archivo provisional). La cifra baja a las dos terceras partes cuando es investigado fuera del ámbito carcelario (66.44%). Lo que sorprende es la diferencia en el uso del archivo tardío. Contrario a lo que constatamos en el delito de lesiones, el Ministerio Público recurre en un porcentaje menor (10.48%) a esa forma de cerrar un caso cuando el delito tiene su sitio de suceso fuera de un recinto carcelario.

El Ministerio Público cuenta con un instructivo relacionado con la actuación en delitos de tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes.[45] Sin embargo, el alcance de este instrumento es más amplio. No abarca las particularidades estructurales de la violencia que se genera en el contexto carcelario. Tampoco se hace referencia a elementos propios de la subcultura carcelaria. Podemos entender el instructivo más bien como un intento de responder a violencias cometidas por funcionarios públicos que comprometen la responsabilidad internacional del Estado.

Los resultados de las investigaciones permiten además dudar en cuanto al cumplimiento de los estándares fijados en el Protocolo de Estambul. Según ello, el Ministerio Público, cuando investiga un hecho de tortura, "tendrá autoridad para encomendar investigaciones a expertos imparciales, médicos o de otro tipo, y podrán acceder a sus resultados". También consagra que la recopilación de evidencias físicas en los actos debe ser efectuada por especialistas capacitados en el tipo de violencia que se está investigando y preferiblemente deben ser del mismo sexo que la víctima.[46] En su versión revisada de 2022, el Protocolo además reconoce que el contexto en el que se realiza una investigación de tortura es de especial relevancia. Uno de los contextos que requiere de precauciones especiales es la cárcel.[47]

---

[45] El Instructivo del Fiscal Nacional núm. 895 del 5 de diciembre de 2017, que fue sustituido por el Fiscal Nacional núm. 037/2019 del 15 de enero de 2019.

[46] Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Protocolo de Estambul, párrs. 6 y 79. Véase también León, Gisela de *et al.*, *Debida Diligencia en la Investigación..., cit.*, pp. 48 y ss.

[47] Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Istanbul Protocol professional training, series núm. 8, Rev. 2, párr. 606 (hasta la fecha sólo existe la versión en inglés).

IV. Debates y reflexiones sobre los resultados de investigaciones criminales en delitos intracarcelarios

1. Sobre la debida diligencia en las investigaciones de delitos al interior de la cárcel

Las cifras dejan en evidencia que los mecanismos de persecución en delitos intracarcelarios no son idóneos. Existe una discrepancia considerable entre los resultados de las investigaciones realizadas dentro y fuera del ámbito carcelario. Esa disimilitud se explica, en parte, por la ausencia de una adecuada respuesta institucional a la criminalidad intracarcelaria.

La administración carcelaria chilena (Gendarmería de Chile) creó el Departamento de Investigación y Análisis Penitenciario (en adelante, DIAP).[48] Dentro de éste, funciona la Sección de Investigación Penitenciaria[49] (en adelante, SIP), a cargo de "realizar las investigaciones respecto de hechos cometidos al interior de los establecimientos penitenciarios".[50] Podríamos entender eso como un indicador que gráfica el interés del Estado en promover el acceso a la justicia y de garantizar las debidas diligencias en materia de investigaciones de delitos intracarcelarios. Sin embargo, lo entendemos como una clara muestra de una respuesta institucional inadecuada, así como de una falta de debida diligencia en la investigación de delitos intracarcelarios. La creación de la SIP refleja que el Estado está desconociendo diferentes orientaciones que entregan instrumentos internacionales. En el caso de muertes en custodia, el Protocolo de Minnesota explica que los investigadores deben ser independientes desde el punto de vista institucional y formal, en la teoría y en la práctica, en todas las etapas. Eso implica que las personas que realizan investigaciones de muertes al interior de las cárceles no deberían depender del operador penitenciario, pues deben ser independientes de los presuntos culpables y de las unidades, instituciones u organismos a las que pertenezcan.[51]

En el caso de hechos de tortura, el Protocolo de Estambul indica que "Los principios fundamentales de toda investigación viable sobre ca-

[48] Resolución Exenta núm. 1421, de fecha 9 de marzo de 2018, que aprobó la organización interna de la Subdirección Operativa y sus Departamentos dependientes, creando el Departamento de Investigación y Análisis Penitenciario, arts. 60 y ss.

[49] Resolución Exenta núm. 1421, arts. 65 y 66.

[50] Resolución Exenta núm. 1421, arts. 66 letra a.

[51] Protocolo de Minnesota, punto 28.

sos de tortura son competencia, imparcialidad, independencia, prontitud y minuciosidad".[52]

Es decir, la Gendarmería de Chile tampoco debería estar involucrada en investigaciones de posibles hechos de tortura, pues éstos comprometen al menos la imparcialidad e independencia de las investigaciones. Es difícil imaginarse que un funcionario penitenciario pueda ser percibido como independiente en la investigación de un hecho ocurrido en un centro cuya seguridad debería estar garantizada por sus colegas y quizá superiores en rango.[53]

Las Reglas Mandela amplían esas incompatibilidades incluso a las investigaciones de lesiones graves.[54] También en estos casos las personas que investigan los hechos presuntamente delictivos deberían ser independientes de la administración penitenciaria. El único rol que las Reglas Mandela asignan a la administración carcelaria en estos casos es el de cooperar con la autoridad que investiga y de "garantizar la preservación de todas las pruebas".[55]

La legislación chilena no recoge esas orientaciones internacionales en cuanto a la investigación de delitos intracarcelarios. La normativa procesal penal permite al Ministerio Público impartir instrucciones a funcionarios penitenciarios cuando se trata de hechos cometidos "en el interior de establecimientos penitenciarios".[56] No se excluyen muertes en custodia, actos de tortura o lesiones graves. En la práctica funcionarios penitenciarios participan en todas estas investigaciones o las realizan por cuenta propia, en el marco del sistema procesal o sancionatorio administrativo.

Entonces, lo que pareciera ser un indicador de un interés particular de la administración carcelaria en promover el acceso a la justicia y de garantizar las debidas diligencias en materia de delitos intracarcelarios, no lo es. Todo lo contrario. La creación de una dependencia propia de investigación crimi-

---

[52] Protocolo de Estambul, punto 74.

[53] A ese hecho responden las Reglas Mandela al disponer que la administración del establecimiento penitenciario sólo "cooperará plenamente con esa autoridad y garantizará la preservación de todas las pruebas" (Regla 71, numeral 1). El énfasis está en que la investigación la realice otra autoridad independiente e imparcial. Cooperar se contrapone al concepto de realizar por cuenta propia.

[54] Desde esa misma mirada, sorprende además que el Instructivo general del Fiscal Nacional que imparte criterios de actuación en delitos de violencia institucional, haya establecido que el o la fiscal podrá trabajar directamente con el DIAP. Oficio del Fiscal Nacional núm. 037/2019, punto I.3.7.

[55] Reglas Mandela 57, numeral 3 y Regla 71.

[56] Art. 79 párr. 3, Código Procesal Penal.

nal dentro de la estructura de la administración penitenciaria, indica la falta de interés del organismo especializado en investigaciones criminales (Ministerio Público). En los hechos, la administración carcelaria se hace cargo de una función que deberían cumplir las policías chilenas (Policía de Investigaciones y Carabineros de Chile) instruidas por el Ministerio Público.

La propia legislación orgánica de Gendarmería de Chile estipula que su función es "atender, vigilar y contribuir a la reinserción social de las personas".[57] Parece contrario al sentido literal entender que la realización de investigaciones criminales sean parte de la atención o vigilancia de personas privadas de su libertad; se trata de actividades que buscan reprimir hechos delictivos justo cuando la atención y vigilancia fracasaron. Tampoco podemos argumentar que las investigaciones contribuyan a la reinserción social de las personas encarceladas. Al contrario, podemos suponer que si la misma persona que debe contribuir a esas actividades se convierte en "sapo",[58] eso tiene un impacto negativo en su capacidad de cumplir con el objetivo. Desde esa perspectiva, la intervención de Gendarmería de Chile en la investigación de delitos intracarcelarios es contraria a las finalidades institucionales. Demuestra, a su vez, una falta de debida diligencia por parte del Estado en generar mecanismos eficaces para dar solución a un conflicto (en este caso penal). Existe incluso jurisprudencia nacional, que demuestra cómo la falta de debida diligencia en las investigaciones realizadas por funcionarios de Gendarmería de Chile, puede convertir los medios probatorios recopilados en prueba ilícita.[59]

---

[57] Art. 1o., Ley Orgánica de Gendarmería de Chile.

[58] "Sapear/sapo: persona que entrega información confidencial, ya sea a otros reclusos o al personal uniformado", Gendarmería de Chile, *Hablemos sobre el COA. Más allá de la cárcel*, Santiago de Chile, Pontificia Universidad Católica de Chile, 2021, disponible en: *https://html.gendarmeria.gob.cl/doc/Hablemos_del_coa_Digital_I.pdf*, p. 94.

[59] El Juzgado de Garantía de Ancud resolvió absolver a un imputado por amenazas a funcionarios de Gendarmería de Chile (Sentencia del 31 de mayo de 2014, caso RIT núm. 1722-2013, RUC núm. 1301151737) argumentando que: "…no existió un procedimiento adecuado de denuncia por parte de gendarmería y por Fiscalía ya que no existió, o por lo menos no se apreció en este juicio que hubiese existido una dirección de la investigación por parte de la Fiscalía, razón por la que las actuaciones posteriores de investigación se encuentran viciadas, estimando esta sentenciadora que la prueba en esta causa fue obtenida con infracción de garantías constitucionales ya que no se procedió de la forma y procedimiento que regula el CPP, para efectos de iniciar el proceso penal, razón por la que la prueba en esta causa será valorada negativamente. Que... no se entrará a analizar la prueba de cargo por estar esta recogida con infracción de garantías constitucionales, lo cual genera que la prueba rendida en juicio es ilícita (art. 19, núm. 3, de la Constitución Política de la República".

Donde se requiere una especialización para realizar investigaciones de manera efectiva y profesional, se recurre a personal de una institución cuyo objetivo no es la persecución penal. Se obliga a funcionarios penitenciarios a cumplir un rol que no es suyo. Así el Ministerio Público convierte a los auxiliares de la investigación en otra policía. Eso en desmedro de las orientaciones que entregan diferentes normas internacionales. A nivel nacional todavía no se ha discutido lo suficiente si esa delegación de funciones es ilegal. Podríamos mencionar que la normativa procesal entrega, por ejemplo, sólo a las organizaciones policiacas la facultad de realizar determinadas actuaciones sin orden previa.[60] Entre ellas, resguardar el sitio del suceso, identificar a los testigos y consignar las declaraciones que ellos presten voluntariamente.[61] Si los funcionarios penitenciarios realizan todas estas labores, aunque sea con buenas intenciones, podría implicar que toda la evidencia recopilada se convierte en ilícita.

Cabe mencionar que recientemente se anunció que se iba a nombrar a un fiscal destinado a coordinar actividades investigativas al interior de los recintos carcelarios.[62] Ese nombramiento puede dar nuevos impulsos para mejorar las investigaciones de todos los delitos intracarcelarios. Sin embargo, el anuncio no forma parte de una política criminal integral y sustentable, sino que constituye una respuesta a una coyuntura política. Desde esta perspectiva pareciera más realista pensar que ese nombramiento no va a mejorar las posibilidades de que en el futuro se cumpla con la debida diligencia en las investigaciones de delitos intracarcelarios.

2. Acerca de la impunidad respecto a los delitos intracarcelarios

Vimos que, tanto en homicidios como en lesiones e incluso en las investigaciones que abarcan hechos de supuesta tortura y maltrato, el uso de diferentes formas de archivo de la causa es una constante. En cada una de las categorías delictuales analizadas, el Ministerio Público recurre a esos mecanismos en un porcentaje considerablemente mayor, cuando se trata de delitos cuyo sitio de suceso es la cárcel. A consecuencia, casi la mitad de los homicidios intracarcelarios (45.83%), más de las tres cuartas partes de lesiones (78.16%) y las tres cuartas partes de hechos de supuesta tortura o maltrato (75.91%) quedan prácticamente impunes. Es difícil imaginar

[60] Artículo 83, Código Procesal Penal.

[61] Artículo 83, letras c y d, Código Procesal Penal.

[62] Véase el artículo de José Navarette: "Ministerio Público nombrará a fiscal para abordar investigaciones de delitos en recintos penitenciarios", *La Tercera*, 20 de septiembre de 2022.

cómo con esos resultados se pueda sostener que las penas previstas para estos ilícitos tengan algún efecto intimidante en las personas privadas de su libertad o en los funcionarios penitenciarios. Desde la perspectiva de una persona privada de su libertad, pareciera ser mucho más probable que el victimario en un caso de lesiones o tortura y maltrato salga impune. Los datos estadísticos confirman esta visión. De esa manera la ineficacia de la persecución penal se convierte en un factor que contribuye a la causa de la propia violencia intracarcelaria.

Respecto a la efectividad de la reacción institucional frente a la victimización delictiva al interior de las cárceles, la evidencia internacional indica que cárceles con menores niveles de impunidad frente a los delitos cometidos en su interior, muestran una menor incidencia de este tipo de hechos.[63] Un estudio acerca de la violencia carcelaria en Alabama, Estados Unidos, concluye que un sistema penitenciario eficaz alienta a las personas privadas de su libertad y al personal a denunciar las amenazas y/o la violencia, a fin de que la administración pueda responder adecuadamente a los agresores y evitar la violencia. Advierte que cuando no se investigan adecuadamente las acusaciones de abuso sexual, no se podrán determinar los factores que permiten que éstos ocurran ni se podrán realizar las acciones correctivas necesarias para abordar el problema.[64]

La Comisión que desde 2003 acompaña la implementación de la Ley para la Eliminación de Violaciones en el ámbito carcelario de Estados Unidos (*Prison Rape Elimination Act*), opina que el hecho de que no se investiguen sistemáticamente los incidentes y no se responsabilice a los autores silencia a las víctimas y permite que florezcan los abusos.[65] La Comisión encontró además que no se denunciaban todos los casos de abuso sexual de las personas privadas de su libertad, y que las víctimas tenían muchas razones para no denunciar: miedo a las represalias, deseo de no ser tachadas de *soplonas*, sentimientos de vergüenza y humillación o bajas expectativas

[63] Silberman, M., "Resource mobilization and the reduction of prison violence", *Research in Social Problems and Public Policy*, vol. 8, 2001; Homel, R. y Thomson, C., "Causes and Prevention of Violence in Prisons", en O'Toole, S. y Eyland, S. (eds.), *Corrections Criminology*, Sydney, Hawkins Press, 2005.

[64] United States Department of Justice, *Investigation of Alabama's State Prisons for Men*, 2 de abril de 2019, p. 41, disponible en: *https://www.justice.gov/crt/case-document/file/1149971/download*.

[65] Struckman-Johnson, C. y Struckman-Johnson, D., "Stopping Prison Rape: The Evolution of Standards Recommended by PREA's National Prison Rape Elimination Commission", *The Prison Journal*, vol. 93, núm. 3, 2013, p. 347.

de que se les ayudará.[66] Para estimular a las personas recluidas a denunciar las agresiones sexuales, se elaboraron normas para hacer más fácil y seguro el proceso de denuncia. A su vez se generaron manuales de capacitación para funcionarios dispuestos a romper el "código de silencio". Éste se ha definido como la falta de voluntad del personal y/o de la dirección para hablar abiertamente sobre incidentes de carácter ilegal o poco ético. El personal puede negarse a cooperar en la investigación de hechos críticos, a fin de proteger a sus colegas.[67]

Todos estos hallazgos demuestran que la impunidad de los delitos intracarcelarios no es un hecho inamovible, sino que es fruto de decisiones políticas e institucionales. Se pueden idear estrategias tanto para romper el "código de silencio" como para hacer más efectivas las investigaciones al interior del sistema carcelario. Que, a pesar de ello, exista inactividad, evidencia nuevamente la falta del Estado de observar los estándares de debida diligencia en la investigación de delitos intracarcelarios.

3. La necesidad de protección especial de las víctimas privadas de su libertad

Constatamos también que las personas privadas de su libertad que son víctimas de delito no constituyen una preocupación prioritaria por parte del Estado chileno. Aún no existen instrumentos normativos, institucionales o de gestión internos que tomen en cuenta y aborden las necesidades específicas de investigación criminal en materia de delitos intracarcelarios. Tampoco encontramos que las instituciones involucradas estén generando información estadística para analizar el fenómeno. Nuestro estudio es el primer esfuerzo en esa línea. El Estado y sus instituciones todavía no enfrentan la violencia y la criminalidad intracarcelaria como una "práctica extendida o estructural". Tampoco existen políticas específicas para la protección de víctimas que se encuentran recluidas.

Si bien se ha generado un instructivo que refleja varias de las directrices emanadas del Protocolo de Minnesota, otros estudios han demostrado que aún falta una política de implementación.[68] Tampoco existen instructi-

[66] *Ibidem*, p. 345.

[67] United States Department of Justice, *op. cit.*, p. 41.

[68] Un informe de CEJA resalta que "Debe destacarse, sin embargo, que las directrices contenidas en el Protocolo de Minnesota no se reducen a la elaboración de la autopsia, sino que abarcan todo el proceso de la investigación, partiendo por la recolección inicial de la prueba en la escena del crimen". Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA),

vos específicos que tomen en cuenta las particularidades de investigaciones de homicidios que se deben realizar en el sistema carcelario. En relación con la investigación de todos los demás delitos cometidos al interior de las cárceles, aún no existen iniciativas o respuestas institucionales de este tipo. La elaboración del mencionado protocolo se constituye entonces en una iniciativa aislada, que obedece más a un impulso internacional que a una política de Estado. Para cumplir con el deber de debida diligencia, el Estado debería elaborar políticas de investigación y prevención de delitos, especialmente homicidios, lesiones y actos de tortura en el sistema carcelario.

A nivel internacional existen manuales y cursos de enseñanza específicos sobre cómo realizar investigaciones al interior de recintos carcelarios, justamente porque las investigaciones al interior de cárceles se consideran complejas.[69] Es necesario tomar en cuenta las particularidades que presentan investigaciones en ese ámbito. Podemos mencionar, por ejemplo, un estudio canadiense que encontró que reclusos de mayor edad solicitaban con más frecuencia y voluntariamente ser colocados en segregación, por miedo a su seguridad personal. Algunos se sentían tan vulnerables que rara vez abandonaban su celda o módulo. La incidencia de amenazas y agresiones hacia ellos(as) parecían ser comunes. Los incidentes en su mayoría no fueron reportados y, por lo tanto, rara vez fueron investigados.[70] El Protocolo de Estambul en su reciente versión de 2022, en el párrafo 609, también resalta los desafíos que presentan investigaciones de tortura en el contexto carcelario. Hacen falta políticas institucionales que tomen en cuenta estos hallazgos para verificar si estos problemas existen a nivel nacional para diseñar, en su caso, las respuestas correspondientes.

Junto con la investigación criminal, una adecuada respuesta institucional a la criminalidad intracarcelaria debería considerar la implementación de estrategias de protección a víctimas y testigos, en especial cuando se trata de personas pertenecientes a grupos en situación de vulnerabilidad. Los hechos delictivos pueden afectar con mayor facilidad y frecuencia a las personas pertenecientes a estos grupos, por "actitudes prejuiciosas y percepciones discriminatorias muy arraigadas en la sociedad misma, que son más pronun-

---

Evaluación del sistema de justicia de Chile ante las violaciones de derechos humanos ocurridas en el contexto de la protesta social, 2020, p. 47, disponible en: *https://www.ciperchile.cl/wp-content/uploads/documento-03-1.pdf*.

[69] Bell, W., *Practical Criminal Investigations in Correctional Facilities*, CRC Press-Routledge, 2002.

[70] Office of the Correctional Investigator, "Aging and Dying in Prison: An Investigation into the Experiences of Older Individuals in Federal Custody", 2018, disponible en: *https://www.oci-bec.gc.ca/cnt/rpt/oth-aut/oth-aut20190228-eng.aspx#_Toc536691307*.

ciadas en los cerrados entornos de la prisión[...] pueden sufrir humillaciones, abuso físico y psicológico y violencia, debido a su etnicidad, nacionalidad, género y orientación sexual".[71] Por ejemplo, personas con discapacidad psiquiátrica o intelectual son especialmente vulnerables, ya que se les dificulta entender los códigos de comportamiento, pueden ser intimidadas por funcionarios para servir de informantes o bien obligadas por otros(as) reclusos(as) a realizar actos dañinos contra sí mismos(as) o terceros.[72]

En España, se estudió cómo el hecho de padecer una enfermedad mental incidía en la probabilidad de victimización al interior de la cárcel. Concluyen que las agresiones físicas hacia personas con enfermedad mental (psicosis, depresión y desórdenes de la personalidad) son 2.5 veces superiores respecto de los que no tienen ninguna.[73] En Estados Unidos encontraron que la tasa de victimización física entre reclusos, con cualquier enfermedad mental, fue 1.6 veces más alta que en hombres sin enfermedad mental. En el caso de las reclusas, ésta era 1.7 veces más alta.[74] A nivel federal, el Instituto Nacional de Derechos Humanos ha señalado que personas de la comunidad LGTB+ son muy discriminadas al interior de las cárceles y registran casos de agresión de mayor gravedad.[75] Pese a estos hallazgos, las personas privadas de su libertad en Chile, en general, como también específicamente aquellas que han sido víctimas de delitos, son tratadas como un grupo homogéneo. No existen procedimientos o instructivos internos específicos para proveer seguridad y protección a víctimas y testigos vulnerables en las cárceles del país. Esto puede tener graves consecuencias, ya que investigaciones sobre el fenómeno de la revictimización, muestran que el haber sido víctima puede constituirse en sí mismo en un factor de riesgo de una nueva

---

[71] Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, *Manual sobre Reclusos con Necesidades Especiales*, Nueva York, 2009, p. 4, disponible en: *https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/MANUAL_RECLUSOS_CON_NECESIDADES_ESPECIALES_1.pdf.*

[72] Caravaca-Sánchez, F. *et al.*, "Agresiones físicas en prisión, la enfermedad mental como factor de riesgo asociado", *Revista Española de Sanidad Penitenciaria*, vol. 16, núm. 3, 2014, p. 84; Wolff, N. *et al.*, "Sexual Violence Inside Prisons: Rates of Victimization", *Journal Urban Health*, vol. 83, 2006, p. 469; Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, *op. cit.*, p. 15.

[73] Caravaca-Sánchez, F. *et al.*, *op. cit.*, p. 84.

[74] Wolff, N. *et al.*, *op. cit.*

[75] Instituto Nacional de Derechos Humanos, Estudio de las condiciones carcelarias en Chile 2014-2015. *Seguimiento de recomendaciones y cumplimiento de estándares internacionales sobre el derecho a la integridad personal*, 1a. ed., Santiago de Chile, 2017, pp. 179-182, disponible en: *https://bibliotecadigital.indh.cl/bitstream/handle/123456789/1136/estudio-general.pdf?sequence=1*.

victimización, entre otras razones, porque el victimario obtiene valiosa información de la víctima, de sus posibilidades de defenderse y de la eficacia de la reacción del entorno.[76]

El hecho que las instituciones no tomen en cuenta la especial complejidad de investigaciones en delitos carcelarios, grafica que el Estado no está abordando el acceso a la justicia de las víctimas de delitos intracarcelarios con la debida diligencia. El Estado no toma en cuenta que las personas privadas de su libertad forman parte de un grupo considerado vulnerable y que requiere de medidas específicas para garantizar su acceso a la justicia. Desde la perspectiva del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, los datos que analizamos previamente indican que Chile no garantiza un efectivo acceso a la justicia cuando se trata de la investigación de delitos intracarcelarios.

v. Conclusiones

La pregunta de investigación que orientó este trabajo fue: ¿cuál es el grado de cumplimiento del estándar de debida diligencia en la investigación de los delitos dentro del sistema carcelario? Para ello, analizamos las características de la criminalidad intracarcelaria en contraste con la criminalidad que ocurre fuera de los muros de la prisión. También examinamos los datos sobre el tipo de término al que llegan las investigaciones criminales por delitos que ocurren dentro de la cárcel (lesiones, homicidio y tortura y malos tratos), en comparación a los que se producen fuera de ésta.

A partir de los datos analizados, constatamos que las cárceles en Chile constituyen lugares de sufrimiento, no sólo por las restricciones propias que impone la pena privativa de libertad, sino que por el sufrimiento agravado que implica vivir en un entorno inseguro, en el cual las personas están sometidas al riesgo de sufrir atentados graves contra su integridad física y/o psíquica, con una alta probabilidad de ocurrencia. Verificamos que se registran proporcionalmente más delitos violentos dentro que fuera de la cárcel.

[76] Summers, L., "Repeticiones virtuales y repeticiones cercanas", en Fisher, B. y Lab, S. (eds.) *Enciclopedia de victimología y prevención del delito*, Los Ángeles, SAGE, 2010; Lamm, D., *Analyzing Repeat Victimization. Problem-Oriented Guides for Police Problem-Solving Tool Series*, Guide No. 4, U.S. Department of Justice, diciembre de 2005, disponible en: *http://www.ncdsv.org/images/USCOPS_AnalyzingRepeatVictimization_8-2005.pdf*; Daem, T., "Repeat Victimization and the Study of Social Control", *International Journal of the Sociology of Law*, núm. 33, 2005.

Por otra parte, el Estado de derecho tampoco ha penetrado los muros de la cárcel. No existe igualdad en la persecución penal y las cifras que mostramos grafican la evidente inefectividad del principio de legalidad al interior del sistema carcelario. Esa inefectividad no constituye una consecuencia "natural" o cuasi automática del contexto, sino que es consecuencia de decisiones institucionales y políticas. Las instituciones de la justicia penal no garantizan de la misma manera el acceso a la justicia a personas privadas de su libertad que a aquellas que no lo son. Las investigaciones criminales sobre delitos de lesiones, homicidios y tortura y malos tratos ocurridos dentro de las cárceles chilenas, tienen no sólo una mayor probabilidad de ser archivadas temprana o tardíamente, sino también una menor posibilidad de llegar a una condena, en comparación a las investigaciones que se siguen por los mismos delitos ocurridos fuera de los márgenes carcelarios.

Las cifras denotan que las instituciones involucradas no siguen los estándares de la debida diligencia, cuando se trata de víctimas privadas de su libertad. El contar con cárceles más seguras no sólo constituye un requisito en virtud del respeto a los derechos humanos de las personas privadas de su libertad, sino que es en sí mismo un aporte a la seguridad pública. Diversos estudios muestran que, por ejemplo, los delitos de violación en prisión ponen en peligro la seguridad pública al hacer que los reclusos peligrosos sean más propensos a cometer delitos cuando son puestos en libertad. Las víctimas de violación en prisión sufren graves efectos físicos y psicológicos que dificultan su capacidad de integrarse en la comunidad y de mantener un empleo estable después de salir de la cárcel.[77] En una cárcel con mucha violencia, no existe un ambiente propicio para la reinserción.[78] Incluso si desconfiamos de la posibilidad de reinserción mediante penas privativas de libertad, tendríamos que conceder que el efecto negativo que puede generar la permanencia en la cárcel se acrecienta a mayores niveles de violencia.[79]

La mayor parte de las personas que hoy están en la cárcel regresarán a la vida en libertad. Como sociedad estamos interesados en que cuando

---

[77] Abner, C., *Preventing and Responding to Corrections-Based Sexual Abuse: A Guide for Community Corrections Professionals*, Estados Unidos, American Probation and Parole Association, diciembre de 2009, p. 2, disponible en: *https://www.appa-net.org/eweb/docs/APPA/pubs/PRCBSA.pdf*.

[78] Dilulio, J., *Governing Prisons. A Comparative Study of Correctional Management*, Nueva York, The Free Press, 1987; Coyle, A., "Prison Reform Efforts Around the World: The Role of Prison Administrators", *Pace Law Review*, vol. 24, núm. 2, 2003.

[79] Crewe, B., "Inside the Belly of the Penal Beast: Understanding the Experience of Imprisonment", *International Journal for Crime, Justice and Social Democracy*, vol. 4, núm. 1, 2015, p. 54.

ello ocurra, estas personas no salgan más dañadas de la cárcel que cuando entraron a ella. Haber sido víctima de violencia durante el tiempo de privación de libertad, con los consiguientes correlatos negativos en su salud física y mental[80] no va en esa dirección, y es por lo tanto uno de los aspectos prioritarios sobre los que debemos intervenir.

Una forma de realizar aquello es conociendo los factores que inciden en una mayor eficacia y calidad de las investigaciones penales de estos delitos y en la protección de sus víctimas y testigos, con el propósito de diseñar estrategias adecuadas para mejorar el acceso a la justicia y la debida diligencia frente a estos hechos. Así también, no resulta coherente el haber reaccionado de forma enérgica frente a personas por haber trasgredido la ley penal, condenándolas a prisión, y luego no reaccionar o hacerlo débilmente, cuando alguna de ellas es víctima de un delito en el contexto carcelario. Esta realidad cotidiana se contrapone con el objetivo de reinserción social que declaran la Gendarmería de Chile y el Estado en su conjunto.

No abogamos a favor de una sobrecriminalización de las personas privadas de su libertad. Fortalecer la eficacia de la persecución penal al interior del sistema carcelario conlleva reconocer las obligaciones que el Estado tiene frente a las personas privadas de su libertad. La administración carcelaria es garante de la seguridad al interior, un deber incumplido cuando se suscitan hechos delictivos en su interior. Para poder cumplir con ese rol, tiene que desarrollar instructivos, protocolos y políticas específicas que garanticen la interacción y coordinación con otras instituciones, garantizando así la debida diligencia y el efectivo acceso a la justicia de las personas privadas de su libertad. Esa labor contribuiría a cambiar la concepción que prevalece en torno a las personas encarceladas. Comprenderlas también como víctimas cuando han sufrido una agresión en su contra. De esa manera se supera la relación bipolar de amigo-enemigo. Esta dualidad subsistente en el sistema carcelario[81] y apunta a la negación de la humanidad del otro. Poco o nada interesa el acceso a la justicia de la persona privada de su libertad, si la percibo como mi adversario. Es desde esa perspectiva que fortalecer la eficacia de la persecución penal y el acceso a la justicia al interior de las cárceles, puede ser una herramienta de cambio.

---

[80] Liebling, A. y Maruna, S. (eds.), *The Effects of Imprisonment*, Nueva York, Willam Publishing, 2005.

[81] Luis Vergara lo describe en "Aproximación al fenómeno de la militarización en la cultura organizacional de Gendarmería de Chile", en Stippel, J. y Medina, P. (eds.), *La No Ciudadanía. Sobre la exclusión legal y real de las personas en el sistema carcelario*, Tirant Lo Blanch, 2019.

VI. Bibliografía

"El imperio narco en la cárcel", *24 Horas*, 24 de septiembre de 2021, disponible en: *https://www.24horas.cl/programas/informeespecial/informe-especial-el-imperio-narco-en-la-carcel-4985260*.

Abner, C., *Preventing and Responding to Corrections-Based Sexual Abuse: A Guide for Community Corrections Professionals*, Estados Unidos, American Probation and Parole Association, diciembre de 2009, disponible en: *https://www.appa-net.org/eweb/docs/APPA/pubs/PRCBSA.pdf*.

Alcácer, R., *Los fines del derecho penal. Una aproximación desde la filosofía política*, Madrid, Universidad Complutense, 1998.

Ayala, L., "Siguen extorsiones en Santiago 1: nueva visita de juez motivó inéditas medidas para enfrentar a bandas extranjeras en las cárceles", *La Tercera*, 20 de septiembre de 2022, disponible en: *https://www.latercera.com/nacional/noticia/siguen-extorsiones-en-santiago-1-nueva-visita-de-juez-motivo-ineditas-medidas-para-enfrentar-a-bandas-extranjeras-en-las-carceles/MSPUHD7X55GRDHIPSJ6M4ATRM4*.

Bell, W., *Practical Criminal Investigations in Correctional Facilities*, crc Press-Routledge, 2002.

Capelletti, M. y Garth, B., *El acceso a la justicia. Movimiento mundial para la efectividad de los derechos. Informe General*, Buenos Aires, Colegio de Abogados del Departamento Judicial de La Plata, 1983.

Caravaca-Sánchez, F. *et al.*, "Agresiones físicas en prisión, la enfermedad mental como factor de riesgo asociado", *Revista Española de Sanidad Penitenciaria*, vol. 16, núm. 3, 2014.

Centro de Estudios de Justicia de las Américas (ceja), *Evaluación del sistema de justicia de Chile ante las violaciones de derechos humanos ocurridas en el contexto de la protesta social*, 2020, disponible en: *https://www.ciperchile.cl/wp-content/uploads/documento-03-1.pdf*.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (cidh), Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las américas, 2011, disponible en: *https://www.oas.org/es/cidh/ppl/docs/pdf/ppl2011esp.pdf*.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (cidh), *El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. Estudio de los Estándares fijados por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, 7 de septiembre de 2007.

Coyle, A., "Prison Reform Efforts Around the World: The Role of Prison Administrators", *Pace Law Review*, vol. 24, núm. 2, 2003.

Crewe, B., "Inside the Belly of the Penal Beast: Understanding the Experience of Imprisonment", *International Journal for Crime, Justice and Social Democracy*, vol. 4, núm. 1, 2015.

Daem, T., "Repeat Victimization and the Study of Social Control", *International Journal of the Sociology of Law*, núm. 33, 2005.

Dilulio, J., *Governing Prisons. A Comparative Study of Correctional Management*, Nueva York, The Free Press, 1987.

Espinoza, O. *et al*., "El sistema penitenciario y su impacto en los derechos humanos de las personas privadas de libertad", en Centro de Derechos Humanos, *Informe sobre Derechos Humanos en Chile 2014*, 2014, disponible en: *http://www.derechoshumanos.udp.cl/derechoshumanos/images/InformeAnual/2014/Cap%2006%20Impacto%20del%20sistema%20penitenciario%20en%20los%20ddhh%20percepcion%20privados%20libertad.pdf* .

Gendarmería de Chile, *Hablemos sobre el COA. Más allá de la cárcel*, Santiago de Chile, Pontificia Universidad Católica de Chile, 2021, disponible en: *https://html.gendarmeria.gob.cl/doc/Hablemos_del_coa_Digital_I.pdf*.

Homel, R. y Thomson, C., "Causes and Prevention of Violence in Prisons", en O'Toole, S. y Eyland, S. (eds.), *Corrections Criminology*, Sydney, Hawkins Press, 2005.

Instituto Interamericano de Derechos Humanos, *Manual Autoformativo sobre Acceso a la Justicia y Derechos Humanos en Chile*, San José, 2011.

Instituto Nacional de Derechos Humanos, Estudio de las condiciones carcelarias en Chile 2014-2015. *Seguimiento de recomendaciones y cumplimiento de estándares internacionales sobre el derecho a la integridad personal*, 1a. ed., Santiago de Chile, 2017, disponible en: *https://bibliotecadigital.indh.cl/bitstream/handle/123456789/1136/estudio-general.pdf?sequence=1*.

Instituto Nacional de Derechos Humanos, *Estudio de las condiciones carcelarias en Chile. Diagnóstico del cumplimiento de los estándares internacionales de derechos humanos sobre el derecho a la integridad personal, 2016-2017*, Santiago de Chile, diciembre de 2018, disponible en: *https://bibliotecadigital.indh.cl/bitstream/handle/123456789/1180/estudio-general-2016-2017.pdf?sequence=3&isAllowed=y*.

La Rosa, Javier, "Acceso a la justicia: elementos para desarrollar una política pública en el país", *Derecho virtual*, año 1, núm. 3, octubre-diciembre de 2006, disponible en: *www.derechovirtual.com*.

Lamm, D., *Analyzing Repeat Victimization. Problem-Oriented Guides for Police Problem-Solving Tool Series*, Guide No. 4, U.S. Department of Justice, diciembre de 2005, disponible en: *http://www.ncdsv.org/images/USCOPS_AnalyzingRepeatVictimization_8-2005.pdf*.

León, Gisela de *et al.*, *Debida Diligencia en la Investigación de Graves Violaciones a Derechos Humanos*, Buenos Aires, Centro por la Justicia y el Derecho Internacional, 2010, disponible en: *https://www.corteidh.or.cr/tablas/r25129.pdf*.

Liebling, A. y Maruna, S. (eds.), *The Effects of Imprisonment*, Nueva York, Willam Publishing, 2005.

Navarette, J., "Ministerio Público nombrará a fiscal para abordar investigaciones de delitos en recintos penitenciarios", *La Tercera*, 20 de septiembre de 2022, disponible en: *https://www.latercera.com/nacional/noticia/ministerio-publico-nombrara-a-fiscal-para-abordar-investigaciones-de-delitos-en-recintos-penitenciarios/LZNBBKDIPBFCTHV7ZU4PAYZHZU*.

Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, *Manual sobre Reclusos con Necesidades Especiales*, Nueva York, 2009, disponible en: *https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/MANUAL_RECLUSOS_CON_NECESIDADES_ESPECIALES_1.pdf*.

Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, *Global Study on Homicide. Executive Summary*, Vienna, 2019, disponible en: *https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/gsh/Booklet1.pdf* .

Office of the Correctional Investigator, "Aging and Dying in Prison: An Investigation into the Experiences of Older Individuals in Federal Custody", 2018, disponible en: *https://www.oci-bec.gc.ca/cnt/rpt/oth-aut/oth-aut20190228-eng.aspx#_Toc536691307*.

Pizarro, M., "Cárceles al límite: una bomba de tiempo a punto de estallar". *Chilevisión Noticias*, 23 de junio de 2021, disponible en: *https://www.chvnoticias.cl/reportajes/carceles-al-limite-tercera-parte_20210623*.

Rodríguez, M. y Pino, O., "Análisis de la (in)eficacia del principio de obligatoriedad en el ejercicio de la acción penal en la etapa preliminar del proceso penal chileno", *Revista de derecho (Coquimbo)*, vol. 22, núm. 1, 2015, disponible en: *https://dx.doi.org/10.4067/S0718-97532015000100009*.

Sánchez, M. y Piñol, D., *Condiciones de vida en los centros de privación de libertad en Chile. Análisis a partir de una encuesta aplicada a seis países de Latinoamérica*, Santiago de Chile, Instituto de Asuntos Públicos-Centro de Estudios en Seguridad Ciudadana-Universidad de Chile, junio de 2015, disponible en: *https://www.cesc.uchile.cl/docs/CESC_condiciones_centros_privacion.pdf*.

Sanhueza, G. *et al.*, "Victimización física entre internos en cárceles chilenas: una primera exploración", *Revista Trabajo Social*, vol. 88, 2015.

Silberman, M., "Resource mobilization and the reduction of prison violence", *Research in Social Problems and Public Policy*, vol. 8, 2001.

Struckman-Johnson, C. y Struckman-Johnson, D., "Stopping Prison Rape: The Evolution of Standards Recommended by prea's National Prison Rape Elimination Commission", *The Prison Journal*, vol. 93, núm. 3, 2013.

Summers, L., "Repeticiones virtuales y repeticiones cercanas", en Fisher, B. y Lab, S. (eds.) *Enciclopedia de victimología y prevención del delito*, Los Ángeles, sage, 2010.

Tamayo, T., "Incendio en la Torre 5: las 81 muertes que Gendarmería quiere olvidar", *Ciper*, 24 de octubre de 2016, disponible en: *https://www.ciperchle.cl/2016/10/24/incendio-en-la-torre-5-las-81-muertes-que-gendarmeria-quiere-olvidar*.

United States Department of Justice, *Investigation of Alabama's State Prisons for Men*, 2 de abril de 2019, disponible en: *https://www.justice.gov/crt/case-document/file/1149971/download*.

Ventura, M., "La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de acceso a la justicia e impunidad", Ponencia presentada el 10 de agosto de 2005 en el Taller Regional sobre Democracia, Derechos Humanos y Estado de Derecho, organizado por la Oficina del Alto Comisionado de la Naciones Unidas para los Derechos Humanos, disponible en: *http://www.corteidh.or.cr/tablas/r24428.pdf*.

Vergara, L., "Aproximación al fenómeno de la militarización en la cultura organizacional de Gendarmería de Chile", en Stippel, J. y Medina, P. (eds.), *La No Ciudadanía. Sobre la exclusión legal y real de las personas en el sistema carcelario*, Tirant lo Blanch, 2019.

Wolff, N. *et al.*, "Sexual Violence Inside Prisons: Rates of Victimization", *Journal Urban Health*, vol. 83, 2006.

Wolff, N. *et al.*, "Patterns of Victimization Among Male and Female Inmates: Evidence of an Enduring Legacy", *Violence Vict*, vol. 24, núm. 4, 2009.

Zota, C., "Incorporación del análisis interseccional en las sentencias de la Corte idh sobre grupos vulnerables, su articulación con la interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos", *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, vol. 9, 2016.

Acceso a la justicia en Brasil: elecciones y participación social en la defensoría pública

Vinícius **Alves Barreto da Silva**[*]

Sumario: I. Introducción. II. Política judicial y la Defensoría Pública en Brasil. III. La Escuchadoría. IV. Los modelos electorales. V. El modelo de São Paulo. VI. El modelo de Río de Janeiro. VII. El modelo del Río Grande del Sur. VIII. La política judicial de la Defensoría Pública frente a la sociedad civil. IX. Conclusión. X. Referencias bibliográficas.

I. Introducción

Los estudios sobre el acceso a la justicia en América Latina usualmente prescinden de un enfoque político en el sentido de la ciencia política moderna, con el uso de herramientas analíticas empíricas y enfoque en las capacidades institucionales de los órganos involucrados en la tarea de ofertar servicios jurídicos a aquellos que no pueden pagar. Lo más común es el análisis de textos legales y de los enfoques interpretativos que a ellos les dan las cortes, así como comentarios sobre esas interpretaciones con indicativos de cómo deben realmente ser utilizados para cumplir su objetivo transformador.

[*] Estudiante de doctorado en la Universidad de Ottawa. Miembro del Fórum Justicia (*www.forumjustica.com.br*), organización brasileña dedicada a la democratización del sistema de justicia y a una política judicial integradora. Ontario Trillium Scholar, 2018-2022.

En oposición, es fundamental atentar para la política judicial que opera y sostiene las instituciones del sistema de justicia. Eso implica reconocer que las normas, decisiones judiciales y su efectividad social son material y simbólicamente estructuradas de acuerdo con las capacidades institucionales existentes. Además, los derechos requieren un esfuerzo político incesante para que tengan efectos transformadores en sociedades complejas. Múltiples factores estructuran la materialidad de los órganos judiciales, entre ellos, su presupuesto, cantidad de agentes, nivel real de independencia funcional, origen social, prestigio y salario de sus funcionarios. Todo eso está en relación dinámica con otros órganos del Estado y la sociedad civil. Sin embargo, acá nos interesan algunos elementos institucionales específicos: los modelos electorales de la Defensoría Pública, la política judicial que estos modelos generan y su impacto en la relación con la sociedad civil. En el primer capítulo, voy a describir el enfoque de la política judicial y la metodología de análisis.

Debido a que he tenido la oportunidad de aplicar este tipo de análisis a la Defensoría Pública de Río de Janeiro,[1] en este artículo voy a intentar aplicarla a un órgano específico que integra la Defensoría Pública: la Escuchadoría General. La Escuchadoría es la más reciente innovación organizacional de gran impacto en el campo del acceso a la justicia en Brasil. Su impacto no se debe al alcance geográfico o poblacional, que todavía son limitados, sino al cambio de paradigma que fue capaz de introducirse en la estructura y en la legitimidad social de la Defensoría Pública y, quizá, de todo el sistema de justicia. Su existencia pone en perspectiva la baja legitimidad social de otras instituciones del sistema de justicia, como el Ministerio Público y el Poder Judicial, cuyas relaciones con la sociedad no son mediadas por un órgano participativo. En el segundo capítulo de este texto, presentaré la Escuchadoría y su marco normativo.

La Escuchadoría es un órgano participativo en el sistema de justicia brasileño. La sociedad civil y los movimientos sociales pueden participar del proceso de elección del "Escuchador General" de la Defensoría Pública, pero esos grupos van a tener más o menos poder en el proceso de acuerdo con el modelo de elección aplicado por la Defensoría. En el tercer capítulo, presentaré tres modelos existentes en Río de Janeiro, São Paulo y Río Grande del Sur, y discutiré cómo ellos limitan o refuerzan la participación social.

La relación del "Escuchador" con esa misma sociedad civil es fundamental para que él pueda operar como un mediador entre los defensores pú-

[1] Da Silva, Vinícius A. B., *Política Judicial: a disputa pela supremacia na Defensoria Pública*, Río de Janeiro, Lumen Juris, 2019.

blicos y los grupos vulnerables. Ésta es una posición política muy delicada, pues los intereses corporativistas, de clase, el racismo institucional, el conservadurismo político y otras fuerzas presentes en la política judicial se contraponen a los intereses de los grupos vulnerables que él debe representar. Por lo tanto, la calidad de la participación social y el control ejercido por la institución para limitar esa misma participación es una tensión permanente en la política judicial de la Defensoría Pública. El último capítulo presenta un balance de esta tensión.

II. Política judicial y la Defensoría Pública en Brasil

En mi investigación sobre las tensiones políticas que recortan la Defensoría Pública en Río de Janeiro,[2] abordé el tema según categorías histórico-analíticas planteadas por Antonio Gramsci[3] y desarrolladas por la tradición marxista brasileña, especialmente por Carlos Nelson Coutinho.[4] Asimismo, son referentes importantes sobre la tradición gramsciana brasileña Bianchi[5] y Secco.[6] Bobbio[7] es un ejemplo de referente internacional que se dedicó al estudio del impacto de las categorías de Gramsci en la teoría del Estado y el derecho. Esas categorías gramscianas funcionan para comprender dinámicas complejas de oposición entre coerción y consenso, producción de hegemonía y conquista de la supremacía política en una formación político-social. En un breve resumen, la teoría gramsciana plantea la división analítica del Estado (en sentido ampliado) en sentido estricto o sociedad política, responsable por la gestión de la fuerza —lo que caracteriza a la dominación—, y la sociedad civil, en la cual se encuentran los aparatos privados de hegemonía, que trabajan para que los grupos dominados se adhieran al proyecto político de los grupos dominantes

[2] *Idem.*

[3] Gramsci, A., *Cadernos do cárcere*, 7a. ed., Río de Janeiro, Civilização Brasileira, vol. 1, 2014; Gramsci, A., *Cadernos do cárcere*, 7a. ed., Río de Janeiro, Civilização Brasileira, vol. 3, 2016.

[4] Coutinho, C. N., *Gramsi: um estudo sobre o seu pensamento político,* Río de Janeiro, Civilização Brasileira, 1999.

[5] Bianchi, A., "Gramsci além de Maquiavel e Croce: Estado e sociedade civil nos «Quaderni del Carcere»",

[6] Secco, L., *Gramsi e a Revolução*, São Paulo, Alameda, 2006.

[7] Bobbio, N., *Estado, governo, sociedade. Para uma teoria geral da política*, 13a. ed., Río de Janeiro, Paz e Terra, 2007.

—lo que caracteriza a la hegemonía—. Según Coutinho,[8] la supremacía se constituye en el momento en el que un grupo social obtiene el control del aparato del Estado y de la hegemonía social, unificando el consenso y la coerción.

En este esquema, el sistema de justicia es usualmente considerado como parte del Estado en sentido estricto porque la función coercitiva del derecho se vuelve su aspecto más fundamental en la tarea de defender la permanencia de las relaciones de clase y la defensa del Estado. Sin embargo, es muy evidente que el recurso al derecho para constreñir al Estado y promover avances sociales le da al sistema de justicia aspectos contradictorios y complejos. El derecho legitima al Estado, entre otras formas, por canalizar conflictos sociales y alienar a la sociedad de sus medios de resolución de conflictos. Eso indica la necesidad de profundizar la mirada teórica para comprender mejor cómo esa doble función se produce y en cuáles circunstancias operan.

En este sentido, no se puede mirar al sistema de justicia como una totalidad, sino como cada una de sus instituciones y la formación de su propia política, es decir, las disputas por el poder político en su interior y de qué maneras ese poder político se relaciona con el Estado y la sociedad civil. Eso es lo que propuse llamar "política judicial". Para comprenderla, yo aplico las categorías gramscianas a estas mismas instituciones. En mi investigación anterior, analicé la política judicial de la Defensoría Pública de Río de Janeiro y acá intento extender la metodología de análisis a las defensorías de otros estados brasileños, como São Paulo y Río Grande del Sur.

En Brasil, la sociedad política o el gobierno de la Defensoría Pública (y demás instituciones del sistema de justicia) pueden ser comprendidos como resultantes de la actividad política del jefe institucional (el defensor público-general, elegido por sus pares en contra a otros candidatos y ratificado por el gobernador del estado) y del Consejo Superior, que opera como órgano legislativo interno, también ocupado por ocupantes elegidos por los miembros de la institución. Por el hecho de ser elegidos cada dos años, esos agentes forman parte de grupos políticos internos a la institución, que tienen proyectos de desarrollo institucional propios, intereses más o menos corporativistas, más o menos en favor de las elites o de los grupos vulnerables, y representan distintos intereses de clase, raza o género. Dependiendo de su organicidad, esos grupos constituyen verdaderos partidos políticos dentro de la institución. Además, las defensorías poseen escuelas y centros de estudios jurídicos dedicados a la formación profesional (y política)

[8] Coutinho, C. N., *op. cit.*, p. 130.

de defensores públicos y candidatos al cargo de defensor, y a la producción y difusión de conocimiento jurídico entre los defensores. Las asociaciones de defensores públicos son igualmente activas en la defensa de sus intereses corporativos frente al jefe, al gobierno del estado y en la construcción del *lobby* en el Poder Legislativo.

Al igual que sindicatos, partidos políticos, institutos de enseñanza, medios de comunicación conforman a la sociedad civil en la teoría de Gramsci, los elementos mencionados arriba conforman una sociedad civil interna en la Defensoría Pública, que es más o menos independiente del gobierno de la institución. La política judicial de la Defensoría es, así, la política resultante de la unidad dinámica de la sociedad política interna de la Defensoría (el defensor público-general, sus asesores y el Consejo Superior) con la sociedad civil interna de la Defensoría (los grupos o partidos políticos, la asociación de defensores, la escuela y el centro de estudios jurídico de la Defensoría). Dicho cuadro teórico permite explicar la captura de las instituciones del sistema de justicia por grupos dominantes, por intereses corporativos o, en contra, su énfasis en la defensa de los vulnerables. Dado el límite presupuestario y de recursos humanos y materiales disponibles, también permite explicar la selección de prioridades de acción por los grupos políticos dominantes. Cuando grupos más conservadores o corporativistas detienen la supremacía interna, es decir, ocupan todos los espacios de política judicial, su agenda política es implementada más impunemente. Lo mismo cuando grupos progresistas la detienen. De hecho, eso explica la selectividad institucional de acuerdo con las agendas de los grupos que la dominan. La inefectividad de las normas jurídicas es causada, en este marco, por la selectividad ordenada por la lógica político-judicial y son los cambios de dominación, hegemonía y supremacía internos los que responden a avances o retrasos a nivel institucional.

III. La Escuchadoría

En portugués, lo que aquí traducimos por "Escuchadoría", se dice *Ouvidoria*, que quiere decir el lugar donde se escuchan los reclamos de los consumidores de un servicio. En general, este órgano es traducido como *ombudsman*, que en muchos países de Latinoamérica se convirtió en las Defensorías del Pueblo. Creo más inteligente traducir por Escuchadoría porque brinda visibilidad a una innovación típica de Brasil, y por lo tanto de América Latina, alejándonos de la tradición nórdica y anglosajona que ha incorporado

el término *ombudsman*. En verdad, la Escuchadoría es distinta en su propósito del modelo de *ombudsman* y de las Defensorías del Pueblo debido a su función de conexión política directa entre los grupos vulnerables y el gobierno de las Defensorías Públicas. Así, no es un órgano equidistante e independiente para hacer la mediación entre asistidos y defensores públicos, sino que debe activamente representar a los sectores más vulnerables.

¿Cuál es el lugar de la Escuchadoría en la política judicial de la Defensoría Pública? Originaria de la Defensoría Pública del Estado de São Paulo, la Escuchadoría es parte del proyecto de desarrollo institucional de los grupos de defensores públicos progresistas en alianza con movimientos sociales en un momento de popularización de las iniciativas de participación social en el Poder Ejecutivo, bajo el liderazgo del Partido de los Trabajadores después de 2002. A pesar de ser rechazada por la mayoría de los defensores públicos del país en el momento de su proposición e implementación, los grupos de defensores, en comando de la Asociación Nacional de Defensoras y Defensores Públicos (Anadep) y de influyentes asociaciones estatales, en sintonía con el Poder Ejecutivo, impulsaron la inclusión de esta instancia participativa en la enmienda a la Ley Complementar 132/2009, la norma nacional de la Defensoría Pública. En 2009, solamente el 36.39% de los defensores públicos estatales aprobaban una Escuchadoría encabezada por miembros externos a la Defensoría.[9]

En 2015, el 67.5% de los defensores públicos estatales aprobaban a la Escuchadoría.[10] A pesar de que la resistencia de los defensores públicos ha disminuido a partir de su funcionamiento, la resistencia persiste de varias maneras. Como bien observa Luciana Zaffalon Leme Cardoso,[11] ex escuchadora de la Defensoría Pública de São Paulo, se trata de una ranura en un sistema de justicia tradicionalmente encerrado en sí mismo, corporativista y elitista, que permite a los que necesitan de asistencia jurídica presentar sus problemas, evaluar la respuesta de la Defensoría y proponer cambios significativos para un sistema de justicia más eficiente y cercano a los grupos vulnerables. Este propósito fue traducido en el texto legal en las siguientes normas, que han sido añadidas a la Ley Complementar 132, de 2009:

[9] Ministério da Justiça, *III Diagnóstico Defensoria Pública no Brasil*, Brasilia, 2009.

[10] Ministério da Justiça, *IV Diagnóstico Defensoria Pública no Brasil*, Brasilia, 2015.

[11] Cardoso, L. Z. L., *Uma fenda na justiça: as inovações democráticas construídas na Defensoria Pública*, São Paulo, Editora Hucitec, 2010.

105-A: La Escuchadoría es un órgano complementar de la Defensoría Pública.
Art. 105-B. El Escuchador-General será elegido por el Consejo Superior entre ciudadanos de reputación intachable, no pertenecientes a la carrera, indicados en una terna formada por la sociedad civil, para un mandato de 2 (dos) años, permitiéndose una (1) reelección.
Art. 105-C. El Escuchador-General es responsable de:
I. Recibir y remitir al Inspector General las representaciones contra los miembros y servidores públicos de la Defensoría;
II. Proponer a la Defensoría Pública medidas y acciones encaminadas a la consecución de los principios institucionales y a la mejora de los servicios prestados;
V. Promover actividades de intercambio con la sociedad civil;
VI. Establecer medios de comunicación directa entre la Defensoría y la sociedad, para recibir sugerencias y quejas, adoptando las medidas pertinentes e informando a los interesados de los resultados;
VII. Contribuir a la difusión de formas de participación popular en el seguimiento y supervisión de los servicios prestados por la Defensoría Pública;
VIII. Mantener contacto permanente con los diversos órganos de la Defensoría Pública del Estado, estimulándolos a actuar en permanente armonía con los derechos de los usuarios;
IX. Coordinar encuestas periódicas y elaborar estadísticas sobre los índices de satisfacción de los usuarios, y difundir los resultados.

Para que cumpla su función, el escuchador tiene un asiento en el Consejo Superior de la Defensoría Pública con poder de manifestarse sobre cualquier discusión, pero sin derecho de voto. Ese poder asegura transparencia y le permite al escuchador congregar a los movimientos sociales a hacer presión sobre el gobierno de la Defensoría en contra de decisiones administrativas que puedan socavar el interés social; por ejemplo, la reducción injustificada de la carga de trabajo, beneficios corporativos, la impunidad frente a malas conductas de los defensores públicos, etcétera. En ese sentido, el lugar de la Escuchadoría en la política judicial de la Defensoría Pública es el de asegurar que esa misma política judicial mínimamente considere o máximamente se alinee con los intereses predominante de los grupos vulnerables. Por lo tanto, la Escuchadoría es una barrera política a los grupos conservadores y que reproducen los intereses de las élites jurídicas tradicionales en la Defensoría Pública.

Como formas de resistencia en contra a la Escuchadoría y su propósito, los grupos de defensores públicos más conservadores aplican cuatro estrategias. Una de ellas es no implementar la Escuchadoría como lo define la ley.

De hecho, de los veintiséis estados y el Distrito Federal, solamente quince unidades federativas implementaron la Escuchadoría. Esto deja claro que no basta que exista la ley, sino que es necesario que grupos de defensores públicos en favor de la Escuchadoría obtengan el gobierno o la supremacía en la política judicial para que ella sea creada. Esta condición no se ha producido aún en estados importantes, como Minas Gerais y Pernambuco.

Una segunda manera de resistencia es modular las elecciones de manera que la sociedad civil tenga menor poder de participación y el Consejo Superior pueda concentrar poderes o interferir en la formación de la terna. Eso ocurre porque la Ley Complementar 132/2009 no establece cómo la sociedad civil va a apuntar una terna de candidatos. Existen tres modelos principales de elección implementados por las defensorías públicas y el modelo menos participativo es capaz de anular la independencia de la sociedad civil de elegir una terna. En el siguiente capítulo vamos a presentar esos modelos. Una tercera manera es utilizar el control formal del Consejo Superior para no homologar candidaturas de organizaciones de la sociedad civil que deseen integrar el colegio electoral o para no homologar candidatos a la posición de escuchador. La cuarta manera es no seleccionar el candidato con más votos, sino a uno de los otros menos votados en la terna. Ésa es la forma menos discutible de injerencia porque el Consejo Superior detiene la discrecionalidad y está autorizado a seleccionar a cualquiera de los tres. Sin embargo, es una forma de desprestigiar la voluntad de la sociedad civil y ésta lo resiente cuando eso ocurre.

IV. Los modelos electorales

En este capítulo, plantearé los principales modelos electorales que existen para la elección del Escuchador de la Defensoría Pública en Brasil. En todo el país hay variaciones, pero cada estado debe seguir estos modelos en líneas generales. Analizo tres Defensorías como ejemplo de esos modelos. Sin embargo, excepto en el caso de la Defensoría Pública de São Paulo, los otros dos casos no significan que ellos fueron los primeros en aplicar esos modelos o que son los mejores en hacerlo.

La opción por esos casos es justificada de muchas formas. La Defensoría Pública de São Paulo tiene un modelo único y complejo, que ha cambiado en las últimas tres elecciones. Su complejidad es típica de una Defensoría Pública que ha inaugurado la Escuchadoría y que corresponde a una sociedad civil muy desarrollada y con gran número de organizaciones. De hecho,

el estado de São Paulo es el más populoso y rico de Brasil. La Defensoría Pública de Río de Janeiro, a su vez, es la más antigua, mejor estructurada y con más defensores públicos en el país. Yo personalmente participé de la creación de su Escuchadoría en 2015 y observo su política judicial desde 2011. El estado de Río de Janeiro es el segundo estado más rico del país y el tercer más populoso. El tercer estado más rico y segundo más populoso es Minas Gerais, pero éste no posee una Escuchadoría. Por eso, nuestro tercero modelo es el de la Defensoría Pública del Estado de Río Grande del Sur, el cuarto estado más rico y sexto más populoso. Este último posee una Defensoría muy bien establecida, que adopta un modelo diferente de los otros dos.[12]

Los datos que informan esta investigación fueron obtenidos de los periódicos oficiales de los tres estados y de las publicaciones oficiales de las defensorías públicas estatales en sus propios periódicos. Esos datos incluyen las deliberaciones con las reglas y procedimientos de las elecciones, las llamadas, los nombres de los candidatos y organizaciones civiles inscritas, los calificados y los descalificados, así como las motivaciones de la descalificación. La lista completa de fuentes está en las referencias bibliográficas. Las evaluaciones políticas sobre la calidad del proceso electoral y la relación con la sociedad civil son basadas en mi observación, participación y discusiones con defensores públicos, escuchadores y liderazgos de la sociedad civil por más de diez años de trabajo para desarrollar dinámicas de intercambio entre defensores públicos, investigadores y movimientos sociales en todo el país. Sin embargo, las conclusiones y los errores son de responsabilidad exclusiva del autor.

V. El modelo de São Paulo

La elección para escuchador de la Defensoría Pública de São Paulo (2020) es un proceso multifacético que reflexiona la multiplicidad de organizaciones y los varios canales de comunicación entre la Defensoría y la sociedad civil en aquel estado. Para elegir una terna de candidatos de los cuales uno será seleccionado por el Consejo Superior para ser el escuchador, hay tres distintas elecciones. Por lo tanto, hay tres colegios electorales y cada uno de ellos

[12] Para conocer toda la estructura, número de defensores públicos y unidades judiciales atendidas por todas las defensorías públicas estatales de Brasil, véase: IPEA y Anadep, *II Mapa das Defensoria Públicas Estaduais e do Distrito Federal no Brasil*, Brasilia, Río de Janeiro, 2021.

indicará un candidato. La elección es organizada por una Comisión Electoral compuesta por defensores públicos indicados por el Consejo Superior de la Defensoría Pública.

El primer colegio electoral está compuesto por el Consejo Consultivo de la Escuchadoría. Como observa Luciana Zaffalon[13] la sociedad civil organizada está representada, frente a la Defensoría Pública, por la Escuchadoría y por una red de soporte institucionalizada, el Consejo Consultivo de la Escuchadoría, cuyos diecinueve miembros (once oficiales y ocho sustitutos) son seleccionados por el escuchador de entre figuras importantes en la lucha por derechos y el acceso a la justicia. Este Consejo Consultivo existe para asesorar al escuchador y permitir el intercambio de la Escuchadoría con la sociedad civil. Es una institución de soporte y *accountability* con respeto al escuchador. Como colegio electoral, el Consejo Consultivo es libre para seleccionar a cualquier persona, cumplidos los requisitos formales, los cuales describiré adelante, y elegir así su candidato a la terna.

El segundo colegio electoral es compuesto por todos los consejos estatales de derechos que se han calificado como votantes. Los consejos estatales de derechos integran la estructura de la Secretaría de Justicia de São Paulo. Ellos agrupan a organizaciones sociales (ONG y asociaciones de derecho privado sin ánimo de lucro) en áreas temáticas y se dedican a la proposición, aprobación y fiscalización de políticas públicas, así como a la movilización política y pedagógica de la sociedad para la defensa de derechos. Como ejemplos, se encuentran el Consejo Estatal de Derechos de la Persona Humana, de la Persona con Discapacidad, el Consejo Estatal del Anciano, el Consejo Estatal de la Condición Femenina, etcétera. En ese colegio electoral, cada consejo de derecho detiene un voto. Al mismo tiempo, cada uno de los consejos estatales puede seleccionar a una persona, cumplidos los requisitos formales, miembro o no del consejo, para concurrir como candidato a escuchador en este colegio electoral. La persona más votada será incluida en la terna como candidato a escuchador.

El tercer colegio electoral, llamado "colegio de las entidades", es compuesto por organizaciones de la sociedad civil que se han calificado como votantes. Pueden calificarse las entidades de derecho privado sin ánimo de lucro que estén legalmente constituidas por un mínimo de cinco años y cuyos objetivos visen la promoción de los derechos humanos y la erradicación de la pobreza y marginalidad y de las desigualdades sociales y regionales, y que cuenten con al menos un año de actuación en la ciudad de São Paulo. Así, éste es el colegio electoral más amplio y que puede invo-

[13] Cardoso, L. Z. L., *op. cit.*, pp. 115 y 116.

lucrar a inumerables asociaciones y ONG con experiencias en una gran variedad de temáticas de luchas por derechos. Cualquier persona, cumplidos los requisitos formales, puede concurrir en este colegio electoral. La persona más votada será indicada a la terna como candidato a escuchador.

Los requisitos para ser candidato a escuchador son: ser brasileño o brasileña, tener buena reputación, poder ejercer los derechos políticos y haber cumplido con las obligaciones electorales y militares, tener dieciocho años como mínimo y no ser defensor público. Para participar en el proceso, deberá presentar su histórico de la justicia civil y criminal, currículo y plan de trabajo para su mandato en la Escuchadoría. La Comisión Electoral también organiza audiencias públicas para presentar a los candidatos aprobados para participar. Esos candidatos deben tener sus fotos, currículo y plan de trabajo presentados en una página de Internet quince días antes de la votación de los colegios electorales. Las votaciones en los tres colegios electorales ocurren al mismo tiempo y el voto es uninominal y sigiloso, con tres urnas específicas. El recuento de votos es inmediato. Los más votados constituyen la terna a ser enviada al Consejo Superior de la Defensoría Pública. Todos las discordancias y apelaciones de las decisiones de la Comisión Electoral se dirigen al Consejo Superior.

En las tablas I y II, es posible observar la participación de la sociedad civil con el número de participantes en el cada colegio electoral como candidatos y electores. También es posible observar el número de candidaturas denegadas por parte de la Defensoría Pública. Las tablas representan las dos últimas elecciones, ocurridas en 2020 y 2022, en las que este modelo fue aplicado. En ambos momentos, el candidato más votado en el colegio electoral del Consejo Consultivo de la Escuchadoría fue el seleccionado por el Consejo Superior de la Defensoría Pública para ser el escuchador.

Tabla I. Datos de la elección para escuchador de la Defensoría Pública de São Paulo, 2020

Colegio electoral	*Candidatos*		*Electores*	
	Aprobados	Denegados	Aprobados	Denegados
Consejo consultivo	2	0	11	0
Consejos estatales de derechos	3	0	6	0
Colegio de entidades	7	0	119	38
Total	12	0	136	38

Fuente: *Diario Oficial do Estado de São Paulo*, 2020.

Tabla ii. Datos de la elección para escuchador de la Defensoría Pública de São Paulo, 2022

Colegio electoral	*Candidatos*		*Electores*	
	Aprobados	Denegados	Aprobados	Denegados
Consejo consultivo	1	0	11	0
Consejos estatales de derechos	1	1	6	0
Colegio de entidades	2	2	66	52
Total	4	3	83	52

Fuente: *Diario Oficial do Estado de São Paulo*, 2022.

Algunos puntos se destacan. La participación de organizaciones sociales es notable, aún más si la comparamos con las elecciones en Río de Janeiro y Río Grande del Sur. Cabe resaltar que cada consejo estatal de derecho es una colectividad de organizaciones sociales, con números variables que pueden llegar a más de dos decenas, lo que multiplica la legitimidad social de la elección en caso de que todas las organizaciones en el consejo estén efectivamente involucradas en el proceso electoral, lo que no se puede asegurar. Sin embargo, la participación disminuyó en 2022, pues hubo menos candidatos y menos organizaciones en el colegio de entidades. En 2020, ciento cincuenta y siete organizaciones sociales intentaron calificarse como electoras y treinta y ocho fueron negadas. En 2022, ciento dieciocho organizaciones buscaron formar parte del proceso, pero cincuenta y dos fueron negadas. En ese sentido, hubo mucha más restricción a la participación social en 2022 y la denegación de candidatos a electores creció 36.8%. Similarmente, el número de personas interesadas en calificarse como candidatos se redujo de doce en 2020 a siete en 2022. De estas siete, tres tuvieron su registro denegado para participar. Las denegaciones, tanto de candidatos como de organizaciones, es justificada por la ausencia de documentación o por sumisión de los documentos después de la fecha final. Es posible que los candidatos y las organizaciones hayan tenido más dificultad en presentar sus documentos en una circunstancia de pandemia, al mismo tiempo en que la Comisión Electoral no fue flexible para reconocer esos desafíos materiales.

El hecho de que el escuchador escogido por el Consejo Superior sea el más votado en el colegio electoral del Consejo Consultivo de la Escuchadoría puede indicar un sesgo elitista, en el sentido de la teoría de las élites, no en el sentido popular. El Consejo Consultivo es el colegio electoral

con menos participación social, compuesto por personas con experiencia en el acceso a la justicia, activistas, abogados, jueces jubilados e investigadores, muchos con larga experiencia en organizaciones sociales o asociaciones profesionales. En el Consejo Consultivo, estas personas no representan a sus organizaciones. Su función es más cercana a un consejo de notables y, en efecto, el Consejo participa con mucha frecuencia de la política de la Escuchadoría. Así, posee una legitimidad basada en su aproximación política y en el conocimiento de los desafíos de la Escuchadoría y de la Defensoría. Este tipo de legitimidad parece ser más importante que la legitimidad social de los otros colegios electorales, que se basa en el número de electores y su representatividad. Otra crítica proviene del hecho de que los miembros del Consejo Consultivo de la Escuchadoría no son electos por la sociedad civil, sino que son indicados por el propio escuchador. Esto es importante debido a que la decisión de este colegio puede ser sugestionada para aceptar la reelección del escuchador o para elegir como sucesor a alguien de la preferencia del escuchador.

VI. El modelo de Río de Janeiro

La Defensoría Pública de Río de Janeiro sigue un proceso más simple para elegir a su escuchador, en el cual hay solamente un colegio electoral compuesto por organizaciones sociales que formen parte de uno de los consejos estatales de derechos. Esas entidades deben probar que no poseen ánimo de lucro, que sus finalidades involucran la promoción de derechos en alguna área de actuación de la Defensoría Pública y que fueron establecidas por lo menos doce meses antes de la convocatoria de la elección.

Diferente del modelo de São Paulo, en éste no son los consejos estatales de derecho los que seleccionan a un representante, sino que cada organización con asiento en un consejo de derechos puede registrar a un representante. Una segunda diferencia es que no es necesario que dichas organizaciones estén constituidas como personas jurídicas de derecho privado. Pueden ser movimientos sociales o grupos de activistas que no estén formalizados, pero que participen en un consejo de derechos. Una tercera diferencia es que los electores pueden ejercer el voto plurinominal, es decir, pueden votar en hasta tres candidatos para formar la terna.

Sin embargo, hay más exigencias para los candidatos. Éstos deben ser indicados por una organización de la sociedad civil, que no necesita estar formalizada con una personalidad jurídica y no necesita participar de un

consejo estatal de derechos. Basta que esta organización no tenga ánimo de lucro y que tenga experiencia en alguna área de actuación de la Defensoría Pública. Además de los requisitos previstos en el modelo de São Paulo, los candidatos no pueden haber ocupado un puesto de representación en algún partido político, sindicato o asociación profesional un año antes de haber sido publicada la convocatoria de la elección. También deben presentar su currículo, histórico de activismo social en una de las áreas de actuación de la Defensoría y los propósitos políticos que defiende para la Escuchadoría y para promover prácticas participativas en la Defensoría Pública.

Todo el procedimiento de calificación de candidatos y electores es antecedido por una audiencia pública, a través de la cual la Defensoría busca movilizar a la sociedad civil para participar en las elecciones. Se envían invitaciones a los consejos estatales de derechos y a organizaciones con notable actuación en la defensa de derechos y se busca amplia divulgación en los medios de comunicación. Después del procedimiento de calificación y de los recursos, es determinado el día de la votación, en el cual los candidatos tienen quince minutos para exponer sus propuestas. Los tres candidatos más votados por las organizaciones forman la terna que sigue para que el Consejo Superior elija al nuevo escuchador.

Tabla III. Elecciones para escuchador de la Defensoría Pública de Río de Janeiro

Elección	*Candidatos*		*Organizaciones electoras*	
	Aprobados	Denegados	Aprobadas	Denegadas
2015	7	0	17	0
2017	3	0	14	0
2019	3	0	25	0
2021	2	0	35	7

En la tabla III, se puede ver que el número de candidatos ha disminuido. En la primera elección en 2015, el Consejo Superior de la Defensoría Pública no eligió al más votado por la sociedad civil para ser el escuchador por razones de política judicial. La Escuchadoría era un órgano muy controvertido entre los defensores públicos y muchos se encontraban en contra de su creación. La candidata más votada por la sociedad civil era una mujer con larga experiencia en organizaciones sociales y un liderazgo del movimiento negro. Sin embargo, por su perfil combativo y crítico al racismo existente en el sistema de justicia, segmentos del gobierno de la Defensoría

Pública creían que ella iba a profundizar las contradicciones existentes en la institución y a aumentar la tensión política entre facciones conservadoras y progresistas. Por eso, el Consejo Superior escogió al segundo más votado, hombre blanco, abogado, con un perfil conciliatorio, larga experiencia con organizaciones de derechos humanos y experiencia con respeto a las idiosincrasias y a la política de los agentes del sistema de justicia. Él tenía un perfil tolerable para los segmentos conservadores y, por eso, tuvo la misión de consolidar la Escuchadoría.

En la segunda elección, en 2017, el escuchador se presentó a la reelección. Eso, además de la no selección del más votado en la elección anterior, contribuyó para reducir la legitimad del proceso electoral y entonces menos candidatos y organizaciones decidieron participar en el proceso. El escuchador fue reelegido. En 2019, la legitimidad fue recuperada, pues nuevos candidatos se presentaron, con la movilización de diferentes sectores de la sociedad. El más votado fue elegido. A pesar de ser un perfil más joven, tenía una larga experiencia en la defensa de los derechos humanos de poblaciones vulnerables en las favelas de Río de Janeiro, especialmente aquellas victimadas por la violencia policial. Si el escuchador anterior había sido importante para construir la legitimidad de la Escuchadoría junto a los defensores públicos, este nuevo escuchador ha sido muy importante para consolidar y enraizar la legitimidad de la Escuchadoría en los movimientos sociales y grupos más vulnerables de la sociedad. En 2021 fue reelegido. A pesar de haber concurrido con solamente otra candidata, apuntando una disminución de la participación en el proceso, el número de organizaciones de la sociedad civil electoras creció. Eso apunta para un aumento de la legitimidad de la Escuchadoría frente a la sociedad civil.

Al mismo tiempo, en 2021 fue la primera vez que la Defensoría Pública negó la calificación de algunas organizaciones sociales para participar como electoras. De las cuarenta y dos organizaciones que buscaron calificarse, siete no lo lograron. Pero aquí es importante resaltar que la Defensoría Pública extendió el plazo para que las organizaciones que no hubieran presentado los documentos necesarios pudieran hacerlo. Así, en el comienzo del procedimiento de calificación, había veintinueve organizaciones pendientes de entrega de documentos y al fin solamente siete no lo hicieron. Una razón para excluir organizaciones fue la ausencia de actuación en un consejo estatal de derechos en el momento de la suscripción, mismo de organizaciones cuyo asiento en un consejo estuviera previsto en la ley pero que no pudieron ocuparlo mientras tanto.

VII. El modelo de Río Grande del Sur

En el estado de Río Grande del Sur el modelo impuesto por la Defensoría Pública es el más cerrado en cuanto a la participación de la sociedad civil. Este modelo, en virtud del control que ofrece a la Defensoría, fue replicado por las defensorías más reticentes a implementar la Escuchadoría. Los requisitos para presentarse como candidato no son diferentes de los casos mencionados arriba; sin embargo, destaca una atención especial a los casos de nepotismo. De hecho, no pueden candidatearse los miembros de la Defensoría Pública de Río Grande del Sur, activos o inactivos, así como ciudadanos que sean cónyuges o convivientes o tengan parentesco, por consanguinidad, civil o afinidad, hasta el tercer grado, y ciudadanos servidores del Personal de los Servicios Auxiliares de la Institución.[14]

El colegio electoral es constituido por organizaciones de la sociedad civil con personalidad jurídica, con un mínimo de tres años de existencia, sin ánimo de lucro, con actuación en el estado o en el país, que tengan como finalidad la defensa de derechos relacionados a la actuación de la Defensoría y que representen intereses sociales relevantes pertinentes a la Defensoría. No está prevista la creación de la Comisión Electoral, y la calificación y los recursos de los candidatos y organizaciones no calificadas son dirigidos al Consejo Superior de la Defensoría Pública.

No todas las organizaciones calificadas pueden proseguir para elegir la terna, como en el modelo de Río de Janeiro. Hay un momento anterior en el cual el Consejo Superior, el mismo que ha calificado a los participantes, conduce una votación interna en la que cada miembro del Consejo puede votar por hasta tres organizaciones para indicar las que poseen más afinidad temática con los objetivos institucionales de la Defensoría Pública. Así es que las tres organizaciones con más votos podrán seleccionar, mediante el voto abierto, a uno de los candidatos previamente calificados para componer la terna. No pueden indicar al mismo candidato. En el caso en que las tres organizaciones no indiquen a tres candidatos, se pasa a otras organizaciones en la lista. Formada la terna, los miembros del Consejo Superior eligen, por voto secreto, al escuchador entre ellos.

Se puede ver que el Consejo Superior domina todo el proceso. Él es responsable de calificar a los candidatos y las organizaciones participantes; selecciona a las tres organizaciones a las cuales esté reducido el colegio

[14] Conselho Superior da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul, *Resolução CSDPE no. 21/2010*, 2010, art. 3 párrafo único, "b".

electoral y posteriormente elige al escuchador. Aunque calificados, muchas organizaciones y candidatos no participarán en el proceso. En esta situación, la sociedad civil posee pocas oportunidades de condicionar la voluntad de la Defensoría. En la práctica, se requiere que las organizaciones compitan entre ellas para ser seleccionadas por el Consejo Superior, a pesar de la necesidad de fortalecer un proyecto común en la sociedad civil. El capital político y simbólico de las organizaciones es sobredimensionado, pues las más grandes e importantes organizaciones vuelven a tener más ventajas para ser seleccionadas. Al mismo tiempo, ya se sabe por cuáles candidatos las organizaciones van a votar y la selección de las organizaciones por el Consejo Superior es condicionada por esa información. El proceso es claramente el más cerrado a la participación genuina de la sociedad civil.

Tabla iv. Elecciones para escuchador de la Defensoría Pública de Río Grande del Sur

Elección	*Candidatos*		*Organizaciones electoras*	
	Aprobados	Denegados	Aprobadas	Denegadas
2017	3	3	13	6
2019	5	7	8	1
2021	6	10	11	11

Además del control proporcionado por el procedimiento de formación del colegio electoral, se puede ver en la tabla iv que la denegación de candidaturas es muy frecuente, lo que implica el control ejercido por la Defensoría Pública sobre la sociedad civil. La documentación incompleta es la principal motivación que basa la denegación de las candidaturas.

viii. La política judicial de la defensoría pública frente a la sociedad civil

Defendí en mi tesis de maestría[15] que la relación de la Defensoría Pública con la sociedad civil se da bajo una estrategia corporativista exagerada o moderada. La primera no ve en la sociedad civil una instancia valiosa de diálogo para impulsar el desarrollo institucional. En este caso, la Defensoría repite

[15] Da Silva, *op. cit.*

las estrategias corporativistas de las otras instituciones del sistema de justicia. Se prioriza el diálogo al igual que la subordinación a las élites políticas o jurídicas para producir el aumento del presupuesto de la institución y en ocasiones se buscan mecanismos para la apropiación privada de ese presupuesto institucional a través de aumentos salariales o compensaciones financieras a los defensores públicos. La justificación de esta estrategia es la necesidad de volver la carrera profesional de defensor público atractiva a los abogados de forma que compitan con el Ministerio Público y el Poder Judicial por los mejores profesionales. Eso se complementa con la búsqueda por garantizar los mismos medios a la defensa que a la acusación. En ese sentido, el presupuesto y el salario equivalente entre las instituciones judiciales son índices de equidad en un sistema acusatorio.

Una estrategia corporativista moderada elegirá el diálogo con la sociedad civil para que ella le apoye en la búsqueda por más presupuesto y salarios equivalentes. Diferente de la estrategia anterior, la relación con las élites es atenuada y se desarrollan prácticas más republicanas en las cuales la institución basa sus demandas de desarrollo institucional en datos empíricos sobre el trabajo de los defensores y sobre la necesidad de la población vulnerable por estos servicios. Así se estructura un bloque entre la población vulnerable y los grupos de defensores públicos progresistas, que necesitan estar en el gobierno judicial para llevar esta estrategia adelante, lo que incrementa la transparencia y el *accountability*. En cuanto a los recursos, ellos no son directamente apropiados de manera privada por los defensores, sino que son invertidos en estructura para incrementar la calidad del trabajo, en acciones de búsqueda activa junto a las poblaciones vulnerables, investigaciones y producción de datos. Así se crea un *feedback* positivo con el cual la Defensoría puede asegurar su relevancia política, social, económica y jurídica y justificar su demanda creciente por más recursos con base en datos empíricos y su legitimidad. En esta última estrategia, la Escuchadoría se establece como un órgano clave para promover la movilización de la sociedad civil para impulsar el trabajo de los defensores y canalizar la defensa de la institución en un momento de necesidad o crisis.

Lo anterior explica cómo la Escuchadoría fue creada en los diferentes estados analizados y cómo los procesos electorales reflejan el lugar de la sociedad civil en las estrategias de desarrollo institucional de cada Defensoría Pública. El caso de São Paulo se conforma en una Defensoría Pública que ha sido creada por una coalición de abogados públicos estatales (procuradores del estado) con una sociedad civil en la cual existen numerosas entidades no gubernamentales y asociaciones dedicas a los más diferentes ámbitos de interés social y, por eso, ésta fue la primera Escuchadoría en exis-

tir en Brasil. Es decir, cuando se creó la Defensoría Pública de São Paulo en 2006, la Escuchadoría ya era parte de la institución. Sólo hasta 2009 se establecería la inclusión de la Escuchadoría en la ley nacional, lo que determinaría su creación en todos los estados. Además, es la Escuchadoría con más estructura y la única con un consejo consultivo propio. También posee un protagonismo importante en todo el país.

Sin embargo, eso no significa que no haya resistencias de los defensores públicos a esta relación más estrecha con la sociedad civil. El modelo de elección de escuchadores ha cambiado dos veces en el pasado y eso refleja cambios en la composición de fuerzas políticas dentro de la Defensoría Pública. El primer modelo consistía en una elección en la cual el colegio electoral que escogía la terna era conformado exclusivamente por las organizaciones que componían el Consejo Estatal de Derechos Humanos de São Paulo. Eso despertaba una crítica de que la Defensoría se quedaba a merced de organizaciones no gubernamentales con roles y estrategias de implementación del acceso a la justicia que competían con la Defensoría Pública. Más críticas se añadirían cuando el Consejo Estatal de Derechos Humanos eligió a un escuchador que, de acuerdo con una parte de los defensores públicos, no era capaz de dialogar con las necesidades del desarrollo institucional (o con las demandas corporativistas) y tenía una visión muy crítica y romántica de la actuación de la Defensoría.

Eso fue el detonante para una reformulación del modelo electoral que resultó en un colegio electoral erigido solamente por entidades de la sociedad civil, lo que es hoy en día una de las tres ventanas de entrada en el proceso electoral. Este cambio fue un intento por diluir el peso de las organizaciones de derechos humanos y el papel crecientemente crítico y no colaborativo con las demandas (corporativas) de desarrollo institucional, lo que en efecto culminó en una Escuchadoría que, a pesar de no perder su ligación estrecha con la sociedad civil, se volvió más comprensiva de los reclamos internos de los defensores. Con todo, hubo una relativa pérdida de legitimidad de la Escuchadoría frente a la sociedad civil.

El tercer cambio para el actual modelo descrito arriba plantea una búsqueda por incorporar la complejidad de la sociedad civil paulista en ánimos de fortalecer la legitimidad de la Escuchadoría. Sin embargo, si las futuras elecciones siguen determinadas por el consejo consultivo de la Escuchadoría, que es la ventana menos participativa y más elitista, es posible que ellas se conviertan en espacios en que la participación social masiva no es impactante sino una forma de legitimar una decisión tomada por pocos.

En el caso de la Escuchadoría de la Defensoría Pública de Río de Janeiro, a pesar de la ley para determinar su creación en 2009, sería implementada

hasta 2015. Eso se explica por el modelo de la política corporativista exagerado que fue custodiado por el grupo de defensores públicos que dominaban el gobierno de la institución hasta aquella fecha. Nuevas elecciones internas ocurrieron en 2014, cuando el grupo más progresista de defensores públicos, llamado Defensores Públicos en Movimiento, obtuvo la mayoría de los votos para elegir al defensor público-general. La implementación de la Escuchadoría estaba en su plataforma política. A partir de relaciones que el grupo tenía con organizaciones de la sociedad civil (entre ellas el Fórum Justicia en la cual yo participo), propuso un modelo sencillo y directo de elección, mirando a prácticas electorales de otras defensorías progresistas, por ejemplo la del estado de Ceará. La persistencia de la supremacía política de este grupo progresista llevó a una creciente inversión en la Escuchadoría, que ha asumido un rol muy activo en la proposición de acciones de búsqueda activa en las favelas, combate al racismo institucional, combate a la violencia policial y otras actividades muy importantes que hacen que la sociedad civil esté estrechamente involucrada en el proceso de desarrollo institucional de la Defensoría.

En el estado de Río Grande del Sur ocurre un proceso de implementación conservadora de la Escuchadoría. Con excepciones individuales, la Defensoría Pública de aquel estado nunca fue dirigida por grupos políticos internos con relaciones cercanas a la sociedad civil o movimientos sociales, sino que ha establecido enlaces con pocas organizaciones reconocidas de abogados y abogadas capaces de transitar en el sistema de justicia desde posiciones de élite. Así, movimientos sociales y organizaciones de base enfrentan más dificultades para dialogar con la Defensoría Pública. Bajo esta configuración, la Escuchadoría ya representaba una concesión inesperada, que también fue consecuencia de una influencia que provenía de la Anadep, que sostuvo enfáticamente la creación de las escuchadorías. Sin embargo, esta concesión fue formulada de manera que la Defensoría Pública pudiera ejercer el máximo control posible sobre la participación de la sociedad civil en la vida institucional y en el proceso electoral. El modelo es fruto de esta configuración política y también del provecho de los hiatos de la ley nacional, que permite a las defensorías dibujar gran parte del modelo electoral.

A pesar de este modelo, también es posible observar avances en una política judicial progresista en la Defensoría Pública de Río Grande del Sur. Defensores más progresistas han ocupado posiciones relevantes en el Consejo Superior y en la escuela de la institución, lo que posibilitó que organizaciones vinculadas a la lucha por la reforma agraria y otros movimientos sociales fueran elegidas y su candidata seleccionada para ser la escuchadora en la última elección. Por lo tanto, hoy la relación con movimientos socia-

les es más cercana. Sin embargo, nadie todavía ha propuesto cambios en el modelo electoral. De eso se concluye que, en ese modelo, debido al control ejercido por los defensores, los cambios internos son aún más fundamentales para producir una apertura hacia la sociedad civil.

IX. Conclusión

La Escuchadoría General de la Defensoría Pública es una innovación institucional con relevante impacto en la formulación de políticas de acceso a la justicia. Es un espacio que desafía el modelo tradicional, cerrado y elitista de la gestión del sistema de justicia porque permite a los grupos vulnerables, a través de ONG, asociaciones y movimientos sociales acceder a lugares de poder nunca accedidos. De otra manera, permite a grupos progresistas de la Defensoría formular estrategias de desarrollo institucional más republicanas y basadas en las necesidades de la población atendidas por la Defensoría.

Sin embargo, su efectividad encuentra límites en la tensión entre grupos progresistas y conservadores en el seno de la institución, que ven a la Escuchadoría como una amenaza a los modelos tradicionales de desarrollo institucional, al prestigio social de las carreras jurídicas y a la apropiación privada del presupuesto. Esos grupos conservadores miran al Ministerio Público y al Poder Judicial como ejemplos de suceso institucional y buscan que la Defensoría siga por su camino. Es la dinámica entre esos grupos lo que va a definir los controles y límites a la participación de la sociedad en la política judicial.

A su vez, la sociedad civil es capaz de leer las señales provenientes de esta tensión. A pesar del deseo de participar activamente de la política judicial, ella se aleja de los procesos electorales cuando percibe que no es capaz de influir o cuando los controles impuestos por los defensores no están debidamente justificados. Así, la Escuchadoría pierde legitimidad y esa pérdida también es transferida a la Defensoría. El alejamiento de la sociedad produce inevitablemente la pérdida de recursos políticos relevantes para la Defensoría. Así que se crea una nueva tensión entre Defensoría y sociedad civil, en una interdependencia conflictiva, y en algún momento las dos vuelven a confluir para objetivos comunes.

Los modelos electorales son estructurados y estructurantes de estas tensiones. Más objetivamente, la política interna conforma el diseño de los modelos electorales, pero una vez establecidos y creado un canal de inci-

dencia de la sociedad civil, se desarrollan tensiones provenientes del exterior que son capaces de influir en las disputas políticas internas. La gran contribución de las escuchadorías es, por lo tanto, la diversificación y complejización de las tensiones en la política judicial, lo que le acerca a la diversidad y complejidad de la vida social moderna y a los reclamos de los grupos vulnerables.

x. Referencias bibliográficas

Bianchi, A., "Gramsci além de Maquiavel e Croce: Estado e sociedade civil nos «Quaderni del Carcere»", *Utopía y Praxis Latinoamericana*, vol. 12, núm. 36, 2007.

Bobbio, N., *Estado, governo, sociedade. Para uma teoria geral da política*, 13a. ed., Río de Janeiro, Paz e Terra, 2007.

Cardoso, L. Z. L., *Uma fenda na justiça: as inovações democráticas construídas na Defensoria Pública*, São Paulo, Editora Hucitec, 2010.

Comissão Eleitoral, *Diário Oficial Poder Executivo – Seção 1*, 130 (51), 14 de marzo de 2020.

Conselho Superior da Defensoria Pública do Estado de São Paulo, Deliberação CSDP no. 372/20, 2020.

Conselho Superior da Defensoria Pública do Estado de São Paulo, *Diário Oficial*, 29 de abril de 2020.

Conselho Superior da Defensoria Pública do Estado de São Paulo, *Diário Oficial*, 30 de abril de 2022.

Conselho Superior da Defensoria Pública do Estado de São Paulo, *Diário Oficial Poder Executivo – Seção 1*, 132 (59), 70-71, 25 de marzo de 2022.

Conselho Superior da Defensoria Pública do Estado de São Paulo, *Diário Oficial Poder Executivo – Seção 1*, 132 (74), 184-185, 12 de abril de 2022.

Conselho Superior da Defensoria Pública do Estado de São Paulo, *Diário Oficial Poder Executivo – Seção 1*, 132 (78), 79, 19 de abril de 2022.

Conselho Superior da Defensoria Pública do Estado de São Paulo, *Diário Oficial Poder Executivo – Seção 1*, 132 (85), 71, 30 de abril de 2022.

Conselho Superior da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul, *Resolução CSDPE no. 21/2010*, 2010.

Coutinho, C. N., *Gramsi: um estudo sobre o seu pensamento político.* Río de Janeiro, Civilização Brasileira, 1999.

Da Silva, Vinícius A. B., *Política Judicial: a disputa pela supremacia na Defensoria Pública*, Río de Janeiro, Lumen Juris, 2019.

Defensoría Pública do Estado do Rio de Janeiro, *Diário Oficial Eletrônico da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro*, 3-6, 25 de octubre de 2021.
Defensoría Pública do Estado do Rio de Janeiro, *Diário Oficial do Estado do Rio de Janeiro*, 1, 18 de septiembre de 2015.
Defensoría Pública do Estado do Rio de Janeiro, *Diário Oficial do Estado do Rio de Janeiro*, 1, 20 de septiembre de 2017.
Defensoría Pública do Estado do Rio de Janeiro, *Diário Oficial do Estado do Rio de Janeiro*, 1, 28 de septiembre de 2017.
Defensoría Pública do Estado do Rio de Janeiro, *Diário Oficial do Estado do Rio de Janeiro*, 1, 11 de octubre de 2011.
Defensoría Pública do Estado do Rio de Janeiro, *Edital de Eleição*, 20 de septiembre de 2021.
Defensoría Pública do Estado do Rio Grande do Sul, *Diário Eletrônico – DPE/RS*, 6-7, 7 de marzo de 2017.
Defensoría Pública do Estado do Rio Grande do Sul, *Diário Eletrônico – DPE/RS*, 2-3; 1 de marzo de 2019.
Defensoría Pública do Estado do Rio Grande do Sul, *Diário Eletrônico – DPE/RS*, 2-6, 20 de enero de 2021.
Defensoría Pública do Estado do Rio Grande do Sul, *Diário Eletrônico – DPE/RS*, 1-4, 1 de marzo de 2021.
Defensoría Pública Geral do Estado, "Edital de Abertura do Processo de Formação da Lista Tríplice para o cargo de Ouvidora ou Ouvidor-Geral da Defensoria Pública do Estado/SP para o biênio 2022/2024", *Diário Oficial Poder Executivo – Seção 1*, 132 (26), 159-160, 5 de febrero de 2022.
Gramsci, A., *Cadernos do cárcere*, 7a. ed., Río de Janeiro, Civilização Brasileira, vol. 1, 2014.
Gramsci, A., *Cadernos do cárcere*, 7a. ed., Río de Janeiro, Civilização Brasileira, vol. 3, 2016.
IPEA y Anadep, *II Mapa das Defensoria Públicas Estaduais e do Distrito Federal no Brasil*, Brasilia, Río de Janeiro, 2021.
Ministério da Justiça, *III Diagnóstico Defensoria Pública no Brasil*, Brasilia, 2009.
Ministério da Justiça, *IV Diagnóstico Defensoria Pública no Brasil*, Brasilia, 2015.
Poder Executivo, *Diário Oficial – Seção 1*, 130 (82), 33.
Poder Executivo, *Diário Oficial – Seção 1*, 132 (85), 71.
Secco, L., *Gramsi e a Revolução*, São Paulo, Alameda, 2006.

Segunda parte

Grupos especiales de infancia, mujeres, diversidad sexual (LGTBIQ+), pueblos indígenas, afrodescendientes y raizales

Principios y modulación de la sanción en el sistema de responsabilidad penal para adolescentes

Jaime Alberto **Sandoval Mesa**[*]
Misael **Tirado Acero**[**]

Sumario: I. Introducción. II. La noción educativa en los Principios de la Sanción en el SRPA. III. Aspectos complementarios de la sanción, la función de instituciones acompañantes en su cumplimiento. IV. Principios internacionales de la jurisdicción especial en materia penal del menor que intervienen en la sanción con fines educativos. V. Determinación de la sanción en el SRPA, acompañamiento y cumplimiento de obligaciones. VI. Conclusiones. VII. Bibliografía.

I. Introducción

A lo largo del presente texto se considera que el sistema de responsabilidad penal para adolescentes (SRPA) desde su establecimiento, sobre todo

[*] Doctor en Derecho -PhD. Magister en Derecho Penal. Abogado USTA. Líder Grupo de Derecho Público Universidad Militar Nueva Granada, Colombia. Investigador Asociado Colciencias (I). Producto de Investigación Proyecto Inv Der-3428, vigencia: 2021-2022.

[*] Doctor en Sociología Jurídica e Instituciones Políticas. Posdoctorado en Derecho. Sociólogo Universidad Nacional de Colombia. Investigador Asociado Colciencias (I). Producto de Investigación Proyecto Inv.Der-3428, vigencia: 2021-2022.

a partir de principios del siglo xx, bajo la denominación de la jurisdicción especial de infancia y adolescencia, despertó la preocupación por los derechos y garantías de los menores infractores, que tienen como factor común un proceso que en principio se orientaba a tutelar su proceso, hasta cumplir las medidas ocasionadas por el delito. Posteriormente, con el advenimiento de los derechos humanos, se pudo comprender que era necesario, además de establecer medidas para el infractor, también proteger su desarrollo personal.

Este acontecimiento tuvo lugar hasta la promulgación de la Convención de los Derechos del Niño (1989), que gracias al desarrollo del principio de protección integral tuvo la posibilidad de establecer derechos a los adolescentes que estuvieran comprometidos en la comisión del crimen, junto con medidas judiciales y no judiciales.

En este aspecto, se permitió que no sólo el Estado tuviese la carga del proceso frente al infractor, sino que la responsabilidad compartida tuviese como destinatarios también a la familia y a la sociedad, para que no sólo llevaran a que la conducta tuviera una sanción que fuera reconocida por el adolescente, sino también condujeran a acciones concretas para su formación personal.

Desde el advenimiento de los instrumentos internacionales comentados, en Colombia se establecieron disposiciones en favor del menor infractor, a partir del Decreto 2737 de 1989 que fue derogado en la actualidad por la Ley 1098 de 2006. Mediante la normativa mencionada, se observa que el proceso de adopción de medidas para el adolescente infractor impone que si la necesidad amerita la sanción, se permita la promoción de programas educativos especiales que no son complementarios sino directos para la formación del menor.

Por otra parte, el presente artículo invita a la reflexión respecto de cuáles son los objetivos que se deben realizar a partir de la decisión judicial en el caso de los adolescentes infractores, sobre todo a partir de la sanción; el seguimiento de compromisos acordados para su cumplimiento; la reparación integral de las víctimas; el acompañamiento necesario en estos casos, entre otros aspectos. De igual forma, se observa que aparentemente se realiza un uso simbólico de las normas en la estructuración de la decisión judicial del Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes colombiano.

Al final, a través del método comparativo cualitativo de tipo hermenéutico y de estudio de caso, se pretende analizar si se presenta una prevalencia del proceso de medidas no judiciales para contribuir a la formación educativa del menor, desde el efecto de la sanción y la necesidad de alternar las disposiciones legales con mecanismos idóneos para el seguimiento

del adolescente, en la medida en que parte de la finalidad educativa podría cumplirse en una etapa posterior, situación que permite advertir de un lado la revisión de la misma y de otro la posibilidad de los aspectos cuestionados de eficacia simbólica de los efectos de la jurisdicción analizada.

II. La noción educativa en los Principios de la Sanción en el SRPA

El Sistema de Infancia y Adolescencia fue creado como respuesta al denominado Derecho Penal del Menor (SRPA). El sistema nacional adoptó la tesis de la protección integral con algunas diferencias del sistema europeo y el anglosajón que en uno y otro caso definen al adolescente, bien como sujeto de máxima protección o, por el contrario, pueden juzgarlo como un adulto.[1] Estas nociones pueden llegar a ser de suma importancia, debido a que Colombia puede llamarse un país joven, pues para 2020, en Colombia se estima una población de 12 672 168 jóvenes de 14 a 28 años, que representan el 25% de la población total".[2] Por ende, es importante tener en cuenta que la población adolescente que puede estar en situación de riesgo requiere protección bien como víctima o como infractor.

En este caso, siempre se presenta la paradoja de comprender el grado de responsabilidad del adolescente, que bajo los criterios actuales ni corresponde a un adulto ni a un niño, en un esfuerzo de acercamiento del sistema con la realidad y el conocimiento de la sociedad. Por tanto, en aras de determinar el alcance de su conducta, el sistema se encuentra acorde con su etapa de desarrollo, pues se trata de asuntos especiales que representan una demanda social que merece protección.[3]

Incluso sus necesidades sociales externas son distintas de las de los adultos y las de los niños. Este trato diferenciado es el más adecuado y se debe reflejar también en la sanción. Por tal razón, la restricción a ciertos tipos

---

[1] Tirado Acero Misael *et al.*, *Eficacia simbólica de las decisiones judiciales en el sistema de responsabilidad penal adolescente* –SRPA–, Bogotá, Instituto de Altos Estudios -ILAE-, 2022.

[2] DANE, *Panorama sociodemográfico de la juventud en Colombia ¿Quiénes son, qué hacen y cómo se sienten en el contexto actual?*, DANE, 2020, p. 62, disponible en: *https://www.dane.gov.co/files/investigaciones/genero/informes/informe-panorama-sociodemografico-juventud-en-colombia.pdf*.

[3] Bergalli, Roberto, "El control Penal en el marco de la sociología jurídica", Ponencia, Jornadas de la Investigación y Enseñanza de la Sociología Jurídica. Universidad de Barcelona, 7 a 9 de abril de 1988, p. 110, disponible en *file:///D:/Downloads/Dialnet-ElControlPenalEnElMarcoDeLaSociologiaJuridica-142149%20(2).pdf* (fecha de consulta: 5 de julio de 2022).

de castigos obedece al cambio de paradigma respecto a la función que debía cumplir la sanción, la cual en el caso de los adolescentes debe atender el trato especial, tal como lo demuestra la prohibición de antecedentes, fijada en el artículo 159 del Código de Infancia y Adolescentes: "las sentencias proferidas en procesos por responsabilidad penal para adolescentes no tendrán el carácter de antecedente judicial".[4]

En tal virtud, para el juez la protección mediante la sanción implica estudiar el contexto del menor, conforme a la gravedad de la infracción, todo ello con el fin de adoptar la medida. Es decir, su misión educativa le permite alejarse de la función retributiva de la justicia penal de adultos y se acerca más a la función preventiva.[5] En este campo los dos extremos de la prevención se acercan más a la finalidad de rehabilitación y readaptación, dado que es más cercano al factor de prevención especial positiva, pero se aleja incluso tomando partido por el factor educativo. Todo ello porque el objeto principal del sistema consiste en evitar que el adolescente que se ha visto involucrado en una conducta penal reincida y pueda ser alejado de las condiciones sociales que los exponen a conflictos, violencia y delitos, pero además para que pueda ser orientado a la inclusión social.[6]

Lo anterior reafirma que mientras en las penas asignadas para adultos se deben cumplir "las funciones de prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado",[7] en el caso de las sanciones impuestas a los adolescentes, conforme a la legislación vigente, las mismas "deben orientarse hacia una finalidad protectora, educativa y restaurativa y se aplicarán con el apoyo de la familia y de especialistas".[8]

El desarrollo de la jurisdicción especial del adolescente infractor tiene por definición un sentido de protección internacional que se funda en instrumentos internacionales, destinados a desarrollar el modelo de protección integral. Desde el comienzo es importante tener en cuenta que el mismo concibe tanto medidas judiciales como no judiciales para atender la educación y restablecimiento del menor a la sociedad. Con ellas, se destacan las acciones que buscan el mejor interés del niño, la entrega de educación,

---

4 Código de Infancia y Adolescencia, Ley 1098 de 2006, Congreso de la República, 2006.

5 Arias L. Juan, 2009, p. 43.

6 ICBF, Lineamiento modelo de atención para adolescentes y jóvenes en conflicto con la ley - SRPA, Bogotá D.C., 2018, pp. 67 y 68.

7 Código Penal Colombiano, Ley 599 de 2000, Congreso de la República, 2000, Art. 4.

8 Código de Infancia y Adolescencia, Ley 1098 de 2006, Congreso de la República, 2006, Art. 178.

soporte y su integración, que constituyen el principal objetivo de la justicia juvenil.[9]

Lo anterior se hace necesario en mayor medida, si se tiene en cuenta que entre 2007 y 2014 los adolescentes que ingresaron al SRPA correspondían "en su mayoría al sexo masculino al representar el 88,4%, mientras que de sexo femenino alcanza el 11,6%",[10] para 2015 "en el Sistema, cerca de 8 400 jóvenes están vinculados al SRPA, y de éstos, 3 341 están privados de la libertad",[11] de los cuales se presenta un índice de reincidencia "del 19,9%. Esto quiere decir que 1 de cada 5 adolescentes que ingresan al SRPA recae por algún delito",[12] cifra que se encuentra muy cercana al índice de reincidencia para adultos, de un 20.4% para 2021, y que fue idéntico al reportado para 2020.[13]

Sobre el particular, es cierto que la educación como finalidad de la sanción es el objetivo más importante, sin embargo, la conciencia de antijuridicidad sobre la comisión de los delitos también debe hacer parte de este factor de formación, para prevenir justamente la reincidencia.[14] Todo ello porque al sumar los factores de protección e interés superior en la delincuencia juvenil, junto con este propósito de redención, se puede evidenciar si es propicia la eficacia de la sanción, pues la misma debe acompañarse, además de todo ello, de los recursos físicos y económicos necesarios para su puesta en marcha.[15] Por ejemplo, cuando se asocian con bandas organizadas en el contexto comparado internacional se suelen asociar además fac-

[9] Dünkel, Frieder y Castro Morales, Alvaro, 2014, p. 263.

[10] ICBF, OIM, USAID e Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC), "Elementos para la comprensión de la delincuencia juvenil en Colombia. Observatorio del Bienestar de la Niñez", *Boletín: Adolescentes, jóvenes y delitos*, núm. 56, 2015.

[11] *Idem*.

[12] *Idem*.

[13] Mojica, G. C., Reincidencia carcelaria en Colombia. Corporación Excelencia en la Justicia, 19 de enero de 2022, disponible en: *https://cej.org.co/indicadores-de-justicia/criminalidad/reincidencia-carcelaria/*.

[14] Mojica, G. C., Reincidencia carcelaria en Colombia. Corporación Excelencia en la Justicia, 19 de enero de 2022, disponible en: *https://cej.org.co/indicadores-de-justicia/criminalidad/reincidencia-carcelaria/*; Sandoval Mesa, Jaime Alberto y Tirado Acero, Misael, "Fundamentos socio jurídicos en materia penal del adolescente infractor frente al fenómeno del reclutamiento forzado", *Revista IUSTA*, Colombia, vol. 1, núm. 38, enero-junio de 2013, p. 89.

[15] Tirado Acero Misael *et al.*, *Eficacia simbólica de las decisiones judiciales en el sistema de responsabilidad penal adolescente –SRPA–*, Bogotá, Instituto de Altos Estudios -ILAE-, 2022.

tores sociales, culturales, de desarraigo y marginalidad, que son necesarios de someter a prevención.[16]

III. Aspectos complementarios de la sanción, la función de instituciones acompañantes en su cumplimiento

En este campo se requiere igualmente la generación de instituciones especiales distintas de los centros de internamiento que puedan brindar este tipo de educación especial para adolescentes infractores. Al final se requiere el escenario preciso donde se pueda prestar el tratamiento especial del fenómeno y los expertos que deben acertar en los programas adecuados.[17] En nuestro sistema, más allá del ICBF y de las instituciones vinculadas al SRPA, no se han realizado tareas especiales para promover un mayor número de instituciones para tal efecto, que no son, por su rol en la sanción, establecimientos de internamiento preventivo sino de acompañamiento de la sanción.[18]

Entre las entidades que hacen parte del SRPA se encuentran: la Policía Nacional (Infancia y Adolescencia), la Fiscalía General de la Nación (Cuerpo Técnico especializado), el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, la Rama Judicial (Consejo Superior de la Judicatura y jueces penales para adolescentes, con funciones de garantías y de conocimiento), la Defensoría del Pueblo (defensores públicos del Sistema Nacional de Defensoría Pública y Delegada para los Derechos de la Niñez, la Juventud y las Mujeres), la Defensoría de Familia del ICBF, Comisarías de Familia, Inspecciones de Policía, el Instituto Colombiano de Bienestar SRPA Familiar, ICBF, las Entidades Territoriales (alcaldías y gobernaciones) y demás entidades que conforman el Sistema Nacional de Bienestar Familiar (SNBF).[19]

---

[16] Pozuelo Pérez, Laura, "El futuro del Derecho penal juvenil: de un Derecho penal de menores a un Derecho penal de adultos. Recensión a Miguel Ángel Cano Paños, El futuro del Derecho penal juvenil europeo. Un estudio comparado del Derecho penal juvenil en Alemania y España, Barcelona (Atelier) 2006, 336 págs.", *Revista In Dret*, Barcelona, vol. 1, 2009, p. 5.

[17] ICBF, Lineamiento modelo de atención para adolescentes y jóvenes en conflicto con la ley - SRPA, Bogotá D.C., 2018, pp. 67 y 68.

[18] Sandoval Mesa, Jaime Alberto y Tirado Acero, Misael, "Fundamentos socio jurídicos en materia penal del adolescente infractor frente al fenómeno del reclutamiento forzado", *Revista IUSTA*, Colombia, vol. 1, núm. 38, enero-junio de 2013, p. 89.

[19] Departamento Nacional de Planeación, *Conpes 3629*, 2009, p. 20, *https://www.icbf.gov.co/sites/default/files/conpes-3629-srpa.pdf*.

Los fundamentos constitucionales que conciben la protección de infancia y adolescencia, en los artículos 44 y 45 de la carta política, permiten una armonización con el sistema penal y el (L.1098/2006) dado que el libro segundo se encarga de regular los aspectos específicos del adolescente infractor en materia penal. Los mismos aparecen adecuados a un sistema que equilibra tanto los elementos de prevención como los de educación necesaria para el menor, en estos casos, sobre todo cuando se tiene la oportunidad de reconducir su formación integral, debida a los ilícitos en los que incurren los adolescentes objeto de protección.[20] Este sistema, a pesar de algunos cuestionamientos sobre aumento de la criminalidad de estos sectores, refuerza los derechos fundamentales de los jóvenes, en especial cuando se cometen delitos.[21] Si bien estos fundamentos analizan el alcance de las medidas legales, se trata de una jurisdicción interdisciplinaria que requiere de políticas en materia criminal especiales, para ser implementadas en el cumplimiento de la sanción, no sólo de medidas de libertad vigilada o internación en sistemas semicerrados, sino de los programas de acompañamiento en el cumplimento de la sanción y en los efectos incluso posteriores.[22] Toda vez que las consecuencias de las decisiones en esta jurisdicción reportan interés en beneficios de justicia social, incluso efectuando un valor de prevención anticipado, pues se desarrolla mediante un trato equitativo que equilibra el factor procesal *versus* la justicia material que al final se define por esta última, dado el inmenso contenido de medidas sobre todo educativas en este campo, porque atiende la situación personal, familiar, social, sin dejar de lado las circunstancias de la conducta cometida y su responsabilidad.[23]

Uno de los actores que distingue la interdisciplinariedad de esta jurisdicción son los padres del menor, pues ellos revisten una importancia fundamental como factores en el comportamiento del menor, "la falta de supervisión o control por parte de los padres (entendida como saber qué hace el adolescente dentro y fuera de la casa), es una variable fuertemente relacionada con la delincuencia",[24] en cuanto a los adolescentes ya ingresados

[20] Torres V. Henry y Rojas A. Jairo, 2013, p. 118.

[21] *Idem*.

[22] Tirado Acero Misael *et al.*, *Eficacia simbólica de las decisiones judiciales en el sistema de responsabilidad penal adolescente –SRPA–*, Bogotá, Instituto de Altos Estudios -ILAE-, 2022.

[23] Bernuz Benítez, María José, "La legitimidad de la justicia de menores: entre justicia procedimental y justicia social", *Revista IN DRET, para el análisis del Derecho*, Barcelona, vol. 1, 2014, p. 20.

[24] ICBF, OIM, USAID e Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC), "Elementos para la comprensión de la delincuencia juvenil en Colombia. Observatorio del Bienestar de la Niñez", *Boletín: Adolescentes, jóvenes y delitos*, núm. 56, 2015, p. 48.

en el Sistema, "prevalece el abandono de los padres, las dificultades económicas de la familia, la composición familiar extensa, la violencia intrafamiliar, así como familias con antecedentes delictivos";[25] en el ámbito legal, los padres "son solidariamente responsables, y en tal calidad, deberán ser citados o acudir al incidente de reparación a solicitud de la víctima del condenado o su defensor",[26] y con el fin de evitar el desarraigo, el adolescente que se encuentre privado de la libertad tiene el derecho de "permanecer internado en la misma localidad, municipio o distrito o en la más próxima al domicilio de sus padres, representantes o responsables".[27]

De lo anterior se derivan fundamentos también relacionados con la judicialización del menor junto con los mecanismos de Justicia Restaurativa para que sea consciente de sus obligaciones y en la aplicación en lo posible de medidas no judiciales.[28] En este campo se observa que el SRPA se encuentra bajo una tendencia mayor hacia la protección del menor y cumplimiento de la sanción que bajo el esquema de justicia restaurativa, que en ocasiones resulta ineficaz. Sobre este punto es pertinente citar el caso de un homicidio cometido por una menor de edad en Medellín que, si bien tenía como sanción cuatro años, y su cumplimiento en centro de internamiento cerrado, se cambió con la misma sanción, pero en una institución especializada para que tuviese acompañamiento profesional, buscando su protección, con la posibilidad de sistema semicerrado.[29] En este caso la fundamentación se orienta en mayor medida a buscar el interés educativo de la adolescente más allá de la gravedad del delito.

Por lo anterior, los siguientes son criterios jurídicos para determinar el interés superior de los niños, las niñas y los adolescentes: *i*) la garantía del desarrollo integral del menor de edad; *ii*) la garantía de las condiciones necesarias para el pleno ejercicio de sus derechos fundamentales; *iii*) la protección frente a riesgos prohibidos; *iv*) el equilibrio de sus derechos con los de sus familiares de tal forma que si se altera dicho equilibrio debe adoptarse la decisión que mejor satisfaga los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes; *v*) la provisión de un ambiente familiar apto para su desarrollo; *vi*) la necesidad de justificar con razones de peso la intervención del Estado

[25] *Ibidem*, p. 34.

[26] Código de Infancia y Adolescencia, Ley 1098 de 2006, Congreso de la República, 2006, art. 170.

[27] *Ibidem*, art. 188.

[28] Convención Internacional de los Derechos del Niño de 1989, artículo 37; Constitución Política, artículos 44 y 45.

[29] Tribunal Superior de Medellín, Sentencia de 15 de mayo de 2018.

en las relaciones familiares, y *vii*) la evasión de cambios desfavorables en las condiciones de los niños involucrados.[30]

IV. Principios internacionales de la jurisdicción especial en materia penal del menor que intervienen en la sanción con fines educativos

El concepto de Protección del Menor, que se traduce mediante el interés superior, y a su turno desarrolla el fundamento de la Protección Integral, antes de la adopción de la Convención Internacional de los Derechos del Niño de 1989, se regía bajo la concepción del modelo "tutelar" o de la situación irregular, fundada en la consideración del menor como incapaz. Este criterio, si bien lo consideraba como objeto de protección e intervención jurídica ante situaciones de dificultad como abandono, pobreza, maltrato, o por infracciones a la ley penal, llamadas situaciones irregulares, no permitía identificar a los menores sujetos de protección en el caso de los infractores.[31]

Esta normativa se complementa con otros instrumentos internacionales, siguiendo algunos de los relacionados en pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia,[32] pertenecientes al bloque de constitucionalidad, que nutren los principios del SRPA, como son:

- Declaración de Ginebra de 1924, en la Asamblea General de las Naciones Unidas.
- Declaración de los Derechos del Niño, para cuya efectividad el 29 de noviembre de 1989 se adoptó la Convención sobre los Derechos del Niño, instrumento ratificado en Colombia a través de la Ley 12 de 28 de enero de 1991.
- Declaración Universal de los Derechos Humanos.
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
- Pacto de Derechos Civiles y Políticos.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos.
- Reglas Mínimas para la Administración de Justicia de Menores ("Reglas de Beijing", Resolución 40/33 de 1985).

[30] T-336-19, 2019.

[31] Quiroz Monsalvo, Aroldo, 2013, pp. 245; Torres V. Henry y Rojas A. Jairo, 2013, p. 118.

[32] Sentencia ID: 436638, 2010).

- Directrices para la Prevención de la Delincuencia Juvenil ("Directrices de Riad", Resolución 45/112 de 1989).
- Reglas Mínimas sobre Medidas no Privativas de la Libertad ("Reglas de Tokio", Resolución 45/110 de 1990).
- Reglas Mínimas para la Protección de los Menores Privados de Libertad ("Reglas de la Habana", Resolución 45/113 de 1990).

La armonía entre los instrumentos internacionales y en especial la Convención sobre Derechos del Niño (1989) y la Constitución Política de Colombia de 1991[33] es el punto de partida para entender al adolescente como sujeto de derechos fundamentales y no como objeto de medidas tutelares del Estado. Es por esta razón que se debe garantizar el cumplimiento de sus derechos como resultado de los fines esenciales del Estado con miras a transitar de un sistema tutelar a uno garantista.[34]

Para la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH): "las condiciones en las que participa un niño en un proceso no son las mismas en que lo hace un adulto. Por lo tanto, es indispensable reconocer y respetar las diferencias de trato que corresponden a diferencias de situación", a la par de ese trato diferenciado, deberán implementarse "el establecimiento de órganos jurisdiccionales especializados para el conocimiento de conductas penalmente típicas atribuidas a aquéllos".[35]

En tal sentido, los factores de riesgo afectan a los adolescentes en el plano de la delincuencia, sin embargo, es inadmisible que se incluya en esta hipótesis la situación de los menores que no han incurrido en conductas penalmente típicas, pero se encuentran en situación de riesgo o peligro, por desvalimiento, abandono, miseria o enfermedad. Menos aún la de aquellos otros que simplemente observan un comportamiento diferente del que caracteriza a la mayoría, cuando se apartan de los patrones de conducta generalmente aceptados, presentan conflictos de adaptación al medio familiar, escolar o social, en general, o se marginan de los usos y valores de la sociedad de la que forman parte (2002).

Por tal motivo, el concepto de las sentencias del SRPA en términos de eficacia va más allá de sus fines sancionatorios, toda vez que implican un factor

[33] Const., 1991.

[34] Velasco-Hernández, H. F., "El Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes (SRPA) en el ordenamiento jurídico colombiano", *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, vol. 50, núm. 133, 2020, disponible en: *https://doi.org/10.18566/rfdcp.v50n133.a02*.

[35] Corte IDH, *Ficha Técnica: Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, 2002, disponible en: *https://www.corteidh.or.cr/ver_ficha_tecnica_opinion.cfm?nId_Ficha=17&lang=es*.

de reconstrucción de una historia de vida de un adolescente infractor que al ser confrontado en sistemas en grado sumo represivos su tratamiento puede asemejarse al sistema de adultos y por ello se pretende evitar que se pierda la finalidad de convertirse en centros educativos que tiene por objeto la prevención temprana, mediante los procesos de formación individual, personal etcétera.[36] Todo ello dado que la finalidad de la sanción también posee garantías judiciales establecidas en el sistema penal, regidas tanto por la legalidad como por el principio de legitimidad, con prevalencia de los derechos humanos,[37] con mayor razón para el caso de los adolescentes infractores.

Es decir, se trata de lograr un equilibrio entre el concepto de internamiento preventivo que es la sanción más grave y el sistema mediado por programas de educación, trabajo, estudio (prevención temprana), incluso de vincular instituciones como el SENA que pueden abrir espacios para la incorporación de estos jóvenes dentro de sus diferentes programas y, al mismo tiempo, brindar la labor de cumplimiento de la sanción, pues se trata de una etapa de la vida de los infractores que dado el nivel de intervención tiene por objeto su desarrollo y demás competencias emocionales y sociales.[38]

Siguiendo este concepto de protección integral y prevención temprana, se establecen principios de naturaleza penal como el debido proceso, que se funda en las garantías procesales del adolescente como sujeto responsable en materia penal, titular de derechos y obligaciones. Justamente en la legislación especial de menores, el adolescente tiene la protección de principios procesales ordinarios, más las prerrogativas especiales de la Ley de Infancia y Adolescencia, acordes con los instrumentos internacionales suscritos en la materia.[39]

Este factor incorpora un elemento de protección constitucional y de derechos humanos que permite ampliar no sólo el radio de cumplimiento de garantías procesales, sino también el papel de tratamiento del fenómeno criminal del adolescente infractor desde su perspectiva educativa, social, familiar, etc. Aspectos que intervienen tanto en la imposición de medidas de contenido semi abierto, libertades condicionadas, libertad vigilada, entre otras,

---

[36] Welsh, B. y Farrington, D., "Apoyo científico en relación con la prevención temprana de la delincuencia y la delincuencia tardía", *UNED. Revista de Derecho Penal y Criminología*, Madrid, 2a. Época, núm. 19, 2017.

[37] Sandoval Mesa, Jaime Alberto, *La Garantía Criminal en Materia Penal y Penal Internacional*, Bogotá, Tirant lo Blanch, 2018, p. 22.

[38] Welsh, B. y Farrington, D., "Apoyo científico en relación con la prevención temprana de la delincuencia y la delincuencia tardía", *UNED. Revista de Derecho Penal y Criminología*, Madrid, 2a. Época, núm. 19, 2017.

[39] Artículo 141 SRPA -Ley 1098/2006.

que en el sistema comparado español tienen similares efectos, es decir, poseen una validez universal.[40] Incluso a partir de allí se pueden plantear estudios específicos en el terreno local de las infracciones, debido a que el problema de la ciudad es muy distinto al del plano rural o el de las pequeñas ciudades, atendiendo nuestra diversidad de departamentos, regiones etcétera.[41]

En palabras de Robinson: "los conceptos de la periferia y el centro en Colombia son importantes, y el lenguaje es útil, pero también es importante entender que hay muchos centros y muchas periferias en el país que ocurren de manera particular", por lo que debe entrar en juego el estudio de las dinámicas sociales propias de la violencia en el país, en la cual

> el patrón básico sigue siendo que la violencia está mucho más presente en la periferia de Colombia que en el centro [...] [y] de acuerdo con las Naciones Unidas, hasta hace poco Colombia era el país con la mayor cantidad de desplazados internos en el mundo; en 2015 ocupó el segundo lugar con 6.044.200 desplazados, mientras Siria lo sobrepasó con siete millones. Sin embargo, Colombia tiene más desplazados que Irak y la República Democrática de Congo juntos.[42]

Pero "las ciudades con mayor densidad poblacional y esencialmente urbanas presentan más adolescentes en conflicto con la ley penal".[43]

Los fundamentos analizados corresponden al principio de integración que también se desarrolla en materia penal ordinaria, sin embargo, al contrario de lo que sucede en el derecho penal de adultos, donde el hecho cometido es la base fundamental y exclusiva para una intervención de carácter penal, la justicia juvenil gira en torno a un modelo de responsabilidad en el que tanto la adopción de una determinada medida como su ejecución dependen de las circunstancias personales de cada menor individualizado y en tal virtud se establecen las medidas que debe cumplir.[44]

---

[40] Cámara A., Sergio, "Internamiento de menores: criterios de ejecución penal y nuevos modelos de justicia en el ámbito internacional y europeo", *Revista General de Derecho Penal,* Salamanca, 14, 2010.

[41] Documento CONPES, *Sistema de responsabilidad penal para adolescentes – SRPA: Política de atención al adolescente en conflicto con la ley*, Bogotá, 2009.

[42] Robinson, J. A., "La miseria en Colombia", *Revista Desarrollo y Sociedad*, 2017, *https://doi.org/10.13043/dys.76.1*.

[43] ICBF, OIM, USAID e Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC), "Elementos para la comprensión de la delincuencia juvenil en Colombia. Observatorio del Bienestar de la Niñez", *Boletín: Adolescentes, jóvenes y delitos*, núm. 56, 2015, p. 47.

[44] Barquín Sanz, Jesús y Cano Paños, Miguel Ángel, 2006, pp. 37-95.

En la revisión de las diferentes sentencias sobre el particular, se observa una previsión especial en relación con el estudio psicosocial, en la medida en que el concepto del experto en estas áreas puede aconsejar el rumbo de las medidas que sean necesarias en el caso particular. Lo anterior indica que existe una concepción especial sobre el carácter de tales factores en la responsabilidad del adolescente y la consecuencia que debe cumplir atendiendo las medidas, por consiguiente, se evidencia la necesidad de profundizar en este punto, principalmente en el factor de seguimiento de las medidas. Por ejemplo, se pueden evidenciar sentencias desde 2008 hasta la actualidad, que indican la orientación de las medidas que deben ser adoptadas en la sanción, atendiendo las recomendaciones del estudio psicosocial realizado a los infractores.[45]

El sistema concibe una finalidad educativa para el menor infractor, fundamento derivado tanto de las Reglas de Beijing como de la Convención de los Derechos del Niño de 1989 que plantean la procedencia de instrumentos y medidas pedagógicas tendientes a reorientar al adolescente, con el fin de que se integre a la sociedad y se pueda desarrollar como ciudadano responsable.[46] En este aspecto, es posible aseverar que se pueden promover medidas complementarias al cumplimiento, que acentúen la formación del adolescente, por ejemplo, talleres de oficios, capacitaciones en labores administrativas, entre otras. Este aspecto permite adicionar valores de responsabilidad que el adolescente infractor no ha tenido en su círculo social. Por lo tanto, es viable aceptar que en estos casos el adolescente puede abandonar el programa, pues lo importante es que el nivel de deserción tenga un diagnóstico especial y no supere niveles tolerables frente a la necesidad de reeducación.[47]

V. Determinación de la sanción en el SRPA, acompañamiento y cumplimiento de obligaciones

Ese conjunto de acciones parte del reconocimiento de derechos y de la especial protección que requieren los adolescentes, a la vez que promueve

[45] Sentencia de 19 de febrero de 2008, Tribunal Superior de Armenia; Sentencia del 26 de septiembre de 2018 Tribunal Superior de Medellín Sala de Asuntos Penales.

[46] Arias J. 2009, pp. 19 y 20.

[47] UNODC-Secretaría Distrital Bogotá, *Marco Conceptual Justicia Restaurativa y Principio de Oportunidad*, Bogotá, 2007

que la familia, la sociedad y el Estado establezcan mecanismos de prevención que eviten reincidencia o ingresar a la delincuencia. A su vez, si esto ya ocurrió, se pueden desarrollar procedimientos o mecanismos alternativos de judicialización —justicia restaurativa, Directrices de Riad.[48]

Este es uno de los principales desafíos del sistema, toda vez que, si aparecen acciones derivadas de reincidencia o participación en actividades delictivas, el nivel de acogida debe propender por valorar las circunstancias en que el menor incursionó en tales actividades, los espacios sociales compartidos por el adolescente y el nivel de marginalidad social que implique la exposición a los riesgos de delinquir.[49] Nuevamente este aspecto requiere de tratamientos mediante estudios interdisciplinarios especiales que aborden la cuestión criminológica en tales circunstancias, dado que en cada caso particular se requieren diagnósticos especiales para mejorar las políticas orientadas en tal sentido.

Por ello, el artículo 179 del Código de Infancia y Adolescencia ha dispuesto de unos criterios con doble función (cuantitativa y cualitativa), que el fallador debe tener en cuenta al momento de seleccionar la sanción en el marco de su discrecionalidad (principio de flexibilidad).

1) La naturaleza y gravedad de los hechos.
2) La proporcionalidad e idoneidad de la sanción atendidas las circunstancias y gravedad de los hechos; las circunstancias y necesidades del adolescente y las necesidades de la sociedad.
3) La edad del adolescente.
4) La aceptación de cargos por el adolescente.
5) El incumplimiento de los compromisos adquiridos con el juez.
6) El incumplimiento de las sanciones,[50] guiado por lo estipulado en los artículos 177, 178 y 187 del mismo Estatuto.

Finalmente, desde la dignidad humana, en todo momento la jurisdicción del menor debe atender la integridad física, moral y el desarrollo integral del menor, con el fin de disponer una formación e integración de la familia y la sociedad (Habana y Tokio), todo ello para inclinarse por el respeto y prevalencia irrestricta del interés superior del menor contenido en los

[48] Arias J., 2009, pp. 19 y 20; Torres, V. Henry y Rojas, A. Jairo, 2013, p. 123.

[49] Bernal del Castillo Jesús y González Tascón María Marta, 2009.

[50] Código de Infancia y Adolescencia, Ley 1098 de 2006, Congreso de la República, 2006, art. 179.

artículos 44 y 45 de la Constitución Política.[51] En caso de que deba adelantarse alguna clase de proceso, las pautas mínimas a considerar en esa clase de trámites recomiendan procurar garantizar el debido proceso y la finalidad educativa y protectora que se le debe brindar al infractor a través de las medidas que se le impongan (Reglas de Beijing). Finalmente, se preocupan las Naciones Unidas de que en la ejecución de esas medidas no se desconozca la dignidad humana y se propicien procesos de real formación e integración de niños, niñas y adolescentes (NNA), a la familia y la sociedad.[52]

Lo más importante sobre este aspecto es que, a lo largo de la aplicación de tales medidas, en múltiples decisiones se advierten mecanismos especiales que se encuentran en pleno desarrollo, como por ejemplo las reglas de conducta, que en ocasiones resultan el mejor tratamiento que debe ser impuesto, dado el círculo social que debe atender el requerimiento para su adecuado cumplimiento. Por ejemplo, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia de la sala de casación penal del 13 de junio de 2018, indicó que en el caso particular frente a un delito que requería medida de internamiento preventivo en centro cerrado, para un adolescente infractor, las circunstancias personales, familiares y sociales del procesado permitían deducir que, en su caso, no era aconsejable la privación de libertad en dicho centro. Lo anterior, por cuanto la atención tardía del caso provocó que la mejor decisión implicaba la imposición de reglas de conducta, toda vez que, dado el transcurso del tiempo, era más aconsejable reconstruir la vida del adolescente y que pudiera atender sus labores de padre, antes que ir al internamiento preventivo.[53]

Nuevamente este aspecto revela la necesidad de promoción de instituciones especiales que puedan encargarse de todo el proceso de seguimiento de la sanción hasta su terminación frente al caso particular. Sobre este aspecto aparecen herramientas específicas del ICBF y conceptos rendidos en tal virtud, sin embargo, su ejecución revela necesidades todavía insatisfechas que cuestionan la cobertura del sistema.[54]

Todos los elementos descritos aparecen desarrollados en el SRPA,[55] que previno la necesidad de un mecanismo de protección adecuado para atender las consecuencias del comportamiento del adolescente, basado en los

[51] Arias, J., 2009, pp. 19 y 20.

[52] *Idem*.

[53] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia SP2159-2018. Rad 50313 M.P Luis Antonio Hernández Barbosa.

[54] Resolución 11875 de 2019 ICBF. De 24 de diciembre. Diario Oficial No. 51.177 de 24 de diciembre 2019.

[55] L.1098/2006.

siguientes elementos (artículo 8): Garantía de desarrollo integral del menor; Condiciones que lo preserven: Pleno ejercicio de los derechos fundamentales del menor; Protección de riesgos; Equilibrio de derechos entre parientes biológicos; Necesidad de evitar cambios desfavorables a las condiciones del menor. Esta serie de fundamentos buscan en el adolescente la transmisión de una visión jurídica; de protección de derechos; psicopedagógica; sociológica, etcétera, para contribuir a su formación y reintegración social (familia-Estado-sociedad). En definitiva, este conjunto de derechos supone la necesidad de responsabilidad del adolescente en el caso de infracciones a la ley penal, mediante el conocimiento de deberes para su comportamiento en sociedad, como por ejemplo frente a la justicia restaurativa, que le impone obligaciones. En todo caso, es importante tener en cuenta, en cada caso particular, las situaciones de riesgo dependiendo de su entorno social, dado que el sistema permite intervenir en conflictos interpersonales causantes de delitos.[56]

El sistema colombiano pretende la reparación de la víctima y al mismo tiempo el acompañamiento del menor para lograr un proceso educativo rehabilitador e incluyente socialmente; sin embargo, en muchos casos no es posible ni uno ni otro cometido, en la medida en que el sistema se orienta más a la sanción que a la reparación.[57] Además, es posible la promoción de mecanismos alternos de resolución de conflictos, pero este aspecto se reserva a las actuaciones propiamente realizadas en cada caso particular.

No obstante, el hecho de que el adolescente pueda discutir el alcance de las consecuencias derivadas del delito representa un aspecto positivo, en la medida en que el infractor puede saber el alcance de los daños ocasionados con su comportamiento. Si bien los acuerdos para el pago efectivo de los perjuicios pueden representar una decisión formal, lo cierto es que son un alcance simbólico de los deberes necesarios como ciudadano que debe cumplir el adolescente.[58]

Respecto a lo simbólico, para Villegas existe una gran dificultad cuando se presentan dos o más valores en un análisis, el ejemplo por excelencia es la tensión existente entre la igualdad y la libertad, con los cuales, sin importar que sean altamente valiosos, en la práctica su protección genera confrontaciones: "Un modelo de organización social que privilegie la libertad deberá

[56] Medan, Marina, "Justicia restaurativa y mediación penal con jóvenes: una experiencia en San Martín, Buenos Aires", *Revista Delito y Sociedad*, Buenos Aires, núm. 41, 1° semestre, 2016.

[57] Torres V. Henry y Rojas A. Jairo, 2013, p. 128.

[58] Angulo Salazar, Juan Pablo y de Oro Genes, Kattia, 2019, p. 24.

enfrentar la desigualdad de sus individuos, viceversa, un modelo empeñado en lograr igualdad deberá restringir algo de libertad para lograrlo. Toda la tensión entre el liberalismo y el socialismo parte de esa dificultad para conciliar estos dos valores".[59]

Así, el éxito de una sociedad se encuentra en lograr un balance adecuado entre las tensiones que se generan al confrontar determinados valores; existen amplios ejemplos, como la solidaridad y la meritocracia, o el medio ambiente sano y la libertad de empresa, o la diatriba entre la forma de juzgar a los adolescentes, evadiendo el modelo retributivo en pro del restaurativo, enfrentando el papel del menor como víctima o responsable como autor de un acto ilegal.

La sentencia solamente sirve de base para unas obligaciones que en muchos casos no se cumplen, de allí la necesidad de revisión de tales instancias e incluso de la propia estructura del sistema, pues desde esta perspectiva el mismo se inclina en mayor parte a la formación del adolescente y no propiamente a favor de las víctimas, que tan sólo pueden estar equilibradas si se trata también de menores de edad.

Lo anterior obedece a que, en muchos casos de privación de la libertad, por ejemplo, cuando se trata de hacer efectiva la medida, los supuestos de la decisión varían por el transcurso del tiempo, como en el caso de la mayoría de edad del infractor; en este supuesto, los cambios psicosociales que se han dado durante el transcurso del proceso implican variar la decisión de internamiento a reglas de conducta en libertad, buscando el mejor beneficio para el adolescente infractor.[60] Es decir, la reparación en estos casos pasa a un segundo plano y se pondera el interés superior del menor, situación que casi en toda la estructura del sistema se reitera. En últimas, la eficacia simbólica tendría una mayor injerencia si tomamos en cuenta tales aspectos que implican su poca capacidad de persecución y reparación.[61]

Para García Villegas, "más que reglas de obligatorio e inmediato cumplimiento, las normas jurídicas son recursos simbólicos que sirven para hacer cosas y emprender luchas",[62] una función que en el escenario de las normas

---

[59] Villegas, 2014, p. 64.

[60] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Decisión de 13 de junio de 2018. MP. Luis Antonio Hernández Barbosa.

[61] Bélanger, Pierre Gilles, "La procédure abrégée dans le contexte de la réforme juridique chilienne - une analyse de la légitimité bourdieusienne à travers ses acteurs judiciaires", Tesis Doctoral, Universidad de Ottawa, 2022, disponible en: *https://ruor.uottawa.ca/bitstream/10393/43246/4/Belanger_Pierre_Gilles_2022_these.pdf*.

[62] García Villegas, Mauricio, *La eficacia simbólica del derecho*, Penguin Random House, 2014, p. 63.

de papel podría llegar a ser igual o mayor que la eficacia material de las disposiciones jurídicas, debido a la poca eficacia del aparato judicial.

Por otro lado, el sistema de protección integral se representa por el principio de interés superior que señala el cumplimiento de la obligación por parte de la relación sociedad-Estado y familia. Este factor determina que tanto el proceso de imposición de la sanción, su cumplimiento y luego la ejecución de las medidas tendentes a la función educativa del adolescente infractor como fin principal de sus medidas no tengan en ocasiones un seguimiento adecuado. En este campo se han explorado fórmulas que incluso prevén la intervención desde la educación y la formación en la gestión parental para capacitar a los padres en el seguimiento de menores que tengan incidencia en la criminalidad juvenil, también aparece la prevención en el colegio y en la comunidad para programas después del colegio y evitar los riesgos de este tipo de delincuencia y otros factores de alienación y coacción.[63]

En el momento desde la estructura del sistema se pueden evidenciar procesos que pueden tener apoyo local, por ejemplo, en el caso de grandes ciudades como Bogotá, en programas de las alcaldías menores de tipo comunitario y social.[64] En el campo de la prevención y educación posterior a la sanción de la delincuencia juvenil, lo relevante es evitar la creación de expectativas que al final no tengan un objetivo social claro, por ejemplo, las propuestas de medidas punitivas extremistas que presionan el aumento de las sanciones, toda vez que imponen mecanismos que en todo caso rebasan la protección planteada en este campo desde los instrumentos internacionales sobre la materia.[65]

Frente a este aspecto, los programas de educación temprana a escala individual para los adolescentes infractores contribuyen al enriquecimiento intelectual escolar y pueden prevenir los fenómenos anotados o el exceso en las normas penales para estos adolescentes. Así mismo, los programas de formación en materia de aptitudes de los niños previenen el desarrollo de conductas punitivas u otros factores de riesgo como el abuso de sustancias, conflictos sociales y familiares etcétera.[66] De la misma manera, la educación

---

[63] Welsh, B. y Farrington, D., "Apoyo científico en relación con la prevención temprana de la delincuencia y la delincuencia tardía", *UNED. Revista de Derecho Penal y Criminología*, Madrid, 2a. Época, núm. 19, 2017, pp. 536-544.

[64] UNODC-Secretaría Distrital Bogotá, *Marco Conceptual Justicia Restaurativa y Principio de Oportunidad*, Bogotá, 2007.

[65] Convención Internacional de los Derechos del Niño de 1989.

[66] Welsh, B. y Farrington, D., "Apoyo científico en relación con la prevención temprana de la

a los padres contribuye a la reducción de factores de riesgo para los adolescentes, lo cual ha llevado a que incluso sea una obligación por parte de las instituciones educativas.

Considérese obligatorio que todas las instituciones educativas públicas y privadas estructuren un módulo articulado al Proyecto Educativo Institucional (PEI) para mejorar las capacidades de los padres de familia y/o custodios en relación con las orientaciones para la crianza que contribuyan a disminuir las causas de la violencia intrafamiliar y sus consecuencias como: consumo de sustancias psicoactivas, embarazo en adolescentes, deserción escolar, agresividad, entre otros.[67]

Tal situación representa dos grandes desafíos para el sistema, que se concretan en la necesidad de reparación de las víctimas, en muchos casos insatisfecha, frente a las garantías de protección e interés superior del adolescente infractor, que tampoco permiten mayor rigor en la responsabilidad penal. Por otra parte está el desafío de educación del infractor, la prevención de futuras reincidencias como adulto y la meta de entregar a un ciudadano recuperado para la sociedad, independiente del sistema.[68]

Lo cierto es que no necesariamente las sanciones impuestas son el punto final del sistema, sino todo lo contrario, pueden ser el comienzo de una fase posterior a la sanción que en nuestro sistema todavía no ha sido abordada con la complejidad que el asunto requiere y que en los sistemas comparados resulta de vital importancia.[69] De no atender estos factores, se pueden generar mayores conflictos, pues se trata de personas que requieren protección como los adolescentes y las víctimas, que también tienen derecho a la reparación integral de los perjuicios causados con el delito. En el momento la sociedad no revela que tales factores tengan los recursos adecuados para la satisfacción tanto de la reparación como los programas de formación para el infractor.

El papel del Estado en la construcción de las políticas públicas debe mantenerse dentro de los márgenes constitucionales y legales, interviniendo en las causas, sin una ceguera voluntaria hacia las sanciones,

---

delincuencia y la delincuencia tardía", *UNED. Revista de Derecho Penal y Criminología*, Madrid, 2a. Época, núm. 19, 2017, pp. 545 y 546.

[67] Código de Infancia y Adolescencia, Ley 1098 de 2006, Congreso de la República, 2006, párr. 2, Art. 42.

[68] Angulo Salazar, Juan Pablo y de Oro Genes, Kattia, 2019, p. 24.

[69] Medan, Marina, "Justicia restaurativa y mediación penal con jóvenes: una experiencia en San Martín, Buenos Aires", *Revista Delito y Sociedad*, Buenos Aires, núm. 41, 1° semestre, 2016.

> esto es instrumentalizar y maximizar el derecho penal, y de contera [sic] desconocer la protección jurídica reforzada que, a nivel nacional e internacional, gozan todos los menores de edad, toda vez que el Estado simplemente espera a que se constituyan en víctimas [...]. Por el contrario, en primera línea de prevención y siempre en primera ratio, se deben generar políticas públicas preventivas de corte social y económico que procuren educar y desarrollar una cultura de seguridad de los NNA.[70]

De la misma manera podemos pensar en la construcción de requisitos mínimos al momento de construir políticas sobre NNA en materia penal, de suerte que se constituyan en "una limitante a los factores políticos y mediáticos detrás de la promoción del aumento de penas o un aumento legislativo sin razón".[71]

VI. Conclusiones

El Sistema Penal Adolescente constituyó en Colombia una de las principales reformas en materia de responsabilidad penal juvenil, teniendo en cuenta las condiciones de una nación joven de acuerdo con su población, en pleno desarrollo, bajo la noción del sistema de protección integral e interés superior, conforme a las demandas sociales de protección actuales.[72]

El sistema se dirige a un trato diferenciado, en particular de la sanción, que tiene por finalidad la educación del adolescente en la búsqueda de su plan de vida e inclusión social, aun frente a la gravedad de ciertas conductas, es decir, se acerca más a las funciones de prevención especial positiva. Todo ello se enfrenta en el presente estudio a una problemática especial del país que revela niveles de reincidencia cercanos al sistema de adultos, que además tiene como factores de relevancia situaciones relacionadas con bandas organizadas, desarraigo social, marginalidad y riesgo permanente, entre otros aspectos del conflicto armado en Colombia.

---

[70] Tirado-Acero, M. y Cáceres-Tovar, V. M. "La política criminal frente al ciberdelito sexual contra niños, niñas y adolescentes en Colombia". *Revista Científica General José María Córdova*, vol. 19, núm. 36, 2021, p. 17, disponible en: *https://doi.org/10.21830/19006586.790*

[71] Montes, R. V. *et al.*, "Delitos sexuales contra niños, niñas y adolescentes frente al populismo mediático y punitivo", *Via Inveniendi Et Iudicandi*, vol. 16, núm. 1, 2021, p. 30).

[72] Ley 1098 de 2006.

Dentro de las medidas que obedecen a la sanción, la búsqueda de equilibrio entre la justicia legal y la justicia material tienen que orientarse hacia el cumplimiento de los factores de acompañamiento, toda vez que los padres ejercen un papel esencial junto con las instituciones de supervisión para el cumplimiento de los compromisos adquiridos. Sobre todo, cuando se trata de reglas de conducta, medidas de libertad vigilada o aun en sistemas semicerrados con algún tipo de beneficio no privativo de libertad.

De igual forma, este acompañamiento puede servir de base para evitar factores de incidencia en la población juvenil, frente a detonadores de delincuencia, como los conflictos sociales, familiares, lugares de riesgo, etcétera, que además pueden impedir el desarrollo de los fundamentos educativos que imperan en la sanción. Todo ello porque los padres, el Estado y la sociedad son solidariamente responsables en esta función de prevención temprana. Es así que los criterios establecidos para la imposición y cumplimiento de la sanción definen elementos correspondientes a la garantía de protección integral, pleno ejercicio de sus derechos fundamentales, protección de riesgos, equilibro de sus derechos familiares y satisfacción en general de los derechos de niños, niñas y adolescentes.

En el proceso de responsabilidad penal adolescente se han generado situaciones difíciles de cumplir, de un lado es posible que frente al sistema internacional de protección del menor los aumentos sean mínimos y segundo, al final, es posible que sigan siendo ineficaces las reformas aludidas, dado que se trata de un proceso en el que se apunta por un trabajo educativo reformador del adolescente infractor. Para tal efecto, los factores de prevención temprana pretenden un acompañamiento al adolescente, un acompañamiento en el proceso, en la definición de la sanción y en la función pospena, toda vez que justamente la eficacia simbólica se genera porque el proceso finaliza sin conocer el avance del procesado y su plan de vida futuro, de tal suerte que este tipo de prevención genera efectos incluso para factores de reincidencia.

VII. Bibliografía

Asamblea Nacional Constituyente, *Constitución Política de Colombia*, 1991.

Bernuz Benítez, María José, "La legitimidad de la justicia de menores: entre justicia procedimental y justicia social", *Revista IN DRET, para el análisis del Derecho*, Barcelona, vol. 1, 2014.

Bernal del Castillo, Jesús y González Tascón, María Marta, "Medidas de prevención situacional en la nueva cultura del ocio juvenil: especial referencia a las experiencias desarrolladas en Asturias", *UNED. Revista de Derecho Penal y Criminología*, Madrid, 3a. Época, núm. 1, 2009.

Cámara A., Sergio, "Internamiento de menores: criterios de ejecución penal y nuevos modelos de justicia en el ámbito internacional y europeo", *Revista General de Derecho Penal,* Salamanca, 14, 2010.

Código Penal Colombiano, Ley 599 de 2000, Congreso de la República, 2000.

Código de Infancia y Adolescencia, Ley 1098 de 2006, Congreso de la República, 2006.

Corte idh, *Ficha Técnica: Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, 2002, disponible en: *https://www.corteidh.or.cr/ver_ficha_tecnica_opinion.cfm?nId_Ficha=17&lang=es*.

Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 13 de junio de 2018. SP2159-2018. Rad 50313. M.P Luis Antonio Hernández Barbosa.

Bélanger, Pierre Gilles, "La procédure abrégée dans le contexte de la réforme juridique chilienne - une analyse de la légitimité bourdieusienne à travers ses acteurs judiciaires", Tesis Doctoral, Universidad de Ottawa, 2022, disponible en: *https://ruor.uottawa.ca/bitstream/10393/43246/4/Belanger_Pierre_Gilles_2022_these.pdf*.

Bergalli, Roberto, "El control Penal en el marco de la sociología jurídica", Ponencia, Jornadas de la Investigación y Enseñanza de la Sociología Jurídica. Universidad de Barcelona, 7 a 9 de abril de 1988, disponible en *file:///D:/Downloads/Dialnet-ElControlPenalEnElMarcoDeLaSociologia-Juridica-142149%20(2).pdf* (fecha de consulta: 5 de julio de 2022).

dane, *Panorama sociodemográfico de la juventud en Colombia ¿Quiénes son, qué hacen y cómo se sienten en el contexto actual?*, dane, 2020, p. 62, disponible en: *https://www.dane.gov.co/files/investigaciones/genero/informes/informe-panorama-sociodemografico-juventud-en-colombia.pdf*.

Departamento Nacional de Planeación, *Conpes 3629*, 2009, *https://www.icbf.gov.co/sites/default/files/conpes-3629-srpa.pdf*.

Documento conpes, *Sistema de responsabilidad penal para adolescentes – SRPA: Política de atención al adolescente en conflicto con la ley*, Bogotá D.C., 2009.

García Villegas, Mauricio, *La eficacia simbólica del derecho*, Penguin Random House, 2014.

Gómez Pavajeau, C. A., *La oportunidad como principio fundante del proceso penal para adolescentes*, Bogotá, Nueva Jurídica, 2007.

ICBF, Lineamiento modelo de atención para adolescentes y jóvenes en conflicto con la ley - SRPA, Bogotá D.C., 2018.

ICBF, OIM, USAID e Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC), "Elementos para la comprensión de la delincuencia juvenil en Colombia. Observatorio del Bienestar de la Niñez", *Boletín: Adolescentes, jóvenes y delitos*, núm. 56, 2015.

Medan, Marina. "Justicia restaurativa y mediación penal con jóvenes: una experiencia en San Martín, Buenos Aires", *Revista Delito y Sociedad*, Buenos Aires, núm. 41, 1° semestre, 2016.

Mojica, G. C., Reincidencia carcelaria en Colombia. Corporación Excelencia en la Justicia, 19 de enero de 2022, disponible en: *https://cej.org.co/indicadores-de-justicia/criminalidad/reincidencia-carcelaria/*.

Montes, R. V. *et al.*, "Delitos sexuales contra niños, niñas y adolescentes frente al populismo mediático y punitivo", *Via Inveniendi Et Iudicandi*, vol. 16, núm. 1, 2021.

Pozuelo Pérez, Laura, "El futuro del Derecho penal juvenil: de un Derecho penal de menores a un Derecho penal de adultos. Recensión a Miguel Ángel Cano Paños, El futuro del Derecho penal juvenil europeo. Un estudio comparado del Derecho penal juvenil en Alemania y España, Barcelona (Atelier) 2006, 336 págs.", *Revista In Dret*, Barcelona, vol. 1, 2009.

Resolución 11875 de 2019 ICBF. De 24 de diciembre. Diario Oficial No. 51.177 de 24 de diciembre. Bogotá D.C.

Robinson, J. A., "La miseria en Colombia", *Revista Desarrollo y Sociedad*, 2017, *https://doi.org/10.13043/dys.76.1*.

Sandoval Mesa, Jaime Alberto, *La Garantía Criminal en Materia Penal y Penal Internacional*, Tirant lo Blanch, Bogotá, 2018.

Sandoval Mesa, Jaime Alberto y Tirado Acero, Misael, "Fundamentos socio jurídicos en materia penal del adolescente infractor frente al fenómeno del reclutamiento forzado", *Revista IUSTA*, Colombia, vol. 1, núm. 38, enero-junio de 2013, pp. 81-99.

Sentencia ID: 436638, No. de proceso: 33510, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal 7 de julio de 2010, disponible en: *http://consultajurisprudencial. ramajudicial.gov.co:8080/WebRelatoria/csj/index.xhtml.*

Sentencia del 15 de mayo de 2018, Tribunal Superior de Medellín, Sala de Asuntos Penales para adolescentes, radicado nro. 05-001-60-01250-2017-02524

Sentencia del 19 de febrero de 2008, 63001318500120070076501 Tribunal Superior de Armenia. Sala Civil Familia.

Sentencia del 26 de septiembre de 2018. Radicado: 05001-60-01-250-2018-00671 Tribunal Superior de Medellín Sala de Asuntos Penales.

T-336-19, Expediente T-6.934.309, Corte Constitucional de Colombia, 26 de julio de 2019, disponible en: *https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/T-336-19.htm*.

Tirado Acero, Misael *et al.*, *Eficacia simbólica de las decisiones judiciales en el sistema de responsabilidad penal adolescente –SRPA–*, Bogotá, Instituto de Altos Estudios -ilae-, 2022.

Tirado-Acero, M. y Cáceres-Tovar, V. M., "La política criminal frente al ciberdelito sexual contra niños, niñas y adolescentes en Colombia". *Revista Científica General José María Córdova*, vol. 19, núm. 36, 2021, disponible en: *https://doi.org/10.21830/19006586.790*.

unodc-Secretaría Distrital Bogotá, *Marco Conceptual Justicia Restaurativa y Principio de Oportunidad*, Bogotá, 2007.

Velasco-Hernández, H. F., "El Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes (srpa) en el ordenamiento jurídico colombiano", *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, vol. 50, núm. 133, 2020, disponible en: *https://doi.org/10.18566/rfdcp.v50n133.a02*.

Welsh, B. y Farrington, D., "Apoyo científico en relación con la prevención temprana de la delincuencia y la delincuencia tardía", *UNED. Revista de Derecho Penal y Criminología*, Madrid, 2a. Época, núm. 19, 2017.

Conditional Cash Transfers & Obstetric Violence: An Institutional Ethnography of Argentina's *Asignación Universal por Hijo* [AUH] Program

Melisa N. **Handl***

Contents: I. Introduction. II. Methodology. III. Methods. IV. Background. V. On Violence. VI. Obstetric Violence: Legal Framework. VII. Empirical Findings: Obstetric Violence against AUH Recipient Women. VIII. Disregarding Women's Embodied Knowledge. IX. Withholding Technologies from Women: Lack of Access to Health Services and Contraception. X. Difficult Access to Contraception and Tubal Ligation. XI. Without Access to Decommodified High-Quality Public Services, the AUH is Self-Defeating. XII. Conclusion. XIII. References.

I. Introduction[1]

In this chapter, I use Institutional Ethnography (IE) —a feminist socio-legal methodology— to describe the problematic of obstetric violence exerted

* Doctoral candidate at the University of Ottawa and a member of the University of Ottawa Human Rights Research and Education Centre.

[1] The author would like to thank the International Development Research Centre (IDRC) for their support through its Doctoral Research Award Program, which funded this empirical research. I would also like to thank my two research assistants in Argentina: Andrea Schaffer and Gianna Tourn. The research project was reviewed and approved by the University of Ottawa's Office of Research Ethics and Integrity in 2021. This work is part of a broader doctoral research project and it comprises a section of the doctoral dissertaton of the autor.

by the Argentine State through its health bureaucrats against the women who are recipients of Argentina's conditional cash transfer [CCT] program, the *Asignación Universal por Hijo* [AUH] Program.

Over the years it took me to complete my doctoral research project, I grew aware that I might be fixated on understanding violence against women. Nevertheless, the topic sadly imposed itself on me because violence was pervasive in AUH recipient women's everyday life. Of course, there is the perennial peril of the researcher contributing to a fetishist and voyeuristic portrayal of violence. Nevertheless, I am convinced it is more concerning not to see violence where it exists.[2] In the following pages, I contend that it is crucial to name administrative and obstetric violence, which is otherwise concealed, naturalized into non-existence, and framed as the price that low-income women need to pay when dealing with the State.

IE emphasizes the importance of giving voice to experience and allowed me to make several empirical discoveries grounded on the realities and everyday experiences of recipient women in the field of the AUH in Argentina. The AUH program imposes conditions that must be met to cash the stipend, including health and education conditions. In this project, the problematic is something AUH recipient women suffer, namely, administrative, and obstetric violence. Poor women[3] primarily rely on the public health care system to complete check-ups and medical interventions as the AUH requires, as they cannot afford private health care. Of course, not all the obstetric vi-

[2] I decided not to use the popular term "microaggression". Despite being a valuable contribution, I do not feel comfortable using the aforementioned term because I do not think that the word "micro"—defined in the Cambridge English dictionary as "very small"— does justice to the type of violence AUH recipients face. Microaggressions are subtle offenses and demeaning attitudes typically used in racist manner. Sue, D.W. *et al.*, "Racial Microaggressions in Everyday Life Implications for Clinical Practice", *American Psychologist* vol. 62, num. 4, 2007, argue that microaggressions are a hidden form of racism that is more difficult to identify. The term "microaggressions" has been used in critical race theory, psychology, and in the study of obstetric violence. One of the points I am trying to make in these pages is that violence against women is not insignificant and should not be invisibilized or minimized. In that line of thinking, I opted for using terminology that aligns with my intentions and values. Sue, D.W. *et al.*, "Racial Microaggressions in Everyday Life Implications for Clinical Practice", *American Psychologist* vol. 62, num. 4, 2007.

[3] In this paper, I refer to informant women who receive the AUH program as "women," "recipient women," "recipients," or "mothers." I stay away from the term "beneficiary" as such was identified as pejorative by informants, to the extent that it would frame the AUH as a "benefit" rather than a "right." What "woman" entails is contested in the literature. However, I use the terms "woman" and "women" to emphasize the gendered nature of violence experienced by informants and to acknowledge that in the cases discussed for this research, all informants self-identified as women.

olence suffered by AUH recipient mothers can be traced back and explained away on account of the AUH program exclusively. Nevertheless, it is worth considering how the State, through the institutionalization of the AUH, creates new instances for these poor women to experience obstetric violence. Indeed, the State imposes unilateral obligations on AUH recipients forgetting its obligation to provide quality, free-of-cost public services and prevent and punish violence against women [VAW].

Thus, the Argentine State facilitates and constructs obstetric violence against AUH recipients, and it is problematic that this abuse is not seen as important by CCT policy designers and evaluators. I was not prepared to hear such stories of cruelty against women in completing tasks required by the AUH, such as pregnancy, birth, and post-partum check-ups. This type of violence remains largely ignored in CCTs policy design, implementation, evaluation, and the literature, with a few exceptions. Nagels[4] and Cookson[5] described obstetric violence against women in their work about CCTs programs in Bolivia and Peru, respectively. Nagels[6] argues that CCTs do not solve racial inequities and obstetric violence. Cookson[7] conducted an IE of the Peruvian *Juntos* CCT program, revealing extra-official activities required for recipients such as having hospital or "institutional births."

In Argentina, AUH recipient women's experiences with obstetric violence remain unexplored.[8] This work contributes to naming the obstetric violence recipient women suffer when complying with the AUH program and bringing it into focus. As well, various institutional ethnographies studied the health services organization from the experiences of "patients"

---

[4] Nagels, N., "Conditional Cash Transfer and Gender, Class, and Ethnic Domination. The Case of Bolivia", in Olivier de Sardan, J. P. and Piccoli Balen, E. (eds.), *Cash Transfers in Context: An Anthropological Perspective*, New York, Berghahn Books, 2018.

[5] Cookson, T. P., *Unjust Conditions: Women's Work and the Hidden Cost of Cash Transfer Programs*, Oakland, University of California Press, 2018.

[6] Nagels, N., "Conditional Cash Transfer and Gender, Class, and Ethnic Domination. The Case of Bolivia", *cit.*

[7] Cookson, T. P., *Unjust Conditions: Women's Work and the Hidden Cost of Cash Transfer Programs*, *cit.*

[8] One exception is the work of Strachnoy & Ambort (2017), who described violence against AUH recipient women as exerted by gynecologists and obstetricians. However, the authors focused on the *Pregnancy Allowance* program and found that health bureaucrats understood the program as "a horror" and "an opportunity" Ambort, M. L. y Straschnoy, M., "Burocracias escolar y sanitaria: ¿facilitadores u obstaculizadores del acceso a la Asignación Universal por Hijo y la Asignación por Embarazo para la Protección Social?", *Horizontes Sociológicos, Revista de la Asociación Argentina de Sociología,* num. 5, 2018.

or "users".[9] In this line, my research contributes to this literature by broadening our understanding of AUH recipient women's reproductive experiences as shaped by interactions with healthcare bureaucrats, the State, and broader institutional priorities that characterize CCTs.

In the following pages, I first describe the methodology and methods used to conduct empirical work: IE. I would like to note that this empirical work is part and parcel of my broader doctoral research project and my dissertation. I then set up the background and explain what CCTs are and how this model of social policy was developed to subsequently describe and characterize Argentina's CCT program, the AUH. I provide a conceptualization of violence and then critically describe the international and national legal framework that —in theory— protects women against obstetric violence. After describing formal laws against gender-based and obstetric violence, I explain informant women's experiences of abuse. Data shows that AUH recipient women endured obstetric violence while doing AUH work and that such violence involved disregarding women's embodied knowledge, being denied treatment and access to health technologies, and difficult access to contraception, among other forms of obstetric violence. I ultimately show how the AUH program facilitates and creates new instances of violence against women and that CCTs cannot possibly address the structural forms of inequality rooted in the cis-hetero-patriarchal colonial racist capitalist political economy.

II. Methodology

In this paper, I use a feminist socio-legal methodology —Institutional Ethnography (IE)— developed by feminist Canadian sociologist Dor-

[9] Mackinnon, K., "Living With the 'Threat' of Preterm Labor: Women's Work of 'Keeping the Baby In" *Journal of Obstetric, Gynecologic, & Neonatal Nursing,* vol. 35, num. 6, 2006, conducted an IE of provision of obstetric care. Yañez, S., "'We Aren't All the Same': The Singularity of Reproductive Experiences amidst Institutional Objectification in Argentina's Public Maternal Health Services", *Journal of Feminist Scholarship,* vol. 15, 2018, used IE to explicate women's experiences with obstetric care in Argentina. *See also* Mykhalovskiy, E. and McCoy, L., "Troubling Ruling Discourses of Health: Using Institutional Ethnography in Community-based Research", *Critical Public Health* vol. 12, num. 1, 2002; Rankin, J., "'Patient Satisfaction:' Knowledge for Ruling Hospital Reform - An Institutional Ethnography", *Nursing Inquiry,* vol. 10, num. 1, 2003; Sinding, C., Using Institutional Ethnography to Understand the Production of Health Care Disparities. *Qualitative Health Research*, vol. 20, núm. 12, 2010.

othy Smith to show how AUH recipients' individual experiences and their practices are being disciplined by, and simultaneously mould, institutional priorities, which Smith calls "relations of ruling".[10] Relations of ruling are institutional priorities that impact and are impacted by people's everyday experiences. Ruling relations interact with people in a multiplicity of ways in their everyday lives, but this does not mean that people are helpless, have no agency, and do not resist. Indeed, some informants had the privilege of more easily accessing ruling relations and having their experiences represented, while others were marginalized and neglected, such as AUH recipient women's experiences.

IE focuses on the actualities of people's lives to understand how they participate in social relations to better understand institutional processes by creating a "map" to show how informant experiences fit together. Smith was committed to the actual, parting from feminist standpoint methodology and Marxist materialism[11] and avoiding top-down approaches or "expert-created" theories that failed to build from people's actualities on the ground. IE aligns with my research endeavour: rather than focusing on black-letter formal laws in paper, I connect recipient women's everyday experiences and actualities with technocratic and legalistic understandings of rights, from the bottom-up.

Smith[12] described IE as integrating the following elements: "Working from people's experience of their own doings, knitting different perspectives and positions together, and exploring the text-based forms of organization provide means of constructing a representation of how things work...".

Institutional ethnography contributes to the armoury of tools available to feminist researchers by paying close attention to the work performed by people situated in different corners of the institution being studied, in this case, the AUH. Work is a human activity defined justly in a generous manner and includes paid and unpaid labour alike because work includes everything that requires time, intention, and effort.

I place AUH recipient women's lived experiences at the heart of this enquiry. This piece is part of a broader doctoral research project whereby

[10] Objectification refers to the suppression of the subjectivity of the knower in a way that knowledge "moves to an abstract conceptual plane". Campbell, M., "Dorothy Smith and Knowing the World We Live In", *Journal of Sociology and Social Welfare,* vol. 30, num. 1, 2003, p. 8. Smith, D. E., *Texts, Facts and Femininity: Exploring the Relations of Ruling,* London, Routledge, 1990.

[11] Smith, D. E., *Institutional Ethnography: A Sociology for People,* Lanham, MD, AltaMira Press, 2005.

[12] *Ibidem*, p. 183.

I "knit" the perspective of a variety of actors involved in the institution of the AUH, to weave their knowledge and experience together to produce a "map" of the institution.[13] In this paper, however, I focus exclusively on recipient women's perspective. I part from recipient women's experiences of administrative and obstetric violence with the AUH bureaucratic apparatus, specifically with the ANSES (Argentina's Social Security Agency) and health institutions, such as hospitals and *salitas* (health centres).

I depart from the experiences of the people that Smith refers to as the "small hero": the point of departure for her feminist sociology; I adapted this term and decided to use the term "small shero" instead.[14] The "small shero" is the standpoint of AUH recipient mothers. Each mother is an expert in her own life, and "it is the individual's working knowledge of her everyday world that provides the beginning of the inquiry".[15] Institutional analysis elucidates generalized bases of the experience of administrative and obstetric violence; in this case, AUH recipients were subjected to stigmatization, coercion, abuse, and neglect throughout numerous situations of obstetric humiliation, waiting, hostility, and invisibilization. However, explaining women's experiences does not restrain the research to the description of that experience because "the problematic of the everyday world arises precisely at the juncture of a particular experience, with generalizing and abstract forms of social relations organizing a division of labour of society at large".[16] Throughout parting from women's experience, I show how relations of obstetric violence plague the institution of the AUH as a not-quite-subtle language. Such violence characterizes women's experience with the State and points toward a problematic disjuncture between the black-letter law and recipient women's knowledge and experiences.

III. Methods

The methodology involved talking to people and examining different texts. The research in this chapter is grounded on an IE that involved interview-

[13] Smith, 2005, p. 183.

[14] Stanley, L., *Dorothy E. Smith, Feminist Sociology & Institutional Ethnography: A Short Introduction.* Independently Published, 2018, p. 20.

[15] Smith, D. E., *The Everyday World as Problematic: A Feminist Sociology*, Toronto, University of Toronto Press, 1987, p. 154.

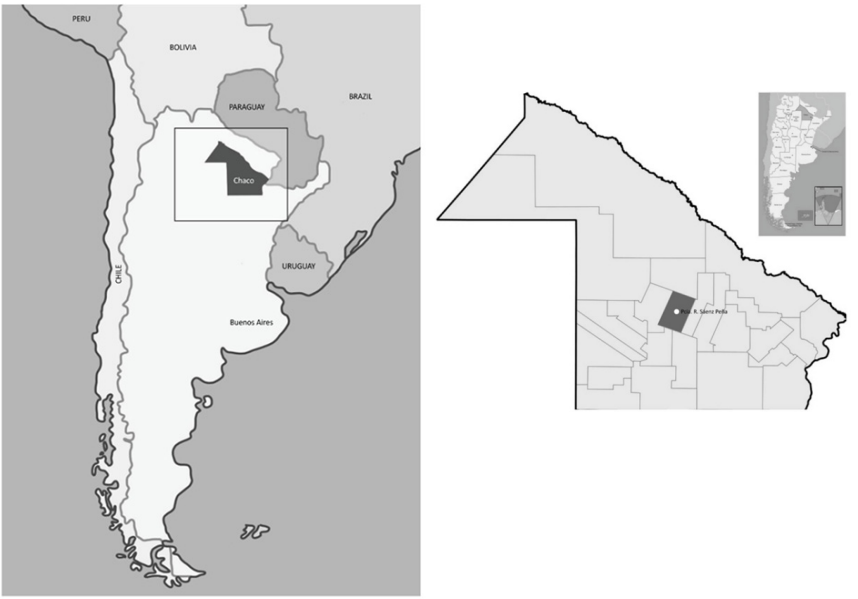
[16] *Idem*.

ing thirty-eight AUH recipient women —through in-depth semi-structured individual interviews, focus group discussions, and narrative photovoice— and nineteen professionals who work in fields related to the AUH in their everyday routine. I asked open-ended questions about how these informants experienced, had knowledge of and observed institutional and legal processes working in actuality in the province of Chaco, Argentina. In this piece, however, I rely exclusively on interviews conducted with AUH recipient women, not with other professionals that occupy different corners in the institution of the AUH.

The research site is located in the *Nordeste* region of Argentina: the city of Presidencia Roque Sáenz Peña, the second-largest city in the province of Chaco, where most informants resided and worked. The Province of Chaco is a sparsely populated, hot, and semiarid lowland, and one of the poorest and most marginalized provinces in Argentina. Chaco sits on unceded Indigenous territory. In Chaco, AUH recipients are low-income and have historically experienced exclusion based on their gender, class, ethnicity, skin colour, literacy level, education, language, and the geographical location of their homes. In 2006, Chaco was the province with the highest percentage of households below the poverty line, reaching 42.6%, while the average percentage among Argentine provinces and the federal capital was 26.4%.[17] Health and education services in the province of Chaco have been historically limited and of low quality.

[17] Chudnovsky, M., *Régimen Político, Estado y Políticas Públicas: El Rol de los Gabinetes en el Desarrollo de Capacidades Estatales,* Doctoral Dissertation, Universidad Torcuato Di Tella, 2014, pp. 100-101, retrieved from *https://repositorio.utdt.edu/handle/20.500.13098/2217*.

FIGURE 1. MAPS OF ARGENTINA AND THE PROVINCE OF CHACO.
DESIGN BY JISSELA N. POLASEK



Interviews were transcribed and translated from Spanish to English. There were manually analyzed in order to identify and group themes from the account of participants. Then, I used narrative analysis to organize and present how informants made sense of their own experiences. Holding recipient women's experiences front and centre of this work means weaving together the narratives and descriptions of emotions, actions, and perspectives of their diverse responses to obstetric violence. Rather than paraphrasing or heavily translating the work of recipient women and other informants, I offer extensive quotations and comprehensive descriptions of their efforts, aspirations, and practices.

IV. Background

1.CCTs as a Social Policy Paradigm

Conditional cash transfers (CCTs) are one of the most important trends in contemporary social policy in Latin America, having become the main paradigm for the delivery of social services. CCTs work as advertised: they

are a governmental transfer of cash —generally a small stipend— to poor households on the condition that they make a specific investment in the health and education of children. The causal model behind this delivery paradigm is that it alleviates poverty and increases consumption in the short run, while in the long run, it is supposed to help overcome the intergenerational transmission of poverty.[18]

Women have been crucial in the institutionalization of CCTs because the money is generally transferred to the mother within the household since the conditionalities attached to the stipend generally involve activities of social reproduction, that is, unpaid and invisibilized labour necessary for the reproduction of human life.[19] Feminist researchers have underlined a number of important objections to CCTs. They instrumentalize poor women by increasing their burdens and perpetuating the gender division of labour;[20] they increase and invisibilize women's responsibilities;[21] they do not address inequities in the delivery of social services, intensifying racial disparities in context of colonialism and gendered forms of violence such as obstetric abuse.[22]

CCTs were created in Mexico in 1997 to combat extreme poverty in rural areas. The success of this transfer led to other Latin American countries implementing it, becoming one of the trendiest social policy strategies in the region. The most significant CCTs in the region are the *Bolsa Família*[23] —Brazil— and the *Progresa/Oportunidades/Prospera* —Mexico—.[24] Most

[18] Villatoro, P., *Las Transferencias Condicionadas en América Latina: Luces y Sombras*, Santiago de Chile, CEPAL, 2007.

[19] Rodríguez Enríquez, C., "Programas de Transferencias Condicionadas de Ingreso e Igualdad de Género ¿Por dónde anda América Latina?", *Mujer y Desarrollo*, vol. 109, División de Asuntos de Género, CEPAL, 2011.

[20] Molyneux, M., "Mothers at the Service of the New Poverty Agenda: Progresa/Oportunidades, Mexico's Conditional Transfer Programme", *Social Policy and Administration,* vol. 40, núm. 4, 2006.

[21] Cookson, T. P., *Unjust Conditions: Women's Work and the Hidden Cost of Cash Transfer Programs*, Oakland, University of California Press, 2018.

[22] Nagels, N., "Conditional Cash Transfer and Gender, Class, and Ethnic Domination. The Case of Bolivia", in Olivier de Sardan, J. P. and Piccoli Balen, E. (eds.), *Cash Transfers in Context: An Anthropological Perspective*, New York, Berghahn Books, 2018.

[23] The *Bolsa Família* was implemented in Brazil in 2003. Currently, it is the largest CCT program in the world, with more than 13 million recipient households and a coverage reaching 27.9% of the Brazilian population in 2015. Cecchni, S. y Atuesta, B., *Programas de Transferencias Condicionadas en América Latina y el Caribe. Tendencias de Cobertura e Inversión*, Chile, CEPAL-ONU, 2017.

[24] The program has changed its name several times. Between 1997 and 2002 it was called

Latin American countries have a CCT program[25] with various levels of coverage, targeting, and operation. Sixty-three countries had implemented at least one CCT program by 2015.[26] CCTs were also replicated in other continents,[27] promoted by international organizations such as the World Bank. CCTs have been praised by their advocates, such as researchers with the International Monetary Fund,[28] for being an effective tool in the fight against poverty and for supposedly "empowering" women.

Studies have shown how CCTs have positively impacted schooling rates, health checks of children and income poverty levels.[29] However, CCT's long-term impact on structural poverty remains unknown and controversial. I believe that the attachment of conditionalities to the transfer should be accompanied by an increase in public expenditure and the quality of provision of social services from the State.

2. The AUH

Argentina's CCT program is the *Asignación Universal por Hijo para Protección Social*, or "AUH" [Universal Child Allowance/Allocation for Social Protection]. The program was enacted on August 29th, 2009, during the presidency of Cristina Fernández de Kirchner (Decree 1602/09).

Progresa; between 2002 and 2014, *Oportunidades*; and finally, between 2014 and 2018, it was called *Prospera*. At the beginning of 2019, the government eliminated *Prospera,* replacing it with a new educational scholarship program called *Programa Nacional de Becas para el Bienestar Benito Juárez* (Benito Juárez National Welfare Scholarship Program).

[25] Throughout the 2000s, CCTs expended in Latin America, including, for example: *Más Familias en Acción* in Colombia (2001), *Chile Solidario* in Chile (2002), *Bono de Desarrollo Humano in Ecuador* (2003), *Tekoporâ* in Paraguay (2005), *Juntos* in Perú (2005), *Avancemos* in Costa Rica (2006), *Red de Oportunidades* in Panamá (2006), *Bono Juancito Pinto* in Bolivia (2006), and *Progresando con Solidaridad* in República Dominicana (2012).

[26] Honorati, M. *et al.*, *The State of Social Safety Nets 2015*, Washington D.C., International Bank for Reconstruction and Development/The World Bank, 2015.

[27] García, M. and Moore, C. M. T., *The Cash Dividend. The Rise of Cash Transfer Programs in Sub-Saharian Africa*, Washington, World Bank (WB), 2012, counted one-hundred twenty-three cash transfer programs in Africa. However, unlike those in Latin America, many of the African income transfer programs are either unconditional or have "soft" or "flexible"conditionalities, which means that there is no penalty for non-compliance.

[28] Revenga, A. and Shetty, S., "Empowering Women Is Smart Economics", *Finance and Development,* vol. 49, num. 1, 2012, p. 40.

[29] Boffi, S., "La Asignación Universal por Hijo en el contexto latinoamericano: ¿cambio de paradigma en la política social?", Doctoral Dissertation, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, 2020, p. 84.

The AUH became Argentina's leading exponent of the new paradigm of social protection to promote social investment in human capital to reduce the intergenerational transmission of poverty. In October 2009, the Executive promoted the creation of the AUH through a Decree of Necessity and Urgency [*Decreto de Necesidad y Urgencia*, or "DNU"]: *Decree 1602/09*. It was stated therein that the AUH would be incorporated into the *Family Allowances* regime under *Law 24,714*.

Paragraph 11 of *Decree 1602/09* states that the AUH "shall consist of a monthly non-remunerative monetary benefit, which shall be paid … for each child under eighteen years of age in their care, or without age limit in the case of a disabled child." The AUH is aimed at each child younger than eighteen years whose parents are informal workers, domestic workers, *monotributistas,*[30] or unemployed. Paragraph 14 of *Decree 1602/09* states that "the granting of the benefit is[...] conditional upon compliance with the mandatory health controls for children and attendance to the public education system". The conditions include health check-ups and vaccination controls for children; those younger than five must first be registered in the SUMAR program under the National Ministry of Health authority. Recipients must also present children's school attendance certificates issued by educational establishments. Article 7 of the *Decree 1602/09* establishes that "failure to provide accreditation will result in the loss of the benefit." The AUH legal recipient adult has access to 80% of the benefit every month; the remaining 20% is accumulated and can be cashed at the end of the year against the presentation of the required health and education certificates —article 7 of *Decree 1602/09* ——. Through *Decree 840/2020*, and as an exceptional response to the COVID-19 pandemic, the presentations of the health and education requirements for 2018 and 2019 were deemed to be complied with, and no proof was required from recipients.

As of May 2022, it is AR$ 6,375, with 80% of this value being received monthly and the remaining 20% (AR$ 5,100) once the education and health requirements have been verified. [31]The AUH is deposited monthly in recipients' bank accounts using a magnetic card that works like a debit card.

[30] The *monotributo social* [social monotax] is a tax regime for low-income self-employed workers, who have an annual gross income of less than AR$466,201.59 (as of May 2022). This regime allows complying with tax, social security and health coverage requirements and is partly subsidized by the State. ANSES, *www.anses.gob.ar/monotributo-social*.

[31] ANSES, Dirección Estudios de la Seguridad Social, *Asignación Universal por Hijo para Protección Social (AUH): Hacia un Esquema más Inclusivo,* 2021, retrieved from *http://observatorio.anses.gob.ar/archivos/documentos/AUH%20hacia%20un%20esquema%20m%C3%A1s%20inclusivo%20Junio%202021-2.pdf*

Banks must be partnered with the ANSES. Paragraph 15 of *Decree 1602/09* establishes that "the National Social Security Administration (ANSES)... shall issue the relevant supplementary rules for the operational implementation, supervision, control and payment of benefits". In Argentina, the ANSES is a public administration decentralized organism.[32]

Regarding the relation between recipients and the labour market, 7% of recipients are registered in the social *monotributo* system, 3% are domestic workers in private households, and 90% are unemployed or informal workers (ANSES, 2021b). Women are overrepresented among the unemployed and informal workers: female labour market participation in Argentina comprises a 49.2%, whereas for men, participation reaches a 71.2%. Women face higher levels of informality —36% versus 34.2%— and higher levels of unemployment —10.8% versus 8.9%— than men. [33]

Since its implementation, AUH coverage has significantly increased, and as of December 2021, 4,391,512 children are covered by the program, one million more children than when the program was created in November 2009.[34] There are 2,484,444 recipients, 93% of whom are women and the remaining 7% are men.[35] ANSES prioritizes mothers as recipients, although there may be exceptional cases where another household member collects the stipend. Amidst broader Latin American CCT developments, Argentina's AUH program initially presented a distinctive design: the cash was, until 2013, not transferred to women exclusively; both women and men were eligible to become recipients, provided they were primary carers.[36] From the beginning of the AUH program, women were predominantly the ones

---

[32] The Argentine National Public Administration [APN, *Administración Pública Nacional*] is composed by the organizations of the Central Administration [AC, *Administración Central*], decentralized organizations [OD, *Organismos Descentralizados*] and social security institutions [ISS, *Instituciones de la Seguridad Social*]. Rubio, J., "Organismos Descentralizados en el Estado Nacional: ¿Administración Centralizada por Otros Medios?", *Centro de Implementación de Políticas Públicas para la Equidad y el Crecimiento,* vol. 176, 2017, p. 176.

[33] Dirección Nacional de Economía, Igualdad y Género del Ministerio de Economía de la Nación, *Las Brechas de Género en la Argentina. Estado de Situación y Desafíos*, 2020, retrieved from *https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/las_brechas_de_genero_en_la_argentina_0.pdf*.

[34] ANSES, *Informe de Estadísticas de la Seguridad Social*, IV Trimestre, 2021, retrieved from *https://www.anses.gob.ar/sites/default/files/archivo/2022-05/Informe%20de%20Estad%C3%ADsticas%20de%20la%20SS%20IV%20Trimestre%202021.pdf*.

[35] *Idem*.

[36] Rabinovich L. and Diepeveen, S., "The Design of Conditional Cash Transfers: Experiences from Argentina's Universal Child Allowance", *Center for Economic and Social Research*, CESR-Schaeffer Working Paper No. 2014-007, 2014, p. 3.

who received the AUH stipend. Between 2010 and 2012, 92% and 94.4% of recipients cashing the stipend were women.[37] In July 2013, by Executive Power *Decree 614/13,* after an ANSES recommendation, the cash started to be exclusively transferred to the household's mother, independently of who was receiving the stipend until that point.[38] Since November 2020, by *Decree of Necessity and Urgency 840/2020* issued by the Executive, the AUH no longer prioritizes female titularity. As of November 2020, either the mother, the father or a third person by both parents' agreement can be the legal beneficiary of the stipend (Decree 840/2020).

Feminist researchers have argued that the AUH reproduces traditional gender relations centred around the idea that care is an individual —not a social— responsibility, exclusive to women. Rodríguez Enríquez[39] argues that the AUH intensifies time poverty and that the role given to women by the AUH does not automatically imply the existence of a gender approach. Pautassi, Arcidiácono & Straschnoy[40] argue that the AUH is characterized by its gender bias. It reinforces women's roles as caretakers and fails to develop intersectoral actions, infrastructure, and policies for work-family reconciliation.

The allocation of care tasks within Argentine households is markedly inequitable. Women with paid employment endure the double burden of caring for the household and working outside the home. Single-parent families grew from 12% to 19%.[41] In the case of this study, most women were raising their children alone. 36% of Argentine households are headed by women. However, women on the lower rungs of the socio-economic ladder are more vulnerable. Whereas in the richest 10% of the Argentine population, 25% of households are headed by a woman, in the poorest 10%

---

[37] Pautassi, L. *et al.* Condicionando el Cuidado. La Asignación Universal por Hijo para la Protección Social en Argentina. *Íconos. Revista de Ciencias Sociales,* vol. 50, 2014, p. 68.

[38] Diario Día a Día, "Las Mamás Tendrán Prioridad para Cobrar la Asignación", 29 May, 2013, retrieved from *http://www.diaadia.com.ar/cordoba/mamas-tendran-prioridad-para-cobrar-asignacion.*

[39] Rodríguez Enríquez, C., "Programas de Transferencias Condicionadas de Ingreso e Igualdad de Género ¿Por dónde anda América Latina?", *Mujer y Desarrollo*, vol. 109, División de Asuntos de Género, CEPAL, 2011.

[40] Pautassi, L. *et al.,* "Asignación Universal por Hijo para Protección Social de la Argentina: Entre la Satisfacción de Necesidades y el Reconocimiento de Derechos", Naciones Unidas-CEPAL-UNICEF184, 2013.

[41] CIPPEC, *Día de la Madre: Las Políticas Públicas Todavía no se Adatan a los Cambios en las Familias,* retrieved from *https://www.cippec.org/ textual/dia-de-la-madre-las-politicas-publicas-todavia-no-se-adaptan-a-los-cambios-en-las-familias/.*

of the population, women head 55% of households, provide for the family, and raise their children alone.[42]

v. On Violence

I identify the violence suffered by AUH recipient mother informants throughout the interviews as "administrative" and "obstetric" violence, that is, myriad forms of violence endured by AUH mothers in their relationship with the State while doing AUH work. I focus on the violence exerted by the State, also reverberated by society at large. To the extent that I focus on obstetric violence as exerted by State health actors who work in the public health system in Argentina, obstetric violence is also administrative violence.

Women's everyday experiences of violence in this work include more than physical injury; they include forms of violence such as exploitation, deprivation, humiliation, domination, coercion, repression, invisibilization, abuse, subordination and feelings such as anger, fear, and sadness. Interviewed women expressed a persistent feeling of having their rights violated and experiencing that violation in their daily lives. In this sense, in this work, I address and understand violence beyond blunt force.

Violence is a polysemic, complex, ambiguous, contested concept, and there is no single accepted definition of violence. I understand violence as a continuum and as structural. Scheper-Hughes & Bourgois[43] conceptualized violence as "a continuum" meaning that diverse forms of violence give birth to each other. This means that violence of inequality, poverty, exclusion, and exploitation translates into chains of violence in a non-linear manner where it becomes impossible to understand any form of violence against women —or any type of violence— in isolation from the other. I also see violence as structural. To understand the nature and magnitude of the violence that AU H recipient women suffer, we must unearth how the structural violence integral to social structures of capitalist, gendered, colonial, and socioeconomic inequalities produce and perpetuate particular forms of administrative and obstetric violence that are operating today within the AUH institution.

---

[42] CIPPEC, *Día de la Madre: Las Políticas Públicas Todavía no se Adatan a los Cambios en las Familias*.

[43] Scheper-Hughes, N. and Bourgois, P., *Violence in War and Peace. An Anthology*, Oxford, Blackwell, 2004.

The term "obstetric violence" was coined in Latin America[44] to recognize the gendered, racialized, and classist facets of reproductive rights violations.[45] Etymologically, "obstetric" comes from modern Latin "*obstetricus*", *which means* "pertaining to a midwife", from the term *obstetrix* or "midwife" (Online Etymology Dictionary). Literally, *obstetrix* means "one who stands opposite", from the verb *obstare,* "stand opposite to" (Online Etymology Dictionary). Interestingly, *obstare* is also part of the etymology of the word "obstacle." Many actors "stand opposite" to women who suffer obstetric violence: in this case, the State stands opposite to AUH recipient women, exerting such abuse on women through its social security and health bureaucracies and obstaculizing women's rights, wellbeing, and liberation.

I preserved the term "obstetric" due to its specificity: it helps contextualize violence against recipient women within health bureaucracies and supports women in articulating the abuse they experience when interacting with the State in fulfilling conditionalities. It also challenges normalized medical conduct and societal views on poor women. I follow Chawicks'[46] conceptualization of obstetric violence as "the violation (rupturing, destruction) of reproductive subjectivity. This [...] refers to a broader sense of being diminished, appropriated, reduced, unseen, unheard, and incapacitated, as an embodied, relational, and epistemic subject during reproductive life events". I adopt a broad perspective of obstetric violence, understanding it as resulting from structural violence against women that cannot be disassociated from other types of violence and violates human rights associated with health and reproductive health.[47] Obstetric violence "is dynamically intersectional and its aims go beyond the policing and regulation of 'women'... it "involves the complex entanglements of racist histories and legacies, forms of medical misogyny, and multi-stranded stratified inequalities". [48]

---

[44] Laako, H., "Understanding Contested Women's Rights in Development: The Latin American Campaign for the Humanisation of Birth and the Challenge of Midwifery in Mexico", *Third World Q*, vol. 38, 2017, p. 387.

[45] Smith-Oka, V., "Microaggressions and the Reproduction of Social Inequalities in Medical Encounters in Mexico", *Social Science & Medicine* vol. 143, 2015; Diniz, S. G. y Chacham, A. S., "The Cut Above' and 'the Cut Below': The Abuse of Caesareans and Episiotomy in São Paulo, Brazil", *Reproductive Health Matters,* vol. 12, num. 23, 2004; Dixon, 2015.

[46] Chadwick, R., "Breaking the Frame: Obstetric Violence and Epistemic Rupture", *Agenda*, vol. 35, num. 3, 2021.

[47] Sadler, M. *et al.*, "Moving beyond Disrespect and Abuse: Addressing the Structural Dimensions of Obstetric Violence", *Reproductive Health Matters*, vol. 24, num. 47, 2016.

[48] Chadwick, R., "Breaking the Frame: Obstetric Violence and Epistemic Rupture", *Agenda*, vol. 35, num. 3, 2021, p. 110.

Of course, not all AUH recipient women suffered administrative and obstetric violence. Indeed, some women had no complaints about the administrative and public health system and felt respected and accompanied. However, many recipient women did not, and this was problematic. Women's accounts broaden our understandings of the impacts of the conditionalities on women's bodies, labour, lives, and reproductive processes —socio-economic, biological, and cultural— beyond both administrative and healthcare services' limited discourses and disingenuous narratives about the benign role of the conditionalities in CCTs.

VI. Obstetric Violence: Legal Framework

A broad and generous repertoire aims to protect women's rights from obstetric violence in Argentina, explicitly incorporating international human rights standards and specific domestic legislation. The Argentine Constitution does not contain provisions regarding sexual health and reproductive rights. However, in virtue of Article 75.22, Argentina incorporated several human treaties that protect women's reproductive rights.[49]

1. International Protection

Article 16 (1) (e) of the *Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women* [CEDAW] (1980) safeguards "the basic right of all couples and individuals to decide freely and[...] to attain the highest standard of sexual and reproductive health" International human rights directly related to reproductive choice include the right to access family planning information —Article 16, CEDAW, (1980); Article 13, *Convention on the Rights of the Child* [CRC] (1989); Article 19, *International Covenant on Civil and Political Rights* [ICCPR] (1976). Article 13, *International Cov-*

[49] Including the *Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women*, 1 March 1980, 1249, UNTS 13, [Entered into force 03 September 1981, ratification by Argentina 15 July 1985] [CEDAW]. Organization of American States [OAS], *The Inter-American Convention on the Prevention, Punishment and Eradication of Violence against Women* [*Belem do Pará*], 9 June 1994, [entry into force 5 March 1995 and ratified by Argentina on 9 April 1996], *https://www.oas.org/juridico/english/treaties/a-61.html*. UN Population Fund (UNFPA), *Report of the International Conference on Population and Development, Cairo, 5-13 September 1994*, 1995, A/CONF.171/13/Rev.1, *https://www.refworld.org/docid/4a54bc080.html*. United Nations, *Beijing Declaration and Platform of Action, adopted at the Fourth World Conference on Women*, 27 October 1995, *https://www.refworld.org/docid/3dde04324.html*.

enant on Economic, Social and Cultural Rights [ICESCR] (1966)—; the right to access family planning methods and services —Article 16 CEDAW (198); Article 24, *Convention on the Rights of the Child* (1989); Article 12, ICESCR (1966)—; the right to found a family —CEDAW (1980); Article 32, ICCPR (1966)—; and the right to freely and responsibly decide the number and spacing of children —CEDAW (1980); Article 24, CRC (1989); Article 17, ICCPR (1966); Article 12, ICESCR (1966)—.

In my perspective, the international provisions that protect women's reproductive rights do not end there.[50] Other human rights also relate to their reproductive autonomy and health, including but not limited to: the right to health, which includes the right to reproductive health —Article 25, *Universal Declaration of Human Rights* [UDHR] (1948); Articles 12 (1) (2), ICESCR (1966); Article 14 (2) CEDAW (1980); Article 24 (1) CRC (1989)—; the right to personal freedom, security, and integrity —Articles 3 and 5 UDHR (1948) 1948; Articles 7, 9 (1), ICCPR (1966); Article 37 (a), CRC (1989)—, which includes the right not to suffer torture or cruel, inhuman, or degrading treatment;[51] the right to equality and non-discrimination including in the area of life and reproductive health —Article 2, UDHR (1948); Article 2 (1) ICCPR (1966); Article 2 (2), ICESCR (1966); Articles 1, 3, 11 (2) CEDAW (1980); Article 2 (1) (2) (5) CRC (1989)—; the right to life, which includes the right not to die from preventable pregnancy-related reasons —Article 3, UDHR (1948); Article 6 (1), ICCPR (1966); Article 6 (1) (2) CRC (1989)—; the right to be free of sexual and gender violence —Articles 5 and 6, CEDAW (1980); Articles 19 (1) and 34, CRC (1989)—; to decide freely and to have information about one's health and about sexual and reproductive rights, risks, efficacy of contraceptive methods, and consequences of pregnancy —Article 10, CEDAW (1980)—; the right to be free from practices and traditions that harm women and girls —Articles 2 (f) and 5 (a) CEDAW (1980); Article 24 (3), CRC (1989)—; and the right to benefit from scientific progress, including

[50] The *Millennium Development Goals* also frame women's reproductive health as essential to promoting development. United Nations Sustainable Development Goals, General Assembly Resolution, "Transforming our World: the 2030 Agenda for Sustainable Development" (25 September 2015), A/RES/70/1.

[51] *General Recommendation 19* of the CEDAW Committee indicated that gender-based violence "impairs or nullifies the enjoyment by women of human rights" and violates the right not to be subjected to cruel, inhuman, or degrading treatment. CEDAW Committee, *General Recommendation No. 19. Violence against Women* (1992) UN Doc. A/47/38/Rev.1. C. 1.1992 at para.7. The UN Special Rapporteur on Torture explained that ill-treatment at reproductive healthcare facilities might amount to inhuman and degrading treatment. Juan E. Méndez, UN Special Rapporteur on Torture and other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (12 March 2013) UN Doc. A/HRC/22/53.

progress in the area of human reproduction —Article 27 (1) UDHR (1948); Article 7, ICCPR (1966); Article 15, ICESCR (1966)—.

The Inter-American system also protects women's reproductive rights, recognizing the right to set up a family —Article 17, *American Convention on Human Rights* (1969); Article 15, *Protocol of San Salvador* (1999); Article VI, *American Declaration of the Rights and Duties of Man* (1948)—; the right to decide the number and spacing of children —Article 11 and 17, *American Convention on Human Rights* (1969); Article 10, *Protocol of San Salvador* (1999); Article XI *American Declaration of the Rights and Duties of Man* (1948)—; the right to access family planning information and education —Article 13, *Protocol of San Salvador* (1999); Article XI, *American Declaration of the Rights and Duties of Man* (1948)—; and the right to access planning methods and services— Article 10, *Protocol of San Salvador* (1999); Article XI, *American Declaration of the Rights and Duties of Man* (1948)—. The *Belém do Pará Convention* stated the right to live free from violence based on sex or gender.[52]

2. Domestic Legislation

Argentina has two laws to combat obstetric violence: *Law 25,929/2004* on *Humanized Childbirth* and *Law 26,485/2009 on the Prevention, Punishment, and Elimination of Violence against Women in their Interpersonal Relations* —which includes a specific Article on obstetric violence—.

In 2004, Argentina enacted *Law 25,929*, also known as the *Law on Humanized Birth*, the first Argentine Law to address childbirth.[53] It states that a pregnant woman has the right to be treated respectfully regarding her intimacy and cultural customs; to participate; be informed about medical interventions; choose freely; and avoid invasive and unnecessary practices, among other rights.

The *Law on Humanized Childbirth* is complemented by laws that protect the rights of women and patients. *Law 25,673/2002* implemented

[52] Costa Rican feminist jurist Alda Facio (2008) argues that gender-based violence also violates women's reproductive rights since it affects their health and reproductive and sexual autonomy. Alda Facio, *Los Derechos Reproductivos son Derechos* Humanos (San José, Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2008) at 37, online *https://lac.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/Libro%201.%20Los%20derechos%20reproductivos-DH.pdf*.

[53] Legislation against obstetric violence were also enacted in Uruguay, some states of Mexico, and the state of Santa Catarina in Brazil. Venezuela's obstetric violence act understands obstetric violence in the context of gender-based violence and was a pioneer in the region. *Law 38,668/2007*, *Organic Law on the Right of Women to a Life Free of Violence*, República Bolivariana de Venezuela, *https://vlexvenezuela.com/vid/ley-organica-derecho-mujeres-740020129*.

the *National Sexual Health Program* enacted by the *National Law on Patients' Rights*. The *Law on Surgical Contraception* entitles adults to tubal ligation through the healthcare system, obliging the State to ensure that it is provided free of charge. The *Law on Sexual Health and Responsible Procreation* specifically refers to CEDAW and the need to comply with treaties. These laws require the State to ensure access for all women and obligate the State to fund access to these services. Article 6 of *Law 26,485/2009* on the *Integral Protection of Women* described above introduced a definition of obstetric violence.

Obstetric violence can be exerted by any professional who provides care for women, not just by doctors. The Executive Decree that regulates *Law 26,485/2009* in its Article 6 (e) —second paragraph— incorporates administrative personnel or other personnel associated with the health facility, physicians, nurses, social workers, psychologists, and obstetricians, as possible perpetrators. Obstetric violence also includes denying women access to maternal health services by action or omission, resulting from discrimination or a general inefficiency of the health care system. [54]

Argentina's obstetric violence legal framework identifies three significant ways it can occur: dehumanizing care, over-medicalization, and converting biological processes into pathological ones.[55] The Executive Decree that regulates *Law 26,485/2009* on the *Integral Protection of Women* defined dehumanized care as the "cruel, dishonourable, dismissive, humiliating or threatening treatment provided by health personnel" which causes physical or psychological harm. In turn, *Law 26,485/2009* defines physical violence in Article 5 (1) and psychological violence —Article 2 (2)— and it is vital in understanding the dehumanizing care of women. I agree with Vacaflor[56] that "Argentina's legislative decision to frame this abuse and mistreatment of women under the rubric of gender-based violence permits the identification of failures in both the healthcare system and women's participation in society".[57] As such, pointing and naming is an essential step in the struggle for gender inequality.[58]

---

[54] Pérez D'Gregorio, R., "Obstetric Violence: A New Legal Term Introduced in Venezuela", *International Journal of Gynecology & Obstetrics*, vol. 111, núm. 3, 2010, pp. 201 y 202.

[55] Herrera Vacaflor, 2016, p. 67.

[56] *Ibidem*, p. 65.

[57] *Idem*.

[58] Chadwick, R., "Breaking the Frame: Obstetric Violence and Epistemic Rupture", *Agenda*, vol. 35, num. 3, 2021.

Law 26,485/2009 on the Comprehensive Law on the Prevention, Punishment, and Elimination of Violence against Women in their Interpersonal Relations would broadly and generously protect recipient women's rights if effectively implemented and enforced. This Law explicitly states women's right to a life free from violence (Article 2, [b]) and identifies gender inequality as the cause of VAW (Article 2 [e]). It provides solid provisions regarding victims' protection and expeditious and fair prosecutions. Article 4 defines violence against women as

> any gender-based conduct, action, or omission occurring in public or private[...] spheres[...] directly or indirectly based on an unequal power relationship that affects a woman's life, freedom, dignity, physical, psychological, sexual, economic, or pecuniary integrity, as well as her personal safety. It includes those perpetrated by the State and its agents. For the purposes of this law, indirect violence is any discriminatory conduct, action, omission, disposition, criterion, or practise that places women at a disadvantage concerning men.[59]

The *Argentine Integral Protection of Women's Act* provides an exceptionally multidimensional view of violence against women. Articles 5 and 6 are particularly illuminating because they provide a comprehensive and detailed account of gender violence.[60] Article 5 identifies the following types of violence against women: physical, psychological, sexual, economic and patrimonial, symbolic, and political. Of relevance to the lived realities of recipients, women are physical, psychological, economic, and symbolic violence, as described above. Sexual violence is also relevant to AUH recipient women who suffered obstetric, reproductive, and intimate partner violence. *Argentine Integral Protection of Women's Act* Article 6 explains that "modalities" are the forms in which the diverse types of violence against women are manifested in the different spheres, including the following: domestic violence against women; institutional violence against women, that "carried out by officials, professionals, staff, and agents belonging to any entity or public institution, which has the purpose of delaying, hindering, or preventing women from having access to public policies and exercising the rights provided in this law[...]"; workplace violence against women; violence against reproductive freedom, "that which violates the right of women to decide freely and responsibly the number of pregnancies or the interval between births, per Law 25,673 on the *Creation of the National Program of Sexual Health and*

[59] Translation is mine.

[60] Translation is mine.

Responsible Procreation"; obstetric violence, "that exercised by health personnel on the body and reproductive processes of women, expressed in a dehumanized treatment, abuse of medicalization, and pathologizing of natural processes, per *Law 25,929*"; media violence against women; violence against women in public spaces; and public-political violence against women.

The Act states the importance of promoting and assuring access to justice for those who suffer violence (Article 2 [f]). It frames access to justice broadly, not just as access to the courts (Article 11[5.1.a]. Despite the flourishing legal framework regarding obstetric violence in Argentina, none of the recipient women I interviewed recognized this violence in their narratives. Neither did health actors. Indeed, "public policies in Argentina (including laws) have not been sufficient to approach the issue of obstetric violence in its multidimensionality, leading to the failure of the implementation process".[61] It is also highly problematic that narratives of obstetric violence suffered by recipient women as part of the cost of complying with conditionalities imposed by the State are not part of the official stories we tell ourselves about the AUH and CCTs more broadly.

CONSAVIG[62] was executed in 2011 by the Argentine State to craft sanctions for gender violence, including obstetric violence"[63]. In 2013, CONSAVIG implemented a working group on obstetric violence and began taking grievances from women. The Ombudsman Service receives complaints, supports the victims, and refers women to other entities such as the Ministries of Human Rights and Health.[64] In 2016, the Ministry of Human Rights and Cultural Pluralism implemented a working group on obstetric violence to raise awareness and organize training and education on the topic.[65] Denouncing the violence and going through the complaint procedure is a challenging and taxing process for women at the legal, bureaucratic, psychological, and emotional levels.[66] It is no wonder recipient women did not report the abuse nor knew about available services to do so.

---

61 Quattrocchi, 2019, p. 772.

62 CONSAVIG, National Commission for the Coordination of Actions for the Elaboration of Sanctions for Gender Violence [Comisión Nacional Coordinadora de Acciones para la Elaboración de Sanciones de Violencia de Género], *https://www.argentina.gob.ar/justicia/consavig*.

63 Quattrocchi, 2019, p. 766.

64 The Ombudsman monitors the public Administration services and assists survivors throughout the complaints process. Quattrocchi, 2019, p. 766.

65 Quattrocchi, 2019, p. 766.

66 *Idem*.

For most recipient women who have experienced mistreatment at the hospital, seeking legal recourse requires representation by legal counsel, who function as the gatekeepers to justice for violence survivors. In the absence of financial resources to hire private counsel on a retainer, poor women will have to look for public counsel, which is inconsistent and uncoordinated. If poor women want to access civil justice with *pro-bono* representation and avoid court fees, they will have to get a letter of poverty and undergo an archaic and stigmatizing procedure.

Moreover, a recipient woman seeking to recover for harm caused by obstetric violence is constrained by how the law understands claims of wrongdoing within the civil law system. As the plaintiff, she must face an arduous battle when trying to prove the existence of an injury. A successful result would also imply that judges understand the difference between the average physical risk of standard medical procedures and injuries caused by unconsented and coerced treatment. Of course, much of the violence recipient women suffer is emotional or psychological, which remains "invisible" and poses obstacles to understanding the extent of their suffering.

VII. Empirical Findings: Obstetric Violence against AUH Recipient Women[67]

Data shows that AUH recipient women endured obstetric violence while doing AUH work. Such violence involved disregarding women's embodied knowledge, being denied treatment and access to health technology, and difficult access to contraception, among many other forms of obstetric violence.

Let me start by describing the story shared by Valentina, a nineteen-year-old AUH recipient mother who is a medical student.[68] When I asked Valentina how her experience at the hospital was, the first thing she said was that "on the gynecological side, it was terrible; there was mistreatment, bad mistreatment, ugly mistreatment" [Valentina 00:22:24].

> I had two or three experiences [of mistreatment]; one, when my son was born, I was about to have him there [at the hospital]; three obstetricians came in,

[67] The empirical findings of this work are part of the author's doctoral dissertation

[68] Her son was premature and was born with a gestational malformation called "clubfoot" [Valentina 00:11:53]. She receives the *AUH por Discapacidad* [Disability AUH], "about 14,000 *pesos* that my son receives" [Valentina 00:42:26].

> who literally groped me [she gestures as if she was inserting her whole hand inside of something] while telling me 'it looks like it died'. I was terrified, and on the other hand, I thought, 'if he is an obstetrician, why is he groping me?' The obstetricians can only do a simple check-up and nothing more... I complained, but... everybody avoids responsibility [Valentina 00:23:22].

Valentina and her baby were treated as objects that the obstetricians hypothesized about and suffered obstetric violence, as many other recipient women did when complying with AUH work. The AUH attaches conditionalities that refer to children's health and thus increases the encounters of recipient women with the State's health apparatus. The AUH *per se* does not explicitly require pre-natal and post-partum care for women, but it does so implicitly. This is because, to enroll in the AUH program, women need the proof of birth provided by the hospital to register their child's identity at the Civil Registry and obtain the birth certificate necessary to enroll and cash the AUH. Moreover, poor women who are pregnant are entitled to receive the *Pregnancy Allowance* (Decree 446/2011).

It is usual for women to start cashing the *Pregnancy Allowance*[69] and then transition to the AUH once their child is born, though a birth registration will be necessary in any case to get the birth certificate.[70] Additionally, as of January 24th, 2021, AUH recipients have the right to receive the *Family Allowance for Birth and Adoption* payment, which consists of a one-time disbursement in the case of birth or adoption of children.[71] In order to get that

[69] The requisites to receive the *Pregnancy Allowance* are: to prove that both the pregnant person and partner are unemployed; work in the informal economy; are registered as social *monotributista,* or in the special employment contract regime for domestic workers; and that they do not have private health insurance (though this requirement does not apply when the pregnant woman and her partner are registered as *social monotributistas* or are registered as domestic workers, or are workers who have access to private health insurance for three months after the termination of their employment relationship). ANSES, Asignación por Embarazo para Protección Social, *https://www.argentina.gob.ar/justicia/derechofacil/leysimple/asignacion-por-embarazo-para-proteccion-social*.

[70] The programs sometimes interact. For example, it could be the case of a pregnant woman who has no children. She would be entitled to cash the *Pregnancy Allowance* in that case. It could be the case of a mother who is not pregnant, who would only be entitled to the AUH. It could also be the case of a pregnant woman who is also a mother, and thus, can cash both programs. The *Pregnancy Allowance* is a different program and thus, beyond the scope of this work.

[71] The *Family Allowance for Birth and Adoption* program was extended to cover AUH recipients within the framework of the "Plan 1000 Días" [1000 Days Plan], a "strategic national policy that aims to provide comprehensive health care and attention during pregnancy and early childhood. It recognizes the gestation, birth, upbringing, and care of children as a

payment, women need proof of birth from the hospital, which is necessary to get a birth certificate and identity documentation.[72]

FIGURE 2. A MOTHER WITH HER CHILDREN ATTENDING THE DEPARTMENT OF PEDIATRICS OF THE PUBLIC HOSPITAL "*4 DE JUNIO*" IN THE CITY OF PRESIDENCIA ROQUE SÁENZ PEÑA. THE PHOTO WAS TAKEN BY JOSÉ FRANCISCO MALINA, A LOCAL ANTHROPOLOGICAL PHOTOGRAPHER I PARTNERED WITH FOR THIS RESEARCH PROJECT.

Poor women primarily rely on the public health care system to complete check-ups and medical interventions as the AUH requires, as they cannot afford private health care. Of course, not all the obstetric violence suffered by poor women can be traced back and explained away on account of the

public responsibility..." Ministry of Health, "Plan 1000 Días", *https://www.argentina.gob.ar/salud/1000dias*.

[72] Its purpose is to "accompany families in one of the most important aspects of their lives, such as the birth and/or adoption of a daughter or son. ANSES, *Family Allowance for Birth and Adoption*, *https://www.anses.gob.ar/asignacion-familiar-por-nacimiento-y-adopcion#:~:text=A%20qui%C3%A9nes%20les%20corresponde,cobren%20la%20Prestaci%C3%B3n%20por%20Desempleo*.

AUH program exclusively. Nevertheless, it is worth considering how the State, through the institutionalization of the AUH, creates new instances for women to experience obstetric violence. Indeed, the State imposes unilateral obligations on AUH recipients forgetting its obligation to provide quality, free-of-cost public services and prevent and punish VAW. Thus, the Argentine State facilitates and constructs obstetric violence against AUH recipients, and it is problematic that this abuse is not seen as important by CCT policy designers and evaluators.

FIGURE 3. PUBLIC HOSPITAL "*HOSPITAL 4 DE JUNIO DR. RAMON CARRILLO*". PHOTO TAKEN BY JOSÉ FRANCISCO MALINA.

Another experience of mistreatment happened during Valentina's cesarian section (c-section). Valentina was "actually scared" because she had a c-section "and everyone present was still training." She did not agree with having medical students in training during the delivery [Valentina 00:25:22], in violation of Article 59 of the Argentine Civil and Commercial Code, which explicitly requires informed consent, stating that "informed consent for medical acts is the declaration of the will expressed by the patient, issued after receiving clear, precise and adequate information".[73] Valentina further added:

[73] Translation is mine. Civil and Commercial Code, Article 59, *http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/norma.htm.*

"They put me under anesthesia three times…which made me terribly ill; I could not stop shaking .... There, you can literally die, and well, that is it if you die there, nobody takes responsibility, everyone 'washes their hands off'" [Valentina 00:25:22].

Other women also echoed and reported negative experiences with anesthesia, intravenous applications of fluids, and painful blood extraction procedures they had to endure. Valentina's story also highlights a feeling shared by recipient women: there is no accountability, and no one will be held responsible for the violence women suffer, even if someone dies because of it. Health agents give no explanations to women, there is a lack of communication about what was happening to them, and no investigations are open to elucidate what happened.[74] Brenda spent most of the interview detailing her horrific experiences in the hospital.

> The hospital care was lousy for me. A month away from the baby's birth..., I told them, 'I am bleeding, I am pregnant' [Brenda 00:37:46]... And they told me, 'no, there is nothing. And if it hurts, well, it has to hurt". But I knew it was not the pain you feel when pregnant!... this was another type of pain... [Brenda 00:38:46]... After going to the hospital three times and getting facial paralysis, I was admitted... to the hospital, and the gynecologist said, 'we have to do an emergency c- section'... At the time of the anesthesia, they pinched me five times, they could not put it on me... that was the sharpest and ugliest pain in the world, and I said 'I cannot take it anymore.[75]

Valentina's and Brenda's experiences are not just physiological "natural" phenomena but also economic, political, social, racialized, and gendered struggles (Bridges, 2011; Davis, 2018, 2019; Oparah & Bonaparte, 2016). The violence experienced by women like Brenda, Valentina, and Anahí is rooted in colonial racist cis-heteronormative capitalist structures of in-

[74] Women narrate the importance of "knowing someone" within the institution. In a context of a general disregard for women's needs and lack of accountability, having a contact within the hospital works as an anchor that allows women to ask for what is rightfully theirs and have someone to channel their concerns.

[75] Josefina depicts negligence and mistreatment. "When they took me to the delivery room to give me the IV to dilate faster, they played with my arm instead... I was extremely nervous because the guy who was giving me the IV jabbed me like five times, in one of my arms three times and in the other one, two times; he left all my arms purple as if I was beaten- up ['*me garrotearon*'] [Josefina 00:36:30]. He was a nurse, but I do not know if he had not studied to look for the vein or what? [Josefina 00:37:59] ...the other girls also complained about that nurse who had mistreated them that day because they also left them with bruised arms" [Josefina 00:38:32].

equality, historically embedded and multidimensional.[76] At fifteen, Anahí —an Indigenous AUH recipient mother— gave birth to her first child. She never had access to birth control, and even though she gave birth five times at the local hospital, they never gave her contraceptive pills [Anahí 00:23:51].[77] Anahí tells me she was discriminated against at the hospital because she was "single and very young" [Anahí 00:02:39], and the health personnel tried to separate her from her baby. She suffered because of the threat of separation. An older lady she knew "took pity" on them and cared for Anahí and her newborn so they would stay together [Anahí 00:02:55].

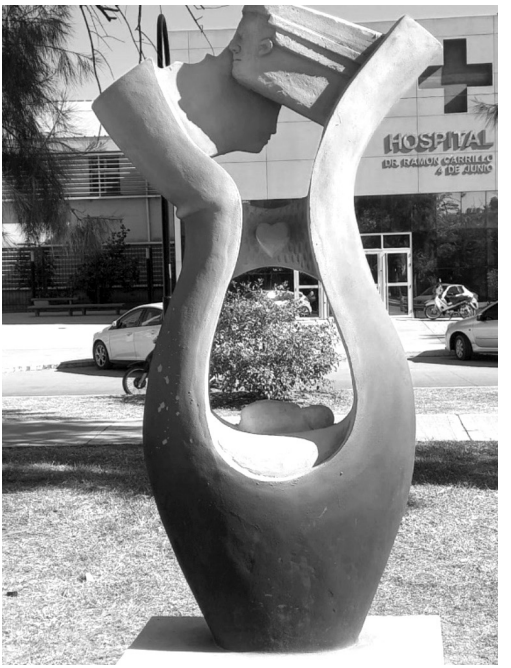
Federici[78] contended that throughout a historical process that extended over centuries, the reproductive sphere of women was violently appropriated by different mechanisms, such as the monitoring and policing of fertility and reproduction and the capitalist appropriation and colonization of pregnancy and women's bodies, and the criminalization of abortion and contraceptive methods.

[76] Colonization has violently suppressed Indigenous birthing practices. Nagels, N., "Conditional Cash Transfer and Gender, Class, and Ethnic Domination. The Case of Bolivia", in Olivier de Sardan, J. P. and Piccoli Balen, E. (eds.), *Cash Transfers in Context: An Anthropological Perspective*, New York, Berghahn Books, 2018; Cookson, T. P., *Unjust Conditions: Women's Work and the Hidden Cost of Cash Transfer Programs*, Oakland, University of California Press, 2018; Espinoza-Reyes, E. and Solís, M., "Decolonizing the Womb: Agency against Obstetric Violence in Tijuana, Mexico", *Journal of International Women's Studies,* vol. 21, num. 7, 2020.

[77] Anahí explained that she had her first child when she was too young (at fifteen years old) and her last one (the fifth one) too old, at thirty years old.

[78] Federici, S., *Caliban and the Witch: Women, the Body, and Primitive Accumulation*, London, Automedia, 2004.

FIGURE 4. THIS PHOTO WAS TAKEN AND SHARED BY A GENDER EXPERT INFORMANT, LOLA. IT DEPICTS THE "UNBORN CHILD" MONUMENT, ERECTED BY THE MUNICIPALITY OF THE CITY OF PRESIDENCIA ROQUE SÁENZ PEÑA RIGHT IN FRONT OF THE PUBLIC HOSPITAL "*HOSPITAL 4 DE JUNIO DR. RAMON CARRILLO*" IN 2020, WHEN THE DECRIMINALIZATION OF ABORTION WAS BEING DEBATED IN NATIONAL CONGRESS. ABORTION WAS DECRIMINALIZED IN 2020 IN ARGENTINA. HOWEVER, HETERONORMATIVE AND FAMILY-FOCUS SOCIO-CULTURAL NORMS STILL EXIST, ATTEMPTING AGAINST WOMEN'S REPRODUCTIVE RIGHTS. A WOMAN SEEKING AN ABORTION ATTENDING THE PUBLIC HOSPITAL CAN SPOT THIS MONUMENT ACROSS THE STREET.



I noticed this appropriation that Federici[79] referred to in three aspects of recipient women's narratives of obstetric abuse: their embodied knowledges were disregarded, they were refused services and technologies, and they had constrained access to contraception. Anahí's negative experience under the AUH program described above is one more instance of violence in this cycle of violence imposed by the State. We see how the AUH places an undue

[79] Federici, 2004.

burden on women in the form of conditionalities, such as requiring hospital births and the use of State-run health care services plagued with violence against women's reproductive freedom.

VIII. Disregarding Women's Embodied Knowledge

> "I suspected I was pregnant; I was vomiting a lot... I went to the hospital and told the doctor, 'I want to have a blood test.' He told me, 'no, you have a stomach problem'. 'No,' I said, 'give me the blood tests. I might be pregnant. I did not take care' [did not use contraception]. Without knowing, without doing any tests, the doctor told me they were about to perform surgery on my stomach. The doctor told me, 'I am the doctor. You are the patient, and I am telling you, you are not pregnant' ... 'But if I am the one doing it, you were not with me, I mean, you are not the pillow,' I said... And the ugliest thing is that I had an X-ray done while pregnant... [Brenda 00:47:53] And on top of that, I was medicated with an antibiotic... That morning, [my partner] gave me the wrong pill; if [my partner] had given me the right pill, I would have aborted my baby [Brenda 00:48:41]
>
> When the doctor had already sent me to surgery... a nurse came in, and she was a friend of my mother-in-law's family. The nurse looked at me and said, 'I will send you for a test'... I was supposed to be ready for surgery within the hour... And [then] the nurse said, 'congratulations, [you are] pregnant!' [Brenda 00:49:45]. I swear I started crying. I went out to look for the doctor, and I could not find him... I did not know what I was going to do to him at that moment!... if I had gone to surgery, I would have lost my baby and never found out [Brenda 00:50:46]".

Brenda's story depicts how obstetric violence against women manifests as indifference and contempt for women's voices, knowledges, and experiences with their bodies. The disregard for women's experiences is not constrained only by the authoritativeness of biomedical knowledge in the patient-medic relationship but also promoted by broader socio-economic and cultural structures that legitimize certain types of knowledge and undermine women's.[80]

[80] Davis-Floyd, R. E. and Fishel Sargent, C., *Childbirth and Authoritative Knowledge. Cross-Cultural Perspectives*, Berkeley, University of California Press, 1997.

> "I insisted to the doctor that I might be pregnant... 'No,' he said, 'I am the doctor.' And well... the doctor is him, but I knew [Brenda 00:52:24]. And it was easy to know because all I had to do was a blood test... And he did not [authorize it] [Brenda 00:53:21]".

Brenda's and other recipient women's stories of obstetric violence experiences must be situated within the context of a conditionality imposed by the AUH program requiring them to seek and be treated by these medical professionals who sign the necessary forms for AUH paperwork. The medical knowledge and even the perceptions and opinions of health professionals —gatekeepers in the verification of the health conditionality— took preponderance over women's right to decide over their bodies and health, in a relationship of a marked power-differential. [81]

Recipient women explained how health bureaucrats treated them as ignorant individuals, infantilizing their capacities. Several studies confirm a culture of gender stereotyping that disregards women's knowledge and experiences in Argentina.[82] Data aligned with research that showed that health bureaucrats stereotype mothers and regard it pointless to consider women's wishes and needs and inform them about their options.[83] It is also important to note that the AUH is directed at poor and underserved populations, which means that Indigenous women will be specific targets of this

[81] Castro, R., "Génesis y práctica del habitus médico autoritario en México", *Revista Mexicana de Sociología*, vol. 76, num. 2, 2014. Castro developed the concept of the medical field and authoritative medical habitus based on Bourdieu to explicate health bureaucracy practices with pregnant patients in Mexico. Strachnoy & Ambort (2017) distinguished two types of medical habitus in the field of health bureaucracies in Argentina: the obstetric habitus was empathetic towards women; the medical habitus included medics with a biologist-based view of health care who had the most distant relations to patients. Strachnoy and Ambort, 2017.

[82] For example, Cusack, S, y Cook, R. J., "Stereotyping Women in the Health Sector: Lessons from CEDAW", *Journal of Civil Rights and Social Justice* vol. 16, num. 1, 2010, showed that pregnant women are stereotyped as inept decision-makers. Giberti, E., "Mujer, Enfermedad y Violencia en Medicina", in Giberti E. and Fernández, A. M. (eds.), *La Mujer y la Violencia Invisible*, Buenos Aires, Sudamericana, 1989, explained how medics gender-stereotyped and pathologizing women's responses and reactions. Checa, S., "Uso y gestión de los servicios de salud pública en la atención del embarazo y regulación de la fecundidad", *Rev. Hosp. Matern. Infant. Ramon Sarda,* vol. 15, num. 1, 1996, studied pre-natal care at a public hospital in Buenos Aires and showed how stereotyped images of women as reproductive vessels underpin obstetric violence, impeding women's agency to decide over their own bodies and replacing it with medical knowledge.

[83] Cook, R. J. *et al.*, "Unethical Female Stereotyping in Reproductive Health", *International Journal of Gynaecology and Obstetrics,* vol. 109, num. 3, 2010.

disregard because of inequality along racial lines. The AUH is based on the implicit assertion that State health institutions know more about women's bodies than women themselves. In fact, poor women's voices are discredited within the law, ignored by the institutionalization of the AUH, and their experiences continue to be invalidated as valid sources of knowledge.

Paraphrasing Smith,[84] recipient women are not represented well by the forms of biomedical knowledge that claimed to be representing them, and the AUH has done nothing to break those ways of knowing that cancelled women's knowledges and experiences. Quite the contrary, the State has exacerbated the cancellation of recipient women's knowledge because it forces poor mothers to seek healthcare that only State operators in the biomedical field can provide due to women's lack of economic resources to seek better quality healthcare anywhere else. State health bureaucrats inflict obstetric violence against recipients, a violence that the State is unable or unwilling to prevent and punish and violence that the State constructs and aggravates through AUH requirements.

IX. Withholding Technologies from Women: Lack of Access to Health Services and Contraception

The AUH places an undue burden on poor women by the imposition of verification of conditionalities, for which they must register their children's birth. The proof of birth provided by the hospital is a crucial text that women need to register their child at the Civil Registry, and such registration is, in turn, necessary for enrollment in the AUH program. Thus, recipient women's pre-natal and post-partum care, labour, and birth are events that are regulated by the State and intrinsically interwoven with AUH requirements. In Focal Group 2, Brenda explained her post-partum experience at the hospital immediately after delivering her baby.

> Really bad... I was all dirty, full of blood; nobody helped me... I called my mom. I said, 'mommy, can you send me soap?' I went to bathe alone... imagine that you are all dirty and nobody helps you, and there are many people available to help... [00:43:36]. The ones who are not nice are the nurses who came

[84] Smith, D. E., *The Everyday World as Problematic: A Feminist Sociology*, Toronto, University of Toronto Press, 1987.

> to measure your blood pressure or give you medicine; they mistreat you and do not care [Brenda 00:45:52].

As recognized in the legislation, obstetric violence is associated with medicalization, coercive and unnecessary use of medical technologies, and pathologizing natural processes and responses. In this sense, Diniz & Chacham[85] argued that pre-natal, labour, and post-partum care in Latin America is technocratic and intrusive. However, violence can also manifest through withholding technology and access to State-provided check-up services.[86] In Brenda's story, health care personnel and nurses withheld help and her access to essential hygiene products.

Other AUH recipient women also described how they experienced health actors withholding and under-using technologies and services they needed, or simply that resources did not exist. Ambulances never arrived;[87] women did not have access to contraceptives because of the difficulties of getting appointments; they were unlawfully denied access to tubal ligation; intravenous application of fluids and treatments were refused; and they even had to pay for resources that the hospital lacked. For example, Merceditas in Focal Group 4 had all her pre-natal tests done "at the clinic because [her] husband's aunt works at the clinic" [Merceditas 00:38:40]. Merceditas was unlawfully denied access to public health services when attending the hospital because she had previously attended a privately funded health institution for her pre-natal studies. The nurse also refused to put her on an IV. Merceditas adds, the nurse "asked why I did not go to the [private] clinic if I had all the ultrasounds and tests done there. But it was my husband's aunt who had paid for the clinic [Merceditas 00:39:53]. The hospital was awful; they treated me badly" [Merceditas 00:40:17].

---

[85] Diniz, S. G. and Chacham, A. S., "The Cut Above' and 'the Cut Below': The Abuse of Caesareans and Episiotomy in São Paulo, Brazil", *Reproductive Health Matters,* vol. 12, num. 23, 2004.

[86] Chadwick, R., "Obstetric Violence in South Africa", *South African Medical Journal*, vol. 106, num. 5, 2016; Chadwick, R., *Bodies that Birth: Vitalizing Birth Politics*, Londres, Routledge, 2018.

[87] Josefina, Rosario, and Malvina shared their experiences with unresponsive medical services: when the ambulance did not arrive, they decided it was safer to call a taxi. Malvina explained she started to deliver her daughter in the back of a taxi [Malvina 00:41:45]. She had called the ambulance, but it never arrived. She adds, "well, then the taxi arrived... I was in pain in the taxi, and the baby was already with her head outside, and the driver said to me, 'hold on, lady because if you do not, I am going to die of a heart attack.' So, I got out of the taxi, and she was born" [Malvina 00:41:56]. After the baby was out, paramedics helped her.

I also noted a marked difference between the treatment women receive before, during, and immediately after labour, and the care their babies receive. Women are left in the limbo of the corridors before and after delivery while waiting to be attended and for a bed to be available in the labour room or post-partum room in "Sala 6" [Room 6]. While women are mistreated or neglected, their babies are cared for in the Neonatology section of the hospital. Once Merceditas had delivered her baby, they were transferred to Neonatology. She recalls that their treatment dramatically improved because "the 'Neo' girls are sweethearts" [Merceditas 00:40:39]. Women's narratives illustrate a culture of gender stereotyping and disregard for women's wellbeing; bureaucrats see them as vessels for children. Hospital agents regard life in the form of child as more valuable than a woman's life.

x. Difficult Access to Contraception and Tubal Ligation

Recipient women had difficulties exercising their reproductive rights to choose over their own bodies and plan for their families. A mother to six children, Lilen spent her late teens and twenties having and raising children. She had recently escaped her violent ex-partner. "I never took care of myself [never used contraceptives]... it was not that I wanted to get pregnant either", adds Lilen [Lilen 00:26:01]. After six pregnancies, Lilen finally managed to access tubal ligation.

> When you have a child in the hospital, they tell you to take the [contraceptive] pills three months after having your baby; they give you the pills. Then, they tell you to come back to the hospital [once you run out of]... to continue taking the pill, but sometimes you cannot get the appointments, and well... [Lilen 00:26:50]. It is not like you just can go, walk-in and get the pills. You have to have the studies done and all that. Sometimes it was complicated for me because of the baby... [Lilen 00:27:15].

According to Lilen, the problem was the follow-up with a gynecologist and to "make an appointment, because at the hospital you have to get up at dawn to get an appointment" [Lilen 00:28:50]. "It is not that they serve you instantly", adds Lilen; "they make you... wait" [Lilen 00:29:48]. In the face of the difficulty of experiences like Lilen's, the healthcare system only offers intermittent, patchy, and discriminatory services organized around priorities other than women's.

Lack of institutional care, restricted access to contraceptives, and the withholding and underutilization of gynecological treatment are gendered, classist, and racialized phenomena, with poor mothers as reproductive subjects often receiving substandard care.[88] Lilen, like other AUH recipient women, recounts her reproductive health as dependent on their social and economic conditions. The need to care for their children and lack of access to childcare or means of transportation, poverty and precarious employment, lack of time, exhaustion, health problems, intrahousehold violence, and other factors affect recipient women's ability to access contraception and reproductive health services.

Informant women also discussed not having access to tubal ligation,[89] a procedure refused to them at the city's only public hospital.

> They are supposed to give you the option to get your tubes tied..., but they would not let me. But if it were up to me, I would have had them tied... But they refused because they said I would regret it because I was too young. *But I knew I would not regret it!* [Merceditas 00:44:10]... for me... one [child] was enough for me [Merceditas 00:44:53].

Merceditas added that "they complain when you will have a child, but do not even have enough resources to give you an IV, you have to buy everything yourself" and "they do not let you have your tubes tied" [Merceditas 00:45:16]. As of 2006, *Law 26,130* on *Surgical Contraception* guarantees the right of access to tubal ligation. The requirements to access it are to receive clear and complete information, be of legal age,[90] and sign a written informed consent.[91] However, the obstetricians I interviewed confirmed the tendency to control women's autonomy and decision-making over their

---

[88] Davis, D., "Obstetric Racism: The Racial Politics of Pregnancy, Labor, and Birthing", Medical Anthropology vol. 38, num. 7, 2018

[89] "Tubal litigation is primarily completed through laparotomy, laparoscopy, or hysteroscopy. The most appropriate method may depend on whether sterilization is performed in conjunction with a birth". Lalonde, D., "Regret, Shame, and Denials of Women's Voluntary Sterilization", *Wiley Bioethics,* vol. 32, 2018.

[90] Since the reform of the Civil and Commercial Code – *Law 26,994* –, the age of majority to exercise the right to health and care of one's own body is set at sixteen (Article 26 last paragraph, and Resolution 65/2015 of the National Ministry of Health). Before the 2015 reform, the age majority was set at eighteen years old.

[91] Article 2, *Law 26,130*. A surgical sterilization procedure does not require the consent of the partner or spouse, that the person seeking it had children, a judicial authorization, or a psychological or psychiatric evaluation.

bodies by requiring them to overgo psycho-social and psychiatric evaluations to "authorize" them to get a tubal ligation.

We see how these women continue to be controlled and valued as maternal vessels. Butler (1990) explains this phenomenon "as an effect or consequence of a system of sexuality in which the female body is required to assume maternity as the essence of its self and the law of its desire". Women seeking tubal ligation are seen as challenging the status quo as they declare they do not want to have children, and their voluntary childlessness is seen as deviant. One way or another, poor women's decisions are scrutinized. Recipient women who want and have children are judged for doing so "just the cash the stipend" (insulted as "*luchonas*"[92]), whereas those who do not want to have children face an unfair burden of justification.[93]

Either way, poor women are judged, controlled, and their autonomy is restricted. Lalonde[94] argues that because women are socially and culturally expected to become mothers, there is a pervasive belief in the medical field that a woman will and *should* regret her decision to have voluntary sterilization, given the permanency of the procedure.[95] However, women who seek surgical contraception have the right to regret their decisions, just as humans regret many of their decisions without the interfering misogynist paternalism and maternalism of the State and the medical field. State health bureaucrats are assumed to know more about women's bodies and choices than women themselves.

---

[92] A particularly pervasive type of stigmatization in Argentina is reserved for poor single women who receive the AUH stipend. They are mocked as being the "*luchonas*", a term used to ridicule poor single mothers with behaviors that are considered "irresponsible". This stigmatization also showed through esthetic humiliation: recipient women explained that poor mothers stigmatized as "*luchonas*" are judged for their physical appearance. The myth of the "*luchona*" is used to judge mothers who wear makeup, straighten their hair, or dare to wear new clothes; caring for anyone or anything other than their children is frowned upon. *See* Giuliana Pignataro, "Estudiantes, Heroínas y 'Luchonas': Un Estudio Antropológico sobre las Experiencias del Devenir Mujer de Adolescentes Escolarizadas de un Barrio Popular", Unpublished Dissertation, UNSAM, 2020.

[93] Chancey, L. and Dumais, S. A., "Voluntary Childlessness in Marriage and Family Textbooks, 1950-2000", *Journal of Family History,* vol. 34, 2009; Carey, G. E. *et al.*, "Discourse, Power and Exclusion: the Experiences of Childless Women", in Taket, A. *et al.* (eds.), *Theorising Social Exclusion*, Londres, Routledge, 2009, p. 127.

[94] Lalonde, D., "Regret, Shame, and Denials of Women's Voluntary Sterilization", *Wiley Bioethics,* vol. 32, 2018.

[95] *Idem.*

XI. Without Access to Decommodified High-Quality Public Services, the AUH is Self-Defeating

Superficial projects such as the AUH tend to be undermined by the precarious conditions in which they intervene. Informant women describe being trapped in a vicious cycle: the AUH requires women to use health services to cash the stipend; when women access those services —with considerable difficulty—, they receive violence and experience traumatic encounters with health State actors. Consequently, women decide to use the AUH stipend to pay for private health services for themselves and their children to avoid the negligence and poor quality of the public health system.[96] Women end up spending the meagre stipend on services that should be provided by the State, in order to get a stipend provided by the State, while trying to avoid the violence exerted by the State on them and their families. Brenda had a terrible experience with her pregnancy check-ups in the hospital. As a consequence of it, she is too scared to go back to the public hospital and expose her child to the mistreatment she suffered.

> I had my pregnancy check-ups and my baby's vaccinations... done in the countryside [Brenda 00:53:38]. I go to a *salita* after what happened... I did not have a good experience with the hospital; I took my baby to get vaccinated at a *salita* in the countryside. I was frightened; I do not want to have any contact with that hospital... [Brenda 00:54:22].

The *salita* [health centre] Brenda attends with her baby is in Quitilipi, a town in a rural area of Chaco [Brenda 00:54:27]. Travelling from Sáenz Peña to the health centre located in Quitilipi to avoid the hospital takes Brenda an hour and a half, almost two hours [Brenda 00:54:36]. "I felt much more comfortable there [*salita*] than going to the hospital" [Brenda 00:54:48]. Brenda lives close to the hospital, within walking distance [Brenda 00:55:00]. However, she is tormented by the obstetric violence she experienced in the public hospital and promised herself she would never set foot in that place again [Brenda 00:55:11]. Brenda wants better things for her

[96] A qualitative study conducted with vulnerable women who received maternal healthcare argues that the treatment received by vulnerable women is discriminatory because they are unable to afford private health care and thus are obligated to undergo labour and delivery in public hospitals where they suffer abuse and disrespect. Instituto de Género, Derecho y Desarrollo. "Con Todo al Aire. Observatorio de Salud, Género, y Derechos Humanos" (Rosario: INSGENAR-CLADEM, 2008), *https://insgenar.files.wordpress.com/2012/04/con-todo-al-aire-2.pdf*, pp. 64-65.

baby. Therefore, she spends the AUH money to afford transportation to travel to the *salita* and consequently avoid the hospital's violence.

Feminist health experts Campbell & Gregor[97] stated that "it is only when something goes unaccountably wrong that we stop and notice the organized complexity of our lives that we otherwise navigate so easily" Luna had an experience of health care —or lack thereof— going unaccountably wrong, an experience that could have cost her daughter's life.

> My baby girl got 'influenza A' two years ago, and they almost killed her in the hospital. They told me she had nothing. Until I said, 'no, I will collect the AUH, and I will take her somewhere else'. With the money from the allowance, I paid for her check-ups every month at the [private] clinic... I took her to the clinic..., and she was tested. It cost me 1,800 *pesos* for the influenza A test. It came back positive. Thanks to that, my daughter is alive. From then on, I said we would never go to the hospital ever again [Luna 00:53:53].

Luna spends the AUH stipend to cover clinic visits, tests, and "medications too because after all the medications my baby went through [because of the hospital's negligent diagnosis], she is now allergic to most antibiotics…and even allergic to soil" [Luna 00:55:09].

XII. Conclusion

In this piece, I used Institutional Ethnography (IE) —a feminist socio-legal methodology— to describe the problematic of obstetric violence exerted by the Argentine State through its health actors against AUH recipient women. Data showed that AUH recipient women endure obstetric violence while doing AUH work and complying with the health conditionalities imposed by the program. Such violence involved the State health bureaucracy's disregard for women's embodied knowledge, women being denied treatment and access to health technology, and their difficult access to contraception, among many other forms of obstetric violence. Obstetric violence represents what happens at systemic levels; it is never an individual standalone problem but comprises underlying forces of capitalism, racism, sexism,

[97] Campbell, M. L. and Frances, G., *Mapping Social Relations: A Primer in Doing Institutional Ethnography*, Altamira Press, 2004, p. 31.

classism, colonialism, and cis heteronormativity stratified along traslocal (transnational, global) ruling relations marked by indefensible inequality.

AUH recipient women's experiences illustrate how perverse and self-defeating programs like the AUH are: when the imposition to comply is unilateral, where poor mothers are obliged to meet the requirements, but the State fails to ensure access to health and education is effective, free of cost, and of high quality, the objectives of the program backfire. Moreover, while the AUH accentuates and perpetuates violence against poor women, the State fails to enforce the laws that are supposed to prevent and protect women against obstetric violence.

The AUH facilitates obstetric and administrative violence against recipient women. Of course, not all abuse can be traced back and exclusively explained away on account of the AUH program. However, the AUH has dramatically increased women's encounters with the State. Moreover, it is worth considering how the violence encountered by recipients remains underdeveloped in the literature. Paraphrasing Cookson,[98] "while these women experienced exclusion and marginalization before the CCT program arrived in [Chaco], the conditional aspect of the CCT creates *new* moments of exclusion". These newly created opportunities for close encounters with the State translate as newly created situations of violence exerted by representatives of the State. Furthermore, such violence must be named and brought into focus, allowing us to re-think, re-localize, and critically reassess the real costs of CCTs and to place women's experiences at the front and centre of the endeavour.

XIII. References

AMBORT, M. L. and Straschnoy, M., "Burocracias escolar y sanitaria: ¿facilitadores u obstaculizadores del acceso a la Asignación Universal por Hijo y la Asignación por Embarazo para la Protección Social?", *Horizontes Sociológicos, Revista de la Asociación Argentina de Sociología,* num. 5, 2018.

ANSES, *Informe de Estadísticas de la Seguridad Social*, IV Trimestre, 2021a, retrieved from *https://www.anses.gob.ar/sites/default/files/archivo/2022-05/Informe%20de%20Estad%C3%ADsticas%20de%20la%20SS%20IV%20Trimestre%202021.pdf*.

ANSES, Dirección Estudios de la Seguridad Social, *Asignación Universal*

[98] Cookson, T. P., Working for Inclusion? Conditional Cash Transfers, Rural Women, and the Reproduction of Inequality", *Antipode*, vol. 48, 2016.

*por Hijo para Protección Social (*AUH*): Hacia un Esquema más Inclusivo*, 2021b, retrieved from *http://observatorio.anses.gob.ar/archivos/documentos/AUH%20hacia%20un%20esquema%20m%C3%A1s%20inclusivo%20Junio%202021-2.pdf*.

Bastagli, F. *et al.*, *Cash Transfers: What Does the Evidence Say? A Rigorous Review of Programme Impact and of the Roleo Design and Implementation Features*, Londres, Overseas Development Institute, 2016.

Boffi, S., "La Asignación Universal por Hijo en el contexto latinoamericano: ¿cambio de paradigma en la política social?", Doctoral Dissertation, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, 2020.

Bridges, K., *Reproducing Race: An Ethnography of Pregnancy as a Site of Racialization*, Berkeley, University of California Press, 2011.

Butler, J., *Gender Trouble: Feminism and the Subversion of Identity*, New York, Routledge, 1990.

Campbell, M., "Dorothy Smith and Knowing the World We Live In", *Journal of Sociology and Social Welfare,* vol. 30, num. 1, 2003.

Campbell, M. L. y Frances, G., *Mapping Social Relations: A Primer in Doing Institutional Ethnography*, Altamira Press, 2004.

Carey, G. E. *et al.*, "Discourse, Power and Exclusion: the Experiences of Childless Women", in Taket, A. *et al.* (eds.), *Theorising Social Exclusion*, Londres, Routledge, 2009.

Castro, R.. "Génesis y práctica del habitus médico autoritario en México", *Revista Mexicana de Sociología*, vol. 76, num. 2, 2014.

Cecchni, S. and Atuesta, B., *Programas de Transferencias Condicionadas en América Latina y el Caribe. Tendencias de Cobertura e Inversión*, Chile, cepal-onu, 2017.

Chadwick, R., "Obstetric Violence in South Africa", *South African Medical Journal*, vol. 106, num. 5, 2016.

Chadwick, R., *Bodies that Birth: Vitalizing Birth Politics*, Londres, Routledge, 2018.

Chadwick, R., "Breaking the Frame: Obstetric Violence and Epistemic Rupture", *Agenda*, vol. 35, num. 3, 2021.

Chancey, L. and Dumais, S. A., "Voluntary Childlessness in Marriage and Family Textbooks, 1950-2000", *Journal of Family History,* vol. 34, 2009.

Checa, S., "Uso y gestión de los servicios de salud pública en la atención del embarazo y regulación de la fecundidad", *Rev. Hosp. Matern. Infant. Ramon Sarda,* vol. 15, num. 1, 1996.

Chinyere Oparah, J. and Bonaparte, A. D., *Birthing Justice: Black Women, Pregnancy, and Childbirth*, New York, Routledge, 2016.

Chudnovsky, M., *Régimen Político, Estado y Políticas Públicas: El Rol de los Gabinetes en el Desarrollo de Capacidades Estatales,* Doctoral Dissertation, Universidad Torcuato Di Tella, 2014, retrieved from *https://repositorio.utdt.edu/handle/20.500.13098/2217*.

cippec, *Día de la Madre: Las Políticas Públicas Todavía no se Adaptan a los Cambios en las Familias,* retrieved from *https://www.cippec.org/textual/dia-de-la-madre-las-politicas-publicas-todavia-no-se-adaptan-a-los-cambios-en-las-familias/*.

Comprehensive Law on the Prevention, Punishment, and Elimination of Violence against Women in their Interpersonal Relations, Law 26,485/2009, retrieved from *https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/ley-26485-152155/actualizacion*.

Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, 1 March 1980, 1249, unts 13, [Entered into force 03 September 1981, ratification by Argentina 15 July 1985].

Convention on the Rights of the Child, 20 November 1989, 27531 unts 1577 [entry into force 2 September 1990, ratified by Argentina 04 December 1990].

Cook, R. J. *et al.*, "Unethical Female Stereotyping in Reproductive Health", *International Journal of Gynaecology and Obstetrics,* vol. 109, num. 3, 2010.

Cookson, T. P., "Working for Inclusion? Conditional Cash Transfers, Rural Women, and the Reproduction of Inequality", *Antipode*, vol. 48, 2016.

Cookson, T. P., *Unjust Conditions: Women's Work and the Hidden Cost of Cash Transfer Programs*, Oakland, University of California Press, 2018.

Cusack, S. and Cook, R. J., "Stereotyping Women in the Health Sector: Lessons from cedaw", *Journal of Civil Rights and Social Justice* vol. 16, num. 1, 2010.

Davis, D., "Obstetric Racism: The Racial Politics of Pregnancy, Labor, and Birthing", *Medical Anthropology* vol. 38, num. 7, 2018.

Davis, D., *Reproductive Injustice: Racism, Pregnancy, and Premature Birth*, New York, New York University Press, 2019.

Davis-Floyd, R. E. and Fishel Sargent, C., *Childbirth and Authoritative Knowledge. Cross-Cultural Perspectives*, Berkeley, University of California Press, 1997.

Decree 840/20 on *Régimen de Asignaciones Familiares, Modificación,* retrieved from *https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/5229033/20201104?suplemento=1*.

Diario Día a Día, "Las Mamás Tendrán Prioridad para Cobrar la Asignación", 29 May 2013, retrieved from *http://www.diaadia.com.ar/cordoba/mamas-tendran-prioridad-para-cobrar-asignacion*.

Diniz, S. G. and Chacham, A. S., "The Cut Above' and 'the Cut Below': The Abuse of Caesareans and Episiotomy in São Paulo, Brazil", *Reproductive Health Matters,* vol. 12, num. 23, 2004.

Dirección Nacional de Economía, Igualdad y Género del Ministerio de Economía de la Nación, *Las Brechas de Género en la Argentina. Estado de Situación y Desafíos*, 2020, retrieved from *https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/las_brechas_de_genero_en_la_argentina_0.pdf*.

Espinoza-Reyes, E. and Solís, M., "Decolonizing the Womb: Agency against Obstetric Violence in Tijuana, Mexico", *Journal of International Women's Studies,* vol. 21, núm. 7, 2020.

Executive Decree 1011/2010 regulating the Violence Against Women Statute, retrieved from *http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/165000-169999/169478/norma.htm*.

Facio, A., *Los Derechos Reproductivos son Derechos Humanos*, San José, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2008, retrieved from *https://lac.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/Libro%201.%20Los%20derechos%20reproductivos-DH.pdf*.

Federici, S., *Caliban and the Witch: Women, the Body, and Primitive Accumulation*, London, Automedia, 2004.

García, M. and Moore, C. M. T., *The Cash Dividend. The Rise of Cash Transfer Programs in Sub-Saharian Africa*, Washington, World Bank, 2012.

Giberti, E., "Mujer, Enfermedad y Violencia en Medicina", in Giberti E. and Fernández, A. M. (eds.), *La Mujer y la Violencia Invisible*, Buenos Aires, Sudamericana, 1989.

Honorati, M. *et al.*, *The State of Social Safety Nets 2015*, Washington D.C., International Bank for Reconstruction and Development/The World Bank, 2015.

Instituto de Género, Derecho y Desarrollo, *Con Todo al Aire. Observatorio de Salud, Género, y Derechos Humanos*, Rosario, insgenar-cladem, 2008, retrieved from *https://insgenar.files.wordpress.com/2012/04/con-todo-al-aire-2.pdf*.

Inter-American Commission on Human Rights [iachr], *American Declaration of the Rights and Duties of Man*, 2 May 1948.

International Covenant on Civil and Political Rights, 16 December 1966, unts 999 [entry into force 23 March 1976, ratified by Argentina 08 August 1986].

International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, 16 December 1966, 999 unts171 [entered into force 23 March 1976, ratification by Argentina 08 August 1986].

Laako, H., "Understanding Contested Women's Rights in Development: The Latin American Campaign for the Humanisation of Birth and the Challenge of Midwifery in Mexico", *Third World Q* vol. 38, 2017.

Lalonde, D., "Regret, Shame, and Denials of Women's Voluntary Sterilization", *Wiley Bioethics,* vol. 32, 2018, p. 281.

Law 25,673/2002 on *Creation of National Program for Sexual Health and Responsible Procreation, received within the scope of the Ministry of Health*, retrieved from *http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/75000-79999/79831/norma.htm*.

Law 25,929/ 2004 on *Humanized Childbirth,* retrieved from *https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/ley_25929_parto_humanizado_decreto_web_0.pdf*.

Law 25,929/ 2004 on Humanized Childbirth, retrieved from *https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/ley_25929_parto_humanizado_decreto_web_0.pdf*.

Law 26,130/2006, *Regime for Surgical Contraceptive Interventions. Right to Access the Practices of Fallopian Tube Ligation and Vasectomy,* retrieved from <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/ley-26130-119260>.

Law 26,529/2009, *Patients' Rights in their Relationship with Health Professionals, and Institutions*, retrieved from *http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/160000-164999/160432/norma.htm*.

Law 38,668/2007, *Organic Law on the Right of Women to a Life Free of Violence*, República Bolivariana de Venezuela, retrieved from *https://vlexvenezuela.com/vid/ley-organica-derecho-mujeres-740020129*.

Mackinnon, K., "Living With the 'Threat' of Preterm Labor: Women's Work of 'Keeping the Baby In", *Journal of Obstetric, Gynecologic, & Neonatal Nursing,* vol. 35, num. 6, 2006.

Molyneux, M., "Mothers at the Service of the New Poverty Agenda: Progresa/Oportunidades, Mexico's Conditional Transfer Programme", *Social Policy and Administration,* vol. 40, núm. 4, 2006.

Mykhalovskiy, E. and McCoy, L., "Troubling Ruling Discourses of Health: Using Institutional Ethnography in Community-based Research", *Critical Public Health* vol. 12, num. 1, 2002.

Nagels, N., "Conditional Cash Transfer and Gender, Class, and Ethnic Domination. The Case of Bolivia", in Olivier de Sardan, J. P. and Piccoli Balen, E. (eds.), *Cash Transfers in Context: An Anthropological Perspective*, New York, Berghahn Books, 2018.

Online Etymology Dictionary, retrieved from *https://www.etymonline.com/word/obstetric*.

Organization of American States, *The Inter-American Convention on the*

Prevention, Punishment and Eradication of Violence against Women [*Belem do Pará*], 9 June 1994, [entry into force 5 March 1995 and ratified by Argentina on 9 April 1996.

Organization of American States, *American Convention on Human Rights, "Pact of San Jose of Costa Rica"* (22 November 1969) [entry into force 18 July 1978, ratified by Argentina 14 August 1984].

Organization of American States, *Additional Protocol to the American Convention on Human Rights in the Area of Economic, Social and Cultural Rights*, *Protocol of San Salvador,* 16 November 1999, A-52.

Pautassi, L. *et al.,* "Asignación Universal por Hijo para Protección Social de la Argentina: Entre la Satisfacción de Necesidades y el Reconocimiento de Derechos", Naciones Unidas-cepal-unicef, 184, 2013.

Pautassi, L. *et al.,* "Condicionando el Cuidado. La Asignación Universal por Hijo para la Protección Social en Argentina", *Íconos. Revista de Ciencias Sociales,* vol. 50, 2014.

Pérez D'Gregorio, R., "Obstetric Violence: A New Legal Term Introduced in Venezuela", *International Journal of Gynecology & Obstetrics*, vol. 111, núm. 3, 2010.

Rabinovich L. and Diepeveen, S., The Design of Conditional Cash Transfers: Experiences from Argentina's Universal Child Allowance. *Center for Economic and Social Research*, CESR-Schaeffer Working Paper No. 2014-007, 2014.

Rankin, J., "'Patient Satisfaction:' Knowledge for Ruling Hospital Reform - An Institutional Ethnography", *Nursing Inquiry,* vol. 10, num. 1, 2003.

Revenga, A. y Shetty, S., "Empowering Women Is Smart Economics", *Finance and Development vol.* 49, num. 1, 2012.

Rodríguez Enríquez, C., "Programas de Transferencias Condicionadas de Ingreso e Igualdad de Género ¿Por dónde anda América Latina?", *Mujer y Desarrollo*, vol. 109, División de Asuntos de Género, cepal, 2011.

Rubio, J., "Organismos Descentralizados en el Estado Nacional: ¿Administración Centralizada por Otros Medios?", *Centro de Implementación de Políticas Públicas para la Equidad y el Crecimiento,* vol. 176, 2017.

Sadler, M. *et al.*, "Moving beyond Disrespect and Abuse: Addressing the Structural Dimensions of Obstetric Violence", *Reproductive Health Matters* vol. 24, num. 47, 2016.

Scheper-Hughes, N. and Bourgois, P., *Violence in War and Peace. An Anthology*, Oxford, Blackwell, 2004.

Sinding, C., "Using Institutional Ethnography to Understand the Production of Health Care Disparities", *Qualitative Health Research*, vol. 20, núm. 12, 2010.

Smith, D. E., *The Everyday World as Problematic: A Feminist Sociology*, Toronto, University of Toronto Press, 1987.

Smith, D. E., *Texts, Facts and Femininity: Exploring the Relations of Ruling,* London, Routledge, 1990.

Smith, D. E., *Institutional Ethnography: A Sociology for People,* Lanham, MD, AltaMira Press, 2005.

Smith-Oka, V., "Microaggressions and the Reproduction of Social Inequalities in Medical Encounters in Mexico", *Social Science & Medicine* vol. 143, 2015.

Stanley, L., *Dorothy E. Smith, Feminist Sociology & Institutional Ethnography: A Short Introduction.* Independently Published, 2018.

Sue, D. W. *et al.*, "Racial Microaggressions in Everyday Life Implications for Clinical Practice", *American Psychologist* vol. 62, num. 4, 2007.

UN Population Fund, *Report of the International Conference on Population and Development, Cairo, 5-13 September 1994*, 1995, A/CONF.171/13/Rev.1.

United Nations Sustainable Development Goals, General Assembly Resolution, *Transforming our World: the 2030 Agenda for Sustainable Development*, 25 September 2015, A/RES/70/1.

United Nations, *Beijing Declaration and Platform of Action, adopted at the Fourth World Conference on Women*, 27 October 1995.

Universal Declaration of Human Rights, 10 December 1948, General Assembly Resolution 217A (III), UN Doc. A/810.

Villatoro, P., *Las Transferencias Condicionadas en América Latina: Luces y Sombras*, Santiago de Chile, CEPAL, 2007.

Yañez, S., "'We Aren't All the Same': The Singularity of Reproductive Experiences amidst Institutional Objectification in Argentina's Public Maternal Health Services", *Journal of Feminist Scholarship,* vol. 15, 2018.

Zacher Dixon, L., "Obstetrics in a Time of Violence: Mexican Midwives Critique Routine Hospital Practices", *Medical Anthropology Quarterly*, vol. 29, núm. 4, 2015.

Herramientas para juzgar con perspectiva de género

Elsa **Cordero Martínez**[*]

Sumario: I. Introducción. II. ¿Qué es la perspectiva de género? III. ¿Cuáles son las herramientas para juzgar con perspectiva de género? IV. Conclusiones. V. Referencias bibliográficas.

I. Introducción

El término "perspectiva de género" se atiende de una manera cada vez más frecuente, dada la trascendencia del mismo, ya que en ocasiones se dimensiona de forma superficial, por lo que es oportuno analizarlo y ver la utilidad que tiene en la administración de justicia.

El objetivo de esta colaboración es identificar qué es y cuál es la función de la perspectiva de género, así como advertir herramientas que pueden ser de utilidad para quienes juzgan al incorporarla en sus resoluciones.

Este abordaje se desarrolla contestando la pregunta: ¿qué es perspectiva de género? Al introducirnos al tema, identificamos qué es y cuál es su carácter funcional; para llegar a ello, hacemos énfasis en los contenidos del con-

[*] Magistrada en retiro. Ex presidenta del Tribunal Superior de Justicia y del Consejo de la Judicatura del Estado de Tlaxcala, durante dos periodos. Fue titular de la Unidad de Derechos Humanos e Igualdad de Género de la Comisión Nacional de Tribunales Superiores de Justicia de los Estados Unidos Mexicanos de 2015 a 2018, y fue galardonada con la medalla "Mujeres por la Igualdad", de la Asociación Mexicana de Juzgadoras, en su edición 2021. Es maestra en Derecho Constitucional y Procesal Constitucional por la Universidad Autónoma de Tlaxcala.

cepto. Posteriormente, responderemos cuáles son las herramientas para juzgar con perspectiva de género.

Para encontrar las respuestas, desarrollamos los instrumentos que encontramos y que pueden ser accesibles a quienes juzgan, pudiendo —en el análisis— identificar que surgen de la norma, de la doctrina y de la experiencia judicial, advirtiendo a su vez que pueden provenir de fuentes nacionales o internacionales, y su uso puede ser obligatorio o discrecional.

Por la naturaleza de las respuestas que indagamos, nuestro análisis se basa en la comparación, en la sistematización y en las técnicas de investigación documental.

Una advertencia importante es que la motivación para producir esta colaboración, respondiendo a las instituciones convocantes, es el análisis del acceso a la justicia de los grupos de atención prioritaria, para identificar las diversas barreras u obstáculos existentes para el ejercicio efectivo de aquella, pero, además, para vislumbrar propuestas de mejora.

El origen de las propuestas tiene su preocupación en observar qué naciones, con tradiciones y familias jurídicas distintas, desafortunadamente coinciden en enfrentar problemas derivados de la violencia contra las mujeres y las niñas. Sin embargo, y por fortuna, en todas las naciones también existe el común denominador de la búsqueda de una protección efectiva y el respeto por los derechos humanos y por la igualdad sustantiva.

Si bien el estudio privilegia la experiencia mexicana, eso no limita su utilidad y contribución en los objetivos de la publicación conjunta.

II. ¿Qué es la perspectiva de género?

1. Perspectiva de género

Perspectiva, de acuerdo al *Diccionario de la lengua española,* es el panorama que, desde un punto de vista determinado, se presenta ante el espectador, especialmente cuanto está lejano; también se define como el punto de vista desde el cual se considera un asunto, y como la visión considerada en principio más ajustada a la realidad, que conviene favorecida por la observación ya distante, espacial o temporal, de cualquier hecho o fenómeno.[1] Es sinónimo de enfoque, análisis y mirada.

[1] Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, voz "Perspectiva", Madrid, 2022, disponible en: *https://dle.rae.es/perspectivo#SkENGmm*.

Entonces, hablar de enfoque de género requiere reconocer que se basa en la teoría del género, se inscribe en el paradigma cultural del feminismo, se estructura a partir de la ética y conduce a una filosofía poshumanista, por su crítica de la concepción androcéntrica de la humanidad que dejó fuera a las mujeres. Es un proceso sociocultural valioso por su capacidad de movilizar y de acción. Se inscribe en la filosofía feminista. Para una mejor comprensión, se contemplan las siguientes definiciones de este enfoque:

Dice Marcela Lagarde:

> Se conoce como perspectiva de género a esta visión científica, analítica y política creada desde el feminismo[...] permite analizar y comprender las características que definen a las mujeres y a los hombres de manera específica, así como sus semejanzas y diferencias. Analiza las posibilidades vitales de las mujeres y los hombres: el sentido de sus vidas, sus expectativas y oportunidades, las complejas y diversas relaciones sociales que se dan entre ambos géneros, así como los conflictos institucionales y cotidianos que deben enfrentar y la manera en que lo hacen.[2]

Olga Sánchez Cordero describe sobre esta temática lo siguiente:

> Es una categoría de análisis que pone de manifiesto la asignación social diferenciada de roles y tareas en virtud del sexo; revela cómo se traduce en diferencia de oportunidades y derechos, y pregunta por los impactos diferenciados de las leyes y políticas públicas basadas en dichas asignaciones y diferencias[...] evidencia problemáticas que, debido al arraigo de estereotipos que son discriminatorios, pasan desapercibidas.[3]

La Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia establece en su artículo 5o., fracción IX, que la perspectiva de género:

> [...]es una visión científica, analítica y política sobre las mujeres y los hombres. Se propone eliminar las causas de la opresión de género como la desigualdad, la injusticia y la jerarquización de las personas basada en el género. Promueve la igualdad entre los géneros a través de la equidad, el adelanto y el bienestar de las mujeres; contribuye a construir una sociedad en donde las mujeres y los hombres tengan el mismo valor, la igualdad de derechos y oportunidades para

[2] Lagarde, Marcela, *Género y feminismo. Desarrollo humano y democracia,* México, Siglo XXI Editores, 2018, p. 15.

[3] Sánchez Cordero, Olga, *Juzgar con perspectiva de género*, México, Inacipe, 2014, pp. 4 y 5.

> acceder a los recursos económicos y a la representación política y social en los ámbitos de toma de decisiones.

Por su parte, la Ley General para la Igualdad entre Mujeres y Hombres, indica en su artículo 5o., fracción VI, lo siguiente:

> Perspectiva de Género. Concepto que se refiere a la metodología y los mecanismos que permiten identificar, cuestionar y valorar la discriminación, desigualdad y exclusión de las mujeres, que se pretende justificar con base en las diferencias biológicas entre mujeres y hombres, así como las acciones que deben emprenderse para actuar sobre los factores de género y crear las condiciones de cambio que permitan avanzar en la construcción de la igualdad de género.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) refiere en su Protocolo para juzgar con perspectiva de género: "Es un método que, bajo un esquema de interseccionalidad, detecta la presencia de tratos diferenciados —basados en el sexo, el género o las preferencias/orientaciones sexuales—, y determina si dicho trato es necesario y por lo tanto legítimo, o si por el contrario, es arbitrario y desproporcionado y por lo tanto discriminatorio".[4]

También señala el máximo tribunal mexicano:

> Es una categoría de análisis que aglutina la metodología y los mecanismos destinados a la comprensión de la estructura cultural y las construcciones sociales que establecen roles de comportamiento esperado para mujeres y hombres, identificando las «obligaciones sociales» con lo masculino y lo femenino. En este sentido, se configura como una estrategia que abona a mejorar la justicia.[5]

Entre los fines sociológicos del enfoque o perspectiva de género, está el contribuir a la construcción subjetiva y social de una nueva realidad, a partir de la resignificación de la historia, la sociedad, la cultura y la política desde las y con las mujeres.

Se deben incluir en el análisis las relaciones sociales intergenéricas e intragenéricas privadas y públicas, personales, colectivas, intimas y políticas, dentro de las instituciones privadas, públicas, tradicionales, formales e in-

---

[4] Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Protocolo para juzgar con perspectiva de género. Haciendo realidad el derecho a la igualdad*, México, Poder Judicial de la Federación, 2013, p. 17.

[5] Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Manual para una impartición de justicia interseccional de justicia con perspectiva de género*, México, Poder Judicial de la Federación, 2018, p. 12.

formales, de comunicación, religiosas, de gobierno, educativas y para el tema jurisdiccional que desarrollamos.

Desde esta visión, se comprende la complejidad social, cultural y política que existe entre mujeres y hombres, ignorada por otros enfoques, obstinados en presentar un mundo naturalmente androcéntrico. Su importancia también resalta para visibilizar el origen histórico de la división entre mujeres y hombres y las condiciones que perpetúan la omisión y opresión de las mujeres, para que sean plenamente consideradas parte de la sociedad, de la democracia y del desarrollo.

Es a través de esa perspectiva que se pueden comprender leyes, normas y mitos culturales. Pretende, por ello, la reconstrucción de la subordinación y dominación que las mujeres históricamente han padecido.[6] La incorporación de la perspectiva de género a las actividades humanas y los análisis derivados de aquéllas no es tan sencillo como "agregar" a las mujeres.[7]

Su utilidad radica en la capacidad de enfocar, analizar y comprender las características que definen a mujeres y hombres de manera específica, así como sus semejanzas y diferencias; se analizan también las posibilidades vitales de unas y otros, el sentido de sus vidas, sus expectativas y oportunidades, las complejas relaciones que se dan entre géneros, los conflictos institucionales y cotidianos que encaran y cómo lo hacen. Su importancia radica en su carácter integrador, pues cuestiona una realidad basada en la subordinación de un grupo humano.[8]

La asunción de la perspectiva de género se revela como instrumento esencial para explicar y comprender la naturaleza y las consecuencias de políticas penales y de control social, dirigidas a "todos", sin dar una explicación y comprensión, se consideran incompletas y equivocadas.[9]

La perspectiva de género no es unidimensional, y la propuesta epistemológica que la alienta es construir en todos los casos enfoques integradores

---

[6] León, Gabriela de *et al.*, "La perspectiva de género como elemento fundamental en el ejercicio jurisdiccional", en Galván Tello, María del Carmen (coord.), *Juzgar con perspectiva de género,* México, Tirant lo Blanch, 2018, p. 40.

[7] Facio Montejo, Alda, *Cuando el género suena cambios trae: una metodología para el análisis de género del fenómeno legal*, San José, ILANUD, 1992, p. 31.

[8] Fernández Pérez, Gledymis, "Teoría de género, una aproximación a sus postulados", *Contribuciones a las Ciencias Sociales*, Málaga, Servicios Académicos Intercontinentales, 2011, p. 2, disponible en: *https://www.eumed.net/rev/cccss/12/gfp.htm*.

[9] Pitch, Tamar, "Sexo y género de y en el derecho: el feminismo jurídico", *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, Granada, vol. 44, 2010, p. 450, disponible en: *https://revistaseug.ugr.es/index.php/acfs/article/view/515*.

y multidisciplinarios.[10] Implica una metodología analítica que ensambla y se acompaña de disciplinas como historia, antropología, semiótica, psicología, sociología, economía, ciencia política, estética y filosofía, para crear un análisis histórico crítico de los sujetos sociales y de sus formaciones. Y este análisis no escapa para el derecho, pues se convierte en una estrategia que abona a mejorar el acceso a la justicia.[11]

Un análisis con perspectiva de género requiere que se parta de que toda acción humana impacta a hombres y a mujeres de manera particular, por la forma como se construyen los géneros, y por lo tanto, este tipo de análisis debe hacerse al estudiar cualquier fenómeno o grupo social, aunque en el mismo no haya mujeres.[12]

Para concebir el alcance de la perspectiva de género, establecemos el siguiente esquema:

Cuadro 1. Perspectiva de género

¿Qué es?	Visión	Analítica Científica Política No unidimensional
	Categoría	Análisis
	Metodología	
	Método	
	Enfoque	Integrador Multidisciplinario Ve lo que otros enfoques ignoran
	Esquema	Interseccional
¿Cómo se origina?	Teoría del género	Feminismo
¿Qué hace?	Analizar	Características que definen m/h Semejanzas y diferencias m/h Posibilidades vitales m/h Sentido de vida Relaciones sociales m/h Conflictos institucionales m/h Resolución de conflictos m/h

[10] Lagarde, Marcela, *op. cit.*, p. 56.

[11] Suprema Corte de Justicia de la Nación, Protocolo para juzgar..., *cit.*, p. 13.

[12] Facio Montejo, Alda, "Con los lentes del género se ve otra justicia", *El Otro Derecho*, Bogotá, núm. 28, julio de 2002, p. 89.

	Comprender	Estructura cultural Construcciones sociales Roles de comportamiento
	Revelar	Asignación de roles por sexo Diferencias de oportunidades y derechos Impactos diferenciados Arraigo de estereotipos
	Promover	Igualdad entre los géneros
	Identificar	Discriminación Desigualdad Obligaciones sociales de lo femenino /masculino
	Cuestionar	Exclusión de las mujeres con base en diferencias biológicas Realidad basada en subordinación
	Detectar	Tratos diferenciados Sexo, género, preferencia sexual, orientación sexual
	Determinar	Trato diferenciado legítimo
¿Qué busca?	Contribuir	Sociedad m/h tengan mismo valor Igualdad de derechos y oportunidades m/h
	Accesar	Igualdad de género Recursos económicos Representación política Representación social Toma de decisiones
	Emprender	Acciones sobre factores de género
	Crear	Condiciones de cambio
	Construir	Nueva configuración histórica, social, política
	Eliminar	Causas de opresión y jerarquización de género Desigualdad Discriminación Exclusión

¿Qué incluye?	Relaciones sociales	Inter e intragenéricas
	Ámbitos	Privado Público Político Personal Íntimo
	Complejidad	Social Cultural Política
	Disciplinas	Diversas incluidas el derecho
	Fenómenos	Grupos sociales
	Políticas públicas	Control social
	Instituciones	Privadas Públicas Formales Informales Educativas Religiosas Comunicación Gobierno Sociedad civil
¿Para qué sirve?	Comprender	Características que definen a m/h Características que diferencian m/h
	Carácter	Integrador multidisciplinario
	Mejorar	Acceso a la justicia
	Entender	Que toda acción humana impacta a m/h de forma particular

Fuente: elaboración propia con la información obtenida.

Al identificar los componentes que pueden concretar lo que es, es decir, los que incluyen el efecto de otros, tendríamos que la perspectiva de género es:

- Un enfoque integrador y multidisciplinario.
- Nace de la teoría de género.
- Detecta las características que definen a mujeres y hombres y sus relaciones.
- Busca eliminar la discriminación y tratos diferenciados ilegítimos, hacer accesible la igualdad de género, los recursos económicos, la representación y toma de decisiones y crear condiciones de cambio.

- Incluye todos los espacios en los que se dan las relaciones sociales, así como las instituciones.
- Para lograr entender que toda acción humana impacta a mujeres y hombres de forma particular.

La teoría de género nos enseña que no puede comprenderse ningún fenómeno social si no se analiza desde la perspectiva de género, pues la misma implica reconceptualizar aquello que se está analizando. Alda Facio[13] destaca dos aportaciones de esta teoría —que no aporta la teoría de los derechos humanos—: la primera enseña que las mujeres no son sólo un sector de la población, sino que están en todos o casi todos los sectores y que, por lo tanto, la implementación de una estrategia o política hacia las mujeres —vistas como un grupo homogéneo— para mejorar su acceso a la justicia siempre va a resultar insuficiente; la segunda lleva a preguntar qué efecto tiene el contenido de la justicia que se imparte en el hecho de que los hombres tengan más acceso a la justicia que las mujeres.

2. No es un tema solo de mujeres

La perspectiva de género no es un asunto sólo de las mujeres, porque implica detectar un trato desigual, por ejemplo, en la aplicación e interpretación de la ley por cuestión de género, pudiendo en algún momento ser el hombre quien lo resienta.

Por lo general, se confunde que la perspectiva de género es un tema que nada más se orienta al género femenino. De forma clara, Alda Facio lo explica:

> Una perspectiva sesgada hacia el género femenino es la otra cara de la perspectiva androcéntrica y sería la perspectiva ginocéntrica. Pero como por siglos hemos visto y entendido el mundo desde la perspectiva androcéntrica, hemos llegado a creer que ésta es una no perspectiva o el punto de vista neutral y objetivo. Y por eso muchas personas —tanto hombres como mujeres— se sienten incómodas cuando se les dice que deben analizar los hechos desde una perspectiva de género. Se sienten incómodas porque piensan y sienten que la forma como han analizado los hechos es objetiva o "sin ninguna perspectiva". Debido a esta creencia cuando no hacemos un esfuerzo consciente por utilizar una perspectiva de género, es decir, una perspectiva que incluya a ambos géneros y a las desigualdades de poder que hay entre ellos y dentro de ellos, lo que

[13] *Idem.*

hacemos es utilizar la perspectiva androcéntrica que es la que pasa por una no perspectiva.[14]

La perspectiva de género nos permite comprender cómo las relaciones de poder entre hombres y mujeres afectan ese ejercicio, pues los estereotipos de género que producen situaciones de desventaja, afectan tanto a mujeres como a hombres.[15] A su vez, tampoco trata de dar la razón jurídica a la mujer por el solo hecho de serlo.

3. Una alarma contra estereotipos

Los estereotipos son preconcepciones de atributos y características que son impuestas de manera general a hombres y a mujeres, son positivos o negativos, desencadenan la diferencia y desigualdad, perpetuando la violencia de género.[16]

Un ejemplo de esto es la concepción de que las mujeres son sentimentales y débiles, y los hombres, lógicos y fuertes.

Los estereotipos son fundamentales en la configuración de la subjetividad de las personas y en la cultura. Dichas actitudes, características y roles son atribuidos a las personas en razón de alguna de las condiciones enumeradas como categorías sospechosas. Están profundamente arraigados y aceptados por la sociedad que los crea, reproduce y transmite; la problemática se presenta cuando se les adjudican consecuencias jurídicas en quienes los padecen, como limitar su acceso a los derechos, cuando se obstruye el proyecto de vida y generan exclusión o marginación. Responden a un fuerte elemento estructural. Afectan a hombres y a mujeres, y en estas últimas tienen mayor efecto negativo por los roles invisibilizados jerárquicamente inferiores a los que se da a los hombres. Entre los tipos de estereotipos los hay de sexo, sexual, sobre roles sexuales y compuestos.[17] Las instituciones y sistemas judiciales pueden reproducirlos.

---

[14] Facio Montejo, Alda, "Con los lentes del género...", *cit.*, p. 89.

[15] Tesis Aislada 1a. LXXIX/2015, 10a., Impartición de justicia con perspectiva de género. Debe aplicarse este método analítico en todos los casos que involucren relaciones asimétricas, prejuicios y patrones estereotípicos, independientemente del género de las personas involucradas, Poder Judicial de la Federación, 2015.

[16] De León, Gabriela *et al.*, *op. cit.*, p. 26.

[17] Suprema Corte de Justicia de la Nación, Protocolo para juzgar..., *cit.*, pp. 48-50.

Identificar un estereotipo es posible si se niega un derecho o beneficio, impone una carga o margina a la persona o vulnera su dignidad.[18]

Los estereotipos están muy arraigados, y por eso pasan desapercibidos; es interesante conocer que algunas investigaciones revelaron que más del 80% de los personajes que aparecen en los libros de texto son masculinos, y que los estereotipos sexuales se mantienen en ellos.[19]

Desde la perspectiva convencional, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH, en el *caso González y otras vs. México* (caso Campo Algodonero), refiere lo siguiente:

> 401. [...]el Tribunal considera que el estereotipo de género se refiere a una preconcepción de atributos o características poseídas o papeles que son o deberían ser ejecutados por hombres y mujeres respectivamente. Teniendo en cuenta las manifestaciones efectuadas por el Estado[...] es posible asociar la subordinación de la mujer a prácticas basadas en estereotipos de género socialmente dominantes y socialmente persistentes, condiciones que se agravan cuando los estereotipos se reflejan implícita o explícitamente, en políticas y prácticas, particularmente en el razonamiento y el lenguaje de las autoridades de policía judicial, como ocurrió en el presente caso. La creación y uso de estereotipos se convierte en una de las causas y consecuencias de la violencia de género en contra de la mujer.[20]

Desde una concepción didáctica, podríamos advertir que la perspectiva de género es una especie de alarma contra estereotipos que generan discriminación.

El objetivo de toda política nacional debe ser la eliminación de los estereotipos que fomentan la discriminación y la violencia contra las mujeres, así como el desarrollo de actividades, por parte de las autoridades, tendientes a erradicar toda discriminación, basada en estereotipos de género, concientizar sobre la importancia de la igualdad entre mujeres y hombres, integrar la perspectiva de género en todas las políticas públicas y vigilar el contenido de la publicidad.[21]

---

[18] Suprema Corte de Justicia de la Nación, Protocolo para juzgar..., *cit.*, p. 52.

[19] Facio Montejo, Alda, *Cuando el género suena..., cit.*, p. 81.

[20] Corte IDH, *Caso González y otras, Campo Algodonero, vs. México*, Sentencia de 16 de noviembre de 2009, Serie C, núm. 205, San José.

[21] Ley General para la Igualdad entre Mujeres y Hombres, *Diario Oficial de la Federación*, 2 de agosto de 2006.

Utilizar y reproducir estereotipos de género es una forma de discriminación, y puede que se dé en las resoluciones judiciales.

A. Es un tema de desarrollo humano

Esta perspectiva rompe las concepciones anteriores sobre desarrollo; al modificar las necesidades, incluye a las mujeres y las prioriza; modifica también las necesidades comunitarias, nacionales y mundiales, al requerir de un camino al desarrollo con sentido humano, ampliado e inclusivo, abarcando a todas y a todos, y mejorando la calidad humana de mujeres y hombres, por lo que adquiere una magnitud social positiva, inclusiva, reparadora y satisfactoria. No es sólo un nuevo enfoque: es toda una nueva concepción del mundo.[22]

Desde la perspectiva de género, hay una relación entre desarrollo, derechos humanos y democracia, pues satisfacer las necesidades vitales de las mujeres implica un reordenamiento profundo y complejo de las relaciones con los hombres y cambios en las normas, así como la redefinición de la economía y de la distribución de los recursos sociales, económicos y culturales. Significa también una transformación profunda de las normas de participación social y una redefinición del espacio político y de los poderes de las mujeres en su relación con la sociedad civil y en la sociedad política.[23]

B. Es un tema de derechos humanos

Con la aplicación de la perspectiva de género, se busca hacer efectivos los derechos de igualdad, de no discriminación y del acceso a la justicia. Nada se concibe sin tenerlos como ámbito de validez en el quehacer público.

Es la persona y sus derechos el eje central de la impartición de justicia, y resulta evidente que no puede omitirse a la perspectiva de género como participante de esta labor, pues además, uno de sus objetivos es lograr la igualdad sustantiva, teniendo la capacidad de hacer efectivos los derechos, y no sólo logrando su reconocimiento en la ley.

C. Se incluye en la democracia

Concebir la composición de las naciones amerita identificar que están compuestas por mujeres, hombres y personas que no se identifican como

[22] Lagarde, Marcela, *op. cit.*, pp. 136 y 137.

[23] *Ibidem*, pp. 189 y 190.

tales, y donde un poco más de la mitad de la población está conformada por las primeras.

El problema de la debilidad de la cultura democrática se identifica como uno de sus componentes,[24] y a su vez esto implica que, desde el ámbito de la ciudadanía, la perspectiva de género muestra el impacto de los estereotipos para restringir la presencia de las mujeres en el espacio público y en el acceso al poder político y devela las limitaciones que imponen los roles de cuidado en el ámbito privado para ese mismo fin.[25]

Las mujeres, así como las personas de la comunidad de lesbianas, gays, bisexuales, transgéneros, travestis, transexuales, intersexuales y *queer* (LGBTTTIQ), o las personas con discapacidad, etcétera, deben tener presencia en una sociedad democrática, ser visibilizadas y participar activamente en la representación; lo contrario es una simulación, pues la democracia debe ser incluyente, ya que puede aspirar a ser todo, menos democrática; advertir esto es posible, de una manera más clara, a partir de la perspectiva de género. La democracia no es sólo una regla de mayoría sino que se extiende a ser una regla de valores fundamentales, de derechos humanos, entre los que se encuentra implícito el de igualdad.

D. Es una vía para erradicar la violencia de género

La violencia de género se resguarda, entre otras causas, por la reproducción de estereotipos, que regularizan la subordinación de la mujer, y una concepción hasta naturalizada de la afectación de sus derechos; cuando la perspectiva de género permite notar estas condiciones —que no son normales—, hace posible que se combatan y, en consecuencia, propicia que se erradiquen.

Evidenciar la violencia contra las mujeres es una tarea indispensable para el avance en las instrumentaciones de mecanismos jurídicos, sociales y culturales, que permitan disminuir sus índices y erradicarla a través de la implementación de políticas públicas adecuadas para enfrentar el problema social.[26]

En esta categoría conceptual, se puede identificar a la violencia de género del siguiente modo:

---

[24] Instituto Nacional Electoral, *Estrategia Nacional de Cultura Cívica 2017-2023,* México, 2016.

[25] *Ibidem*, p. 40.

[26] León, Gabriela de, *et al.*, *op. cit.*, p. 34.

> [...]como un eslabón más, el extremo, de una cadena que la hace posible y de la que todos los hombres, de una u otra manera formamos parte. Toda la construcción cultural de la masculinidad , al menos en el mundo occidental se ha basado en un modelo que ha sustentado el poder masculino y, de manera singular, el recurso habitual a la violencia[...] Esta construcción "heroica" de la masculinidad se ha reproducido y reproduce constantemente, nos muestra cómo el varón necesita en ocasiones recurrir a la violencia para alcanzar o mantenerse en el poder, para restaurar el orden por él diseñado o, simplemente, para sancionar la sumisión de quienes deben admirarlo y obedecerlo.[27]

Una forma específica de dominación masculina que legitima la subordinación de las mujeres es el patriarcado, que tiene su origen histórico en la familia. La respuesta tradicional a la dominación masculina es un fenómeno universal, habitualmente incuestionado y asumido como natural.

Si la violencia está vinculada con el abuso de poder, se dice que si este abuso es explícita o implícitamente aceptado, la violencia se normaliza y por lo general permanece ignorada u oculta, a menos que el daño infligido adquiera proporciones desmesuradas y difíciles de esconder o aceptar por quien lo sufre y difíciles de ignorar por el entorno.[28]

La violencia de género contra las mujeres es estructural, porque el orden social, es decir, la organización de la vida social, es patriarcal:

> [...]la violencia de género es un constructo sociocultural, histórico, inscrito en una relación de poder y dominación, donde las mujeres viven en una situación de desventaja social, lo que deriva en un conjunto de realidades, económicas, sociales y políticas que la colocan en una condición de vulnerabilidad respecto el ejercicio de sus derechos en igualdad[...] La violencia de género surge de una construcción social basada en las desigualdades y en las actividades históricas impuestas a las mujeres como seres inferiores destinados a vivir en el ámbito de lo privado.[29]

La violencia de género es una desigualdad aprendida y aceptada, es una cara de la opresión. La Organización de las Naciones Unidas (ONU) define a la violencia de género o violencia contra la mujer de este modo: "todo acto

---

[27] Salazar, Octavio, *El hombre que no deberíamos ser*, Madrid, Planeta, 2018, pp. 40 y 41.

[28] Álvarez de Lara, Rosa M., y Pérez Duarte, Alicia, *Modelos para prevenir, atender, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2010.

[29] León, Gabriela de *et al.*, *op. cit.*, p. 28.

de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para las mujeres, inclusive la amenaza de tales actos, la coacción o privación arbitraria de la libertad tanto si se produce en la vida pública como en la privada".[30]

En la Conferencia Mundial sobre la Mujer, celebrada en Pekín en 1995, se configuró el término *violencia de género* para definir "la violencia contra la mujer [que] impide el logro de los objetivos de la igualdad de desarrollo y paz, que viola y menoscaba el disfrute de los deberes y derechos fundamentales",[31] conminando a todos los gobiernos para prevenirla y eliminarla.

De acuerdo a los estándares de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), del Comité de Naciones Unidas para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer y del Convenio del Consejo de Europa sobre Prevención y Lucha contra la Violencia contra las Mujeres y la Violencia Doméstica, un acto violento tiene elementos de género cuando la violencia se dirige a una mujer por ser mujer y cuando la violencia tiene un impacto diferenciado en las mujeres o les afecta desproporcionadamente.[32]

Esta violencia adopta diversas formas, incluida la violencia en el hogar, en el trabajo, el acoso, las violaciones, la trata de mujeres y niñas, la prostitución, la violencia en situaciones de conflicto armado, el infanticidio femenino, la mutilación genital femenina, entre otras.[33]

Desafortunadamente, y como se muestra con las cifras que se presentan a continuación, esas formas de violencia significan un problema muy complejo y de actualidad en el país.

4. Una lamentable realidad mundial

Según datos de ONU-Mujeres, en su texto *Hechos y cifras: poner fin a la violencia contra las mujeres*, encontramos lo que sigue.

- A nivel mundial se estima que setecientos treinta y seis millones de mujeres, es decir, una de cada tres, ha experimentado alguna vez en su vida

[30] Organización de las Naciones Unidas, Declaración de la Organización de las Naciones Unidas sobre la Eliminación de la Violencia contra las Mujeres, Nueva York, 2019.

[31] Celis, Estíbaliz, "Prevención de la violencia de género", en Pérez, Jesús y Escobar, Ana (coords.), *Perspectivas de la violencia de género*, Madrid, Grupo 5 Editorial, 2011, p. 292.

[32] Elizondo Gasperín, Rafael, *Violencia política contra la mujer. Una realidad en México,* México, Porrúa, 2017, pp. 92-93.

[33] Moreno, Kena (coord.), *Violencia familiar y adicciones. Recomendaciones preventivas,* México, Centros de Integración Juvenil, 2007, p. 19.

violencia física o sexual por parte de alguna pareja o incluso violencia sexual por alguien que no era su pareja.

- La mayor parte de la violencia contra las mujeres es causada por sus maridos o parejas íntimas o ex parejas. Una de cada cuatro adolescentes entre 15 y 19 años ha experimentado también violencia física y/o sexual por parte de su pareja o con quien mantiene una relación.
- La pandemia de COVID-19 aumentó los factores de riesgo de violencia contra las mujeres, ya que durante la pandemia las llamadas a las líneas de apoyo se quintuplicaron, con lo que se confirmó la existencia de una pandemia en la sombra.
- Hasta octubre del 2021, cincuenta y dos países habían integrado la prevención y atención a la violencia contra las mujeres y niñas en sus planes de respuesta al COVID y ciento cincuenta países habían adoptado medidas para fortalecer los servicios prestados a las mujeres sobrevivientes de violencia durante la crisis global.
- Destaca que menos del 40% de las mujeres víctimas de violencia buscan algún tipo de ayuda, y la mayoría lo hace acudiendo a familiares y amistades, pero pocas recurren a instituciones oficiales, y menos del 10% lo hace ante la policía.
- En torno a la normatividad, al menos ciento cincuenta y ocho países han aprobado leyes sobre la violencia en el ámbito doméstico y ciento cuarenta y un naciones tienen legislación sobre el acoso sexual en el trabajo.
- Estudios muestran que cuando las mujeres se relacionan con hombres que muestran actitudes y comportamientos que refuerzan esa posición dominante del hombre sobre la mujer y se perpetúa la desigualdad de género, tienen más probabilidades de experimentar violencia en la pareja. La violencia contra las mujeres y las niñas tiene además altos costos económicos.
- El 6% de las mujeres ha tenido o ha sido objeto de violencia sexual por alguien que no es su pareja; quince millones de adolescentes entre 15 y 19 años han experimentado relaciones sexuales forzadas; éste es el grupo de mayor riesgo.
- Respecto a la trata de mujeres, las víctimas de trata con fines de explotación sexual en el 92% los casos son mujeres.
- La tasa de matrimonios infantiles a nivel mundial se ha reducido; desafortunadamente América Latina y El Caribe son las regiones donde no hay evidencia de progreso en el mundo y los matrimonios infantiles durante veinticinco años no han disminuido.

- La violencia contra las niñas en el ámbito escolar es un obstáculo para que ellas ejerzan libremente su derecho a la educación; si bien también los niños tienen problemas y pueden experimentar acoso escolar, es en las niñas donde está el mayor riesgo para experimentar acoso psicológico, y mayormente por su aspecto físico.
- Algo que parece inconcebible es que todavía doscientas millones de mujeres y niñas entre los 15 y 49 años han sido sometidas a mutilación genital en treinta y un países donde aún es vigente esta práctica.
- Imposible es omitir la violencia contra las mujeres que se da a través de las tecnologías de la información; el acceso a ellas en la Unión Europea encuentra que una de cada diez mujeres ha experimentado ciberacoso desde los 15 años; está detectado que el mayor riesgo lo viven las mujeres jóvenes de entre 18 a 29 años. En Estados Unidos dos de cada diez mujeres jóvenes de entre 18 y 29 años han experimentado acoso sexual en línea y una de cada dos ha recibido imágenes.
- Durante la pandemia, el uso de Internet ha aumentado y si bien todavía hay una brecha digital de género, son las mujeres y las niñas las que experimentan violencia en línea con más frecuencia que los hombres.
- La violencia contra las mujeres también abarca la actividad política en cinco regiones del mundo; el 82% de las parlamentarias ha sido objeto de algún tipo de violencia psicológica durante su encargo; el canal más habitual eran los medios sociales; desafortunadamente, el 44% reportó haber recibido amenazas de muerte, de violación, de secuestro, y el 65% ha sido objeto de comentarios sexistas.[34]

Resulta evidente que las víctimas de violencia no sólo son mujeres, pero es notorio que la violencia por razón de género se da hacia ellas.

A. La perspectiva de género comprende en toda su dimensión a las normas en pro la igualdad y la no discriminación

A partir del compromiso internacional para ajustar el marco normativo para evitar la discriminación contra las mujeres —entre otras asimetrías—, se estableció la afortunada existencia de nuevas normas protectoras, cuyo fin es hacer efectiva la igualdad sustantiva, las cuales no pueden ser con-

[34] ONU-Mujeres, "Hechos y cifras: poner fin a la violencia contra las mujeres", Nueva York: 2021, disponible en: *https://www.unwomen.org/es/what-we-do/ending-violence-against-women/facts-and-figures*.

cebidas, ejecutadas y aplicadas en su totalidad si no se comprenden desde la perspectiva de género.

Un ejemplo de ello es el Convenio 156 sobre los Trabajadores con Responsabilidades Familiares, de la Organización Internacional del Trabajo,[35] que de leerse sin esa herramienta, podría poner en duda la necesidad de enfrentar y compartir los roles de género.

Otro ejemplo resulta al intentar entender las medidas afirmativas de carácter temporal, sin tener una lectura con perspectiva de género, donde parecería discriminatorio algo que de ningún modo lo es.

El artículo 4o. de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, señala en sus fracciones 1 y 2:

> 1. La adopción por los Estados Partes de medidas especiales de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad de facto entre el hombre y la mujer no se considerará discriminación en la forma definida en la presente Convención, pero de ningún modo entrañará, como consecuencia, el mantenimiento de normas desiguales o separadas; estas medidas cesarán cuando se hayan alcanzado los objetivos de igualdad de oportunidad y trato.
> 2. La adopción por los Estados Partes de medidas especiales, incluso las contenidas en la presente Convención, encaminadas a proteger la maternidad no se considerará discriminatoria.[36]

B. La perspectiva de género analiza el derecho y advierte lo masculino que es

El derecho es masculino, porque son las necesidades y conflictos de los hombres los que están inmersos en el mismo, y si las mujeres han sido tomadas en cuenta, lo han sido desde el punto de vista masculino. Una muestra real e incongruente se ilustra en la realización de la Semana Mundial de la Lactancia Materna de agosto de 2018, cuyo foro fue encabezado únicamente por hombres.[37]

Para Alda Facio, el fenómeno jurídico está formado por tres componentes: el formal-normativo (sustantivo), que es lo que llaman norma agenda,

---

[35] Organización Internacional del Trabajo, Convenio 156 sobre los Trabajadores con Responsabilidades Familiares, Ginebra, 1981.

[36] Organización de las Naciones Unidas, Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, Nueva York, 1979.

[37] Rodríguez, Darinka, "Sin mujeres en un foro sobre lactancia materna", *El País,* Madrid, 9 de agosto de 2018, disponible en: *https://verne.elpais.com/verne/2018/08/07/mexico/1533666427_133210.html.*

la ley formalmente promulgada; el estructural, que es el contenido en forma de leyes no escritas que, entre otros, quienes juzgan le dan ese contenido a las reglas y principios que se encuentran en el primer componente, al crear, seleccionar, combinar, aplicar e interpretar; se trata de leyes no escritas, pero que son tomadas en cuenta por quien juzga, por ejemplo, en la guarda de niños y niñas prioriza a la mamá; el tercero es el componente político-cultural, que es el contenido y significado que se le va dando a la ley por medio de la doctrina jurídica, las costumbres, actitudes, tradiciones y conocimientos que la gente tiene de la ley y de su uso. Un ejemplo es la relación entre los componentes en el "deber de corregir".[38]

Es necesario comprender lo jurídico desde esos tres componentes, que se asemeja a un proceso de concientización, más que a un proceso de aprendizaje, porque implica, además de entender las relaciones entre los componentes, valorar lo que significan para la eliminación de la discriminación que existe.[39]

C. Es necesaria su transversalización en la planeación del Estado

Entendemos que la perspectiva de género es la herramienta que atraviesa todas las estructuras públicas, todas las acciones gubernamentales, forma parte de todos los objetivos de una política pública, programas, proyectos; en ese tenor, los temas de género ocupan un lugar central, imposible de ignorar u omitir, y no sólo se integran desde el diseño de aquélla, sino que es necesaria la planeación, y sobre todo, las acciones específicas que alcanzan hasta los temas presupuestales.

En julio de 1997, el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (Ecosoc, por sus siglas en inglés), definió el concepto de la transversalización de la perspectiva de género en los siguientes términos:

> Transversalizar la perspectiva de género es el proceso de valorar las implicaciones que tiene para los hombres y para las mujeres cualquier acción que se planifique, ya se trate de legislación, políticas o programas, en todas las áreas y en todos los niveles.
>
> Es una estrategia para conseguir que las preocupaciones y experiencias de las mujeres, al igual que las de los hombres, sean parte integrante en la elaboración, puesta en marcha, control y evaluación de las políticas y de los programas en todas las esferas políticas, económicas y sociales, de manera que las mujeres y los

[38] Facio Montejo, Alda, *Cuando el género suena..., cit.*, pp. 65 y 66.

[39] *Ibidem*, pp. 74 y 75.

hombres puedan beneficiarse de ellos igualmente y no se perpetúe la desigualdad. El objetivo final de la integración es conseguir la igualdad de los géneros.

También se ha denominado así a los esfuerzos sistemáticos para introducir la perspectiva de género, en la aplicación de las normas de derechos humanos.[40] Conseguir los objetivos sólo es posible con esta estrategia vinculante.[41]

D. Esta perspectiva no violenta el debido proceso

El acceso a la justicia se integra por garantías respecto al debido proceso, y por el acceso a un recurso efectivo; recordemos que el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), de 1969, reconoce la protección judicial y el derecho de toda persona a un recurso sencillo, rápido y efectivo, comprometiendo a los Estados Partes a garantizarlo.

La aplicación de la perspectiva de género no se contrapone al debido proceso; por el contrario, permite que el juzgador o juzgadora advierta elementos que pudieran ser contrarios al derecho a la igualdad y no discriminación, y exige de quienes juzgan, una visión más profunda desde los hechos que se conocen en la recepción del caso que se les somete a su jurisdicción, atravesando por todas las etapas de los procesos, hasta el momento de determinar su decisión. El uso de esta herramienta no justifica las afectaciones a las reglas, a los plazos, a las condiciones para que las partes se defiendan: garantiza advertir los desequilibrios por razones de género, que en nada se contraponen con el debido proceso.

E. Juzgar con perspectiva de género

La SCJN establece que juzgar con perspectiva de género implica hacer realidad el derecho a la igualdad, donde al juzgador le corresponda una serie de obligaciones para combatir la discriminación por medio del quehacer jurisdiccional, para garantizar el acceso a la justicia y en su caso, remediar situaciones asimétricas de poder que puedan detectarse en un caso concreto.

En el ejercicio argumentativo de quienes imparten justicia, es una forma de hacer que se manifieste como un principio fundamental en la búsqueda de soluciones justas.

---

[40] Medina, Cecilia, "Derechos Humanos de la Mujer. ¿Dónde estamos ahora en las Américas?", 2003, p. 907, disponible en: *https://biblioteca.corteidh.or.cr/documento/68190*.

[41] *Idem*.

Olga Sánchez Cordero define esta condición de juzgar con perspectiva de género de este modo:

> [...]implica que el juzgador o la juzgadora identifique si existe discriminación por cuestión de género en la aplicación de una ley y a partir de ello, establezca una estrategia que aminore o elimine tal aplicación de manera diferente para hombres y para mujeres [con] lo cual el juzgador/a tiene gran posibilidad de realizar[la] con el actual marco constitucional. Por tanto, las y los juzgadores tendremos que analizar las normas aplicables al caso concreto conforme a la perspectiva de género, es decir, evaluando el impacto diferenciado que hechos y leyes determinados tienen en hombres y mujeres, dada la asignación de roles sociales en virtud de su sexo. Lo anterior a fin de que podamos detectar y comprender los estereotipos de género.[42]

La incorporación de esta perspectiva en la actividad jurisdiccional se plantea desde la necesidad del reconocimiento de que no basta la igualdad formal, sino además se requiere la sustantiva para alcanzar la justicia de las mujeres. Su introducción en el análisis jurídico pretende combatir argumentos estereotipados e indiferentes al derecho de igualdad.[43]

Adquiere especial relevancia en el quehacer jurisdiccional, porque es ahí donde se resuelven problemáticas y conflictos específicos, y se otorgan consecuencias jurídicas a hechos y actos concretos, lo que modifica los proyectos de vida de las personas. Quien juzga tiene el deber de ampliar, revisar y actualizar los catálogos de derechos, tomando en cuenta la sofisticación de los medios por los cuales se puede discriminar y, por lo tanto, negar derechos a las personas.[44] El juzgador debe ser capaz de detectar estereotipos, y para ello necesita herramientas.

Las sentencias, como aportación de quien juzga frente a las relaciones asimétricas, tienen el potencial de visibilizar y revertir los efectos de las estructuras de poder basadas en estereotipos que condicionan exclusión y marginación.[45] Las sentencias hacen efectivos los derechos humanos.

Juzgar con perspectiva de género exige nuevos conocimientos, e irrita a quien no gusta de estudiar, aprender o hacer esfuerzos intelectuales; exige pensar de otra manera, y desarrollar comportamientos distintos y un nuevo sentido a la vida; molesta a quien cree que no le toca esa responsabilidad,

---

42 Sánchez Cordero, Olga, *op. cit.*, pp. 4 y 5.

43 Suprema Corte de Justicia de la Nación, Protocolo para juzgar..., *cit.*, p. 17.

44 *Ibidem*, p. 59.

45 *Ibidem*, p. 54.

y también exige de hombres y mujeres ponerse en movimiento, hasta cambios personales, íntimos y vitales.[46] Implica, en todo caso, una revolución intelectual interna de tipo personal y una revolución cultural de las mentalidades de quienes juzgan casos.

Una cualidad de quien juzga es el temperamento judicial: en ella se encuentra la imparcialidad y la capacidad de no discriminar, ni por edad, género, condición social, creencia religiosa, y tampoco debe permitir que quien comparece ante el tribunal cometa alguna de estas conductas discriminatorias.[47]

Es indispensable que quienes juzgan, además de ser personas autónomas e independientes en la interpretación de las normas, puedan hacerlo a la luz de la teoría y la práctica de los derechos humanos desde la perspectiva de género.[48] Su falta de perspectiva puede causar un sesgo androcéntrico en la aplicación e interpretación de las leyes, que son neutrales y objetivas. Se requiere de juezas y jueces sensibles al género. También en este temperamento, amerita que la o el juzgador controle sus emociones o sus consideraciones personales provenientes por estereotipos:

> El androcentrismo que permea todas nuestras instituciones ha redundado en que todas las disposiciones legales tengan como parámetro, modelo, prototipo al macho de la especie humana[...] Es por esta razón que las leyes, aunque no lo digan explícitamente, en su inmensa mayoría parten de los hombres y son para los hombres o responden a su idea de lo que somos y necesitamos las mujeres. En un patriarcado androcéntrico no es de extrañar que el legislador, el jurista y el juez tengan en mente al hombre varón cuando elaboran, promulgan, utilizan y aplican las leyes o cuando elaboran las teorías, doctrinas y principios que sirven de fundamento a su interpretación-aplicación. Por ello, no debemos caer en el error de creer que existen leyes neutrales, que se dirigen igualmente a hombres como a mujeres y que tienen iguales efectos en hombres y mujeres.[49]

Hay que juzgar con perspectiva de género, porque la ley establece reglas e institucionaliza una forma de pensar, la cual es adoptada por el común de la gente y por quienes administran justicia, de manera que también las y los jueces que seleccionan, combinan, interpretan y aplican las leyes, lo hacen

---

[46] Lagarde, Marcela, *op. cit.*, p. 22.

[47] Durieux R., Vivian, *El temperamento judicial,* Puerto Rico, OPDAT-USA-Instituto de Estudios Judiciales, 2020.

[48] Facio Montejo, Alda, "Con los lentes del género..., *cit.*, p. 54.

[49] Facio Montejo, Alda, *Cuando el género suena..., cit.*, pp. 53 y 54.

de conformidad con una manera de pensar y concebir el mundo que está en una gran medida determinado por las mismas leyes.[50]

Las personas que juzgan son de carne y hueso, con actitudes, juicios y preconceptos sobre las personas, sus conductas, sus necesidades, y estos preconceptos no siempre son separados al juzgar: a veces pasan hasta desapercibidos.

También influyen las tradiciones, costumbres, presiones políticas, creencias religiosas, haciendo que quienes interpretan y aplican la ley, lo hagan de conformidad con su propia jerarquía de valores y de la sociedad que los envuelve. Además, estas costumbres y tradiciones son interpretadas por los y las juezas de acuerdo a muchos factores tales como los intereses que protegen, la clase, la raza o el credo, su doctrina jurídica, sus valores y actitudes. El conocimiento y uso que la gente común y corriente hace de las leyes existentes les da una especie de popularidad a cierta combinación de leyes, a ciertas interpretaciones.[51]

El acceso a la justicia se entiende como un derecho humano fundamental que involucra tanto el deber estatal de proveer un servicio público como el ejercicio de un derecho, y este servicio debe garantizarse sin distinción, entre otras, de sexo.[52]

El quehacer de juzgar no puede entonces lograr los fines que persigue sin auxiliarse de herramientas como lo es la perspectiva de género. Juzgar con perspectiva de género es una obligación constitucional, convencional, jurisprudencial, legal e institucional.[53]

III. ¿Cuáles son las herramientas para juzgar con perspectiva de género?

1. Herramientas para juzgar con perspectiva de género

Planteados los conceptos y la gran tarea de realizar la incorporación de perspectiva de género, quienes juzgan tienen ante sí el reto de encontrar

[50] *Ibidem*, p. 71.

[51] *Ibidem*, pp. 72 y 73.

[52] Facio Montejo, Alda, "Con los lentes del género… *cit.*, p. 87.

[53] Cordero Martinez, Elsa, "Juzgar con perspectiva de género. ¿Hay que esperar una reforma constitucional para su obligatoriedad? Integración de la perspectiva de género en la Constitución", *CIJUREP. Revista de Garantismo y Derechos Humanos*, Tlaxcala, año 4, núm. 8, julio-diciembre de 2020, disponible en: *http://garantismoyderechoshumanos.com.mx/Contactos/cargaPDF/P/46*.

medios para allegarse de técnicas y métodos para lograr su encomienda convencional y constitucional.

En función de ese objetivo, a continuación, se exponen aquellas herramientas que surgen de la norma, de la doctrina y de la experiencia judicial.

Se propone para su desarrollo la siguiente clasificación:

- De origen: pueden ser de fuente nacional o internacional.
- De uso: pueden ser obligatorias o discrecionales.
- De apoyo: pueden ser argumentativas o de referencia.

Cuadro ii. Herramientas para juzgar con perspectiva de género

Herramienta	*Origen*	*Uso*	*Apoyo*
Marco Jurídico	Nacional/internacional	Obligatorio	
Control de convencionalidad	Internacional	Discrecional	
Criterios jurisprudenciales	Nacional/ internacional	Obligatorio	Referencia
Lenguaje		Discrecional	Argumentativa
Paridad	Nacional		Referencia
Acciones afirmativas	Nacional		Argumentativa
Enfoque diferencial		Discrecional	Argumentativa
Interseccionalidad		Discrecional	Argumentativa
Sentencias	Nacional/internacional		Referencia
Protocolos	Nacional	Discrecional	Referencia

Fuente: elaboración propia con la información obtenida.

2. Marco jurídico

Descrita la existencia de algunas normas convencionales y constitucionales que destacan la responsabilidad de incorporar el enfoque de género, ahora toca dimensionar el marco normativo en el que puede y debe apoyarse tanto el impartidor como la impartidora de justicia para realizar esa encomienda.

Para ello, nos apoyamos del cuadro siguiente, que tiene su base en la compilación que sobre este tipo de instrumentos registra la scjn hasta 2012, conforme a los compromisos adquiridos por el Estado mexicano ante la comunidad internacional.[54]

[54] Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Compilación de instrumentos internacionales sobre*

Cuadro iii. Marco normativo nacional e internacional para juzgar con perspectiva de género

Marco jurídico nacional
Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos
Código Nacional de Procedimientos Penales
Ley de los Derechos de las Personas Adultas Mayores
Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación
Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia
Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes
Ley General para la Igualdad entre Mujeres y Hombres
Ley General para la Inclusión de Personas con Discapacidad
Ley General de Víctimas
Ley Nacional de Ejecución Penal
Marco jurídico internacional
Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José)
Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados
Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer
Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer
Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial
Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de Personas Adultas Mayores
Convención sobre los Derechos del Niño
Convenio (OIT No. 183) sobre Protección de la Maternidad
Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo
Convenio (OIT No. 169) sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes
Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre
Declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño
Declaración de los Derechos de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas
Declaración Universal de Derechos Humanos

protección de la persona aplicables en México, México, Oficina en México del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2012.

Declaración y Plataforma de Acción de Beijing, adoptada en la IV Conferencia Mundial sobre la Mujer
Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes (Reglas de Bangkok)
Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores

Fuente: elaboración propia con la información obtenida.

Es deber de quien resuelve un caso, allegarse al marco jurídico que le es aplicable, y a partir de la reforma constitucional mexicana de 2011,[55] es determinante conocer el marco no sólo nacional, sino también el internacional.

3. Control de convencionalidad

En este momento "como resultado de la sentencia Radilla, ahora existe en México un control de convencionalidad que debe ser aplicado *ex officio* por los jueces e incluso control difuso (limitado) de constitucionalidad",[56] y conforme a las reglas siguientes, existe un deber de ejercer dicho control a cargo de todas las y los juzgadores nacionales.[57]

Se traduce también en una herramienta para juzgar con perspectiva de género, porque en el sistema jurídico mexicano actual, y a partir de la reforma de 2011 en la que se rediseñó el control de constitucionalidad,[58] existe otro control que es el de convencionalidad. Este control tiene entre sus características las siguientes: el sujeto obligado de control, el parámetro de control, el carácter oficioso y su intensidad variable. Es competencial, pues hay tantos modelos como modelos competenciales de tribunales y jue-

[55] "Decreto por el que se modifica la denominación del Capítulo I del Título Primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos", *Diario Oficial de la Federación,* 10 de junio de 2011.

[56] Labardini, Rogelio, "La importancia y el impacto de la jurisprudencia internacional en el sistema jurídico mexicano", en Corzo, Édgar *et al.* (coords.), *Impacto de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, Tirant lo Blanch, 2013, p. 344.

[57] Silva García, Fernando, "El impacto normativo de las sentencias internacionales sobre derechos humanos", en Corzo, Édgar *et al.* (coords.), *Impacto de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 460-461.

[58] Tesis 1a./J. 18/2012, 10a. Época, Control de constitucionalidad y de convencionalidad (reforma constitucional de 10 de junio de 2011), Poder Judicial de la Federación, 2012.

zas y jueces. Su efecto va desde el máximo que expulsa, el medio que inaplica y el mínimo de interpretación conforme.

Las autoridades judiciales deben aplicar el parámetro de regularidad constitucional,[59] establecido en los estándares de derechos humanos, previstos en el texto de la norma nacional, en el texto de la norma internacional y en las interpretaciones de los órganos autorizados.[60]

Es deber de todos los tribunales nacionales en el ámbito de su competencia[61] realizar un estudio y análisis *ex officio*[62] de aquella norma que resulte sospechosa o dudosa ante los parámetros de control de derechos humanos,[63] o si los contraviene.[64] Resulta ser una obligación para proteger y garantizar, pero sobre todo para maximizar, la protección de los derechos humanos, con independencia del tipo de legislación donde se consagren.[65]

Es importante destacar que sólo cuando la protección internacional es mayor o más eficaz que la nacional, debe ejercerse como solución, y sólo si es necesario.

Este control tiene como última opción su inaplicación,[66] pues antes deben agotarse los pasos relativos a la interpretación conforme en sentido am-

---

[59] Tesis P. LXVII/2011, 10a. Época, Parámetro para el control de convencionalidad ex officio en materia de derechos humanos, Poder Judicial de la Federación, 2011.

[60] Tesis 1a. CCCXLIV/2015, 10a. Época, Parámetro de regularidad constitucional. Se extiende a la interpretación de la norma nacional o internacional, Poder Judicial de la Federación, 2015.

[61] Tesis I.5o.C J/2, 10a. Época, Órganos de control (legalidad, constitucionalidad y convencionalidad). Su ejercicio no puede separarse del ámbito de su competencia, Poder Judicial de la Federación, 2013.

[62] Tesis 2a./J. 69/2014, 10a. Época, Control de constitucionalidad y de convencionalidad. Condiciones para su ejercicio oficioso por los órganos jurisdiccionales federales, Poder Judicial de la Federación, 2014.

[63] Tesis 1a. LXVII/2014, 10a. Época, Control de constitucionalidad y convencionalidad ex officio. Condiciones generales para su ejercicio, Poder Judicial de la Federación, 2014.

[64] Tesis 1a. XXII/2016, 10a. Época, Control de convencionalidad ex officio. Las autoridades judiciales, previo a la inaplicación de la norma en estudio deben justificar razonadamente por qué se destruyó su presunción de constitucionalidad, Poder Judicial de la Federación, 2016.

[65] Tesis (III Región) 5o. J/10, 10a. Época, Control difuso de convencionalidad ex officio. Cuando un derecho humano esté reconocido en normas de ámbitos distintos, uno nacional y otro internacional, el juez no debe ejercerlo en todos los casos para resolver un caso concreto, sino realizar un ejercicio previo de ponderación entre ambas para verificar cuál de ellas concede una mayor eficacia a la persona, Poder Judicial de la Federación, 2014.

[66] Tesis 1a. XXII/2016, 10a. Época, Control de convencionalidad ex officio. Las autoridades judiciales, previo a la inaplicación de la norma en estudio deben jus-

plio: y en sentido estricto y sólo como posibilidad final, está la inaplicación de la norma que se estima incompatible con los derechos humanos:

> [...] al ejercer un control de convencionalidad *ex officio* en materia de derechos humanos, deberá realizar los siguientes pasos: *a*) Interpretación conforme en sentido amplio, lo que significa que los jueces del país —al igual que todas las demás autoridades del Estado mexicano—, deben interpretar el orden jurídico a la luz y conforme a los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los cuales el Estado mexicano sea parte, favoreciendo en todo tiempo a las personas con la protección más amplia; *b*) Interpretación conforme en sentido estricto, lo que significa que cuando hay varias interpretaciones jurídicamente válidas, los jueces deben, partiendo de la presunción de constitucionalidad de las leyes, preferir aquella que hace a la ley acorde a los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los que el Estado mexicano sea parte, para evitar incidir o vulnerar el contenido esencial de estos derechos, y *c*) Inaplicación de la ley cuando las alternativas anteriores no son posibles.[67]

En la función jurisdiccional, todas las personas impartidoras de justicia están facultadas para emitir pronunciamientos en función del respeto y garantía de los derechos humanos, a preferir los contenidos en la Constitución y en los tratados internacionales, aun a pesar de las disposiciones en contrario que encuentren en la norma inferior,[68] lo cual para hacer efectivos los derechos de igualdad, no discriminación y acceso a la justicia, se presenta como una herramienta obligatoria y de gran utilidad, pues las personas que imparten justicia son el último recurso para asegurar la primacía y aplicación efectiva de dichos derechos.

4. Criterios jurisprudenciales

Una herramienta útil, de uso obligatorio u orientador, son los criterios jurisprudenciales; en México es en la Décima Época en la que se produjo el mayor número de criterios respecto a la perspectiva de género.

---

tificar razonadamente por qué se destruyó su presunción de constitucionalidad, Poder Judicial de la Federación, 2016.

[67] Tesis P. LXIX/2011, 9a. Época, Pasos a seguir en el control de constitucionalidad y convencionalidad ex officio en materia de derechos humanos, Poder Judicial de la Federación, 2011.

[68] Tesis P. LXVII/2011, 9a. Época, Control de convencionalidad ex officio en un modelo de control difuso de constitucionalidad, Poder Judicial de la Federación, 2011.

La SCJN, a través de la Unidad General de Igualdad de Género, compila los principales criterios interpretativos en materia de género,[69] los cuales se catalogaron clasificándolos de acuerdo con el articulado temático de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer:[70]

1. Discriminación contra la mujer:
   a) Acoso laboral
   b) Feminicidio
   c) Hostigamiento y acoso sexual
   d) Tortura
   e) Violencia familiar e intrafamiliar
   f) Violencia sexual
2. Obligaciones generales del Estado
3. Garantía de los derechos humanos y las libertades fundamentales
4. Medidas especiales de carácter temporal
5. Funciones estereotipadas y prejuicios
6. Trata de mujeres y explotación de la prostitución
7. Vida política y pública
8. Representación
9. Nacionalidad
10. Educación
11. Empleo
12. Salud
13. Prestaciones económicas y sociales
14. La mujer rural
15. Igualdad ante la ley
16. Matrimonio y familia

Estos criterios son obligatorios para los órganos jurisdiccionales de menor jerarquía, e incluso las interpretaciones aisladas son orientadoras.

Ahora, el papel relevante que tiene la jurisprudencia internacional es por su condición vinculante para los Estados Partes, e incluso para aquellos que no forman parte de la controversia, y en el caso de aquellos que han reconocido la competencia contenciosa de la Corte IDH, como ocurre

[69] Suprema Corte de Justicia de la Nación, Criterios interpretativos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en materia de género, México, Poder Judicial de la Federación, 2019, disponible en: *https://www.scjn.gob.mx/igualdad-de-genero/conceptos-relevantes*.

[70] Organización de las Naciones Unidas, Convención sobre la Eliminación..., *cit.*

con México. Independientemente del reconocimiento a esta competencia contenciosa, los criterios de esta Corte internacional son de una riqueza argumentativa que no puede omitirse, y además es ampliamente orientadora.

5. Lenguaje incluyente

La manera en la que nos comunicamos expresa más que el mensaje que se transmite en sí. Comprende cómo se conforma, percibe e interpreta el mundo y cómo se organizan las relaciones humanas y su naturalización.

El lenguaje es un sistema de comunicación que se compone de códigos, símbolos y signos, los cuales cobran significado en el contexto que son utilizados; es el medio fundamental para la expresión de los pensamientos, no es una creación arbitraria de la mente humana, sino un producto social e histórico que influye en la percepción de la realidad; es un poderoso agente de socialización, y puede ser uno de los mecanismos de reproducción de estereotipos, espejo de prácticas socioculturales; "cuando el lenguaje nombra, inevitablemente delimita, ordena, clasifica y valora".[71]

Aprendemos el lenguaje conforme crecemos, y también aprendemos a nombrar o a no hacerlo desde nuestra formación religiosa, de clase, ideológica y de género.[72]

El lenguaje es una forma de comunicación por el que se transmiten, de generación en generación, hábitos culturales y estilos de vida. El lenguaje ha sido construido en una cultura patriarcal y machista en la que el centro es el hombre; con el lenguaje se construyen las definiciones sociales, desde las más simples, como los prejuicios, hasta las más elaboradas, como las construcciones sociales.[73]

Hay un estrecho vínculo entre lenguaje y poder, pues quien lo tiene, tiene la palabra; por eso, como señala en Instituto Nacional de las Mujeres (Inmujeres), a una sociedad patriarcal le corresponde un lenguaje sexista y misógino.[74]

Los mensajes que el lenguaje transmite sobre las mujeres reflejan el papel tradicional que se les asigna, y una idea central de ellas se relaciona con el sexo, y no precisamente con sus capacidades como persona. Nuestra lengua castellana procede de una tradición patriarcal, y es reflejo de una sociedad

---

[71] Instituto Nacional de las Mujeres, *Manual de comunicación no sexista. Hacia un lenguaje incluyente*, México, 2015, p. 36.

[72] *Ibidem*, p. 133.

[73] *Ibidem*, p. 14.

[74] *Ibidem*, pp. 14 y 15.

en la que sólo figuraban los hombres. Históricamente, nos dice el Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación (Conapred), las mujeres han sido discriminadas, y esto sucede de diversas formas, incluido este hecho a partir del lenguaje.[75]

El lenguaje cuando no es incluyente, presenta estas manifestaciones:

a) *Androcentrismo*. Los sistemas lingüísticos presentan una marcada óptica masculina, que consolida una visión que segmenta el papel de mujeres y hombres según los roles que les corresponden en la vida pública y privada; esta visión incluso puede anular el reconocimiento de la diversidad social, aun entre los propios hombres. Lo realizado por las mujeres no tenía valor ni era mencionado, por eso la voz de autoridad era la masculina. Sus efectos son la invisibilización y la exclusión.

b) *Sexismo*. Consiste en presentar todo como realizado por los varones y válido para la generalidad de los seres humanos. Puede ser sexista si manifiesta opresión, subordinación y negación de los derechos de las personas, a través de expresiones que invisibilizan, desvalorizan y humillan y puede afectar la dignidad humana.[76] Representa un ejercicio de poder en cuanto subordina e ignora a todo lo que no es masculino. El sexismo se produce cuando las distinciones entre hombres y mujeres se tornan jerárquicas y excluyentes; es una forma de discriminación, de las más extendidas y frecuentes, y consiste en el trato desigual y en la segregación de las personas de un sexo por considerarlas inferiores a las de otro. El sexismo en el lenguaje es expresión de convenciones sociales construidas en torno a las experiencias, mensajes, discursos que se gestan en una sociedad y estigmatizan las formas de ser y actuar de mujeres y hombres, desconociendo el carácter social e histórico de las identidades. Tales concepciones son recreadas en la comunicación cotidiana, generalmente sin tener conciencia de ello, por lo que circulan como expresiones del sentido común. Por ello es necesario hacer consciencia de los usos sexistas del lenguaje y promover formas alternativas de expresión y comunicación.[77] Sus efectos son la subordinación y la desvalorización, y puede incluso reforzar la misoginia y la homofobia. También pue-

[75] Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, *10 recomendaciones para el uso no sexista del lenguaje*, México, Textos del caracol, 2009, p. 5.

[76] Moreno, Kena (coord.), *op. cit.*, p. 211.

[77] Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, *10 recomendaciones..., cit.*, p. 11.

de presentarse la sobre-generalización, la sobre-especificidad, y el doble parámetro.

Se describe como lenguaje incluyente y no sólo no sexista, ya que también incluye personas y grupos que tradicionalmente son discriminados, no solo por el sexo al que pertenecen:

> El sujeto de nuestro enunciado es masculino y homologa por ejemplo en el concepto ser humano a hombres y mujeres... Esto no es sólo un problema lingüístico, expresa un problema político y filosófico central de la perspectiva de género. Además de nombrar a las mujeres y no subsumirlas en ninguna categoría social, es preciso preguntarse el cambio de significado de esta propuesta al incorporar de manera explícita en su planteamiento a las mujeres y a los hombres.[78]

Las atinadas propuestas del Consejo para Prevenir y Eliminar la Discriminación de la Ciudad de México (Copred) se concentran en tres rubros:

a) Las que tienen que ver con el modo correcto de nombrar a los grupos en situación de discriminación.
b) Las que tienden a incorporar la perspectiva de género en el lenguaje.
c) Las que buscan eliminar la exclusión de grupos y personas a través de estrategias inclusivas en el lenguaje.[79]

Los objetivos de esta concepción del lenguaje son visibilizar a las mujeres y la diversidad sexual y social; nombrar de manera adecuada a los grupos y personas en situación de discriminación; equilibrar asimetrías de género, y usar de manera correcta de los genéricos tanto masculino como femenino.

Es toda una transformación: el postulado básico que inspira esta transformación es nombrar lo diferente, lo silenciado históricamente, promoviendo valores de respeto, escucha y no discriminación entre los seres humanos y hacia lo femenino específicamente.[80]

---

[78] Lagarde, Marcela, *op. cit.*, p. 248.

[79] Consejo para Prevenir y Eliminar la Discriminación de la Ciudad de México, *Manual de lenguaje incluyente y no discriminatorio en la actuación de la administración pública de la Ciudad de México*, México, s/a, p. 8.

[80] Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, *10 recomendaciones..., cit.*, p. 6.

Para utilizar este lenguaje, instituciones como Inmujeres, Conapred y Copred, en sus respectivos manuales, dan una serie de recomendaciones, las cuales son:

1. En relación con el género, se sugiere el uso de:

- Genérico universal.
- Abstractos.
- Artículos utilizando el artículo diferenciado cuando el sustantivo tiene una sola forma.
- Pronombres y determinantes sin género.
- Omitir el sujeto usando una forma impersonal.
- Evitar el uso del adverbio con marca de género.
- Títulos académicos y ocupaciones evitando el uso del masculino si se trata de mujeres.
- Formas de cortesía que no denoten subordinación y propiedad.
- Erradicar términos peyorativos.
- Diagonales y paréntesis en los vocativos (sólo en formatos).
- El arroba no es una opción.[81]

Las recomendaciones incluyen las imágenes no sexistas y el lenguaje gestual, que podrían considerarse como no aplicables en el quehacer jurisdiccional; sin embargo, sí lo son, sobre todo considerando que actualmente hay un amplio catálogo de procedimientos y audiencias orales.

2. Para grupos y personas:

- Eliminar su exclusión, evitando palabras que distinguen, rechazan o excluyen, con base en prejuicios sociales, o presentan hostilidad. En el caso de personas con discapacidad, recordar que el uso de los diminutivos no dignifica, por el contrario, tampoco considerar como una enfermedad, sino como una condición física o psicomotriz.
- En caso de diversidad sexual, evitar el discurso homofóbico, sin calificativos o valoraciones críticas. También se precisa para personas migrantes, ilegales, personas de la tercera edad y trabajadoras del hogar.
- El lenguaje se extiende a la comunicación interinstitucional, a comunicados internos, incluso en formularios y obviamente en los

[81] *Ibidem*, pp. 11-23.

> discursos. Se puede incluir a todas las personas en las producciones escritas de archivos legales y de otros ámbitos institucionales, fomentando así una cultura de inclusión de género.[82]

La transformación del lenguaje es posible, ya que es dinámico, evoluciona; incluso puede cambiar por la acción educativa y cultural, e influir positivamente en el comportamiento. Deben utilizarlo juezas, jueces e integrantes de tribunales, reconociendo que el uso de instrumentos legales no es suficiente.

El discurso no sólo es una forma de hablar sobre un tema, sino que es la forma en la que se piensa y actúa sobre ese tema. El discurso del derecho es entonces una forma de hablar, pensar y actuar sobre las mujeres, los hombres y las relaciones entre ambos. Mientras el discurso sea patriarcal, las mujeres seremos discutidas, descritas y tratadas por el derecho de manera subordinada a los intereses de los hombres.[83]

En el quehacer jurisdiccional, destaca la forma en que las autoridades se comunican con las partes, con los destinatarios de su servicio, y siendo las sentencias y resoluciones una vía para hacer efectivos los derechos, es que la forma de comunicación cobra un papel relevante. Su uso se da tanto en la comunicación oral como en la escrita. El uso de un lenguaje técnico-especializado, como el que se usa en el derecho y en sus procesos, no asegura ser incluyente.

Como deber de los operadores jurisdiccionales, puede concebirse la estructuración de todos los instrumentos nacionales e internacionales que den sustento a la obligación de incorporar la perspectiva de género, que de forma precisa está establecida en la Ley General para la Igualdad entre Mujeres y Hombres, en su artículo 42, fracción IV, al considerar el uso de un lenguaje con perspectiva de género en la totalidad de las relaciones sociales como una de las acciones para lograr el objetivo, consistente en eliminar estereotipos que fomentan la discriminación y violencia contra las mujeres como política nacional. En el programa Proigualdad —que deriva de dicha norma— se estableció su uso y promoción como una estrategia concreta.

Institucionalmente, en el Pacto para Introducir la Perspectiva de Género en los Órganos de Impartición de Justicia en México, de la Asociación Mexicana de Impartidores de Justicia, se estableció como una de las accio-

---

[82] Gómez A. *et al.*, "Reflexividad sobre la inclusión de la lengua en el discurso jurídico contemporáneo", en Galván Tello, María del Carmen (coord.), *Juzgar con perspectiva de género,* México, Tirant lo Blanch, 2018, p. 226.

[83] Facio Montejo, Alda, "Con los lentes del género..., *cit.*, p. 100.

nes comprometidas, "I.5. Utilizar lenguaje incluyente en la normativa interna y los documentos oficiales".[84]

El renovado Pacto Nacional por la Justicia de Género, en su apartado "Acciones para consolidar la perspectiva de género en los órganos de impartición de justicia", en el punto 8 que nombra "Mecanismos y políticas para eliminación de estereotipos discriminatorios y barreras estructurales" menciona en su inciso d) "la utilización de un lenguaje incluyente en la normativa interna así como en las comunicaciones internas y de carácter oficial",[85] como estrategia para lograr el objetivo.

En este tenor, conforme al Poder Judicial de la Federación (PJF), tenemos que:

> [...]resulta dable colegir que el principio de igualdad se configura como un valor superior del sistema jurídico nacional, que impone a la persona operadora jurídica efectuar un ejercicio de análisis con perspectiva de género dentro de su ámbito de competencia, sobre posibles desequilibrios que puedan presentarse a través de formas indirectas o veladas de discriminación hacia la mujer, a fin de detectar y contrarrestar los tratamientos desproporcionados de poder y los esquemas de disparidad que se han perpetuado por la práctica consuetudinaria. En ese contexto, la propaganda electoral debe promover el empleo de un lenguaje que no aliente desigualdades de género, a las que históricamente se han visto sujetas las mujeres, para garantizar el principio de igualdad entre la mujer y el hombre, a través de la utilización de un elemento consustancial de ese principio, como es el uso de un lenguaje incluyente.[86]

Destaca la tesis Acceso a la justicia en condiciones de igualdad. Elementos para juzgar con perspectiva de género, en la que como un elemento para juzgar con perspectiva de género, se encuentra esta precisión: "vi) considerar que el método exige que, en todo momento, se evite el uso del lenguaje basado en estereotipos o prejuicios, por lo que debe pro-

---

[84] Asociación Mexicana de Impartidores de Justicia, Pacto para Introducir la Perspectiva de Género en los Órganos de Impartición de Justicia en México, México, 2010, disponible en: *https://n9.cl/9vdmp*, p. 9.

[85] Asociación Mexicana de Impartidores de Justicia, Pacto Nacional por la Justicia de Género, México, 2021, pp. 10-15.

[86] Tesis XXXI/2016, Lenguaje incluyente. Como elemento consustancial de la perspectiva de género en la propaganda electoral, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2016.

curarse un lenguaje incluyente con el objeto de asegurar un acceso a la justicia sin discriminación por motivos de género".[87]

El lenguaje incluyente se presenta como una oportunidad, porque:

- No discrimina.
- No desconoce las opciones de vida que se fundan en la dignidad humana.
- No es sexista.
- No rompe reglas gramaticales, pues nuestra lengua tiene recursos suficientes.
- Es necesario en una sociedad democrática, pues la población se compone de mujeres y hombres.
- No subordina.
- No desvaloriza.
- Favorece la representación de mujeres y hombres en relaciones de igualdad.

Por todo lo anterior, el lenguaje incluyente se presenta como una herramienta para juzgar con perspectiva de género, y su normalización depende de la práctica.

6. Paridad

Concebir que la construcción de organismos tomadores de decisiones y la composición de instituciones en general deban tener representación de hombres y mujeres, es una exigencia hoy incluso constitucional. Podría pensarse que esta vía no es una herramienta como tal. Sin embargo, se presenta así, ya que quien juzga podrá decidir, propiciando con ello los temas que son de su competencia.

Recordemos que con motivo del Día internacional de la Mujer, en 2015, ONU-Mujeres lanzó la agenda *Por un planeta 50-50 en 2030: Demos el paso por la igualdad de género*, con el objetivo de realizar compromisos nacionales para abordar las dificultades que impiden progresar a las mujeres y las niñas, y alcanzar su pleno potencial, lanzando acciones como la creación de programas para erradicar la violencia contra mujeres y niñas, y el fomen-

[87] Tesis 1a./J. 22/2016, 10a. Época, Acceso a la justicia en condiciones de igualdad. Elementos para juzgar con perspectiva de género, Poder Judicial de la Federación, 2016.

to de la participación de las mujeres en la toma de decisiones,[88] metas en las que México participa.

El reto en los poderes judiciales en su composición es alto, y si bien ha quedado claro que el sexo de quien juzga es irrelevante, mujeres y hombres lo deben hacer incorporando la perspectiva de género.

Recordemos que la incorporación de la perspectiva de género también se da en la composición interna de las instituciones facultadas para asegurar el acceso a la justicia.

Según datos de la ONU, a pesar de los avances, las mujeres ocupaban sólo el 28% de los puestos gerenciales a nivel mundial en 2019, casi la misma proporción que en 1995, y sólo el 18% de las empresas encuestadas tenían una directora ejecutiva en 2020. En la vida política, si bien la representación de las mujeres en el parlamento se ha más que duplicado a nivel mundial, todavía no había cruzado la barrera del 25% de los escaños parlamentarios hasta 2020. La representación de las mujeres entre los ministros del gabinete se ha cuadruplicado en los últimos 25 años, pero sigue estando muy por debajo de la paridad en un 22%.[89]

La paridad aquí se presenta como una herramienta sustancial, porque el replantear a las instituciones y la toma de decisiones en los casos que se juzgan desde una visión que conciba todo aquello que tiene una composición colegiada, como integrada por hombres y mujeres (incluyendo a las personas de los grupos de atención prioritaria), en un porcentaje igualitario, dará un mejor resultado para lograr la igualdad, vivir en democracia y no excluir.

7. Acciones afirmativas

Se trata de medidas concretas para lograr el principio de igualdad genérica hacia las mujeres, donde se incluyen medidas sociales y estatales, privadas y públicas, particulares y generales. Sus principios éticos son la compensación, la reparación, la equidad y la justicia.[90] Son ejemplos de tratos diferenciados objetivos y razonables, superando el escrutinio de categorías sospechosas.

---

[88] ONU-Mujeres, "Por un planeta 50-50 en 2030: Demos el paso por la igualdad de género", Nueva York, 2015, disponible en: *https://www.unwomen.org/es/get-involved/step-it-up*.

[89] Organización de las Naciones Unidas, "El avance de las mujeres hacia la igualdad se estanca", Nueva York, 2020, disponible en: *https://news.un.org/es/story/2020/10/1482722*.

[90] Lagarde, Marcela, *op. cit.*, p. 234.

La diferencia de sexo debería justificar tratamientos diferenciados en todas las ocasiones en que un tratamiento igual penaliza al género femenino en contraste con los derechos de autodeterminación de las mujeres y con intereses específicos ligados a la identidad femenina.[91]

Sus requisitos son:

- Deben ser temporales.
- Los rasgos que las originan deben ser transparentes e inmodificables.
- La finalidad debe ser proporcional.

Se clasifican en tres tipos:

- Medidas de concientización y apoyo.
- Cuotas o tratos preferentes flexibles.
- Cuotas o tratos preferentes rígidos.[92]

En las medidas de discriminación inversa —como son las cuotas—, se debe probar la existencia de un obstáculo de hecho que se opone a la realización de la igualdad de oportunidades, la motivación suficiente y prueba sobre el obstáculo de hecho que se intenta sobrepasar; la proporcionalidad de la medida, acreditando que es el medio menos agresivo para lograr el fin perseguido; la transitoriedad y reversibilidad de la medida, y la incidencia en las causas discriminación original y no solamente el resultado;[93] aquéllas deben ser utilizadas como último recurso. Ronald Dworkin formula dos preguntas que vislumbra desde la teoría de la justicia, así como desde la teoría del derecho, respecto a estas acciones: ¿sí son justas? y ¿sí logran su objetivo? Es decir, si son eficaces. Estas preguntas pueden ajustarse al estudio que hace el juzgador en casos en los que esté prevista alguna medida o no sea respetada.[94]

El sustento legal lo encontramos en la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, cuyo artículo 4o. determina:

---

[91] Carbonell, Miguel, "La igualdad entre el hombre y la mujer. Apuntes en torno al ensayo de Luigi Ferrajoli", en Ferrajoli, Luigi y Carbonell, Miguel, *Igualdad y diferencia de género*, México, Conapred, 2008, p. 68.

[92] Soto Morales, Carlos, *La función judicial,* México, Centro de Estudios Jurídicos Carbonell, 2017, p. 122.

[93] Carbonell, Miguel, *op. cit.*, p. 76.

[94] *Ibidem*, p. 72.

> 1. La adopción por los Estados Partes de medidas especiales de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad de facto entre el hombre y la mujer no se considerará discriminación en la forma definida en la presente Convención, pero de ningún modo entrañará, como consecuencia, el mantenimiento de normas desiguales o separadas; estas medidas cesarán cuando se hayan alcanzado los objetivos de igualdad de oportunidad y trato.[95]

Estas condiciones también están previstas en la Ley General de Igualdad entre Mujeres y Hombres, en su artículo 5o., que las describe como "el conjunto de medidas de carácter temporal correctivo, compensatorio y/o de promoción, encaminadas a acelerar la igualdad sustantiva entre mujeres y hombres".

La Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación de 2003, ordena a los poderes públicos federales realizar las acciones afirmativas necesarias para garantizar a toda persona la igualdad real de oportunidades y el derecho a la no discriminación, describiéndolas como medidas especiales, específicas y de carácter temporal, a favor de personas o grupos en situación de discriminación, con el objetivo de corregir situaciones patentes de desigualdad en el disfrute o ejercicio de derechos y libertades, aplicables mientras subsistan dichas situaciones.

La misma norma determina que esas acciones se adecuarán a la situación que quiera remediarse, deberán ser legítimas, respetar los principios de justicia y proporcionalidad, y no serán consideradas discriminatorias.

Es necesario conocer estas medidas especiales cuando se pretende incorporar perspectiva de género, pues puede ocurrir que quien juzga tenga que justificar la medida y su proporcionalidad.

Las instituciones impartidoras de justicia deben incluirlas en su política interna; un ejemplo reciente en México fueron los concursos de oposición para juezas de distrito y magistradas de circuito, exclusivamente.

Al respecto, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer en 2018, al emitir las observaciones finales sobre el noveno informe periódico de México respecto a medidas especiales de carácter temporal, recomendó:

> [...]que refuerce el uso de medidas especiales de carácter temporal, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 4.1 de la Convención y en su recomendación general núm. 25 (2004), sobre las medidas especiales de carácter temporal, como estrategia necesaria para acelerar el logro de la igualdad sustantiva en to-

[95] Organización de las Naciones Unidas, Convención sobre la Eliminación..., *cit.*

> dos los ámbitos de la Convención en los que las mujeres tienen una representación insuficiente o se encuentran en situación de desventaja.[96]

Si una norma respeta la garantía de igualdad, a la o al juzgador le corresponde en definitiva apreciar situaciones distintas en las que sea procedente. Tratar desigualmente a los destinatarios de la norma se restringe cuando en el criterio diferenciador importa un trato desigual en cuanto al goce de otros derechos y libertades protegidos en la Constitución, y cuando el criterio diferenciador sea de los expresamente prohibidos en la misma, únicamente en forma excepcional pueden utilizarse como elementos de diferenciación jurídica de trato, a menos que ésta constituya una acción afirmativa tendiente a compensar la situación desventajosa en la que históricamente se han encontrado ciertos grupos.

Por tanto, tratándose de normas diferenciadoras que incidan en el goce de garantías individuales, así como en el caso de aquellas que descansen en alguno de los criterios enumerados en el tercer párrafo del artículo 1o. constitucional, y que no constituyan acciones afirmativas, se impone la necesidad de usar, en el juicio de legitimidad constitucional, un canon mucho más estricto que implique rigor respecto a las exigencias materiales de la proporcionalidad, ya que sólo admite excepciones cuando se busque satisfacer una finalidad constitucionalmente imperativa y exige medios estrechamente ajustados a esa finalidad.[97]

8. Enfoque diferencial

Se trata de un instrumento jurídico ideal para revertir o evitar los procesos o actos que generan las condiciones actuales o históricas de discriminación.[98] Al respecto, el Ministerio del Interior de Colombia, distingue que

> [...]el enfoque diferencial puede entenderse como el conjunto de acciones que, al dar un trato diferenciado a algunos grupos poblacionales, contribuye a reducir la brecha existente entre los diferentes segmentos de la población y garanti-

---

[96] Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, *Observaciones finales al 9o Informe de México ante la CEDAW*, México, 2018, disponible en: *https://www.gob.mx/conavim/documentos/observaciones-finales-al-9o-informe-mexico-ante-la-cedaw?idiom=es*.

[97] Tesis 2a. LXXXV/2008, IGUALDAD CASOS EN LOS QUE EL JUZGADOR CONSTITUCIONAL DEBE ANALIZAR EL RESPETO DE DICHA GARANTÍA CON MAYOR INTENSIDAD, Poder Judicial de la Federación, 2008.

[98] Suprema Corte de Justicia de la Nación, Manual para una impartición..., *cit.*, p. 20.

> za la superación de la exclusión social, la marginalidad política, la desigualdad económica, la condición especial de vulnerabilidad y el riesgo de estas poblaciones ante el conflicto armado, lo que genera igualdad en el acceso a las oportunidades sociales.[99]

Se justifica dar un trato diferente para quienes se encuentran en condiciones de mayor vulnerabilidad, implementando acciones diferenciales que sean acordes con las necesidades y diferencias de las personas, intentando con ello hacer efectiva la igualdad.

Al hablar de enfoque diferencial, se debe entender una forma de análisis y de actuación social que reconoce, por un lado, las diferencias de género, entre otras, y por otro, sus implicaciones en las condiciones de vida, por lo que busca la transformación de las expresiones de subordinación, discriminación y exclusión social, y busca también la reivindicación y legitimación de las diferencias desde la perspectiva de los derechos humanos.[100]

Es un principio orientador en la implementación de medidas de atención, asistencia y reparación como derecho de las víctimas, e implica el establecimiento de medidas que respondan a las particularidades y vulnerabilidad, y para superar conductas de discriminación y marginación.[101]

El enfoque diferencial debe ser parte del comportamiento de los funcionarios, para constituirse en una herramienta de análisis de la propia política (Ministerio, s/a, p. 7).

9. Interseccionalidad

La interseccionalidad es una contribución conceptual del feminismo, que consiste en analizar y entender las maneras en que el género se cruza en otras identidades o factores.[102]

Esa herramienta ha permitido identificar la diversidad de interacciones generadas por la subordinación de diferentes tipos y explorar la construcción

---

[99] Ministerio del Interior, *El enfoque diferencial y étnico en la política pública de víctimas del conflicto armado*, Bogotá, s/a, p. 7, disponible en: *https://gapv.mininterior.gov.co/sites/default/files/cartilla_enfoque_diferencial_fin_1.pdf*.

[100] Montealegre M., Diana y Urrego R., Jaime H., *Enfoques diferenciales de género y etnia*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2011, p. 12.

[101] Unidad para la Atención y Reparación Integral de las Víctimas-USAID, *ABC del Modelo de Operación con Enfoque Diferencial y de Género*, Bogotá, 2016, p. 11, disponible en: *https://www.unidadvictimas.gov.co/sites/default/files/documentosbiblioteca/abcinstrumentalizacionmodeloconenfoquediferencialydegenero.pdf*.

[102] Suprema Corte de Justicia de la Nación, Manual para una impartición…, *cit.*, p. 20.

cultural de los sujetos subordinados. Puede utilizarse a modo de metáfora para mostrar cómo las distintas formas de discriminación interactúan y se constituyen mutuamente una a otra: "Puede definirse como una perspectiva que se centra en las desigualdades sociales y analiza las interacciones entre estructuras sociales, representaciones simbólicas y procesos de construcción de la identidad que son específicos de cada contexto".[103]

Las novedades que presenta con su aparición como término, resultan ser:

- Ubica el foco de atención en el sujeto que se encuentra en el cruce entre distintos sistemas de discriminación.
- Coloca el acento en la simultaneidad de los factores de discriminación.
- Se subrayan los efectos paradójicos de análisis, intervenciones y políticas públicas basadas en un solo eje de discriminación que, abordando separadamente raza, género y clase, crean nuevas dinámicas de desempoderamiento.[104]

10. Sentencias

Una herramienta de gran utilidad es el análisis de sentencias emitidas con perspectiva de género, pues nos brinda la posibilidad de conocer cómo, desde otras competencias, materias e instancias, se aborda este enfoque, y son enriquecedoras para quienes tienen esta obligación de juzgar.

Inicialmente, las sentencias incorporaban esta perspectiva hasta que eran enmendadas por las instancias últimas, es decir, por el Poder Judicial de la Federación, pero poco a poco los tribunales locales han asumido esta facultad con gran responsabilidad, emitiendo cada vez más resoluciones que cumplen con este deber también convencional.

Este ejercicio se propone incluso reflexionando sobre sentencias de otras naciones, ya que no se trata solamente de conocer las resoluciones que son vinculantes para toda la nación como ocurre con las emitidas por la Corte IDH o por el máximo tribunal del país, sino desde la aportación doctrinaria que apoya mucho sobre la nueva forma de ver el análisis de los conflictos que son sometidos a la jurisdicción.

---

[103] La Barbera, MariaCaterina, "Interseccionalidad, un «concepto viajero»: orígenes, desarrollo e implementación en la Unión Europea", *Inter Disciplina,* México, vol. 4, núm. 8, enero-abril de 2016, p. 113, disponible en: *http://revistas.unam.mx/index.php/inter/article/view/54971*.

[104] *Idem.*

Se aprende también de los errores cometidos, como ocurrió por ejemplo al transcribir los tratados internacionales en la materia o las normas generales, donde se pensaba que eso era incorporar perspectiva de género, o que se comprometía el debido proceso, respecto a la temporalidad de las promociones en supuesta valoración de la vulnerabilidad, lo cual no es sinónimo de juzgar con perspectiva de género, pues esta visión no violenta el debido proceso, ni se traduce en repetir sin sentido las normas que le dan vida.

La sociedad civil había hecho una serie de reclamos ante la dificultad de conocer las sentencias íntegras que emiten las autoridades, pues es una manera de transparentar y tener acceso a la información, lo que afortunadamente ha sido resuelto con la reciente reforma a la fracción II del artículo 73 de la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública de 2015, que ordena a los sujetos obligados de los poderes judiciales federal y locales a poner a disposición las versiones públicas de todas las sentencias emitidas, otorgándoles el plazo de ciento ochenta días para cumplirlo, lo que significó que desde el 13 de febrero de 2021 deben publicitarse las versiones públicas de las sentencias emitidas, incluso, por la interpretación del más Alto Tribunal, y no es necesario que aquellas hayan causado estado.

Esto significa que el quehacer de todos los órganos impartidores de justicia, en todas las materias, está expuesto al escrutinio público, en una recomendación que también hizo el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer en el 2018,[105] al emitir las observaciones finales sobre el noveno informe periódico de México respecto al acceso a la justicia.

La recomendación señalaba que esta norma de gobierno abierto "[...] vele por que los jueces que discriminan a las mujeres rindan cuentas, y revise la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública de 2015 para garantizar que se publiquen todas las decisiones de los tribunales".[106]

El juzgamiento de otros casos orienta y acompaña a quienes están en condiciones de dictar alguna resolución, esto sin desconocer que cada caso amerita un estudio especializado, pues los hechos que se someten a la solución de conflictos jamás son idénticos, y las normas a aplicar también varían, pero lo que es común en todos los casos es el compromiso de hacer efectivos los derechos humanos y de incorporar la perspectiva de género en aquellos asuntos que lo ameriten.

---

105 Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, *Observaciones finales...*, *cit.*

106 *Ibidem*, 14, b.

11. Protocolos

La SCJN en México ha emitido los Protocolos de actuación para quienes imparten justicia, en las siguientes temáticas:

- Niños, niñas y adolescentes.
- Personas de comunidades y pueblos indígenas.
- Perspectiva de género.
- Personas migrantes y sujetas de protección internacional.
- Personas con discapacidad.
- Orientación sexual e identidad de género.
- Tortura y malos tratos.
- Casos relacionados con proyectos de desarrollo e infraestructura.

Estos instrumentos no obligatorios, guían en la resolución de casos que involucran a los grupos que cada uno describe, para hacer frente a esa situación de desventaja que impide que todas las personas disfruten de los mismos derechos en igualdad de condiciones.

Su finalidad es:

> [...]orientar a quienes imparten justicia sobre las particularidades, principios y estándares que deben observar [los jueces] cuando resuelven casos en los que se ven involucradas personas de determinados colectivos sociales[...] El fin último de este tipo de herramientas es garantizar que todas las personas accedan a la justicia en forma plena y en condiciones de igualdad, a pesar de la situación de desventaja en la que les coloca su pertenencia a un determinado grupo social o la condición de vulnerabilidad en que les sitúan ciertas situaciones de hecho.[107]

Estos Protocolos son de gran utilidad, y en los casos relativos a juzgar con perspectiva de género, han sido adoptados por la casi totalidad de los órganos impartidores de justicia, y recomendados —como ya se dijo líneas atrás— por el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer en el 2018[108] en el marco de las observaciones finales sobre el noveno informe ya reseñado, y donde se recomendó a México la adopción

[107] Suprema Corte de Justicia de la Nación, Derechos Humanos. Protocolos de actuación, México, Poder Judicial de la Federación, 2020, disponible en: *https://www.scjn.gob.mx/derechos-humanos/protocolos-de-actuacion*.

[108] Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, *Observaciones finales..., cit.*

de "medidas eficaces que hagan que el Protocolo para juzgar con perspectiva de género de la Suprema Corte de Justicia se aplique en el conjunto de los sistemas judiciales federal y estatales".[109]

En el caso de la segunda edición del Protocolo para juzgar con perspectiva de género, se nota ya la experiencia y resultados de la judicatura mexicana, al incorporar esta herramienta en su quehacer diario, incluso proponiendo un método para lograr el fin.

El Protocolo establece un método para juzgar con perspectiva de género, en su tercer apartado, con una *Guía para juzgar con perspectiva de género*, donde se enuncian las obligaciones previas al análisis del fondo de la controversia, partiendo con la obligación de advertir si existen situaciones de poder o contextos de desigualdad estructural y/o contextos de violencia que, por cuestiones de género, evidencian un desequilibrio entre las partes de la controversia; posteriormente, está la obligación de ordenar de oficio las pruebas necesarias para visibilizar situaciones de violencia o de discriminación por razones de género, en el caso de que el material probatorio no sea suficiente para aclararlas.

En una segunda etapa, se establecen los deberes específicos al momento de resolver el fondo de una controversia, iniciando con el análisis de los hechos y las pruebas del caso, y después, distinguir las obligaciones al aplicar el derecho, es decir, las premisas normativas. Finalmente, se determina el deber genérico sobre el uso del lenguaje a lo largo de la sentencia.[110]

IV. Conclusiones

A continuación, se sintetiza el conjunto de conclusiones a las que llegamos en este documento.

Primera. La perspectiva de género es una herramienta para evitar que se reproduzcan estereotipos y se genere discriminación; puede concebirse como un enfoque integrador y multidisciplinario, que nace de la teoría de género, la cual detecta las características que definen a mujeres y hombres y sus relaciones; busca eliminar la discriminación y los tratos diferenciados ilegítimos, para hacer accesible la igualdad de género, los recursos económicos, la representación y toma de decisiones, y crear condiciones de cambio.

[109] *Ibidem*, 14, b.

[110] Suprema Corte de Justicia de la Nación, Protocolo para Juzgar con Perspectiva de Género, México, Poder Judicial de la Federación, 2020.

Incluye todos los espacios en los que se dan las relaciones sociales, así como a las instituciones, para lograr entender que toda acción humana impacta a mujeres y hombres de forma particular.

No se trata de un tema sólo de mujeres, sino de derechos humanos, de desarrollo humano, se inscribe en la democracia, es una vía para erradicar la violencia de género y lograr la igualdad sustantiva. No significa hacer estadísticas por sexo, tampoco trata de dar la razón o resolver a favor de las mujeres por el solo hecho de serlo.

Es necesaria y obligatoria para quienes juzgan, pues no violenta el debido proceso; advierte lo masculino que es el derecho, además de que para lograr los objetivos es necesaria su transversalización.

Segunda. A través de herramientas y métodos se puede desarrollar el juzgamiento con perspectiva de género. Existen instrumentos de origen nacional e internacional, de uso obligatorio o discrecional, y de apoyo argumentativo o de referencia para incorporar la perspectiva de género.

El marco jurídico, el control de convencionalidad, los criterios interpretativos, la forma de comunicación, la paridad, las acciones afirmativas, el enfoque diferencial, la interseccionalidad, el ejercicio comparativo de sentencias y los protocolos de actuación, resultan ser medios que acompañan a juzgadoras y juzgadores, para hacer uso del enfoque que busca tutelar el derecho a la igualdad, a la no discriminación y al acceso a la jurisdicción, constituyéndose a su vez en una visión que enfatiza a grupos de especial vulnerabilidad.

Las herramientas propuestas ayudan a detectar y eliminar barreras u obstáculos que discriminan por razones de sexo, así como a considerar las situaciones de desventaja que impiden la igualdad como asimetrías, perjuicios, estereotipos, incluidos los preconcebidos en la legislación. Su uso permite remediar los potenciales efectos discriminatorios en el ordenamiento jurídico e incluso en las prácticas institucionales. No siempre se puede incorporar a la perspectiva de género a todos los casos, pero sí se puede verificar si cabe o no esta necesidad de juzgamiento.

V. Bibliografía

Álvarez de Lara, Rosa M. y Pérez Duarte, Alicia, *Modelos para prevenir, atender, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-unam, 2010.

Carbonell, Miguel, "La igualdad entre el hombre y la mujer. Apuntes en

torno al ensayo de Luigi Ferrajoli", en Ferrajoli, Luigi y Carbonell, Miguel, *Igualdad y diferencia de género*, México, Conapred, 2008.

Celis, Estíbaliz, "Prevención de la violencia de género", en Pérez, Jesús y Escobar, Ana (coords.), *Perspectivas de la violencia de género*, Madrid, Grupo 5 Editorial, 2011.

Cordero Martínez, Elsa, "Juzgar con perspectiva de género. ¿Hay que esperar una reforma constitucional para su obligatoriedad? Integración de la perspectiva de género en la Constitución", *CIJUREP. Revista de Garantismo y Derechos Humanos*, Tlaxcala, año 4, núm. 8, julio-diciembre de 2020, disponible en: *http://garantismoyderechoshumanos.com.mx/Contactos/cargaPDF/P/46*.

Durieux R., Vivian, *El temperamento judicial,* Puerto Rico, opdat-usa-Instituto de Estudios Judiciales, 2020.

Elizondo Gasperín, Rafael, *Violencia política contra la mujer. Una realidad en México,* México, Porrúa, 2017.

Facio Montejo, Alda, *Cuando el género suena cambios trae: una metodología para el análisis de género del fenómeno legal*, San José, ilanud, 1992.

Facio Montejo, Alda, "Con los lentes del género se ve otra justicia", *El Otro Derecho*, Bogotá, núm. 28, julio de 2002.

Fernández Pérez, Gledymis, "Teoría de género, una aproximación a sus postulados", *Contribuciones a las Ciencias Sociales*, Málaga, Servicios Académicos Intercontinentales, 2011, disponible en: *https://www.eumed.net/rev/cccss/12/gfp.htm*.

Gómez A. *et al.*, "Reflexividad sobre la inclusión de la lengua en el discurso jurídico contemporáneo", en Galván Tello, María del Carmen (coord.), *Juzgar con perspectiva de género,* México, Tirant lo Blanch, 2018.

Labardini, Rogelio, "La importancia y el impacto de la jurisprudencia internacional en el sistema jurídico mexicano", en Corzo, Édgar *et al.* (coords.), *Impacto de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, Tirant lo Blanch, 2013.

Lagarde, Marcela, *Género y feminismo. Desarrollo humano y democracia,* México, Siglo XXI Editores, 2018.

La Barbera, Maria Caterina, "Interseccionalidad, un «concepto viajero»: orígenes, desarrollo e implementación en la Unión Europea", *Inter Disciplina,* México, vol. 4, núm. 8, enero-abril de 2016, disponible en: *http://revistas.unam.mx/index.php/inter/article/view/54971*.

León, Gabriela de *et al.*, "La perspectiva de género como elemento fundamental en el ejercicio jurisdiccional", en Galván Tello, María del Carmen (coord.), *Juzgar con perspectiva de género,* México, Tirant lo Blanch, 2018.

Medina, Cecilia, "Derechos Humanos de la Mujer. ¿Dónde estamos aho-

ra en las Américas?", 2003, disponible en: *https://biblioteca.corteidh.or.cr/documento/68190*.

Montealegre M., Diana y Urrego R., Jaime H., *Enfoques diferenciales de género y etnia*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2011.

Moreno, Kena (coord.), *Violencia familiar y adicciones. Recomendaciones preventivas,* México, Centros de Integración Juvenil, 2007.

Pitch, Tamar, "Sexo y género de y en el derecho: el feminismo jurídico", *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, Granada, vol. 44, 2010, disponible en: *https://revistaseug.ugr.es/index.php/acfs/article/view/515*.

Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, voz "Perspectiva", Madrid, 2022, disponible en: *https://dle.rae.es/perspectivo#SkENGmm*.

Rodríguez, Darinka, "Sin mujeres en un foro sobre lactancia materna", *El País,* Madrid, 9 de agosto de 2018, disponible en: *https://verne.elpais.com/verne/2018/08/07/mexico/1533666427_133210.html*.

Salazar, Octavio, *El hombre que no deberíamos ser*, Madrid, Planeta, 2018.

Sánchez Cordero, Olga, *Juzgar con perspectiva de género*, México, Inacipe, 2014.

Silva García, Fernando, "El impacto normativo de las sentencias internacionales sobre derechos humanos", en Corzo, Édgar *et al.* (coords.), *Impacto de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, Tirant lo Blanch, 2013.

Soto Morales, Carlos, *La función judicial,* México: Centro de Estudios Jurídicos Carbonell, 2017.

Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Compilación de instrumentos internacionales sobre protección de la persona aplicables en México*, México, Oficina en México del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2012.

Educación en derechos humanos y comunidad LGTBI+ en Chile

Álvaro **Fuentealba Hernández***

Sumario: I. Introducción. II. Formación de género, prejuicios, estereotipos y educación. III. De la ilegalidad a la visibilidad. El camino a la legitimidad. IV. La homosexualidad como elemento subjetivo de discriminación. La homosexualidad como delito. V. La homosexualidad como conducta tolerada. VI. La homosexualidad como conducta legítima. Avances. VII. Conclusiones. VIII. Bibliografía.

I. Introducción

La necesidad de una educación respetuosa de los derechos humanos en América Latina es una cuestión fundamental en la construcción de un Estado de derecho democrático, laico y basado en el respeto a la dignidad humana, la autonomía y la igualdad.

Para ello, el garantizar una educación basada en el pluralismo y la diversidad, que visibilice las distintas orientaciones sexuales, identidades de género, expresiones de género, y su legitimidad, es consubstancial a la profundización de la democracia.

Existen diversos enfoques para el abordaje jurídico de las distintas aristas que resultan necesarias para la inclusión definitiva de las personas que te-

* Universidad de Chile.

nemos diferentes orientaciones sexuales, identidades y expresiones de género a la dominante hegemonía cultural del patriarcado.

En este artículo me abocaré a exponer una visión crítica de la educación chilena, que presenta singulares vacíos en este sentido, y analizaré sinópticamente cómo determinadas instituciones jurídicas como el reconocimiento de la unión civil, el matrimonio igualitario y la adopción de hijos por personas del mismo sexo, pueden presionar la legitimidad de las diversidades en el sistema educativo.

II. Formación de género, prejuicios, estereotipos y educación

La formación del género, entendido como el sexo psicológica y socialmente construido, es un proceso que dista mucho de ser solamente innato o genético.[1] La educación tanto formal como informal moldea este proceso en los primeros años de la vida, además proporciona las condiciones de socialización y desarrollo de la identidad, o bien de represión y mecanismos defensivos, y de ocultamiento y disociación, en su caso.

Los expertos están de acuerdo en considerar los hitos en la formación del género en los primeros veinte años, de la vida, de una persona. Se presenta primero el estereotipo de género, luego la formación de la identidad ligada al rol de género, y dependiendo del ambiente creado por la educación formal e informal, las diferencias sexuales en habilidades mentales y rasgos de personalidad. Estos son los enfoques con que ha trabajado tradicionalmente el Ministerio de Educación en Chile.[2]

Pasaré a explicar lo que en términos generales ocurre con este enfoque, en la formación emotivo intelectual de los estudiantes de los primeros años de escolaridad, denominada en Chile educación básica.

Entre los uno a cinco años y medio surgen y aumentan las preferencias del juego "apropiado al género", se desarrolla el estereotipo de género en actividades, ocupaciones y conductas. Surge y aumenta la preferencia por iguales del mismo sexo, en la socialización primaria.

---

[1] Barrios, Patricia Adelaida *et al.*, *Variantes de la conducta sexual homosexualidad. Participantes del curso de formación en sexología de AASES*, disponible en: *http://www.educacionsexual.com.ar/biblioteca_online/variantes_de_la_conducta_sexual/t210homosexualidad.html*

[2] Melo Cofré, Pía, *Estrategias para la iniciación de la lectura y escritura para niños y niñas del nivel transición*, Ministerio de Educación, Universidad Mayor, 2008.

En cuanto a la identidad y rol de género se produce lo que se denomina el "etiquetado de género", la estabilidad de género y la consistencia de género. Esto supone en las niñas un desarrollo de lenguaje más rápido, mayor sensibilidad emocional, valorada positivamente, y mayor agresión verbal y física de los niños, que en general se valora positivamente también. Entre los seis y los once años se expande el conocimiento de los estereotipos de género y aumenta la preferencia de los niños por "ocupaciones masculinas". La identidad del "rol de género masculino" se fortalece en los niños. En las niñas es más andrógina. Se observa, en general, mayor desarrollo de la habilidad lectora en las niñas. Aumenta la mayor agresividad verbal y física en los niños, y en las niñas un aumento de actos agresivos que implican la alienación social (cotilleo, propagación de rumores, exclusión).

Entre los doce y los veinte años, la conformidad del rol de género aumenta al principio en la adolescencia y luego disminuye de forma gradual, especialmente en las niñas. La preferencia de iguales del mismo sexo es menos pronunciada después de la pubertad. Las identidades del rol de género de ambos sexos son más tradicionales al principio de la adolescencia, una tendencia que disminuye gradualmente en niñas.

Esta situación que he presentado muy someramente es la que definirá de manera radical el tipo de ciudadanos y el tipo de sociedad que tendremos. Más o menos inclusiva, más o menos tolerante, diversa y democrática.

Por ello, la educación escolar debe ocuparse de construir las bases para que este desarrollo se produzca de forma coherente con un enfoque de derechos y formación de ciudadanía que destierre los estereotipos que constituyen y fomentan las bases patriarcales y machistas, arraigadas en nuestra sociedad.

En la medida en que la educación formal profundice los estereotipos discriminatorios contra la mujer, asignándole roles y funciones menores, y justifique el discurso de la exclusión poco podremos hacer en la construcción de una sociedad pluralista, democrática e inclusiva.[3]

Esto cobra mayor dramatismo si detenemos la mirada en el factor que quiero destacar en este trabajo, que en términos básicos fue originalmente una ponencia del primer seminario de género de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, en 2010.[4] Se refiere a cómo la educación formal aborda, dentro y fuera del aula, la problemática de niños y niñas

[3] Para análisis estadísticos de distribución masculina y femenina en el sistema escolar chileno, véase "Análisis del sistema escolar desde la perspectiva de género", Departamento de Estudios y Desarrollo, División de Planificación y Presupuesto, Ministerio de Educación, 2008.

[4] Fuentealba, Álvaro, "Género y derechos. La educación en la diferencia", en Centro de Es-

que en su construcción de género enfrentan una orientación homosexual o una identidad o expresión de género distinta a la heteronormativa.

Es relevante hacer presente los principios de Yogyakarta en esta materia, ya que ofrecen un desarrollo completo de los estándares que los Estado deben garantizar en el tratamiento educativo de las personas LGTBI+.[5]

Exposición a mal trato, clandestinidad, aislamiento, victimización, escasas conductas de autocuidado, es decir, una serie de riesgos dramáticos de-

---

tudios Críticos Universitarios (comps.), *En Reversa. Primeras Jornadas Estudiantiles de Teoría de Género*, *Universidad de Chile*, Santiago, Párrafo, 2011, pp. 12-16.

[5] Principio 10 Yogyakarta. Derecho a la educación. Toda persona tiene derecho a la educación, sin discriminación alguna basada en su orientación sexual e identidad de género, y con el debido respeto hacia estas. Los Estados:

A. Adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean necesarias a fin de garantizar el acceso a la educación en igualdad de condiciones y el trato igualitario de estudiantes, personal y docentes dentro del sistema educativo, sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género;

B. Garantizarán que la educación esté encaminada al desarrollo de la personalidad, las aptitudes y la capacidad mental y física de cada estudiante hasta el máximo de sus posibilidades y que responda a las necesidades de estudiantes de todas las orientaciones sexuales e identidades de género;

C. Garantizarán que la educación esté encaminada a inculcar respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales, así como por la madre, el padre y familiares de cada niña y niño, por su propia identidad cultural, su idioma y sus valores, con espíritu de comprensión, paz, tolerancia e igualdad entre los sexos, teniendo en cuenta y respetando las diversas orientaciones sexuales e identidades de género;

D. Asegurarán que los métodos, currículos y recursos educativos sirvan para aumentar la comprensión y el respeto de, entre otras, la diversidad de orientaciones sexuales e identidades de género, incluyendo las necesidades particulares de las y los estudiantes y de sus madres, padres y familiares en este sentido;

E. Garantizarán que las leyes y políticas brinden a estudiantes, personal y docentes de las diferentes orientaciones sexuales e identidades de género una protección adecuada contra todas las formas de exclusión social y violencia, incluyendo el acoso y el hostigamiento, dentro del ámbito escolar;

F. Asegurarán que no se margine ni segregue a estudiantes que sufran dicha exclusión o violencia con el objetivo de protegerlas o protegerlos, y que se identifiquen y respeten, de manera participativa, sus intereses superiores;

G. Adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean necesarias a fin de garantizar que en los establecimientos escolares se administre la disciplina de modo compatible con la dignidad humana, sin discriminación ni castigos basados en la orientación sexual, la identidad de género de las y los estudiantes, o la expresión de las mismas;

H. Velarán por que todas las personas tengan acceso, en todas las etapas de su ciclo vital, a oportunidades y recursos para un aprendizaje sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género, incluyendo a las personas adultas que ya hayan sufrido dichas formas de discriminación en el sistema educativo.

ben enfrentar los niños y jóvenes homosexuales o género divergentes en una sociedad que los excluye y estigmatiza, y en un sistema escolar y universitario que poco hace por remediar dicha situación.

La profesora Pía Melo ha señalado que en la formación de la identidad de género es crucial lo que se haga en la actividad educativa y la relación docente-estudiante.[6] La perspectiva de género, para estos efectos, podemos definirla como el conjunto de ideas, prescripciones y valoraciones sociales sobre lo masculino y lo femenino. La transmisión de valores a través de los educadores, que dicho sea de paso, en la educación básica y media están constituidas en un 70% por mujeres es fundamental a la hora de favorecer o desfavorecer la igualdad de géneros, por una parte, y, por la otra, el respeto a las diferentes orientaciones sexuales manifestadas por estudiantes, así como su expresión e identidad de género.

En este plano resulta crucial lo que se denomina el "curriculum oculto" de la escuela, es decir, el conjunto de normas y valores inconscientes aprendidos y perpetuados en ella, a través de comportamientos, contenidos, actitudes, gestos y expectativas que emergen de la interacción profesor-estudiantes dentro del proceso enseñanza-aprendizaje. Parte de este curriculum oculto lo podemos encontrar en las frases siguientes: "cómo vas a usar ese color rosado, si es de mujer", "las señoritas no dicen garabatos", "¿es forma de sentarse de una niñita?", "eso te pasó por jugar con los niños", etc., que conforman un acervo valorativo referente a ciertas actitudes y conductas funcionales a la configuración del género y de sus roles culturalmente asignados.

Lo importante de esto es que legitima y justifica el rechazo para aquellas conductas que no se ajustan a estos modelos culturalmente construidos. Se ha demostrado que en sociedades culturalmente más expuestas a la aceptación de conductas homosexuales o de manifestaciones de identidades o expresiones de género divergentes o no binarias, la transferencia de la tolerancia al aula es mucho más natural.[7] El llamado "curriculum oculto", las situaciones cotidianas, los estereotipos y el lenguaje consciente son fundamentales en la formación de actitudes que varían del rechazo a la aceptación.

Las actitudes que ayudan la formación de estudiantes más abiertos consisten en el uso de lenguaje no discriminatorio, favorecer el contacto con diferentes modelos de hombre y de mujer, con respuestas diversas a su

---

[6] Melo Cofré, Pía, *op. cit.*, p. 34.

[7] Chavarri, Milagros, *Homosexualidad, medios, niñez y adolescencia*, disponible en: *http://www.ilustrados.com/tema/7798/Homosexualidad-Medios-Ninez-Adolescencia.html.*

entorno, favorecer la autonomía y resolución de problemas sin limitaciones por prejuicios, y eliminar radicalmente prejuicios y estereotipos que perjudiquen a cualquier persona.

Educar con perspectiva de género es partir de la base que hombre y mujer son complementarios, y que esa complementariedad va más allá de las relaciones ideales de pareja, que necesitan desarrollarse en el respeto y la solidaridad mutuas, y la convicción de que un grupo no tiene privilegios sobre el otro. Asimismo, que la identidad de género puede ser fluida, al igual que la expresión de género y la orientación sexual.

En los últimos años se han registrado notables avances en el sistema educativo chileno. Desde el Ministerio de Educación se impulsó en el segundo gobierno de la presidenta Bachelet una política de inclusión que abarcara a niños, niñas y adolescentes con orientación homosexual o bisexual, y niños, niñas y adolescentes trans. Se denominó "Inclusión para Estudiantes LGTBI" y se elaboró una serie de documentos, el más importante sin lugar a dudas fue "Orientaciones para la inclusión de personas lesbianas, gays, bisexuales, trans e intersex en el sistema educativo chileno", basado en los principios de interés superior del niño, niña y adolescente, autonomía progresiva, derecho a participar y ser oído, y derecho a la no discriminación arbitraria.[8]

También se ha dictado la Circular 0768, elaborada por el Ministerio de Educación y la Superintendencia de Educación, que define los principios orientadores para la comunidad educativa respecto de las niñas, los niños y los estudiantes trans. Basada en los mismos principios, hace alusión a que la Constitución establece estos derechos, así como los tratados internacionales de derechos humanos, ratificados por Chile, pero lo que es más notable, explicita qué alcance tienen estos derechos en el ámbito escolar, señalando que "debido a la vulneración de dichos derechos, se hace necesario poner mayor énfasis en ellos".

Explicita, en consecuencia, el derecho al acceso y permanencia en el sistema educacional formal, el derecho a ser evaluados y promovidos mediante procedimientos objetivos y transparentes, el derecho a participar, expresar su opinión libremente y ser escuchados, en especial cuando ésta tiene relación con decisiones sobre aspectos derivados de su identidad de género, el derecho a no ser discriminados o discriminadas arbitrariamente por el Estado ni por las comunidades educativas, el derecho a que se respete su integridad física, psicológica y moral, no pudiendo ser sujeto de tratos veja-

[8] Ministerio de Educación de Chile, disponible en: *https://media.mineduc.cl/wp-content/uploads/sites/28/2017/07/Orientaciones-para-la-inclusi%C3%B3n-de-las-personas-LGBT.pdf*

torios o degradantes, y el derecho a expresar la identidad de género propia y su orientación sexual.

Asimismo, establece que

> Los sostenedores[9] y directivos de establecimientos educacionales están obligados a respetar todos los derechos que resguardan a niñas, niños y estudiantes, tomar las medidas administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger y garantizar esos derechos contra toda forma de acoso discriminatorio, tales como prejuicios, abuso físico o mental, trato negligente, vulneración de su intimidad y privacidad y/o malos tratos; velando por el resguardo de su integridad psicológica y física, y dirigir todas las acciones necesarias que permitan su erradicación en el ámbito educativo.[10]

Lo más importante de estas iniciativas es que se han asumido como políticas de Estado, y el gobierno de Sebastián Piñera, de derecha moderada, ha seguido en la misma línea, desoyendo las protestas de grupos de ultraderecha.[11] El gobierno de izquierda del presidente Gabriel Boric ha puesto esta materia como una prioridad tanto para el Ministerio de la Mujer y Equidad de Género como para la oficina de la Primera Dama.

III. De la ilegalidad a la visibilidad. El camino a la legitimidad

La situación de la sociedad chilena frente a la homosexualidad y a las distintas orientaciones sexuales e identidades o expresiones de género es de transición. Hasta 1997 las relaciones sexuales consentidas entre hombres adultos eran constitutivas de delito. Existía el delito de sodomía y el de ofensas al pudor, que permitía la arbitrariedad policial ante cualquier manifestación de afecto en público entre personas del mismo sexo. Se ha transitado desde la ilegalidad a la tolerancia, pero falta avanzar hacia la legitimidad total.

---

[9] Los "sostenedores" son *mutatis mutandis,* lo que en España se conoce como educación concertada.

[10] Disponible en: *https://www.ayudamineduc.cl/ficha/inclusion-de-los-ninos-ninas-y-estudiantes-lesbianas-gays-trans-bisexuales-e-intersex*

[11] En Chile, el Partido Republicano, de extrema derecha, liderado por el abogado ultramontano José Antonio Kast, ha criticado abiertamente lo que él denomina la "ideología de género", disponible en: *https://www.youtube.com/watch?v=din76J2jGeA*

En términos de discurso y lenguaje, tomaré ciertas categorías de análisis que entre nosotros el doctor Humberto Maturana ha planteado: el razonar humano es un constructo emotivo racional.[12]

Las discrepancias en torno a los estilos y formas de vida que los sujetos adoptan en el seno de la vida social no son discrepancias racionales, o dicho de otro modo, son discrepancias que tienen un sustento fundamentalmente emotivo. El emocionar desencadena una serie de disposiciones físicas que priman en la configuración de *aceptación-rechazo* de aquello que nos parece normal, deseable, antinatural o abominable.

En dicha configuración, si llevamos la discusión desde la intimidad de nuestra socialización cultural doméstica al espacio público más o menos las mismas disposiciones, ya desprovistas de la experiencia sensible doméstica, disfrazadas de características racionales y de moral pública, reproducirán el sistema de aceptación o rechazo que el acervo cultural social con que nos hemos formado ha determinado.

Por ello es que este acervo socio-cultural es tan relevante a la hora de hacer juicios estimativos hacia las personas y sus conductas. Así, el método jurídico de control social y legitimación de conductas es un elemento sustancial al modo en que la sociedad se reconocerá a sí misma. El carácter contrafáctico y contramayoritario del derecho cobra una fuerza crucial en este ámbito, asimismo, la vía informal de control social que constituye el sistema educativo.

La pregunta básica es si aceptamos o no al otro como legítimo otro en la convivencia, o, mejor dicho, bajo qué condiciones la conducta de ese otro será aceptada como legítima. La legitimidad, en este caso, implicaría que dicho factor no pueda ser tomado en consideración para los efectos de definir la convivencia social bajo parámetros en que la discrepancia de las formas o estilos de vida no interesan para la inclusión en círculos sociales relevantes (familia, trabajo, vida pública, académica, etc.).

No se puede entender el fenómeno sin mencionar el *prejuicio* como fuerza modeladora de la interacción social relevante.[13] Es aquí donde, una vez más, el lenguaje constituye realidades: si las microagresiones a través de expresiones como *maricón*, *mariconada* (asociada generalmente a actitudes traicioneras), *fleto*, *hueco*, etc., son toleradas en el lenguaje corriente como

[12] Maturana, Humberto, *Emociones y lenguaje en educación y política*, 6a. ed., Santiago de Chile, Hachette, 1992.

[13] Barros Medina, Ariel, "El currículo escolar como instrumento del abuso sexual homofóbico", Jornadas Internacionales sobre Violencia y Abuso en Niños y Adolescentes, Buenos Aires, 13-17 de agosto de 1997.

elementos legítimos de estigmatización, ligadas generalmente a expresiones festivas, no lograremos romper el cerco del respeto, la tolerancia, ni mucho menos la legitimidad de las diversidades sexuales, y esto es especialmente relevante en el ambiente educativo.

A continuación, haré una somera revisión de la historia de las actitudes frente a la homosexualidad, lo que estimo es la situación en la hora presente, la que espero sea la que reine en un futuro cercano, y la relevancia que el sistema educativo tiene en la construcción de una sociedad abierta y democrática.

IV. La homosexualidad como elemento subjetivo de discriminación. La homosexualidad como delito

La sociedad patriarcal ve en la homosexualidad una severa amenaza a la estabilidad del orden patrístico que se establece, ligado a la apropiación y al sometimiento de las mujeres.[14]

La relativa "aceptación" de la conducta homosexual como lugar común se cita en la Grecia del siglo v a. de. c. y en Roma, es en realidad una exaltación del machismo y opera como conducta tolerada sólo por la inferioridad de la mujer, y por lo demás, sólo aceptándose un tipo de conducta sexual, la del hombre que penetra a otro hombre. No se tolera la conducta homosexual pasiva ni la homosexualidad femenina. Tampoco es tolerada en las clases bajas.

Mediante una simplificación extrema, no se considera nociva la "conducta" homosexual, sino a la "persona" homosexual. En general, en la Europa Medieval y durante el Renacimiento es una conducta totalmente ilegítima, delictual y pecaminosa. Se acuña el concepto de sodomía, para englobar una serie de conductas *contra natura*, que no sólo se refieren a las relaciones sexuales entre hombres, sino a la penetración anal, tanto entre hombres, como entre hombres y mujeres. La Inquisición es la encargada de reprimir estas conductas en el orden temporal y espiritual. Con Carlos v se vuelve una preocupación principal en el Sacro Imperio.

[14] Acuña, Natalia *et al.,* La marginación de los homosexuales en el ámbito familiar, laboral y educativo en Costa Rica, 1998, investigación de un grupo de estudiantes de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, dirigidos por la profesora Marielos Palacios.

En general, hasta el siglo XX en Occidente, y hasta la actualidad en muchas latitudes del África y el Medio Oriente, la conducta homosexual es considerada un delito penal.

En el Código Penal chileno recién se elimina el delito de sodomía —relaciones sexuales penetrativas consentidas entre hombres— a fines de los 90 e incluso en la legislación penal actual subsisten figuras discriminatorias y conceptos de contenido jurídico indeterminado (artículo 373 del Código Penal) que, desde un sesgo interpretativo más conservador, dejan la puerta abierta a la punición.

El positivismo científico y la psiquiatría de los siglos XIX y XX estigmatizan a la persona homosexual y las conductas homosexuales como enfermedades. Tristemente resultan célebres las terapias hormonales y electroconvulsivas utilizadas para "curar" la homosexualidad. Aún hoy, en forma minoritaria pero significativa, subsisten en nuestro medio tendencias psiquiátricas y psicológicas que pretenden la curación de la homosexualidad.

V. La homosexualidad como conducta tolerada

El primer paso, donde creo nos encontramos en la actualidad en Chile, de la mano del movimiento LGTBI+ desde inicios de los años noventa, es el logro de la visibilidad encaminada al establecimiento de la conducta homosexual como conducta socialmente tolerada.

El programa del movimiento chileno tiene como punto de partida la lucha por los derechos humanos básicos para encaminarse tímidamente a la lucha por los derechos civiles. Los temas en los albores de los noventa son la detención por sospecha, la acción sobre las policías para erradicar el concepto de peligrosidad y la campaña sostenida por el Movimiento de Liberación Homosexual para la derogación del artículo 365 del Código penal, que establecía el delito de sodomía.

La estrategia de la visibilidad resulta ser clave en el proceso de establecimiento de la tolerancia, y logra una retirada (táctica) de la homofobia, del espacio y el discurso público. La visibilidad en los medios de comunicación de masas, la estrategia americana de constituir a la comunidad en un conjunto de actores de mercado relevantes (discutible en términos de aporte de derechos civiles), el aporte de las manifestaciones artísticas y culturales, en menor medida la discusión universitaria, son elementos que constituyen un aporte al establecimiento de la tolerancia como modelo de conducta políticamente correcta, hacia las personas LGTBI+.

VI. La homosexualidad como conducta legítima. Avances

El 24 de julio de 2012 se publicó la Ley núm. 20.609, que establece medidas contra la discriminación. Esta ley sometida a una larga tramitación parlamentaria (de más de quince años) fue finalmente votada en el Congreso luego de un hecho con violencia grave contra un joven gay, que terminó en su muerte.[15] En dicha ley, luego de grandes discusiones, se aprobó la prohibición de discriminación por orientación sexual e identidad de género.

Otro paso crucial en la conquista de espacios de legitimidad fue la ley 20.830, del 13 de abril de 2015, que establece el Acuerdo de Unión Civil, creando el estado de "conviviente civil", con derechos patrimoniales y de herencia para personas de igual o diferente sexo.

El 10 de diciembre de 2021 se publicó la modificación a la Ley de Matrimonio Civil y al Código respectivo, introduciendo el matrimonio igualitario, en virtud de la Ley núm. 21.400. El proyecto de ley fue enviado al Congreso Nacional por la presidenta Bachelet, y se tramitó sin prioridad para el gobierno, hasta la cuenta pública del último año de mandato del presidente Piñera, en que anunció la urgencia para que se transformara en ley.[16]

La institución matrimonial es importante porque conecta con lo que hemos señalado en cuanto a los espacios de legitimidad que pueden percibir los niños, niñas y adolescentes en sus espacios educativos. La percepción de igualdad de trato y de irrelevancia del género, y la orientación sexual para el establecimiento de las relaciones afectivas y la formación de familias aporta mucho más a una educación inclusiva y desprovista de prejuicios, que miles de años de escolaridad formal. El derecho a formar familias es un derecho humano y su prohibición por razones de orientación sexual e identidad de género es contraria a cualquier Constitución democrática.[17]

El espacio de la legitimidad, a mi juicio, implica hacer efectivo el concepto de igualdad constitucional, por tanto, constituye la etapa pendiente para alcanzar la plenitud de la igualdad de derechos o si se quiere la lucha por los derechos civiles.

---

[15] Para más información sobre el asesinato de Daniel Zamudio, véase *https://www.24horas.cl/nacional/homicidio-de-zamudio-el-antes-y-despues-de-un-caso-historico-908560*

[16] De acuerdo al régimen constitucional chileno, el presidente de la república, jefe de Estado y de Gobierno, decide la agenda parlamentaria, a través de las "urgencias", es decir, obliga a la Cámara de Diputados o al Senado a discutir sólo los proyectos prioritarios para el gobierno.

[17] Sánchez Cordero Dávila, Olga María del Carmen, "Prólogo", en Díez, Jordi, *La política del matrimonio gay en América Latina*, México, Fondo de Cultura Económica, Centro de Investigación Docencia Económica, 2018, pp. 15-21.

El que la orientación sexual no sea legítima consideración de la diferencia, y sustento de la discriminación, pasa por la afirmación del "derecho a la constitución de la familia". Una Constitución democrática es la que reconoce conceptos, no concepciones, por tanto, el concepto de familia, relevado por la carta fundamental, puede ser el eje de la discusión por los derechos civiles: el reconocimiento del derecho al matrimonio entre personas del mismo sexo, la adopción de hijos y la tuición de hijos engendrados, es la culminación del paso hacia la legitimidad de la comunidad LGTBI+ en Chile, y sólo en ese plano podremos decir que existe una sociedad respetuosa de los derechos humanos. El impacto en el modelo educativo que dichos cambios institucionales representan es indiscutible.

En el sistema interamericano de protección de los derechos humanos el antecedente más notable en el último tiempo es la Opinión Consultiva oc-24/17 del 24 de noviembre de 2017, solicitada por la República de Costa Rica.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que implicaría discriminación "artificial" desconocer el derecho a formar una familia y a la protección del vínculo familiar por parte del Estado a las personas del mismo sexo, siendo accesorio el hecho que el matrimonio sea un derecho reconocido a un hombre y a una mujer.[18] Señala que

> es necesario que los Estados garanticen el acceso a todas las figuras ya existentes en los ordenamientos jurídicos internos, incluyendo el derecho al matrimonio, para asegurar la protección de todos los derechos de las familias conformadas por parejas del mismo sexo, sin discriminación con respecto a las que están constituidas por parejas heterosexuales, en los términos establecidos en los párrafos 200 a 228.[19]

Es muy importante la influencia que pueda tener el sistema regional americano en la protección de derechos humanos, y que el control de constitucionalidad evolucione hacia el control de convencionalidad, para que las obligaciones de respeto y promoción que la Convención Americana de Derechos Humanos establece para los países americanos, y la jurisprudencia consultiva de la Corte pueda ser percibidas como obligatorias para los Estados.

Las ideas naturalistas del matrimonio parecen lentamente quedar atrás. Ha sido la historia y no la naturaleza la que ha llevado a que la institución

[18] oc-24/17, pp. 77-80 (numerales 178-200).

[19] oc-24/17, p. 88 (Opinión núm. 8).

matrimonial sea mayoritariamente establecida sólo para hombres y mujeres. El matrimonio como contrato entre un hombre y una mujer no es una situación ancestral.

Gran parte de la población hasta el siglo XIX y XX no podía decidir sobre su matrimonio. Era un contrato con un hombre y la familia de la mujer, los esclavos carecían de autonomía para celebrarlo, y los pueblos originarios durante el periodo indiano podían contraerlo sólo a instancias de la autorización eclesiástica y del encomendero, ya que eran relativamente incapaces. Por tanto, la etapa evolutiva de la institución matrimonial perfectamente puede seguir avanzando hoy a la legitimidad de la unión entre personas del mismo sexo, coronando la plenitud de derechos iguales para los seres humanos, a quienes se reconozca autonomía en la definición de su proyecto de vida, el pleno desarrollo de su sexualidad, su identidad, el derecho a la paternidad y a la maternidad.

La educación en la diversidad es un objetivo que, en gran medida, depende de los avances que la propia sociedad experimente. Pero, al mismo tiempo, quienes estamos dedicados a la educación sabemos que tiene un poder tremendo para provocar el cambio social.

Es por ello que la educación pública, sus políticas, contenidos, textos escolares, métodos auxiliares, no son neutrales, sino que están al servicio de un modelo de sociedad determinado.

Podríamos discutir si un sistema educativo complejo y liberal en la distribución de operadores educativos, como el chileno, abraza una corriente consciente de contenidos a nivel de aula o no. Sin embargo, lo que no tiene discusión es que las políticas públicas en materia educativa son cruciales en la formación del acervo actitudinal que nuestros estudiantes tendrán como ciudadanos del mañana.

Como aún no podemos decir que haya cauces institucionales que nos orienten a la consideración de la plena legitimidad de la orientación sexual, identidad y expresión de género, como sería la aprobación de una legislación de matrimonio igualitario y la adopción de hijos, no hay transferencia cultural para que los abordajes en la Escuela sean más efectivos. Es de justicia, sí, reconocer los avances a nivel de regulación jurídica administrativa, y el enfoque de derechos humanos que se ha asumido para estas materias en la documentación pública y las políticas de inclusión del Ministerio de Educación.

Sin duda, esto es un proceso largo. Recordemos que sólo hace algo más de treinta años la Organización Mundial de la Salud definió a la homosexualidad como una variación de la sexualidad humana y no como una enfermedad.

Se requiere de urgencia en el tratamiento de estrategias educativas que aborden el problema, lo iluminen y avancen hacia la legitimidad del rol educativo que la no discriminación por orientación sexual, identidad y expresión de género requieren. No podemos educar a nuestros niños y niñas, y a nuestros jóvenes en esquemas que reproducen la legitimidad de la agresión, formados en el estigma, la exclusión y el aislamiento.[20] La reproducción de dichas conductas en la vida adulta, sin duda, no favorece la construcción de una sociedad abierta y democrática, que sea capaz de incluir a todos sus hijos en el proyecto de vida común.

El marco institucional, a mi juicio, está dado para que podamos exigir las políticas públicas en este ámbito. La Ley General de Educación garantiza la no discriminación, en tanto el Reglamento de Convivencia Escolar del Ministerio de Educación aborda y enfrenta la homofobia, en especial, con los episodios de *bullying* homo y transfóbico.

Vale la pena, asimismo, destacar los casos en que sí ha habido preocupación por esta temática al interior de las escuelas, y la importante sinergia que se produce con los padres, profesores y estudiantes al abordar profesionalmente y con compromiso estas situaciones en sus comunidades. Iniciativas privadas, con el apoyo de algunos alcaldes y parlamentarios, de ONG cuya preocupación es la lucha por los derechos de la diversidad sexual, han persistido en esta necesidad imperiosa de intervenir la educación de aula con éxito.

VII. Conclusiones

A modo de conclusión, me interesaría dejar sólo algunos elementos importantes para la discusión posterior. La construcción de identidad de género es un proceso complejo. Si se aborda desde el prejuicio en los primeros doce años de formación de niños y niñas es muy difícil modificar los estereotipos aprendidos. La asignación de roles de género que implican la supremacía masculina son contradictorios con la construcción de una sociedad democrática. La educación en la perspectiva igualitaria, colaborativa y complementaria es la clave de la formación de ciudadanía democrática, tolerante, diversa y socialmente integrada. La estigmatización de la orientación sexual, la identidad de género y la expresión de género pone en riesgo a los niños, niñas

[20] Barrios Medina, Ariel, *El currículo escolar como instrumento del abuso sexual homofóbico*, Jornadas internacionales sobre violencia y abuso en niños y adolescentes, Buenos Aires, 13 al 17 de agosto de 1997.

y jóvenes que están en proceso de forjar su identidad. Aislamiento, conductas autodestructivas, falta de autocuidado, victimización, ideación suicida y exposición a la violencia son sólo algunas de las consecuencias de la falta de un enfoque integrador en la escuela.

Es importante seguir con la política educativa de intervención de la educación de aula por parte de políticas públicas que vayan en la mira de educar para la diversidad, mediante la promoción de conductas de integración y eliminar la discriminación por orientación sexual, identidad de género y expresión de género, mostrando la diversidad sexual y de género como una legítima forma de constituir la vida afectiva, sexual y social.

VIII. Bibliografía

Acuña, Natalia *et al., La marginación de los homosexuales en el ámbito familiar, laboral y educativo en Costa Rica*, investigación de un grupo de estudiantes de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, dirigidos por la profesora Marielos Palacios, 1998.

Barrios, Patricia Adelaida *et al.*, "Variantes de la conducta sexual homosexualidad," participantes del Curso de formación en sexología de AASES.

Barros Medina, Ariel, "El currículo escolar como Instrumento del abuso sexual homofóbico", Jornadas Internacionales sobre Violencia y Abuso en Niños y Adolescentes, Buenos Aires, 13-17 de agosto de 1997.

Corte IDH, Opinión consultiva 24, del 2017 (OC-24/17).

Chavarri, Milagros, *Homosexualidad, medios, niñez y adolescencia,* disponible en: *http://www.ilustrados.com/tema/7798/Homosexualidad-Medios-Ninez-Adolescencia.html.*

Fuentealba, Álvaro, "Género y derechos. La educación en la diferencia", en Centro de Estudios Críticos Universitarios (comps.), *En Reversa. Primeras Jornadas Estudiantiles de Teoría de Género*, *Universidad de Chile*, Santiago, Párrafo, 2011.

Maturana, Humberto, *Emociones y lenguaje en educación y política*, 6a. ed., Hachette, Santiago de Chile, 1992.

Melo Cofré, Pía, *Estrategias para la iniciación de la lectura y escritura para niños y niñas del nivel transición*, Ministerio de Educación, Universidad Mayor, 2008.

Ministerio de Educación, "Análisis del sistema escolar desde la perspectiva de género", Departamento de Estudios y Desarrollo, División de Planificación y Presupuesto, 2008.

Ministerio de Educación de Chile, *Orientación para la inclusión de las personas lesbianas, gays, bisexuales, trans e intersexuales en el sistema educativo chileno*.

Ministerio de Educación y Superintendencia de Educación, Circular 0768, disponible en: *https://www.ayudamineduc.cl/ficha/inclusion-de-los-ninos-ninas-y-estudiantes-lesbianas-gays-trans-bisexuales-e-intersex*

Sánchez Cordero Dávila, Olga María del Carmen, "Prólogo", en Díez, Jordi, *La política del matrimonio gay en América Latina*, México, Fondo de Cultura Económica, Centro de Investigación Docencia Económica, 2018.

Repensando el acceso a la justicia y la legitimidad, una mirada a la perspectiva de los atikamekw nehirowisiwokde manawan

Eva **Ottawa**[*]

Sumario: I. Introducción. II. El atikamekw nehirowisiwok de manawan. III. El lenguaje atikamekw nehiromowin. IV. Una visión general de wactenmakanicic e opikihakaniwitc - el sistema jurídico consuetudinario comprometido con el empoderamiento infantil. V. Conclusión. VI Bibliografía.

I. Introducción

La noción de acceso a la justicia a menudo se asocia con los servicios de interpretación, del acompañamiento adaptado o de la acomodación, destinados a los grupos aborígenes que se enfrentan a los tribunales estatales o al sistema legal. Este artículo explora el acceso a la justicia y la legitimidad a la luz de *wactenmakanicic* e *opikihakaniwitc*, un sistema legal consuetudinario que no es del todo equivalente, como veremos, a la adopción de los

[*] *Atikamekw Nehirowiskwew Nehapiskak itekera*, miembro del Atikamekw Nehirowisiwok de Manawan y profesora en la Facultad de Derecho, Sección de Derecho Civil de la Universidad de Ottawa. Los resultados de esta investigación se publicarán próximamente en la Colección de Mundos Indígenas de "Presses de l'Université Laval" en versión francesa Wactenmakanicic e opikihakaniwitc. Adopción consuetudinaria entre los Atikamekw Nehirowisiwok de Manawan. La versión en inglés será publicada por LA "University of Ottawa Press".

niños tal como está diseñada en las sociedades occidentales o en el Código Civil de Quebec. A pesar de todo, para hacerse entender, los *Atikamekw Nehirowisiwok* de Manawan suelen utilizar las terminologías francesas de "adopción tradicional", "adopción consuetudinaria", "guardia tradicional" o "guardia consuetudinaria", para referirse al hecho de hacerse cargo de un niño según *opikihawasowin*.

De hecho, en las sociedades *emtcikociwicak*[1] existen diferentes formas de adopción, incluyendo la adopción simple,[2] la adopción total[3] o la adopción abierta.[4] En Quebec, la adopción legal es considerada una institución de filiación y una institución para la protección de los niños.[5] Esta forma de adopción plenaria implica la ruptura total de los vínculos de filiación, incluidos sus efectos, que confirieren al hijo una filiación sustitutiva de su filiación de origen, la cual conduce al cambio de nombre y opera la transferencia total de la patria potestad.[6]

En Quebec el gobierno creó un grupo de trabajo mixto en 2010 para planificar los términos de un posible reconocimiento en términos de "don" o adopción consuetudinaria.[7] Desde el 16 de junio de 2018, la costumbre aborigen en materia de adopción es oficialmente reconocida en Quebec.[8] Con el fin de responder a las preocupaciones expresadas por varios grupos aborígenes, entre ellos los *Atikamekw Nehirowisiwok*, el legislador suavizó la regla que conduce a la ruptura del vínculo de filiación utilizando un mecanismo de reconocimiento simbólico de los vínculos de filiación preexistentes en caso de adopción consuetudinaria.[9]

---

1 Véase Basile, Suzie, *Le rôle et la place des femmes atikamekw dans la gouvernance du territoire et des ressources naturelles*, thèse de doctorat en sciences de l'environnement, Université du Québec en Abitibi-Témiskamingue, 2017 [non publiée], p. 56, menciona que emtcikociwicak significa "aquellos que cortan árboles" (Poirier, Sylvie, Jérôme Laurent et la Société d'histoire atikamekw (Nehirowisiw Kitci Atisokan), "Présentation: Les Atikamekw Nehirowisiwok: territorialités et savoirs", *RAQ,* vol. 44, núm. 1, 2014, p. 8), estos autores conservan otro significado de emtcikociwicak "aquellos que llegaron en bote de madera". Comúnmente, este es el término utilizado para referirse al marco legal canadiense u occidental.

2 La adopción simple permite mantener el vínculo de filiación; transfiriendo únicamente los atributos de la patria potestad.

3 La adopción plena es una ruptura total de la filiación, incluidos estos efectos.

4 La adopción abierta permite que el niño conozca a sus padres.

5 *Informe del grupo de trabajo sobre adopción consuetudinaria*, 2010, p. 23.

6 *CcQ*, art. 577.1.

7 *Informe del grupo de trabajo sobre adopción consuetudinaria*, 2012, pp. 16, 22.

8 *CcQ*, art. 577.1.

9 *CcQ*, art. 577.1.

Algunos observadores cuestionan la recepción de los actores judiciales con respecto a estos importantes cambios legislativos,[10] pues al tratarse de una adopción consuetudinaria con reconocimiento de los vínculos de filiación preexistentes, los padres adoptivos y los padres de origen podrán anticipar los llamados efectos consuetudinarios que se harán constar en el certificado de adopción consuetudinaria expedido por la autoridad competente.[11] En caso contrario, se aplican los efectos de la adopción legal según la ley de Quebec.[12] El punto sutil de este reconocimiento simbólico reside en la creación de una situación permanente e irreversible con el establecimiento de la nueva filiación.

Al principio, entusiasmado con este reconocimiento estatutario y especialmente con la idea de contribuir a él, me embarqué en la documentación empírica de las prácticas, tradiciones, normas y conocimientos sobre la circulación de niños entre los *Atikamekw Nehirowisiwok* de Manawan. La "circulación de niños" es una expresión habitualmente utilizada en antropología para estudiar el fenómeno vinculado al movimiento de niños dentro de un determinado grupo o sociedad.[13]

El uso de esta expresión en el contexto de mi investigación pretendía alejarme de los conceptos dogmáticos del derecho y buscar en la teoría del pluralismo jurídico. Este marco teórico se fundamenta "*en el cuestionamiento* a la pretensión del Estado al monopolio de la producción de derecho y por tanto en la disyunción entre normatividad jurídica y organización estatal".[14] El pluralismo jurídico también conlleva desafíos particulares, entre ellos el de despojarse del centrismo jurídico,[15] esta lógica que consiste en ver el derecho como una ideología intrínsecamente ligada a una reivindicación política y moral que pertenece únicamente a las sociedades modernas de Estados-naciones.[16]

---

10 Leckey, 2019, p. 976.

11 *CcQ*, art 199.10, 577.1, 152.1 y 132.0.1.

12 *CcQ*, art. 577.1 *in fine*.

13 Guay, Christiane y Grammond, Sébastien, "Les enjeux de l'application des régimes de protection de la jeunesse aux familles autochtones", *NPS,* vol. 24, núm. 2, 2013.

14 Otis, Ghislain (dir.), *Contributions à l'étude des systèmes juridiques autochtones et coutumiers*, Québec (QC), Presses de l'Université Laval, 2018.

15 Éthier, Benoit, "Pluralisme juridique et contemporanéité des droits et des responsabilités territoriales chez les Atikamekw Nehirowisiwok", *Anthropologie & Sociétés*, vol. 40, núm. 2, 2016, p. 30.

16 Borrows, 2005.

Sobre todo, ir más allá del "monismo jurídico"[17] que lleva notablemente a los positivistas[18] a favorecer la aplicación de derechos específicos a los pueblos indígenas.[19] Sabiendo que el reconocimiento es un "acto por el cual [...] un Estado admite la existencia de una situación de hecho o de derecho y acepta las consecuencias jurídicas".[20]

En Quebec, el reconocimiento legal en materia de adopción consuetudinaria contiene tres elementos principales: la transferencia de los efectos jurídicos de la adopción legal a la adopción consuetudinaria;[21] la creación de una autoridad competente para expedir el certificado de adopción consuetudinaria;[22] y especialmente la armonización de la costumbre aborigen con los principios del interés del niño, del respeto a sus derechos y el consentimiento de los padres (o de las partes).[23] Este contexto demuestra la importancia de explorar el acceso a la justicia y la legitimidad a la luz del régimen legal consuetudinario existente entre los *atikamekw nehirowisiwok* de Manawan.

II. El Atikamekw Nehirowisiwok de Manawan

Como pueblo de tradición oral,[24] los *Atikamekw Nehirowisiwok*[25] no tienen términos equivalentes a los de "ley" o "justicia" así como "no existe una autoridad especializada encargada de promulgar la ley o dictar sentencias".

---

17 Fournier, Anne, "De la Loi sur la protection de la jeunesse au Système d'intervention d'autorité atikamekw (SIAA)-La prise en charge d'une nation pour assurer le bien-être de ses enfants", EFG, núm. 25, 2016.

18 Borrows menciona que la naturaleza del positivista es mantener una distinción irreconciliable entre la tradición jurídica indígena y el sistema jurídico occidental al insistir en el papel social de la tradición oral que, según él, constituye un estereotipo. Borrows, 2005, p. 184.

19 Leckey, 2019. De hecho, Leckey enfatiza que el derecho "adaptado" es más favorecido por el sistema legal.

20 Reid, 1996, p. 481.

21 *CcQ*, art. 577.1.

22 *CcQ*, arts. 152.1 y 543.1 párrafo 3, 544.

23 *CcQ*, art. 543.1 al 1.

24 Poirier, Sylvie, "Reflections on Indigenous Cosmopolitics-Poetics", *Anthropologica,* vol. 50, núm. 1, 2008.

25 Éthier, Benoit, "Pluralisme juridique et contemporanéité des droits et des responsabilités territoriales chez les Atikamekw Nehirowisiwok", *Anthropologie & Sociétés*, vol. 40, núm. 2, 2016, p. 181.

Los *Atikamekw Nehirowisiwok* se consideran intrínsecamente ligados a *notcimik* que literalmente significa "de dónde vengo".[26] *Notcimik* hace referencia al universo forestal que moldeó su modo de vida[27] y su lengua materna, *el atikamekw nehiromowin*.[28]

Desde siempre, los *Atikamekw Nehirowisiwok* han utilizado el término *nehirowisiw* para designarse a sí mismos, el equivalente de *Innu* para los Montagnais, *Eeyou* para los Crees y *Anishnabe* para los Algonquins. *Nehirowisiw* es un término difícil, si no imposible, de traducir.[29] Podemos intentar una explicación según la lingüista atikamekw nehirowisi iskwew, Cécile Mattawa: el prefijo *nehi* se refiere al equilibrio; *rowi* denota una acción o movimiento; y el sufijo *siw* indica al ser viviente.[30] Algunos observadores también han señalado que el término *Nehirowisiw* se refiere a "un ser autónomo", un "ser que mantiene relaciones equilibradas y respetuosas con su medio y su entorno".[31] En cuanto al término *Atikamekw*, proviene del exterior, pero hoy en día sirve para diferenciar a los *Atikamekw Nehirowisiwok* de otros grupos aborígenes.[32]

La comunidad de *Manawan* se encuentra a orillas del lago *Metapeckeka*, a 87 kilómetros de ruta por camino forestal, al norte de Saint-Michel des Saints. Tiene una población de 3 000 miembros, de los cuales

---

[26] Wyatt, Stephen y Chilton, Yvon, "L'occupation contemporaine du Nitaskinan par les Nehirowisiwok de Wemotaci", *RAQ* vol. 44, núm. 1, 2014, p. 68.

[27] Éthier, Benoit, "Pluralisme juridique et contemporanéité des droits et des responsabilités territoriales chez les Atikamekw Nehirowisiwok", *cit.*

[28] Basile, Suzie, *Le rôle et la place des femmes atikamekw dans la gouvernance du territoire et des ressources naturelles*, *cit.*, pp. 3, 13.

[29] Bisonnette, Alain *et al.*, "Droits ancestraux et pluralité des mondes juridiques chez les Innus et les Atikamekw du Québec", *Cahiers d'Anthropologie du droit,* vol. 21, 2005, p. 139.

[30] Véase Conseil de la Nation Atikamekw (en línea): "Nehirowisiw: El que viene del bosque, allí también se describe su alimentación, sus herramientas y equipos, la forma de hacerlo y la forma de utilizar sus recursos, es un ser independiente de todos (wir tapirowe o autónomo), su la identidad abarca también sus creencias, su territorio, su forma de vida (onehirowatcihiwin), su derecho innato como "indio" o como Nehirosiwiw, los recursos y elementos que adapta a su vida (por ejemplo: un "indio" puede reportar o decir los beneficios de una planta medicinal solo si esta planta crece en su territorio."

[31] Poirier, Sylvie, Jérôme Laurent y Société d'histoire atikamekw (Nehirowisiw Kitci Atisokan), "Présentation: Les Atikamekw Nehirowisiwok: territorialités et savoirs", *RAQ*, vol. 44, núm. 1, 2014.

[32] *Idem* ("Se podría argumentar que el nombre Atikamekw se refiere a la política de la identidad en términos de reconocimiento y representación política; el etnónimo Nehirowisiw se refiere a la (re)valorización de una identidad social y moral orden y de un ser-en-el-mundo más cercano al modo relacional del cazador algonquino").

el 65% son menores de 35 años (Conseil de la Nation Atikamekw [en línea]). Su sistema de organización social se basa en la familia y los clanes.[33] En la época de la llegada de *emitcikociwicak*,[34] los *Atikamekw Nehirowisiwok* de Manawan vivían en familia en su territorio ancestral y se movían según seis estaciones[35] para satisfacer sus necesidades a través de captura y caza. El sistema económico basado en la subsistencia alienta el compartir de los productos de la caza para asegurar la supervivencia del grupo.

Los productos de caza también se utilizaban para confeccionar ropa y otros accesorios. En el verano, las familias se reunían en *Metapeskeka*, donde discutían y organizaban alianzas y su regreso al territorio en el invierno.[36] El proceso de colonización se instauró de forma violenta e intrusiva con el advenimiento de la Ley sobre los Indios,[37] en 1876, reconocida por su objetivo de asimilación. Todos los cambios provocados por esta ley colonial han alterado la forma de vida y organización de los *Atikamekw Nehirowisiwok*.[38]

La creación de la reserva de Manawan el 28 de agosto de 1906 fue la culminación de la sedentarización, de la tutela y control de todos los aspectos de sus vidas.[39] Los *Atikamekw Nehirowisiwok* de Manawan también vivieron el impacto creado por el programa de escuelas residenciales indias, donde niños de entre cuatro a 15 años eran secuestrados y separados de sus familias para ser educados en una lengua totalmente extranjera.[40] Para salir

---

33 Gélinas, Clause, *Entre l'assommoir et le godendart: les Atikamekw et la conquête du moyen-nord québécois 1870-1940*, Sillery, Septentrion, 2003, p. 204.

34 Basile, Suzie, *Le rôle et la place des femmes atikamekw dans la gouvernance du territoire et des ressources naturelles*, *cit.*, p. 56, menciona que emitcikociwicak significa "los que talan árboles". Poirier, Sylvie, Jérôme Laurent y Société d'histoire atikamekw (Nehirowisiw Kitci Atisokan), "Présentation: Les Atikamekw Nehirowisiwok: territorialités et savoirs", *cit.*. Estos autores conservan otro significado de emitcikociwicak "aquellos que llegaron en un barco de madera" (p. 8). Comúnmente, este es el término utilizado para designar el marco legal canadiense u occidental.

35 Wyatt, Stephen y Chilton, Yvon, "L'occupation contemporaine du Nitaskinan par les Nehirowisiwok de Wemotaci", RAQ, vol. 44, núm. 1, 2014, pp. 158-159, 161; Poirier, 2008, p. 159.

36 Gélinas, Clause, *Entre l'assommoir et le godendart : les Atikamekw et la conquête du moyen-nord québécois 1870-1940*, Sillery, Septentrion, 2003, p. 204.

37 *Ley sobre los Indígenas (Loi sur les Indiens)*, LRC 1985, c I-5.

38 Poirier, Sylvie, "Reflections on Indigenous Cosmopolitics-Poetics", *Anthropologica,* vol. 50, núm. 1, 2008, p. 152.

39 Morrisette, 2007.

40 Poirier, Sylvie, "Reflections on Indigenous Cosmopolitics-Poetics", *cit.*, p. 153.

de este yugo colonial, el pueblo *Atikamekw Nehirowisiwok* inició un proceso de negociaciones con los dos niveles de gobierno en 1979.[41] Uno de estos componentes trata sobre la seguridad jurídica que afecta al territorio y el otro componente se trata de la autonomía gubernamental (sitio web). A la fecha, la mesa central tripartita de negociación[42] *atikamekw nehirowisiw* aún está en su función. En la búsqueda de su objetivo constante de autodeterminación, los *Atikamekw Nehirowisiwok* han tomado varias medidas a la espera de la conclusión de un tratado.[43]

Por ejemplo, en materia familiar y social, en 1997 los *Atikamekw Nehirowisiwok* adoptaron la Política Social *Atikamekw*, que identifica varias medidas para mejorar las condiciones de vida de los Atikamekw Nehirowisiwok y traer bienestar a sus miembros.[44] Esta política tiene tres componentes: niñez y juventud, familia y mayores.[45] El primer componente tiene como principal objetivo brindar un apoyo rápido e inmediato para evitar o para contrarrestar la ubicación de *nehirowisiw* fuera de las familias y comunidades atikamekw nehirowisiw.

Este componente sirvió de base para el Sistema de Intervención de la Autoridad Atikamekw, comúnmente conocido como SIAA, que es el equivalente al Sistema de Protección Juvenil en Quebec.[46] Gracias al desarrollo y experimentación del proyecto piloto denominado SIAA, los *Atikamekw Nehirowisiwok* estuvieron en el origen de las reformas legislativas que crearon el artículo 37.5 de la YPA el 21 de junio de 2001. El SIAA es ahora un plan especial reconocido por la sección 37.5 de la *YPA* y que resultó en un acuerdo

---

41 Éthier, Benoît, *Orocowewin notcimik itatcihowin. Ontologie politique et contemporanéité des responsabilités et des droits territoriaux chez les Atikamekw Nehirowisiwok (Haute-Mauricie, Québec) dans le contexte des négociations territoriales globales*, *cit.*, pp. 2-5.

42 El gobierno federal, el gobierno provincial y el Conseil de la Nation Atikamekw representando a los Atikamekw Nehirowisiwok que viven en las tres comunidades: Manawan, Wemotaci, Opitciwan.

43 Éthier, Benoit, "Pluralisme juridique et contemporanéité des droits et des responsabilités territoriales chez les Atikamekw Nehirowisiwok", *Anthropologie & Sociétés*, vol. 40, núm. 2, 2016, p. 249.

44 Conseil de la Nation Atikamekw, *Politique sociale atikamekw*, 1997, p. 1.

45 Sylvestre, Marie-Eve *et al.*, "Rapport d'intégration 1: Renforcer la gouvernance atikamekw: vers un modèle de prise en charge des conflits et problèmes liés à la violence conjugale et à la protection de la jeunesse", 2017, p. 79, disponible en: *Legitimus www.legitimus.ca/static/uploaded/Files/Documents/Rapports/rapport%201%20atikamekw%20violence%20conjugale/Rapport-dintegration-1---20-juin-2017.pdf*.

46 Fournier, Anne, "De la Loi sur la protection de la jeunesse au Système d'intervention d'autorité atikamekw (SIAA)-La prise en charge d'une nation pour assurer le bien-être de ses enfants", *EFG*, núm. 25, 2016.

de delegación firmado el 28 de enero de 2018 entre el gobierno de Quebec y los partidos Atikamekw, incluido el Consejo Atikamekw de Manawan.[47] Gracias a este acuerdo, el Atikamekw Nehirowisiwok de Manawan ahora puede beneficiarse de los servicios de protección infantil según las bases establecidas por la SIAA.

En cuanto al segundo componente, la Política Social Atikamekw desea garantizar que cada *Atikamekw Nehirowisiw* pueda formar parte de una familia; incentivar el fortalecimiento e involucramiento de los cónyuges, padres, mayores y demás familiares; abogar por los cimientos de la estabilidad familiar; para ayudar a mantener la integridad familiar; construir sobre la fuerza y la durabilidad de los lazos familiares; apoyar y complementar el esfuerzo de las familias en lugar de apostar por la sustitución.[48]

Algunas disposiciones se refieren a la adopción tradicional. En este contexto, se delegan ciertas responsabilidades a la institución nacional *Atikamekw* (*Direction de la Protection Sociale*), que debe ofrecer servicios de apoyo a las familias y garantizar el consentimiento de las personas involucradas (Conseil de la Nation Atikamekw, 1997, sección 3.2.4). Esta disposición también ofrece la posibilidad de realizar una evaluación psicosocial, necesaria para el reconocimiento externo de la adopción. El artículo 3.1.1 detalla que la *autoridad o institución nacional Atikamekw* puede intervenir y hacer adoptar a un niño, en su interés, aun cuando los padres biológicos se opongan (Conseil de la Nation Atikamekw, 1997, artículos 3.3.1, 4) e), f) g).

El tercer componente se centra en las personas mayores y tiene como objetivo fomentar su participación activa en el bienestar personal, familiar y comunitario. La política enfatiza que los ancianos son vectores importantes en la preservación y transmisión de los valores, la cultura y la identidad Atikamekw. Se les considera como socios competentes e indispensables en el desarrollo de las familias y las comunidades. La política anima así a toda la comunidad a apoyar a las personas mayores ofreciéndoles una gama de servicios variados y complementarios adaptados a su situación. Como señala Anne Fournier, la Política Social Atikamekw debe ser considerada como una herramienta de *gobernancia* interna que ha contribuido al advenimiento de una nueva ley que ahora es impulsada por el artículo 37.5 de la *YPA*.[49] Algunos observadores señalan que la implementación de este régi-

[47] *Aprobación del Acuerdo*, 2018.

[48] Conseil de la Nation Atikamekw, *Politique sociale atikamekw*, 1997, art 3.1.1.

[49] Fournier, Anne, "De la Loi sur la protection de la jeunesse au Système d'intervention d'autorité atikamekw (SIAA)-La prise en charge d'une nation pour assurer le bien-être de ses enfants", EFG, núm. 25, 2016.

men en particular persigue los mismos fundamentos del Sistema de Protección de la Niñez, ya que las directrices que rigen las negociaciones provienen del gobierno de Quebec.[50]

III. El idioma Atikamekw Nehiromowin

Un idioma se denomina lengua materna por el modo de adquisición desde el hogar y la familia, como el *Atikamekw Nehiromowink*, que es utilizado por el 94% de la población.[51] Cuestionándose sobre la situación del *Atikamekw Nehiromowin*, Chachai *et al.* observaron una tendencia hacia el uso del bilingüismo entre los Atikamekw Nehirowisiwok, lo que aumenta los desafíos relacionados con la protección de la lengua materna. Ellos llevan a cabo varias iniciativas para preservar su idioma. Recientemente se desarrolló un programa educativo llamado *Nehiro* en colaboración con los Centros de Primera Infancia (Centre le Petite Enfance) de las tres comunidades Atikamekw Nehirowisiw (Manawan, Wemotaci, Opitciwan).

El grupo de trabajo, compuesto esencialmente de educadora *Atikamekw Nehirowisiw* (*nehirowisiw*), enumeró alrededor de un centenar de *atisokana* (cuentos y leyendas) de las tres comunidades para transcribirlos en libros educativos para niños. Esta iniciativa pretende transmitir las enseñanzas tradicionales a través de los *atisokana*. En 1990, Atikamekw Nehirowisiwok también instituyó un *Atikamekw Nehiromowin* en las escuelas primarias de sus comunidades, lo que contribuyó en gran medida al mantenimiento y preservación del *Atikamekw Nehiromowin*. Mis padres, sobrevivientes de las escuelas residenciales, colaboraron activamente en la implementación de este programa que condujo a la estandarización del *Atikamekw Nehiromowin*.

Una de las particularidades de Atikamekw Nehiromowin es que es un lenguaje muy vivo y colorido. Por ejemplo, una roca, que es un objeto inanimado, puede volverse animado dependiendo de la naturaleza de la relación que establece el hablante.[52] Es colorido ya que el *awacic* que se utiliza para

---

[50] Guay, Christiane y Grammond, Sébastien, "Les enjeux de l'application des régimes de protection de la jeunesse aux familles autochtones", *cit.*

[51] Chachai, Junker, Martinuzzi, Petiquay y Planchon, 2019.

[52] Éthier, Benoît, *Orocowewin notcimik itatcihowin. Ontologie politique et contemporanéité des responsabilités et des droits territoriaux chez les Atikamekw Nehirowisiwok (Haute-Mauricie, Québec) dans le contexte des négociations territoriales globales*, *cit.*

designar a un niño resulta ser el diminutivo de *wactenmakanicic,* que significa "pequeño ser de luz".

Varias nociones y conceptos legales en francés no se pueden traducir integralmente al *Atikamekw Nehiromowin*, y viceversa. Por ejemplo, los términos franceses "derecho", "adopción", "primo", "interés del niño", "autoridad parental", "familia" no tienen equivalencia ni resonancia en *Atikamekw Nehiromowin*. Del mismo modo, varios *términos atikamekw nehiromowin* no tienen equivalente en francés, incluidos *wactenmakanicic/awacic*, *kiocican*, *nehirowisiwin*, *kokominook–kimocominook*, *witcican*.

El término *opikihawasowin* significa "cuidar de un niño", "ser responsable de acompañarlo hasta su madurez", "cuidar del bienestar del niño", "amar, cuidar y proporcionar las enseñanzas necesarias para su desarrollo, así como las enseñanzas tradicionales",[53] lo que no es del todo el equivalente a la adopción, tal como se concibe en la sociedad occidental. Además, el término *otapakonaw* se usa cuando un padre de origen quiere "recuperar a su hijo". Y el término *kiocican* designa al niño huérfano de padre y madre a cargo de otra madre o de la abuela. Además de los desafíos lingüísticos, encontramos un grado adicional de dificultad en el ejercicio de interpretación de las diferentes nociones y conceptos, ya que los dos sistemas jurídicos no tienen la misma base.

En los últimos años se han realizado varios estudios antropológicos y etnográficos sobre los *Atikamekw Nehirowisiwokk*,[54] entre ellos Sylvie Poirier, quien ha explorado la visión del mundo entre los *Atikamekw Nehirowisiwok* gracias a un concepto derivado de la etnografía y transpuesto a la antropología, conocido como el "giro ontológico",[55] aborda este cambio de paradigma que implica la suspensión del concepto de universalismo propiciado por la ontología naturalista. La llamada ontología naturalista traduce el modelo occidental de percepción de la naturaleza humana, que durante mucho tiempo ha sido transpuesto de manera universal, con una variedad de expresiones culturales que han servido más como un instrumento de neutralización para los grupos indígenas.[56]

---

[53] Brief on Bill 113, 2017, p. 8.

[54] Éthier, Benoît, *Orocowewin notcimik itatcihowin. Ontologie politique et contemporanéité des responsabilités et des droits territoriaux chez les Atikamekw Nehirowisiwok (Haute-Mauricie, Québec) dans le contexte des négociations territoriales globales*, *cit*.

[55] Poirier, Sylvie, Jérôme Laurent y Société d'histoire atikamekw (Nehirowisiw Kitci Atisokan), "Présentation: Les Atikamekw Nehirowisiwok: territorialités et savoirs", *RAQ* vol. 44, núm. 1, 2014, p. 2.

[56] Poirier, Sylvie, "The Dynamic Reproduction of Hunter-Gatherers Ontologies and Values"

Con el advenimiento del "giro ontológico", Poirier explica que tomar en cuenta la diferencia ahora implica tener en cuenta la propia concepción de la diferencia, para así extraer de ella lo impensado de "nuestro pensamiento".[57] Señala que los indígenas distinguen entre los conceptos de diferencia (que puede ser cultural, política, ontológica, en estos términos, las relaciones son diferentes porque hay humanos y no humanos) y diversidad (que es un "derecho", una condición de la manera de vivir).[58]

Poirier explica cómo varios grupos indígenas han redefinido ellos mismos su relación dialéctica y dialógica, particularmente con las instituciones religiosas, las instituciones políticas y los procesos de individuación en la sociedad moderna, donde han surgido muchos conceptos exploratorios e innovadores. Para ella, el concepto de "giro ontológico" constituye una nueva fuente de información relativa a las teorías de la realidad. De hecho, más que verlo como construcciones simbólicas, el "giro ontológico" alienta una revisión de conceptos básicos en la teoría social, tales como paternidad, agencia, conocimiento, poder, trabajo e intercambio.[59]

Entonces, para comprender la realidad *nehirowisiw*, es importante distanciarse del concepto de creencia y de las nociones de racionalismo y objetividad promovidas por el conocimiento científico occidental,[60] que difiere de los conceptos de racionalidad y ancestralidad propios del *Atikamekw Nehirowisiwok* y que son flexibles, permeables y negociables entre humanos y no humanos.[61] Según Poirier, estos conceptos entre los *Atikamekw Los nehirowisiwok* se basan en valores fundamentales de autonomía personal, reciprocidad, compartir e intercambiar. Ella enfatiza que este cambio de paradigma es considerable, ya que ahora nos lleva a otra forma de entender las nociones de diferencia, alteridad y multiplicidad al referirse en adelante a las teorías de la realidad de manera plural. Ella expresa: "que aprehender la diferencia a través de la ontología es particularmente más desestabilizador que aprehenderla a través de la epistemología".[62]

Al seguir este nuevo paradigma, está por un lado la sociedad moderna *emtcikociwic*, que tiene una visión antropocéntrica del mundo, donde se da

dans Janice Boddy et Micheal Lambek (dir.), *A companion to the Anthropology of Religion*,, Hoboken (NJ), John Wiley and Sons Inc., 2013, p. 50.

57 *Ibidem*, p. 51.

58 *Idem*.

59 *Idem*.

60 *Idem.*

61 *Idem.*

62 *Ibidem*, p. 54.

prioridad al ser humano con una dimensión compartimentada y dicotómica entre el objeto (material) y el sujeto (humano). Esta llamada ontología naturalista establece la noción de dualidad (cuerpo-mente, naturaleza-cultura, objeto-sujeto).[63] Contiene una visión antropocéntrica donde *el ser al mundo y el ser en el mundo* consisten en una división absoluta donde las relaciones entre estas categorías son conocidas y enmarcadas.[64] Luego, por otro lado, está la sociedad de cazadores-recolectores, como los *Atikamekw Nehirowisiwok*, quienes tienen otra visión del mundo, en la que el centro está enfocado en las interrelaciones.[65] Esta llamada ontología relacional engloba una visión centrada en todas las relaciones donde conforman la realidad: los valores, las percepciones, las experiencias como parte de la realidad (véase la figura 1. Witcican).[66]

Según Poirier, la clave para comprender su ontología relacional es analizar dentro de la noción de persona, que incluye tanto la persona "dividual" (lo opuesto a la individualidad), como la noción de yo relacional que establece relaciones que son intrínsecas (como un individuo-uno mismo y un yo grupal) en lugar de extrínseco (como una noción individualista de la persona).[67] La particularidad es que esta noción de persona "individual" incluye un sentido de responsabilidad hacia los demás.[68]

Así, según la ontología relacional del *Atikamekw Nehirowisiwok*, conocer el mundo es saber interactuar con otros organismos (*agencéités*) que tienen voluntad propia.[69] En consecuencia, *Nehirowisiw* es un ser encarnado, comprometido en una interrelación consciente con una red de parentesco que involucra, por parte del yo relacional, formas continuas de intercambio

---

63 *Idem*.

64 *Idem*.

65 *Idem*.

66 Véase *idem*. Las relaciones sociales incluyen seres humanos y no humanos que participan en el intercambio, la reciprocidad y la sociabilidad. La experiencia considera el potencial de comunicación entre ser humano y no humano concebido y expresado de manera permeable, flexible y negociable. Las relaciones e interrelaciones parentales establecen, informan y orientan formas locales de subjetividad, haciendo que los vínculos de filiación y afiliación sean omnipresentes y se fusionen.

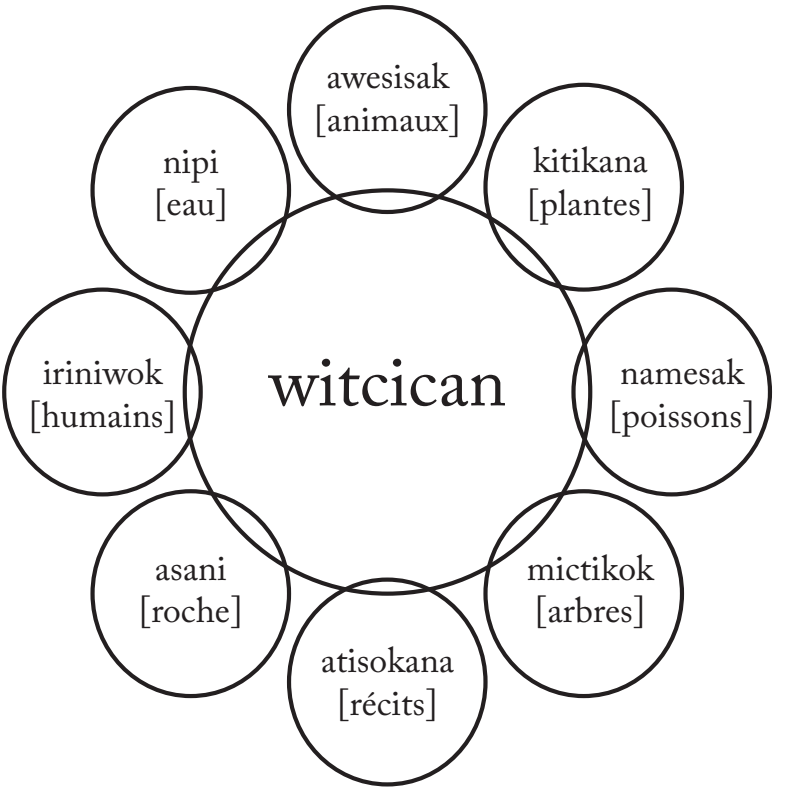
67 Poirier, Sylvie, Jérôme Laurent y Société d'histoire atikamekw (Nehirowisiw Kitci Atisokan), "Présentation: Les Atikamekw Nehirowisiwok: territorialités et savoirs", *RAQ* vol. 44, núm. 1, 2014, p. 146.

68 *Idem*.

69 Poirier, Sylvie, "Contemporanéités autochtones, territoires et (post)colonialismo", *Anthropologie & Sociétés*, vol. 24, núm. 1, 2000, p. 137).

y negociación con responsabilidades a través del *bosque notcimik*,[70] que significa "de dónde vengo".[71] El "giro ontológico" u ontología relacional, siguiendo la visión del mundo entre los *Atikam ekw Nehirowisiwok* de Manawan, es transpuesto por el concepto de *witcican*, como se ilustra en la figura 1.4.

Figura 1. Witcican



La ontología relacional permite comprender la base del régimen jurídico consuetudinario del Atikamekw Nehirowisiwok y, en consecuencia, situar mejor las nociones y conceptos jurídicos de *wactenmakanicic e opikihakaniwitc*.

[70] *Éthier y Poirier, 2018, p. 106.*

[71] Wyatt, Stephen y Chilton, Yvon, "L'occupation contemporaine du Nitaskinan par les Nehirowisiwok de Wemotaci", *cit.*

IV. Una visión general de wactenmakanicic e opikihakaniwitc, el sistema legal consuetudinario comprometido con el empoderamiento de los niños

Las características distintivas de wactenmakanicic e opikihakaniwitc se presentan utilizando un marco tomado del programa de integración Legitimus, llevado a cabo bajo la dirección del profesor Ghislain Otis y la Cátedra de Investigación de Canadá sobre Diversidad Legal y Pueblos Indígenas.[72]

Los *Atikamekw Nehirowisiwok* de Manawan participaron en este programa de integración en tres áreas específicas, particularmente en la protección de niños y jóvenes. Su participación se manifestó a través del Conseil de la Nation Atikamekw, que fue un socio importante.[73] En vista de resaltar la legalidad de un ordenamiento jurídico, la hipótesis epistemológica propuesta a los investigadores en el marco del programa de integración fue identificar todos los elementos fundamentales relacionados con todo ordenamiento jurídico, de ahí los valores, principios, reglas, actores y procesos.[74]

Siguiendo el ordenamiento jurídico occidental, el término "valor" se define en el sentido de "carácter, cualidad de lo que se desea, se valora, porque dado y juzgado por una determinada comunidad, como deseable o estimable".[75] Mientras que "principio" se define como "un estándar de referencia basado en valores y sobre el cual debe regularse una acción o conducta".[76] Mientras que una "regla" es "una prescripción específica aplicada a una situación particular para dar efecto práctico a un principio".[77]

Para facilitar la distinción entre las nociones de *valor*, *principio* y *regla*, se sugiere aprehenderlas como un tríptico o "conjunto de conceptos anidados" para establecer vínculos entre un valor que es un ideal a alcanzar, un principio que sirve para enmarcar conductas y una regla que prescribe conductas específicas.[78] Los actores vinculados al ordenamiento jurídico de Quebec están adscritos a instituciones estatales (DPJ Defensa de la ju-

---

[72] Ver el sitio web.

[73] Jaccoud, Mylène *et al.*, "Le pluralisme juridique en contexte atikamekw nehirowisiw dans le secteur pénal et la protection de la jeunesse", *RGD*, vol. 48, núm. 1, 2018, p. 9.

[74] Otis, Ghislain (dir.), *Contributions à l'étude des systèmes juridiques autochtones et coutumiers*, Québec (QC), Presses de l'Université Laval, 2018, p. 9.

[75] *Idem*.

[76] *Idem*.

[77] *Idem*.

[78] *Idem*.

ventud, tribunales, etcétera) y no estatales (padres de origen, padres adoptivos, el niño según su edad y su capacidad de discernimiento). Así que el proceso abarca un componente administrativo y un componente judicial en materia de adopción y protección de menores en el ordenamiento jurídico de Quebec.

A pesar de cierta incomodidad con el enfoque comparativo, particularmente debido a los fundamentos completamente diferentes entre los sistemas legales consuetudinarios y civilistas, tener en cuenta los elementos fundamentales del sistema de protección y adopción de niños de Quebec ha facilitado la identificación de los elementos fundamentales en el sistema legal consuetudinario. Este mismo esquema de inteligibilidad fue utilizado en la protección infantil entre los *Atikamekw Nehirowisiwok* por las profesoras Marie-Ève Sylvestre y Mylène Jaccoud.[79] Su investigación también ha demostrado que los *Atikamekw Nehirowisiwok* operan con el principio de regulación normativa que no está exclusivamente institucionalizada.[80] Es decir, su ordenamiento jurídico se genera por la producción y aplicación de normas que son "estructuradas por la acción colectiva en la que los actores sociales ocupan un lugar central".[81]

Según los datos etnográficos recopilados en Manawan en 2018, un total de 17 participantes narraron sus experiencias personales, en términos de *opikihawasowin* como niño, de padre de origen y padre adoptivo en su lengua materna, Atikamekw Nehiromowin. Durante el análisis en profundidad de los datos, se agregaron dos categorías: abuelos y bisabuelos. Inspirándome en el diagrama de inteligibilidad, transpuse los cinco elementos fundamentales desde la perspectiva del *Atikamekw Nehirowisiwok* de Manawan y partiendo del lenguaje Atikamekw Nehiromowin para describir los elementos fundamentales y los diferentes conceptos de *wactenmakanicic e opikihakaniwitc*.

En *Atikamekw Nehiromowin*, el término *Kimocominook-Kokominook* evoca los relatos de la creación, los antepasados (humanos, no humanos, vivos, no vivos) y todas las enseñanzas sagradas, incluidos los valores tradicionales. *Kimocominook-kokominook* es de cierta forma una ley sagrada

[79] Jaccoud, Mylène *et al.*, "Le pluralisme juridique en contexte atikamekw nehirowisiw dans le secteur pénal et la protection de la jeunesse", *cit.*

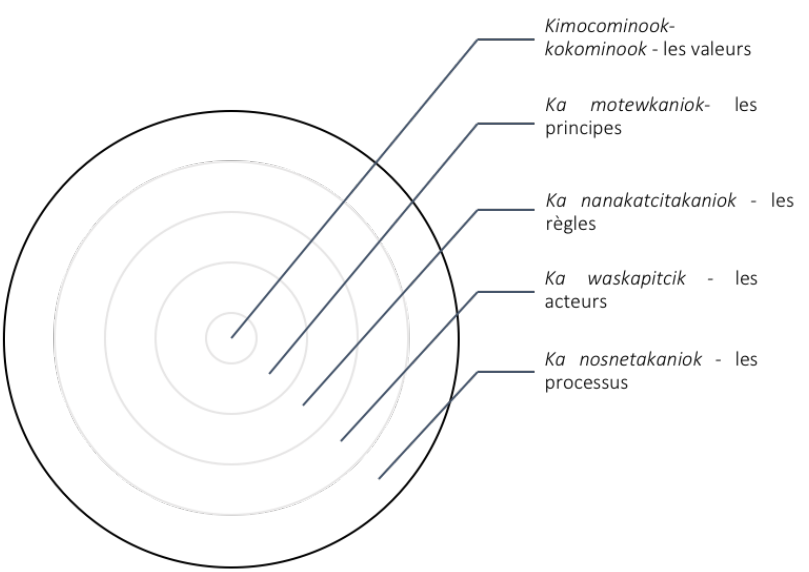
[80] *Idem*.

[81] *Idem*. Bajo este principio, no es apropiado prescribir una conducta a otra persona o criticar las acciones de otra persona; se busca cierta moderación cuando se busca influir en la conducta de otra persona. Guay, Christiane et al., "Rapport d'intégration 1: Comment se manifeste le pluralisme juridique? Titre du sous-projet: Les pratiques d'adoption coutmière chez les autochtones: la perspective des Innus d'Uashat mak Mani-Utenam", *cit.*, pp. 58-60.

que forma el núcleo fundamental en el corazón del sistema legal consuetudinario. Todavía en *Atikamekw Nehiromowin*, el término *Ka motewkaniok* significa "aquello con lo que caminamos" o "lo que nos guiará", lo que reúne los doce principios identificados a partir de datos empíricos. Mientras que el término *Ka nanakatcitakaniok* significa "lo que observamos" o "a lo que debemos velar", que establece las siete reglas.

En relación con la oralidad, estas reglas deben ser percibidas de manera flexible y liviana. Por ejemplo, la regla relativa a la filiación territorial prevé seguir el vínculo paterno, pero también puede recibir una aplicación diferente según la situación. Lo más importante es aclarar la filiación territorial para evitar situaciones de conflicto familiar (ver *Pisimw otatisokan*). Luego, el término *Ka waskapitcik* designa a "aquellos que se sientan alrededor", en referencia a los diversos actores involucrados en asuntos de *opikihawasowin*. Mientras que el término *Ka nosnetakaniok* se describe por "el camino a seguir", donde podemos ver los dos procesos: familiar y comunitario. El sistema legal consuetudinario *wactenmakanicic e opikihakaniwitc* encarna un enfoque holístico integral donde todo está interrelacionado e interconectado, como se ilustra en la figura II.

Figura II. Diagrama de inteligibilidad que ilustra la perspectiva del *Atikamekw Nehirowisiwok* de Manawan



Varios valores fueron mencionados directamente por los participantes (don, ayuda mutua, responsabilidad, deber, verdad, respeto por la voluntad del niño, las enseñanzas tradicionales y la herencia del niño). Otros valores fueron agregados durante el análisis (generosidad, preocupación por el bienestar del niño, respeto por los abuelos y devoción por los mayores).

Sin embargo, las enseñanzas transmitidas por *Kokominook-Kimocominook* se han agrupado en torno a siete valores tradicionales de la siguiente manera: *coweritcikewin* (don, compasión), *kacteritcikewin* (respeto), *witcihitowin* (ayuda mutua, generosidad), *tipaterimowin* (humildad), *tapwewin* (verdad), *tapwerimitisowin* (autoestima, confianza en sí mismo], *kitaweritamowin* (sabiduría).

Con respecto *a Ka motwekaniok*, se han observado algunos principios entre otros grupos indígenas. Por ejemplo, entre los Innu, los observadores se han referido a los principios de "don",[82] de no interferir con la vida privada[83] y de libertad individual,[84] igualdad de trato[85] y de apego múltiple.[86]

La identificación previa guió la identificación de los doce principios existentes entre los *Atikamekw Nehirowisiwok* de Manawan, tales como: *Kice manito okitci coweritcikewin* (principio del "don del creador"), *kitci mirakaniwitc wir tapirowe ka wi icitatc opimatisiwin* (principio de no injerencia en la vida privada de los padres), *tipansiw iriniw opimatisiwinik* (principio de libertad individual para acordar la transferencia de la custodia de un niño), *kitci kanaweritamotisotc wir tapirowe kekociriw opimatisiwinik* (principio de "dividualidad" del niño), *orina kitci kicterimakaniwitcik ka kiceatisitcik* (principio de respeto y devoción a los ancianos), *mocak kitci mirakaniwitc mirerimowiniw awacic* (principio de compromiso con el bienestar del niño), *e tacitocik awacak mocak tapickotc kitci ici witcihakaniwitcik* (principio de igualdad), *mocak kitci motemikok witcihitowin* (principio de ayuda

---

82 Guay, Christiane *et al.*, "Rapport d'intégration 1: Comment se manifeste le pluralisme juridique? Titre du sous-projet: Les pratiques d'adoption coutmière chez les autochtones: la perspective des Innus d'Uashat mak Mani-Utenam", 2015, p. 15, disponible en: *Legitimus*, *www.legitimus.ca/static/uploaded/Files/Documents/Rapports/Guay-Grammond---Premier-rapport-adoption-coutumiere.pdf*.

83 Lacasse, Jean-Paul, *Les Innus et le territoire: Innu tipenitamun*, Québec, Septentrion, 2004.

84 Guay, Christiane *et al.*, "Rapport d'intégration 1...", *cit.*, p. 16.

85 *Ibidem*, p. 17.

86 Grammond, Sébastien y Guay, Christiane, "L'interaction entre le droit innu et le droit québécois de l'adoption", *RGD*, vol. 48, núm. 1, 2018, p. 16. Bajo este principio, no es apropiado prescribir conducta a otra persona o criticar las acciones de otra persona; se busca cierta moderación cuando se trata de influir en la conducta de otra persona Guay, Christiane *et al.*, "Rapport d'intégration 1...", *cit.*, pp. 58-60.

mutua), *ka pakocinamatohikw itotiskewina awacak otci* (principio de complementariedad de roles), *kitci nosnetahikw kititewino* (principio de honor), *kitci pakitanok awacic wir tapirowe kitci iti mihitisotc* (principio de empoderamiento infantil), *kitci otapinak pekatc matisiwiniw kaie miro tipahimatisowiniw* (principio de equilibrio y armonía).

En cuanto a las normas derivadas de los datos, existen *kitci kicteritakonik kaie wir awacic e ici nataweritak* (regla relativa al respeto de la voluntad del menor), *mocak kitci witamowakanitwitc ka acterik kitci kaskeritak* (regla relativa a la no confidencialidad), *mocak kitci matcikockaterik e ici tcirawetciketc* (regla relativa a la no confidencialidad) (regla relativa a la no confidencialidad, mantenimiento de la relación padre-hijo), *kitci wamatc onikihikwa apitc e iteritak* (regla relativa al mantenimiento de contactos), *kitci kaskerimatc e niciritci tapirowe onikihikwa ka ki mirikotc matisiwiniw* (regla relativa a la transferencia total o parcial de la responsabilidad parental), *mocak arimowehin kitci apitak* (norma relativa a la oralidad), *aski kaie kitci apatak irakonikewin awacic otci* (regla relacionada con la afiliación territorial).

Con respecto a *los ka waskapitcik* o actores relacionados con el sistema jurídico consuetudinario, hay *awacic* (niño), *okominan*, *omocominan* (abuela, abuelo), *kokominook* (círculo de kokoms), *nikawi*, *notawi* (materno, paterno) y *onikihikonan* (padres de origen). Luego, los *procesos de Ka nosnetakaniok*, los datos permitieron identificar dos procesos: familiar y comunitario. El reto principal del reconocimiento legal en materia de adopción consuetudinaria en Quebec es el registro de los efectos consuetudinarios o, en su defecto, la aplicación sistemática de los efectos jurídicos.

En Quebec, el régimen de adopción plena tiene el efecto de sustituir permanentemente la filiación biológica, ya que la sentencia de adopción crea una ruptura en el vínculo de filiación original y tiene el efecto de sustituir la filiación biológica de manera completa e irrevocable.[87] Las consecuencias de esta ruptura son importantes ya que pone fin a cualquier vínculo jurídico entre el adoptado y los padres de origen, incluida la retirada de todos los derechos parentales de los padres de origen.

Este régimen conlleva un corte de los contactos con la familia de origen y sobre todo una modificación en materia de derechos sucesorios[88] hasta el cambio de nombre, ya que el tribunal asigna al adoptado el apellido y el nombre elegidos por el adoptante.[89] Los padres de origen son borra-

[87] Véase el artículo 577 *CcQ*.

[88] Paré, 2011, p. 81.

[89] Art. 576 CcQ

dos y sustituidos por la nueva filiación.[90] La consecuencia final es romper los contactos entre el adoptado y los padres de origen, incluso si está previsto un alivio en las reglas de confidencialidad.[91]

Además, los registros judiciales y administrativos relacionados con la adopción son confidenciales, por lo que no se puede revelar ninguna información.[92] Sin embargo, todo adoptado menor de 14 años, con el consentimiento de sus padres o tutores, tiene derecho a obtener de las autoridades, los apellidos y nombres de pila de sus padres de origen, incluyendo los datos que le permitan ponerse en contacto con ellos.[93] Incluso si el adoptado ha alcanzado la mayoría de edad, el padre de origen tiene derecho a obtener los apellidos y nombres que se le han dado y la información que le permite entrar en contacto.[94]

Sin embargo, la información no puede ser revelada si la negativa a comunicar la identidad o la negativa a contactar lo impiden.[95] La denegación de la comunicación puede afectar al nombre original de la persona adoptada si ésta revela la identidad del pariente y progenitor.[96] En cuanto a la denegación de contacto, se podrá comunicar el nombre de la persona buscada, o el nombre de origen de la persona adoptada, siempre que se respete la denegación de contacto.[97] En caso de incumplimiento de la negativa de comunicación o contacto, el beneficiario del acuerdo de confidencialidad (padres naturales o niño) podrá reclamar daños punitivos.[98]

Tras el reconocimiento legal de la adopción consuetudinaria, el legislador decidió reconocer simbólicamente los lazos de filiación preexistentes aliviando la regla de quiebre del vínculo de filiación que opera en la adopción legal plena. A primera vista, esta facilidad parece estar en línea con el principio de mantener el vínculo de filiación defendido por el *Atikamekw Nehirowisiwok* de Manawan. Con los términos y condiciones previstos en este reconocimiento, la persona adoptada deja de pertenecer a su fami-

---

90 Art. 577al1 y 577.1 *CcQ*".

91 Art. 582 a 584.1 *CcQ*.

92 Art. 582 *CcQ*.

93 Art. 583 párr 1 *CcQ*.

94 Art. 583al2 *CcQ*.

95 Art. 583al3 *CcQ*.

96 Art. 583.1 *CcQ*.

97 Art. 583.2 *CcQ*.

98 Art. 583.2 al2 *CcQ*.

lia de origen "conservando" ciertos derechos establecidos en el certificado de adopción.[99]

A este respecto, tras realizar los controles de cumplimiento relacionados con los intereses del niño, al respeto de sus derechos y al consentimiento de los padres de origen y de los padres adoptivos, la autoridad competente debe asegurarse de que se han reconocido los vínculos de filiación preexistentes entre los padres de origen y el niño antes de registrar los efectos consuetudinarios. En cuanto a los *Atikamekw Nehirowisiwok* de Manawan, los efectos consuetudinarios se refieren a la afiliación territorial, el mantenimiento del vínculo de filiación, la no confidencialidad, la transferencia total o parcial de la responsabilidad parental, el respeto de la voluntad del niño y el mantenimiento de los contactos.

Es conveniente precisar que el certificado de adopción consuetudinaria expedido por la autoridad competente es el equivalente a una sentencia de adopción que tiene efectos permanentes, irreversibles e irrevocables. Por lo tanto, si no se consigna ningún efecto consuetudinario en el certificado de adopción consuetudinaria, los efectos jurídicos de la adopción plena se aplicarán automáticamente a la adopción consuetudinaria.

V. Conclusión

Me pareció interesante traer esta reflexión en términos de acceso a la justicia integrando la legitimidad desde la perspectiva de los *Atikamekw Nehirowisiwok* de Manawan, quienes no tienen un término que pueda ser equivalente a "derecho" o "justicia". Como pueblo nómada de tradición oral, continúan transmitiendo sus enseñanzas jurídicas a través de los *atisokana* [relatos, cuentos y leyendas] y ceremonias.

Después de liderar una investigación empírica para documentar *opikihawasowin*m, mi enfoque me permitió vislumbrar la diferencia fundamental entre el sistema de Quebec en términos de adopción y cuidado infantil y el *wactenmakanicic e opikihakaniwtc*, el sistema legal consuetudinario relacionado con el empoderamiento infantil entre los *Atikamekw Nehirowisiwok* de Manawan. Obviamente, es difícil traducir las nociones de filiación, patria potestad, interés del niño, respeto a sus derechos y consentimiento, y otros conceptos que provienen del sistema de derecho civil al sistema de derecho consuetudinario *nehirowisiw*.

[99] Art. 577.1 *CcQ*.

Los conceptos y nociones extraídos del derecho civil no pueden interpretarse integralmente, y ni siquiera tienen resonancia entre los *Atikamekw Nehirowisiwok* de Manawan. Existen varios otros ordenamientos jurídicos indígenas en Quebec y Canadá, algunos de los cuales han sido documentados, como Mi'kmaq, Haudemosaunee, Anhisnabeg, Eeyou, Métis, Carrier, Nisga'a, Inuit[100] e Innu.[101] Los ordenamientos jurídicos indígenas deben ser valorados, revitalizados, enseñados y aplicados en las instituciones académicas universitarias.

En la Universidad de Ottawa, se lanzó un nuevo Programa de Certificado en Derecho Indígena, destinado únicamente a estudiantes indígenas de habla francesa, el cual recibirá la primera generación de estudiantes en agosto de 2022.[102] Durante este programa, los estudiantes indígenas estudiarán los ordenamientos jurídicos de diferentes pueblos indígenas de Canadá, que tendrán que comparar con el ordenamiento jurídico estatal en ciertas áreas.

De este modo, podrán familiarizarse con las fuentes, los fundamentos, los principios y las normas del derecho aborigen y del Estado, en particular, en materia de derecho civil en Quebec. A través del estudio comparativo de los ordenamientos jurídicos indígenas y estatales, los estudiantes indígenas serán llevados a pensar críticamente sobre la naturaleza y los límites de las interacciones entre los sistemas jurídicos. Además, el programa permitirá que los estudiantes indígenas adquieran habilidades básicas, incluso en la ley estatal, para completar con éxito una licencia en Derecho Civil. Este programa único adopta una pedagogía experiencial y holística innovadora, que combina la interdisciplinariedad y el aprendizaje activo para introducir a los estudiantes aborígenes al estudio del derecho.

Las enseñanzas de la Madre Tierra están en el corazón de las tradiciones jurídicas indígenas. Dado que los ordenamientos jurídicos indígenas se transmiten oralmente, se enseñarán en parte a través de relatos, utilizando círculos enfocados en compartir y en la palabra. Los diferentes ejes del enfoque pedagógico incluyen el aprendizaje a través de la acción, el aprendizaje a través de la observación, el aprendizaje a través de la tradición oral, el aprendizaje en el territorio y el aprendizaje a través del análisis de textos.

---

100 Borrows, 2010.

101 Grammond, Sébastien y Guay, Christiane, "L'interaction entre le droit innu et le droit québécois de l'adoption", *cit.*

102 *https://www2.uottawa.ca/faculte-droit/droit-civil/programas-estudios/certificado-ley-indígena.*

Este programa de certificación impulsa el enfoque pedagógico que prevalece entre las Primeras Naciones. La enseñanza del derecho estatal, por su parte, se basará en los métodos tradicionales utilizados en la mayoría de las facultades de Derecho Civil, incluyendo el estudio de la jurisprudencia y los textos de las leyes, en particular el Código Civil de Quebec. Estos métodos de enseñanza ampliarán el conocimiento general, el saber ser y el saber hacer —*le savoir-être et le savoir-faire*— relacionados con los ordenamientos jurídicos indígenas y las leyes estatales, tanto de forma oral como escrita, como una manera de promover la confianza, el conocimiento y las habilidades de los alumnos que, por lo tanto, estarán mejor equipados para emprender y tener éxito en los estudios legales.

El objetivo principal de este programa de certificación es proporcionar a los estudiantes aborígenes una formación básica en derecho, a fin de equiparlos mejor para emprender y tener éxito en los estudios de Licenciatura en Derecho. Al finalizar este programa, los estudiantes podrán: demostrar conocimientos jurídicos básicos relacionados con el derecho indígena y el derecho estatal mediante la identificación de sus fuentes y fundamentos para que puedan ser comparados; aplicar los modos de transmisión del conocimiento indígena mediante la adopción de un enfoque pedagógico experiencial y holístico para la enseñanza de los órdenes jurídicos, realizar investigaciones sobre la coexistencia de los órdenes jurídicos indígenas y no indígenas - allochtones/ para identificar los desafíos, problemas y prácticas relacionados con la actualización de las leyes indígenas; conducir profesionalmente círculos de intercambio para identificar y resolver problemas contemporáneos, y comunicar a diversas audiencias conceptos relacionados con los ordenamientos jurídicos indígenas y estatales utilizando diferentes medios.

En la era de la reconciliación, promovida por diversos instrumentos internacionales, se hace necesario poner en valor los distintos ordenamientos jurídicos indígenas y desarrollar una convivencia armónica y respetuosa de nuestros ordenamientos jurídicos. ¡La Universidad de Ottawa está liderando el camino en este nuevo rumbo!

VI. Bibliografía

Approbation de l'Entente visant à établir un régime particulier de protection de la jeunesse pour les membres des communautés de Manawan et de Wemotaci entre le gouvernement du Québec et le Conseil de la Nation Atikamekw et

l'exclusion de l'application des articles 3.8 et 3.49 de la Loi sur le ministère du Conseil exécutif des ententes à intervenir entre les parties modifiant cette entente, D 13-2018 (2018).

Basile, Suzie, *Le rôle et la place des femmes atikamekw dans la gouvernance du territoire et des ressources naturelles*, thèse de doctorat en sciences de l'environnement, Université du Québec en Abitibi-Témiskamingue, 2017 [non publiée].

Bisonnette, Alain, Karine Gentelet et Guy Rocher, "Droits ancestraux et pluralité des mondes juridiques chez les Innus et les Atikamekw du Québec", *Cahiers d'Anthropologie du droit,* vol. 21, 2005, p. 139.

Code civil du Québec, rlrq c C-1991.

Commission de la santé et des services sociaux des Premières Nations du Québec-Labrador, *Guide de référence: Désignation d'une autorité compétente pour l'adoption et de la tutelle coutumières par les nations ou les communautés des Premières Nations* (Guide), Québec, cssspn, 2018.

Conseil de la Nation Atikamekw, "Identité / Fondements / La Nation Atikamekw / Atikamekw", en ligne: *Atikamekw Sipi, www.atikamekwsipi.com/fr/la-nation-atikamekw/fondements/identite*.

Conseil de la Nation Atikamekw, *Politique sociale atikamekw*, 1997.

Entente visant à établir un régime particulier de protection de la jeunesse pour les membres des communautés de Manawan et de Wemotaci, entre le Conseil de la Nation Atikamekw et le Gouvernement du Québec, 29 janvier 2019, en ligne: *Gouvernement du Québec www.cerp.gouv.qc.ca/fileadmin/Fichiers_clients/Documents_deposes_a_la_Commission/P-445.pdf*.

Éthier, Benoit, "Pluralisme juridique et contemporanéité des droits et des responsabilités territoriales chez les Atikamekw Nehirowisiwok", *Anthropologie & Sociétés*, vol. 40, núm. 2, 2016, p. 181.

Éthier, Benoît, *Orocowewin notcimik itatcihowin. Ontologie politique et contemporanéité des responsabilités et des droits territoriaux chez les Atikamekw Nehirowisiwok (Haute-Mauricie, Québec) dans le contexte des négociations territoriales globales*, thèse de doctorat en anthropologie, Université Laval, 2017 [non publiée].

Fournier, Anne, "De la Loi sur la protection de la jeunesse au Système d'intervention d'autorité atikamekw (siaa)-La prise en charge d'une nation pour assurer le bien-être de ses enfants", efg, núm. 25, 2016.

Gélinas, Clause, *Entre l'assommoir et le godendart : les Atikamekw et la conquête du moyen-nord québécois 1870-1940*, Sillery, Septentrion, 2003.

Grammond, Sébastien y Guay, Christiane, "L'interaction entre le droit innu et le droit québécois de l'adoption", *rgd*, vol. 48, núm. 1 2018, 123.

Guay, Christiane y Grammond, Sébastien, "Les enjeux de l'application des régimes de protection de la jeunesse aux familles autochtones", *NPS,* vol. 24, núm. 2, 2013, p. 67.

Guay, Christiane *et al.*, "Rapport d'intégration 1: Comment se manifeste le pluralisme juridique? Titre du sous-projet: Les pratiques d'adoption coutmière chez les autochtones: la perspective des Innus d'Uashat mak Mani-Utenam", 2015, en ligne (pdf): *Legitimus*, *www.legitimus.ca/static/uploaded/Files/Documents/Rapports/Guay-Grammond---Premier-rapport-adoption-coutumiere.pdf*.

Jaccoud, Mylène *et al.*, "Le pluralisme juridique en contexte atikamekw nehirowisiw dans le secteur pénal et la protection de la jeunesse", *RGD*, vol. 48, núm. 1, 2018, p. 91.

Kaufmann, Jean-Claude y Singly, François de, *L'entretien compréhensif*, París, Colin, 2016.

Lacasse, Jean-Paul, *Les Innus et le territoire: Innu tipenitamun*, Québec, Septentrion, 2004.

Larivière, Mylène, "Le régime coutumier de l'adoption des enfants autochtones : l'exemple du droit des Inuits du Nunavik", dans Ghislain Otis (dir.), *L'adoption coutumière autochtone et les défis du pluralisme juridique*, Québec (QC), Presses de l'Université Laval, 2013.

Loi sur la protection de la jeunesse, LRQ, c P-34.1.

Loi sur les Indiens, LRC 1985, c I-5.

Otis, Ghislain (dir.), *Contributions à l'étude des systèmes juridiques autochtones et coutumiers*, Québec (QC), Presses de l'Université Laval, 2018.

Poirier, Sylvie, "Contemporanéités autochtones, territoires et (post)colonialismo", *Anthropologie & Sociétés*, vol. 24, núm. 1, 2000, p. 137.

Poirier, Sylvie, "Reflections on Indigenous Cosmopolitics-Poetics" (2008) 50:1 Anthropologica 75.

Poirier, Sylvie, "The Dynamic Reproduction of Hunter-Gatherers Ontologies and Values" dans Janice Boddy et Micheal Lambek (dir.), *A companion to the Anthropology of Religion*,, Hoboken (NJ), John Wiley and Sons Inc., 2013, 50.

Poirier, Sylvie, Jérôme Laurent et la Société d'histoire atikamekw (Nehirowisiw Kitci Atisokan), "Présentation: Les Atikamekw Nehirowisiwok: territorialités et savoirs", *RAQ* vol. 44, núm. 1, 2014, p. 3.

Québec, Assemblée Nationale, Commission des institutions, *Mémoire portant sur le projet de loi 113, Loi modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives en matière d'adoption et de communications de renseignements*, Recueil annuel des lois du Québec, 2017, c 12 (Stéphanie Vallée).

Québec, Ministère de la Justice, *Rapport du groupe de travail sur l'adoption coutumière en milieu autochtone*, Bibliothèque et Archives Nationales du Québec, 2012, en ligne: *www.justice.gouv.qc.ca/francais/publications/rapports/pdf/rapp_adop_autoch_juin2012.pdf*.

Sylvestre, Marie-Eve *et al.*, "Rapport d'intégration 1: Renforcer la gouvernance atikamekw : vers un modèle de prise en charge des conflits et problèmes liés à la violence conjugale et à la protection de la jeunesse", 2017, en ligne (pdf): *Legitimus www.legitimus.ca/static/uploaded/Files/Documents/Rapports/rapport%201%20atikamekw%20violence%20conjugale/Rapport-dintegration-1---20-juin-2017.pdf*.

Wyatt, Stephen et Yvon Chilton, "L'occupation contemporaine du Nitaskinan par les Nehirowisiwok de Wemotaci", *RAQ*, vol. 44, núm. 1, 2014, p. 61.

La judicatura como garante de la diversidad: una exigencia de la legitimidad democrática

Mylene **Valenzuela Reyes***

Sumario. I. Introducción. II. Juez competente e imparcial. III. La judicatura en su rol de garante de los derechos y garantías fundamentales de los grupos de especial protección, el rol de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. IV. Más allá de los derechos individuales. V. Los márgenes de actuación judicial y los pueblos indígenas: algunas consideraciones en torno a los estándares internacionales de la justicia interamericana y la imparcialidad. VI. Juez imparcial. VII. Conclusiones y reflexiones finales. VIII. Bibliografía.

I. Introducción

Una de las cuestiones más trascendentales en la actualidad es la misión que tiene el Poder Judicial y su incidencia en la configuración de los Estados democráticos constitucionales, en especial cuando el mundo hoy se enfrenta a una crisis pandémica que ha recrudecido las desigualdades y en especial

* Profesora jornada de la Facultad de Derecho y Humanidades de la Universidad Central, Santiago, Chile. Dirección electrónica: mvalenzuelare@gmail.com, núm. de Orcid 0000-0002-0572-8485.

en América, que se ha convertido, a juicio de la Comisión Interamericana, en la región "más desigual del planeta", caracterizada por profundas brechas sociales en que la pobreza y la pobreza extrema constituyen un problema transversal a todos los Estados de la región[1] que afecta en mayor medida a los grupos de especial protección que viven en contextos de discriminación estructural.

En estos contextos de fragmentación y cambio, los jueces en ejercicio de sus funciones *instrumentales* (solución de litigios, control social, administración y creación del derecho), *políticas* (son parte de la estructura del Estado, son órganos de soberanía) y *simbólicas* (compromete todo el sistema social) constituyen una pieza fundamental para las sociedades democráticas, y en el que el funcionamiento independiente, accesible y eficaz de la justicia constituye uno de los más fuertes factores de legitimidad del poder político.[2]

El Poder Judicial tiene sus fuentes propias de legitimidad que se vinculan con el rol que constitucionalmente desarrolla: garantizar los derechos de las personas, en especial de sus derechos fundamentales, lo que exige el apego a las normas constitucionales y los derechos internacionalmente reconocidos.

Para Ferrajoli la legitimidad propia del Poder Judicial se explicaría por su función de garantía, vinculada a lo que él denomina la esfera *de lo indecidible*, "de lo «indecidible que», es decir, la lesión o restricción de los derechos de libertad, sobre los que ninguna mayoría puede legítimamente decidir, y de lo «indecidible que no»… dado por la satisfacción de los derechos sociales sobre los que ninguna mayoría puede dejar de decidir. En tanto, queda fuera de la función judicial, la «esfera de lo decidible», o sea de las decisiones legítimas, a través de la representación política, del consenso popular".[3]

Los fundamentos específicos de legitimidad de la función judicial para este autor, que la diferencia de la función política de gobierno (basada en el consenso y la representación política) serían esencialmente dos: la naturaleza cognitiva de los presupuestos de la jurisdicción y el papel de garantía de los derechos de los ciudadanos. La primera función proviene del principio de legalidad, supone la verificación de hechos, además de prescriptiva, clara-

[1] Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Resolución núm. 1/2020 Pandemia y derechos humanos en las Américas*, adoptada el 10 de abril de 2020.

[2] De Sousa Santos, Boaventura, *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho*, Bogotá, Trotta, ILSA, 2009, pp. 111-113.

[3] Ferrajoli, Luigi, "Las fuentes de legitimidad de la jurisdicción", *Reforma Judicial. Revista Mexicana de Justicia*, núms. 15 y 16, 2013, p. 170.

mente reconocible por la motivación, de hecho y de derecho. Las decisiones judiciales son siempre verificaciones de una violación, y exigen por tanto una motivación fundada en argumentos cognitivos respecto de los hechos y recognitivos respecto del derecho, cuya verdad... empírica, depende tanto su *validez* o legitimidad jurídica, como su *justicia* o legitimidad política: si criticamos una condena o una absolución por considerarlas injustas es porque entendemos que son falsas sus motivaciones.[4]

La naturaleza cognitiva de la jurisdicción implica la afirmación de la ley, así como garantizar "la inmunidad de la persona frente a decisiones arbitrarias", funciones que explican "el carácter no consensual ni representativo de la legitimidad de los jueces y para dar fundamento a los requisitos de imparcialidad e independencia respecto a cualquier poder, porque reside en la garantía de la verificación imparcial de lo verdadero.[5]

La participación de una judicatura que ejerza sus funciones y respete "la propia garantía procesal, de la igualdad formal, de los derechos procesales, de la imparcialidad, de la posibilidad de recurso" dará a la judicatura la mayor eficacia en el orden simbólico en una sociedad. De esta forma, "la perdida de eficacia procesal por la falta de acceso, de la morosidad, del coste o de la impunidad" afectará la credibilidad simbólica de la protección judicial"[6] y debilitará su legitimidad, lo que hace exigible en algunos casos la reforma al sistema judicial de manera de "producir transformaciones en una administración de justicia lenta, con escasa disponibilidad de medios, y —para colmo— gravemente cuestionada a partir del estado público que ha ido tomando la indigna conducta de algunos de sus miembros, afectando la imagen y credibilidad del conjunto".[7]

La fuente de legitimidad de la jurisdicción se revela por el riguroso respeto a las garantías sustanciales como a las procesales penales y procesales, esenciales garantías de la persona contra el arbitrio policial y judicial. Así, en materia penal las garantías sustanciales de la determinación, de la materialidad, de la lesividad de las hipótesis del delito aseguran la verificabilidad y la falseabilidad en abstracto, mientras que las procesales como la presunción de inocencia, la carga de la prueba y el derecho de defensa.

---

4 *Ibidem*, p. 172.

5 *Ibidem*, pp. 172 y 173.

6 De Sousa Santos, Boaventura, *Sociología jurídica crítica…*, *cit.,* p. 113.

7 Del Percio, Enrique, "Seguridad sustentable y estructura de dominación", *Revista Colección*, vol. XX, núm. 10, 2017, p. 28.

II. Juez competente e imparcial

Uno de los elementos centrales para la legitimidad judicial es la existencia de un juez competente, libre e imparcial y "una profesión jurídica independiente y calificada… independencia e imparcialidad siguen siendo extremadamente vulnerables, están en peligro o simplemente no existen en muchas partes del mundo".[8] Respecto a la exigencia de la existencia de un juez competente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH) en el *caso Poblete Vilches y otros vs. Chile* (2018) señala que la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) en el artículo 8.1 "garantiza que las decisiones en las cuales se determinen derechos de las personas deben ser adoptadas por las autoridades competentes que la ley interna determine y bajo el procedimiento dispuesto para ello".[9]

Por otra parte, las personas tienen el derecho a ser juzgadas por un juez o tribunal imparcial, lo que constituye:

> Una garantía fundamental del debido proceso, debiéndose garantizar que el juez o tribunal en el ejercicio de su función como juzgador cuente con la mayor objetividad para enfrentar el juicio [esto exige] que el juez se aproxime a los hechos de la causa careciendo, de manera subjetiva, de todo prejuicio y, asimismo, ofreciendo garantías suficientes de índole objetiva que inspiren la confianza necesaria a las partes en el caso, así como a los ciudadanos en una sociedad democrática [por otra parte] implica que sus integrantes no tengan un interés directo, una posición tomada, una preferencia por alguna de las partes y que no se encuentren involucrados en la controversia.[10]

Como señala Naciones Unidas, el juez debe aparecer actuando sin estar sujeto a influencia, aliciente, presión, amenaza o intromisión, directa o indirecta, sino única y exclusivamente conforme a —y movido por— el derecho (Naciones Unidas, 1985).

La imparcialidad debe ser presumida, la prueba en contrario debe contener elementos específicos y concretos, determinar si el juez ha manifestado

---

[8] Pinto, Mónica, *Informe de la Relatora Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados. Consejo de Derechos Humanos 32 periodo de sesiones*, del 5 de abril de 2016, párr. 3.

[9] Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2018, párr. 194.

[10] La Corte al respecto cita los casos: *Palamara Iribarne vs. Chile*, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 22 de noviembre de 2005, párr. 146, y *caso Duque vs. Colombia*, párr. 162.

hostilidad o si ha hecho que el caso sea asignado a él por razones personales, si claramente se han dejado influenciar por aspectos o criterios ajenos a las normas legales, criterios contenidos en diversos casos de la justicia interamericana.[11]

En cualquier caso, los jueces deben desarrollar su labor con aplicación estricta al principio de no discriminación, sus razonamientos y argumentaciones no pueden fundarse en estereotipos negativos, fundados en una preconcepción de atributos o características poseídas en consideración al género, a la pertenencia étnica o racial, orientación sexual u otro tipo de consideraciones similares.[12] Un ejemplo de lo anterior es lo que se consigna en el fallo de la Corte IDH en el *caso Campo Algodonero vs. México*: "finalmente, la Corte observa que algunos informes señalan que la impunidad está relacionada con la discriminación contra la mujer. Así, por ejemplo, el Informe de la Relatora de la CIDH concluyó que [c]uando los perpetradores no son responsabilizados —como en general ha ocurrido en Ciudad Juárez— la impunidad confirma que esa violencia y discriminación es aceptable, lo cual fomenta su perpetuación".[13]

III. La judicatura en su rol de garante de los derechos y garantías fundamentales de los grupos de especial protección, el rol de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

La garantía de los derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos y ciudadanas es la base de la división de poderes y de la naturaleza legal de la legitimidad de la jurisdicción, porque tales derechos son universales, virtualmente contra las mayorías y los poderes de mayoría [así]también las fun-

---

[11] Corte IDH, 2018, párr. 197, 2012, párr. 190.

[12] En los casos González y otras vs. México (párr. 401), la Corte IDH señala: "el estereotipo de género se refiere a una pre-concepción de atributos o características poseídas o papeles que son o deberían ser ejecutados por hombres y mujeres respectivamente. Teniendo en cuenta las manifestaciones efectuadas por el Estado (supra párr. 398), es posible asociar la subordinación de la mujer a prácticas basadas en estereotipos de género socialmente dominantes y persistentes, condiciones que se agravan cuando los estereotipos se reflejan, implícita o explícitamente, en políticas y prácticas, particularmente en el razonamiento y el lenguaje de las autoridades de policía judicial, como ocurrió en el presente caso. La creación y uso de estereotipos se convierte en una de las causas y consecuencias de la violencia de género en contra de la mujer. Véase también *caso Atala Riffo* (2012), párr. 111.

[13] Corte IDH, 2009, p. 163.

ciones y las instituciones encargadas de su defensa deben ser, virtualmente, contra mayoritarias.[14]

Los fundamentos de una judicatura garante de derechos conllevan cuestiones complejas, que tienen implicancias en el concepto mismo de justicia y en recobrar la fe en la justicia humana, sobre todo cuando no la encuentran en sus propios Estados, llamados a impartirla, como señala el juez Cançado Trindade:

> El contencioso de los «Niños de la Calle»… reveló la importancia del acceso directo de los individuos a la jurisdicción internacional, posibilitándoles reivindicar sus derechos contra las manifestaciones del poder arbitrario, y dando un contenido ético a las normas tanto del derecho público interno como del derecho internacional. Su relevancia fue claramente demostrada ante la Corte en el curso de aquel procedimiento contencioso, en el cual las madres de los niños asesinados, tan pobres y abandonadas como los hijos, tuvieron acceso a la jurisdicción internacional, comparecieron a juicio, y, gracias a las sentencias de fondo y reparaciones de esta Corte, que las ampararon, pudieron al menos recuperar la fe en la justicia humana.[15]

La legitimidad de la intervención judicial en muchos casos implica responder a quien se encuentra, como dice Sousa Santos, al otro lado de la línea, que no existen "en ninguna forma relevante o comprensible".[16] Personas invisibilizadas que suelen ser objeto de discriminación que traspasan a la judicatura como lo ha constatado la Corte Interamericana en los casos de mujeres indígenas, víctimas de violencia sexual, han negado un acceso efectivo a la justicia donde se han podido apreciar dilaciones tardías o nula administración de justicia, donde "frecuentemente [se] rebaten las denuncias, hacen recaer la carga de la prueba sobre la víctima y los mecanismos de investigación son defectuosos, e incluso, amenazadores e irrespetuosos".[17] O en aquellos casos donde los niños, concebidos como "menores" "infractores de ley" son olvidados en centros rehabilitadores, reeducadores en los cuales se les castigan, disciplinan a través de la normalización de la tortura y donde la justicia no alcanza y simplemente las leyes no se cumplen.[18]

---

[14] Ferrajoli, Luigi, *op. cit.,* p. 175.

[15] Corte IDH, 2004, párr. 2.

[16] De Sousa Santos, Boaventura, *Más allá del pensamiento abismal: de las líneas globales a una ecología de saberes*. *Epistemologías del sur (perspectivas)*, 2014, pp. 31 y 32.

[17] Corte IDH, 2010, párr. 185.

[18] Corte IDH, 2004, párr. 79.

De allí que hoy cobre mayor vigencia la función de garantía de la judicatura frente a los grupos más vulnerables por la sociedad, exigencias de un actuar legítimo de los jueces y juezas frente a sujetos pertenecientes a culturas distintas a la suya que desconocen el funcionamiento del sistema legal y judicial, existencia de límites, condiciones para la actuación judicial legítima y lo no menos pacífico, el carácter independiente que debe gozar la judicatura en el ejercicio de sus facultades, aun cuando ello no sea popular ni cuente con aquiescencia de la opinión pública que puede estar sesgada por la presencia de estereotipos, y prejuicios,[19] que deben enfrentar discursos oficiales a veces hostiles que contribuyen a deslegitimizar la judicatura "y a socavar el principal mecanismo de que disponen las sociedades democráticas para resolver los conflictos de manera pacífica y proporcionar un recurso efectivo a las víctimas de las violaciones de los derechos humanos".[20]

Es interesante constatar cómo la judicatura ha considerado necesaria la elaboración de reglas básicas relativas al acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad. Primero en la "Carta de Derechos de las Personas ante la Justicia en el Espacio Judicial Iberoamericano"[21] y luego a través de la Reglas de Brasilia de 2008 actualizadas diez años después. De esta forma el sistema de justicia se concibe "como un instrumento para la defensa efectiva de los derechos de las personas en condición de vulnerabilidad [que] puede contribuir de forma importante a la reducción de las desigualdades sociales, favoreciendo la cohesión social".[22]

Por otra parte, el rol del sistema de protección regional de derechos humanos resulta fundamental para la legitimación de la justicia. Es manifiesto la influencia que tiene la Corte y Comisión Interamericana de Derechos Humanos, quien ha consagrado, a través de su jurisprudencia uniforme, marcos de actuación para ejercer el control de convencionalidad.

---

[19] En el caso de Chile, y frente a ciertos hechos de violencia en la Araucanía, pueden aflorar los prejuicios que forman parte de la criminalización del pueblo mapuche en la zona. Al respecto un estudio del Instituto Nacional de Derechos Humanos (2018), señala que la población considera que en general los pueblos originarios no se caracterizan por ser personas trabajadoras (63.1%), ni agradables (71.7%), ni humildes (65.7%), ni educadas (73.4%), ni solidarias (69.3%); y que parte de sus integrantes tienden a ser violentas (81.6%), rebeldes (82.9%), flojas (69.1%), extrañas (65.2%) y desagradables (67.4%). En cuanto a su rol en las manifestaciones violentas, un 48.2% considera que en algunos casos los indígenas provocan estas situaciones, un 12.7% cree que sus actitudes son la causa de la violencia contra ellos, un 33.4% cree que no tienen responsabilidad y son sólo víctimas (p. 19).

[20] Pinto, Mónica, *op. cit.*, párr. 48.

[21] Cancún, 2002.

[22] Iberoamericana, XIX Cumbre Judicial (2018), "100 reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad de 2018", p. 1.

Como lo ha señalado la Corte en el *caso Almonacid vs. Chile*, los jueces como parte del aparato público están sometidos a los tratados internacionales ratificados por sus Estados, "que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos". En esta tarea además deben tener en cuenta la interpretación que ha realizado la Corte "intérprete última de la Convención Americana".[23]

El análisis anterior es especialmente relevante considerando la intervención de la judicatura frente a lo que la legislación y jurisprudencia de Estados Unidos denomina las *categorías sospechosas*[24] o de aquellas *categorías de discriminación prohibida* consideradas en el artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos[25] y el artículo 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, a partir de las cuales la Corte ha sido enfática en señalar en el *caso Atala* que "ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona".[26] Estas categorías constituyen límites en el ejercicio del poder del Estado y de sus agentes, y cobran mayor relevancia tratándose de las personas y grupos más débiles, aquellos en los cuales intersectan múltiples formas de dominación, subordinación intensificados cuando estamos en presencia de la pobreza y la extrema pobreza que coincidentemente pueden pertenecer a otros sectores vulnerables como en el caso de los jóvenes pobres, prietos e periféricos.[27]

Un ejemplo de lo anterior es el caso Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay, donde la Corte al momento de determinar las reparaciones tiene presente que "hay niños que se encontraban en un estado manifiesto de pobreza y que han sido víctimas de graves violaciones a sus derechos hu-

---

[23] Corte IDH, 2016, párr. 124.

[24] Saba, Roberto, *Más allá de la igualdad formal ante la ley. ¿Qué les debe el Estado a los grupos desventajados?*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2016, p. 82.

[25] El artículo 2.1 señala: "Cada uno de los Estados Parte en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social".

[26] Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2012, párr. 91.

[27] Brasil, Glaucíria Mota, Santiago, Érica Maria y Brandão, Marcílio Dantas, "A banalidade da violência policial contra jovens pobres, pretos e periféricos na cidade de Fortaleza", *Dilemas-Revista de Estudos de Conflito e Controle Social*, vol. 13, núm. 1, 2020.

manos".[28] Otro caso es González Lluy vs. Ecuador, en el cual la Corte utiliza por primera vez el concepto de interseccionalidad de derechos, al constatar:

> Que en el caso de Talía confluyeron en forma interseccional múltiples factores de vulnerabilidad y riesgo de discriminación asociados a su condición de niña, mujer, persona en situación de pobreza y persona con VIH. La discriminación que vivió Talía no sólo fue ocasionada por múltiples factores, sino que derivó en una forma específica de discriminación que resultó de la intersección de dichos factores, es decir, si alguno de dichos factores no hubiese existido, la discriminación habría tenido una naturaleza diferente.[29]

IV. Más allá de los derechos individuales

Lo señalado en los párrafos anteriores nos lleva a plantearnos sobre la recepción judicial de los derechos económicos, sociales y culturales, como los derechos a la educación, la salud o el acceso a la justicia, considerados por algunos como "derechos de segunda clase" o no directamente operativos o que los enunciados constitucionales sobre derechos sociales no son justiciables,[30] así también de los nuevos derechos[31] y los derechos propios de los pueblos indígenas y los alcances de sus derechos colectivos[32]

En la búsqueda de una mayor justicia social, la Corte IDH y la justicia constitucional latinoamericana han planteado la justiciabilidad de los DESC a través de diversas estrategias, entre ellas conectar estos derechos y los derechos civiles y políticos para hacerlos exigibles, ha reconocido el principio de progresividad al que estarían sujetos estos derechos, así como la necesidad de establecer acciones concretas o políticas públicas en esta materia.[33]

---

[28] Corte IDH, 2004, párr. 262.

[29] Corte IDH, 2015, párr. 290.

[30] Estay, José Ignacio, "Valor e sentido dos direitos sociais", *Direitos humanos. Teorias e práticas*, Lisboa, Livraria Almedina, 2003, p. 238.

[31] Cassagne, Juan Carlos, "Los nuevos derechos y garantías", *Revista de Investigações Constitucionais*, vol. 3, 2019.

[32] Castro, Luis Alberto, "Alcance de los derechos colectivos de los pueblos indígenas en América Latina", *Revista de Ciencias Sociales (Ve)*, vol. 26, núm. 4, 2020.

[33] Nash, Claudio, "Los derechos económicos, sociales y culturales y la justicia constitucional latinoamericana: tendencias jurisprudenciales", *Estudios constitucionales*, vol. 9, núm.1, 2011, p. 66.

Para la Corte, los tratados internacionales son instrumentos vivos, cuya interpretación debe acompañar la evolución de los tiempos y condiciones de vida actuales conforme a las reglas generales de interpretación contenidas en el artículo 29 de la CADH y Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Interpretación que amplía la base normativa para referirse a la compatibilidad de la actuación de los Estados en materia de DESC. En este sentido se pueden mencionar los casos en que han estado involucrados niños, niñas y mujeres indígenas, donde ha leído las normas de la CADH a la luz de otros instrumentos internacionales, como la Convención de los Derechos del Niño (interés superior, integridad cultural, participación), la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (violencia contra la mujer-niña, aplicación del enfoque de género), Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (derecho a la educación, derecho a los beneficios de la cultura), el Convenio 169 de la OIT y Declaración de Naciones Unidas de 2007 (participación, consulta, territorios).[34]

Como señala Nash, la Corte ha dotado a las disposiciones de la CADH "de un contenido prestacional: ha interpretado de manera extensiva el derecho a la vida, ha dotado de un fuerte contenido normativo y preceptivo al principio de igualdad y no discriminación… ha reinterpretado el Art. 26 de la Convención, de forma tal de dotarlo de un sentido normativo y no sólo programático, estableciendo con claridad el principio de progresividad y no regresividad".[35]

También se puede mencionar el *caso Muelle Flores vs. Perú* (sobre seguridad social) y el de *Poblete Vilches y otros vs. Chile* (2018) (sobre afectación al derecho a la salud). En este caso la Corte enfatiza la obligación de los Estados parte de lograr la adecuación de la legislación interna a los estándares internacionales, al señalar que el artículo 29.b de la Convención dispone expresamente que ninguna de sus disposiciones puede ser interpretada en el sentido de "limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados" [párr. 111]. Señala, además, que las personas mayores tienen derecho a una protección reforzada y, por ende, exige la adopción de medi-

[34] Valenzuela, Mylene, "Niños y niñas indígenas en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *Revista de derecho (Coquimbo),* vol. 23, núm. 2, 2016.

[35] Nash, Claudio, *op. cit*., pp. 70 y 71.

das diferenciadas.[36] Respecto al derecho a la salud, sea en la esfera privada como en la pública, el Estado tiene el deber de asegurar todas las medidas necesarias a su alcance, a fin de garantizar el mayor nivel de salud posible, sin discriminación. Todo ello, en el contexto que las personas mayores tienen derecho a una vejez digna.

Así también, la Corte sostuvo que la edad del señor Poblete Vilches, como categoría protegida de la no discriminación, resultó ser una limitante para que recibiera la atención médica requerida (párr. 175). Por lo anterior y por aplicación al artículo 29 b) de la CADH, Chile en su Constitución[37] asegura el derecho a la protección de la salud, así como en toda la región donde existe un amplio consenso en la consolidación del derecho a la salud, reconocido explícitamente en diversas Constituciones y leyes internas de los Estados de la región, como es el caso de "Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Surinam, Uruguay y Venezuela".[38]

En materia indígena, la actuación y parámetros que fija la Corte cobran particular relevancia frente a conflictos cuyas causas son sociales y políticas, atribuibles a la inacción del Estado o donde existe una criminalización de sus demandas, expresión de formas de dominación, sostenidas en el tiempo, denunciadas por los relatores de Naciones Unidas[39] por los afec-

[36] A partir del Plan de Acción Internacional de Viena sobre el Envejecimiento y las siguientes declaraciones siguieron fomentando la concienciación sobre las necesidades esenciales para el bienestar de las personas mayores. En el sistema universal se adoptaron medidas para promover y proteger los derechos humanos y eliminar la discriminación, abandono, abuso y la violencia; actividades de promoción de la salud y el acceso universal a los servicios de salud durante toda la vida como pilar del envejecimiento con salud. En lo regional se promueve la cobertura universal a los servicios de salud, incorporando el envejecimiento como componente esencial de las legislaciones y políticas nacionales, se impulsa el acceso equitativo a los servicios de salud integral, oportuna y de calidad, y se fomenta el acceso a los medicamentos básicos de uso continuado, fortalecimiento de la prevención y manejo de enfermedades crónicas.

[37] La Constitución chilena señala en su artículo 19, inciso 9: "asegurar a todas las personas el derecho a la protección de la salud, protegiendo el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación del individuo".

[38] Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2018, párr. 113.

[39] Véase, por ejemplo, los informes del relator especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Rodolfo Stavenhagen, resolución 2003/56 de la Comisión, adición, *Misión a Chile*, UN Doc. A/HRC/12/34/ Add.6, 5 de octubre de 2009; el informe del relator especial James Anaya, adición, *La situación de los pueblos indígenas en Chile: seguimiento a las recomendaciones hechas por el Relator Especial anterior*, párrs. 7 y 8, UN Doc. A/HRC/25/59/Add.2, 14 de abril de 2014, Consejo de Derechos Humanos,

tados en organismos internacionales, como es el caso mapuche en Chile donde en los llamados conflictos políticos se han aplicado la Ley de Seguridad del Estado (Ley N° 12.927) y la Ley antiterrorista (Ley N° 18.314), aún cuando podía aplicarse la legislación ordinaria como ocurrió en el caso Norín Catriman y otros,[40] afectando a toda la comunidad, quien han debido soportar la violencia y abuso de las fuerzas de seguridad del Estado, en especial las mujeres, niños y mayores cuando se realizan acciones, registros, allanamientos y ejecutan ordenes de aprehensión de sospechosos.[41]

V. Los márgenes de actuación judicial y los pueblos indígenas: algunas consideraciones en torno a los estándares internacionales de la justicia interamericana y la imparcialidad

Ya hemos constatado la centralidad de la función judicial para el orden democrático y constitucional de derechos en sociedades múltiples, donde la exigencia hoy es el reconocimiento de las diversidades,[42] bajo la lupa de la igualdad material, una igualdad real de oportunidades y de trato en un mundo fragmentado, incierto, en el liberalismo tardío, a la cual se han tenido que someter integrantes de otras culturas, en una migración interna, creciente que los compele a la integración, a urbanizarse, como es el caso de los indígenas en Chile. Junto a la incertidumbre estos colectivos viven dominados, tratando de resistir culturalmente, identidades socavadas por la pérdida territorial y detrimento de sus economías y formas de vida que ha impuesto el modelo extractivista. Época marcada por la inseguridad, la emergencia de demandas sociales que pugnan por el reconocimiento de las diversidades, de nuevos derechos, garantías y mecanismos de representación y participa-

informe del relator especial sobre la promoción y protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo, Ben Emmerson, adición, *Misión a Chile*, párrs. 27 y 49 (expediente de fondo, t. V, folios 2566 a 2587). Todos ellos examinados por la Corte IDH en el caso lonkos.

40 Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2014, párrs. 162-165.

41 *Ibidem,* párr. 85.

42 Véase la Convención sobre la Protección y la Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales (2005), Observación general Núm. 20, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales señala que: "Los Estados parte deben cerciorarse de que las preferencias sexuales de una persona no constituyan un obstáculo para hacer realidad los derechos que reconoce el Pacto... La identidad de género también se reconoce como motivo prohibido de discriminación".

ción con una real incidencia, en contextos altamente excluyentes de la deliberación política.[43]

Tratándose de lo indígena, sociedades preexistentes al Estado se enfrentaron a una "centralidad sociológica (más o menos intensa) [que] fue transformada en una concepción político-ideológica que convirtió al Estado en la fuente única y exclusiva del derecho".[44] Naciones colonizadas que en el algún caso se les reconoció ciertos derechos precoloniales, pero con la intensión de manipularlos, subordinarlos y ponerlos al servicio de la dominación colonial.[45] Cuestiones que fueron aducidas durante el examen del *caso Norín Catrimán y otros vs. Chile*,[46] en el cual se consignaron los problemas actuales que vive el pueblo mapuche, constatados por el relator Rodolfo Stavenhagen, al señalar que "no pueden entenderse sin una referencia a la historia de sus relaciones con la sociedad chilena", porque "[l]a situación actual de los indígenas en Chile es el producto de una larga historia de marginación, discriminación y exclusión, vinculada principalmente a diversas formas opresivas de explotación y despojo de sus tierras y recursos que se remontan al siglo XVI y que llega hasta nuestros días" (párr. 77).

De esta forma, la configuración de las naciones coloniales emancipadas arrancó a partir de un sustrato donde el Estado era unitario, fuente única de regulación, donde los individuos debían sumisión completa a sus leyes dictadas; todo ello sustentado en el principio de soberanía nacional y con fines expansionistas, destinados a anexar los territorios indígenas, base de su identidad como pueblos tal y como se puede advertir en la opinión consultiva de la Corte IDH, OC-23/17 de 2017, donde resalta la vinculación con los derechos territoriales de pueblos indígenas y tribales considerando que el derecho a la propiedad colectiva de éstos está vinculado con la protección y acceso a los recursos que se encuentran en los territorios de los pueblos, pues los recursos naturales son necesarios para la propia supervivencia, desarrollo y continuidad del estilo de vida de dichos pueblos.

---

[43] Como señala el PNUD (2015): "Esta desigualdad está presente también en materia de representación y participación, donde ciertos grupos e individuos siguen estando excluidos de las instituciones formales de representación como el Congreso Nacional (PNUD, 2014). La desigualdad cruza el funcionamiento de todo el sistema democrático, haciendo que unos pocos tengan la posibilidad de representar sus intereses en forma directa, ser reconocidos y escuchados, participar en procesos de deliberación y, en última instancia, definir los temas que integran la agenda pública" (p. 6).

[44] De Sousa Santos, Boaventura, *Sociología jurídica crítica..., cit.,* p. 52.

[45] *Ibidem*, p. 54.

[46] Corte IDH, 2014.

Esta concepción hasta la fecha desconoce la existencia de sistemas normativos, entre ellos los de los pueblos indígenas, que debieran ser aplicados por la judicatura al momento de resolver un conflicto jurídico, en el mejor de los casos por las propias autoridades judiciales que apliquen su derecho propio, como es el caso de Ecuador (artículo 171) y Colombia (artículo 246), a diferencia de Chile que ni siquiera los ha reconocido en su larga historia constitucional, donde impera la idea de un Estado unitario, centralizado, una nación única que no da cabida a la diversidad. País que no se ha puesto en sintonía con los avances operados en el constitucionalismo latinoamericano, que ha reconocido de manera paulatina los derechos de los pueblos indígenas, claro, exceptuando a Chile y Uruguay.

VI. Juez imparcial

Todo lo dicho en el desarrollo del presente estudio cobra especial relevancia en la materia indígena. Tratándose de Chile, este país se encuentra lejos de reconocer y aplicar el derecho indígena, más aún si subsisten sesgos racistas que alcanzan las deliberaciones judiciales, vulnerando el principio de igualdad y del derecho a un juez o tribunal imparcial. Todo se advierte en el caso Norín, así la CIDH señaló al conocer del caso "la metodología para determinar si existió o no discriminación, debe centrarse en el análisis de la motivación del fallo judicial en cuestión", afirmó que la discriminación "tuvo lugar en los fallos judiciales" y solicitó que la Corte analizara la motivación de los mismos. Además sostuvo que se produjo una violación del derecho a un juez o tribunal imparcial, protegido en el artículo 8.1 de la Convención, debido a que "los tribunales...] efectua[ron] una valoración y calificación de los hechos con base en conceptos pre-construidos sobre el contexto que los rodeó, y[...] adopta[ron] su decisión condenatoria aplicando dichos prejuicios".[47]

La discriminación en los espacios judiciales se puede apreciar con mayor intensidad en los casos referidos de mujeres y niños indígenas, donde la actuación de los jueces locales debiera alcanzar los estándares de protección reforzada en razón a las múltiples discriminaciones interseccionales de los que suelen ser objeto. La Comisión Interamericana y la Corte han reconocido que las formas diversas e interseccionales de discriminación que enfrentan las mujeres indígenas aumentan su vulnerabilidad a la violen-

[47] Corte IDH, 2014, párr. 189, b.

cia, posibilitan la repetición de estas formas de discriminación, y contribuyen a la impunidad de las violaciones de sus derechos humanos".[48]

Tomemos el ejemplo de Rosendo Cantú vs. México y los cuestionamientos en torno a la credibilidad de su testimonio, los impactos diferenciados de las violaciones sexuales que tuvo que padecer, y los diversos obstáculos en la obtención de justicia. Así la Corte exalta:

> La presunta víctima es una mujer indígena, en el momento de los hechos menor de edad, que vivía en una zona montañosa aislada, que tuvo que caminar varias horas para recibir asistencia médica por las agresiones físicas sufridas, y para denunciar la violación sexual ante diversas autoridades que hablaban un idioma que ella no dominaba, la cual probablemente tendría repercusiones negativas en su medio social y cultural, entre otros, un posible rechazo de su comunidad[...][49]

Rosendo Cantú representa a una serie de casos en los que existen múltiples afectaciones a los derechos de las mujeres indígenas y donde resulta imprescindible aplicar los enfoques de género, en especial en materias de violencia sexual, interseccionalidad e integridad cultural.[50]

Otro caso que reafirma la jurisprudencia de la Corte es el de *Miembros de la Aldea Chichupac y comunidades vecinas del Municipio de Rabinal vs. Guatemala* (2016), donde resalta la dimensión de género y la necesidad de advertir el impacto diferenciado:

> Por otra parte, la Corte destaca la existencia de claros indicios relacionados con el impacto diferenciado que el desplazamiento forzado y la omisión de garantizar medidas de retorno o reasentamiento tuvo en las mujeres de la aldea

---

48 Corte IDH, 2017, párr. 53.

49 Corte IDH, 2010, párr. 93. Véase el caso Rosendo Cantú y otra vs. México, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 31 de agosto de 2010, serie C, núm. 216; CIDH, informe 04/04, caso 11.625, María Eugenia Morales de Sierra (Guatemala), fondo, 19 de enero de 2001, párr. 52; Corte IDH, caso Gonzáles y otras ("Campo Algodonero") vs. México, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 16 de noviembre de 2009, serie C, núm. 205, párrs. 133 y 134, 228 y 229; Corte IDH, caso Veliz Franco y otros vs. Guatemala, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 19 de mayo de 2014, serie C, núm. 277, párr. 213.

50 Véanse los *casos Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala* (2004), *caso Tiu Tojín vs. Guatemala* (2008), *caso de la Masacre las Dos Erres vs. Guatemala* (2009), *caso Fernández Ortega y otros vs. México* (2010), *Rosendo Cantú vs. México* (2010), *caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala* (2010), *caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala* (2012), *caso Miembros de la Aldea Chichupac y comunidades vecinas del Municipio de Rabinal vs. Guatemala* (2016).

> Chichupac y comunidades vecinas de Rabinal a nivel cultural, social, familiar e individual. Ellas han tenido que asumir el cargo de sus familias y junto a sus hijos enfrentar el dolor de la violencia a la que sobrevivieron, lo cual las colocó en una especial situación de riesgo de sufrir otras formas de violencia. Dichos indicios, los cuales se indican a continuación, dimensionan el horror vivido y la situación individual, familiar y colectiva de las mujeres desplazadas durante el conflicto armado interno [párr. 198].

En lo referido específicamente al derecho de un juez independiente e imparcial, la Corte señala de manera enfática en el caso Rosendo Cantú, como ya lo había señalado en el *caso Radilla Pacheco vs. México* (2009), que en un Estado democrático de derecho, la jurisdicción penal militar (por la que se la juzga) debe tener un alcance restrictivo y excepcional, estar encaminada a la protección de intereses jurídicos especiales, vinculados a las funciones propias de las fuerzas militares.

En tal sentido, la Corte en múltiples ocasiones ha indicado que "[c]uando la justicia militar asume competencia sobre un asunto que debe conocer la justicia ordinaria, se ve afectado el derecho al juez natural y, a fortiori, el debido proceso, el cual, a su vez, se encuentra íntimamente ligado al propio derecho de acceso a la justicia. El juez encargado del conocimiento de una causa debe ser competente, además de independiente e imparcial".[51]

Sin ánimo de agotar la discusión y relevancia del rol que juega la judicatura en los conflictos indígenas, citaremos un fallo reciente de la Corte Interamericana, el caso *Comunidades indígenas miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina* (2020) donde se vio afectado el derecho a la propiedad comunitaria indígena, el derecho a la circulación y de residencia, a un ambiente sano, a una alimentación adecuada, al agua, a participar en la vida cultural y garantizar los derechos, afectación que se ve profundizada en el caso de las mujeres, y los niños. En él los denunciantes sostuvieron que "hubo completa …inefectiv[idad]", en alusión al "devenir judicial" relacionado con: a) la construcción por la Provincia de Salta del puente internacional en 1995; b) la realización de adjudicaciones parciales de terrenos en diciembre de 1999 y c) los intentos de detener la realización del referéndum en el 2005. Afirmaron que "[e]n un momento de extrema vulnerabilidad, los tribunales de justicia se convirtieron en artífices de la transgresión de derechos, y profundizaron aquella vulnerabilidad".[52]

---

[51] Corte IDH, 2009, b, párr. 160.

[52] Corte IDH, 2020, párr. 291.

Finalmente, queremos reiterar la importancia de la justicia en su rol de garantía de los derechos individuales y colectivos, y en el impacto cultural que puede representar en la preservación de toda una cultura, sobre todo cuando afecta el corazón de estos pueblos (las mujeres y los mayores), como en el siguiente caso que afectó al pueblo Kuna de Panamá:

> Todos estos hechos tuvieron y todavía tienen importantes efectos culturales en los pueblos mayas[...]Particularmente, las desapariciones forzadas, el uso de la tortura y las ejecuciones arbitrarias, entre otros, afectaron las estructuras de autoridad y liderazgo indígena, destruyendo el tejido y las relaciones sociales tradicionales al interior de las comunidades. Especial relevancia tuvo la violencia ejercida en contra de los ancianos, como autoridades ancestrales y «columna vertebral de la cultura de los pueblos mayas», quienes fueron de los primeros blancos de la persecución.[53]

VII. Conclusiones y reflexiones finales

Pareciera que al menos en algunos campos existe un consenso en torno a la misión de la judicatura y su rol de garante de los derechos de las personas, lo que cobra relevancia frente a la crisis de desconfianza en el gobierno, la incapacidad del Congreso para representar los intereses y necesidades de la comunidad, quien ha demostrado "una incapacidad estructural para representar a la diversidad de minorías existentes en la sociedad",[54] la ausencia de mecanismos de participación incidentes de la sociedad civil, en un contexto como señala Del Percio donde

> la racionalidad neoliberal se impone como hegemónica[...] planteando problemas de legitimación estructurales[...] tales como concebir a la democracia sin pueblo, y otros problemas de aplicación, tal como la falta de inclusión de grandes sectores al goce de los beneficios de la vida en común, a los que se les exige un sacrificio sin un sentido claro.[55]

---

[53] Corte IDH, 2014, b, párr. 80.

[54] Gargarella, Roberto, "La justicia frente al gobierno: sobre el carácter contra mayoritario del Poder Judicial", Corte Constitucional del Ecuador, 2012, p. 207.

[55] Del Percio, Enrique, *op.cit*., p. 55.

Todo ello en una sociedad que cuestiona las estructuras de pensamiento y surge una ciencia posmoderna, cuyo conocimiento busca constituirse en sentido común, dialogar con otras formas de conocimientos, de naturaleza práctico y pragmático.

La función judicial y sus fundamentos legitimadores, en especial su rol de garantes de los derechos fundamentales, para los sectores más excluidos y sometidos, pareciere haber ganado espacio en las propias instancias de organización de los jueces y juezas, afirmado por el rol central que hoy ocupan algunas cortes constitucionales y en especial por la justicia interamericana de derechos humanos, que como hemos podido apreciar dice relación con el acceso a la justicia y a la propia fe en la justicia.

El rol de un juez libre e imparcial para lograr la realización de la justicia es un imperativo de un Estado constitucional de derechos, que es capaz de fraternizar con el dolor, de buscar la reparación o defender la preservación de pueblos para las futuras generaciones y constituirse en una justicia más humana.

VIII. Bibliografía

Brasil, Glaucíria *et al.*, "A banalidade da violência policial contra jovens pobres, pretos e periféricos na cidade de Fortaleza", *Dilemas-Revista de Estudos de Conflito e Controle Social*, vol. 13, núm. 1, 2020.

Cançado Trindade, Antônio A., *El derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI*, Santiago, Jurídica de Chile, 2001.

Cassagne, Juan Carlos, "Los nuevos derechos y garantías", *Revista de Investigações Constitucionais*, vol. 3, 2019.

Castro, Luis Alberto, "Alcance de los derechos colectivos de los pueblos indígenas en América Latina", *Revista de Ciencias Sociales (Ve)*, vol. 26, núm. 4, 2020.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Resolución N°1/2020 Pandemia y Derechos Humanos en las Américas*, adoptada el 10 de abril de 2020, disponible en: *https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-1-20-es.pdf*

De Sousa Santos, Boaventura, *La globalización del derecho: los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, ILSA, 1998.

De Sousa Santos, Boaventura, *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho*, Bogotá, Trotta, ILSA, 2009.

De Sousa Santos, Boaventura, *Más allá del pensamiento abismal: de las líneas globales a una ecología de saberes*. *Epistemologías del sur (perspectivas)*, 2014.

Del Percio, Enrique, "Seguridad sustentable y estructura de dominación", *Revista Colección*, vol. xx, núm. 10, 2017.

Del Percio, Enrique, "Democracia sin pueblo: problemas de legitimación en el neoliberalismo tardío", *Ius fugit: Revista interdisciplinar de estudios histórico-jurídicos*, núm. 21, 2002.

Estay, José Ignacio, "Valor e sentido dos direitos sociais", *Direitos humanos. Teorias e práticas*, Lisboa, Livraria Almedina, 2003.

Ferrajoli, Luigi, "Las fuentes de legitimidad de la jurisdicción", *Reforma judicial. Revista Mexicana de Justicia*, núms. 15 y 16, 2013.

Gargarella, Roberto, "La justicia frente al gobierno: sobre el carácter contra mayoritario del Poder Judicial", Corte Constitucional del Ecuador, 2012.

Gargarella, Roberto, "Cuando los nuevos derechos se guardan en viejas Constituciones. Sobre los modos en que el pasado limita al presente", *Revista* una *Revista de Derecho*, vol. 1, 2016.

Iberoamericana, xix Cumbre Judicial (2018), "100 reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad de 2018", disponible en: *https://www.organojudicial.gob.pa/uploads/blogs.dir/2/2019/08/462/cien-reglas-de-brasilia-actualizadas-version-abril-2018-xix-cumbre-judicial-asamblea-plenaria-san-francisco-de-quito.pdf*

Instituto Nacional de Derechos Humanos, "Primera encuesta sobre percepciones y manifestaciones del racismo en Chile", indh, 2017, disponible en: *https://bibliotecadigital.indh.cl/handle/123456789/1070*

Martinón, Ruth, "La legitimidad normativa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como tribunal internacional", *Revista Andamios*, vol. 17, núm. 42, 2020.

Naciones Unidas, *Principios básicos de la ONU relativos a la independencia de la Judicatura. Adoptados por el Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente*, celebrado en Milán del 26 de agosto al 6 de septiembre de 1985.

Nash, Claudio, "Los derechos económicos, sociales y culturales y la justicia constitucional latinoamericana: tendencias jurisprudenciales", *Estudios constitucionales*, vol. 9, núm.1, 2011.

Pinto, Mónica, *Informe de la Relatora Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados. Consejo de Derechos Humanos 32 periodo de sesiones*, del 5 de abril de 2016.

Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo, *Representación indígena en los poderes legislativos. Claves desde la experiencia internacional. Serie más y mejor democracia,* núm. 2, 2015.

Saba, Roberto, *Más allá de la igualdad formal ante la ley. ¿Qué les debe el Estado a los grupos desventajados?*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2016.

Stavenhagen, Rodolfo, *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, sr. Rodolfo Stavenhagen*, 2006, disponible en: *http://repositorio.dpe.gob.ec/handle/39000/1190*

Valenzuela, Mylene, "Niños y niñas indígenas en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *Revista de derecho (Coquimbo),* vol. 23, núm. 2, 2016.

Walsh, Catherine, "Interculturalidad, reformas constitucionales y pluralismo jurídico", *Boletín* icci- *Rimai*, año 4, núm. 36, 2002.

Jurisprudencia

Corte idh, Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile, sentencia del 24 de febrero de 2012, Fondo, Reparaciones y Costas.

Caso Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay, sentencia del 2 de septiembre de 2004, excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, disponible en: *https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_112_esp.pdf*

Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay, sentencia del 29 de marzo de 2006, fondo, reparaciones y costas, fondo, disponible en: *https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_146_esp2.pdf*

Caso Tiu Tojín vs. Guatemala, sentencia del 26 de noviembre, Fondo, Reparaciones y Costas, disponible en: https*://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_190_esp.pdf*

Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México, sentencia de 16 de noviembre de 2009, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, disponible en: *https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_esp.pdf*

Caso Radilla Pacheco vs. México, sentencia del 23 de noviembre de 2009, excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, disponible en: *http://cmdpdh.org/project/la-sentencia-de-la-corte-idh-caso-radilla-pacheco-vs-estados-unidos-mexicanos/*

Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala, sentencia del 25 de mayo de 2010, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. fondo, reparaciones y costas, disponible en: *https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_212_esp.pdf*

Caso Fernández Ortega y otros vs. México, sentencia del 30 de agosto de 2010, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, disponible en: *https://www.cndh.org.mx/documento/caso-fernandez-ortega-y-otros-Vs-mexico*

Caso Rosendo Cantú vs. México, sentencia del 31 de agosto de 2010c, excepción

preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, disponible en: *https://www.abogacia.es/wp-content/uploads/2012/07/Sentencia-Corte-Interamericana-Caso-rosendo-cantu.pdf*

Caso Norín Catrimán y otros (dirigentes, miembros y activista del pueblo indígena mapuche) vs. Chile, sentencia del 29 de mayo de 2014, fondo, reparaciones y costas, disponible en: *https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_279_esp.pdf*

Caso de los pueblos indígenas Kuna de Madugandí y emberá de bayano y sus miembros vs. Panamá, sentencia del 14 de octubre de 2014, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, disponible en: *https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_284_esp.pdf*

Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, sentencia del 26 de septiembre 2016, Fondo, Reparaciones y Costas, disponible en: *https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf*

Caso Miembros de la Aldea Chichupac y comunidades vecinas del Municipio de Rabinal vs. Guatemala, sentencia del 30 de noviembre de 2016, excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, disponible en: *https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_328_esp.pdf*

Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile, sentencia del 8 de marzo de 2018, Fondo, Reparaciones y Costas, disponible en: *https://minrel.gob.cl/minrel/site/docs/20210622/20210622131316/sentencia_completa_pdf_caso_poblete_vilches_y_otros_Vs_chile.pdf*

Caso comunidades indígenas miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina, sentencia del 6 de febrero de 2020, Fondo, Reparaciones y Costas, disponible en: *https://www .corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_400_esp.pdf*

Tercera parte

Personas con discapacidad. Migrantes, refugiados

La empatía en la inclusión como herramienta para fortalecer los derechos humanos de los discapacitados

Myrna A. **García Morón**[*]

Sumario: I. Introducción. II. Antecedentes. III. Empatía e inclusión en los derechos humanos. IV. Programas gubernamentales: la inclusión y empatía hacia los discapacitados. V. Criterios de la Suprema Corte y el Modelo social de las personas con discapacidad. VI. Conclusiones. VII. Referencias bibliográficas.

I. Introducción

Las personas con discapacidades han visto la intervención gubernamental enfocada a programas y leyes en la administración pública, pero aún falta por hacer, así como por considerar lo siguiente: ¿qué ámbitos hay que tomar en cuenta? ¿Por qué es necesario que las autoridades sean, además de incluyentes, empáticas, para que las políticas gubernamentales sean fortalecedoras de los derechos humanos de los discapacitados? Esta investigación pretende

[*] Delegada de la Comisión de Derechos Humanos del Estado de México. Licenciada en Derecho por la Universidad Autónoma del Estado de México, maestra en Derecho por el Instituto Nacional de Estudios Superiores en Derecho Penal y doctorante de Derecho Judicial por la Escuela Judicial del Estado de México; cuenta con el Máster sobre Derechos Fundamentales por el Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de Las Casas, la Universidad Carlos III de Madrid y Tirant Formación.

justificar que la empatía aunada a la inclusión es una herramienta que debe ser entendida y aplicada de forma anticipada, preventiva por las autoridades y así fortalecer sus derechos humanos. ¿La empatía hacia los discapacitados y sus necesidades es un aspecto que se debe tomar en cuenta por las autoridades para así anticipar y prevenir las acciones hacia ellos en pos de fortalecer sus derechos humanos, por lo que debe ir asociada a la inclusión?

Los objetivos del presente texto incluyen sensibilizar a las autoridades haciéndolas empáticas, además de incluyentes, en las verdaderas necesidades de los discapacitados y con ello fortalecer sus derechos humanos; dar un punto de vista desde la óptica de la empatía como una alternativa que vele por la justicia de dichas personas. Para ello no sólo basta legislar o crear programas que *atiendan* a los discapacitados, sino que se tome en cuenta el sentimiento social de los que *per se* sufren la desigualdad, poca empatía y son excluidos en diversas áreas de la vida social trasgrediendo sus derechos.

Nuestro objeto de estudio son los discapacitados o personas con discapacidad y los estudiaremos desde los ámbitos social (grupo social específico) y gubernamental (programas y derechos humanos), teniendo como sustentos la empatía y la inclusión como pilares de un fortalecimiento de sus derechos fundamentales. Por ello abordamos en este trabajo los antecedentes de la discapacidad como elemento sustancial; hablaremos del sentido teórico de la empatía y la inclusión para dar paso al análisis de programas incluyentes de las personas con discapacidad federales y en el Estado de México. La parte de análisis del papel del Máximo Tribunal en esta problemática gestó un protocolo con un modelo donde se puede incluir la empatía como elemento toral; pasando a dar nuestras conclusiones y los materiales empleados para esta investigación.

II. Antecedentes

Hablar de discapacitados es referirnos a uno de los grupos vulnerables más interesantes de los últimos años. Se consideraba a dichas personas como *anormales* y como carga familiar, social y política, hasta los años sesenta del siglo pasado, cuando empezó un movimiento en Estados Unidos e Inglaterra de las propias personas con discapacidad para no ser considerados como *ciudadanos de segunda* y para luchar por sus derechos civiles.[1] Lo que desencadenó el surgimiento de estos movimientos sociales fue cuan-

[1] Palacios, A., *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Con-*

do un estudiante, llamado Ed Roberts, deseó ingresar en 1962 a la Universidad de Berkeley y tuvo complicaciones por ser discapacitado, pero lo logró[2] fundando el *Movimiento Vida Independiente* en pro de la defensa de las personas con discapacidades.

Situaciones similares surgieron en otras áreas como la deportiva, con los Juegos Paralímpicos de 1960 en Roma,[3] donde los atletas tuvieron un mejor papel que los deportistas de *alto rendimiento*; incluso en la vieja URSS se propugnó el derecho humano a los deportistas con discapacidad;[4] y esa lucha de años ha tenido su reconocimiento en México.[5] Hoy el tema de los discapacitados ha dejado el lenguaje técnico para *socializarse* más a otras esferas del conocimiento y la investigación como el ámbito de los derechos humanos.

Los derechos humanos de las personas con discapacidad tienen una realidad propia que se asocia aún hoy con la discriminación, la segregación y la ausencia de oportunidades en diversos planos de la vida. Las personas discapacitadas cuentan con condiciones físicas y mentales permanentes[6] y han encontrado obstáculos de "acceso a su participación social", lo cual los coloca en un ámbito de vulnerabilidad.[7] México, en 1993, adoptó la "Declaración y Programa de Acción de Viena… se comprometió a diseñar planes nacionales de acción para identificar las medidas adecuadas para mejorar el respeto, la promoción, protección y garantía de los derechos huma-

vención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Madrid, Grupo Editorial CINCA, 2008, pp. 106-108.

[2] *Ibidem*, p. 109.

[3] Torralba, M. G., "Los Juegos Paralímpicos de Londres 2012: los Juegos de la inclusión", *Apunts Educación Física y Deportes*, núm. 110, octubre-diciembre de 2012; Cuevas, I., "China 2008... Anécdotas sobre la experiencia de una periodista mexicana durante los juegos paralímpicos", *Razón y Palabra*, núm. 69, julio-agosto de 2009.

[4] Phillips, S., "«There Are No Invalids in the USSR!»: A Missing Soviet Chapter in the New Disability History", *Disability Studies Quarterly*, Department of Anthropology, Indiana University, 2009, disponible en: *https://dsq-sds.org/article/view/936/1111* (fecha de consulta: 31 de mayo de 2022).

[5] Conade, "Deporte paralímpico de México cuenta con el apoyo y trabajo de la CONADE: Oscar Juanz", México, 2020, disponible en: *https://www.gob.mx/conade/articulos/deporte-paralimpico-de-mexico-cuenta-con-el-apoyo-y-trabajo-de-la-conade-oscar-juanz-257955?tab=* (fecha de consulta: 30 de mayo de 2022).

[6] Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, Madrid, 2021, disponible en: *https://dle.rae.es/discapacidad?m=form* (fecha de consulta: 30 de mayo de 2022).

[7] García, E. y González, M. L., *Grupos vulnerables y adultos mayores. Análisis tridimensional*, México, Editorial PACJ, 2009.

nos. Elaborar programas estatales ayudará a que las personas puedan gozar y ejercer sus derechos humanos, así como a construir políticas públicas".[8]

Hasta 2011 el gobierno federal implementó la Ley General para la Inclusión de las Personas con Discapacidad, donde se garantizan los derechos humanos de dichas personas y se define la discapacidad como "la consecuencia de la presencia de una deficiencia o limitación en una persona, que al interactuar con las barreras que le impone el entorno social, pueda impedir su inclusión plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás" (artículos 1o. y 2o., fracciones x, xi, xii y xiii).

Todo indica que se han hecho esfuerzos en programas desde el gobierno federal e incluso se ha legislado al respecto sin ser suficiente: ha faltado empatía de impacto. Los problemas no sólo se resuelven con rampas de acceso, señalamientos y comunicación para discapacitados. Eso es sencillo; lo complejo es *aterrizar* acciones y políticas públicas con un impacto real con un acercamiento con los involucrados. Ésta es una variable que se los encargados de derechos humanos deben de considerar, anticipar y prevenir directamente con los involucrados con un sentido *empático* real para así garantizar de forma justa los derechos fundamentales de los discapacitados.

III. Empatía e inclusión en los derechos humanos

La *empatía* y la *inclusión* pareciera que son dos temas ya conculcados en los argumentos de los programas gubernamentales y las leyes especializadas en atender estos asuntos. Sin embargo, sólo la inclusión está patente quedando pendiente desde la definición la empatía. Para algunos ésta debe tener tres componentes: la capacidad de sentir simpatía; la capacidad de asumir o tomar la perspectiva del discapacitado, y contar con la capacidad de comprender al otro, lo que resumiríamos como simpatía, perspectiva hacia el otro y comprenderlo.[9]

La Real Academia Española define el término *empatía* como un "sentimiento de identificación con algo o alguien" y la "capacidad de identifi-

[8] Secretaría de Gobernación, *¿Qué es un Programa Estatal de Derechos Humanos?*, México, 2015, disponible en: *https://www.gob.mx/segob/articulos/que-es-un-programa-estatal-de-derechos-humanos* (fecha de consulta: 31 de mayo de 2022).

[9] Barraza, M. *et al.*, "Empatía, componentes de la empatía y declinación empática en estudiantes de nutrición y dietética", *Revista Salud Uninorte*, vol. 35, núm. 3, disponible en: *https://www.redalyc.org/journal/817/81763959005/81763959005.pdf* (fecha de consulta: 31 de mayo de 2022).

carse con alguien y compartir sus sentimientos",[10] así que podremos decir que es un sentimiento y la capacidad *humana* de comprender al otro y asumir su postura desde su perspectiva. Empero, hay una gran disputa sobre quién acuñó y cómo se define la empatía dentro del mundo del psicoanálisis, lo cual nos lleva a establecer dos hallazgos: la empatía es una categoría del mundo del psicoanálisis, pero no por ello unívoca –de ahí que la empleamos en este análisis– y su uso es complejo sin la cohesión conceptual de sus estudiosos.[11]

Otra opinión da Cuartero[12] señala que el concepto surge en el campo artístico entre los siglos XIX y XX, cuando hubo una interpretación idiomática al inglés quedando *sympathy*. En un primer momento se refería a los sentimientos percibidos incluyendo los cambios y percepciones, y de ahí pasó a la filosofía estética terminando en el psicoanálisis. Entre 1903 y 1909, Theodor Lipps y Edward Titchener emplearon el término explicando que era una imitación interna que se proyectaba de uno respecto de o del otro.[13] Hoy la estudian dos corrientes: una con una visión cognitiva y otra con un sentido afectivo y emocional.[14]

Para Coelho y Araujo, la empatía se aplica en situaciones de cambio, como un factor decisivo y aunque su naturaleza es psicológica, brinda caminos alternativos o interpretativos de la conducta humana; se da en un campo pre-reflexivo, pues indica la capacidad de establecer un contacto directo, es decir, no mediado por palabras o conceptos, con estados afectivos dados a otro ser humano;[15] podría ser considerada como una forma de escuchar al otro quedando fuera del campo verbal, discursivo o proporcional siendo

---

[10] Real Academia Española, *op. cit.*

[11] Goldberg, A., "The Enduring Presence of Heinz Kohut: Empathy and its Vicissitudes", *Journal of American Psychoanalytic Association*, núm. 59, vol. 22, 2012, disponible en: *https://www.aperturas.org/articulo.php?articulo=0000759* (fecha de consulta: 28 de mayo de 2022); Cuartero, M. E., *Estudio sobre la prevalencia del desgaste por empatía (compassion fatigue) en los/as trabajadores/as sociales de los Centros de Servicios Sociales de Mallorca*, tesis doctoral, España, Universidad de las Islas Baleares, 2018, disponible en: *https://1library.co/document/yevxow1z-estudio-prevalencia-desgaste-compassion-trabajadores-servicios-sociales-mallorca.html* (fecha de consulta: 28 de mayo de 2022).

[12] Cuartero, M. E., *op. cit.*

[13] *Idem.*

[14] Estas dos corrientes están enfocadas al área del psicoanálisis y por lo tanto no profundizaremos en ellas, por no ser de ese carácter nuestra investigación. Pero sí abre la puerta a otras investigaciones donde se pueda percibir un lado psicológico-deontológico de las leyes y los programas de gobierno.

[15] Coelho, N. y De Araujo, P., "Algumas considerações sobre o uso da empatia em casos e situações limite", *Psicologia Clínica*, vol. 21, núm. 2, 2009, pp. 302 y 303.

tolerante, respetuoso y solidario el receptor. Se concibe como una forma de comunicar entre los seres humanos donde se estatuye un intercambio subjetivo sin intervención del habla.[16]

Fuentes dice que la empatía es un "constructo que hace referencia a ponerse en la piel del otro. Acción tan necesaria ante la diversidad funcional pero a la vez, *tan poco realizada por la sociedad*. Si por lo general es difícil ponerse en el lugar del otro, es casi imposible poder entender lo que sentimos las personas con alguna discapacidad. En este sentido, muchas veces se confunde empatía con comprensión y respeto".[17] La sociología la define como una "variedad de conducta simpática o en contraste respecto de ella",[18] y dicha conducta simpática es una expresión vaga y se traduce en variedades como el auxilio al que sufre, una esencia emocional y solidaria y una identidad representativa a través de una conducta sugestiva[19] que se *empata* con la visión de la empatía.

La empatía no es fácil de comprender y menos aún de aplicar, es por ello nuestro interés en que los programas y legislación relativa a los derechos humanos de los discapacitados deba contener un sentido empático, ya que consideramos que de esa forma se hará más justicia en la aplicación adecuada de las acciones que no omitan estas dos esencias, fortaleciendo los derechos humanos de este grupo de personas.

Las definiciones de la empatía resultan un constructo muy complejo y para los fines del presente texto acotaremos una definición tomando las referencias y los elementos siguientes: las emociones, el otro, estados afectivos, bienestar del otro, simpatía, adopción de perspectiva, intercambio de sentimientos del uno en el otro, conocer y comprender al otro, conexión humana que nos identifica, sensibilidad hacia los sentimientos, pensamientos, experiencias y necesidades de otra persona, la tolerancia, el respeto y la solidaridad.

Por lo tanto, la *empatía es un conjunto de emociones y estados afectivos que realiza y siente un ser humano hacia otro, a través de una conexión identitaria con él y que implica su conocimiento y le permite identificarse con sus sensibilidades, sentimientos, pensamientos, experiencias y necesidades en un marco de tolerancia, respeto y solidaridad*.

---

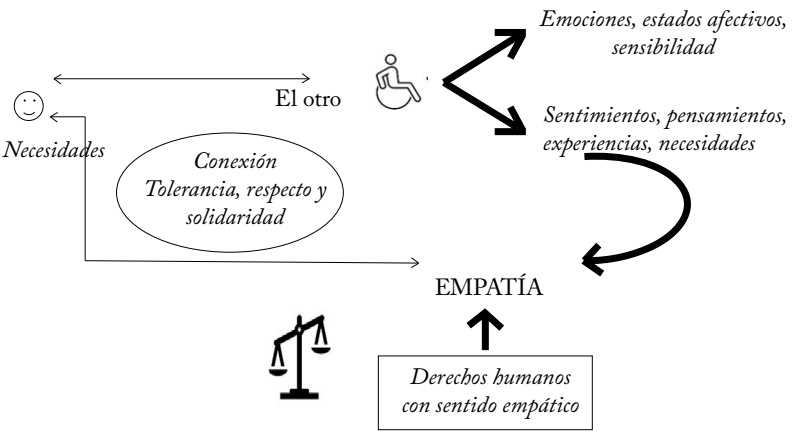
[16] Coelho, N. y De Araujo, P., *op. cit.*, p. 303.

[17] Fuentes, V., "La empatía social o el proceso de adaptación ante la diferencia", *Psicopedia*, 2022, disponible en: *https://psicopedia.org/2721/la-empatia-social-o-el-proceso-de-adaptacion-ante-la-diferencia* (fecha de consulta: 31 de mayo de 2022). Las cursivas son nuestras.

[18] Pratt, H., *Diccionario de Sociología*, México, Fondo de Cultura Económica, 2010, pp. 106.

[19] *Ibidem*, pp. 58 y 59.

Cuadro 1. El mecanismo de la empatía



Fuente: elaboración propia

Por lo que respecta a la *inclusión* la Real Academia Española dice de este latinajo que determina una acción de "conexión o amistad de alguien con otra persona". Incluir es poner "algo o a alguien dentro de una cosa o de un conjunto, o dentro de sus límites". Entonces, para nosotros la *inclusión será la acción y reconocimiento de poner o tomar en cuenta a una persona dentro de ciertos parámetros (como la discapacidad)*. Para Almeida y Moron la inclusión pasó a ser parte de la legislación en Brasil en 1988 y se convirtió en un reconocimiento social a las personas con discapacidad, individualizándolas. Dichos autores indican que la inclusión y la individualización de un grupo deben darse para que los otros grupos en un plano de igualdad de oportunidades les reconozcan socialmente:[20] este acercamiento los obliga a ser incluyentes. Psicológicamente el reconocimiento social incrementa *la autoestima, el compromiso y la motivación* del ser humano y en ello está el deseo de ser incluido en todos los roles sociales, evitando la discriminación y segregación de los discapacitados. La individualización está sustentada en el reconocimiento de la persona o grupo que deben ser incluidos en todos los roles sociales. Pero esta *inclusión* de los derechos de los discapacitados se debe a las condiciones de cambio social

[20] Almeida, S. A. y Moron, M., "Direito e inclusão da pessoa com deficiência: uma análise orientada pela Teoria do Reconhecimento Social de Axel Honneth", *Sociedade e Estado*, vol. 28, núm. 2, mayo-agosto de 2013, disponible en *https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=339930939010* (fecha de consulta: 28 de mayo de 2022), p. 375.

de innovación compositiva cotidiana.[21] La inclusión es dada por ley y en caso de trasgredir ese derecho se sanciona,[22] haciendo de ella un derecho *inalienable* para los discapacitados. La inclusión se da en diversos terrenos,[23] siendo el de los discapacitados en los derechos humanos, el que propugna por un mayor equilibrio de la justicia hacia ellos. La inclusión es parte del triunfo de la justicia social,[24] hallándose en nuestra Carta Magna —para el caso mexicano también opera en el mismo sentido: ser una imposición jurídica—. Así "ocurre la inclusión cuando un mayor número de personas es considerado participante de la vida social"[25] y eso las individualiza a ser alguien, a ser parte del núcleo social con un rol importante, reconocido por la ley colocándolas en igualdad de oportunidades. La inclusión nace de la exclusión y pasa por la segregación, para adoptar mediante aspectos externos (como la ley) la integración y la inclusión, favoreciendo el individualismo del ser humano, de la persona.[26] La inclusión se ha generalizado valiéndose de mecanismos *coercitivos* que median entre las órdenes sociales y las discrepancias discriminatorias, ya que tratándose de discapacitados el asunto debe ser porfiado por y a través de la norma jurídica. Los referentes están en los mismos derechos humanos, los cuales han extendido su ámbito jurídico como parte de una justicia no jurisdiccional a través de las comisiones de derechos humanos nacionales y estatales.

Determinadas la empatía y la inclusión como el *summum* del espíritu que debieran tener no sólo los derechos humanos, sino también las acciones gubernamentales, para poder así cumplir verazmente sus objetivos y no quedar en simple *letra muerta* en las leyes y la programación gubernamental. Pasemos a dar un periplo por los programas gubernamentales que se aplican a los discapacitados o personas con discapacidad.

---

[21] *Ibidem*, p. 375.

[22] *Idem.*

[23] *Ibidem*, p. 380.

[24] *Ibidem*, p. 382; García, E. y González, M. L., *op. cit.*, p. X.

[25] Almeida, S. A. y Moron, M., *op. cit.*, p. 383.

[26] *Ibidem*, p. 380.

IV. Programas gubernamentales: la inclusión y empatía hacia los discapacitados

Este rubro aborda los programas nacionales y estatales aplicables, ambos vinculados con las personas con discapacidad y las acciones para así cumplir con la protección de sus derechos humanos. La empatía se espera localizar en los diferentes programas a analizar, así como a la inclusión.

1. Programas federales

Tenemos, a nivel federal, como marco del *Plan Nacional de Desarrollo 2019-2024*, los siguientes programas:

a) Programa Nacional de Derechos Humanos (PNDH)

b) Programa Nacional de Trabajo y Empleo para las Personas con Discapacidad 2020-2024 (PNTEPD)

c) Programa Nacional para el Desarrollo y la Inclusión de las Personas con Discapacidad (PNDIPD)

d) Programa Sectorial de Bienestar 2020-2024

A. Programa Nacional de Derechos Humanos (PNDH)

Programa emanado del *Plan Nacional de Desarrollo 2019-2024*, dando cumplimiento a lo dispuesto por los artículos 26 constitucional (Sistema Nacional de Planeación Democrática) y 22 de la Ley de Planeación.[27] Se cita que los derechos humanos tienen "un lugar preponderante, porque el Ejecutivo Federal reconoce que la transformación de la vida nacional pasa necesariamente por la transformación de las condiciones de vida de todas las personas y, en particular, de quienes históricamente han sido discriminadas y enfrentan condiciones de rezago y marginación".[28]

Por otro lado, México no puede dejar de lado los acuerdos internacionales de los que es parte como la *Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad*, que en sus cincuenta artículos del *convenio* sostiene la participación de los miembros y delinea el interés mundial sobre los derechos humanos de las personas con discapacidad; por eso es necesario mencionarla

[27] Secretaría de Gobernación, Programa Nacional de Derechos Humanos, México, 2020, disponible en: *http://www.segob.gob.mx/es_mx/SEGOB/Programa_Nacional_de_Derechos_Humanos* (fecha de consulta: 29 de mayo de 2022).

[28] *Idem*.

como parte de los pilares de este tema y vemos que la inclusión de las personas con discapacidad se aborda en los artículos 3o. inciso c; 13, número 1; 19 primer párrafo e inciso b; 24 número 2 e inciso e, y 26 número 1 e inciso b.[29] Sin embargo, tampoco hay alusión por la empatía hacia las personas con discapacidad en el contenido del *convenio*.

Retomando la secuela principal, el PNDH asegura que la crisis de los derechos humanos se debe a los gobiernos anteriores y al neoliberalismo, que han incrementado la desigualdad, la pobreza, la violencia y la impunidad; así como a obstáculos y limitaciones que padecieron las víctimas; otra vertiente más es la pobreza y las desigualdades sociales, sumándose la inseguridad.[30] El resto del análisis de las causas de la crisis de los derechos humanos no es constructivo y no apreciamos la mínima intención de fortalecer los derechos fundamentales con la inclusión de otros valores[31] como la empatía hacia las víctimas discapacitadas.

Según el PNDH, existen también causas estructurales gestoras de la crisis de los derechos humanos, que fueron *detectadas* en los catorce foros de consulta y las treinta y un mesas de análisis que dispuso la Secretaría de Gobernación para tomar en cuenta los sentires y participación de servidores públicos de los tres niveles administrativos, ciudadanos con experiencia en el tema y organizaciones *ex profeso*, y de la iniciativa privada y el sector social, retomando las recomendaciones que al gobierno federal le hicieron diversas empresas encuestadoras sobre el tema.[32] Dicta el documento que las causas del incumplimiento del Estado respecto de los derechos humanos radicaron en: una fragmentación jurídica, institucional y de los programas que impidieron dar respuesta adecuada; un débil presupuesto que limita la atención de los requerimientos, rezagos y desigualdades de los derechos humanos. También otra causal fue el limitado perfil de los servidores públicos en materia de derechos humanos y la "escasa capacidad institucional para la realización efectiva de los derechos humanos".[33] El mismo PNDH define su compromiso y objetivos:

---

[29] Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Convenio, 2007, disponible en: *https://www.un.org/esa/socdev/enable/documents/tccconvs.pdf* (fecha de consulta: 1 de junio de 2022), pp. 5, 12, 15, 19 y 21.

[30] Secretaría de Gobernación, Programa Nacional… *cit.*, p. 7.

[31] *Ibidem*, pp. 8 y 9.

[32] *Ibidem*, p. 9.

[33] *Ibidem*, p. 10.

> el PNDH atiende el *compromiso* con la comunidad internacional[34] de elaborar un plan nacional de acción, o documento rector, en el que se plasme la política nacional para mejorar la promoción y la protección de los derechos humanos. En tal sentido, el PNDH tiene como *objetivo* desarrollar una política nacional rectora en materia de derechos humanos que brinde direccionalidad, articulación, consistencia y coherencia a la multiplicidad de programas, instituciones y presupuestos existentes en materia de derechos humanos, con el propósito de fortalecer su eficacia, cobertura y disponibilidad, y así comenzar a cerrar las amplias brechas de desigualdad existentes entre estratos y condiciones sociales, regiones geográficas, géneros y edades.[35]

Lamentablemente no se expresa la *empatía* como un factor que permita discurrir las necesidades de las personas con discapacidad, pero sí de la inclusión que como palabra conlleva derivados (incluyente, incluir) y habla de los discapacitados en su numeral 1.6.7 donde se comenta la promoción del "derecho de las personas con discapacidad a tener una vida Específica".[36] Otra de sus tareas es la erradicación de la tortura, tratos indignos y degradantes, la trata de personas y "favorecer la *inclusión* de personas con discapacidad".[37] Va a impulsar "la inclusión del enfoque de derechos humanos en los estudios presupuestales relacionados con los procesos de planeación, programación, ejercicio, seguimiento",[38] ya que la discapacidad es abordada en varios aspectos. En el punto "6.3. Relevancia del Objetivo prioritario 3: Impulsar acciones focalizadas para garantizar los derechos humanos de los grupos históricamente discriminados" se habla de la posibilidad de una

---

[34] Internacionalmente son diversas disposiciones las que abordan estos compromisos: la Carta de Naciones Unidas, Comisión de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Conferencia Mundial para los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la *Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad*; la Carta de la Organización de los Estados Americanos; la Carta Interamericana de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad entre otras: extraído de nota 1, del Programa Nacional para los Derechos Humanos (Secretaría de Gobernación, Programa Nacional… *cit.*, p. 3).

[35] Secretaría de Gobernación, Programa Nacional..., *cit.*, p. 4. Las cursivas son nuestras.

[36] *Ibidem*, p. 35.

[37] *Ibidem*, p. 101. Las cursivas son nuestras.

[38] *Ibidem*, p. 56

oferta sostenida de bienes y servicios a personas discapacitadas en lugares y evitar la desigualdad en el trato social.[39] Otro de los objetivos prioritarios son las áreas "parcialmente cubiertas" por el Estado y crear una política nacional para el cuidado de estas personas,[40] así como promover *el derecho de los discapacitados a una vida independiente que los incluya a "participar en la comunidad"*.[41]

Para entender el alcance del PNDH en la inclusión de las personas con discapacidades, expondremos las estrategias prioritarias en el cuadro siguiente.

Cuadro II. Estrategias prioritarias para personas con discapacidad en el PNDH

Núm.	*Acciones*	*Dependencia federal responsable*[42]
1	Diseño de una política de cuidados.	Bienestar, IMSS, Inmujeres, ISSSTE, Salud, Segob, STPS.
2	Promover el derecho a una vida independiente con inclusión y participación social.	Bienestar, IMSS, Inmujeres, ISSSTE, Salud, Segob, SEP.
3	Acceso al crédito gubernamental, servicios bancarios.	Bienestar, Economía, Sader, Segob, SHCP.
4	Acceso a la *educación inclusiva* y de calidad con igualdad, accesibilidad, disponibilidad.	Bienestar, Segob, SEP.
5	Garantía para que haya criterios en el diseño universal y accesibilidad en las dependencias gubernamentales.	Todas las dependencias: rampas, sistemas Braille, baños para discapacitados.
6	Cumplir con los principios[43] de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad.	Todas las dependencias.

[39] *Ibidem*, pp. 20 y 21.

[40] *Ibidem*, p. 33.

[41] *Ibidem*, pp. 34 y 35.

[42] Secretaría de Bienestar, Instituto Nacional de las Mujeres, Secretaría de Agricultura y Desarrollo Rural, Secretaría de Gobernación, Secretaría de Educación Pública, Secretaría de Trabajo y Prevención Social, Instituto Mexicano del Seguro Social, Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado, Secretaría de Economía.

[43] Los principios son (artículo 3o.): el respeto de la dignidad, la autonomía individual, la li-

7	Implementar acciones de inclusión laboral.	Bienestar, Segob, STPS.
8	Garantizar los derechos sexuales y reproductivos.	Bienestar, IMSS, Inmujeres, ISSSTE, Salud, Segob, SEP.
9	Asegurar el respeto a la autonomía de la toma de decisiones, consentimiento libre e informado sobre salud.	Bienestar, ISSSTE, IMSS, Salud, Segob.
10	Aseguramiento de la personalidad jurídica plena para toma de decisiones.	Bienestar, Segob.
11	Garantizar acciones conjuntas ante los tres niveles de gobierno para participar en programas sociales, culturales, deportivos, recreativos igualitarios.	Bienestar, Segob, Cultura, SEP.
12	Pertinencia cultural igualitaria e inclusiva respetando la diversidad y los contextos regional, territorial y cultural.	Ninguna dependencia.
13	Acceso a un sistema de cuidados que atienda las necesidades específicas "basado en un enfoque de Derechos Humanos con una perspectiva de género y antidiscriminatoria".	Ninguna dependencia.
14	Se establecen dos programas: Programa Nacional de Trabajo y Empleo para las Personas con Discapacidad y Programa Nacional para el Desarrollo y la Inclusión de las Personas con Discapacidad.	STPS, Segob.

Fuente: Elaboración propia con base en el PNDH.[44]

bertad de tomar decisiones propias y la independencia de las personas; no discriminación; participación e inclusión plenas y efectivas; el respeto por la diferencia y la aceptación de las personas como parte de la diversidad humana; igualdad de oportunidades; accesibilidad; igualdad de género, y el respeto a la evolución de las facultades de los niños y las niñas con discapacidad y derecho a su identidad, disponible en: *https://www.fundacioncnse.org/onu/*onu-lse/articulos3.php (fecha de consulta: 31 de mayo de 2022).

[44] Secretaría de Gobernación, Programa Nacional..., *cit.*, pp. 33-35, 46-48, 101, 108 y 112.

B. Programa Nacional de Trabajo y Empleo para las Personas con Discapacidad 2020-2024 (*pntepd*)

Derivado del PNDH, tenemos al Programa Nacional de Trabajo y Empleo para las Personas con Discapacidad 2020-2024 (PNTEPD), cuya responsabilidad atañe a la Secretaría del Trabajo y Previsión Social (STPS) y desde su revisión en el programa en cita, *no hay referencia alguna a la empatía*, pero sí a la inclusión (o derivados). Uno de los dos objetivos prioritarios que tiene es el fortalecimiento de la inclusión laboral que se soporta con la Ley General para la Inclusión de la Personas con Discapacidad (art. 11, fracción III) y da a la STPS la obligatoriedad de garantizar el derecho al trabajo y el empleo a las personas discapacitadas con igualdad de oportunidades y equidad, e involucre a los sectores público, privado y social.[45] Se creó un Consejo Nacional para el Desarrollo y la Inclusión de las Personas con Discapacidad que vela por la definición de estrategias aplicables con los actores responsables del cumplimiento de los compromisos. Cuenta con un principio rector: *No dejar a nadie atrás, no dejar a nadie afuera*, base de un modelo de desarrollo con inclusión entre otros criterios.[46]

El papel de la STPS respecto de este tema se perfila en el programa, presentando datos censales de la población con discapacidades y sobre la discriminación sufrida, y cómo a través de la Red Nacional de Vinculación Laboral (RNVL) ha impulsado la empleabilidad, creando sinergias y todo un modelo inclusivo laboral.[47] A todo este proyecto le denomina *Cultura de Inclusión Laboral* con "información en la identificación de perfiles de puestos para personas con discapacidad, con el fin de promover vacantes incluyentes, que permitirán la construcción de entornos favorables para la inclusión y sensibilización y el establecimiento de centros de trabajo sin discriminación ni violencia", y creando lugares y espacios *ad hoc*.[48]

El PNTEPD encuentra tres problemas cotidianos para las personas con discapacidad: en las calles, instalaciones y transporte inadecuado; la falta de oportunidades laborales, y los altos costos en cuidados médicos, terapias

[45] Programa Nacional de Trabajo y Empleo para las Personas con Discapacidad 2020-2024, *Diario Oficial de la Federación*, 2020, disponible en: *https://www.dof.gob.mx/nota_detalle_popup.php?codigo=5622244* (fecha de consulta: 2 de junio de 2020), p. 3.

[46] *Ibidem*, p. 4.

[47] *Ibidem*, p. 7.

[48] *Ibidem*, pp. 12 y 14.

y tratamientos, recrudeciéndose en ambientes marginados y donde persiste la discriminación.[49] Las acciones que aplica son:

Cuadro iii. Acciones de inclusión laboral en personas con discapacidad (pntepd)

Acciones	*Categoría*	
	Inclusión	*Discapacitados*
Creación de estadísticas de inclusión laboral.	X	
Otorgamiento del *Distintivo de Responsabilidad Laboral,* para las buenas prácticas incluyentes.	X	
Mejoramiento del Programa de Inspección Anual en los centros de trabajo para cumplir las medidas de inclusión.	X	X
Medición porcentual para discapacitados en inclusión en falta de oportunidades; reconocimiento del Distintivo de Responsabilidad laboral, y asesoría.	X	X
Promover las contribuciones de derechos y las necesidades laborales.		X
Aplicar el método de trabajo *Muestras Valpar* midiendo capacidades, aptitudes y perfil de personas con discapacidad.		X
Fomento a programas de mantenimiento de infraestructura para discapacitados.		X
Aplicar la estrategia *Abriendo espacios para el futuro*: vinculación laboral.		X
Aplicar el programa *Jóvenes construyendo el futuro.*		X
Promover la formación, capacitación y adiestramiento.		X
Promover la educación técnica en los planteles de formación.		X
Fomentar el desarrollo de competencias.		X
Llevar la medición porcentual de discapacitados: ocupados, empleo u ocupación; la atención de la *RNVL*, y los que buscan un empleo a través de los programas.		X

Fuente: Elaboración propia con base en el pntepd.[50]

[49] *Ibidem*, pp. 14 y 15.

[50] *Ibidem*, pp. 18-28.

Observamos que sigue la misma dinámica de cumplir con la forma y no con el fondo, por lo que, a nuestro parecer, todo el cúmulo de acciones, estrategias e implementaciones sólo quedan en la inclusión de índole laboral, mas no de forma. Es éste el contexto en el que debe jugar un papel importante la empatía como una herramienta, al tiempo que se deben comprender mejor las necesidades de las personas con discapacidades, siendo de esa forma la inclusión con empatía lo que garantice sus derechos humanos.

C. Programa Nacional para el Desarrollo y la Inclusión de las Personas con Discapacidad (PNDIPD)

Este programa fue elaborado por el Consejo Nacional para el Desarrollo y la Inclusión de las Personas con Discapacidad (Conadis) que abarcó de 2014 a 2018; hasta la fecha no tenemos noticias de que se haya presentado otro programa que lo sustituya. Lo que se encontró fue el Programa Sectorial de Bienestar 2020-2024, de la Secretaría de Bienestar, el cual analizaremos.

D. Programa Sectorial de Bienestar 2020-2024 (PSB)

Programa derivado del Plan Nacional de Desarrollo dentro del sector de Bienestar y cuyas políticas aplicables a las personas con discapacidad, vinculadas con los derechos humanos, son:

Cuadro iv. Acciones del psb aplicables a personas con discapacidades

Núm.	*Acción/es*
1	Contra la discriminación.[51]
2	Crear condiciones que aseguren el acceso universal al bienestar como sujetos de derechos.
3	Combatir las desigualdades y prácticas discriminatorias.
4	Crear la pensión permanente contra la pobreza.
5	*Garantizar el acceso a los derechos humanos.*
6	Contra la marginación y discriminación de comunidades indígenas por segregación, trabajo o pobreza.
7	*Participación social y construir un sentido de pertenencia e identidad que garantice sus derechos humanos.*
8	"Mejorar las condiciones de vida para las personas con discapacidad", considerando los datos estadísticos de: salud/enfermedades, edad, pobreza y población indígena.
9	Creación de un sistema de cuidados.
10	*Goce de los derechos humanos contra la discriminación y en favor de la dignidad humana.*
11	Reducir la brecha de desigualdades socioeconómicas; atención a niños por violencia, lesiones, malos tratos, abuso, abandono, descuido, explotación y riesgo.
12	Contra la desigualdad estructural de la mujer con discapacidades.
13	Protección ante emergencias sociales y naturales.
14	Integración familiar o vecinal para mejorar su calidad de vida y buscar bases de respeto de sus derechos humanos en las tres instancias de gobierno.
15	Creación de una metodología que mida la pobreza, la analice y se estatuyan mecanismos para erradicarla.

Fuente: Elaboración propia con base en la Secretaría de Bienestar.[52]

[51] Apoyando lo señalado en el artículo 1o. constitucional.

[52] Secretaría de Bienestar, Programa Sectorial Derivado del Plan Nacional de Desarrollo 2019-2024, *Diario Oficial de la Federación*, 2020, pp. 2-5, 8, 10, 11, 13, 14, 19, 23-25, 27, 31, 39, 40, 44 y 45.

A nivel federal, en los programas que hemos visto, hay un completo desconocimiento o falta de interés de *ponerse en los zapatos del otro*, esencia de la empatía; sin embargo, todos los anteriores programas tienen presente la inclusión como una situación de *accesibilidad* a diversas acciones gubernamentales que conforman la forma y no llegan al fondo de los problemas de las personas con discapacidad. Seguiremos con el ámbito estatal.

2. Programas estatales, instituciones y el rol de la Comisión de Derechos Humanos del Estado de México

Inicialmente disertaremos sobre los programas estatales para luego atender la intervención de instituciones públicas enfocadas a nuestro objeto de estudio y dar paso al rol que la Comisión de Derechos Humanos del Estado de México lleva en esta temática.

A. Programa de Derechos Humanos del Estado de México (PDHEM)

En lo relativo al gobierno del Estado de México, está la Ley del Programa de Derechos Humanos del Estado de México que establece un *programa de derechos humanos*; sin embargo, en la consulta de dicha norma se omite un contenido empático y el programa debe ser incluyente (artículo 9o.) con las organizaciones de la sociedad civil, universidades y los entes públicos (la Comisión de Derechos Humanos del Estado de México como un ente de dicha naturaleza y el Instituto Mexiquense para la Discapacidad). El programa cuenta con el espíritu de prohibir la discriminación de las personas con discapacidad y con ello a sus derechos humanos. En el punto 2.2.6 los *Derechos de las Personas con Discapacidad* se dividen en introducción y dos capitulados. La introducción aborda las "Características y principios de los derechos humanos" y su incorporación en las políticas públicas; la esencia del "Programa de Derechos Humanos del Estado de México", y el marco jurídico. El capítulo 1 aborda las ocho *estrategias transversales*: armonizar la legislación estatal con los más altos estándares de derechos humanos; instaurar un servicio civil de carrera en la materia para servidores públicos; fortalecer los espacios de participación efectiva; incorporar la perspectiva de género en la políticas públicas y los presupuestos; generación de información en materia de derechos humanos; incrementar el cumplimiento y mejorar los mecanismos de coordinación del gobierno estatal para la efectiva atención de las recomendaciones y medidas cautelares; fortalecer la rendición de cuentas estatales, y garantizar la defensa de los derechos humanos.

En el capítulo 2, denominado "Estrategias por derechos y grupos de población en situación de discriminación", éstas son de dos índoles: de acción por derechos y por grupos de población. En las estrategias de *acción por derechos* tenemos los derechos civiles y políticos; de libertad, seguridad e integridad física, psíquica y moral; al debido proceso y garantías procesales; de libertad de expresión y acceso a la información; así como derechos económicos sociales y culturales; de sostenibilidad del ambiente; al agua, a la salud y a la educación. En la categoría *por grupos de población* es donde se aborda a las personas con discapacidad (2.2.6), además de otros grupos vulnerables. La última parte del programa aborda una propuesta para dar seguimiento y evaluación del instrumento.

Abordaremos el punto sobre las personas con discapacidad (2.2.6). Las estrategias y líneas de acción de los *Derechos de las personas con discapacidad*[53] cuenta con: *marco institucional*, donde se dan los conceptos de personas con discapacidad, el papel de la *Convención sobre los Derechos de Personas con Discapacidad* y la idea de interacción; el *marco jurídico nacional y local*; los *insumos para el programa* y los *derechos de las personas con discapacidad*. Terminando así con el Programa de aplicación.

[53] Programa de Derechos Humanos del Estado de México, Gobierno del Estado de México, 2020, pp. 331-333.

Cuadro v. Estrategias y líneas de acción 2.2.6 del pdhem

Partes de la estrategia 2.2.6			*Líneas de acción de la estrategia 2.2.6*	
Marco institucional y regional	Conceptualización de personas con discapacidad.		*Objetivo general*	Respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de todas las personas con discapacidad que habitan y/o transitan por la entidad.
	Como grupo vulnerable en sus derechos humanos.			
	Interés universal (ONU) e interamericano (OEA).			
	Reconocimiento derechos humanos de las personas con discapacidades: Declaración Universal de los Derechos Humanos.			
	Derechos humanos: de vida, laborales, bienestar, salud, la familia, subsistencia, igualdad, integridad personal, educación, protección a la honra y dignidad; derechos políticos, a las capacidades jurídica y mental, y no discriminación.			
	Obligaciones de los Estados a fomentar la adopción de decisiones y voluntad.			
	Derechos de las mujeres con discapacidad.			
	Acceso a la justicia a través de la capacitación y sensibilización de policías y trabajadores sociales para atender a las personas con discapacidades.			
Marco Jurídico	Nacional	Artículo 1o. constitucional reconoce derechos humanos y prohíbe discriminación. Leyes de inclusión de personas con discapacidad.	*Objetivos específicos. Garantizar derechos a:* Igualdad legal.	Igualdad y no discriminación.
	Local	Ley para las personas con discapacidad del Estado de México.		Desarrollo.
				Vivir libre de violencia.
				Educación.
Insumos para el programa	Tipos de discapacidad.			Salud.
	Fortalecer las capacidades laborales.			Trabajo.
	Diagnóstico médico temprano.			
	Accesibilidad a los centros de salud.			Accesibilidad.

Fuente: elaboración propia con base en el Programa de Derechos Humanos del Estado de México.[54]

[54] *Ibidem*, pp. 332-336, 338, 339, 342-344.

Observamos que el Programa estatal circunscribe a las personas con discapacidades, lo cual favorece una de nuestras premisas –la inclusión–, pero omite la empatía. Pero en la parte de *acceso a la justicia* abordada en el "Marco Institucional y Regional" hay un acercamiento a la actitud *empática* o de *empatía* con las personas con discapacidades: la capacitación de los servidores públicos en el área de acceso a la justicia, que tienen contacto con aquéllos. Es decir, a dichos servidores públicos se les debe de capacitar para sensibilizarlos ante el trato cuando acudan las personas con discapacidad a denunciar, declarar o testificar ante los órganos jurisdiccionales o los persecutores del delito, o de otras áreas del derecho agregaríamos nosotros.[55]

Aquí la categoría empleada es *sensibilizar*, que lo tomamos como un comienzo de perspectiva de ubicación en el actuar de los servidores públicos vinculados con la administración de justicia; *sensibilizar sería tener empatía* con el o la persona con discapacidades, pero que no sólo esté en el programa y que se refuerce en la legislación, que para este caso sería la recién publicada por el gobierno estatal Ley para la inclusión de las personas en situación de discapacidad del estado de México (2021).

B. Instituciones públicas y el rol de la Comisión de Derechos Humanos del Estado de México ante las personas con discapacidad

Como lo hemos visto a lo largo del presente estudio, el tema de las personas con discapacidad no es reciente y cada vez se hace más complejo abordarlo, pues no sólo se esgrime en un contexto nacional, sino que hay interés desde el exterior a través de organismos internacionales universales o regionales, tratados y convenciones internacionales, y tal pareciera que hay poco que decir al respecto. No es así, es nuestro objeto innovar con elementos más precisos, con propuestas más certeras e impacto real y que no quede en letra muerta o en meras políticas para cumplir con los estándares a los que está obligado México por ser parte del concierto internacional. Aquí se conjuntan varias cuestiones, como el papel del Instituto Mexiquense para la Discapacidad, la ley que en cierta forma le da vida, así como la institución encargada de velar por los derechos humanos en la entidad de las personas con discapacidad —como parte de un acceso a la justicia ante una tarea pendiente y pareciera no ser importante por ser una debilidad de las personas con discapacidad.

Otra premisa es la de haber analizado dos categorías, una empleada por los programas, la legislación e instituciones incluyentes, pero tenemos

[55] *Ibidem*, p. 339.

un referente de todo el análisis de dichas acciones: no se incluye la *empatía*. La *empatía* es el constructo que debemos tener en cuenta, pues desde el Programa de Derechos Humanos estatal encontramos agradablemente que la *sensibilidad* hacia las personas con discapacidades se recomienda como una estrategia aplicable a los servidores públicos, lo cual ha llevado hasta la creación del Instituto arriba señalado, y para nexo cordial con la Comisión de Derechos Humanos del Estado de México, hay una serie de acciones mutuas en la operatividad que apuntalan esa *sensibilidad*; aunque hay cortedad en la profundización de dicha acción, pero es un hallazgo que nos permite asociar esa sensibilidad de los servidores públicos en materia de acceso a la justicia de las personas con discapacidades, y es pertinente extenderla hacia el logro y concretización de esa empatía necesaria para poder hacer programas y leyes donde se comprenda en la realidad lo que siente el otro, la persona con discapacidad.

El gobierno actual creó el 14 de abril de 2021 el Instituto Mexiquense para la Discapacidad (Imedis)[56] mediante la Ley para la inclusión de las personas en situación de discapacidad del Estado de México (artículo 3o., fracción XXV), el cual tiene como función (conjuntamente con otras dependencias y organismos públicos estatales), crear medidas que permitan "Implementar programas de *sensibilización,* capacitación y actualización, dirigidos a las personas servidoras públicas, para la atención de la población en situación de discapacidad" (artículo 34, fracción II; las cursivas son nuestras), y es aquí que ya de inicio la *sensibilización* puede ser la puerta de entrada para el logro de la empatía que se busca lograr por parte de los responsables de velar por la inclusión total de las personas con discapacidad y así respetar sus derechos humanos como forma de acceso a la justicia social.

El mismo Instituto Mexiquense para la Discapacidad debe garantizar el derecho a la educación inclusiva con calidad y gratuita en todos los niveles académicos y así potenciar las competencias de las personas con discapacidad, y lo hará fomentando la *sensibilización especializada* como recursos humanos dentro de los tres sectores productivos, con criterios de igualdad de oportunidades y no discriminación (artículo 35, fracción II) y así es como volvemos a ubicar acertadamente la sensibilización en educación inclusiva.

Otra área es la laboral, donde se fomentará la sensibilización que difunda "las necesidades específicas" protegiendo los derechos laborales como contratación, empleo y capacitación gremiales (artículo 37, fracción IV). La misma dinámica opera promoviendo servicios turísticos con accesibili-

[56] *https://salud.edomex.gob.mx/imedis*.

dad universal y para ello debe impartir talleres de sensibilización de dichos prestadores (artículo 44, fracción I). La ley se quedó corta, en el sentido de nuestro trabajo, porque en torno a las *acciones en materia de acceso a la justicia*, sólo el Instituto buscará el *trato digno y apropiado* en donde las personas con discapacidad sean atendidas por los órganos jurisdiccionales, contando con los recursos humanos (peritos especializados, intérpretes de *señas*, certificación los servicios de atención y similares) y técnicos (sistema Braille, computacionales), pero es completamente omisa en ese plus que venimos mencionando: la *empatía* (artículo 45).

El papel de la Comisión de Derechos Humanos del Estado de México (Codhem) dentro de este tema, la misma ley se lo otorga al vincularla (artículo 3º., fracción XII) con el *Instituto* "en materia de discapacidad" (artículo 11, fracción XVII) y temas afines, simplificados en el siguiente cuadro.

Cuadro VI. Colaboración de la Codhem con el Instituto Mexiquense para la Discapacidad, en la Ley para la Inclusión de las Personas en Situación de Discapacidad del Estado de México

Artículo	*Colaboración de la Codhem*	*Observaciones*
3o., fracción XII	Se incluye a la Codhem como parte de las instituciones gubernamentales.	
11, fracción XVIII	Apoya al Instituto en materia de discapacidad.	
22	Forma parte del Consejo Consultivo.	
26, fracción XIII	*Colaboración conjunta con el Instituto para dar seguimiento a las quejas presentadas por personas con discapacidad por actos discriminatorios o el cumplimiento de sentencias en el mismo tenor.*	*Aquí observamos una acción eminente de acceso a la justicia, por el rol que desempeña la Codhem.*

Fuente: elaboración propia con base en la Ley de la materia (2021).

De la interpretación de la ley y el vínculo entre el Instituto y la Codhem podemos rescatar que hay aún mucho por hacer para el acceso a la justicia social de las personas con discapacidad, y tomamos como parte de esta tarea el depurar más aun el *Programa para Derechos Humanos* y la ley para las discapacidades, tendiente a un proyecto donde a través de la sensibilización –vía la captación y el adiestramiento– de todas las áreas de recursos humanos

de la administración pública estatal y que tenga como meta lograr altos indicadores de empatía, dichos servidores estarán en posibilidad *ponerse en lugar del otro* y las necesidades de las personas con discapacidades.

Consideramos que es un rol sumamente importante para la Codhem, pues en su propia ley se reconocen las acciones de sensibilización, lo cual nos pueden dar una pauta para lograr esa empatía que se busca: "Artículo 129.- El Organismo [la Comisión], para la promoción y capacitación en la cultura de respeto a los derechos humanos, podrá:… III. Generar acciones para la sensibilización, promoción y capacitación en materia de derechos humanos",[57] he aquí un punto donde se puede ahondar respecto de la empatía y sería un gran aporte.

V. Criterios de la Suprema Corte[58] y el Modelo social de las personas con discapacidad

El tema del acceso a la justicia de las personas con discapacidad se puede ver de diferentes formas, lo hemos hecho desde la óptica de los programas federales y estatales —incluidas algunas leyes—, partiendo de dos categorías: la inclusión y la empatía, percibiendo que la primera es parte inherente de aquéllos; sin embargo, la empatía de los servidores públicos o de los que administran la justicia no ha sido tan prudente por omitirse. El mejor acercamiento a la empatía es la *sensibilización*, pues en sí lo es ya que los programas y las normas jurídicas carecen de este factor, lo cual hace insensibles a los servidores públicos a la hora de hacer su trabajo con las personas con discapacidad, y con ello —en la mayoría de las veces— la violación de sus derechos humanos e impostergable su acceso a la justicia social.

En 2009 se presentó una acción de inconstitucionalidad en contra de la Ley General de Salud del estado de Baja California que discriminaba los derechos de los niños con discapacidad.[59] En otro caso, la Corte Suprema negó el amparo a una empresa de seguros por no asegurar a una

[57] Comisión de Derechos Humanos del Estado de México, Ley de la Comisión de Derechos Humanos del Estado de México, 2019, p. 29.

[58] A nivel estatal, no encontramos casos donde estuvieran involucrados los derechos de las personas con discapacidad ante los órganos jurisdiccionales del TSJEMéx.

[59] Domínguez, L. y Méndez, S., "La doctrina jurisprudencial de la Suprema Corte en materia de los Derechos de las Personas con Discapacidad", en López Badillo, E. (coord.), *Derechos humanos: una realidad en construcción*, México. Universidad La Salle-Editorial Flores-Instituto de Investigación y Difusión Jurídica, 2016.

persona con discapacidad en 2012 y le determinó tres criterios: 1) estas empresas deberán asegurar a las personas con discapacidad siempre y cuando lo soliciten; 2) no deberán equiparar las discapacidades como enfermedades, y 3) las políticas de las aseguradoras deben ser de igualdad y no discriminación.[60] Asimismo, Domínguez y Méndez indican que la jurisprudencia del Alto Tribunal en "materia de derechos de personas con discapacidad" es desde 2010 con un asunto de inconstitucionalidad respecto de un municipio en contratar a personas con dicha situación.[61] En este sentido comentan que la Corte identificó dos modelos de aplicación a las discapacidades, uno como *Modelo médico-asistencialista* y el *Modelo social*.[62]

El primero –Modelo médico-asistencialista– "centra la discapacidad en la persona y en su condición" física, lo cual las coloca en una postura de desventaja y vulnerabilidad ante el respeto a sus derechos humanos.[63] En contraparte, el *Modelo social* está sustentado en un cambio de paradigma donde la base está en la "*manera de comprender y tratar a las personas*".[64]

El modelo considera que los problemas de las personas con discapacidad no son por la situación física de ellas sino por las limitaciones que la sociedad les impone (discriminación, hostigamiento, menosprecio), de ahí el carácter social y un segundo elemento, que se reconoce en ellos la capacidad de *dar mucho a la sociedad*,[65] por eso también se le denomina de las "barreras sociales" y es aquí donde nuestro constructo –la empatía– debe jugar un rol importante.

Si las condiciones y el entorno social hacen la diferencia con las personas con discapacidad y son violentados sus derechos por *prejuicios sociales*, es entonces menester que exista una sensibilidad de reconocimiento hacia las cualidades y potencialidades de dichas personas, y con ello se logre la empatía que requieren para que vivan en una sociedad más justa en oportunidades, y a ser copartícipes de un rol social, político, deportivo o de cualquier otra índole que les asegure sus derechos humanos.

Otras características del modelo son: reconocimiento de las discapacidades como un asunto social *pro persona*, es decir que las normas jurídicas

---

[60] Consultado el 12 de junio de 2022 en: *https://www.youtube.com/watch?v=7EVkXjgWaZI*.

[61] Domínguez, L. y Méndez, S., *op. cit.*, pp. 83, 84, 88 y 89.

[62] *Ibidem*, pp. 84 y 90; Suprema Corte de Justicia de la Nación, Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren derechos de personas con discapacidad, México, 2014.

[63] Domínguez, L. y Méndez, S., *op. cit.*, p. 92.

[64] *Idem*. Las cursivas son nuestras.

[65] Palacios, A., *op. cit.*, pp. 103, 104 y 118.

deben están en pro de la persona y su ámbito social y no en su condición física;[66] reconocer la voluntad, autonomía y la capacidad jurídica de las personas con discapacidad; libertad de ejercer su capacidad jurídica para la toma de decisiones;[67] el deber de otorgar apoyos cuando lo requieran como un medio para salvaguardar sus derechos fundamentales.[68]

Respecto al papel del Máximo Tribunal sobre asuntos de inconstitucionalidad de alguna ley local y/o de actos que atentan contra los derechos humanos de las personas con discapacidad, su atención se centra ya no en la situación física y/o médico-asistencialista de dichas personas, sino en cómo son vistos, aceptados, reconocidos o considerados en el entorno social, o cómo la sociedad los ubica en un sentido de igualdad no sólo legal sino de su condición humana y en las conductas sociales por no discriminarlos en las áreas sociales como la laboral, la educativa, la asistencial, la deportiva, entre muchas otras. Por todo esto, la Corte elaboró el Protocolo de Actuación para quienes Imparten Justicia en casos que Involucren Derechos de Personas con Discapacidad.[69]

Dicho Protocolo atiende un fenómeno –modelo social– que ha situado en desventaja y exclusión social a las personas con discapacidades pues *no son considerados* socialmente como *normales* y *diferentes*, estando condenadas a desconocer sus derechos, a la desigualdad de condiciones y la "violación o vulneración constante de ellos", de sus derechos humanos.[70]

La Corte define los principios siguientes para atender a las personas con discapacidad: el de mayor protección a la persona con discapacidad; el de igualdad y no discriminación; el de igualdad entre la mujer y el hombre; el de accesibilidad; el de respeto por la diferencia y aceptación de la discapacidad como parte de la diversidad y condición humanas; el de participación e inclusión plenas y efectivas en la comunidad, y el de protección de las y los niños con discapacidad.[71] Analizando el documento, el constructo empatía no se da y la sensibilización con el personal de atención sólo se comenta en breve.[72] Como vemos, la construcción del acceso a una justicia emanada de los derechos humanos con base en la empatía es una tarea pendiente.

---

66 Domínguez, L. y Méndez, S., *op. cit.*, p. 92.

67 Suprema Corte de Justicia de la Nación, Protocolo de actuación… *cit.*, p. 14.

68 Domínguez, L. y Méndez, S., *op. cit.*, pp. 90-92, *sic.*

69 Suprema Corte de Justicia de la Nación, Protocolo de actuación..., *cit.*

70 *Ibidem*, p. 7.

71 Suprema Corte de Justicia de la Nación, Protocolo de actuación..., *cit.*, p. 14.

72 *Ibidem*, p. 37.

El tema de discapacitados ha rebasado no sólo la voluntad gubernamental y de sus programas de atención, sino también ha dejado ver que la legislación está igual, y parece ser que quienes tienen la responsabilidad de ser sensibles hacia las personas con discapacidades carecen de ello; por eso y apoyándose en la sensibilidad que da la empatía es cómo obtendremos soluciones más eficaces y eficientes, que vayan más allá del cumplimiento de las facultades y atribuciones que cada ente posee. Hay infinidad de programas, protocolos e instituciones de toda índole involucradas para llegar a dar más respeto a los derechos humanos de los discapacitados.

Por otro lado, el acceso a la justicia no se debe se acotar a lo judicial o administrativo, sino también a un sentido más amplio donde impere la igualdad real y la no discriminación efectiva, pero para ello es necesario que aquellos programas, proyectos, planes y leyes sean empáticos, tengan una fuerte carga humanitaria de empatía y sean sociales; se pongan en el lugar del otro y concretizar los esquemas de acción y dejar de ser *letra muerta*, pues la violación de derechos humanos de las personas con discapacidad se da más allá de sus condiciones físicas que no son limitantes; al contrario, potencializan otras cualidades de este grupo y se ha demostrado en varios ámbitos: Beethoven, Andrea Bocelli, Stephen Hawking, Frida Kahlo, todos los deportistas paralímpicos mexicanos, Gilberto Rincón-Gallardo, Helen Keller, entre otros destacados en diversas áreas. Por lo tanto, hay que tomar en cuenta la empatía y hacer el cambio de los paradigmas que hemos analizado.

VI. Conclusiones

1. Las personas con discapacidades son un grupo vulnerable en sus derechos humanos y en el acceso a la justicia; empero, la justicia ya no sólo se constriñe a los órganos jurisdiccionales, sino que es más amplio el término y la aplicación de éste en un orden social. Las normas jurídicas y las políticas gubernamentales federales y estatales cumplen con su tarea de inclusión de dichas personas en sus acciones.

2. Por igual, las leyes pretenden disponer de una esencia inclusiva, por lo que para nosotros la inclusión es una categoría importante de nuestro objeto de estudio, y se debe reconocerla como esencial hacia un acceso a la justicia de ese grupo.

3. La inclusión no sólo es necesaria, sino hasta insuficiente, por lo que debe contener un amplio sentido empático de parte de servidores pú-

blicos de los tres poderes y al menos de los ámbitos federal y estatal, para así sensibilizarles a la hora de atender las necesidades de las personas con discapacidad; así que la clave está en la empatía.

4. La empatía debe ser cognitiva y aplicable al que debe tenerla para *ser el otro* y así entender sus necesidades e inquietudes, que es parte también del acceso a una justicia igualitaria no sólo judicial sino en todos los ámbitos sociales de la vida cotidiana, de ahí el modelo social de discapacidades que permita conjuntamente, con la empatía una mayor cobertura de atención y protección de sus derechos humanos.

5. Los programas gubernamentales adolecen de empatía; al no ser empáticos en su fondo, la forma delimita sólo su actuar a simples esquemas gubernamentales carentes de sensibilidad al atender los asuntos del grupo.

6. Omitir el acceso a la justicia, ya no sólo es judicial sino social al mismo hecho de que la igualdad y la no discriminación deben contener empatía hacia las personas con discapacidades.

7. El reto es poder comprender y entender qué es la empatía por parte de nuestros servidores públicos en los tres tipos de poder a niveles federal y estatal, y reconocer las necesidades de acceso a una justicia más amplia y objetiva, y con ello resguardarles a las personas con discapacidad sus derechos humanos. El tema de la empatía y su vínculo con los derechos humanos es una tarea aun inacabada.

VII. Bibliografía

Almeida, S. A. y Moron, M., "Direito e inclusão da pessoa com deficiência: uma análise orientada pela Teoria do Reconhecimento Social de Axel Honneth", *Sociedade e Estado*, vol. 28, núm. 2, mayo-agosto de 2013, disponible en *https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=339930939010* (fecha de consulta: 28 de mayo de 2022).

Barraza, M. *et al.*, "Empatía, componentes de la empatía y declinación empática en estudiantes de nutrición y dietética", *Revista Salud Uninorte*, vol. 35, núm. 3, disponible en: *https://www.redalyc.org/journal/817/81763959005/81763959005.pdf* (fecha de consulta: 31 de mayo de 2022).

Coelho, N. y De Araujo, P., "Algumas considerações sobre o uso da empatia em casos e situações limite", *Psicologia Clínica*, vol. 21, núm. 2, 2009.

Consejo Nacional para el Desarrollo y la Inclusión de las Personas con Discapacidad, Gobierno de México, disponible en: *https://www.gob.mx/conadis#contacto* (fecha de consulta: 1 de junio de 2022).

Conade, "Deporte paralímpico de México cuenta con el apoyo y trabajo de la conade: Oscar Juanz", México, 2020, disponible en: *https://www.gob.mx/conade/articulos/deporte-paralimpico-de-mexico-cuenta-con-el-apoyo-y-trabajo-de-la-conade-oscar-juanz-257955?tab=* (fecha de consulta: 30 de mayo de 2022).

Cuartero, M. E., *Estudio sobre la prevalencia del desgaste por empatía (compassion fatigue) en los/as trabajadores/as sociales de los Centros de Servicios Sociales de Mallorca*, tesis doctoral, España, Universidad de las Islas Baleares, 2018, disponible en: *https://1library.co/document/yevxow1z-estudio-prevalencia-desgaste-compassion-trabajadores-servicios-sociales-mallorca.html* (fecha de consulta: 28 de mayo de 2022).

Cuevas, I., "China 2008... Anécdotas sobre la experiencia de una periodista mexicana durante los juegos paralímpicos", *Razón y Palabra*, núm. 69, julio-agosto de 2009.

Domínguez, L. y Méndez, S., "La doctrina jurisprudencial de la Suprema Corte en materia de los Derechos de las Personas con Discapacidad", en López Badillo, E. (coord.), *Derechos humanos: una realidad en construcción*, México. Universidad La Salle-Editorial Flores-Instituto de Investigación y Difusión Jurídica, 2016.

Espinosa, G., "sspc presenta 'Programa de derechos humanos de las personas privadas de la libertad'. *Capital*, 23 de marzo de 2022, disponible en: *https://www.capitalmexico.com.mx/nacional/sspc-presenta-programa-de-derechos-humanos-de-las-personas-privadas-de-la-libertad/#:~:text=Al%20encabezar%20la%20tercera%20sesi%C3%B3n%20del%20Comit%C3%A9%20T%C3%A9cnico,los%20derechos%20humanos%2C%20inclusi%C3%B3n%20y%20perspectiva%20de%20g%C3%A9nero* (fecha de consulta: 29 de mayo de 2022).

Fuentes, V., "La empatía social o el proceso de adaptación ante la diferencia", *Psicopedia*, 2022, disponible en: *https://psicopedia.org/2721/la-empatia-social-o-el-proceso-de-adaptacion-ante-la-diferencia* (fecha de consulta: 31 de mayo de 2022).

García, E. y González, M. L., *Grupos vulnerables y adultos mayores. Análisis tridimensional*, México, Editorial pacj, 2009.

Goldberg, A., "The Enduring Presence of Heinz Kohut: Empathy and its Vicissitudes", *Journal of American Psychoanalytic Association*, núm. 59, vol. 22, 2012, disponible en: *https://www.aperturas.org/articulo.php?articulo=0000759* (fecha de consulta: 28 de mayo de 2022).

Palacios, A., *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Madrid, Grupo Editorial cinca, 2008.

Phillips, S., "«There Are No Invalids in the ussr!»: A Missing Soviet Chapter in the New Disability History", *Disability Studies Quarterly*, Department of Anthropology, Indiana University, 2009, disponible en: *https://dsq-sds.org/article/view/936/1111* (fecha de consulta: 31 de mayo de 2022).

Pratt, H., *Diccionario de Sociología*, México, Fondo de Cultura Económica, 2010.

Programa Nacional para el Desarrollo y la Inclusión de las Personas con Discapacidad 2014-2018, *Diario Oficial de la Federación*, 2014, disponible en: *https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/23604/Programa_Nacional_Desarrollo_Inclusi_n_PD_2014-2018.pdf* (fecha de consulta: 3 de junio de 2022).

Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, Madrid, 2021, disponible en: *https://dle.rae.es/discapacidad?m=form* (fecha de consulta: 30 de mayo de 2022).

Secretaría de Gobernación, "¿Qué es un Programa Estatal de Derechos Humanos?", México, 2015, disponible en: *https://www.gob.mx/segob/articulos/que-es-un-programa-estatal-de-derechos-humanos* (fecha de consulta: 31 de mayo de 2022).

Torralba, M. G., "Los Juegos Paralímpicos de Londres 2012: los Juegos de la inclusión", *Apunts Educación Física y Deportes*, núm. 110, octubre-diciembre de 2012.

"Why didn't she report it?" assessing the credibility of refugee claimants from guyana seeking protection from domestic violence

Gloria **Song**[*]

Contents: I. Introduction. II. Methodology: About the project. III. Findings of the research. IV. Why didn't she report it? Implausibility findings. V. Where is the doctor's note? Lack of Corroborating Evidence. VI. When the story changes: Inconsistencies in Evidence. VII. Cited works.

I. Introduction

> Therefore the panel does not believe the claimant went to the police over 6 times, to two different police stations, and not once did the police take a report. She was asked why she continued to go to the police when she was not getting any help. She explained that she had hoped she would get lucky

[*] Universidad de Ottawa. The views expressed in this publication reflect my personal perspective as the author, and do not represent the views of my employer, the Government of Canada, or the Department of Justice Canada. I would like to thank the following for providing their support for this research: Kinsey Church (PhD Student, University of Ottawa, School of Psychology), Kristin Barsoum Debs (Debs Law PC), Danielle Anthony (my research assistant in Guyana), the International Development Research Centre in Canada, the Guyana Legal Aid Clinic, the Guyana office of Cuso International, and the Canadian High Commission in Guyana.

> and find a sympathetic police officer. The panel however does not believe that the claimant, who alleged that she was assaulted over 50 times, would have gone to the police over 6 times, between 2 police stations, and not have found one police officer to record a report against her husband. As such, the panel believes, on a balance of probabilities, that if she had gone to the police over 6 times, there would have been at least one report recorded. Thus, the panel rejects her allegation that she went to the police and they did not take her report. (TA9-2401, paras 12-13)
>
> It must be noted that according to the claimant, she would have been subjected to terrible violence, and often she would suffer injuries and would have a swollen face. It is not credible that, in the presence of such conditions the police would remain totally indifferent and not even take a report. Even if it were true that one of the police officers was an ex-soldier like her spouse, it is not credible that every other office would not act appropriately. (TB1-13066, para 37)

Based on these quotes, the adjudicators at the Refugee Protection Division [RPD] of the Immigration and Refugee Board of Canada [IRB] denied refugee protection to the refugee claimants in question —they were survivors of domestic violence— finding that their claims were not credible because the adjudicators simply could not believe that the Guyanese police would not offer support to them as victims. Yet issues with obtaining assistance from the police in Guyana for domestic violence have been documented (see Song & Handl,[1] for an analysis of state protection for Guyanese women escaping domestic violence). Because the women's stories did not match adjudicators' expectations of how processes work in Guyana, the adjudicators denied them refugee protection.

For this chapter,[2] I examine decisions made by RPD adjudicators on refugee claims made by women fleeing domestic violence in Guyana. Specifically, I analyze the adjudicators' reasoning in finding the refugee claims not to be credible, the most common reason for denying refugee protection in this dataset of claims. I supplemented these refugee claims with inter-

---

[1] Song, G. & Handl, M., "Beyond Cookie Cutter Templates to Women's Lived Experiences: Domestic Violence-based Refugee Claims from Guyana", in V. A. B. da Silva (ed.), *Access to Justice in the Americas*, Fórum Justiça, 2021, pp. 180-205, *https://doi.org/10.53080/forjus-ajam*.

[2] I would like to thank the following for providing their support for this research: Kinsey Church (PhD Student, University of Ottawa, School of Psychology), Kristin Barsoum Debs (Debs Law PC), Danielle Anthony (my research assistant in Guyana), the International Development Research Centre in Canada, the Guyana Legal Aid Clinic, the Guyana office of Cuso International, and the Canadian High Commission in Guyana.

views that I personally conducted in Guyana with justice service providers who work with women experiencing domestic violence. I analyzed three categories of issues in these negative credibility findings. First, some adjudicators found the women's stories to be implausible, based on adjudicators' assumptions about how domestic violence victims behave and the availability and willingness of police to provide effective protection. Secondly, adjudicators found refugee claims not to be credible due to a lack of corroborating documentation, based on adjudicators' assumptions about the availability of such documentation and women's access to them. Finally, adjudicators found refugee claims not to be credible based on the adjudicators' assumption that inconsistencies within a testimony indicate a lack of truthfulness in the claimant's overall testimony, a correlation that is not strongly supported in psychological research.

Previous academic literature has studied domestic violence in Guyana from a number of angles such as the nature and extent of domestic violence,[3] attitudes towards domestic violence,[4] and the economic costs of domestic violence.[5] There is less academic discussion on the legal processes relating to domestic violence in Guyana, although a 2006 report commissioned by the Women's Affairs Bureau noted concerns about the implementation of the Domestic Violence Act at that time.[6] As far as I am aware, while there has been much academic discussion on Canada's refugee determination system, there has not been any literature focusing specifically on Guyanese refugee law cases.

As the women in these cases are both domestic violence survivors and refugee claimants, they form a particularly vulnerable group requiring special consideration with respect to access to justice. Yet my analysis re-

[3] Peake, L., "Feminist and quantitative? Measuring the extent of domestic violence in Georgetown, Guyana", *Treballs de la Societat Catalana de Geografia,* vol. 66, 2009; Parekh, K.P., Russ, S., Amsalem, D. A., Rambaran, N., Langston, S., Wright. S.W., "Prevalence of intimate partner violence in patients presenting with traumatic injuries to a Guyanese emergency department", *International Journal of Emergency Medicine*, vol. *5*, num. 1, 2012.

[4] DeShong, H. & Haynes, T., "Intimate partner violence in the Caribbean: State, activist and media responses", *Global Public Health*, vol. 11, núm. 1-2, 2016; Mitchell, V., Parekh K. P., Russ, S., Forget, N. P., Wright, S. W. "Personal experiences and attitudes towards intimate partner violence in healthcare providers in Guyana". *International Health*, vol. 5, núm. 4, 2013.

[5] David, S., *The Economic Cost of Domestic Violence: An examination of the impact on Guyana's Economy for 2012*. Institute of Development Studies, University of Guyana, 2014.

[6] Insanally, S., *Domestic Violence in Guyana*, Women's Affairs Bureau, Ministry of Labour, Human Services and Social Security 2006, *http://www.hands.org.gy/node/41*.

veals that important life-changing decisions are being made by adjudicators at the IRB that are not based on knowledge about domestic violence, scientific research about how memory works, or an understanding of the local context in Guyana. These issues raise significant access to justice concerns, not only in Guyana but also in Canada, as women seeking protection from domestic violence are repeatedly exposed to adverse experiences: they are abused by their spouses; they are unable to get protection by the local police if they ask for help; and then in Canada they are told that they are lying about their lived experiences. I conclude this chapter with some reflections on possible steps towards solutions for improving access to justice in Canada's refugee determination system, particularly when dealing with claims relating to domestic violence.

1. Background & Context -Domestic violence and Guyana

Guyana is a Caribbean country situated on the northern shore of South America, the only country on the continent with English as an official language. Guyana is among the top ten most sparsely populated countries in the world, with a population of less than a million people spread over an area roughly the size of the state of Kansas.[7] Guyana's population's largest ethnic groups are split between Afro-Guyanese and Indo-Guyanese, although Guyana also has significant Chinese, Portuguese and Amerindian populations.

Gender-based violence is a serious problem all around the world, with intimate partner violence as one of the most common forms of gender-based violence.[8] The majority of women experiencing violence never report their violence or seek help.[9] Guyana is no particular exception, as Amnesty International has highlighted concerns about Guyana's high levels of violence against women and low conviction rates for sexual offences.[10] It has been es-

[7] Central Intelligence Agency, *The World Factbook: South America: Guyana*, 2018, *https://www.cia.gov/library/publications/the-world-factbook/geos/gy.html*.

[8] Klugman, J., Hanmer, L., Twigg, S., Hasan, T., McCleary-Sills, J., & Santamaria, J., *Voice and Agency: Empowering Women and Girls for Shared Prosperity*, World Bank, 2014, *https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/19036*; Ortiz-Barreda, G., & Vives-Cases, C., "Legislation on violence against women: overview of key components", *Rev Panam Salud Publica*, vol. 33, num. 1, 2013.

[9] Klugman, J., Hanmer, L., Twigg, S., Hasan, T., McCleary-Sills, J., & Santamaria, J., *Voice and Agency: Empowering Women and Girls for Shared Prosperity*, World Bank, 2014, p. 71, *https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/19036*.

[10] Amnesty International, *Guyana: Insufficient Action on Long-Standing Human Rights Con-*

timated that one in four Guyanese women in relationships experience violence, and one in three women knew of someone else experiencing violence.[11] Of those who have experienced violence, only 40% have received assistance of some kind.[12] Domestic violence has been considered deadlier than sexually transmitted diseases.[13]

Although efforts have been made to protect victims from domestic violence in Guyana through initiatives such as the implementation of the Domestic Violence Act, there have been reports that the legislation is often not enforced due to a lack of confidence of obtaining a remedy through the courts.[14] Significant issues have been noted, such as discrepancies in police training and resources, police officers accepting bribes,[15] insufficient capacity of government ministries and organizations,[16] and societal acceptance of domestic violence as a normal activity.[17] In addition to implementation issues, there also appears to be insufficient data about the domestic violence cases themselves.[18]

2. Canada's refugee determination system

The 1951 United Nations Convention Relating to the Status of Refugees (the Convention) and the 1967 Protocol Relating to the Status of Refugees form the basis of Canada's refugee status determination system, laid in the legal framework of the *Immigration and Protection Act,* SC 2001, c 27 [IRPA]. Under refugee law, states must not return a person to a territory "where his life or freedom would be threatened on account of his race, religion, nationality, membership of a particular social group or political opinion" ("Convention Relating to the Status of Refugees," art. 33). In Canada,

---

cerns: Amnesty International Submission to the UN Universal Periodic Review, 2015, *https://www.amnesty.org/en/documents/amr35/001/2014/en/*.

11 Peake, L., "Feminist and quantitative? Measuring the extent of domestic violence in Georgetown, Guyana", *Treballs de la Societat Catalana de Geografia,* vol. 66, 2009, p. 143.

12 *Idem*.

13 "Domestic Violence more deadly than any STD – GPHC Manager," 2013.

14 "Victims of domestic violence prefer financial settlement out of court," 2013; "Authorities seldom successfully prosecute domestic violence's cases- US state report", 2014.

15 "Victims of domestic violence prefer financial settlement out of court", 2013.

16 "National Task Force reviews implementation of Sexual Offences and Domestic Violence Acts", 2014.

17 "Survey shows Guyanese generally accept Domestic Violence", 2015.

18 "Domestic Violence", 2012.

the Refugee Protection Division at the Immigration and Refugee Board determines whether a claimant qualifies for refugee protection based on the definition provided in the IRPA. Canadian jurisprudence and the Chairperson's Guidelines on Women Refugee Claimants Fearing Gender-Related Persecution (Gender Guidelines) have confirmed that women subject to domestic violence do constitute "members of a particular group" under the IRPA definition.[19] However, the refugee claimant must prove certain elements for her claim to succeed, including establishing a "well-founded fear of being persecuted" with evidence of the persecution (domestic violence) (IRPA, s.96). She will also have to prove that the country of origin would be unwilling or unable to provide her with state protection (*Ward v. Canada (Attorney General),* 1993). Evidence at the RPD hearing is not bound by formal rules of evidence (IRPA, s 72(2)(d) but will often involve the claimant's written testimony in form of what used to be called a Personal Information Form (now called a Basis of Claim), other documentary evidence, and the claimant's oral testimony. For domestic violence-based claims, the RPD adjudicators are also required to consider the Chairperson's Guidelines on women refugee claimants fearing gender-related persecution.[20]

II. Methodology: About the project

To understand how adjudicators make decisions on refugee claims, I used an Access to Information request to obtain all written decisions rendered by the Refugee Protection Division and the Refugee Appeal Division at the Immigration and Refugee Board involving claimants from Guyana who have included domestic violence as part of their claim for refugee protection, using the date range from 1989 (the year that the Immigration and Refugee Board was established) to April 25, 2018. I focused on decisions from the RPD rather than other decision-making levels – such as judicial reviews by the Federal Court - because the "less glamourous day-to-day legal decision-making"[21] at lower levels such as the RPD provide valuable

[19] *Narvaez v Canada (Minister of Citizenship and Immigration*, 1995; Immigration and Refugee Board of Canada, 1996.

[20] Immigration and Refugee Board of Canada, *Chairperson Guidelines 4: Women Refugee Claimants Fearing Gender-Related Persecution*, 1996, November 13. *https://irb-cisr.gc.ca/en/legal-policy/policies/Pages/GuideDir04.aspx*.

[21] Rehaag, S., "Sexual Orientation in Canada's Revised Refugee Determination System:

insights on how a particular group of claimants experience the refugee determination system, as "RPD adjudicators are the front-line decision makers who make the initial – and often only – assessment of a refugee claim".[22]

Another part of this research project involved conducting field research in Guyana. In 2016, I undertook field visits to Guyana to interview frontline professionals who worked closely with these women dealing with domestic violence, such as lawyers, magistrates, government workers, and non-governmental organizations that work in women's rights. I interviewed these workers about their observations and experiences of domestic violence issues and legal processes, especially the protection order process under section 4 of Guyana's *Domestic Violence Act*, 1996. These perspectives from service providers working on the ground on the specific issue of domestic violence provided valuable contextual insights on how to interpret the written decisions on refugee claims from Guyanese women fleeing domestic violence.

III. Findings of the research

According to the IRB's response to my Access to Information Request, there were a total of 76 decisions involving claimants from Guyana who had included domestic violence as part of their claim for refugee protection rendered by the Refugee Protection Division (73 decisions) and the Refugee Appeal Division (3 decisions) between 1989 and 2018. Of this dataset involving Refugee Protection Division decisions, there were 19 cases where the refugee claim was accepted, 31 cases where the refugee claim was rejected, and 19 cases that were withdrawn, abandoned, or otherwise not finalized. I received the written decisions for 35 of the written decisions, with 31 negative findings and 4 positive findings. The relatively large number of negative written decisions compared to positive written decisions is likely due to the fact that the Immigration and Refugee Protection Act only requires written reasons for refugee claims that have been denied, as reasons for positive decisions may be provided orally (IRPA, ss. 69(c) and (d)). This means, as noted by Rehaag, that the collection of available written reasons

An Empirical Snapshot", *Canadian Journal of Women and the Law*, vol. 29, 2017, p. 260.

[22] Macintosh, C., "Domestic violence and gender-based persecution: How refugee adjudicators judge women seeking refuge from spousal violence--and why reform is needed", *Refuge*, vol. 26, num. 2, 2009, p. 151.

for refugee claims involve a disproportionate number of negative decisions.[23] I therefore do not place particular emphasis on any statistical significance of the number of negative decisions compared to positive decisions, and focus instead on the reasons for rejection.

Of the 31 negative findings, the most common ground for rejecting a refugee claim was due to the fact that the claim was not found to be credible (17 cases). All of the cases involved female refugee claimants and alleged abusers that were male. All but one case involved an intimate partner as the abuser. The Gender Guidelines recognizes the gendered-nature of these kinds of claims and was meant to encourage gender-sensitive interpretations of refugee law principles within the Convention, by raising awareness of the particular problems that women refugee claimants face. The Gender Guidelines caution that women refugee claims may experience particular challenges in demonstrating their claim to be credible and make specific note of women who "may exhibit a pattern of symptoms of referred to as Battered Woman Syndrome" due to their experience of domestic violence. As noted by the Gender Guidelines, it is important to recognize the context in which these refugee hearings occur, as the act of recounting one's humiliating history of abuse can in itself be a difficult and complicated process, due to trauma, shame, and a lowered sense of self-confidence.[24]

Despite this, adjudicators in 26 out of the 35 cases studied in this dataset merely mentioned the Gender Guidelines, often with a standard line along the lines of "I considered all of the evidence in the context of the Gender Guidelines and I accept that the circumstances which given rise to women's fear of persecution are often unique to women", but did not include any explicit or meaningful application of the Guidelines to the claimant's situation to demonstrate how the Guidelines were considered. Bhuyan, Vargas and Pintin-Perez refer to these types of statements as representing a perfunctory speech act that "signals compliance with the Guidelines without having to demonstrate if or how the IRB adjudicators considered what circumstances are 'unique to women' in their decision".[25] Five cases did not mention the Guidelines at all (TB0-09268; TB1-01998; TB0-14545; TA9-

[23] Rehaag, S., "Sexual Orientation in Canada's Revised Refugee Determination System: An Empirical Snapshot", *Canadian Journal of Women and the Law*, vol. 29, 2017, p. 271.

[24] Ingram, M., McClelland, D. J., Martin, J., Caballero, M. F., Mayorga, M. T., & Gillespie, K., "Experiences of Immigrant Women who Self-Petition Under the Violence Against Women Act", *Violence Against Women*, vol. 16, num. 8, 2010, p. 866; Mawani, Nurjehan, "The Factual and Legal Legitimacy of Addressing Gender Issues", *Refuge,* vol. 13, num. 4, 1993, p. 8.

[25] Bhuyan, R., Vargas, A., & Píntín-Perez, M., "Fleeing Domestic Violence from a "Safe"

02039; MB1-07549). While it is possible that the adjudicators may have considered the Guidelines implicitly, it is impossible to know how this was done without explicit reasons. Indeed, as will be seen in the following discussions on credibility findings, there are questions as to whether Gender Guidelines' directions to consider social, cultural, religious, and economic factors actually played a significant role in the assessments of adjudicators for many of the negative decisions.

I have categorized three different credibility issues that were reflected in the cases that were studied: implausibility, lack of corroborating evidence, and inconsistencies in the claimants' stories. The RPD adjudicators' reasoning in the highlighted cases bring up questions about whether the tools and strategies that adjudicators rely on to make credibility findings may in fact be unreliable. Indeed, scholars have questioned the ability of legal decision-makers to assess the credibility and trustworthiness of witnesses,[26] and have advocated for further research on how safeguards may be implemented to deal with any errors that may occur.[27]

IV. Why didn't she report it? Implausibility findings

In a number of cases, adjudicators found claims not to be credible because either the claimant or abuser's behaviour seemed implausible. Implausibility findings must be made carefully, as they are often based on what adjudicators assume to be "common sense" but can mask or ignore important social, cultural, religious and economic contextual factors as required by the Gender Guidelines. For example, adjudicators found it unreasonable for the claimants to return to Guyana and/or their abusers, as can be seen in the following excerpts:

> However, despite all the problems of abuse, and divorcing him, she nevertheless sought reconciliation with him. This makes absolutely no sense to this pan-

Country?: Refugee Determination for Mexican Asylum-Seekers in Canada", *Refuge: Canada's Journal on Refugees*, vol. 32, núm. 3, 2016, p. 201, *https://doi.org/10.25071/1920-7336.40373*.

[26] Bakht, N., "In Your Face: Piercing the Veil of Ignorance about Niqab-Wearing Women", *Social and Legal Studies*, vol. 24, num. 3, 2015, p. 424.

[27] Rehaag, S., "Sexual Orientation in Canada's Revised Refugee Determination System: An Empirical Snapshot", *Canadian Journal of Women and the Law*, vol. 29, 2017, p. 287.

> el. As such, the panel rejects her allegation that she was abused by her husband. (TA9-2401, para 17).
>
> She testified that she hoped that the situation would have resolved itself on its own. I reject this answer. The claimant's narrative testimony indicates that xxxx's advances and unwanted touching had taken place over a xxxx month period already. I find it implausible that this would be likely to stop due to her absence from the home for a few weeks. (TA8-20617, para 6)

In reviewing research on risk theory, Cameron has cautioned about findings of re-availment. Adjudicators may assume that people in danger "will prompt effective steps to save themselves and will never willingly put themselves at risk" including returning to the home country for any reason (Cameron, 2008, p.567). The belief here is that if one returns to Guyana and/or one's abuser, the danger must not actually exist. However, Cameron (2008) points out that research has found that there are a number of factors that affect a claimant's perception of risk and decision of whether or not to return home:

> [B]efore an adjudicator could even potentially conclude from these types of actions that a claimant was not afraid, or is lying, he would have to consider the factors influencing her risk perception. How familiar was the risk? How appealing was it? To what extent did the claimant initially perceive it as controllable? He would need to explore her personal level of risk tolerance, her optimism bias, her previous experiences with this type of risk, and her emotional response. He would have to understand how she assessed the risk. What information did she use in making her decisions? How did she weigh competing dangers? He would need to investigate the psychological and cultural factors influencing her risk management strategies, and he would have to determine how all the above elements affected the pace of her decision making. Even with these factors taken into account, the well-documented variance in human response to danger makes judgements about 'subjective fear' fundamentally unsound. (p. 568)

Furthermore, research from the field of psychology has found that exposure to complex trauma can be associated with poor decision-making and self-destructiveness, among other challenges,[28] which may result

[28] Brand, B. L. *et al.*, "Assessing Trauma-Related Dissociation in Forensic Contexts: Addressing Trauma-Related Dissociation as a Forensic Psychologist, Part II", *Pschol. Inj. And Law*, vol. 10, 2017, p. 301. *https://doi.org/10.1007/s12207-017-9305-7*.

in behaviours that run counter to what adjudicators might see as "common sense".

In essence, there are many reasons why a woman may return to an abusive situation, and her actions in doing so do not necessarily mean that the abuse has not happened. As noted, the Gender Guidelines require adjudicators to consider "battered woman syndrome" as well as the relevant social, cultural, religious and economic factors. During my interviews in Guyana, lawyers noted it was common for their clients to go back to their abusers, only to return again to the lawyers for help when the abuse resumed. Lawyer Ena commented:

> Oh my. It broke my heart. There was this particular woman who was suffering terrible abuse, and on the court date, when I asked her to be allowed to speak to give the court the details, she back-pedalled on everything. Because he gave her two hugs in the morning and told her everything was going to be okay.[29]

Rita, an NGO worker, noted similar patterns:

> So you would find persons, especially women, coming and reporting on the domestic violence cases and so on. Then you would find at the hearing, when they are before the magistrate, you would find them trying to withdraw. They would come up with excuses.... Sometimes, yes, they are legitimate stories or whatever, but then, at the end of the day, sometimes, women, they do not really value their life…Because sometimes they know how the abuser would relate to them, and so on, treat them, and they still go back to that situation. Some of them don't even seek help, they remain there. I don't know, for whatever reasons. Sometimes, I'm saying, they're not fully aware of, you now, what they can do for themselves, or if they can move on and try to find a better life for themselves and children.

Another NGO worker Helen noted:

> When the officer takes the report and go to apprehend and that, they go back to the station and say to the officer, "I didn't really want you to lock he up".

It is concerning that adjudicators are finding claimant's actions to be unreasonable based on myths about domestic violence that have already

[29] To protect the interview participants, all names that appear in this chapter are pseudonyms.

been discredited by social science literature and other areas of law such as criminal law. In another case, the adjudicator noted:

> If all the allegations of her ex-boyfriend threatening to kill not only her but also her mother were true, he would be expected to act upon his threats and do something to her mother as he knew where her mother lived. (TB0-05805, para 16)

This reasoning not only suggests that there was no death threat because the threat was not followed by an attempted murder (which would require women to be placed in great danger before they can try to avail themselves of protection), but it also minimizes the criminality and abusive nature of death threats, which are a form of violence on their own.

Adjudicators also made negative credibility findings where there was a delay in making a claim for refugee protection (TA9-01613; TB0-05805, para 23; TB0-11725, para 7; TA9-2401, para 69; TA8-21402; TB1-00209, para 25; TB1-01998; TA8-20617, para 16; TA6-14655; TA8-00630, para 13),[30] based on the refugee law principle that assumes that "a person with a well-founded fear of persecution will attempt to apply for refugee protection without unreasonable delay".[31] In the domestic violence context, this is inevitably linked with the question of why abused woman remain in a dangerous situation rather than seek help, and the same points about risk management theory[32] and what some might see as poor decision-making by traumatized individuals can apply.

An added obstacle to making a claim for refugee protection in what adjudicators may see as a timely manner is the potential lack of familiarity with Canada's legal system. In some cases, the claimant had explained that the delay was due in part to the fact that they were not familiar with the refugee status determination process, which adjudicators rejected because the claimant had some education, or because "if she were truly frightened she would seek help to legalize her status as soon as possible" (TA8-20617, para 16; TA6-14655; TA8-00630, para 13). Yet scholars have

---

[30] Note that for some cases, delay in making a claim formed part of the negative credibility analyses, while in other cases, the delay served as its own separate reason for rejecting the claim.

[31] *Huerta v Canada (Minister of Employment and Immigration*, 1993.

[32] Cameron, H. E., "Risk Theory and 'Subjective Fear': The Role of Risk Perception, Assessment, and Management in Refugee Status Determination". *International Journal of Refugee Law*, vol. 20, num. 4, 2008, p. 584.

noted that most claimants "will almost always lack familiarity with Canada's legal landscape and refugee claims process"[33] and along with other cultural obstacles.[34]

Adjudicators also found some claimants not credible because they had not approached the Guyanese police for help, even where the claimant had explained that the abuser had friends in the police force (TA8-09779; TB0-09268, para 9), or that her partner was bribing the police:

> She stated that Mr. XXXX was paying bribes to the police in order to operate his XXXX illegally on the street as a XXXX. As the documents indicate that bribery of police does exist in Guyana, the panel accepts that this may be so; however, it does not persuade the panel that the claimant could not report the domestic violence and abuse to the police station, especially since the claimant had stated in her PIF and oral evidence that she had a witness to the physical abuse... (TA9-19229, para 10)

My interviews with justice service providers in Guyana indicate that there may indeed be issues of corruption with police. NGO worker Helen remarked:

> And some cases where a man – they arrest a man. They go to empty the wallet, pockets, they see money coming out, the police will take right from them… They let them go. They might keep them for another hour, or two, or whatever, but they let him go…They're taking bribes.

They observed that police officers could be paid off to let the abuser go because of the officers' low salaries, or may pressure the victim to settle the matter with the abuser for an amount of money, while taking a cut of the "settlement" money negotiated (as noted by NGO worker Mona). Even where bribes were not involved, some service providers noted that police officers could be influenced to not pursue an investigation if the abuser had powerful connections. Lawyer Ena observed:

---

[33] Bates, E., Bond, J. & Wiseman, D., "Troubling Signs: Mapping Access to Justice in Canada's Refugee System Reform" *Ottawa Law Review vol. 47*, num. 1, 2012, p. 11.

[34] Bond, J. & Wiseman, D., "Shortchanging Justice: The Arbitrary Relationship Between Refugee System Reform and Federal Legal Aid Funding", *Canadian Bar Review*, vol. 91, 2014, p. 590.

> When people of a certain calibre do certain things in this country, whether a man or a woman, there's no response from the police…They have money. Mainly that's the thing. Somebody of a certain amount of wealth in this country, they could beat up their spouse, abuse them in any way, and the police will do nothing about it…I've had at least three cases where women came in to me and they have husbands who were influential. I said, have you ever made a report to the police? They said, I've tried, but it gets swept under the carpet.

In some cases, when the claimants testified that they had reported to their abuse to the police but that the police had not taken appropriate action, the adjudicators found the story to be implausible because "it is not credible that, in the presence of such conditions the police would remain totally indifferent and would not even take a report" (TB1-13066, para 37; TA9-19229, para 10; TA9-2401, paras 12-13). As noted, my interviews with service providers in Guyana indicate that this is not an implausible situation, as they recounted several scenarios where the police may not take a report, such as this observation from NGO worker Mona:

> Even in Georgetown, if you have, if you're in a relationship with someone, the person is well known around the city, and you then go to make a report that this person is assaulting me, they're not taking your report.

NGO worker Mona explained why some women in Guyana may be reluctant to approach the local police for protection:

> You go to the station and you make a report and the police knows who your husband is, not only will they refuse to take your statement, but they will call your husband and tell him that you were there, and that you were trying to make these allegations against him.
>
> So even if you're still in the situation, and you're trying to work on a way out of the situation, you've then placed them in a more desperate need to leave, because when you return home to that man, who is already abusing you, and he knows that you're trying to get him convicted, he will try to instill fear in you that you will not return to the station.
>
> But even in knowing that you went – because it takes a while for a woman to build the courage to move towards going to the police station and getting justice…so when you do that, and then you're slapped with something like that, you lose all hope in the system.
>
> And that's why in some communities, women don't even report it. Because when you see how others are treated, your main thing is why waste my time?

> And that's why some of them will say, "I'd rather run than to report it." Because when you report it, nothing happens. And also, you become the laughingstock in the community, because everybody knows that you went to report it and then persons who are insensitive to the situation would see you, and instead of trying to help you, would try to cast blame on you.

NGO worker Mona went on to comment:

> The protection order, quite frankly, and I might be a bit too frank, but it's just a piece of paper that doesn't ensure her much…One that I could recall most recently, is that young lady that was raped and robbed. And she got a protection order against the two rapists. But they still stood outside of her home, in several instances videoing her in the yard, trailing her when she's taking her children to school. And even when she goes to the station for them to enforce the protection order, that still isn't done. And you can have it written, you can have it on your person, you can know that the protection order exists, but unless you're actually willing to enforce it…Because what people have realized also is that the police don't do anything even when you have a protection order. So they have no respect for it either.

In the criminal law case *R v Lavallee*, the Supreme Court recognized the role of expert evidence to address domestic violence myths about how abused women are expected to act, such as the popular belief that women would not stay in a relationship if she was being abused (para 34). This suggests that knowledge about domestic violence and the behaviours of people experiencing it, including whether they make a complaint after an occurrence of abuse, is not in fact common sense.[35] Although Canadian criminal law has become increasingly aware of the dangers of relying on such popular myths, the implausibility findings in this dataset suggest that the same awareness does not always trickle down to some adjudicators when dealing with refugee law. Similar findings were made in the studies

[35] Stairs, F. & Pope, L., "No Place like Home: Assaulted Migrant Women's Claims to Refugee Status and Landings on Humanitarian and Compassionate Grounds", *Journal of Law and Social Policy*, vol. 6, 1990, p. 152; Bakht, N., "In Your Face: Piercing the Veil of Ignorance about Niqab-Wearing Women", *Social and Legal Studies*, vol. 24, num. 3, 2015, p. 425; Quilter, J., "Re-Framing the Rape Trial: Insights from Critical Theory about the Limitations of Legislative Reform", *Australian Feminist Law Journal*, vol. 35, 2013, p. 49.

by MacIntosh[36] as well as Bhuyan, Vargas and Pintin-Perez.[37] Quilter notes that when women behave in a way that does not accord with rape myths about how a raped woman is expected to act, their behaviour is read by legal narratives as unreasonable, irrational and therefore false.[38] In the same way, when the stories of the women refugee claimants do not match adjudicators' assumptions about domestic violence, the claimants' behaviours appear unreasonable – and seen as implausible. Credibility findings should not be based on stereotypes of "what she should have done" - how an abused woman is expected to behave according to domestic violence myths. In no circumstances should claimants be found not to be credible due to their inability to explain the behaviour of other people (TB0-09268, para 12), especially that of their abusers (TB0-05805, paras 16-18).

Fortunately, some adjudicators were alive to these issues, as can be seen in one case where the adjudicator accepted that the claimant had been misinformed about the refugee process as her explanation for her delay in making a claim, rather than concluding that this attacked the credibility of her subjective fear of abuse (TA8-05174, para 10). In another case, the adjudicator expressed a more nuanced understanding of the cycles of domestic violence:

> You stated that in 2013 you and your husband took a trip together alone to the U.S. to Queens, New York where he had a cousin. You indicated that that was something that made you very happy and this was because you were attempting desperately to maintain the family system and to maintain your marriage. This was not inconsistent with the experience of battered women or women subject to longstanding abuse. You had suffered xxxx and other emotional symptoms for a long period of time and your confidence had suffered a serious blow also over a long period of time. (TB7-00466/TB7-00487)

[36] Macintosh, C., "Domestic violence and gender-based persecution: How refugee adjudicators judge women seeking refuge from spousal violence--and why reform is needed", *Refuge*, vol. 26, num. 2, 2009, p. 160.

[37] Bhuyan, R., Vargas, A., & Píntín-Perez, M., "Fleeing Domestic Violence from a "Safe" Country?: Refugee Determination for Mexican Asylum-Seekers in Canada", *Refuge: Canada's Journal on Refugees*, vol. 32, núm. 3, 2016, p. 103, *https://doi.org/10.25071/1920-7336.40373*.

[38] Quilter, J., "Re-Framing the Rape Trial: Insights from Critical Theory about the Limitations of Legislative Reform", *Australian Feminist Law Journal*, vol. 35, 2013, p. 49.

v. Where is the doctor's note? Lack of Corroborating Evidence

> The panel is of the view that is reasonable to assume that a document pertaining to the claimant's hospitalization and diagnosis of her condition would be available to the claimant if requested. (TB1-13066, para 26)

Adjudicators also found claims not to be credible due to a lack of corroborating evidence, such as a lack of a medical report documenting the claimant's injuries (TA8-20617; TA9-01613; TA9-2401; TB1-03957) or police reports (TA9-01613; TB0-09268; TB2-03206). Adjudicators sometimes made explicit their presumptions about the straightforwardness of the bureaucratic processes in Guyana, even where claimants had testified about their difficulties in navigating the system in attempting to obtain documentation:

> The panel finds that it draws a negative inference from this lack of corroborative evidence which would have been so simple to acquire. (TA9-19229, para 10)

One claimant explained that the hospital had refused to give her a medical report without the police present. The adjudicator found that "it makes absolutely no sense that the claimant would be told that unless the police are there with her, they could not provide her with a medical report" and instead of acknowledging a potentially uncooperative bureaucratic system, found this to have undermined her credibility and claim of being assaulted by her husband (TA9-02401, para 11). Of particular concern are cases where the RPD adjudicator seemed to impose impossibly high standards on what explain other people's actions:

> The claimant was questioned as to why the psychological report provided by her counsel mentioned the alleged rape by police officials in one sentence in a five-page report. Although the panel is aware that it asked the claimant to speculate, however, it became apparent that the claimant had no reasonable explanation to offer. (TB0-09268 at para 12)

It can also be particularly difficult for claimants to provide corroborating evidence of a "non-event" such as the police's refusal to take a report

or a hospital's refusal to provide a report.[39] Bates, Bond and Wiseman have also noted that the shortened timelines in the IRB processes have limited the amount of time available to gather evidence.[40]

In rejecting explanations for why certain corroborating evidence could not be obtained, adjudicators appear to fail to recognize the contextual conditions of under-resourced developing countries. This is not to say that adjudicators should assume that corroborating evidence can never be obtained from any developing country, or that adjudicators should never require any corroborating evidence. Instead, adjudicators must be alive to the social, cultural, religious, and economic context prescribed by the Gender Guidelines to be considered and must not close their minds to the explanations for why certain documentation may be difficult to obtain. It can be particularly difficult for a low-income woman refugee claimant without adequate resources to obtain the necessary documentation, as a claimant tried to explain in one case:

> [T]he claimant was also asked why she did not proffer any corroborating evidence for her story - no medical reports, no affidavit evidence from friends or acquaintances who would have been privy to her situation. The claimant testified that she could not call or write to her doctor or the police in Guyana because she did not have access to their addresses or phone numbers. When asked if she could use a search engine like Google to try to find addresses, she replied that she did not have a computer. When asked if her lawyer or someone else could have assisted her in this, she said that she had attempted to obtain copies of police and medical reports by writing to her friend xxxx. She wrote her in xxxx 2011 and asked xxxxx to find Dr. xxxx to obtain copies of her medical reports and also to go to the police. She says xxxx responded by saying that the clinic had moved and she did not know where to find the Doctor. (TB1-03957, para 8)

Indeed, my interviews with frontline professionals highlighted difficulties in navigating certain bureaucratic processes of different government bodies in Guyana. NGO worker Mona noted issues in the criminal justice process:

---

[39] Stairs, F. & Pope, L., "No Place like Home: Assaulted Migrant Women's Claims to Refugee Status and Landings on Humanitarian and Compassionate Grounds", *Journal of Law and Social Policy*, vol. 6, 1990, p. 203.

[40] Bates, E., Bond, J. & Wiseman, D., "Troubling Signs: Mapping Access to Justice in Canada's Refugee System Reform" *Ottawa Law Review vol. 47*, num. 1, 2012, p. 63.

> [W]hen the issue has to move from the police to court, when you check with the DPP [Department of Public Prosecutions], charges have been advised, and the case is sent back to the police station to inform the victim of the court date. But the victim doesn't get any of the information as to when she has to return to the court. When they go to the police station, the police would say that the matter is with the DPP. And the DPP has already clarified that it's no longer with her…So they would keep them coming, sometimes for even over a year. You go into the station to find out when you have to go to court. You don't get any information. By the time you catch yourself, the case is already thrown out of court.

My own efforts to conduct a case law review of domestic violence cases in Guyana with the assistance of a Guyana-based legal research assistant revealed challenges in tracking the progress of domestic violence protection order cases through Guyana's court system, as decisions at the magistrates' court level are not always written or available as public record.

The potential obstacles to obtaining corroborating evidence is a notable access to justice challenge, given the useful role that corroborating documentation can play in a fact-finding exercise. It should be noted that for few cases in the dataset where the refugee claim was accepted, there tended to be substantial amounts of corroborating evidence (TB4-1360/TB4-01371).

VI. When the story changes: Inconsistencies in Evidence

> The claimant testified that her difficulties arose when she was pregnant. In the latter trimester, he would come home late and yell at her. He slapped her after the child was born. She testified to significant abuse which occurred two or three times per week since the birth of her child and continued until the time she went home. It was pointed out to the claimant that this abuse is not reflected in the narrative. The claimant explained that she tried not to talk about it because she became emotional. She also testified to trying to forget about it. (TB1-17386/TB1-17458, para 12)
>
> When the panel asked how long after her mother went to Canada that had occurred, the claimant then replied that she could not recall whether it was before or after, adding that she thought it was before her mother came here and that is why her mother had taken her to stay at her uncle's home. Perplexed, the panel asked why the claimant had earlier told the panel she stayed

> at her mother's until she returned to her ex-husband's house, but her only explanation was that she could not remember everything.... (TB4-11845, para 14)

In all but 2 of cases where there was a negative credibility finding, the findings were based in part due to what adjudicators perceived to be inconsistencies in evidence, often between the claimant's written evidence in the Personal Information Form and her oral testimony at the hearing. Because the claimant's story appeared to have changed, the adjudicator concluded that the claim was not credible.

Some of these negative credibility findings were related to details about the abuse, such as the details of the living arrangements with the abuser (TB1-17386/TB1-17458, paras 10-11), whether the claimant had met her husband before they were married (TB4-11845), when the claimant had last heard from the abuser (TB2-03206, para 9), and when the abuse started or resumed (TA9-02401, paras 14-15; TB1-17386/TB1-17458; TB4-11845, para 14). Some negative credibility findings related to details about police involvement (TA8-20617, para 19). Claimants' stories were not found to be credible because they had testified orally about seeking police protection but had not included it in their written personal information form (TA9-19229, para 11; TB0-09268, para 8), or had provided different answers about the number of times they had complained to the police (TB0-11725, para 6). Other negative credibility findings were made relating to details that were not related to the abusive situation at all, such as the refugee claimant's mailing address (TA8-20617, paras 14-15), whether the claimant had to go to Guyana to get a divorce (TA8-21402), whether or not the claimant's mother had sponsored all of her siblings to come to Canada or not (TB4-11845).

A few observations should be made about these findings of inconsistencies in evidence resulting in a negative credibility finding. Firstly, some of the so-called differences seem rather insignificant and appear to be an unduly heavy focus on semantic detail. For example, in the case of claim TB4-11845, the claimant had stated in her written evidence that she had married a man that she had never met before. However, the adjudicator made much of the fact that at the hearing she testified that she had met him at Christmas and became engaged to him on New Year's Day, finding this to be an inconsistency (TB4-11845, para 13). Given the short amount of time between meeting the man on Christmas and getting engaged seven days later on New Year's Day, one must ask if it is truly inaccurate for the claimant to declare that she had married a man she had not met before.

However, caution must be exercised even when considering more significant inconsistencies in evidence. The idea that any inconsistencies in a story indicate unreliability of a person's entire story – that is, the assumption that inconsistencies are indicative of inaccuracy - though adhered to in Canadian refugee law to a certain extent, is not necessarily well supported by scientific research.[41] Cameron conducted a review of studies on human memory to show how refugee claim adjudicators' understanding of memory are folk theories that have "unreasonable expectations of what how people remember" and consequently "far too often make findings as unsound as they are unjust".[42] Even outside of the realm of abuse-related trauma, memory recall in general involves a reconstruction of events that can involve inaccuracies in recounting details such as the dates, frequency, duration, sequence of events. Peripheral details of an event are also difficult to remember clearly (p. 483). Furthermore, a person's repeated retrieval of memories of a certain event (such as during the standard testing conditions for the refugee status determination system) can be expected to result in the omission of some information, gain of new details, and changed information over time, as a part of how memory works (p. 491).

Studies in cognitive psychology have indicated that the correlation between consistency and accuracy is not straightforward or well established,[43] and that the inaccurate recollection of a few isolated details do not predict the accuracy of a witness's overall testimony.[44] This also applies to the phenomenon of reminiscence, when a witness recalls a new detail that

---

41 Pichler, A. S., Powell, M., Sharman, S. J., Zydervelt, S., Westera, N., & Delahunty, J. G., "Inconsistencies in complainant's accounts of child sexual abuse arising in their cross-examination", *Psychology, Crime & Law*, vol. 27, num. 4, 2021, p.342; Brewer, N. Potter, R., Fisher, R. P. Bond, N., & Luszcz, M. A., "Beliefs and data on the relationship between consistency and accuracy of eyewitness testimony", *Applied Cognitive Psychology*, vol. 13, 1999, p. 311; Cohen, 2001, p.25)

42 Cohen, J., "Errors of recall and credibility: Can omissions and discrepancies in successive statements reasonably be said to undermine credibility of testimony", *Medico-Legal Journal*, vol. 69, 2001, p. 470.

43 Oeberst, A. "If anything else comes to mind... keep it to yourself? Delayed recall is discrediting – Unjustifiably", *Law and Human Behavior*, vol. 36, 2012, p. 266; Pichler, A. S., Powell, M., Sharman, S. J., Zydervelt, S., Westera, N., & Delahunty, J. G.. "Inconsistencies in complainant's accounts of child sexual abuse arising in their cross-examination", *Psychology, Crime & Law*, vol. 27, num. 4, 2021, p. 342)

44 Fisher, R. P., Brewer, N., & Mitchell G., "The relation between consistency and accuracy of eyewitness testimony: Legal versus cognitive explanations", in T. Williamson, R. Bull, & T. Valentine (eds.), *Handbook of psychology of investigative interviewing: Current developments and future directions*, John Wiley & Sons, 2009, pp. 131-132; Brewer et al, 1999, p. 311.

they did not recall previously.[45] While adjudicators may be suspicious when claimants bring up new details in their oral testimonies at hearings that the claimants had not mentioned previously in their written evidence, psychological studies have suggested that reminiscence is not a predictive indicator of overall accuracy.[46] There are a number of factors that may account for why someone's story can change,[47] such as the type of question asked and the amount of time that has passed since the event being recalled (.[48] Trauma-related dissociation can also affect memory,[49] as can post-traumatic stress, depression, torture, head injuries,[50] and strangulation.[51] If a claimant has suffered any of these things, it may affect her ability to recall details when presenting evidence to an RPD adjudicator.

It is therefore a concern to see refugee claims denied on the basis of negative credibility findings, because the claimant had omitted certain details in her written evidence but provided additional detail in her oral testimony (TA9-19229, para 11; TB2-03206, para 11), could not remember the certain details about her experiences of abuse such as when the abuse started (TA9-02401, paras 14-15; TB1-17386/TB1-17458; TB4-11845, para 14), or the number of times she sought help from the police (TB0-11725, para 6). If scientific research indicates that our memory does not in fact work like a video recording, then it is unreasonable to expect refugee claimants to be able to do so.[52]

---

[45] *Ibidem*, p. 125.

[46] *Ibidem*, p. 130; Oeberst, A., *op. cit.*, p. 269.

[47] Cohen, J., "Errors of recall and credibility: Can omissions and discrepancies in successive statements reasonably be said to undermine credibility of testimony", *Medico-Legal Journal*, vol. 69, 2001, p. 33.

[48] Fisher, R. P., Brewer, N., & Mitchell G., *op. cit.*, p. 129.

[49] Brand, B. L., Schielke, H. J., & Brams, J. S., "Assisting the Courts in Understanding and Connecting with Experiences of Disconnection: Addressing Trauma-Related Dissociation as a Forensic Psychologist, Part I", *Psychological Injury And Law*, vol. 10, 2017, pp. 283-297, *https://doi.org/10.1007/s12207-017-9304-8*; Brand, B. L., Schielke, H. J., & Brams, J. S., "Assessing Trauma-Related Dissociation in Forensic Contexts: Addressing Trauma-Related Dissociation as a Forensic Psychologist, Part II", *Pschol. Inj. And Law*, vol. 10, 2017, pp. 298-312. *https://doi.org/10.1007/s12207-017-9305-7*.

[50] Cohen, J., "Errors of recall and credibility: Can omissions and discrepancies in successive statements reasonably be said to undermine credibility of testimony", *Medico-Legal Journal*, vol. 69, 2001, pp. 30-31.

[51] Bichard, H., Byrne, C., Saville, C. W. N., Coetzer, R., "The neuropsychological outcomes of non-fatal strangulation in domestic and sexual violence systematic review", *Neuropsychological Rehabilitation,* 2021, p. 18, DOI: 10.1080/09602011.2020.1868537.

[52] Cohen, J., "Errors of recall and credibility: Can omissions and discrepancies in successive

Reflections and Solutions.

> *We have to re-imagine how we approach the issue of gender, which is a fundamental issue here in gender-based violence. Because I think you might have seen surveys where a large number of persons, they do think this is normal. It's so normalized in families and that it's really not an issue for some people.* – Justice service provider

I have drawn from the dataset of domestic violence-based refugee claims from Guyana to critically examine how adjudicators at the Immigration and Refugee Board's Refugee Protection Division assess the credibility of these refugee claimants and their claims. This analysis has highlighted three particular issues with some of the strategies that RPD adjudicators have used to assess the credibility of refugee claimants seeking asylum from domestic violence in Guyana.

The first relates to findings of implausibility, based on what adjudicators believe to be "common sense" on how victims of domestic violence are expected to behave – beliefs such as that if a woman was truly being abused, they would not return to their abusers or that they would immediately seek protection. These beliefs are based on what has been shown to be myths and stereotypes that do not account for domestic violence victims' subjective realities, perceptions of risk, and the impact of trauma on their decision-making, among other things. My field research in Guyana interviewing frontline professionals working in the area of domestic violence has confirmed that many women do in fact return to their abusers, and/or may avoid or delay seeking protection, all often for complex reasons. In Canada's criminal justice system, it has been made clear that the reliance on stereotypical myths about victims of violence is unacceptable.[53] If it is unacceptable to suggest in a criminal case that abused women would not stay in an abusive relationship and therefore must be lying about the abuse (*R v Lavallee,* 1990, para 34), why would it be acceptable in the context of a refugee claim?[54] Adjudicators are already required by the Gen-

---

statements reasonably be said to undermine credibility of testimony", *Medico-Legal Journal*, vol. 69, 2001, pp. 26 y 28.

[53] See, for example, the condemnation of the Alberta Court of Appeal in October 2015 of the comments of then trial judge Justice Robin Camp as having been based on long discredited sexual stereotypes and stereotypical myths: *R v Wagar,* 2015 ABCA 327 at para 4. Justice Camp's comments to the sexual assault complainant included questions such as "why didn't you just sink your bottom down into the basin so he couldn't penetrate you?" and "why couldn't you just keep our knees together?"

[54] As was done in TA9-02401, at para 17.

der Guidelines to integrate such considerations in their analyses. However, the credibility findings in this dataset suggest that some adjudicators are still failing to meaningfully consider these issues under the Gender Guidelines, and that they may benefit from further training about the nature of domestic violence.

The second issue relates to negative credibility findings based on a lack of corroborating evidence. In this subset of decisions, adjudicators found the stories of claimants to not be credible because (or partially because) claimants had not provided corroborating evidence such as a medical report or a police report to support their stories, sometimes rejecting the explanations provided by claimants about why they were unable to obtain such documentation. These rejections appear to be based on assumptions by adjudicators about the ready availability of such documentation in Guyana, rather than recognizing the constraints that may exist in the context of a developing country with systems and processes that may be different from Canada's, particularly for certain vulnerable women who may not have the same resources or access to navigate such processes and obtain the documentation expected by adjudicators. In some cases, when claimants explained that authorities in Guyana were uncooperative about providing them with the corroborating documentation that they needed, adjudicators rejected these explanations as being implausible instead of recognizing this as further indication of the state's unwillingness to help domestic violence victims. This speaks to the challenges within the refugee determination system of balancing the need to prove a claim and the practical difficulties in doing so. In addressing these challenges, it is important for adjudicators to remain alive to the claimant's social, cultural, religious, and economic context, as required by the Gender Guidelines.

Finally, many claims were found not to be credible because of what adjudicators perceived to be inconsistencies in the evidence presented by the refugee claimants through their written and oral testimonies. These decisions were based on assumptions that adjudicators made about consistency in testimony as an indicator of truthfulness, a correlation that has not been well-supported in psychological research, particularly in studies conducted on human memory.

These observed trends in the credibility findings of adjudicators have significant implications for access to justice, particularly since the onus is on the refugee claimant to prove their claim in a context that can arguably be stacked against them at times, where they are already vulnerable as victims of domestic violence. When a domestic violence survivor's refugee claim is rejected on based on myths or faulty assumptions held by adju-

dicators, she faces the consequence of being deported back to her country to face her persecutor or going into hiding with an illegal immigration status,[55] making her vulnerable to further risks in either scenario. Furthermore, as discussed there are questions of whether the adjudicators' reasoning in some of these cases adequately comply with the Gender Guidelines or legal principles accepted in other areas of Canadian law.

The refugee determination system does, of course, provide for some avenue of recourse to challenge RPD decisions. Certain RPD cases can now be appealed to the Refugee Appeal Division. Judicial review of IRB decisions at the Federal Court can also be done, but they must be granted leave in order to be heard (IRPA, s.72), and are only available in reality for a small number of cases: from 2005 to 2010, only 14.4 percent of applications for judicial review of refugee claims were granted leave to be heard at the court.[56] There are no appeals from leave decisions (IRPA, s.72(2)(e)), and appeals from Federal Court decisions to the Federal Court of Appeal can only be made if the Federal Court Judge certifies that "a serious question of general importance is involved" (IRPA, s.74(d)). Given the limited avenues for review, fairness at the initial RPD hearing is of particular importance,[57] and these limitations highlight the importance of getting decisions rights at the first level – the Refugee Protection Division.

The issues I have described with adjudicators' credibility findings can potentially also have the effect of re-traumatizing domestic violence victims, in being told that their stories are not to be believed. Litigation and other legal processes such as refugee determination hearings can already be stressful for people, where they must reveal personal information and discuss painful and possibly triggering issues, which could lead them to avoid seeking help.[58] When claims are found not to be credible based on adjudicators' assumptions and reliance on domestic violence myths that have been disproven, this could potentially discourage other victims from seeking help, for fear of not being believed.

---

[55] Bhuyan, R., Vargas, A., & Píntín-Perez, M., "Fleeing Domestic Violence from a "Safe" Country?: Refugee Determination for Mexican Asylum-Seekers in Canada", *Refuge: Canada's Journal on Refugees*, vol. 32, núm. 3, 2016, p. 6, *https://doi.org/10.25071/1920-7336.40373*.

[56] Rehaag, S., "Sexual Orientation in Canada's Revised Refugee Determination System: An Empirical Snapshot", *Canadian Journal of Women and the Law*, vol. 29, 2017, p. 269.

[57] Bates, E., Bond, J. & Wiseman, D., "Troubling Signs: Mapping Access to Justice in Canada's Refugee System Reform" *Ottawa Law Review vol. 47*, num. 1, 2012, pp. 64-65.

[58] Brand, B. L., Schielke, H. J., & Brams, J. S., "Assisting the Courts in Understanding and Connecting with Experiences of Disconnection: Addressing Trauma-Related Dissociation as a Forensic Psychologist, Part I", *cit.*, pp. 287-288 and 293.

What then are potential solutions for these access to justice issues? Adjudicators have the important responsibility of determining whether a claimant meets the definition of a Convention refugee. To ensure that domestic violence victims are not returned to Guyana to face their persecution, these decisions must be made in a manner that takes into account the particular subjective realities of women refugee claimants. This means that credibility findings must not be based on impossible standards or stereotypical myths about "what she should have done" – how abused women are expected to act, or assumptions that are not supported by scientific research. Of course, adjudicators cannot be assumed to be sociologists or political scientists who always know how to use socio-cultural data to determine the legal relevance.[59] Furthermore, scientific research is constantly developing as we learn more about memory and domestic violence. But it is important to enable adjudicators to stay up to date on the issues that they work on, including through education about domestic violence and the science of memory, in order to allow them to be sensitive to these issues. Adjudicators not only need to "un-learn" the problematic aspects of their assumptions about domestic violence and developing countries, but they also need to be equipped with the proper analytical tools for determining credibility.[60] Scholars have recommended educating triers of fact about the need to change inferences about inconsistencies pointing to the unreliability of witnesses, because such inferences impose an unreasonable standard.[61] Fisher *et al.*[62] provide some guidance for jurors, which could be applied to RPD adjudicators:

> If jurors are encouraged to use consistency of testimony as a guideline to assigning credibility to evidence, they should be strongly encouraged to think in terms of the credibility of *individual statements* and not in terms of the cred-

[59] Macintosh, C., "Domestic violence and gender-based persecution: How refugee adjudicators judge women seeking refuge from spousal violence--and why reform is needed", *cit.*, p. 157.

[60] Razack, S., "Domestic Violence as Gender Persecution: Policing the Borders of Nation, Race, and Gender", *Canadian Journal of Women and the Law*, num. 8, 1996, p. 64.

[61] Pichler, A. S., Powell, M., Sharman, S. J., Zydervelt, S., Westera, N., & Delahunty, J. G.. "Inconsistencies in complainant's accounts of child sexual abuse arising in their cross-examination", *Psychology, Crime & Law*, vol. 27, num. 4, 2021, p. 353.

[62] Fisher, R. P., Brewer, N., & Mitchell G., "The relation between consistency and accuracy of eyewitness testimony: Legal versus cognitive explanations", in T. Williamson, R. Bull, & T. Valentine (eds.), *Handbook of psychology of investigative interviewing: Current developments and future directions*, John Wiley & Sons, 2009,

> ibility of the witness as a whole. Inconsistency is diagnostic of error, but only at the level of the individual statement: inconsistent statements are unlikely to be correct. Jurors should not, however, extrapolate to the level of the witness, as witnesses who make inconsistent statements, on the whole, are not less accurate than witnesses who make only consistent statements. Judges should instruct jurors to think in terms of individual facts of the case, not in terms of witnesses. At the very least, jurors should not discredit witnesses reflexively simply because they have made inconsistent statements. (p. 133)

Some of the issues I have described in adjudicators' analyses of credibility could be overcome if adjudicators perform a more thorough and individualized analysis of how the Gender Guidelines were considered for a particular case, rather than simply providing a blanket perfunctory – and arguably performative – statement simply noting that they have considered it. This might help adjudicators to avoid making unreasonable requirements on claimants, such as producing corroborating documents that are beyond the claimant's access from her subjective position,or requiring her to repeatedly approach police officers who will inform her abuser of the complaint.

Refugee lawyers who represent claimants can also play a role in overcoming some of these issues. A number of the scientific studies about memory cited in this chapter were written with the legal system in mind, and some even contain specific recommendations for justice service providers.[63] Lawyers would do well to benefit from the knowledge being produced in this area. Lawyers should also be alive to the issues described in this chapter when dealing with their clients, the refugee claimants, in order to work with the needs of their clients. They should be aware, for example, of how trauma survivors (especially relating to intimate partners) can have difficulty identifying and discussing their symptoms, including memory problems, which could lead them to make conflicting statements or avoid talking about their trauma.[64] Understanding the ways in which trauma can present

---

[63] Brewer, N. Potter, R., Fisher, R. P. Bond, N., & Luszcz, M. A., "Beliefs and data on the relationship between consistency and accuracy of eyewitness testimony", *Applied Cognitive Psychology*, vol. 13, 1999999; Fisher, R. P., Brewer, N., & Mitchell G., "The relation between consistency and accuracy of eyewitness testimony: Legal versus cognitive explanations", *cit.*; Brand, B. L., Schielke, H. J., & Brams, J. S., "Assisting the Courts in Understanding and Connecting with Experiences of Disconnection: Addressing Trauma-Related Dissociation as a Forensic Psychologist, Part I", *cit.*; Brand, B. L., Schielke, H. J., & Brams, J. S., "Assessing Trauma-Related Dissociation in Forensic Contexts: Addressing Trauma-Related Dissociation as a Forensic Psychologist, Part II", *cit.*

[64] Brand, B. L., Schielke, H. J., & Brams, J. S., "Assessing Trauma-Related Dissociation

in clients and can affect the relationship between lawyers and their clients is therefore important for lawyers when working with their clients.[65] This will also allow lawyers to take specific actions to anticipate potential credibility issues with respect to their clients cases, including presenting scientific evidence about memory, arranging for a psychological report, or requesting vulnerable persons status under the *Chairperson Guideline 8: Procedures with Respect to Vulnerable Persons Appearing Before the IRB*.

Beyond the role of individual refugee lawyers and RPD adjudicators, there are broader systematic considerations to improve access to justice in the Canadian refugee law system. One potential avenue is perhaps to increase multi-disciplinary collaboration between the justice sector and, for example, researchers in the field of psychology, to ensure that as more research is being done on topics such as memory and domestic violence, that new knowledge is shared with those who need it, such as legal practitioners. If the current tools used by RPD adjudicators are not adequate for assessing credibility, perhaps such collaborative efforts could help develop better tools to improve access to justice in the Canadian refugee law system, particularly for refugee claimants seeking to escape domestic violence in their home countries.

VII. Cited works

Amnesty International, *Guyana: Insufficient Action on Long-Standing Human Rights Concerns: Amnesty International Submission to the UN Universal Periodic Review,* 2015, *https://www.amnesty.org/en/documents/amr35/001/2014/en/*.

Bakht, N., "In Your Face: Piercing the Veil of Ignorance about Niqab-Wearing Women", *Social and Legal Studies*, vol. 24, num. 3, 2015, pp. 419-442.

Bates, E. *et al.*, "Troubling Signs: Mapping Access to Justice in Canada's Refugee System Reform" *Ottawa Law Review vol. 47*, num. 1, 2012, pp. 1-72.

in Forensic Contexts: Addressing Trauma-Related Dissociation as a Forensic Psychologist, Part II", *cit.*, p. 302.

[65] Brand, B. L., Schielke, H. J., & Brams, J. S., "Assisting the Courts in Understanding and Connecting with Experiences of Disconnection: Addressing Trauma-Related Dissociation as a Forensic Psychologist, Part I", *cit.*, p. 293.

Bichard, H. *et al.*, "The neuropsychological outcomes of non-fatal strangulation in domestic and sexual violence systematic review", *Neuropsychological Rehabilitation,* 2021, doi: 10.1080/09602011.2020.1868537

Bond, J. & Wiseman, D., "Shortchanging Justice: The Arbitrary Relationship Between Refugee System Reform and Federal Legal Aid Funding", *Canadian Bar Review*, vol. 91, 2014, pp. 583-635.

Bhuyan, R. *et al.*, "Fleeing Domestic Violence from a "Safe" Country?: Refugee Determination for Mexican Asylum-Seekers in Canada", *Refuge: Canada's Journal on Refugees*, vol. 32, núm. 3, 2016, pp. 95-107, *https://doi.org/10.25071/1920-7336.40373*.

Brand, B. L. *et al.*, "Assisting the Courts in Understanding and Connecting with Experiences of Disconnection: Addressing Trauma-Related Dissociation as a Forensic Psychologist, Part I", *Psychological Injury And Law*, vol. 10, 2017, pp. 283-297, *https://doi.org/10.1007/s12207-017-9304-8*.

Brand, B. L. *et al.*, "Assessing Trauma-Related Dissociation in Forensic Contexts: Addressing Trauma-Related Dissociation as a Forensic Psychologist, Part II", *Pschol. Inj. And Law*, vol. 10, 2017, pp. 298-312. *https://doi.org/10.1007/s12207-017-9305-7*.

Brewer, N. *et al.*, "Beliefs and data on the relationship between consistency and accuracy of eyewitness testimony", *Applied Cognitive Psychology*, vol. 13, 1999, pp. 297-313.

Cameron, H. E., "Risk Theory and 'Subjective Fear': The Role of Risk Perception, Assessment, and Management in Refugee Status Determination". *International Journal of Refugee Law*, vol. 20, num. 4, 2008, pp. 567-585.

Cameron, H. E., "Refugee Status Determinations and the Limits of Memory", *International Journal of Refugee law, vol. 22, num.* 4, 2010, pp. 469-511.

Central Intelligence Agency, *The World Factbook: South America: Guyana*, 2018, *https://www.cia.gov/library/publications/the-world-factbook/geos/gy.html*.

Cohen, J., "Errors of recall and credibility: Can omissions and discrepancies in successive statements reasonably be said to undermine credibility of testimony", *Medico-Legal Journal*, vol. 69, 2001, pp. 25-34.

Convention Relating to the Status of Refugees, 28 July 1951, 189 UNTS 137 (entered into force 22 April 1954).

David, S., *The Economic Cost of Domestic Violence: An examination of the impact on Guyana's Economy for 2012*. Institute of Development Studies, University of Guyana, 2014.

DeShong, H. & Haynes, T., "Intimate partner violence in the Caribbean: State, activist and media responses", *Global Public Health*, vol. 11, núm. 1-2, 2016, pp. 82-94.

Fisher, R. P. *et al.*, "The relation between consistency and accuracy of eyewitness testimony: Legal versus cognitive explanations", in Williamson, T. *et al.* (eds.), *Handbook of psychology of investigative interviewing: Current developments and future directions*, John Wiley & Sons, 2009, pp.121-136.

Grant, A. & Rehaag, S., "Unappealing: An Assessment of the Limits on Appeal Rights in Canada's New Refugee Determination System", *University of British Columbia Law Review*, vol.49, núm. 1, 2016, pp. 203-274.

Huerta v Canada (Minister of Employment and Immigration [1993] 157 nr 225 (fca).

Immigration and Refugee Protection Act, SC 2001, c 27.

Immigration and Refugee Board of Canada (1996, November 13), *Chairperson Guidelines 4: Women Refugee Claimants Fearing Gender-Related Persecution*, *https://irb-cisr.gc.ca/en/legal-policy/policies/Pages/GuideDir04.aspx*.

Ingram, M. *et al.*, "Experiences of Immigrant Women who Self-Petition Under the Violence Against Women Act", *Violence Against Women*, vol. *16*, núm. 8, 2010, pp. 858-880.

Insanally, S., *Domestic Violence in Guyana*, Women's Affairs Bureau, Ministry of Labour, Human Services and Social Security 2006, *http://www.hands.org.gy/node/41*.

Kaieteur News, "Domestic violence", *Kaieteur News,* 2012, July 12, *http://www.kaieteurnewsonline.com/2012/07/12/domestic-violence/*.

Kaieteur News, "Victims of domestic violence prefer financial settlement out of court", *Kaieteur News*, 2013, July 3, *http://www.kaieteurnewsonline.com/2011/07/03/victims-of-domestic-violence-prefer-financial-settlement-out-of-court/*.

Kaieteur News, "Domestic Violence more deadly than any std – gphc Manager", *Kaieteur News*, 2013, November 11, *http://www.kaieteurnewsonline.com/2013/11/26/domestic-violence-more-deadly-than-any-std-gphc-manager*.

Kaieteur News, Authorities seldom successfully prosecute domestic violence's cases- US state report, *Kaieteur News*, 2014, March 11, *http://www.kaieteurnewsonline.com/2014/03/11/authorities-seldom-successfully-prosecute-domestic-violences-cases-us-state-report/*.

Kaieteur News, "National Task Force reviews implementation of Sexual Offences and Domestic Violence Acts", *Kaieteur News,* 2014, August

1, *http://www.kaieteurnewsonline.com/2014/08/01/national-task-force-reviews-implementation-of-sexual-offences-and-domestic-violence-acts/*.

Kaieteur News, "Survey shows Guyanese generally accept Domestic Violence", *Kaieteur News*, 2015, March 9, *http://www.kaieteurnewsonline.com/2015/03/09/survey-shows-guyanese-generally-accept-domestic-violence/*.

Klugman, J. *et al.*, *Voice and Agency: Empowering Women and Girls for Shared Prosperity*, World Bank, 2014, *https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/19036*.

LaViolette, N., "Independent Human Rights Documentation and Sexual Minorities: An Ongoing Challenge for the Canadian Refugee Determination Process", *International Journal of Human Rights*, vol. 13, núm. 2, 2009, pp. 437-476.

Macintosh, C., "Domestic violence and gender-based persecution: How refugee adjudicators judge women seeking refuge from spousal violence--and why reform is needed", *Refuge*, vol. 26, num. 2, 2009, pp. 147-164.

Mawani, Nurjehan, "The Factual and Legal Legitimacy of Addressing Gender Issues", *Refuge,* vol. 13, num. 4, 1993, pp. 7-10.

Mitchell, V. *et al.*,"Personal experiences and attitudes towards intimate partner violence in healthcare providers in Guyana". *International Health*, vol. 5, núm. 4, 2013, pp. 273-279.

Narvaez v Canada (Minister of Citizenship and Immigration, [1995] 2 FC 55, 1995 CanLII 3575 (FC).

Oeberst, A., "If anything else comes to mind... keep it to yourself? Delayed recall is discrediting – Unjustifiably", *Law and Human Behavior*, vol. 36, 2012, pp. 266-274.

Ortiz-Barreda, G., & Vives-Cases, C., "Legislation on violence against women: overview of key components", *Rev Panam Salud Publica*, vol. 33, num. 1, 2013, pp. 61-72.

Parekh, K. P. *et al.*, "Prevalence of intimate partner violence in patients presenting with traumatic injuries to a Guyanese emergency department", *International Journal of Emergency Medicine*, vol. *5*, num. 1, 2012, pp. 23-28.

Peake, L., "Feminist and quantitative? Measuring the extent of domestic violence in Georgetown, Guyana", *Treballs de la Societat Catalana de Geografia,* vol. 66, 2009, pp. 133-148.

Pichler, A. S. *et al.* . "Inconsistencies in complainant's accounts of child sexual abuse arising in their cross-examination", *Psychology, Crime & Law*, vol. 27, núm. 4, 2021, pp. 341-356.

Protocol Relating to the Status of Refugees, 31 January 1967, 606 UNTS 267 (entered into force 4 October 1967).

Quilter, J., "Re-Framing the Rape Trial: Insights from Critical Theory about the Limitations of Legislative Reform", *Australian Feminist Law Journal*, vol. 35, 2013, pp. 23-56.

Razack, S., "Domestic Violence as Gender Persecution: Policing the Borders of Nation, Race, and Gender", *Canadian Journal of Women and the Law*, núm. 8, 1996, pp. 45-9.

Re XXXX (10 November 2009), TA6-14655, Immigration and Refugee Board of Canada.

Re XXXX (27 May 2010), TA8-00630, Immigration and Refugee Board of Canada.

Re XXXX (22 June 2010), TA8-20617, Immigration and Refugee Board of Canada.

Re XXXX (4 October 2010), TA9-2401, Immigration and Refugee Board of Canada.

Re XXXX (13 December 2010), TA8-09779, Immigration and Refugee Board of Canada.

Re XXXX (14 December 2010), TA8-21402, Immigration and Refugee Board of Canada.

Re XXXX (15 December 2010), TA8-05174, Immigration and Refugee Board of Canada.

Re XXXX (4 March 2011), TB0-05805, Immigration and Refugee Board of Canada.

Re XXXX (18 March 2011), TB0-09268, Immigration and Refuge Board of Canada

Re XXXX (10 June 2011), TA9-01613, Immigration and Refugee Board of Canada.

Re XXXX (11 October 2011), TB0-11725, Immigration and Refugee Board of Canada.

Re XXXX (25 January 2012), TB1-03957, Immigration and Refuge Board of Canada.

Re XXXX (29 February 2012), TB1-01998, Immigration and Refuge Board of Canada.

Re XXXX (3 May 2012), TB0-14545, Immigration and Refugee Board of Canada.

Re XXXX (5 June 2012), TB1-00209, Immigration and Refugee Board of Canada.

Re XXXX (17 October 2012), TA9-19229, Immigration and Refuge Board of Canada.

Re XXXX (18 January 2013), TB2-03206, Immigration and Refuge Board of Canada.

Re XXXX (21 January 2013), TB1-13066, Immigration and Refugee Board of Canada.

Re XXXX (12 March 2013), TA9-02039, Immigration and Refuge Board of Canada.

Re XXXX (6 February 2014), TB1-17386/TB1-17458, Immigration and Refugee Board of Canada.

Re XXXX (10 April 2014), TB4-1360/TB4-01371, Immigration and Refugee Board of Canada.

Re XXXX (20 May 2014), MB1-07549, Immigration and Refugee Board of Canada.

Re XXXX (30 October 2015), TB4-11845, Immigration and Refugee Board of Canada.

Re XXXX (3 March 2017) TB7-00466/TB7-00487, Immigration and Refugee Board of Canada.

Rehaag, S., "Sexual Orientation in Canada's Revised Refugee Determination System: An Empirical Snapshot", *Canadian Journal of Women and the Law*, vol. 29, 2017, pp. 259-289.

R v Lavallee, [1990] 1 SCR 852.

Song, G. & Handl, M., "Beyond Cookie Cutter Templates to Women's Lived Experiences: Domestic Violence-based Refugee Claims from Guyana", in V. A. B. da Silva (ed.), *Access to Justice in the Americas*, Fórum Justiça, 2021, pp. 180-205, *https://doi.org/10.53080/forjus-ajam*.

Stairs, F. & Pope, L., "No Place like Home: Assaulted Migrant Women's Claims to Refugee Status and Landings on Humanitarian and Compassionate Grounds", *Journal of Law and Social Policy*, vol. 6, 1990, pp. 148-225.

Ward v. Canada (Attorney General) [1993] 2 SCR 689

Cuarta parte

Comentarios de actores judiciales

Dicotomías de la justicia en el acceso de las mujeres afrodescendientes, mirada racializada e interseccional, en situaciones en violencia de género

Giovanna Gabriela **de León Fernández**[*]

> Una democracia no está completa si la libertad está limitada por la clase social, el género y la raza.
> La esperanza de la democracia son aquellas que han sido marginadas, que habitan en la periferia de la democracia y siguen luchando por la libertad.
>
> Angela Davis

Sumario. I. Introducción. II. Un poco de historia. III. Rumbo hacia el derecho a la igualdad. IV. Racismo estructural, colonial e histórico. V. Derecho de las mujeres. VI. Declaraciones derechos humanos. VII. Aditus ad justitiam. VIII. Accesibilidad de la

[*] Mujer negra-afrouruguaya, doctora en Derechos y Ciencias Sociales, especialista en Políticas Públicas y Afrodescendencia, integrante Red de Mujeres Afrolatinoamericanas, Afrocaribeñas y de las Diáspora, Colectivamujeres, MUA (Mujeres solidarias Uruguay-África), Equipo multidisciplinario Comuna Mujer (servicio de atención de mujeres en situación de violencia de género). Angela Yvonne Davis, filósofa, política marxista, activista afroamericana antirracista y feminista y profesora del Departamento de Historia de la Conciencia en la Universidad de California en Santa Cruz de Estados Unidos, visitó Uruguay en marzo de 2019. Véase *https://latfem.org/cuando-las-mas-oprimidas-se-sublevan-el-mundo-se-levanta-con-nosotras/*

víctima de violencia de género. IX. Acceso en perspectivas. X. Acceso a la información. XI. Normativa jurídica en la materia. XII. Cien Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad. XIII. Asesoramiento técnico-jurídico. XIV. ¿Qué implicancias tienen estos marcos para la situación uruguaya de violencia contra la mujer afrodescendiente? XV. A 20 años de la Declaración de Durban. XVI. Análisis del marco jurídico nacional uruguayo. XVII. Ley de violencia hacia las mujeres basada en género. XVIII. Feminicidios. XIX. Conclusión a modo de reflexión. XX. Bibliografía.

I. Introducción

Construidas las sociedades sobre raíces coloniales, desigualdades históricas, sistemáticas, estructurales y sin miradas de género, eternizan criterios estereotipados que forjan y perpetúan la falta de acceso a la justicia e impunidad.

Por ello es ineludible realizar un análisis con enfoque de género, con el impulso de criterios equitativos basados en el derecho a la igualdad de género con mirada interseccional étnica-racial y de género.

Siendo necesario problematizar las dificultades en el acceso a la justicia de las mujeres negras, debiendo realizar "la transformación del silencio en lenguaje y en acción", en palabras de Audre Lorde (1984). Siendo imprescindible realizar una relectura de la historia hegemónica contada, como sostienen las teóricas feministas negras decoloniales Curiel y Espinosa. Porque las mujeres negras han sido la base de la historia del mundo, a pesar de su invisibilización que llega aún hasta nuestros días.

La historia diseminada debe situarse junto al racismo estructural, epistémico y sistemático que se remonta a la época de la trata transatlántica de africanos esclavizados (siglo XVI a siglo XIX). Canalizada por la resistencia y resiliencia de las mujeres negras en el transcurso de la historia, caracterizadas por la triple discriminación de sexo, raza y clase por ser mujeres, pobres y negras.

La defensa de los derechos humanos de las mujeres, niñas y adolescentes en la práctica operativa nos lleva a las operadoras del derecho a una interpelación constante de las diferentes realidades dadas por las desigualdades históricas, estructurales y sistemáticas en las que nos encontramos inmersas históricamente desde siempre las mujeres.

Acrecentadas esas vicisitudes por las interseccionalidades que atraviesan a cada mujer por su condición de raza, etnia, edad, discapacidad, económica-social, etarias, culturales, sumada la violencia patriarcal, institucional, racial cuando se está frente a situaciones de violencia de género. Simultáneamente se enfrentan ante diversas barreras culturales, económicas, institucionales, machistas, patriarcales y raciales que llevan a obstáculos constantes para poder llegar ante los estrados de la justicia, y denunciar su vulneración y afectación de derecho a una vida libre de violencia.

Son múltiples las interconexiones: ser mujer negra, pobre, del interior del país, migrante, discapacitada, que dificultan acceder al Poder Judicial o llegar ante los mecanismos adecuados que podrían guiarlas hacia el reclamo por sus derechos humanos y garantías judiciales.

Siendo fundamental para poder acceder a la justicia el saber de la presencia de derechos humanos que tenemos como personas, resultando imprescindible el derecho de acceso a la información para efectivamente acceder a la justicia con las máximas garantías, lo que resulta una problemática de nuestra sociedad uruguaya, que imposibilita obtener auténtica y efectiva defensa.

Enfrentándose las minorías y grupos más vulnerables a los sistemas de poderes de opresiones históricas, estructurales, institucionales, históricas, clasistas, patriarcales y racistas, que conllevan con las múltiples desigualdades y discriminaciones a un persistente inacceso de las mujeres negras, afrodescendientes, migrantes e indígenas.

II. Un poco de historia

El transcurso del tiempo ha llevado al progresivo avance en materia de derechos humanos, siendo imprescindible la actuación en conjunto de los derechos a la igualdad ante la ley y el derecho a la no discriminación para la conformación de un bloque de derechos primordiales a la hora de acceder a la justicia. Con la existencia de múltiples desigualdades en materia de derechos humanos, manifestándose a través de la subordinación, inequidades y sistemas de opresión y dominación constante, retrotrayéndose hacia muchos años atrás. En un primer momento la invisibilización de las mujeres fue de tal magnitud que carecieron de cualquier derecho. Pasaron siglos antes de que pudieran adquirirlos como tal, aún es largo el camino recorrido cuando se entrecruzan las variables: mujer negra afrodescendiente y el de-

recho de acceso a la justicia, queda pendiente la realización de una mirada de género racializada con enfoque afrocentrado.[1]

Diferentes etapas enmarcaron la evolución de los derechos humanos, encontrándonos con la evolución de derechos de primera, segunda y tercera generación, las cuales transformaron y mejoraron la dignidad humana y calidad de vida humana. Cada generación de derechos ha sido una etapa fundamental para lograr un paso más rumbo al progreso democrático y apertura de derechos hacia las mujeres.

De forma paradójica, a pesar de los avances en el marco internacional en materia de derechos humanos, la desigualdad estructural de poder preexiste desde siempre, perpetuándose múltiples facetas que tienen todas sus gamas claras y oscuras, las cuales interfieren y afectan en las vidas de las mujeres, impidiendo una plena calidad de vida y desarrollo; enfrentándose a múltiples barreras, vulnerabilidades, desafíos, diversidad de exclusiones, siendo "la exclusión de la exclusión",[2] para resistir constantemente y lograr la adquisición en derechos y oportunidades. Soportando los conflictos existentes entre clase, raza y género, siendo necesarias políticas públicas para el abordaje con mirada interseccional.

III. Rumbo hacia el derecho a la igualdad

Hablar del *acceso a la justicia* conlleva recorrer primeramente la universalidad de los derechos humanos, encontrándonos distintas sendas en las luchas por el derecho a la igualdad y de oportunidades, para lograr plena integralidad, interdependencia, democracia y ciudadanía plena.

Interesa también diferenciar el derecho a la igualdad del principio de igualdad, dado que es necesaria para la igualdad el reconocimiento de las múltiples diferencias históricas que nos afectan. La justicia lleva inmersa el principio de igualdad, y la igualdad introducida la libertad y la no discriminación, remontándonos a siglos atrás para encontrar tales luchas y surgimientos. Por ejemplo, la igualdad aristotélica establecía tratar como igual a los iguales y tratar desigual a los desiguales.

[1] Bueno, Aida, "Referencias biográficas para una feminismo afrocentrado".

[2] Segato, Rita, "La guerra contra las mujeres".

1. Trata transatlántica de africanos esclavizados

Con gran desacierto y en contrasentido de toda igualdad sucedió el genocidio más grande de toda la humanidad: la trata transatlántica de africanos esclavizados, donde millones de hombres y mujeres africanas vieron interrumpidas sus vidas, siendo arrancados y desterrados de sus propias tierras originarias africanas.

Siendo violados todos sus derechos como seres humanos, transportados en pésimas condiciones, infrahumanas, de insalubridad y falta de higiene. Al Uruguay los primeros barcos negreros llegaron a Colonia del Sacramento, aproximadamente por el año 1608.[3]

Los africanos pasaron de ser personas libres a esclavizadas, sin derechos ni libertades, viviendo por muchos años bajo el régimen de la esclavitud, estando privados de sus libertades fue violada su dignidad humana, así como las máximas irregularidades como seres humanos, tráfico de personas humanas con múltiples formas de abusos: torturas, abusos sexuales, violaciones y otras modalidades abusivas y de maltratos, todas múltiples formas de agresiones, ejercicio de violencias y opresiones.

De esa manera "la esclavitud interrumpió la historia africana"[4] y cambió el curso de la historia. Conformando la mayor barbarie de la historia mundial, con las más grandes aberraciones a la dignidad humana y afectación de la vida de cada africano esclavizado que logró llegar con vida a estas tierras de América Latina. Muchos miles de africanos esclavizados murieron, productos de las aberraciones vividas durante el transcurso de los largos viajes o en la cuarentena posterior ya en tierra como consecuencia de las pestes y enfermedades.

Las mujeres africanas esclavizadas sufrieron sobre sus cuerpos la manifestación de múltiples formas de violencia, las cuales hoy en día están reguladas en los marcos jurídicos nacionales e internacionales, conocidas como violencia física, sexual, emocional, psicológica, obstétrica, secuestro, privación de libertad, torturas y femicidio, conceptos que no existían en la época de la esclavitud pero que sí eran acciones infrahumanas cruelmente realizadas sobre sus cuerpos. Muchas mujeres africanas esclavizadas con resiliencia e intransigencia supieron soportar tales barbaries con luchas invisibles y silenciosas por siglos, siendo el resultado de su firmeza y resistencia el pue-

[3] Año 1608. Al parecer este es el año en que llegaron los primeros negros a estas tierras con la expedición de Hernandarias (Hernando Arias Saavedra), adelantado del Río de la Plata. Reseña histórica-síntesis. Esclavitud en la Banda Oriental.

[4] Allan "Mutabaruka" Hope-Jamaica.

blo afrodescendiente que habita hoy día, conformando la diáspora africana que existe en toda América Latina, el Caribe y el mundo.

IV. Racismo estructural, colonial e histórico

Las consecuencias de esta barbarie se vislumbran aun hoy en día en toda la población afrodescendiente, quienes llevan por siempre los rezagos de la esclavitud, siendo parte de las barreras de opresión que sufre la población afrodescendiente, a través de su máxima expresión "el racismo estructural, colonial e histórico", en conjunto con las desigualdades económicas , sociales, la pobreza y formas de discriminaciones y exclusiones acrecentándose estas desigualdades cuando se trata de las mujeres afrodescendientes. Por tanto:

Una de las consecuencias del racismo es la exclusión económica de pueblos y grupos humanos que pertenecen a los grupos étnicos no dominantes debido a que las políticas y programas no les consideran actores, ni sujetos plenos de derechos. Esta situación se agrava cuando se trata de las mujeres afro descendientes que históricamente se encontraron en el último escalafón de la pirámide social.

> [...]Las diferencias raciales y étnicas pernean los indicadores de pobreza e inequidad en América Latina y Caribe. Por lo anterior la exclusión de afro descendientes de la participación y del acceso a oportunidades es fundamental para comprender las dimensiones no materiales de la inequidad y de la pobreza. Del mismo modo en que el genero es detonador de la pobreza, por lo que es necesario analizar la pobreza que viven las mujeres afro descendientes desde una perspectiva multidimensional.[5]

1. Organización de las Naciones Unidas

Hace unos pocos años que la Asamblea de las Naciones Unidas reconoció tal barbarie, a través de la resolución 62/122 del 17 de diciembre de 2007, la cual hizo memoria de las víctimas de la trata transatlántica de esclavos, declarando el 25 de marzo Día Internacional de Recuerdo de las Víctimas de la Esclavitud y la Trata Trasatlántica de Esclavos.

---

[5] Campbell Barr, Epsy, "Pobreza y exclusión de los pueblos y mujeres afrodescendentes", *Foro Ciudadano*, 2005, disponible en: *http://www.democraciasur.com/ideas/CampbellExclusionAfrodescendientes.htm*

Recientemente la comunidad internacional ha declarando a través del decenio de los afrodescendientes un plan de acción de "reconocimiento, justicia y desarrollo" reconociéndose los daños, perjuicios y la magnitud del genocidio causado por la trata transatlántica de africanos esclavizados.[6]

V. Derecho de las mujeres

Cabe destacar también, la Declaración de Derechos de Virginia (EUA, 1776), la lucha de la filosofa-política francesa Olympe de Gouges (Marie Gouze), quien fue autora de la primera "*Declaración de los Derechos de la Mujer*"(1791).[7] Atribuyo a la Asamblea Nacional de París la publicación de una Constitución dirigida meramente a los «hombres y ciudadanos», donde quedaban excluidas las mujeres, y por esa causa les reclamaba tratamiento igualitario para hombres y mujeres. Lo fundamental para ella, era que la ley les sea aplicada de igual forma.

Estableciendo en su *Declaración de los derechos de la mujer y de la ciudadana*: "Mujer, ¡despierta! La campana que toca la razón resuena por todo el universo; ¡conoce tus derechos! Sólo la ley tiene derecho a poner límites a esta libertad cuando degenera caprichosamente, pero debe ser igual para todo el mundo".

Así transcurre la historia de lucha por los derechos de las mujeres, caracterizándose por la persistencia y perseverancia, siendo en muchas oportunidades una lucha feminista silenciosa e invisibilizada por años de los relatos masculinos y patriarcales.

Esas duras resistencias las encontramos en el ADN de cada mujer, manteniéndose en sus luchas a pesar de pasar inadvertidas por siglos.

VI. Declaraciones derechos humanos

Reseñan las declaraciones internacionales de derechos humanos que recién en 1948 se cambio la redacción "del derecho de los hombres", siendo en ese

[6] Disponible en: *https://www.un.org/es/observances/decade-people-african-descent#:~:text=Las%20Naciones%20Unidas%20han%20declarado,de%20su%20rico%20patrimonio%20cultural.*

[7] Disponible en: *https://www.nuevatribuna.es/articulo/historia/olympe-gouges-y-declaracion-derechos-mujer-y-ciudadana/20160305204014126136.html*

mismo año que la Declaración americana y meses después la Declaración Universal de Derechos Humanos establecieron que "todos los seres humanos son libres e iguales", incluyendo así por primera vez a la mujer como un ser igual al hombre.

Abordando y visibilizando a través de las demandas y constantes luchas sociales contra la exclusión, la pobreza, la violencia, y racismo estructural, desafiando a los sistemas de opresión, exigiendo igualdad ante la desigualdad estructural de condiciones. Intransigencia que persiste frente a las directrices del poder patriarcal, machista, institucional y racista.

La existencia del derecho a la igualdad es multifactorial siendo inalcanzable llegar a la igualdad solamente en manos de las leyes, sanciones normativas y tratados enmarcados internacionalmente. Se requiere una combinación de todas las facetas sociales que desembocan en la libertad de actuación, promoción de derechos hacia la libertad, igualdad y no discriminación. Coexistiendo ineludiblemente y necesariamente perspectivas de género racializadas, diferenciales, en todo operador jurídico entreviendo las distintas intersecciones y discriminaciones existentes que persisten en las sociedades para desventaja de las poblaciones vulnerables.

VII. Aditus ad justitiam

Acceso a la justicia es un derecho humano esencial, en latín significa *aditus ad justitiam*. Es garantía del derecho de igualdad, sin realizar distinción alguna, y garantiza la igualdad de oportunidades a las mujeres. Específicamente significa que estando ante un conflicto de interés determinado, se tenga su posibilidad de defensa, "su día ante el tribunal", con protección integral, sin estigmatización y con *medidas concretas, adecuadas y eficaces en materia de protección, prevención, investigación y acceso a la justicia*.[8]

Las distintas discriminaciones y vulnerabilidades de las mujeres víctimas de violencia son el primer y gran obstáculo para lograr un libre acceso a la justicia. Toda la población debería contar con diferentes herramientas, estar informada de sus derechos, así como de las diversas acciones y mecanismos para lograr la efectiva accesibilidad a la justicia, hacia su defensa,

[8] Informe Anual 2019, CIDH. La CIDH llama a los Estados de la región a tomar medidas concretas, adecuadas y eficaces en materia de protección, prevención, investigación y acceso a la justicia.

pero en la práctica ello no sucede para un numero amplio de la población, dentro del cual se encuentran inmersas las mujeres.

VIII. Accesibilidad de la víctima de violencia de género

Ante una situación de violencia hacia la mujer por su condición de género, el acceder a la justicia significa que la mujer tenga en el tiempo y forma adecuada la posibilidad de ser atendida, acompañada, guiada ante la justicia, con asistencia legal, que tenga su defensa de manera gratuita sin que el tema económico sea un impedimento para el ejercicio de su derecho, que sea oída su voz, que sea tomada su denuncia, que se garanticen las condiciones materiales y mecanismos institucionales de actuación, que se le brinden medidas de protección contra su agresor, que no sea revictimizada ni por el Poder Judicial ni por las instituciones intervinientes en la causa, que sea indemnizada como manera de reparación del daño físico, moral, psicológico, sexual, patrimonial y emocional sufrido. Por sobre todas las cosas es fundamental que tenga acceso a la información, para poder realizar la denuncia y proseguir todas las instancias posteriores, es primordial que la víctima tenga información de a donde recurrir y pedir ayuda.

El acceso a la información es un derecho primordial que muchas veces se desconoce y de allí se escurre la posibilidad de tener de forma efectiva el acceso a la justicia, por desconocimiento, por no saber donde concurrir, ni cómo ni cuándo actuar. Cuando falta esta información y comunicación, falla la oportunidad para acceder a la justicia, se quiebra el conocimiento de los derechos por parte de los ciudadanos, estándose ante la pérdida del ejercicio de la ciudadanía plena, imposibilidad de ejercerlos y debilidad del estado democrático de derecho.

Que las condiciones de desigualdad que transversalizan a las mujeres no sean un impedimento para la accesibilidad hacia la justicia. Lo cual en los hechos y en la práctica si ocurre mucho más de lo imaginado.

IX. Acceso en perspectivas

Se debe introducir la perspectiva de género, para que estén contempladas de esta manera las desigualdades estructurales y sistemáticas de poder, porque si solamente utilizamos la perspectiva androcéntrica en realidad solo

nos muestra una parte de la toda la realidad existente, sin tener en cuenta ni el género ni la raza-etnia.

Perspectiva de género*:* la incorporación de esta perspectiva de género debe utilizarse en todas las instituciones, registros, investigaciones y políticas públicas como forma de combatir la violencia, considerando especial y particularmente la violencia basada en el género en contra de las mujeres.

Perspectiva étnica-racial: sin esta perspectiva se está ante una justicia permeada de colonialismo y hegemonía patriarcal que perpetua y acrecienta múltiples discriminaciones. Se debe introducir necesariamente la variable étnica racial en todas las dependencias estatales, en los registros judiciales y dependencias de actuación institucionales. La colocación de la misma, interseccionalidad y enfoque afrodescendiente genera apertura y accesibilidad forjando equidad e igualdad en materia de protección de derechos humanos, libertad, dignidad humana, igualdad en derechos y seguridad, ya que sus derechos no son respetados ni promovidos con equidad. Es importante destacar que la discriminación de las mujeres negras está asociada a determinadas situaciones, que discriminan, excluyen y marginan, las cuales encuentran sus antecedentes siglos atrás en la trata y explotación esclavista ocurrida hace mas de 500 años, cuyas consecuencia racismo estructural, sistemático, histórico y persisten en los cimientos sociales.

Dejando arraigadas desigualdades económicas, sociales, culturales, educativas a lo largo y ancho de toda América Latina y el Caribe. Las cuales han dejado generaciones de bajos recursos, pobreza extrema hasta llegar a la indigencia. Con una fuerte dependencia económica, que conlleva a la falta de autonomía economía de las mujeres negras/afrodescendientes, alejándolas del acceso a los servicios esenciales, acceso a la educación, a la salud, a la información y en consecuencia excluidas casi totalmente del acceso a la justicia. Debiendo luchar por siglos contra el racismo y colonialismo patriarcal. Las ancestras dejaron un gran legado de lucha y resistencia en toda América Latina y el Caribe, y diáspora africana, ya que:

> Las redes de mujeres que comenzaron a organizarse en los barracones de esclavos para alimentar, a la vez, el cuerpo y la esperanza de libertad, continúan en el presente luchando contra la dominación colonial, cuya expresión renovada tiene como punto de apoyo el racismo de siglos y la pretendida superioridad de la civilización occidental.
>
> Las mujeres afrodescendientes han recorrido un largo camino emancipatorio, enfrentándose a sucesivos modos de opresión: se revelaron ante el secuestro de sus familias, resistieron en los barcos negreros, lucharon contra

> el proyecto deshumanizador esclavista, fueron sometidas a todo tipo de torturas y litigaron para comprar sus propios cuerpos, vendidos durante siglos de trata.[9]

Constituyen una de las poblaciones más afectadas por la precarización laboral (17 de junio de 2019).[10] A través del Proyecto "Mujeres Afro que emprenden Fortalecimiento de la autonomía económica para mujeres afrodescendientes". Iniciativa que busca visibilizar y problematizar las desigualdades de las mujeres negras afrouruguayas en la cual se encuentran inmersas más aun las mujeres jefas de hogar, madres de familia, con el proyecto se busco generar herramientas, creando estrategias y buscando implementar políticas pública con enfoque racializado y perspectiva de género apuntando a revertir las consecuencias de la época esclavista y explotación soportada.

La historia misma, sus diferentes relatos fidedignos, las investigaciones realizadas a lo largo de los años vislumbran que las desigualdades de las mujeres negras afrodescendientes son más extremas y las alejan más de la oportunidad de acceso a la justicia. Siendo necesaria la realización de un estudio desagregado que arroje los datos reales de violencia domesticas. En Uruguay las estadísticas muestran que las mujeres negras sufren más violencia que las mujeres no afrodescendientes, pero falta una mirada interseccional y focalización más precisa al detalle de las formas de violencias.

X. Acceso a la información

Para que sea realmente eficaz el acceso a la justicia se requiere no solo tener su día ante el juez, sino que la población debe estar informada con que servicios dispone en la comunidad, territorio, ciudad o pueblo. Dichas instituciones deben comunicar de manera adecuada, atender de forma fluida, brindado un servicio estatal gratuito por mandato constitucional y legal y de muy buena calidad para cualquier ciudadana de la República Oriental del Uruguay que se presente, y sin importar el lugar en donde se acuda a solicitar la información.

---

[9] Disponible en: *https://afrofeminas.com/2020/02/21/encuentro-con-aida-bueno-referencias-biograficas-para-un-feminismo-afrocentrado/*

[10] Disponible en: *https://ladiaria.com.uy/feminismos/articulo/2019/6/las-mujeres-afrodescendientes-constituyen-una-de-las-poblaciones-mas-afectadas-por-la-precarizacion-laboral/*

Es de subrayar que en Uruguay el Poder Judicial se encuentra centralizado en la capital del país y zona metropolitana. Visualizándose otras realidades hacia el interior del país, donde el número de juzgados se encuentra reducido, en muchas localidades con una sola jurisdicción, centradas también en las capitales departamentales y alejadas de las zonas rural e interior profundo del país.

Este panorama conlleva a muchas mujeres vulnerables a desistir de presentarse a consultar, reclamar y solicitar justicia, siendo afectadas por extensas distancias, influenciadas por la afectación económica y el gasto que implica llegar hasta la sede judicial. Se agrava dicha realidad cuando nos adentramos al interior profundo del país o a las zonas más periféricas de la capital del país (Montevideo) y zona metropolitana. En estas Zonas muchas mujeres, niñas y adolescentes no solo no llegan a ninguna sede judicial, sino que están desinformadas, no conocen los servicios de asistencia que les corresponde como ciudadanas del país, a pesar de que sean servicios gratuitos la falta de acceso a la información, la falta de comunicación sobre qué derecho tienen como ciudadanas del país, ya son una limitante a la defensa de sus derechos.

El Estado uruguayo en estos últimos años ha buscado mejorar las políticas de comunicación y de difusión a la población para mejorar el acceso a la información, buscando que la misma sea efectiva, pero las herramientas continúan siendo insuficientes, parafraseando a la profesora Rosa Campoalegre: "utilizar las armas del amo es suicida".

La invisibilidad en materia de información estadística, respeto a datos desagregados por etnia y otras intersecciones que atraviesan a todas las mujeres que sufren violencias, desenmascara las falencias de instituciones y dependencias al servicio de la justicia, implantando la permanencia de la matriz de desigualdad[11]

XI. Normativa jurídica en la materia

A nivel internacional tenemos un marco normativo amplísimo respecto de los principales tratados de protección de derechos humanos.

El derecho a la acceso a la justicia tiene una consagración jurídica-legal tanto a nivel internacional, regional y nacional.

[11] Disponible en: *https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/46191/4/S2000226_es.pdf*

Cuadro 1.
Instrumentos jurídicos regionales e internacionales

Instrumento jurídico	*Disposición jurídica internacional*
Declaración Universal de Derechos Humanos[12]	Artículo 8: "toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante tribunales nacionales competentes, que le ampare, contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o por la ley".
Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)[13]	Artículo 2.3 y artículo 14 refieren ampliamente al contenido del derecho de acceso a la justicia, indicando: "todas las personas son iguales ante los Tribunales y las Cortes de Justicia, tendrán derecho a ser oídas públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación".
Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos,[14] 15 de diciembre de 1989	Debe considerarse también en la determinación del contenido del derecho de acceso a la justicia, destinado a la abolición de la pena de muerte.
Convención sobre los Derechos del Niño, del 20 de noviembre de 1989	d) Todo niño privado de su libertad tendrá derecho a un pronto acceso a la asistencia jurídica y otra asistencia adecuada, así como derecho a impugnar la legalidad de la privación de su libertad ante un tribunal u otra autoridad competente, independiente e imparcial y a una pronta decisión sobre dicha acción.
Conferencia Mundial en Viena en 1993	Establece que todo derecho fundamental debe interpretarse en forma progresiva.

[12] Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada y proclamada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas en su Resolución 217 A (III), el 10 de diciembre de 1948.

[13] Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado en Nueva York el 16 de diciembre de 1966.

[14] Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, destinado a abolir la pena de muerte, Nueva York, ONU, 15 de diciembre de 1989.

Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW)	Es la carta internacional de la mujer. Es el segundo instrumento internacional más ratificado por los Estados Miembro de la ONU, luego de la Convención sobre los Derechos de la Niñez.
Adoptada en forma unánime por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1979 y entró en vigor en 1981	En su artículo 2 le impone obligatoriamente a los Estados firmantes eliminar toda barrera existente que impida el acceso a la justicia, sea social, cultural, física, económica, racial, intelectual, lingüística, cualquier barrera que dificulte el acceso, estableciendo a los Estados que deben: "f) adoptar todas las medidas adecuadas, incluso de carácter legislativo, para modificar o derogar leyes, reglamentos, usos y prácticas que constituyan discriminación contra la mujer", en un plano de igualdad con los hombres. "En el artículo 7 de la Convención se compromete a los Estados Partes a que tomen todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la vida política y pública y a velar por que actúe en ella en igualdad de condiciones con el hombre. La obligación especificada en ese artículo abarca todas las esferas de la vida pública y política y no se limita a las indicadas en los incisos a), b) y c) del párrafo. La vida política y pública de un país es un concepto amplio. Se trata del ejercicio del poder político, en particular el ejercicio de los poderes legislativo, judicial, ejecutivo y administrativo...". En resumen, el Estado no sólo está obligado a garantizar que el acceso a la justicia lo puedan gozar por igual hombres y mujeres, sino que debe velar porque las mujeres tengamos igual acceso a ejercer los más altos niveles de la judicatura y a no sufrir discriminación en el desempeño de nuestras funciones.
Recomendación General No. 22 del Comité de la CEDAW	Establece a los Estados firmantes que el servicio público proporcionado a hombres y mujeres según sus necesidades, debe ser integrado tanto por hombres como por mujeres y obliga a los Estados a velar porque no haya discriminación a la hora de integrar esos servicios o contra sus funcionarias.
Recomendación General No. 33 de CEDAW	Se sugirió a los Estados parte que "Apliquen mecanismos que garanticen que las normas probatorias, investigaciones y otros procedimientos probatorios jurídicos y cuasi judiciales sean imparciales y no estén influenciados por prejuicios o estereotipos de género".

Instrumento jurídico	*Disposición jurídica regional*
Los Estados Americanos regulan a través de la Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José de Costa Rica"	Estableciendo en su artículo 8 al acceso a la justicia como derecho humano fundamental, siendo relevante 25.21. Su artículo 25 refiere a que se debe una adecuada regulación en la materia, para así garantizar un acceso efectivo "lato sensu" y rápido a un recurso jurídico.
La Convención Americana de Derechos Humanos, del 22 de noviembre de 1969	En los artículos 8.1 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.
Protocolo Facultativo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos Relativo a la Abolición de la Pena de Muerte, del 18 de junio de 1990	Protección judicial y debido proceso: artículos 8 y 25: "Toda persona tiene derecho a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden".
Declaración americana de los Derechos y Deberes del Hombre	Artículo XVIII.

XII. Cien Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad

Aprobadas en la XIV Edición de la Cumbre Judicial Iberoamericana celebrada el 6 de marzo de 2008 en Brasilia (Brasil) apunta a un acceso efectivo, a una justicia integradora, buscando favorecer a la masa de población más oprimida, vulnerable y desfavorecida de la población, con un real compromiso en las acciones tanto de la justicia como de toda la sociedad.

Su artículo 3o. refiere a las personas en situación de vulnerabilidad como aquellas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por cir-

cunstancias sociales, económicas, étnicas o culturales encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico.

A nivel internacional son llamadas "estándares básicos para garantizar derechos a aquellas personas que sufren discriminación y están en condiciones de vulnerabilidad (aquellas personas que "por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico"). A dichos efectos se deben relacionar todas las medidas, la promoción de políticas públicas, exigiendo también la acción y compromiso de operadores y funcionarios al servicio de la justicia o de quien desempeñe funciones que impliquen intervención en el desarrollo del proceso, garantizando así el pleno goce de los derechos y el acceso a la justicia. Se le exige a la administración de justicia que el derecho al acceso se configure realmente de manera efectiva, no alcanzando con que sea un mero reconocimiento.

Es necesario que las poblaciones vulnerables tengan conocimiento de la existencia de sus derechos como beneficiarios. De allí importancia de que la población vulnerable tenga acceso a la información, comunicación y le sean difundidos sus derechos, de lo contrario el derecho quedaría acéfalo/anómalo.

Aquí en Uruguay tenemos que mirar hacia las zonas periféricas de la capital del país y zonas metropolitanas, donde se nuclea un numero altísimo de población vulnerable (mujeres, pobres, jefas de hogar, madre de familias, negras -afrodescendientes, adolescentes/jóvenes, adultas mayores, discapacitadas, migrantes) así como también en las zonas del interior profundo e interior de zona rural del país. Zonas muy arraigadas , donde la violencia esta naturalizada, que se caracterizan por estar distantes de las capitales y de las sedes judiciales, por lo tanto a ese núcleo de la población vulnerables le cuesta mucho más acceder a la justicia, realizar sus denuncias por violencia, por cuestiones de distancias, temas económicos, sociales, culturales, problemas de transporte para llegar a las sedes judiciales y por sobre todo por desconocimiento de la existencia de los derechos que tienen, y en este último punto hay que trabajar permanentemente para que toda la población del país tenga acceso a la información y conozca sus derechos humanos, en particular en esta instancia las mujeres víctimas de violencia doméstica.

Al estar las sedes judiciales centralizadas, juegan un rol preponderante en estas circunstancias, para la comunicación y difusión las redes de contención y apoyo a la víctima de violencia de género, así como su núcleo más cercano: vecinas, familiares, amigas, compañeras de trabajo, integran-

tes del servicios de salud, el centro de enseñanza donde quizás concurran sus hija/os.

XIII. Asesoramiento técnico-jurídico

Se establece a los Estados:

> Conveniencia de promover la política pública destinada a garantizar la asistencia técnico-jurídica de la persona vulnerable para la defensa de sus derechos en todos los órdenes jurisdiccionales; ya sea a través de la ampliación de funciones de la Defensoría Pública, no solamente en el orden penal sino también en otros órdenes jurisdiccionales; ya sea a través de la creación de mecanismos de asistencia letrada; consultorías jurídicas con la participación de universidades, casas de justicia, intervención de colegios o barras de abogados [para]… garantizar una asistencia técnico-jurídica de calidad y especializada.

El patrocinio y defensa legal que se brinde a la víctima de violencia basada en género, ya de por si vulnerable, debe tratarse de un servicio de excelente calidad, responsabilidad, eficacia y por sobre todo compromiso, con toda la ética profesional.

Esa accesibilidad y defensa de la víctima no debe evaluarse jamás en lo económico, no debería reflejarse a un buen servicio por ser particular, sino que la accesibilidad a la justicia y su eficacia deben ser independientes de si la defensa es particular o de oficio, u otros servicios de prestación gratuita por ejemplo: consultorio jurídico Udelar, prestado por la universidad de la república, servicio prestado por Inmujeres,[15] servicios prestados por Comunamujer,[16] todas las dependencias y servicios auxiliares a la justicia deben ser servicios con asesoramiento de excelente calidad, con equipos multidisciplinarios y con perspectiva de género.

[15] Disponible en: *http://guiaderecursos.mides.gub.uy/27548/servicios-de-atencion-a-mujeres-en-situacion-de-violencia-basada-en-genero*

[16] Disponible en: *https://montevideo.gub.uy/areas-tematicas/personas-y-ciudadania/igualdad-de-genero/programa-comuna-mujer*

XIV. ¿Qué implicancias tienen estos marcos para la situación uruguaya de violencia contra la mujer afrodescendiente?

A esta normativa internacional vigente en la materia en materia de derechos humanos, especialmente las cien reglas de Brasilia, las recomendaciones CEDAW y la *Plataforma* de Acción de Beijing en cuanto a la vulnerabilidad de las mujeres en situación de violencia. Debemos agregarle una mirada afrodiaspórica, interseccional y racializada sumándole la declaración realizada en 1977 "Manifiesto Rio Combahee River", realizado por mujeres negras feministas que por el año 1977 ya exteriorizaban su voz y demanda a través de una declaración Negra Feminista.[17] Siendo necesario destacar en los avances de la normativa las Políticas ante el Decenio Internacional de los y las afrodescendientes y la Plataforma política de la Red de Mujeres Afrolatinoamericanas, Afrocaribeñas y de la Diáspora (RMAAD).

XV. A 20 años de la Declaración de Durban

Siendo el acceso a la justicia un derecho concebido como derecho humano fundamental. Rescatando el Programa de Acción de Durban (2001)[18] que señalaba a los países firmantes tomar recaudos para hacer frente a un proceso de globalización que se venía desarrollando y que impactaría de manera desigual en los distintos países. Se instaba a tomar medidas para contrarrestar "la pobreza, el subdesarrollo, la exclusión social, la homogeneización cultural y las desigualdades económicas".

En la Declaración y el Programa de Acción de Durban[19] "Plan de Acción de la III Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia e instrumentos internacionales" se reconoce la necesidad de integrar una perspectiva de género en las pertinentes políticas, estrategias y programas de acción contra el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de in-

[17] Una Declaración Negra Feminista, abril de 1977, disponible en: *Riseup.net* y *https://we.riseup.net › assets › combahee river col*

[18] Disponible en: *https://www.un.org/es/fight-racism/background/durban-declaration-and-programme-of-action*

[19] Disponible en: *https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Publications/DurbanDecProgAction_sp.pdf*

tolerancia a fin de hacer frente a las formas múltiples de discriminación. También se insta a los Estados a que hagan frente al racismo y a la violencia de motivación racial contra las mujeres y las niñas mediante políticas y programas, adoptando medidas de protección y prevención y aplicando de forma efectiva la legislación nacional y los instrumentos internacionales pertinentes.

Es de destacar el instrumento de acción política creado por la Red de mujeres afrolatinoamericanas afrocaribeñas y de la diáspora (RMAAD) en marzo de 2015, "*Plataforma Política de lideresas afrodescendientes*" de cara al Decenio Internacional de los pueblos Afrodescendientes como una de las formas de reconocimiento, memoria y justicia por el máximo genocidio de la humanidad reconocido por Naciones Unidas a la trata transatlántica de africanos esclavizados.

RMAAD ambiciona transformar la realidad heredada por la trata transatlántica, aspirando lograr a través de acciones afirmativas una equidad aun inexistente y acortar la desigualdad que viven las mujeres afrodescendientes de toda América Latina el Caribe y diáspora africana.

A través de la plataforma se demandan[20] las pendientes en materia de derechos humanos, buscando reparar derechos en el marco del Decenio Internacional de los Afrodescendientes. Perpetuándose el combate contra el racismo, la lucha antirracista y la búsqueda por accesibilidad a la justicia para la población afrodescendiente que garantice el pleno goce de sus derechos humanos con foco esencial en las niñas, adolescentes y mujeres afrodescendientes.

Asimismo, la plataforma señala como mecanismo fundamental implementaciones de medidas institucionales, jurídicas y programáticas que procuren esa accesibilidad:

> *Cap. XVI. Queremos acceso a la justicia*
> 1. Que los Estados de manera urgente, adopten las medidas para garantizar el acceso a la justicia de la población afrodescendiente, especialmente las mujeres, como mecanismo fundamental de protección de sus derechos humanos. En particular, demandamos que los Estados promuevan medidas jurídicas y programáticas que remuevan los obstáculos que enfrenta la mujer afrodescendiente para poder presentar denuncias de discriminación racial.

[20] Disponible en: *https://intercoonecta.aecid.es/Gestin%20del%20conocimiento/Diagn%C3%B3stico%20de%20la%20agenda%20de%20las%20mujeres%20afrodescendientes%20en%20Am%C3%A9rica%20Latina%20y%20el%20Caribe.pdf*

2. Que los Estados establezcan acciones expeditas para casos de discriminación racial y realizar campañas de promoción orientadas a que la población afrodescendiente —particularmente las mujeres— esté informada de sus derechos y las acciones y mecanismos que puede activar para su defensa.
Asimismo, demandamos que los Estados garanticen las condiciones materiales de acceso a la justicia, en términos de acceso a los tribunales, provisión de asistencia legal gratuita y costo y complejidad de los procedimientos judiciales.
3. Que los Estados implementen medidas a fin de remover y modificar normas y prácticas que llevan a la persistencia de sesgo racial en la actuación del sistema de justicia penal. En particular, los Estados deben impulsar esfuerzos para recopilar información sobre la actividad judicial y sobre las mujeres afrodescendientes privadas de libertad, ya sea en prisión preventiva, condenadas o internadas en instituciones psiquiátricas. Adicionalmente, los Estados deben adoptar y difundir mecanismos adecuados para que las niñas, jóvenes y mujeres afrodescendientes puedan denunciar la violencia física y sexual, incluyendo el acoso sexual y la violación.

XVI. Análisis del marco jurídico nacional uruguayo

Es de reconocimiento los avances ocurridos en Uruguay, en cumplimiento de los compromisos y estándares internacionales que han generado normativa constitucional, legal y reglamentaria.

Estipulándose a través de las mismas acceso gratuito a la justicia a través de un sistema de Defensoría Pública, creado a nivel constitucional, desde 1934. Reconocimiento constitucional que ha permanecido en sucesivas constituciones, siendo hoy día el antecedente de nuestro actual artículo 254 de la Constitución de la República Oriental del Uruguay. Consagrándose la gratuidad de la justicia para los declarados pobres conforme a la ley. Carta magna que establece principios iusnaturalistas en sus artículos 7o., 72 y 332,[21] conformando los derechos inherentes a la personalidad humana y a la forma republicana de gobierno.

Sección II. Derechos, deberes y garantías
Capítulo I. Artículo 7. Los habitantes de la República tienen derecho a ser protegidos en el goce de su vida, honor, libertad, seguridad, trabajo y propiedad.

[21] Disponible en: *https://www.impo.com.uy/bases/constitucion/1967-1967*

> Nadie puede ser privado de estos derechos sino conforme a las leyes que se establecieren por razones de interés general.
> Sección II. Derechos, deberes y garantías
> Capítulo III. Artículo 72. La enumeración de derechos, deberes y garantías hecha por la Constitución, no excluye los otros que son inherentes a la personalidad humana o se derivan de la forma republicana de gobierno.
> Capítulo IV. Artículo 332. Los preceptos de la presente Constitución que reconocen derechos a los individuos, así como los que atribuyen facultades e imponen deberes a las autoridades públicas, no dejarán de aplicarse por falta de la reglamentación respectiva, sino que ésta será suplida, recurriendo a los fundamentos de leyes análogas, a los principios generales de derecho y a las doctrinas generalmente admitidas.

Es importante destacar también los artículos 9o., 42 y 54 de la Constitución uruguaya, y que progresivamente ha evolucionado la normativa legal de accesibilidad a la justicia:

- Ley de prevención y combate de la trata de personas Ley Núm. 19.643 de 2018
- Ley integral para personas Trans Ley Núm. 19.684 de 2018
- Ley Núm. 19.122 de 2013 Acciones para favorecer la participación de personas afrodescendientes en áreas educativas y laborales
- Agravante muy especial del homicidio que se cometa contra una mujer por motivos de odio, desprecio o menosprecio por su condición de tal
- Ley Núm. 19.538 de 2017 Matrimonio igualitario
- Ley Núm. 19.075 de 2013 Ley de salas de lactancia materna
- Ley Núm. 19.530 de 2017 Se adopta el Nuevo Código del Proceso Penal de modelo acusatorio
- Ley Núm. 19.293 de 2014 Plan nacional de acceso a la justicia y protección jurídica de las personas en situación de discapacidad
- Ley Núm. 19.773 de 17/07/2019 Acuerdo regional sobre el acceso a la información, la participación publica y el acceso a la justicia en asuntos ambientales en América Latina y el Caribe, primer y único tratado ambiental de Latinoamérica y el Caribe que permite enfrentar todos los desafíos ambientales, siendo el único en el mundo en contemplar disposiciones explícitas de protección para las y los defensores de DDHH en asuntos ambientales.

XVII. Ley de violencia hacia las mujeres basada en género

El derecho a vivir una vida libre de violencia es un nuevo derecho para las mujeres, consagrado especialmente en la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia hacia ellas, conocida como Convención Belem do Pará. Se trata de un instrumento que debe ser mucho más utilizado para impartir justicia.

Asimismo, desde las Reglas de Brasilia el acceso a la justicia fue considerado inconsistente, señalándose que la discriminación y vulnerabilidad de las mujeres víctimas de violencia son un obstáculo para un libre acceso. La lucha contra la violencia doméstica en todo el mundo han crecido, así como las cifras de violencia basada en género. Uruguay no ha sido la excepción, creciendo inmensamente en los últimos años, acrecentándose los casos de violencia hacia las mujeres y los feminicidios.

Como problematización debe exteriorizarse que a pesar del marco jurídico internacional, regional y nacional existente nos encontramos aún con múltiples pendientes, perduran invisibilizaciones históricas y falta de perspectiva étnica-racial. Es primordial tener miradas afrocentradas, para no perder esa realidad violenta en la cual están inmersas la vida de las mujeres afrodescendientes. Siendo imperiosa una mirada interseccional de todas las dependencias judiciales, auxiliares e involucradas, así como operadoras/es en la temática de violencia basada en género , en todas las actuaciones judiciales de la normativa legal vigente a nivel nacional e internacional. Es trascendental trabajar para una defensa de DDHH de las mujeres con perspectiva en género, comprendiendo la étnica-racial con enfoque afrocentrado. Con énfasis e hincapié en aquellas debilidades y dificultades que afrontan las mujeres afrodescendientes: acceso a la justicia, desigualdades estructurales y sistemáticas.

1. Breve marco conceptual

Desde la tipificación del delito de violencia doméstica incorporado al Código penal por la Ley Núm. 16.707 (1995) y la posterior promulgación de la Ley Núm. 17.514 de Violencia Doméstica[22] (2002), las denuncias recibidas por este tipo de delitos han aumentado año a año en forma muy rápida.

[22] Disponible en: *https://www.impo.com.uy/bases/leyes/17514-2002*

2. Ley de violencia hacia las mujeres basada en género

La Ley 19580 de violencia basada en género hacia la mujeres[23] es un hito tanto en Uruguay como en América Latina, de gran relevancia dado que incorporó el feminicidio, modificando y actualizando delitos que estaban vetustos en el Código penal uruguayo, que data de 1934.

Sus primeros cuatro artículos contienen la definición de orden público e interés general de esta ley, cuyo objeto es garantizar el efectivo goce del derecho de las mujeres, sin distinción alguna, a una vida libre de violencia basada en género (en adelante VBG), en tanto como política pública declara prioritaria la erradicación de esa violencia ejercida contra las mujeres sea por el Estado, sus agentes, instituciones privadas y particulares. Define a esta violencia como una forma de discriminación que afecta los derechos humanos de las mujeres sustentada en una relación de pareja.

En primer lugar es importante remitir, como fundamento conceptual de la respuesta, a la definición de violencia basada en género hacia las mujeres establecida por el artículo 4o. de la Ley Núm. 19.580:

(Definición de violencia basada en género hacia las mujeres). La violencia basada en género es una forma de discriminación que afecta, directa o indirectamente, la vida, libertad, dignidad, integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, así como la seguridad personal de las mujeres.

Se entiende por violencia basada en género hacia las mujeres toda conducta, acción u omisión, en el ámbito público o el privado que, sustentada en una relación desigual de poder en base al género, tenga como objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos humanos o las libertades fundamentales de las mujeres.

Quedan comprendidas tanto las conductas perpetradas por el Estado o por sus agentes, como por instituciones privadas o por particulares.

Es decir que la violencia basada en género hacia las mujeres es un fenómeno multidimensional y con múltiples causas. El Estado uruguayo desarrolla diversas políticas (sociales, educativas, laborales, de seguridad pública, de acceso a la justicia) para atender a cada una de esas dimensiones.

---

[23] Disponible en: *https://www.gub.uy/ministerio-desarrollo-social/institucional/normativa/ley-n-19580-fecha-09012018-ley-violencia-hacia-mujeres-basada-genero#:~:text=Basada%20en%20G%C3%A9nero.-,Ley%20N%C2%B0%2019.580%20de%20fecha%2009%2F01%2F2018%20Ley,las%20Mujeres%20Basada%20en%20G%C3%A9nero.&text=Esta%20ley%20tiene%20como%20objeto,de%20violencia%20basada%20en%20g%C3%A9nero*

3. Denuncia violencia basada en género[24]

Regulada en el artículo 59 de la Ley 19.580 y en la Ley 18.315, las cuales facultan a cualquier persona, incluso a quienes menores de 18 años de edad, que ante una situación que tengan conocimiento de una situación de maltrato realicen la denuncia, la ley garantiza total confidencialidad.

Por su parte, la Ley de Actuación Policial establece en su artículo 33 que: "Toda víctima, testigo o persona que brinde información calificada a la policía, tiene derecho a recibir la adecuada protección por parte de las instituciones competentes del Estado". Toda denuncia tendrá carácter de confidencial y secreta, y es el personal policial el responsable de que las medidas que se le ordenen para la protección de víctimas, testigos y personas que hagan la denuncia se efectivicen.

En Uruguay, frente a la denuncia por violencia de género, tenemos tres instituciones del Estado uruguayo con actuación directa e inmediata en políticas públicas en cuanto acceso a la justicia y seguridad pública:

1) Ministerio del Interior. Ministerio que tiene a cargo tanto la prevención como el registro de las denuncias y la represión frente a las acciones violentas contra las mujeres.
2) El Poder Judicial. Tenemos juzgados letrados especializados en familia que son los competentes para entender y resolver sobre una situación de violencia domestica o violencia basada en género y los juzgados en materia penal.
3) La tercera institución involucrada es la Fiscalía General de la Nación, tiene competencia para registrar denuncias, de manera particular ante las siguientes circunstancias:

   a) Ante la comprobación de delitos basados en violencia de género en contra de las mujeres, en tanto es titular de la acción penal.
   b) Durante el transcurso del proceso penal ejercer la promoción al derecho de las víctimas con una segura participación de las mismas en los procesos penales que las involucran, la fiscalía realiza coordinación de acciones de apoyo y también de protección con otros organismos públicos.
   c) Registro de las denuncias ante situaciones de violencia.

[24] Disponible en: *https://transparenciapresupuestaria.opp.gub.uy/inicio/planificaci%C3%B3n-de-gobierno/seguridad-p%C3%BAblica*

d) Frente a la existencia de denuncias por concepto de violencia doméstica basada en género contra las mujeres con delitos asociados, por ejemplo, los delitos sexuales.

4. Dificultades de accesos en tiempos COVID-19

La pandemia ha tenido su foco central en toda América Latina, siendo la zona mas afectada y con mayor número de infectados y de muertes. Hizo estragos desde marzo de 2020 en todo el mundo y en las mujeres, se afectaron sus roles, vidas, condiciones socio-económicas, en el confinamiento hacia adentro de cada hogar, porque frente a esta nueva pandemia mundial, que azota a toda la población mundial, afecta mayoritariamente a los grupos más vulnerables y con mayor desigualdades, como mujeres, niñas, adolescentes con esta crisis humanitaria. Las mujeres de toda América Latina enfrentan una gran pandemia que es la "violencia domestica".[25]

Limitándose sus derechos, acortándose sus vínculos y conexiones con redes de apoyo. Exhortada toda la población a "quedarse en casa", cuya consecuencia ha sido en todo el mundo el aumento de violencia hacia la mujer. Siendo secuela de dichas medidas de confinamiento la desprotección de millones de mujeres, niñas y adolescentes en todo el mundo, realidad de la cual el Uruguay no es la excepción. Esa práctica de quedarse en casa para reducir la propagación del COVID-19 ha acrecentado el aumento de violencia hacia la mujeres por su condición de tal, por género. Muestra de ello es el aumento de denuncias y llamadas al 0800-4141, aumentaron los feminicidios,[26] así como también han aumentado las denuncias por casos de abuso sexual a niñas y adolescentes, visualizándose de manera alarmante una realidad oculta en la que están atrapadas muchas niñas y adolescentes.

Durante la pandemia la "Emergencia Sanitaria" ha limitado aún más las formas de acceso a la justicia.[27] Cerrándose organismos e instituciones fundamentales para la defensa de las mujeres, la Suprema Corte de Justicia decretó feria judicial sanitaria a nivel del Poder Judicial[28] (Circular 58/2020,

---

[25] Disponible en: *https://www.elpais.com.uy/eme/mujeres/violencia-domestica-urgencia-america-latina-cuarentena.html*

[26] Disponible en: *https://ladiaria.com.uy/justicia/articulo/2022/8/femicidio-infanticidio-y-suicidio-en-manga/*

[27] Disponible en: *https://www.carasycaretas.com.uy/coronavirus-y-violencia-de-genero/*

[28] Disponible en: *file:///C:/Users/EstudioGD/Downloads/resoluc-scj-29-2020_reinicio-actividades%20(1).pdf*

resolución SCJ 12/2020, resolución SCJ 21/2020, resolución SCJ 23/2020, resolución SCJ 14/2020 y resolución SCJ 18/2020).

Provocando la restricción de servicios, generando inacceso a muchas mujeres, que no se acercaban a consultar, ocasionando desborde de los únicos servicios abiertos, por ejemplo, los servicios de Comuna mujer,[29] los cuales continuaron abiertos y funcionaron por la esencialidad del servicio. Generándose diferentes estrategias en dichos servicios para dar atención eficaz a todas las mujeres que demandaban de atención en los servicios relacionados a la justicia. Por lo que:

Es muy probable que aumenten los casos de violencia doméstica generalizada, como ya sugieren los informes de la policía y de las líneas directas. El hogar puede ser un sitio de miedo y maltrato para muchas mujeres, niñas y niños. La situación empeora considerablemente en casos de aislamiento como las cuarentenas impuestas durante la pandemia. Todos los estados deben tomar medidas para combatir el COVID-19, pero no deben dejar atrás a las mujeres y los niños que sufren violencia doméstica.[30]

Todo muestra que los estados deben enfatizar de forma urgente que los derechos humanos de todos, particularmente de los más vulnerables y marginados, deben ser protegidos.[31]

5. Comunicaciones al servicio 911

Paradójicamente las denuncias realizadas a través de la línea 911 no coincidían con la realidades de vivencias, según datos disminuyeron la cantidad de denuncias en el periodo cuatrimestre mayo-junio 2019, descendiendo un 4.3% según datos oficiales del cuatrimestre mayo-junio 2020 del Observatorio Nacional de Violencia y Criminalidad,[32] Ministerio del Interior, actualmente se generó la existencia de una APP, la cual brinda una rápida y eficaz atención para concurrir de manera inmediata al domicilio que seleccione el botón de pánico de la aplicación.

---

[29] Disponible en: *https://www.republica.com.uy/servicio-especial-de-comuna-mujer-ante-emergencia-sanitaria-id758583/*

[30] Dubravka Simonovic, Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer.

[31] Fernand de Varennes, Relator Especial de las Naciones Unidas para las minorías.

[32] Disponible en: *https://www.minterior.gub.uy/index php?option=com_content&view=article&id=7949*

6. Línea 0800-4141

Línea de ayuda y asesoramiento respecto de las situaciones de violencia doméstica, aumentado la demanda considerablemente (buscar trabajo del MI 0800). Número clave para recibir información y orientación las 24 horas, de forma anónima y confidencial 08004141desde teléfono fijo o *4141 desde el celular.

7. Incorporación línea atención a víctimas de explotación sexual 0800-5050

Con fecha 1 de julio de 2020 la fiscalía creó una línea telefónica para atender víctimas de explotación sexual. Dado el crecimiento que se ha tenido durante la pandemia, las situaciones de abuso sexual y violaciones a niñas, niños y adolescentes, los actos delictivos aberrantes realizados en muchas circunstancias dentro del seno familiar y/o círculo cercano, conformando aterradoras historias y vivencias lamentables que niñas/os y adolescentes soportaron sobre sus cuerpos.

8. Obstáculos

Situaciones diferentes acaecidas en estos últimos tiempos demuestran la magnitud de violencia que se ha instalado en la sociedad uruguaya, siendo alarmantes el aumento de llamadas durante la pandemia, como el quédate en casa, las formas graves y violentas que demuestran aumento en los grados de violencia, llegando a su máxima expresión violenta del feminicidio, van 23 en lo que va del 2022, Uruguay se encuentra en alerta ante estas situaciones.

1. Expertas ONU piden acción urgente contra la "pandemia de violencia de género". Entre las siete firmantes del comunicado figuran la presidenta de la Comisión de la ONU para la Eliminación de la Discriminación de las Mujeres, Hilary Gbedemah, y la jefa del Grupo de Expertos del Consejo de Europa contra la Violencia a Mujeres, Marceline Naudi. Fecha: 14 de julio de 2020.

La COVID-19 ha propiciado una "pandemia de violencia de género y discriminación contra las mujeres", que requiere acción urgente de los Estados en aras de combatirla, subrayaron hoy siete expertas de Naciones Unidas y otros organismos internacionales en un comunicado conjunto.

Las siete expertas, entre ellas la relatora de la ONU sobre violencia contra mujeres, Dubravka Simonovic, denunciaron que los confinamientos ordenados durante la pandemia de Covid-19 han producido dramáticos aumentos

en las agresiones en los domicilios, incluyendo feminicidios y ataques sexuales: "la menor intervención policial, el cierre de juzgados, refugios y servicios esenciales para las víctimas han protegido a los perpetradores y han agravado los riesgos que afrontan mujeres y niñas", indicó la nota conjunta.[33]

II. La economista Magdalena Furtado de ONU Mujeres, con fecha 17 de julio de 2020 indicó: "Otro de los grandes impactos de la pandemia en las mujeres se evidenció en el aumento de las llamadas por violencia de género":

Esta es la región con mayor índice de violencia hacia las mujeres en el mundo y Uruguay tiene índices de prevalencia altísimos. Sabemos por la encuesta que hizo el INE que 8 de cada 10 mujeres declararon haber sufrido violencia alguna vez en su vida. Tenemos 108 denuncias de violencia de género por día lo que totalizan 40 mil al año y 13 denuncias de abuso infantil por día. Cifras que nos tienen que interpelar. Y con la pandemia esto se acentuó porque los contextos de aislamiento y confinamiento generalmente exacerban los problemas de violencia. Sabemos que las llamadas al 08004141 aumentaron un 80%, eso pasó en Uruguay en concordancia con lo que pasó en la mayoría de los países de la región.[34]

XVIII. Feminicidios[35]

Ha crecido abismalmente en América Latina y todo el mundo una preocupación generalizada por diversas violencias de distinta índole, agravadas por el peor acto de feminicidio. Lamentablemente Uruguay no es la excepción a esta cruda y terrible afectación de la sociedad, ante estos actos de odio hacia las mujeres por su sola condición de ser mujer, niña y adolescente (investigación Nómade).[36]

Se torna fundamental deconstruir espacios para gestar a los distintos actores una primera actuación primordial para que muchas mujeres, niñas-adolescentes lleguen efectivamente a tener su defensa y su día ante tri-

[33] Disponible en: *https://www.elpais.com.uy/eme/mujeres/expertas-onu-piden-accion-urgente-pandemia-violencia-genero.html*

[34] Disponible en: *https://pitcnt.uy/novedades/item/3631-mag-magdalena-furtado-onu-mujeres-es-importantisimo-trabajar-con-el-movimiento-sindical*

[35] Disponible en: *https://www.elpais.com.uy/informacion/politica/sucede-femicidio-fallamos-dijo-bottero-caso-paso-duradas.html*

[36] Véase "Problemas de accesibilidad y vergüenza: las dificultades para que las víctimas de violencia de género reciban ayuda", del 18 de junio 2020, Soledad González, integrante de Cotidiano Mujer y la Intersocial Feminista.

bunal, lograr el acceso a la justicia de todas las niñas, adolescentes y mujeres afrodescendiente, indígena, migrante, sin exclusiones por etnia, nacionalidad.

Carolina Olivera
De 47 años, fue atacada por su expareja, Elson Del Valle de 57 años, en la vivienda que compartían en el barrio Independencia, en Artigas. Disponible en: *https://ladiaria.com.uy/justicia/articulo/2022/1/femicidio-y-suicidio-en-artigas-una-mujer-fue-apunalada-por-su-expareja-que-se-ahorco-tras-atrincherarse/*

Nombre no publicado
Una mujer de 26 años fue asesinada por su pareja, un hombre de iniciales ADRG de 38 años, en una zona rural de Bella Unión, en Artigas. Tenían cuatro hijos en común.
Disponible en: *https://ladiaria.com.uy/articulo/2022/1/femicidio-en-artigas-una-mujer-fue-asesinada-por-su-pareja-que-intento-suicidarse-pero-fue-disuadido-por-la-policia/*

Nombre no publicado
Una mujer de 35 años fue asesinada por su hermana, de 27 años, y su cuñado, de 20 años, en Flores. Ambos fueron formalizados. Disponible en: *https://ladiaria.com.uy/justicia/articulo/2022/2/presunto-femicidio-una-mujer-fue-asesinada-por-su-hermana-y-su-cunado-en-flores/*

Nombre no publicado
Una mujer de 77 años fue asesinada por su hijo, de 54 años, en su casa en Pando. La mujer presentaba varias heridas con arma blanca y el cuerpo fue semienterrado. Su hijo fue declarado inimputable e internado en el Hospital Vilardebó. Disponible en: *https://ladiaria.com.uy/articulo/2022/2/presunto-femicidio-una-mujer-de-77-anos-fue-asesinada-y-semienterrada-en-pando/*

Nombre no publicado
Una mujer de 40 años fue asesinada de un disparo en la cabeza en una vivienda en el barrio Lavalleja, en Montevideo. Disponible en: *https://ladiaria.com.uy/justicia/articulo/2022/2/se-investiga-el-homicidio-o-femicidio-de-una-mujer-en-el-barrio-lavalleja/*

Ahielen Casavieja
Ahielen Casavieja, de 16 años, vivía junto a su bebé de cuatro meses en un hogar de amparo de INAU. El 12 de febrero salió con permiso de la institución y desde ahí desapareció. Fue asesinada y su cuerpo hallado en un pozo séptico el 3 de marzo. Leonardo Docarmo, expolicía y en ese momento taxista, fue imputado por el hecho. Disponible en: *https://ladiaria.com.uy/justicia/arti-*

culo/2022/3/se-confirmo-que-el-primer-cuerpo-hallado-en-el-predio-del-femicida-multiple-es-de-ahielen-casavieja-adolescente-que-estaba-desaparecida/

"La Saracho"
Una mujer apodada "La Saracho", que tenía 34 años y estaba en situación de calle, fue asesinada y su cuerpo encontrado en una heladera de la casa de Leonardo Docarmo, también feminicida de Ahielen Casavieja. Disponible en: *https://ladiaria.com.uy/justicia/articulo/2022/3/presunto-doble-femicidio-encontraron-otro-cuerpo-en-la-casa-donde-fue-asesinada-adolescente-que-estaba-desaparecida/*

Nombre no publicado
Una mujer que fue denunciada como desaparecida fue asesinada y sus restos óseos encontrados un mes después en un terreno baldío, en la zona norte de San Carlos.
Disponible en: *https://ladiaria.com.uy/justicia/articulo/2022/3/presunto-femicidio-fueron-hallados-restos-oseos-en-san-carlos/*

No publicado
Una mujer de 68 años fue asesinada con un disparo en su casa en Las Piedras, Canelones. Su pareja, un hombre de 73 años, se suicidó. Disponible en: *https://ladiaria.com.uy/justicia/articulo/2022/4/femicidio-seguido-de-suicidio-en-las-piedras/*

Nombre no publicado
Un hombre mató a sus dos hijos de nueve y ocho años. En el caso de la niña, se configura un feminicidio por conexión, que refiere a aquellos casos en los que se mata a una mujer para provocar un daño a otra mujer. Según el Ministerio del Interior y los estándares internacionales, en el caso del niño, al ser varón, no se configura un feminicidio por conexión, sino un homicidio doméstico, y sólo se cuenta una de estas muertes como feminicidio. El hombre fue imputado. Disponible en: *https://ladiaria.com.uy/justicia/articulo/2022/4/un-hombre-mato-a-sus-dos-hijos-de-nueve-y-ocho-anos-y-despues-intento-suicidarse-en-el-centro-de-montevideo/*

Tamara Borges
Tamara Borges, de 24 años, fue asesinada y su cuerpo fue encontrado en un arroyo en la desembocadura de Salto Grande. Había desaparecido cuatro días antes del hallazgo. Disponible en: *https://ladiaria.com.uy/justicia/articulo/2022/5/femicidio-en-salto-una-mujer-fue-asesinada-y-su-cuerpo-arrojado-a-un-arroyo/*

Nombre no publicado
Una mujer fue apuñalada y degollada en un establecimiento rural en Villa del Carmen, Durazno. Un hombre que intentó defenderla fue atacado y murió semanas después. El feminicida se disparó en la cabeza y murió tras pasar semanas en CTI. Disponible en: *https://ladiaria.com.uy/justicia/articulo/2022/5/femicidio-en-durazno-una-mujer-fue-apunalada-y-degollada-por-su-expareja/*

Gisselle Fiallo
Gisselle Fiallo fue asesinada por su expareja, el subcomisario Douglas da Silva, en un motel en Rivera. Estaban en pareja hace veinte años y hacía poco se habían separado. El policía usó su arma de reglamento para matarla y después se suicidó. Disponible en: *https://ladiaria.com.uy/justicia/articulo/2022/5/femicidio-en-rivera-un-subcomisario-mato-a-su-expareja-y-se-suicido/*

Nombre no publicado
Se investiga un incendio que provocó la muerte de una mujer de 29 años y el de sus dos hijos, una niña de dos años y un bebé de cinco meses. La principal hipótesis es que el incendio fue intencional y el sospechoso es la pareja de la mujer y padre de los niños. Disponible en: *https://ladiaria.com.uy/justicia/articulo/2022/5/se-investiga-si-el-incendio-en-el-que-murieron-una-mujer-y-sus-dos-hijos-fue-intencional-o-si-fue-un-femicidio/*

Nombre no publicado
Una niña de dos años falleció en un incendio que se presume fue intencional y provocado por su padre. En el caso de la niña se configura un feminicidio por conexión, que refiere a aquellos casos en los que se mata a una mujer para provocar un daño a otra mujer. Según el Ministerio del Interior y los estándares internacionales, en el caso del niño, al ser varón, no se configura un feminicidio por conexión, sino un homicidio doméstico, y por ende sólo se cuenta una de estas muertes como femicidio.
Disponible en: *https://ladiaria.com.uy/justicia/articulo/2022/5/se-investiga-si-el-incendio-en-el-que-murieron-una-mujer-y-sus-dos-hijos-fue-intencional-o-si-fue-un-femicidio/*

Nombre no publicado
Una mujer fue asesinada por su pareja en Artigas. El hombre también mató a su hijo y se suicidó, tirándose de un puente. Disponible en: *https://ladiaria.com.uy/justicia/articulo/2022/5/femicidio-y-homicidio-en-artigas-un-hombre-mato-a-su-pareja-y-a-su-hijo-de-12-anos-y-se-suicido/*

Valentina Ferraz
A Valentina Ferraz, de 16 años, dejaron de verla el 9 de mayo en Tacuarembó. Se presume que la mataron entre ese día y el 13 de mayo. Su cuerpo fue desmembrado y lo encontraron el 5 de junio en una zona rural del departamento. Tras varios allanamientos, y ocho detenciones, un hombre fue imputado por la coautoría del hecho. Disponible en: *https://ladiaria.com.uy/justicia/articulo/2022/6/presunto-femicidio-la-adolescente-desaparecida-valentina-ferraz-fue-asesinada-en-tacuarembo/*

Shakira Morales
Shakira Morales tenía 20 años cuando desapareció el 20 de mayo en Paysandú. El 7 de junio su expadrastro confesó haberla asesinado e indicó haberla enterrado en el fondo de su casa, donde fue hallada. La madre de la mujer se había separado del agresor porque ejercía violencia doméstica. Disponible en: *https://ladiaria.com.uy/justicia/articulo/2022/6/fue-imputado-el-femicida-de-shakira-morales-asesinada-y-enterrada-por-su-expadrastro-en-paysandu/*
Nombre no publicado
Una mujer de 44 años fue arrojada de un octavo piso por su pareja en el Parque Posadas. Sus dos hijos, de 7 y 8 años, estaban presentes. El hombre fue imputado por feminicidio. Disponible en:
https://ladiaria.com.uy/justicia/articulo/2022/6/fue-imputado-por-femicidio-el-hombre-que-tiro-a-su-pareja-de-un-octavo-piso-en-parque-posadas/
Jessica
Jessica tenía 26 años fue asesinada por su pareja en su casa ubicada en la Colonia Nicolich. Recibió varios golpes con un objeto contundente y fue apuñalada. También fue asesinada su hija de 4 años. El hombre fue imputado por feminicidio. Disponible en: *https://ladiaria.com.uy/justicia/articulo/2022/7/fue-imputado-por-doble-femicidio-el-hombre-que-mato-a-su-pareja-y-a-su-hija-de-4-anos/*

Fuente: La diaria, disponible en: *https://ladiaria.com.uy/justicia/articulo/2022/8/femicidio-infanticidio-y-suicidio-en-manga/*

1. Avances insuficientes

Transcurrimos la pandemia sin estructuras que sostuvieran las demandas, sin planes de contingencia rápidos y eficaces, con cuerpo para enfrentar la emergencia nacional, siendo el problema mucho más profundo y tiene que ver con estereotipos difíciles de erradicar. Según ONU Mujeres, Uruguay encabeza el listado regional de violencia doméstica. De hecho, la en-

tidad considera que las cifras son "alarmantes" y destaca que es el segundo delito más recurrente, después del hurto: "es un problema cultural enraizado que no veía con malos ojos que el hombre tuviera derecho a «disciplinar» con violencia a su pareja e hijos. Se trata de conductas violentas que se han naturalizado".[37]

2. "Que nadie quede atrás"

Hacia el 2015 se llegaba a fecha de término para cumplimiento de los ODM Objetivos de Desarrollo del Milenio, donde al analizar el cumplimiento de las metas, el resultado arrojó que algunos países lo habían logrado, pero muchos no debido a la falta de compromiso de parte de las instituciones estatales, siendo alarmante que la falla estaba en la temática y abordaje de las situaciones a causa de género.

Cumplimiento de la Agenda global del desarrollo, "Objetivos de Desarrollo Sostenible-ODS 2030". En la cual convergen tres dimensiones primordiales para lograr el pleno desarrollo: dimensiones social, económica y ambiental.

El estudio CEPAL en Observatorio de Igualdad de Género de América Latina y el Caribe Mujeres afrodescendientes en América Latina y el Caribe, Deudas de igualdad:

Ofrece evidencias que permitirán avanzar hacia políticas transformadoras que den cuenta de unos de los grandes desafíos de la Agenda 2030 en América Latina y el Caribe: el logro de la igualdad de género en una perspectiva interseccional, que reconozca y valore la diversidad étnico-racial existente en la región. El estudio también reconoce que, a pesar de las complejas discriminaciones que viven, estas mujeres son sujetos y agentes de su historia, y que con sus luchas cotidianas contra la injusticia y la desigualdad han cumplido un rol fundamental en los procesos de formación nacional y aportan de manera sustantiva al desarrollo de las comunidades y colectivos en que están insertas.[38]

---

[37] Disponible en: *https://www.dw.com/es/violencia-de-g%C3%A9nero-en-uruguay-un-problema-cultural-enraizado/a-51872871*

[38] Disponible en: *https://oig.cepal.org/es/notas/nota-la-igualdad-no-26-desafios-la-igualdad-mujeres-afrolatinoamericanas-afrocaribenas-la*

XIX. Conclusión a modo de reflexión

Diversas barreras económicas, sociales, culturales, políticas, ambientales, étnico-raciales rodean a las mujeres, dificultando su acceso a la justicia tanto en Uruguay, América Latina y el mundo. Dichas desigualdades transversales se han acrecentado con esta pandemia mundial COVID-19 y la emergencia sanitaria instalada en todos los gobiernos de la región que dispusieron "quédate en casa", aislando de esa manera a miles y millones de mujeres que viven en sus hogares un propio calvario invisible desde fuera. Uruguay no escapa a dicha realidad y tanto las cifras de llamadas por violencia al 0800-4141 o por abuso a menores de edad 0800-5050, así como los delitos de feminicidios e infanticidios ascendieron de manera alarmante en el Uruguay.

Por ello, considero imprescindible investigar de manera desagregada la violencia a la mujer afrodescendiente, dado que las estadísticas arrojan que los números porcentuales son mayores en las mujeres afro frente a las mujeres no afro, pero es necesario focalizar los estudios de violencia de género con la variable étnica-racial. Para así reflejar a través del trabajo en territorio, la realidad que sufren y padecen muchas mujeres negras/afrodescendientes por no ser escuchada su voz, dadas todas las brechas de género[39] y desigualdad existentes, que participan en ese momento para invisibilizar a las mujeres, niñas y adolescentes que sufren violencia y son explotadas. Lo anterior revela un sinfín de barreras que pueden ser: económicas, sociales, culturales, educativas, las cuales invisibilizan y silencian, trabajando en el territorio "con los pies en el barro", "en el interior profundo", en aquellas zonas periféricas en las que se encuentran inmersas y que sabemos que no llegan por ser pobres, negras, discapacitadas, algunas analfabetas o con poco grado de educación y comprensión, por falta de información.

Asimismo, se puede presentar por falta de educación, por ser vulnerables, por ser madres de familia y jefas de hogar monoparentales, que ante una determinada situación de injusticia en vez de presentarse ante la justicia optan por no ir, porque deben trabajar para poder vivir y llevar a sus hogares los alimentos diarios para su familia. Estas diversas situaciones y muchas más han demostrado que es necesaria una movilidad de la estructura judicial, en el sentido de poder acercárselo a estas y tantas mujeres. Considero necesaria esta visibilización de aquello que en la práctica ocurre y se cono-

[39] Disponible en: *https://www.elpais.com.uy/eme/noticias/comite-onu-pide-uruguay-acciones-combatir-brecha-genero.html*

ce, mas es como si no existiera, permaneciendo silenciosamente bajo el velo de la invisibilidad.

Esta realidad interpela día a día, porque las defensas no deben realizarse sólo con una mirada jurídica-legal, necesariamente debe añadírsele una mirada transversalizada interseccional con perspectiva de género, raza y etnia. La búsqueda por una justicia social más igualitaria y equitativa debe realizarse cada etapa en las cuestiones previas, desde el inicio hasta el final del proceso, subrayándose que se debe aprehender y desaprender para visualizar las condicionantes y determinantes de cada situación. A los efectos que "nadie quede atrás" en la defensa de sus derechos, "que todas tengan su día ante el tribunal" para que sea escuchada de su propia voz su historia, puedan ser oídas, escuchadas y defendidas.

Crecidas de las distintas formas de violencia hacia la mujer han aumentado la ola de agresiones, con aberrantes situaciones que no sólo viven mujeres, sino también niñas y adolescentes casos de abusos sexuales, violaciones, explotación sexual, infanticidios y feminicidios. Persistiendo una alerta ante desbordamiento de la justicia y fiscalías situaciones de violencia doméstica y feminicidios.

Estas cuestiones interpelantes llevan a una autocrítica de nuestro actuar diario en la defensa a mujeres, niñas y adolescentes, así como conlleva a una crítica y análisis constante de las instituciones y dependencias auxiliares del Poder Judicial. Una accesibilidad equitativa en la justicia se logra con cambios estructurales, recursos,[40] compromiso de toda la administración de justicia, operadores jurídicos, técnicos, auxiliares e instituciones involucradas de impartir justicia con derechos humanos ejecutada con integralidad, perspectiva de género, étnica-racial, enfoque afrocentrado y abordaje interseccional a todas las mujeres víctimas de violencia doméstica; pobres, afrodescendientes, discapacitadas, LGTB, sordas, hipo acústicas, niñas, adolescentes, adultas mayores.

Se requiere capacitación y sensibilización en la temática, caminar hacia una justicia feminista afroreferenciada. Tanto a la justicia como al feminismo aún les falta la verdadera mirada en perspectiva de género con la inclusión de un enfoque que valore, respete y escuche las voces de las mujeres negras.

Corresponde aunar energías para lograr mayor accesibilidad en todas sus formas, a la información, al conocimiento, a programas y servicios, ampliar el ámbito de protección y garantía, en igualdad, ciudadanía plena

[40] Disponible en: *https://eldiariofeminista.info/2022/08/09/el-comite-de-derechos-humanos-informa-a-uruguay-que-debe-aumentar-los-recursos-contra-la-violencia-contra-la-mujer/*

y sustantiva de las mujeres, en búsqueda de una justicia antirracista, antisexista, con perspectiva de género y afrocentrada, libre de estereotipos clasistas, machistas, misóginos, patriarcales, racistas y xenófobos. Para llegar a una accesibilidad a la justicia para todas de calidad, por equidad, justicia, y empoderamiento de la mujer afrodescendiente y una real visibilización desagregada en datos estadísticos de violencia hacia la mujer.

XX. Bibliografía

Asamblea Plenaria de la XIV Edición de la Cumbre Judicial Iberoamericana celebrada los días 4, 5 y 6 de marzo de 2008 en la ciudad de Brasilia, disponible en: *http://www.cumbrejudicial.org/web/guest/wiki//wiki/Wiki%20General_Cumbre%20Judicial%20Iberoamericana/Reglas+de+Brasilia+sobre+acceso+a+la+Justicia+de+personas+desfavorecidas.*

Bárcena, Alicia y Prado, Antonio, *El imperativo de la igualdad. Por un desarrollo sostenible en América Latina y el Caribe*, cepal.

Bergin, Haydee y Kohen, Beatriz, *La trampa del género. Mujeres, violencia y pobreza*, Madrid, Amnistía Internacional, 2009, disponible en: *http://books.google.com.co/books?id=i8ydQUIGEQUC&pg=PA5&dq=mujeres,+pobres+y+negras&hl=es419&sa=X&ei=4kddTy4F9KltweTnoyFDA&ved=0CF4Q6AEwBg#v=onepage&q=mujeres%2C%20pobres%20y%20negras&f=false.*

Birgin, Haydee y Kohen, Beatriz, *Acceso a la justicia como garantía de igualdad*, Biblos, 2006.

Camacho Granados, Rosalía *et al.*, "Caminando hacia la igualdad real", *Manual de módulos. Dirigido a facilitadoras/as de talleres para capacitación de juezas/ces en la Administración de la Justicia con perspectiva de género*, San José, Costa Rica, Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento de Delincuentes (ilanud), unifem, 1997.

Cartografía del Acceso a la Justicia en el Mercosur-anadep (Asociación Nacional de Defensores Públicos-Brasil).

Campbell Barr, Epsy, "Pobreza y exclusión de los pueblos y mujeres afrodescendentes", *Foro Ciudadano*, 2005, disponible en: *http://www.democraciasur.com/ideas/CampbellExclusionAfrodescendientes.htm*

Carneiro, Sueli, "Ennegrecer al feminismo. La situación de la mujer negra en América Latina desde una perspectiva de género", *Revista Venezolana*

de Estudios de la Mujer, vol. 12, núm. 28, 2001, disponible en: *http://www.scielo.org.ve/scielo.php?pid=S131637012007000100003&script=sci_arttext*

CEPAL, *Eslabones de la desigualdad. Heterogeneidad estructural, empleo y protección social.*

CEPAL, *Pactos para la igualdad. Hacia un futuro sostenible.*

Collins, Patricia, "La política del pensamiento feminista negrol", *¿Qué son los estudios de mujeres?* , 1998.

Davis, Angela Yvonne, *Mujeres, raza y clase.*

Facio, Alda, Discurso "El acceso a la justicia desde la perspectiva de género", 2000.

Hooks, Bell, "Mujeres negras. Dar forma a la teoría feminista", en Bell, B.*et al.* (eds.), *Otras inapropiables feminismos desde las fronteras,* Madrid, Trai-192 Cantes de sueños, 2004, disponible en: *http://cataleg.ub.edu/search~S13*cat/?searchtype=t&searcharg=Otras%20inapropiables&searchscope=1&SORT=D&ext ended=0&searchlimits=,* fecha de consulta: 5 de marzo de 2012.

Idhh-bid, *Acceso a la justicia y equidad*, San José, Costa Rica, 2000.

Inmujeres, *Violencia contra las mujeres. Indicadores básicos en tiempos de pandemia,* junio de 2020, disponible en: *https://cieg.unam.mx/covid-genero/cifras-violencia.php*

Las cuatro conferencias mundiales sobre la mujer, 1975 a 1995: una perspectiva histórica, disponible en: *http://www.un.org/spanish/conferences/Beijing/Mujer2011.htm*

Monreal Avila, Ricardo, *El acceso de las mujeres a la justicia. Una visión para transitar a la igualdad de derechos y de oportunidades*, México, Porrúa.

Navarro, Maritza y Stimpson, Katherine, Fondo de Cultura Económica.

Novoa, María Luisa y Mabel, Silvia (coords.), *Mujeres en el laberinto de la justicia. Femenías,* Ed Prohistoria.

oea, *Acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencias en las Américas*, Ser.L/V/II., Doc. 68, 20 enero de 2007.

oea-Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales.*

Mujeres afrodescendientes en América Latina y el Caribe deudas de igualdad, disponible en: *https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/43746/4/S1800190_es.pdf*

xviii Curso interdisciplinario en derechos humanos. Tema: Acceso a la justicia y equidad en América Latina, expositores Joseph Thompson y Sandra Bartels.

Links

https://www.iidh.ed.cr/multic/UserFiles/Biblioteca/IIDH/2_2010/NivelEspecializado/Material_Educativo/Acceso_Justicia_Equidad.htm

https://www.elobservador.com.uy/nota/llamadas-por-violencia-domestica-aumentaron-80-en-los-dos-meses-de-encierro-2020545051

http://www.poderjudicial.gub.uy/images/institucional/Acordada_No._7.276.pdf

http://www.corteidh.or.cr/tablas/r23386.pdf

https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Acceso-informacion.pdf

http://www.poderjudicial.gub.uy/images/stories/noticias/2016/violencia_domestica_estadistica_2015.pdf

http://www.fiscalia.gub.uy/innovaportal/file/5980/1/informe-anual.pdf

https://www.minterior.gub.uy/index.php?option=com_content&view=article&id=7949

Suprema Corte de Justicia de la República O. del Uruguay, circular núm. 34/09, disponible en:*www.poderjudicial.gub.uy/pls/portal30/docs/FOLDER/PJUDICIAL/OR/ORCA01/ORCA09/034-09.PDF*

Las defensorías públicas: una experiencia genuinamente latinoamericana

Renata **Tavares da Costa**[*]

> Nunca un abogado ha tenido que ejercer su oficio en tan difíciles condiciones; nunca contra un acusado se había cometido tal cúmulo de abrumadoras irregularidades.
> Uno y otro, son en este caso la misma persona.
> Como abogado, no ha podido ni tan siquiera ver el sumario y, como acusado, hace hoy setenta y seis días que está encerrado en una celda solitaria, total y absolutamente incomunicado, por encima de todas las prescripciones humanas y legales.[1]

Sumario. I. Introducción. II. El derecho a contar con defensor proporcionado por el Estado como corolario del acceso a la justicia. III. La experiencia de las defensorías en el sistema interamericano de derechos humanos. IV. La experiencia de la defensoría pública en Río de Janeiro. V. Conclusión. VI. Bibliografía.

[*] Defensora Pública del Estado de Río de Janeiro. Maestra en Derecho internacional en derechos humanos por la Facultad de Derecho de Universidad de Buenos Aires.

[1] Castro, Fidel, *La historia me absolverá*, disponible en: *http://bureau.comandantina.com/archivos/La%20Historia%20me%20absolvera.pdf* (fecha de consulta: 13 de noviembre de 2016), p. 1.

I. Introducción

El líder de la Revolución cubana así se expresaba en el día de su juicio después del Asalto al cuartel de Moncada, cuando fue privado de elegir a un defensor, de entrevistarse confidencialmente con él y de tener acceso a los medios adecuados para su defensa. Su reclamo ejemplifica de forma concreta la importancia del derecho a contar con un abogado para acceder a la justicia.

Los sistemas internacionales de derechos humanos reconocen en determinados casos el deber que tienen los Estados de proporcionar un defensor. Sin embargo, es el sistema interamericano que cuenta con una provisión expresa sobre un "derecho irrenunciable" a contar con un defensor proporcionado por el Estado: "derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley".[2]

En América Latina, desde las ordenaciones filipinas hay una tradición en los Estados latinoamericanos de nombrar abogados para los pobres. Argentina y Brasil son dos ejemplos de cómo esta tradición evaluó para un instituto autónomo con previsión constitucional responsable por la defensa en todos los casos para la persona en situación de vulnerabilidad.

El artículo versará de cómo se desarrolló este instituto, cual sea, las defensorías públicas. Empezamos por aclarar el marco teórico, el punto inicial, el derecho a contar con un defensor proporcionado por el Estado. Después, pasamos a presentar la estructura actual de las defensorías públicas de la provincia de Río de Janeiro y la federal de Argentina. Para, al final, concluir cómo el modelo público de acceso al derecho y a la justicia cumple con los requisitos internacionales exigidos por los tratados y los órganos de monitoreo.

II. El derecho a contar con defensor proporcionado por el Estado como corolario del acceso a la justicia

En la tradición brasileña,[3] el derecho a contar con un defensor es consecuencia de la idea de asistencia jurídica y del derecho al acceso a la justicia.

[2] Convención Americana de Derechos Humanos, artículo 8, 2, "e".

[3] Sobre la "tradición brasileña", véase Unger, Mangabeira, *Crítica ao Pensamento Jurídico Bra-*

Es importante destacar que "acceso a la justicia", según Lauris, es una expresión de los años 70 del siglo xx, debido a la sistematización de los estudios coordinados por Cappelleti y Garth conocido por el "Proyecto Florencia".[4]

En el informe, los autores problematizaron la cuestión del acceso a la justicia a través del reconocimiento de "obstáculos". Tal vez por eso no existe una definición del acceso, sino de su finalidad. Según ellos se buscaba, por un lado, la búsqueda de una accesibilidad universal al sistema de justicia y, por otro, la producción de resultados-sentencias justas. Partían de la premisa de que la justicia social presupone un acceso efectivo a la justica, ya que asegurando el acceso se aseguraba la justicia.[5]

Los estudios establecen una evolución del concepto teórico del acceso con una relación íntima con el tipo de Estado. Discusión importante para entender en qué medida el acceso a la justicia pasa a ser una obligación del Estado.

Así que en el Estado liberal burgués, la justicia individualista y formal integrada para la solución de litigios era incapaz de ofrecer una protección judicial efectiva a determinadas camadas de la población. Un Estado pasivo donde la cuestión de la pobreza no era mirada por el sistema de justicia, un derecho formal y dogmático que no se preocupa por la realidad.[6]

Hechos que cambian en la posguerra con la idea del "Welfare State" que involucra un Estado activo y garantiza los derechos para todos los ciudadanos. En ese sentido, escribía Berizonce:

> El vasto programa del Estado del Bien Estar (Welfare State), arranca del ideal de la «igualdad de oportunidad», supone el explícito y puntual aseguramiento del acceso irrestricto a los bienes en general y a los niveles de salud, consumo, cultura, ocio y sobremanera, también de la justicia. Una estructuración, en síntesis, de la sociedad por el Estado a través de una política de reformas sociales en que la administración y técnicas eficaces son responsables por la procura existencial, para la instauración de un estado de justicia.[7]

---

sileiro, disponible en: *http://jota.info/critica-ao-pensamento-juridico-brasileiro-segundo-mangabeira-unger*, fecha de consulta: 9 de septiembre de 2016.

[4] Lauris, Élida, *Acesso para quem precisa, justiça para quem luta, direito para quem conhece: Dinâmicas de colonialidade e narra(alterna-)tivas do acesso à justiça no Brasil e em Portugal*, Orientação Boaventura de Souza Santos, Universidad de Coimbra, 2013, p. 61.

[5] Cappelletti, Mauro y Garth, Bryan, *Acesso à Justiça*, trad. de Ellen Gracie Northfleet, Porto Alegre, Fabris, 1988, p. 8.

[6] *Ibidem*, pp. 8-10.

[7] Berizonce, Roberto, *Efectivo acceso a la justicia*, La Plata, Plantense, 1987, p. 4.

Los "obstáculos" identificados fueron las costas judiciales, las barreras relacionadas con la defensa de los intereses difusos y, por fin, la posibilidad de las partes.[8]

En el estudio sobre la posibilidad de las partes, a su vez, identificaron tres dificultades: los recursos financieros (lo que diferencia los litigantes entre los que tienen la posibilidad, por ejemplo, de retrasar la decisión final); la capacidad de reconocer el derecho, sumamente vinculado a la persona, su estatus social y, por fin, la diferenciación entre litigantes habituales o eventuales.[9]

En relación con los Estados, el estudio sistematizó sus esfuerzos para enfrentar esos obstáculos en "tres oleadas". La primera, los actos relacionados con el reconocimiento de la asistencia jurídica a las personas pobres. Después, los esfuerzos relacionados con los intereses difusos; por fin, "los múltiples intentos de obtener procedimientos más simples y racionales, económicos y eficientes, crear formas de solución de los conflictos más descentralizada y participativas",[10] un efectivo acceso a la justicia.

El trabajo es, sobre todo, sobre la primera oleada: la *asistencia jurídica prestada por el Estado.* En Brasil, Sadek afirma que el acceso a la justicia es uno de los derechos más básicos de la ciudadanía.[11] No se confunde y no se limita el ingreso al Poder Judicial, caracterizándose por abarcar una pluralidad de derechos que va desde el reconocimiento del derecho en sí mismo hasta la información sobre las diferentes formas de reclamarlos. Para la profesora de la Universidad de San Pablo, su reconocimiento y efectividad provocan impactos en la realidad, por ejemplo, la disminución de los grados de desigualdad social o la reducción de los niveles de exclusión social.[12]

---

[8] Cappelletti, Mauro y Garth, Bryan, *op. cit.,* p. 15.

[9] *Ibidem*, pp. 8-10.

[10] Berizonce, Roberto, *op. cit.*, p. 13.

[11] Es importante aclarar que existen varios enfoques sobre el concepto de ciudadanía. Uno la relaciona con la titularidad de derechos contra el Estado. Otra conocida como "republicanismo clásico" es la virtud que debe tener el ciudadano para involucrarse directamente en la tarea de gobernar la colectividad. Por fin, una visión comunitaria que se preocupa menos por los individuos y más por los derechos, lo que importa es el sentimiento de pertenecer a una comunidad. El concepto de ciudadanía en este trabajo tiene que ver con la primera opción, o sea, la capacidad de ejercer derechos. Derechos conquistados a lo largo de los siglos, por ejemplo, los derechos civiles (siglo XVIII), los políticos (siglo XIX). Los sociales (siglo XX). La idea entonces es saber cómo los ciudadanos (sean nacionales o no) puedan ejercer tales derechos y cómo el acceso a la justicia es un punto importante para asegurar su ejercicio. Motta, *Acesso À Justiça, Cidadania E Judicialização No Brasil*.

[12] Sadek, "Defensoria Pública: a conquista da cidadania", p. 21.

Tal vez por eso, Carvalho *considera un derecho social*:

> [...]a garantia da justiça exige a interferência do poder de Estado, assim como o exige a política de bem-estar. Ela não representa uma reação ao Estado, um direito negativo. Corresponde a um momento da sociedade liberal em que o Estado já foi convocado para garantir, pela intervenção, um direito inicialmente estendido a parcela limitada da população.[13]

De acuerdo con Gryszpan, todavía la cuestión del acceso involucra la noción de democracia. Concepto que parte de la idea de que la democracia se hace con y para ciudadanos. Éstos, por su vez, deben ser considerados a partir de la contraposición a la idea de privilegio en conjunto con la generalización de los derechos a partir de la democratización del acceso a ellos y una justicia que sea capaz de salvaguardarlos.[14]

La idea de acceso a la justicia tiene como base la legitimidad del Poder Judicial en dirimir los conflictos. Tal vez por eso no existan tratados internacionales que traten directamente el derecho al acceso a la justicia. Alves, por ejemplo, lo concibe como el conjunto de acciones y procedimientos destinados a la resolución de los conflictos que comprometan la paz social. Según el profesor, la resolución del conflicto en definitiva va a depender de la capacidad de representación de las partes y la certeza de la relación jurídica. Apunta como base normativa internacional el artículo 7o. de la DIDH y el artículo 14 del PIDCP. También registra que la comprensión correcta del acceso no puede limitarse a la mera existencia de normas jurídicas formales.[15] Por fin, como los sistemas jurídicos adoptan cada vez formas más sofisticadas, resulta indispensable la existencia de profesionales calificados. En este sentido, tienen los Estados la obligación de remover los obs-

---

[13] Carvalho, "Cultura política, capital social e a questão do déficit democrático no Brasil", p. 206.

[14] Grynszpan, "Acesso e recurso à justiça no Brasil: algumas questões", p. 101.

[15] Se debe hacer una importante aclaración. Hay una discusión sobre la naturaleza jurídica del acceso a la justicia. De acuerdo con Alves, reafirmar la interdependencia de los derechos humanos reconoce la importancia de la discusión sobre la naturaleza del derecho una vez está presente en muchas decisiones de los tribunales. Para el profesor es un derecho civil y político. Mas señala otras opiniones como los que defienden que es un derecho híbrido, pues impone una obligación positiva de financiamiento por parte del Estado semejante a un DESC. La diferencia es importante pues si es un DESC no tiene aplicabilidad inmediata, habiendo que observar su implementación de forma progresiva. Alves, "A Natureza do Direitos à Assistencia Jurídica: Direito Civil ou Social? Possíves Implicações sob o Princípio da Vedação ao Retrocesso", *Defensoria Pública no Século XXI: Novos Horizontes e Desafios*, Río de Janeiro, Lumen Iuris, 2017, pp. 131-146.

táculos al acceso a la justicia y de proveer el instrumental apropiado, incluso la asistencia jurídica para que los pobres puedan tener acceso a prestaciones jurisdiccionales.[16]

Para Despouy, antiguo Relator Especial de las Naciones Unidas para la Independencia de Magistrados y Abogados, el acceso a la justicia es el derecho humano fundamental una vez que se traduce en el medio para exigir el goce o restablecimiento de otros derechos.[17] Según él no se agota con el ingreso en el Poder Judicial ni se extingue a lo largo del proceso y se prolonga en la ejecución de la sentencia, implicando condiciones de igualdad, accesibilidad y efectividad de su ejercicio.

Por todo eso, se puede concluir que el derecho a contar con un defensor proporcionado por el Estado tiene sus razones de existir en la promesa de la modernidad del derecho como instrumento de pacificación social. De la era de las declaraciones de los derechos (siglos XVIII, XIX y XX), pasando por las era de las Constituciones (de la posguerra), a la etapa actual (debate sobre el estado mínimo y máximo), los Estados constitucionales se firmaron como el gran garante de la estabilidad política, económica y social (al menos en el sentido común). El sistema jurídico es el brazo estatal que determina en muchos casos esa estabilidad.

Si eso es cierto, si los Estados deben garantizar el pleno gozo de los derechos fundamentales, si es cierto que apenas la enumeración de los derechos no garantizó su ejercicio, si después de más de sesenta años aún seguimos en sociedades extremamente desiguales, los Estados deben (si ya no existe más la salida revolucionaria) asegurar la existencia de una institución que sea capaz de reequilibrar las fuerzas que disputan los derechos.

De hecho, es necesario reconocer que no bastó tener una Constitución con el rol de los derechos fundamentales ni un Poder Judicial independiente. Nada eso fue suficiente para asegurar el goce de los derechos de los grupos vulnerables históricamente excluidos de la esfera del debate público.

Garantizar el acceso a la justicia es entonces garantizar el goce de todos los otros derechos. Y si la "arena" de la disputa por reconocimiento es el Poder Judicial, tiene el Estado la obligación de garantizar asesoría para reequilibrar las disputas. El derecho a contar con un defensor proporcionado por el Estado debe tener en cuenta que es el Estado el garante de los derechos fundamentales: no basta reconocer el derecho, debe existir

[16] Alves, "Pobreza y derechos humanos: el papel de la defensoría pública en la lucha para la erradicación de la pobreza", *Defensa p*ública: garantía de acceso a la justicia, Buenos Aires, 2008, p. 153.

[17] ONU, Consejo de Derechos Humanos, A/HRC/8/4.

una actitud positiva por parte del Estado, o sea, pensar en formas de efectivar el acceso de forma seria. Hechos que involucran o sólo aquellas personas que no tienen situación económica para sostener una demanda judicial, pero otras personas en situación de vulnerabilidad que se encuentren en un contexto que no pueden nombrar un abogado o no quieren.[18]

III. La experiencia de las defensorías en el sistema interamericano de derechos humanos

De una forma general, las defensoría públicas no fueron creadas por los Estados para cumplir con la obligación de proporcionar un defensor, pues muchas son anteriores a las declaraciones de derechos humanos, mas lo hacen.

El SIDH, como expuesto anteriormente, no define cuál es el modelo que deben seguir los Estados para cumplir con su obligación de proporcionar un abogado. En este sentido, *las defensorías no son la única forma para cumplir con la obligación de proporcionar un abogado*. No hay un derecho a ser defendido por un defensor público.[19]

---

[18] Asegurar el acceso a la justicia a las personas en alguna condición de vulnerabilidad es el nuevo desafío, según la Cumbre Judicial Iberoamericana, de los sistemas de justicia. Partiendo de la "dificultad de garantizar la eficacia de los derechos afecta con carácter general a todos los ámbitos de la política pública, es aún mayor cuando se trata de personas en condición de vulnerabilidad dado que éstas encuentran obstáculos mayores para su ejercicio", y establecen los obstáculos y "recomendaciones para los órganos públicos y para quienes prestan sus servicios en el sistema judicial", que involucran "la promoción de políticas públicas que garanticen el acceso a la justicia de estas personas" como también "trabajo cotidiano de todos los servidores y operadores del sistema judicial y quienes intervienen de una u otra forma en su funcionamiento". La Cumbre de los poderes judiciales de Iberoamérica acaba por reconocer que hay personas que sólo por pertenecer a un determinado grupo social tienen sus derechos violados y dificultados, incluso para acceder a la justicia. Así la regla núm. 3: "(3) Una persona o grupo de personas se encuentran en condición de vulnerabilidad, cuando su capacidad para prevenir, resistir o sobreponerse a un impacto que les sitúe en situación de riesgo, no está desarrollada o se encuentra limitada por circunstancias diversas, para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico. En este contexto se consideran en condición de vulnerabilidad aquellas personas quienes, por razón de su edad, género, orientación sexual e identidad de género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, o relacionadas con sus creencias y/o prácticas religiosas, o la ausencia de estas encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico". Cumbre Judicial Iberoamericana, *Las nuevas 100 reglas de acceso a la justicia.*

[19] Rocha, *Defensoria Pública: Fundamentos, Organização e Funcionamento*, p. 44.

No obstante, existe una *cultura jurídica del continente americano característica en ese sentido*, ya reconocida por la Asamblea General de la OEA en varias resoluciones. La primera, en 2011, exclusiva para los defensores, ya destacaba:

> [...]*la labor que desarrollan los defensores públicos* oficiales en *diversos países del hemisferio en la defensa de los derechos fundamentales de los individuos,* específicamente, los servicios de asistencia letrada gratuita que permiten el fácil y oportuno acceso de todas las personas a la justicia, en particular de aquellas que se encuentran en una situación especial de vulnerabilidad.
> [...]
> Apoyar el trabajo que vienen desarrollando los defensores públicos oficiales de los Estados del hemisferio, el cual constituye un aspecto esencial para el fortalecimiento del acceso a la justicia y la consolidación de la democracia.
> [...]
> 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.[20]

Siguieron a ésta, seis resoluciones más de la Asamblea General sobre el rol de los defensores públicos en las Américas.[21] Resoluciones en las que se afirmó el derecho al acceso a la justicia como un derecho humano,[22] en especial como instrumento necesario para restablecer derechos violados o el ejercicio de otros derechos. También la cuestión de la defensa y protección de los derechos de las personas en situación de vulnerabilidad fueron incluidas en las 100 Reglas de Brasilia.[23] Seguidamente, en tales resoluciones

---

[20] OEA, Asamblea General, AG/RES. 2656 (XLI-O/11), *Garantías para el acceso a la justicia: el rol de los defensores públicos oficiales*.

[21] Son las resoluciones 2714/2012, 2801/2013, 2821/2014 que tratan específicamente de los defensores y la resolución 2887/2016 sobre la promoción de derechos humanos, 5580/17, 2928/18.

[22] "Considerando que el acceso a la justicia, en tanto derecho humano fundamental es, asimismo, el medio que permite restablecer el ejercicio de aquellos derechos que hubiesen sido desconocidos o vulnerados, a la vez que subraya que el acceso a la justicia no se agota con el ingreso de las personas a la instancia judicial, sino que se extiende a lo largo de todo proceso, que debe sustanciarse de conformidad con los principios del estado de derecho". OEA, Asamblea General, resolución núm. 2714 (XLII-O/12).

[23] Las reglas de acceso a la justicia son un registro de cómo los integrantes del Poder Judicial deben actuar para combatir los obstáculos del efectivo acceso a la justicia de las personas en situación de vulnerabilidad. Fue elaborado por la cumbre de los poderes judiciales de Iberoamérica. Su contenido apunta para la dificultad de determinados grupos sociales en acce-

se reconoció la importancia de la asistencia letrada en la promoción y en la protección de los derechos humanos.

Con relación a la Defensoría, las resoluciones afirman que es la forma que los Estados adoptan para cumplir con la obligación de proporcionar un defensor. Ahí que reconocen el rol de los defensores en el hemisferio, inclusive para fortalecer el acceso a la justicia y para la consolidación de la democracia.[24] En consecuencia, alienta a los Estados a crear defensorías y, para aquellos que ya las tienen, que *aseguren su independencia, así como la autonomía administrativa, financiera y presupuestaria.*[25]

El Comité Jurídico Interamericano, órgano de consulta en asuntos jurídicos de la OEA, también se pronunció sobre la Defensoría. En la resolución núm. 226 del 13 de octubre de 2016, después de afirmar que el derecho de defensa está reconocido por todos los instrumentos internacionales de derechos humanos y la asistencia jurídica es una garantía de su ejercicio y debe ser provista por el Estado, se aprobaron los "Principios y directrices sobre la defensa pública en las Américas". Entre otros, está el reconocimiento del acceso a la justicia como un derecho humano, que no se agota con el ingreso en el juicio y se extiende a todas las etapas del proceso.

Por eso, no puede prescindir el acceso a la justicia, de una asistencia letrada provista por el Estado que debe ser gratuita, como condición fundamental para la consolidación de la democracia, no debiendo limitarse al fuero penal.[26]

En el ámbito de la Comisión cuando de la publicación de su primer informe temático sobre los operadores de justicia se reconoció la figura del defensor público como *actor esencial al sistema de justicia*:

> 18. Finalmente*, las y los defensores públicos desempeñan un rol esencial para asegurar que el Estado cumpla con su obligación de garantizar un debido proceso* a las personas que puedan ser afectadas en virtud del ejercicio del poder punitivo del Estado. La Comisión recuerda que los literales d) y e) del artículo 8.2

---

der al poder judicial debido a la pertenencia a estos grupos y a los sesgos que enfrentan, bien como cuestiones de orden cultural, social e histórica que pueden embrazar el acceso a la justicia. "Las Reglas de Brasilia".

[24] "Apoyar el trabajo que vienen desarrollando los Defensores Públicos Oficiales de los Estados del Hemisferio, el cual constituye un aspecto esencial para el fortalecimiento del acceso a la justicia y la consolidación de la democracia". OEA, Asamblea General, Ag/Res. 2821 (XLIV-O/14), párr. 3.

[25] OEA, Asamblea General, Ag/Res. 2801 (XLIII-O/13), párr. 4.

[26] CJI/RES, Principios y directrices sobre la defensa pública en las Américas, 13 de octubre de 2016.

> de la Convención Americana establecen el derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y que, si no lo hiciere, tiene el derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna. El *no contar con asistencia de un abogado impide disponer de una defensa adecuada y, específicamente, no contar con el patrocinio letrado de un defensor público puede implicar la imposibilidad de preparar debidamente la defensa*. La Corte Interamericana se ha referido, al respecto, a la obligación estatal de proporcionar una defensa adecuada a quien no pudiera defenderse por sí mismo ni nombrar defensor o defensora particular. En el mismo sentido el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas ha señalado que los Estados deben adoptar medidas para garantizar el acceso a la asistencia letrada gratuita de las personas que no cuentan con los medios para satisfacer los honorarios de un abogado defensor. Entre esas medidas, el Comité ha mencionado la adopción de un sistema general de asistencia letrada en los procedimientos penales para las personas que no tienen medios suficientes para costearla. La Relatoría Especial de Naciones Unidas ha considerado, por su parte, que la asistencia legal gratuita debería prestarse tanto en causas penales como en el ámbito civil.[27]

Por otro lado, registra también que *muchas violaciones estructurales de derechos humanos son fruto de la negligencia estatal con relación a las defensorías públicas*:

> 43. Así, a partir de la experiencia directa en el terreno y del seguimiento a la situación de los derechos humanos en la región en los últimos años, la Comisión Interamericana ha encontrado entre las causas *de estos altos índices de presos sin sentencia:* [...] *la falta de capacidad operativa, independencia y recursos de las defensorías públicas;* las deficiencias en el acceso a estos servicios de defensa pública.[28]

Ya en 2013 se firma el Acuerdo de Cooperación con la AIDEF[29] para

---

[27] CIDH, "Garantías para la independencia de las y los operadores de justicia...", párr. 46.

[28] CIDH, "Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas...", párr. 43.

[29] La AIDEF es la "Asociación Interamericana de Defensorías Públicas" que nació con el objetivo de establecer un sistema permanente de coordinación y cooperación interinstitucional entre las defensorías públicas y las asociaciones de defensoras y defensores públicos para "propender la independencia y la autonomía funcional con fines de asegurar el pleno ejercicio del derecho defensa", bien como la eficacia de los derechos humanos en América. Fue creada en 2003 en Río de Janeiro en el II Congreso Interamericano de Defensorías Públicas, estableciendo su personería jurídica en Guatemala, con estatuto y reglamento. Se estructura en tres órganos: la Asamblea General, el Consejo Directivo y el Comité Ejecutivo.

que el defensor público sea el defensor interamericano.[30] Ahí se reconoce el derecho de acceso a la justicia a las personas que "carecen de recursos económicos o de representación legal", tanto en el nivel nacional como en el nivel interamericano y que la negación del derecho produce una discriminación con relación al acceso a la justicia y a una defensa adecuada.[31]

Sin embargo, fue la Corte Interamericana el primer órgano del SIDH en percibir la importancia del defensor al celebrar con la Asociación Interamericana de Defensorías Públicas el Acuerdo de Cooperación para crear el defensor interamericano.[32]

Según López Puleio hubo una elección del tribunal para que el defensor interamericano fuera un defensor público (defensor público interamericano (DPI)). Para la autora, por un lado, la opción por AIDEF tiene un mérito de dar transparencia y reforzar la independencia ante la Corte del DPI. Y, por otro, como la AIDEF está formada por instituciones de todo el continente, tiene más facilidades de promover la defensa dado el conocimiento que deberán tener sobre los casos concretos, mas también debido a la calidad jurídica, especialmente en los países donde la defensa ya alcanzó un nivel alto de autonomía e independencia.[33]

Hechos que demuestran una cultura de Defensoría Pública bien característica de las Américas,[34] y las diferencia de otros países y continentes que adoptan modelos privados de asistencia legal.[35] Por eso, en los próximos capítulos vamos aclarar el funcionamiento de la Defensoría Pública.

Tiene como objetivos la capacitación de los profesionales, las pasantías para la transferencia de experiencias, la organización de Congresos, edición de revista, entre otros. AIDEF. "*¿Qué es la AIDEF?*".

[30] El defensor interamericano es una figura creada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en 2009, cuando del cambio de su reglamento para asegurar la representación legal de los peticionarios. Desde que los fue asegurado el *locus standi* en los procedimientos ante la Corte, a la Comisión Interamericana está el rol de la defensa del interés público interamericano que puede o no estar de acuerdo con el interés de los peticionarios. Becerra y Cappuccio, "El defensor interamericano. Un nuevo sujeto procesal para garantizar…".

[31] OEA, CIDH, Acuerdo de Entendimiento entre CIDH y la AIDEF.

[32] OEA, Corte IDH, Acuerdo de Entendimiento entre la Corte IDH y la AIDEF.

[33] Puleio, "La puesta en escena del defensor público interamericano", pp. 127-138.

[34] La Corte Interamericana habla claramente de una opción de los Estados Americanos de adoptar la Defensoría Pública como una política pública desarrollada para sedimentar el acceso a la justicia. Corte IDH, "Caso Ruano Torres vs. El Salvador", párr. 156.

[35] Véase, por ejemplo, el estudio de Alves sobre la asistencia letrada en Brasil, Francia y Estados Unidos. Alves, "A Estruturação Dos Serviços De Assistencia Jurídica Nos Estados Unidos...".

IV. La experiencia de la defensoría pública en Río de Janeiro

> Assiste a toda e qualquer pessoa –especialmente àquelas que nada têm e que de tudo necessitam- uma prerrogativa básica essencial à viabilização dos demais direitos e liberdades fundamentais, consistente no reconhecimento de que toda pessoa tem direito a ter direitos, o que põe em evidência a significativa importância jurídico-institucional e político-social da Defensoria Pública.[36]

El Estado brasileño se caracteriza por ser una República federativa, entre las provincias y la Unión hay una "división de competencias" basada en la Constitución de la República.[37] A la Unión cabe la confección de reglas o principios genéricos y a las provincias el deber que confeccionar las reglas más específicas sobre determinada materia de su competencia.[38]

Así es el caso de la Defensoría Pública. En el ordenamiento jurídico brasileño,[39] la asistencia jurídica prestada por el Estado es un derecho fundamental, por eso, considerado "cláusula pétrea".[40] También la defensoría encuentra base constitucional cuando es elegida para cumplir con esta obligación del Estado:[41]

---

[36] Brasil, STF. Agravo de Instrumento núm. 98.212, relator ministro Celso de Mello.

[37] José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo,* p. 479.

[38] *Idem.*

[39] Brasil, "Constituição Federal", "LXXIV, o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos".

[40] Son las llamadas clausulas "pétreas" aquellas que ningún proceso de mutación constitucional puede cambiar, una vez que consagra los valores más importantes de la sociedad brasileña. Adriano Sant'Ana Pedra, *Reflexões sobre a teoria das cláusulas pétreas*.

[41] "Art. 104 da Constituição do Estado de Santa Catarina. LC estadual 155/1997. Convênio com a seccional da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB/SC) para prestação de serviço de «defensoria pública dativa». Inexistência, no Estado de Santa Catarina, de órgão estatal destinado à orientação jurídica e à defesa dos necessitados. Situação institucional que configura severo ataque à dignidade do ser humano. Violação do inciso LXXIV do art. 5º e do art. 134, *caput*, da redação originária da Constituição de 1988. Ações diretas julgadas procedentes para declarar a inconstitucionalidade do art. 104 da Constituição do Estado de Santa Catarina e da LC estadual 155/1997 e admitir a continuidade dos serviços atualmente prestados pelo Estado de Santa Catarina mediante convênio com a OAB/SC pelo prazo máximo de um ano da data do julgamento da presente ação, ao fim do qual deverá estar em funcionamento órgão estadual de defensoria pública estruturado de acordo com a Constituição de 1988 e em estrita observância à legislação complementar nacional (LC 80/1994)". STF, ADI 4.270, relator ministro Joaquim Barbos.

> Art. 134. A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal.42

La Corte Suprema (STF) brasileña definió que el orden constituyente no se limitó a la exhortación genérica del deber de prestar asistencia judiciaria, pero describió la forma de cómo debe ser adoptado el servicio público, no dando lugar para cualquiera libertad por parte del legislador provincial, para entonces reconocer: "... el caráter essencial da defensoria pública no Brasil, exigindo-se sua estruturação como instituição autônoma, dotada de servidores de carreira, na qualidade de órgão de Estado".[43]

Hechos que sugieren que Brasil optó por el *modelo público de asistencia judiciaria.* Según Alves son características del modelo brasileño: tener asiento constitucional, organización fijada en ley, concurso público para ingreso y la inamovilidad.[44]

En este contexto, está la Defensoría Pública de Rio de Janeiro, la más antigua de Brasil. Su origen se remonta a 1948, cuando hubo la promulgación de la ley núm. 218, que organizó el Ministerio Público del Distrito Federal y estableció el cargo de asistente judiciario como carrera inicial de la fiscalía. Más fue durante el segundo periodo de gobierno de la era Getulio Vargas, en la década de los 50, bajo la Constitución de 1946, que Ernani do Amaral Peixoto, gobernador de la provincia, promulgó la ley núm. 2188 del 21 de julio de 1954, y creó los primeros cargos de defensor público en el Estado.[45]

En los años 70 fue publicada la *Ley Provincial Complementaria n*úm. *6* que organizó la Defensoría y fue la base de todas las otras leyes provinciales

---

42 Brasil, Constitución federal.

43 STF, ADI núm. 4.270 Santa Catarina.

44 Es importante aclarar que hay una disputa entre varios modelos de que deben servirse los Estados para establecer su modelo de Asistencia Jurídica a los necesitados, ya que el acceso a la justicia es un derecho humano. Prueba de esto son las conferencias internacionales promovida por las Naciones Unidas sobre la Asistencia Jurídica en los sistemas penales, bien como los principios y directrices de las Naciones Unidas sobre la Asistencia Jurídica en los Sistemas Penales. Un buen análisis hace Alves sobre los modelos adoptados en Brasil, Francia y Estados Unidos. Alves sobre la asistencia letrada en Brasil, Francia y Estados Unidos. Alves, "A Estruturação Dos Serviços De Assistencia Jurídica...".

45 Esta Ley fue fruto del gobierno democrático de Getulio Vargas (1950-1954).

de las otras defensorías y de la *Ley Federal Complementaria n*úm. *80*, que es la que establece normas y principios generales sobre las defensorías y los defensores, y organiza la Defensoría de la Unión y del Distrito Federal.

La *independencia estructural* está asegurada por la autonomía administrativa y financiera que, en el caso de Río de Janeiro, tiene acento no sólo en la Ley Complementaria núm. 6, sino también en la Constitución de la Provincia.

Por "*autonomía financiera*" se entiende la capacidad de la elaboración de la proposición del presupuesto y su gestión, así como la aplicación de los recursos destinados a proveer las actividades y los servicios del órgano.[46]

La Constitución de Río de Janeiro señala:

> Art. 181. *Lei complementar* disporá sobre e organização e funcionamento da Defensoria Pública, bem como sobre os direitos, deveres, prerrogativas, atribuições e regime disciplinar dos seus membros, observadas, entre outras: I- as seguintes diretrizes: b) *autonomia administrativa e financeira*, com *dotação orçamentária própria*, assegurada a *iniciativa de sua proposta orçamentária* dentro dos limites estabelecidos na Lei de diretrizes orçamentárias.[47]

Así que en la Provincia de Río de Janeiro, la Defensoría es responsable de presentar al Poder Ejecutivo su *propuesta del presupuesto* que no puede ser modificada. El Ejecutivo, a su vez, hace el proyecto de *ley presupuestaria* aprobado en la Asamblea Provincial. El valor del presupuesto definido por la Defensoría se divide en doce meses. A cada mes, el Ejecutivo es responsable de las transferencias para que la Defensoría, que tiene toda la libertad de administración.[48]

Una autonomía ya reconocida por el Supremo Tribunal Federal:

> A *autonomia administrativa e financeira* da Defensoria Pública qualifica-se como *preceito fundamental*, ensejando o cabimento de arguição de descumprimento de preceito fundamental, pois constitui garantia densificadora do dever do Estado de prestar assistência jurídica aos necessitados e do próprio direito que a esses corresponde. Trata-se de *norma estruturante do sistema de direitos e garantias fundamentais*, sendo também pertinente à organização do Estado. A arguição dirige-se contra ato do chefe do Poder Executivo estadual praticado

[46] Lopes Meirelles, Hely, *Direito Administrativo Brasileiro.*

[47] Brasil, "Constituição do Estado do Rio de Janeiro".

[48] Entrevista con el 1 Sub-Defensor General, doctor Denis Praça, Río de Janeiro, 4 de noviembre de 2016.

> no exercício da atribuição conferida constitucionalmente a esse agente político de reunir as propostas orçamentárias dos órgãos dotados de autonomia para consolidação e de encaminhá-las para a análise do Poder Legislativo. Não se cuida de controle preventivo de constitucionalidade de ato do Poder Legislativo, mas, sim, de controle repressivo de constitucionalidade de ato concreto do chefe do Poder Executivo. [...] Nos termos do art. 134, § 2º, da CF, *não é dado ao chefe do Poder Executivo estadual, de forma unilateral, reduzir a proposta orçamentária da Defensoria Pública* quando essa é compatível com a LDO. Caberia ao governador do Estado incorporar ao PLOA a proposta nos exatos termos definidos pela Defensoria, podendo, contudo, pleitear à Assembleia Legislativa a redução pretendida, visto ser o Poder Legislativo a seara adequada para o debate de possíveis alterações no PLOA. A inserção da Defensoria Pública em capítulo destinado à proposta orçamentária do Poder Executivo, juntamente com as Secretarias de Estado, constitui desrespeito à autonomia administrativa da instituição, além de ingerência indevida no estabelecimento de sua programação administrativa e financeira.[49]

El *ingreso y nombramiento* es siempre por concurso público en la carrera, no para un órgano específico, con la participación del Colegio de Abogados. Los requisitos para participar son que la persona sea graduada en derecho, tenga al menos dos años de experiencia, esté en día con las obligaciones militares y con los derechos políticos (en Brasil el voto es obligatorio).[50] Son asegurados cupos para las personas afrodescendientes o con algún tipo de limitación física de 20% de las vacantes.[51]

El concurso es organizado por el Consejo Superior de la Defensoría Pública[52] que designa los examinadores. Por ley, las pruebas deben versar, al menos, sobre derecho penal, civil, procesal, constitucional, derechos humanos y principios institucionales de la Defensoría Pública.[53]

---

[49] STF, ADPF 307, relator ministro Dias Toffoli.

[50] Brasil, "Ley Complementaria Provincial núm. 6" del 12 de mayo de 1977, artículos 46, 47 y 48.

[51] En Río de Janeiro fue electo defensor general para los bienios 2011-2012 e 2013-2014, el primer defensor público afrodescendiente de Brasil. También fueron aprobados inúmeros funcionarios en el sistema de cuotas adoptado para el ingreso. Brasil, Defensoría Pública del Estado de Río de Janeiro, Prestação de Contas 2011-2014.

[52] El Consejo Superior es el órgano de consulta y de la Administración Superior. Es formado por el defensor general, el 1 Subdefensor General, el 2 Subdefensor General, el Corregidor y cuatro miembros, defensores, electos por los defensores para un mandato de dos años. Brasil, "Ley Complementaria Provincial núm. 6" del 12 de mayo de 1977, artículo 16.

[53] Brasil, "Ley Complementaria Provincial núm. 6", del 12 de mayo de 1977, artículo 49.

La igualdad de condiciones está asegurada, pues cualquier persona puede participar en la selección. Por tradición el concurso tiene tres periodos. En el primero deben los candidatos responder a cuestiones de todas las materias. Después son tres días de pruebas específicas, en las cuales los candidatos, aprobados en la primera fase, deberán contestar las preguntas de cada materia en días diferentes, así como hacer una petición sobre el problema presentado. Por fin hay la tercera, que es la fase oral cuando por primera vez los examinadores sabrán quien son los examinados.[54]

La *diversidad de representación* está presente con la previsión de cuotas.[55] Teniendo en cuenta la desidentificación de la prueba en las primeas etapas, la elección se hará únicamente con base en *el mérito y la capacidad del candidato.*

Sólo los candidatos aprobados en el concurso público podrán ser nombrados. El nombramiento es atribución del defensor general, y, en este sentido, reafirma la independencia de la Defensoría Pública de la Provincia de Río de Janeiro.[56]

La vertiente individual, el jefe de la Defensoría es el defensor general responsable de la administración y el manejo del presupuesto. El nombramiento se hace por el gobernador de la provincia, que lo hace con base en una terna donde constan los tres candidatos más votados por los defensores públicos para un mandato de dos años.

Sobre las condiciones en el ejercicio del cargo, la *asignación de casos* para el defensor es de acuerdo con el órgano para cual está designado. En Río de Janeiro coexisten los órganos de primera atención para consulta o para iniciar un juicio, llamados Núcleo de Primera Atención. Están establecidos por regiones que agregan varios barrios. Luego vienen los núcleos de atención especializada, como los de niños, mujeres, derechos humanos,[57] etc. Por fin, para cada juicio hay un órgano y una Defensoría. En este sentido, no hay como privilegiar a un defensor u otro, pues es el defensor quien elige el órgano, y cuando lo hace ya sabe la cantidad de casos que tiene. No hay

---

[54] Brasil, Defensoría Pública del Estado de Río de Janeiro, Consejo Superior, "Deliberação CS/DPGE núm. 95 del 10 de febrero de 2014".

[55] La Defensoría creó en el año pasado una división especial para pensar las políticas públicas de inclusión de las personas afrodescendientes en la institución, la "Coordenação e a Subcoordenação de Promoção da Equidade Racial", y que tiene como objetivos "o planejamento e monitoramento das políticas públicas antirracistas de acesso à justiça, bem como das ações de enfrentamento do racismo institucional." Brasil, Defensoria Pública del Estado de Río de Janeiro, "Resolução DPGERJ núm. 1055 del 11 de agosto de 2020".

[56] Esteves y Silva, *Princípios institucionais da Defensoria Pública*, p. 777.

[57] Brasil, Deliberación núm. CS/DPGE núm. 76 del 31 de agosto de 2011.

previsión constitucional o legal para que un órgano de la administración superior retire un caso de un defensor, enviando para otro. Los casos son del órgano y no del defensor.

Otro requisito importante de las condiciones en ejercicio del servicio es la *remuneración adecuada.* La Constitución consagra la irreductibilidad de la remuneración y el pago a través de subsidio,[58] pero en Río prevalece el pago con el sumatorio de varias cuotas "estipendio". En 2014 fue aprobada la Enmienda Constitucional núm. 80 que equipara los sueldos de los defensores a los de los jueces.[59] En el SIDH no hay recomendación sobre la equiparación de sueldo entre la fiscalía. La Comisión habla de "bases salariales idóneas" que "correspondan a sus responsabilidades" con el objetivo de evitar presiones internas y externas.[60] La conclusión es que en Río, al menos, la Defensoría cumple con el estándar interamericano.

Con relación a *las capacitaciones* hay, por tradición, dos órganos responsables: el Centro de Estudios Jurídicos (CEJUR) y la Fundación Escuela de Defensoría (FEDESUPERJ). El primero fue creado por ley provincial, teniendo como misión el perfeccionamiento de la actividad del defensor público.[61] Tiene el deber de organizar la revista de la Defensoría, vehículo responsable de divulgar la doctrina de la institución. La *Fundación Escuela de la Defensoría* es una escuela orientada hacia la preparación de las futuras generaciones de defensores públicos. Se mantiene económicamente con los cursos que ofrece para preparación para los concursos públicos y, con lo que recauda, organiza cursos para el perfeccionamiento de los defensores y sus funcionarios. Hay también la previsión legal de licencia para estudiar. La ley federal prevé la posibilidad de apartamiento-licencia para atender a cursos, seminarios y palestras previstas que están reglamentados en Río de Janeiro, por acto del defensor general.[62] Por fin, en la gestión 2015-2016 se creó la *Diretoria de Estudo e Pesquisa de Acceso a Justica* que produce in-

[58] Brasil, Constitución de la República, artículos 135 y 37, párr. 4.

[59] Brasil, Enmienda constitucional núm. 80.

[60] CIDH, "Garantías para la independencia de las y los operadores de justicia…", recomendación núm. 14.

[61] Brasil, Centro de Estudos Jurídicos da Defensoría Pública del Estado de Río de Janeiro.

[62] Brasil, Ley Complementaria núm. 80, artículos 42, 87 y 126, así como la resolución núm. 825 del 13 de mayo de 2016 del Defensor General de Río de Janeiro, disponible en: *http://arquivos.proderj.rj.gov.br/dpge/site/Upload/RES-825-FL1-de-13-05-2016.pdf*, fecha de consulta: 6 de noviembre de 2016.

formación sobre varios temas con fines de sostener propuestas de políticas públicas de acceso a la justicia.[63]

Con relación a la protección y la seguridad no hay una política de prevención ni de protección a los defensores públicos. Por otro lado, no hay casos registrados de amenaza. Mas, en el caso de que ocurran, el defensor general siempre contó con el apoyo de la policía militar para hacer la custodia. Así que cuando hubo necesidad se designó a un policía para hacer la seguridad del defensor.

Siguiendo el tema sobre la independencia individual, hay que abordar el tema de la inamovilidad, que es la prohibición de la remoción involuntaria de los defensores públicos.[64] En Brasil es considerada una garantía y tiene base constitucional.[65] Cuando del ingreso, la persona aprobada en el concurso público es designada por el defensor general para actuar en un órgano que elige de acuerdo con el orden de clasificación en el concurso público.[66]

Después que asumen el órgano son inamovibles. Sólo pueden salir por remoción. En Río hay dos hipótesis: por pedido y la remoción como sanción disciplinaria.

La *remoción* a pedido guarda estrecha relación con los traslados y ascensos. Sobre los ascensos es importante decir que en Río de Janeiro, los defensores tienen una carrera definida y escalonada: defensor sustituto, defensor público y defensor público clase especial que actúa junto a los tribunales superiores. Los ascensos son voluntarios y por antigüedad en la institución. Hay previsión por merecimiento, pero sin requisitos objetivos.[67]

El tema más polémico se relaciona con *la remoción por sanción disciplinaria*, o sea, la remoción compulsoria. En Brasil hay una discusión sobre la constitucionalidad de los artículos que autorizan la remoción como forma de sanción disciplinaria para el defensor público. Así que, para Alves y Pimenta, es inconstitucional pues la Constitución federal establece la inamo-

---

[63] Un buen ejemplo fue el Informe sobre las "audiencias de custodias" hecho por la directoria. Las AC son una especie de juicio de garantías. El proyecto fue implementado en todo Brasil por fuerza del entonces presidente del Consejo Nacional de Justicia y presidente de la Suprema Corte Brasileña, ministro Ricardo Lewandowisky, disponible en: *http://www.defensoria.rj.def.br/uploads/arquivos/dd58e4893bff4e7bbe1d862c6f06805a.pdf*, fecha de consulta: 7 de noviembre de 2016.

[64] Esteves y Silva, "Princípios Institucionais da Defensoria Pública", p. 526.

[65] Brasil, Constitución de la República, artículo 134, párr. 1.

[66] Esteves y Silva, "Princípios Institucionais da Defensoria Pública", p. 778.

[67] La promoción por merecimiento dependerá de una lista tríplice para cada vacante elaborada por el Consejo Superior, en sesión secreta, con los ocupantes de 1/3 de los defensores más antiguos. Esteves y Silva, "Princípios Institucionais da Defensoria Pública", p. 780.

vilidad sin cualquier excepción, como lo hace con los jueces y los fiscales.[68] En el campo opuesto, Corgosinho entiende que no hay principio constitucional absoluto y que la Constitución federal autorizó al legislador ordinario a organizar la Defensoría, no prohibió la remoción por sanción.[69]

Es una discusión que no existe en el sistema interamericano, la aplicación de la sanción debe observar la cláusula del debido proceso legal, lo que incluye la definición previa de las causales, la independencia e imparcialidad del órgano juzgador, una defensa adecuada, y el derecho al recurso.

En Río de Janeiro, las sanciones están previstas en la Ley Complementaria núm. 6, en su artículo 141.[70] Las causales siguen el principio de la legalidad, pero algunas se caracterizan por su amplia vaguedad, como es el caso de la práctica de acto contra la moral o el "decoro".

La autoridad es el defensor general, pero cabe recurso administrativo para el Consejo Superior y, con autorización constitucional, aún se pue-

---

[68] Alves y Pimenta, *Acesso à justiça em preto e branco...*, p. 114.

[69] Corgozinho, *Defensoria Pública: princípios institucionais e Regime Jurídico,* pp. 148-150.

[70] Los artículos que siguen definen las causales aplicables a la sanción: Artículo 143. A advertência será aplicada nos casos de: I. Negligência no exercício das funções; II. Faltas leves em geral. Parágrafo único. A advertência será feita verbalmente ou por escrito, sempre de forma reservada. Artículo 144. A censura caberá nas hipóteses de: I. Falta de cumprimento do dever funcional; II. Procedimento reprovável; III. Desatendimento a determinações dos órgãos de administração superior da Defensoria Pública; IV. Reincidência em falta punida com pena de advertência. Parágrafo único. A censura será feita por escrito, reservadamente. Artículo 145. A multa será aplicada nos casos injustificados de retardamento de ato funcional ou de descumprimento dos prazos legais, nos termos e na forma da legislação processual. Artículo 146. A suspensão será aplicada nos seguintes casos: I. Violação intencional do dever funcional; II. Prática de ato incompatível com a dignidade ou o decoro do cargo ou da função; III. Reincidência em falta punida com as penas de censura ou multa. § 1º. A suspensão não excederá a 90 (noventa) dias e acarretará a perda dos direitos e vantagens decorrentes do exercício do cargo, não podendo ter início durante o período de férias ou de licença. § 2º. Quando houver conveniência para o serviço, o Defensor Público Geral poderá converter a suspensão em multa, na base de 50% (cinqüenta por cento) por dia de vencimentos, permanecendo o membro da Defensoria Pública no exercício de suas funções. Artículo 147. Aplicarse á a pena de demissão nos casos de: I. Abandono do cargo, pela interrupção injustificada do exercício das funções por mais de 30 (trinta) dias consecutivos, ou 60 (sessenta) intercalados, durante o ano civil; II. Conduta incompatível com o exercício do cargo, assim considerada a prática de jogos proibidos, a embriaguez habitual, o uso de tóxicos e a incontinência pública e escandalosa; III. Improbidade funcional; IV. Perda da nacionalidade brasileira. Parágrafo único. Conforme a gravidade da falta, a demissão será aplicada com a nota "a bem do serviço público". Artículo 148. A cassação da aposentadoria terá lugar se ficar comprovado que o aposentado praticou, quando ainda no exercício do cargo, falta suscetível de determinar demissão. Brasil. "Lei Complementar Núm. 6".

de impugnar judicialmente.[71] Por fin, es importante decir que la legislación asegura la revisión de la sanción disciplinaria ante la presencia de un nuevo acontecimiento.

V. Conclusión

No basta crear la Defensoría para cumplir con la obligación de proporcionar un defensor, según la Corte IDH. Volviendo a lo que determina, al nombrar un defensor sólo para fines de cumplir con esa obligación los Estados estarán violando el derecho a la defensa técnica, desequilibrando la relación con la acusación, colaborando para una decisión final arbitraria. Por eso, la defensa debe ser adecuada, diligente y efectiva. Una defensa así pasa necesariamente por el deber de hacer un control crítico del procedimiento, por un lado y, por otro, proteger los intereses del acusado. Los Estados, para tanto, deben dotar las instituciones y los profesionales con garantías con fines de generar una confianza de la población a partir de una actuación libre y sin presiones externas.

Esas garantías implican garantizar la autonomía financiera y administrativa de la institución, el nombramiento con base en un concurso público de mérito con igualdad de acceso y diversidad de representatividad, una asignación de casos de manera objetiva, una remuneración adecuada, inamovilidad, un control disciplinario que respete las normas del debido proceso legal.

Así previsto, lo que nació como una buena idea para la defensa de los pobres, pasa a ser una institución con capacidad de ofrecer efectivo acceso a la justicia para las personas en situación de vulnerabilidad. Una idea genuinamente latinoamericana para el mundo.

VI. Bibliografía

AIDEF, ¿Qué es la AIDEF?, disponible en: *http://aidef.org/acerca-de-la-aidef/que-es-la-aidef/*, fecha de consulta: 13 de julio de 2020.

Albanese, Susana, *La Corte Suprema y el alcance de las recomendaciones de la Comisión Interamericana 1994-2014*, disponible en: *http://www.derecho.*

[71] Brasil, "Constitución de la República," artículo 5o., XXV: "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito".

uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/5/la-corte-suprema-y-el-alcance-de-las-recomendaciones-de-la-comision-interamericana-1994-2014.pdf, fecha de consulta: 29 de julio de 2020.

Alves, Cleber Francisco y Pimenta, Marilia Gonçalves, *Acesso à justiça em preto e branco: retratos institucionais da Defensoria Pública*, Río de Janeiro, Lumen Iuris, 2004.

Barberis, Julio A., *Formacion del Derecho Internacional*, Buenos Aires, Ábaco de Rodolfo Depalma, 1994.

Berizonce, Roberto, *Efectivo acceso a la justicia*, La Plata, Plantense, 1987.

Binder, Alberto, *Justicia penal y Estado de derecho*, Buenos Aires, ad-hoc, 2004.

Cappelletti, Mauro y Garth, Bryan, *Acesso à Justiça,* trad. de Ellen Gracie Northfleet, Porto Alegre, Fabris, 1988.

Castro, Fidel, *La historia me absolverá*, disponible en *http://bureau.comandantina.com/archivos/La%20Historia%20me%20absolvera.pdf*, fecha de consulta: 13 de noviembre de 2016.

De Felice, André, "Defensoria Pública no período da Redemocratização: 1988, 1994, 2009 e 2014", *XIV Congreso Nacional de Defensoras y Defensores Púbicos*, disponible en: *https://www.youtube.com/watch?v=e6JKOyjjahY*, fecha de consulta: 27 de julio de 2020.

Lauris, Élida, *Acesso para quem precisa, justiça para quem luta, direito para quem conhece: Dinâmicas de colonialidade e narra(alterna-)tivas do acesso à justiça no Brasil e em Portugal*, Orientação Boaventura de Souza Santos, Universidad de Coimbra, 2013.

Santos, Boaventura de Souza, *Para uma Revolução Democrática da Justiça*, Coimbra, Almedia, 2014.

Unger, Mangabeira, *Crítica ao Pensamento Jurídico Brasileiro*, disponible en: *http://jota.info/critica-ao-pensamento-juridico-brasileiro-segundo-mangabeira-unger*, fecha de consulta: 9 de septiembre de 2016.

La función resarcitoria del Estado mexicano frente a las "víctimas- mujeres" violentadas sexualmente por su progenitor

Ismael Alfredo **Hernández Alemán**[*]

Sumario. I. Introducción. II. Breve sinopsis sobre el concepto de reparación integral del daño. III. Análisis comparativo de la reparación del daño a partir de los códigos penales del Estado de México, del Distrito Federal y del Código Penal Federal. IV. Solución del problema conforme a la Constitución mexicana, la Ley General de Víctimas, la doctrina de la Suprema Corte mexicana y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. V. Conclusiones. VI. Bibliografía.

I. Introducción

Es indudable que la reparación del daño constituye una de las prorrogativas más importantes y elementales que se reconocen a favor de cualquier víctima, objeto de una violación en alguno o algunos de sus derechos fundamentales, sobre todo cuando ha sido objeto de un hecho delictivo que le ha dejado secuelas o perjuicios tanto de índole material como inmaterial. En ese sentido, el problema jurídico que será objeto de estudio en este trabajo se analizará bajo el contexto del actual procedimiento penal que se tramita

[*] Magistrado del Poder Judicial del Estado de México.

bajo las disposiciones del Código Nacional de Procedimientos Penales, pero al mismo tiempo tomando como "modelos" los códigos penales tanto federal como el del Estado de México y el de la Ciudad de México.

Sin embargo, a pesar de ese amplio y justo reconocimiento que tienen las víctimas en el sentido de que los daños que se les han generado en su esfera jurídica —con motivo de un hecho delictivo— les sean reparados de forma íntegra o a plenitud y además oportunamente, lo cierto es que dicho postulado en la "vida real" se enfrenta a muchas barreras u obstáculos, a tal grado que en la mayoría de las ocasiones el derecho a la reparación integral del daño tan sólo se percibe como una buena intención, un buen propósito o una simple aspiración idealista.

Cabe puntualizar que esa dificultad a la que se enfrenta el "derecho fundamental de acceso a una reparación integral del daño", por supuesto que no es exclusiva de aquellos supuestos que motivan estas reflexiones, es decir, respecto de las *víctimas de delitos sexuales perpetrados por su progenitor*, sino que se trata de un problema que suele ser recurrente en toda clase de delitos, sólo que desde mi punto de vista dicha problemática se agudiza precisamente en los casos que motivan el presente trabajo, por los siguientes motivos:

a) Ausencia de redes de apoyo del sentenciado a efecto de cubrir la reparación del daño

La diferencia más palpable o evidente entre los delitos que son cometidos por personas ajenas a las víctimas en comparación con los que se cometen por familiares, verbigracia, cuando se ejecuta por el padre en contra de su hija y en lo que concierne a la reparación del daño, radica en que en los del primer tipo, los familiares del "responsable" suelen solidarizarse con él y en la medida de sus posibilidades buscarán apoyarlo para realizar a la víctima el pago de la reparación del daño, sobre todo cuando dicho pago puede representar o traducirse en un beneficio para el justiciable, pues al no tener ningún vínculo con la víctima —sólo con el responsable— sus emociones o sentimientos en realidad no se verán comprometidos y tampoco se encontrarán inmersos en un conflicto de intereses.

En cambio, en el segundo supuesto, dada la relación filial existente entre la víctima y el victimario (padre e hija), los familiares —de ambos— no sólo se ven inmersos en un conflicto de interés, sino también en un conflicto de emociones y sentimientos, por ende, en la mayoría de los casos habrán de preferir mantenerse al margen del suceso, lo que por supuesto incrementa la posibilidad de que el responsable en su carácter de progenitor no cuente

con apoyo económico y en muchas ocasiones ni con recursos propios para cubrir a la víctima la reparación del daño.

b) Insolvencia económica del sentenciado dada la naturaleza del delito

Sobre este punto, la experiencia revela que la mayoría de los asuntos que se denuncian y que llegan hasta el dictado de una sentencia, en un contexto de agresión sexual del padre hacia la hija suele generarse entre la población económicamente más desfavorecida, lo que por supuesto no significa que en los grupos con mayor poder económico no se cometen esta clase de delitos, sino que en estos casos puede ser más fácil persuadir a las víctimas para llegar a un acuerdo económico favorable antes de emprender un juicio o en su defecto dicha ventaja económica garantiza una mejor defensa que a su vez suele traducirse en la obtención de fallos absolutorios.

c) Desinterés por resarcir el daño, cuando la pena de prisión es muy alta y dicho pago no representa algún beneficio de preliberación para el justiciable

Este factor se presenta tratándose de legislaciones que sancionan con mucha severidad los delitos de agresión sexual, pero cuando se niega al victimario la posibilidad de acceder a algún beneficio sustitutivo de la pena de prisión, de reducción o preliberacional, de tal suerte que estos factores propician que el pago de la reparación del daño no sea una opción para el agresor o para sus familiares, precisamente porque su cumplimiento no representa algún beneficio para el sentenciado.

Bajo el anterior panorama, la problemática que se pretende resolver mediante la elaboración del presente trabajo, para efectos didácticos, se puede expresar a través de la interrogante siguiente, *¿cuáles deben ser las estrategias o mecanismos jurídicos que se deben implementar o en su defecto reforzar para que el Estado asuma la carga de indemnizar satisfactoria, oportuna e íntegramente a las víctimas de un delito sexual ejecutado por el progenitor, en aquellos casos en que dicha reparación no se obtiene directamente del sentenciado o, en su caso, cuando el monto obtenido por concepto de indemnización no cumple con el estándar de "integralidad" de la reparación del daño?*

Con la finalidad de dar respuesta satisfactoria a la interrogante que detona esta investigación y al mismo tiempo para alcanzar el objetivo propuesto, se procederá a realizar una breve sinopsis del concepto "reparación integral del daño" y posteriormente se llevará a cabo un análisis comparativo

del tema de la reparación del daño atendiendo a los códigos penales de la Ciudad de México, del Estado de México y al Código Penal Federal. Lo anterior con el propósito, por una parte, de evaluar en qué medida se garantiza actualmente el pago de la reparación del daño a las víctimas, que han sido objeto de un delito sexual por parte de su progenitor y, por otro lado, para determinar si dicha legislación aplicable satisface el criterio de integralidad que se asocia al derecho fundamental de acceso a la reparación del daño (inherente a todas las víctimas). Para ello, también se procederá al análisis de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, de la Ley General de Víctimas y de la jurisprudencia tanto nacional como interamericana que resulte útil para los fines de esta investigación.

De tal suerte que a partir de este estudio comparativo y reflexivo al que se alude en el párrafo anterior, se estará en condiciones de identificar los fundamentos fácticos y jurídicos adecuados que permitan proponer y, en su caso, reforzar mecanismos o estrategias jurídicas válidas, útiles y aceptables entre la comunidad jurídica, que permitan a las víctimas en general y particularmente a las que han sido objeto de una agresión sexual (violación) por parte de su progenitor, acceder a una reparación integral del daño, ya sea directamente por parte del victimario o en su defecto y de manera subsidiaria a través del Estado en su calidad de garante de los derechos fundamentales de los ciudadanos en este país, al tenor de lo que dispone el artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

II. Breve sinopsis sobre el concepto de reparación integral del daño

La reparación del daño es analizada en la actualidad bajo dos vertientes, a saber, como consecuencia de una o varias violaciones a derechos fundamentales de la víctima o bien como consecuencia de la comisión de un hecho tipificado por las leyes penales como delito.

El presente trabajo sólo se enfoca en la segunda vertiente, es decir, *en la reparación del daño a favor de una persona que ha sido víctima de un hecho delictivo*.

Sin embargo, el objetivo que se busca con este trabajo de investigación no impide realizar algunas breves referencias generales sobre la reparación del daño, sólo a efecto de contextualizar el problema que aquí se aborda.

Hecha la anterior aclaración debemos recordar que la *reparación del daño vinculada con violaciones de derechos humanos* es aquella que se genera

como consecuencia de todo acto u omisión que afecte los derechos humanos reconocidos por la Constitución o en los tratados internacionales, siendo el agente transgresor un servidor público en el ejercicio de sus funciones o atribuciones o bien un particular que ejerza funciones públicas o que actué con aquiescencia o colaboración de un servidor público. Lo anterior de acuerdo con lo que establece el artículo 6o., fracción XIX, de la Ley General de Víctimas.

Por otra parte, la *reparación del daño derivada de la comisión de un hecho tipificado por las leyes penales como delito*, en realidad su comprensión no representa gran problema, pues simplemente se refiere a la sanción prevista en las leyes sustantivas penales tendentes a resarcir, mitigar, indemnizar o compensar las secuelas perjudiciales que el delito produjo en la víctima y cuya carga primordialmente le corresponde al delincuente o sentenciado.

No obstante, cabe aclarar que en uno y en otro caso, lo que se pretende es lograr a favor de las víctimas no cualquier clase de reparación o "paliativo", sino una auténtica *reparación integral del daño*, cuyo objetivo esencial radica en devolver a la víctima a la situación en que se encontraba antes de la comisión del hecho delictivo o antes del acto violatorio de sus derechos humanos, de modo tal como si el hecho "victimizante" no hubiese existido. Lo que se corrobora con lo que dispone el numeral 27, fracción I, de la Ley General de Víctimas.

Dicho de otro modo, el concepto de reparación integral implica "el restablecimiento de la situación anterior y la eliminación de los efectos que la violación produjo, así como una indemnización como compensación por los daños causados".

Para lograr o alcanzar la integralidad de la reparación del daño, ésta debe comprender, por lo menos los aspectos siguientes:

a) Restitución. Aquí radica el objetivo principal de la reparación integral del daño, ya que busca devolver a la víctima a la situación que guardaba antes de la comisión del hecho delictivo o del acto violatorio de derechos fundamentales.
b) Rehabilitación. Comprende aquellas medidas que permitan a las víctimas su acceso a servicios sociales, de salud, de asistencia legal, laboral y educativos, con miras a facilitarles su reincorporación a la sociedad.
c) Compensación. Consiste en indemnizar económicamente a la víctima por todos los perjuicios o pérdidas susceptibles de medición pecuniaria, así como por los sufrimientos, aflicciones o sentimientos que no tienen carácter económico o patrimonial.

d) Satisfacción. Se refiere a las medidas tendentes a restablecer esencialmente la dignidad, la reputación y el honor de las víctimas tanto directas como indirectas, mediante acciones eficaces que satisfagan el derecho a la verdad y la sanción de los responsables.
e) Medidas de no repetición. Básicamente se refieren a aquellas que buscan que el hecho victimizante no vuelva a ocurrirle a las víctimas y al mismo tiempo para evitar en lo general actos de la misma naturaleza.

Cabe destacar que de las anteriores medidas enunciadas, *la corte mexicana ha establecido que sólo la "compensación" es de naturaleza pecuniaria o económica*; en tanto que las restantes, en estricto sentido, no tienen ese carácter pecuniario de ahí que también sean conocidas como "reparaciones morales".

En tal sentido, en la presente investigación sólo serán motivo de análisis las *medidas de compensación* que, como se ha dicho, básicamente se hacen consistir en el pago de una indemnización que comprende diversos aspectos: desde los daños morales o inmateriales, así como los daños materiales o susceptibles de cuantificación monetaria, sobresaliendo los siguientes:

a) Los perjuicios ocasionados o lucro cesante, incluyendo el pago de salarios o percepciones económicas, cuando se haya producido una incapacidad de la víctima para trabajar o para desarrollar su profesión u oficio.
b) La reparación del daño moral o inmaterial.
c) La pérdida de oportunidades, en particular de educación o prestaciones sociales.
d) Los daños patrimoniales de índole diversa.
e) Los gastos y costas judiciales, incluyendo los honorarios del asesor jurídico privado.
f) El pago de tratamientos médicos o terapéuticos necesarios para que la víctima o víctimas recuperen su salud psíquica o física.
g) Los gastos comprobables de transporte, alojamiento, comunicación o alimentación que se generen con motivo del traslado de la víctima al lugar del juicio o al lugar en donde debe llevar a cabo su tratamiento.

Con relación al *daño moral o inmaterial*, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como se verá más adelante, se identifica con aquellos efectos nocivos que sufren las víctimas y que no tienen carácter económico o patrimonial y no pueden ser tasados en términos monetarios, como son los sufrimientos, las aflicciones y en general el menoscabo de valores muy significativos para las personas, así como toda perturbación que no sea susceptible de medición pecuniaria. *De ahí que no*

resulte viable ni razonable exigir dentro de un procedimiento penal pruebas tendentes a acreditar el monto o cuantía de la reparación del daño moral, pues es imposible tasar en términos monetarios el sufrimiento, el dolor, la angustia y, en general, todos aquellos sentimientos y valores —afectados— *de una persona.*

III. Análisis comparativo de la reparación del daño a partir de los códigos penales del Estado de México, del Distrito Federal y del Código Penal Federal

Con el objeto de abordar el análisis de este tema se han tomado como legislaciones modelo los siguientes:

- El Código Penal del Estado de México.
- El Código Penal Federal.
- El Código Penal de la Ciudad de México.

Cabe señalar que en estas tres legislaciones se contempla la reparación del daño, así como la "obligación sustituta" a cargo de personas diversas al sentenciado, incluyendo al Estado, sólo que estos supuestos se condicionan a situaciones que se apartan de la hipótesis que en el presente trabajo se plantea, ya que en esencia se dispone que la obligación sustituta de reparación del daño opera en los siguientes casos:

a) A cargo de los ascendientes por los delitos que cometan sus descendientes que se hallen bajo su patria potestad.
b) A cargo de los tutores y los custodios por los delitos que cometan las personas incapaces que se encuentren bajo su autoridad.
c) A cargo de los directores de los internados o talleres por los delitos de sus discípulos o aprendices cometidos durante el tiempo en que se encuentran bajo su cuidado o dirección.
d) A cargo de las personas jurídicas colectivas por los delitos que cometan sus socios, agentes o directores.
e) Así como a cargo del *Estado, incluyendo a los municipios y a los organismos descentralizados*, pero sólo de manera subsidiaria por los delitos que cometan sus servidores públicos con motivo o en el desempeño de sus empleos cargos o comisiones.

Hipótesis esta última que por supuesto no encuadra en la problemática que aquí se analiza y básicamente consiste en *vincular al Estado como obligado subsidiario a reparar el daño de una víctima cuando ésta no logra dicha indemnización de la persona directamente responsable, tratándose del delito de violación.*

Por lo que a efecto de tener un mejor panorama de cómo se aborda la reparación del daño en estas tres legislaciones, se procederá a una breve reseña de las respectivas disposiciones que son útiles para los efectos de esta investigación.

1. Código Penal para el Distrito Federal y Código Penal Federal

En principio, se debe señalar que ninguna de estas legislaciones contempla algún precepto legal que permita al juzgador cuantificar la reparación del daño ante la eventual inexistencia de pruebas al respecto, no sólo en relación con el delito de violación, sino que dicha omisión prevalece respecto de cualquier otro delito.

Por el contrario, en ambas legislaciones se alcanza a percibir la tendencia del legislador de supeditar la reparación del daño, por un lado, a que exista solicitud de dicha condena por parte de la institución del Ministerio Público y, por otra parte, a que *se rindan o se desahoguen pruebas que permitan acreditar la procedencia y monto de dicha reparación.*

Resultando ilustrativo para ello el siguiente esquema:

Código Penal Federal	*Código Penal del Distrito Federal*
Artículo 31. La reparación será fijada por los jueces, según el daño que sea preciso reparar, *con base en las pruebas obtenidas en el proceso* y la afectación causada a la víctima u ofendido el delito.	Artículo 43. La reparación será fijada por los jueces, según el daño o perjuicios que sea preciso reparar, *de acuerdo con los datos, medios de prueba y pruebas obtenidas durante el proceso.*
Artículo 34... La víctima, el asesor jurídico y el ofendido o sus derechohabientes podrán aportar al Ministerio Público o al órgano jurisdiccional en su caso, los datos de prueba que tengan para demostrar la procedencia y monto de dicha reparación, en los términos que prevenga el Código Nacional de Procedimientos Penales.	Artículo 44 ... En todo proceso penal el Ministerio Público estará obligado a solicitar, en su caso, la condena en lo relativo a la reparación del daño o perjuicios *y probar su monto*, y el juez a resolver lo conducente...

Bajo esta tesitura, considero que la forma en como dichas legislaciones abordan la problemática de la reparación del daño en la práctica se traduce en un obstáculo o en una limitación al derecho resarcitorio que corresponde a las víctimas, ya que *en la mayoría de las ocasiones la víctima no siempre cuenta con la posibilidad de allegarse y de exhibir en el procedimiento penal las pruebas idóneas y pertinentes tendentes a justificar la existencia de los daños materiales e inmateriales que le fueron ocasionados, pero sobre todo dicha dificultad se hace mas patente cuando se trata de acreditar el monto o cuantía de dichas afectaciones,* pues así lo he podido constatar a través de mi experiencia como juzgador en el Estado de México.

Luego entonces, si la decisión del juzgador para fijar la existencia y cuantía del daño depende de las pruebas allegadas al sumario, lo más seguro es que en la mayoría de las ocasiones dicha reparación o no se tendrá por comprobada o en su defecto se tendrá por justificada su existencia; sin embargo, no así el monto a reparar, en cuyo caso se optará por aplicar lo que dispone el artículo 406, párrafo quinto del Código Nacional de Procedimientos Penales, en el sentido de postergar la fijación del monto de la reparación del daño a un diverso "procedimiento incidental" que debe tramitarse en la fase de ejecución ante el juez ejecutor de sentencias.

Sin embargo, en correlación a este último precepto, considero que si bien puede ser útil y adecuado en casos especiales, extraordinarios y sobre todo excepcionales, de ninguna manera debe constituir la regla general sino la excepción, pues de no considerarlo así se trastocan las directrices de agilidad, de oportunidad y de eficiencia que debe prevalecer respecto del pago de la reparación del daño y las cuales se recogen en diversas disposiciones legales, como las que a continuación se citan:

– Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 20, apartado c, fracción iv:

> Que se le repare el daño. En los casos en que sea procedente, el Ministerio Público estará obligado a solicitar la reparación del daño, sin menoscabo de que la víctima u ofendido lo puedan solicitar directamente, y el juzgador no podrá absolver al sentenciado de dicha reparación si ha emitido una sentencia condenatoria. La Ley fijará procedimientos ágiles para ejecutar las sentencias en materia de reparación del daño.

– Ley General de Víctimas:

> Artículo 7, fracción vii. A la verdad, a la justicia y a la *reparación integral a través de recursos y procedimientos accesibles, apropiados, suficientes, rápidos y eficaces*.

> Artículo 12, fracción II. A que se *les repare el daño en forma expedita*, proporcional y justa en los términos a que se refiere el artículo 64 de esta Ley y de la legislación aplicable…
> Artículo 26. Las víctimas tienen derecho a *ser reparadas de manera oportuna*, plena, diferenciada, transformadora, integral y efectiva por el daño que han sufrido como consecuencia del delito o hecho victimizante que las ha afectado o de las violaciones de derechos humanos que han sufrido, comprendiendo medidas de restitución, rehabilitación, compensación, satisfacción y medidas de no repetición.

Al margen de las anteriores deficiencias normativas destacadas, por otro lado también se debe señalar que de estas legislaciones únicamente la del Distrito Federal contempla una remisión expresa a las disposiciones de la Ley Federal del Trabajo para cuantificar "mínimamente" la reparación del daño, pero sólo respecto de los delitos que afecten la vida y la integridad corporal, pues al respecto dicho precepto establece lo siguiente: "artículo 47. Si se trata de delitos que afecten la vida o la integridad corporal, el monto de la reparación no podrá ser menor del que resulte de aplicar las disposiciones relativas a la Ley Federal del Trabajo".

2. Código Penal del Estado de México

Después de haber efectuado un análisis exhaustivo y reflexivo de las tres "legislaciones modelo" seleccionadas para los efectos de esta investigación, estoy en condiciones de señalar que el Código Penal del Estado de México *resulta más "garantista" del derecho a la reparación integral del daño con el que cuentan las víctimas en lo general y específicamente las que fueron objeto del delito de violación.*

Dicho aserto parte de la eventualidad de que esta legislación a diferencia de las anteriores sí contempla reglas específicas y concretas que le permiten al juzgador cuantificar una indemnización de reparación del daño tanto material como inmaterial aún y cuando no se hubiesen allegado pruebas al respecto. Con la única salvedad de que la regla genérica para cuantificar el *daño moral o inmaterial* que en dicha legislación se contempla puede ser aplicada respecto de toda clase de delitos que hubiesen generados afectaciones de esa índole. En tanto que las reglas específicas para cuantificar el *daño material* ante la ausencia de pruebas sólo se relacionan con los *delitos de lesiones, violación, homicidio, feminicidio y aquellos que se cometen en vehículos de transporte público de pasajeros, vehículos oficiales, de personal y escolares.*

Esta legislación, al igual que las anteriores, también contempla la disposición general de que corresponde al agente del Ministerio Público solicitar la condena de reparación del daño, así como acreditar su procedencia y monto sin perjuicio que también lo haga la víctima o el ofendido. Sin embargo, lo que se destaca en el Código Penal del Estado de México es la fijación de un parámetro mínimo y máximo para cuantificar la compensación por daños morales y la fijación de reglas concretas para tal efecto, lo cual resulta adecuado partiendo de la consideración que resulta imposible "acreditar con pruebas" el monto de reparación monetaria que corresponde a los valores o sentimientos afectados por el delito, además que se establece una base mínima de reparación material para algunos delitos de alto impacto, entre ellos el de violación.

Consecuentemente, en el Estado de México el juzgador sí cuenta con un fundamento para fijar un monto mínimo de reparación de daño material para el delito de violación y a pesar de que no se hayan rendido pruebas al respecto, así como para fijar un monto por concepto de reparación del daño moral atendiendo a criterios de objetividad y de razonabilidad.

A efecto de ilustrar lo anterior, conviene citar las siguientes disposiciones legales a que se ha hecho referencia:

> Artículo 26. La reparación del daño deberá ser plena, efectiva, proporcional a la gravedad del daño causado y a la afectación del desarrollo integral de la víctima u ofendido y, según la naturaleza del delito de que se trate, comprenderá:
>
> III. La indemnización del daño material y moral causado, incluyendo el pago de los tratamientos que, como consecuencia del delito, sean necesarios para la recuperación de la salud del ofendido.
>
> *El monto de la indemnización por el daño moral no podrá ser inferior a treinta ni superior a mil días multa y será fijado considerando las circunstancias objetivas del delito, las subjetivas del delincuente y las repercusiones del delito sobre la víctima u ofendido.*
>
> Artículo 30. En caso de lesiones, *violación y a falta de pruebas específicas respecto al daño causado,* los jueces tomarán como base *el doble de la tabulación de indemnizaciones que fija la Ley Federal del Trabajo y el salario mínimo general más alto del Estado.*
>
> Tratándose de homicidio, la indemnización será el equivalente a dos mil ciento noventa días de salario mínimo general vigente, más alto en el Estado.
>
> En los casos de feminicidio, así como de los delitos antes mencionados, si se cometen en vehículos de transporte público de pasajeros, vehículos oficiales, de personal, escolar en servicio u otro que sin contar con la autorización

oficial preste un servicio equivalente, el monto de la reparación del daño será el triple de la tabulación de indemnizaciones que fija la Ley Federal del Trabajo.

Tratándose de lesiones y homicidio cometidos por la conducción de vehículos de transporte público de pasajeros, vehículos oficiales, de personal, escolar en servicio u otro que sin contar con la autorización oficial preste un servicio equivalente, y a falta de pruebas específicas respecto al daño causado, los jueces tomarán como base la tabulación de indemnizaciones que fija la Ley Federal del Trabajo y el salario mínimo general más alto del Estado.

Ahora bien, de lo que hasta este momento se ha expuesto es posible obtener las siguientes conclusiones preliminares:

1) En relación con el delito de violación, los códigos penales tanto federal como el del Distrito Federal no contemplan alguna regla expresa o específica para poder *cuantificar el monto de la condena de reparación del daño tanto material como inmaterial* en aquellos supuestos en que no se haya rendido prueba eficaz al respecto, sino que *prima facie* dicha circunstancia se encuentra supeditada a la actividad probatoria desarrollada en el procedimiento penal por la institución del Ministerio Público, por las víctimas o por el abogado victimal, lo que de suyo ya se traduce en un obstáculo o en una limitación, dado que la experiencia y la praxis demuestran que no resulta fácil para las víctimas obtener y allegar al procedimiento "pruebas que a los ojos del juzgador" resulten idóneas y pertinentes para tal efecto.
2) Si bien el Código Penal del Distrito Federal (actualmente Ciudad de México) sí prevé una disposición en el sentido de que si se trata de delitos que afecten la vida o la integridad corporal, el monto de la reparación no podrá ser menor del que resulte de aplicar las disposiciones relativas a la Ley Federal del Trabajo. Lo cierto es que dicho precepto legal se traduce en una regla específica que permite cuantificar mínimamente la reparación del daño, pero única y exclusivamente respecto de los delitos que afectan la vida o la integridad corporal de las personas, no así en tratándose del delito de violación.
3) El Código Penal del Estado de México sí contiene disposiciones que aún ante la inexistencia de pruebas sobre ese rubro permiten cuantificar en un parámetro mínimo la reparación del daño tanto moral o inmaterial, así como el daño material en algunos delitos, incluyendo el de violación.
4) No obstante y en el supuesto que de alguna manera se lograra obtener del juzgador una determinación o condena sobre la reparación del daño

a favor de una víctima del delito de violación, es muy probable que seguiría subsistiendo la problemática de que dicha condena sea efectivamente ejecutada, es decir, que se logre el pago de la reparación del daño de forma efectiva, pronta o expedita y, además, oportunamente.

Problemática que tratara de ser resuelta en el apartado siguiente con base en las disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y de la Ley General de Víctimas, así como en lo conducente con la doctrina jurisprudencial de la corte suprema mexicana y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

IV. Solución del problema conforme a la Constitución mexicana, la Ley General de Víctimas, la doctrina de la Suprema Corte mexicana y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

1. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

En principio, es importante recordar que en el párrafo tercero del artículo 1o. de la Constitución mexicana es en donde se establece el principio de "tutela del Estado frente a los derechos fundamentales" bajo la fórmula siguiente:

> Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, *el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos en los términos que establezca la ley.*

Asimismo, entre los derechos de las víctimas u ofendidos que se contemplan en el apartado C del artículo 20 constitucional, precisamente en la fracción IV, se manifiesta lo siguiente:

> Que se le repare el daño. En los casos en que sea procedente, el Ministerio Público estará obligado a solicitar la reparación del daño, sin menoscabo de que la víctima u ofendido lo pueda solicitar directamente, y el juzgador no podrá absolver al sentenciado de dicha reparación si ha emitido una sentencia condenatoria.
>
> La ley fijará procedimientos ágiles para ejecutar las sentencias en materia de reparación del daño.

De las anteriores citas es fácil advertir como principales postulados y *deberes a cargo del Estado mexicano* tratándose del tema que ocupa nuestra atención, los siguientes:

- Proteger y garantizar a las víctimas su derecho fundamental a la reparación integral del daño, cuando éstas han sufrido algún tipo de afectación material o inmaterial con motivo de un hecho delictivo.
- Deber a cargo de la institución del Ministerio Público de solicitar la reparación del daño en los casos en que ésta proceda, sin que el juzgador pueda absolver al obligado de dicha reparación si ha dictado una sentencia condenatoria.
- Deber del Poder Legislativo de incluir en la ley, procedimientos ágiles para hacer efectiva la condena de reparación del daño.

2. Ley General de Víctimas

En esta legislación publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 9 de enero de 2013 y que rige en todo el territorio nacional al tratarse de una ley general, *se contemplan diversas disposiciones que mediante una correcta interpretación y una armónica aplicación podrían resultar de gran impacto y trascendencia para "construir" uno o varios mecanismos ágiles y eficientes tendentes a lograr la reparación integral del daño de cualquier víctima en lo general, pero particularmente, de las víctimas que han sufrido una agresión sexual por parte de sus progenitores*, siendo en este último supuesto en el que, se reitera, las víctimas generalmente no tienen acceso a ningún tipo de reparación del daño tanto en el plano material como inmaterial.

Para justificar las bondades y fortalezas de esta ley general, a partir de las cuales considero que se pueden construir mecanismos o estrategias eficaces tendentes a lograr la reparación integral del daño a favor de las víctimas en el supuesto que nos ocupa, resulta necesario no sólo destacar, sino conocer a detalle los derechos o prerrogativas de las víctimas tanto directas como indirectas, los deberes de las autoridades involucradas en este tema, así como las instituciones y mecanismos jurídicos que a favor de las víctimas se regulan en esta legislación.

Entre las disposiciones más importantes y útiles para dar respuesta al problema planteado en este trabajo encontramos las siguientes:

- Reconocimiento del derecho a la reparación integral a través de recursos y procedimientos accesibles, apropiados, suficientes, rápidos y eficaces (artículo 7o., fracción VII, de la LGV).

- Reconocimiento de mecanismos de acceso ágiles, eficaces y transparentes a los fondos de ayuda federal y estatales contemplados en Ley General de Víctimas (artículo 7o., fracción XXXVI, de la LGV).
- Reconocimiento del derecho a favor de las víctimas de que la reparación del daño se realice en forma expedita, proporcional y justa, considerando todos los aspectos que abarcan las "medidas de compensación" y el correlativo deber del Ministerio Público de solicitar dicha reparación si la víctima o el asesor jurídico no lo hicieren (artículo 12, fracción II de la LGV).
- Derecho de las víctimas a solicitar medidas o providencias precautorias o cautelares tendentes al aseguramiento de bienes para la reparación del daño (artículo 12, fracción X, de la LGV).

Misma disposición que debe ser interpretada armónicamente con lo que establecen los artículos 109, fracciones XIX, XXIV, y 138 del Código Nacional de Procedimientos Penales, que de manera respectiva contemplan el derecho de las víctimas a que la reparación del daño se *les garantice*, y para tal efecto se dispone que podrán solicitar alguna providencia precautoria tendente a garantizar dicha reparación del daño, siendo el último numeral citado el que contempla con el carácter de "providencia precautoria" *el embargo de bienes y la inmovilización de cuentas y valores del sistema financiero.*

Del mismo modo se debe tomar en consideración lo que dispone el artículo 204 del mismo ordenamiento nacional, el cual contempla el derecho de la víctima a oponerse al *procedimiento abreviado* cuando la reparación del daño no se encuentre debidamente garantizada mediante alguna de las formas previstas en el propio Código Nacional de Procedimientos Penales, tal y como lo establece la fracción XXIV del artículo 109 en correlación con el 173 de dicha legislación.

- Derecho de la víctima a que se le haga entrega de la suma de dinero que pudiera encontrarse a disposición de la autoridad como garantía de la reparación del daño, en los casos en que el imputado se sustraiga de la acción de la justicia o, en su defecto, a que se ordene el procedimiento económico coactivo para obtener el cobro de la garantía cuando dicha reparación se haya garantizado mediante prenda, hipoteca o a través de un fiador (artículo 13 de la LGV).
- Derecho de la víctima a que la reparación del daño se satisfaga de manera oportuna, plena, diferenciada, transformadora, integral y efectiva (artículo 26 de la LGV).

- Derecho de las víctimas relativo a que las medidas de reparación integral se cubran con cargo al fondo federal o a los fondos estatales, según corresponda (artículo 27 de la Ley General de Víctimas).
- Derecho de las víctimas a que el Estado, a través de la Comisión Ejecutiva o de las comisiones estatales, cubran o en su caso reintegren los gastos que necesiten realizar para salvaguardar su salud, así como aquellos relacionados con su traslado, alimentación y hospedaje, en los supuestos que se contemplan en los numerales 37, 39, 39 bis de la Ley General de Víctimas.
- Deber de la autoridad judicial de contemplar en sus resoluciones judiciales cuando se haya determinado alguna "compensación" a favor de la víctima, que ésta se realice con cargo al patrimonio del sentenciado o con los recursos que se obtengan por la liquidación de los bienes que le hayan sido decomisados. Con la posibilidad de que, al no ser posible lo anterior, entonces la Comisión competente determinará el monto de una compensación subsidiaria a cargo del "Fondo de Ayuda, Asistencia y Reparación Integral", con lo cual se estaría actualizando *la función resarcitoria subsidiaria del Estado a favor de las víctimas del delito* (artículos 66, 67 y 70 de la LGV).
- Con relación a esta función resarcitoria del Estado conviene señalar que el artículo 67 de la Ley General de Víctimas establece el monto de dicha compensación subsidiaria ya sea en el ámbito federal o local y sólo será de hasta *500 Unidades de Medida y Actualización mensuales*, y se fijará atendiendo a la gravedad del daño, pero sin que implique enriquecimiento para la víctima.

A efecto de darnos una idea del monto máximo de compensación subsidiaria que se contempla en esta disposición, partiremos del valor mensual de la UMA para el 2022, el cual es de $2,925.09, por lo que multiplicado por las mencionadas 500 Unidades nos arroja un total de un millón cuatrocientos sesenta y dos mil quinientos cuarenta y cinco pesos ($1,462,545). No obstante, dicha cantidad también se encuentra supeditada a los recursos disponibles en el Fondo, según se advierte de lo que dispone el diverso numeral 150, fracción V de la misma legislación.

Del mismo modo, será útil tomar en consideración lo que establece la suprema corte mexicana en la jurisprudencia que a continuación se cita en relación con la constitucionalidad de aquellas disposiciones legales que fijan "topes máximos" al monto de la reparación del daño:

> Derecho fundamental a una reparación integral o justa indemnización. su concepto y alcance. El derecho citado es un derecho sustantivo cuya extensión debe tutelarse en favor de los gobernados, por lo que no debe restringirse innecesariamente. Ahora bien, atento a los criterios emitidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el derecho a la reparación integral permite, en la medida de lo posible, anular todas las consecuencias del acto ilícito y restablecer la situación que debió haber existido con toda probabilidad, si el acto no se hubiera cometido, y de no ser esto posible, *procede el pago de una indemnización justa como medida resarcitoria por los daños ocasionados*, lo cual no debe generar una ganancia a la víctima, sino que se le otorgue un resarcimiento adecuado. En ese sentido, el derecho moderno de daños mira a la naturaleza y extensión del daño a las víctimas y no a los victimarios. Así, *el daño causado es el que determina la naturaleza y el monto de la indemnización, de forma que las reparaciones no pueden implicar enriquecimiento ni empobrecimiento para la víctima o sus sucesores*; además, no se pretende que la responsabilidad sea excesiva, ya que debe subordinarse a requisitos cualitativos. Por otro lado, una indemnización será excesiva cuando exceda del monto suficiente para compensar a la víctima, sin embargo, *limitar la responsabilidad fijando un techo cuantitativo implica marginar las circunstancias concretas del caso, el valor real de la reparación o de la salud deteriorada*; esto es, *una indemnización es injusta cuando se le limita con topes o tarifas, y en lugar de ser el Juez quien la cuantifique justa y equitativamente con base en criterios de razonabilidad, al ser quien conoce las particularidades del caso, es el legislador quien, arbitrariamente, fija montos indemnizatorios, al margen del caso y de su realidad.*[1]

En otra tesitura, el artículo 68 de la LGV dispone que la Comisión competente (federal o estatales), previa determinación de la autoridad judicial, compensará de forma subsidiaria el daño causado a las víctimas de los siguientes delitos:

a) De los que ameritan prisión preventiva oficiosa, *como es el caso de la violación.*
b) De los que hayan generado en la víctima algún daño o menoscabo a su libertad o al libre desarrollo de su personalidad.
c) Cuando la víctima directa haya fallecido o sufrido un deterioro incapacitante en su integridad física o mental, pero en ambos casos con motivo del delito.

[1] Tesis: 1a./J. 31/2017 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 41, abril de 2017, t. I, p. 752.

Inclusive se prevé la posibilidad de que esta compensación subsidiaria sea cubierta por la Comisión Ejecutiva (instancia federal) aún cuando el asunto sea de la competencia de una comisión estatal, siempre y cuando le sea solicitado por escrito y se cumplan los demás requisitos que se establecen en la fracción XVII del artículo 81 de la citada ley, que en esencia se refieren a la justificación de que la comisión estatal solicitante carece de fondos para cubrir dicha compensación y al compromiso de ésta de reintegrar dichos fondos en el siguiente ejercicio fiscal.

Entre las constancias que la víctima podrá presentar ante la Comisión Ejecutiva o comisiones estatales para acceder a la compensación subsidiaria, se encuentran las siguientes (artículos 67 y 69 de la LGV):

a) Las actuaciones del agente del Ministerio Público que revelen la imposibilidad de consignar al "presunto delincuente" ante la autoridad judicial y por añadidura la imposibilidad de ejercitar la acción penal. La sentencia firme de la autoridad judicial en la que se señalen los conceptos a reparar y, en su caso, los conceptos de la reparación que el sentenciado no tuvo la capacidad de reparar.
b) La resolución del organismo público protector de derechos humanos de la que se desprenda que la víctima no ha obtenido la reparación del daño por parte de la persona directamente obligada a satisfacer dicha reparación.

– Prerrogativa del Estado que ejerce a través de la Comisión Ejecutiva o de las comisiones estatales de exigir al sentenciado la restitución al fondo o fondos estatales, los recursos que hubiese erogado por concepto de compensación subsidiaria otorgada a la víctima por el delito que aquél cometió (artículo 71 de la LGV).
– Derecho de las víctimas de exigir reparación de cualquier otra naturaleza, aún cuando se hayan visto beneficiadas de la compensación subsidiaria por parte de la comisión competente, con lo que se refuerza el principio de complementariedad que rige la función resarcitoria del Estado (artículo 72 de la LGV).
– Deberes específicos del Ministerio Público relacionados con la reparación del daño a favor de las víctimas, entre ellos: solicitar dicha reparación, las pruebas tendentes a acreditar, determinar y cuantificar la reparación del daño, el *deber de especificar la reparación por daño inmaterial y daño material*, el deber de dirigir los estudios patrimoniales e investigaciones pertinentes para determinar la existencia de bienes susceptibles de extinción de dominio y el deber de solicitar *el embargo pre-*

cautorio de bienes susceptibles de aplicarse a la reparación integral del daño, entre otros (artículo 123, fracciones III, V, VI y VII de la LGV).
– Supuestos de procedencia para el acceso de las víctimas al Fondo de Ayuda, Asistencia y Reparación Integral (artículo 148 de la LGV):

a) Cuando exista sentencia ejecutoriada en la que se exprese la existencia de los daños susceptibles de reparación, así como el monto a pagar u otras formas de reparación.
b) Cuando no se haya alcanzado el pago total de los daños que se le causaron.
c) Cuando no haya recibido la reparación integral del daño por cualquier otra vía, lo cual podrá acreditarse con un oficio del juzgador de la causa u otro medio fehaciente.
d) Cuando su solicitud de asistencia, ayuda o reparación integral sea "avalada" por la Comisión Ejecutiva.

– Deber del Estado de adoptar las medidas necesarias para cobrar el monto de la reparación del daño directamente al responsable o bien de gestionar lo pertinente a fin de lograr que se concrete dicha reparación integral (artículo 151 de la LGV).
– Deber de la Comisión Ejecutiva de documentar la determinación y cuantificación del apoyo o reparación del daño, así como integrar el expediente respectivo, cuando esto no se haya realizado en el procedimiento jurisdiccional o ante el organismo nacional o internacional de protección de derechos humanos, debiendo tomar en consideración tanto la solicitud como los documentos presentados por la propia víctima así como la naturaleza o magnitud de los daños (artículo 152 de la LGV).

3. Doctrina de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

En este apartado habrán de ponderarse diversos precedentes jurisprudenciales que definen y delimitan algunos de los conceptos inherentes al objeto de la presente investigación, debiéndose advertir que sólo se toman en consideración precedentes de las salas que conforman a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, dada la obligatoriedad que dichos precedentes suponen para todas las autoridades del país, lo cual no acontece con los criterios que emiten los diversos órganos jurisdiccionales de la Federación. Por lo que a continuación, sólo se citan algunos criterios o precedentes que resultan de mayor utilidad para dar solución al problema jurídico aquí planteado:

Compensación a víctimas de violación a derechos humanos. autoridad competente para determinar su monto por concepto de reparación del daño. La emisión de la Ley General de Víctimas y la creación de la Comisión Ejecutiva de Atención a Víctimas, no generan propiamente un conflicto competencial para determinar el monto que debe otorgarse a la víctima por concepto de compensación —como elemento integrante de la reparación integral—, pues el Fondo de Ayuda, Asistencia y Reparación Integral debe entenderse en un ámbito de complementariedad respecto de las indemnizaciones otorgadas a la víctima, a través de otros medios.

La reparación prevista en la Ley General de Víctimas no es la vía exclusiva de indemnización tutelada en el sistema jurídico mexicano y, por ende, el Pleno de la Comisión aludida no es la única autoridad facultada para determinar los montos de compensación que deban otorgarse a las víctimas por violaciones a los derechos humanos o como resultado de la comisión de un delito.

Así, el artículo 11 del Reglamento de la Ley General de Víctimas establece que cuando la víctima hubiese acudido a autoridades distintas a la Comisión mencionada, ésta valorará las medidas que hubiesen adoptado las autoridades de primer contacto, realizará las vinculaciones que correspondan y requerirá las acciones complementarias de atención, asistencia y protección que resulten procedentes.

Aunado a lo anterior, del análisis íntegro de la normativa que regula a la Comisión citada, se advierte que ésta no emite condena alguna a la autoridad responsable de la violación a los derechos humanos, ni prejuzga sobre la responsabilidad que debe atribuírsele, sino que simplemente hace de su conocimiento el pago de la compensación que realizará a las víctimas con motivo de la reparación del daño, para que dicha autoridad inicie los procedimientos conducentes y, de ser procedente, promueva las responsabilidades administrativas o penales que correspondan; pues la Comisión actúa en términos de complementariedad y armonización, respecto a las compensaciones que se hayan determinado mediante otros mecanismos o procedimientos de asistencia, ayuda, protección, atención y reparación, a fin de que, en los casos en que la víctima no haya obtenido el pago de la totalidad de los daños materiales e inmateriales que haya sufrido por esas violaciones, se logre la integralidad que busca la reparación del daño.[2]

Compensación a víctimas de violación a los derechos humanos. la compensación y la función indemnizatoria de la comisión ejecu-

[2] Tesis: 2a./J. 110/2017 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 45, agosto de 2017, t. II, p. 745

tiva de atención a víctimas, debe entenderse en términos de complementariedad. De la interpretación del artículo 132 de la Ley General de Víctimas y del lineamiento 40 de los Lineamientos para el funcionamiento del Fondo de Ayuda, Asistencia y Reparación Integral, publicados en el Diario Oficial de la Federación el 15 de enero de 2015, se advierte que, en caso de que a la víctima se le haya cubierto parte de la reparación integral a través de otros mecanismos se entregará, de manera complementaria, el monto no enterado a través de esas vías.

En ese sentido, lo que el ordenamiento legal citado proscribe no es la complementariedad, sino la duplicidad de la compensación; por ende, con independencia de que la víctima haya obtenido cierto pago por concepto de reparación mediante algún medio o instrumento diverso al contemplado en la ley mencionada, tal situación, por sí sola, no puede tener el alcance de privarle del derecho de acceder al fondo tutelado en dicho ordenamiento legal, mediante la fijación de la compensación que la comisión realice, si esa medida no resulta suficiente para reparar la totalidad de los daños derivados de la violación a sus derechos humanos.

Máxime que el artículo 149 de la ley referida precisa que procederá el acceso a los recursos del fondo en materia de reparación, cuando la medida reparatoria en otros mecanismos «no haya alcanzado el pago total de los daños que se le causaron», o bien, «no haya recibido la reparación integral del daño por cualquier otra vía», lo que denota que tanto las reparaciones individuales, administrativas o judiciales, como las colectivas obtenidas en otras vías, se entienden en términos de complementariedad, a fin de alcanzar la integralidad que busca la reparación.[3]

Derecho fundamental a una reparación integral o justa indemnización. su concepto y alcance. El derecho citado es un derecho sustantivo cuya extensión debe tutelarse en favor de los gobernados, por lo que no debe restringirse innecesariamente. Ahora bien, atento a los criterios emitidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el derecho a la reparación integral permite, en la medida de lo posible, anular todas las consecuencias del acto ilícito y restablecer la situación que debió haber existido con toda probabilidad, si el acto no se hubiera cometido, y de no ser esto posible, procede el pago de una indemnización justa como medida resarcitoria por los daños ocasionados, lo cual no debe generar una ganancia a la víctima, sino que se le otorgue un resarcimiento adecuado.

[3] Registro: 2014862, Décima Época, Segunda Sala, Jurisprudencia, Libro 45, agosto de 2017, t. II, Materia(s): Administrativa.

En ese sentido, el derecho moderno de daños mira a la naturaleza y extensión del daño a las víctimas y no a los victimarios. Así, el daño causado es el que determina la naturaleza y el monto de la indemnización, de forma que las reparaciones no pueden implicar enriquecimiento ni empobrecimiento para la víctima o sus sucesores; además, no se pretende que la responsabilidad sea excesiva, ya que debe subordinarse a requisitos cualitativos.

Por otro lado, una indemnización será excesiva cuando exceda del monto suficiente para compensar a la víctima, sin embargo, limitar la responsabilidad fijando un techo cuantitativo implica marginar las circunstancias concretas del caso, el valor real de la reparación o de la salud deteriorada; esto es, una indemnización es injusta cuando se le limita con topes o tarifas, y en lugar de ser el Juez quien la cuantifique justa y equitativamente con base en criterios de razonabilidad, al ser quien conoce las particularidades del caso, es el legislador quien, arbitrariamente, fija montos indemnizatorios, al margen del caso y de su realidad.[4]

Víctimas de delitos. el reembolso de los gastos erogados no requiere forzosamente de pruebas que los acrediten. El artículo 64, fracción viii, de la Ley General de Víctimas establece que la compensación se otorgará por los gastos comprobables de transporte, alojamiento, comunicación o alimentación que le ocasione trasladarse al lugar del juicio o para asistir a su tratamiento, si la víctima reside en Municipio o delegación distintos al del enjuiciamiento o donde recibe la atención.

Al respecto, en atención a los principios de interpretación más favorable para la persona, buena fe y máxima protección a las víctimas, así como a la jurisprudencia interamericana, se estima que el derecho al pago de gastos erogados por las víctimas, por los conceptos referidos, no se encuentra vinculado indispensablemente a la existencia de pruebas que den cuentan de tales gastos, pues aún en su ausencia, la autoridad puede cuantificar el monto respectivo con base en el principio de equidad y bajo criterios de razonabilidad, atendiendo a lo aseverado por las víctimas y a las circunstancias específicas del caso, sin que lo anterior implique que baste el mero dicho de las víctimas para que automáticamente les sea pagado cualquier monto que aduzcan han erogado —por concepto de transporte, alojamiento, comunicación o alimentación—, sino que simplemente significa que, ante la ausencia de pruebas que soporten los gastos reales en que las víctimas hayan incurrido, la Comisión Ejecutiva de Atención a Víctimas podrá, acorde con las circunstancias del caso, otorgar

[4] Registro: 2014098, Décima Época, Primera Sala, Jurisprudencia, Libro 41, abril de 2017, t. I, Materia(s): Constitucional

una compensación en equidad y bajo criterios de razonabilidad; lo que excluye la posibilidad de reembolsar gastos inverosímiles o cuantías desapegadas a las erogaciones que una persona promedio realice por el pago de tales conceptos.[5]

Reparación del daño en materia penal. Comprende tanto los daños patrimoniales como los extrapatrimoniales (legislación del distrito federal). El artículo 42 del Código Penal del Distrito Federal establece que dependiendo del tipo del delito, el daño puede ser de dos especies: patrimonial y/o moral. Estos conceptos no son excluyentes entre sí, sino que ambos deben ser indemnizados.

El daño patrimonial consiste en todas las pérdidas económicas efectivamente sufridas y los desembolsos realizados en atención al daño, así como los perjuicios o el lucro cesante, entendidos como los beneficios que la víctima hubiera recibido de no haber resentido el hecho ilícito.

Por su parte, el daño moral está determinado por el carácter extrapatrimonial de la afectación, la cual puede tratarse de la lesión a un derecho o a un simple bien o interés de carácter no pecuniario.

Es decir, la conceptualización del daño moral centra su objeto y contenido en los intereses no patrimoniales o espirituales que pueden verse afectados. Así, las angustias, las aflicciones, las humillaciones, el padecimiento o el dolor constituyen daños a la moral en tanto que son afectaciones a intereses no patrimoniales.[6]

B) Daño moral

84. La Corte pasa a considerar aquellos efectos nocivos de los hechos del caso que no tienen carácter económico o patrimonial y no pueden ser tasados, por ende, en términos monetarios. El mencionado daño moral puede comprender tanto los sufrimientos y las aflicciones causados a las víctimas directas y a sus allegados, como el menoscabo de valores muy significativos para las personas y otras perturbaciones que no son susceptibles de medición pecuniaria.

Es una característica común a las distintas expresiones del daño moral el que, no siendo posible asignárseles un preciso equivalente monetario, solo puedan, para los fines de la reparación integral a las víctimas, ser objeto de compensación, y ello de dos maneras:

---

[5] Tesis: 2a. LX/2018 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 55, junio de 2018, t. II, p. 1487.

[6] Tesis: 1a. CXXV/2016 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 29, abril de 2016, t. II, p. 1144.

—En primer lugar, mediante el pago de una suma de dinero o la entrega de bienes o servicios apreciables en dinero, que el Tribunal determine en aplicación razonable del arbitrio judicial y en términos de equidad.

—Y en segundo lugar, mediante la realización de actos u obras de alcance o repercusión públicos, que tengan efectos como la recuperación de la memoria de las víctimas, el restablecimiento de su dignidad, la consolación de sus deudos o la transmisión de un mensaje de reprobación oficial a las violaciones de los derechos humanos de que se trata y de compromiso con los esfuerzos tendientes a que no vuelvan a ocurrir. [7]

b) Daño inmaterial

228. La jurisprudencia internacional ha establecido que la sentencia constituye per se una forma de reparación. No obstante, la Corte ha desarrollado en su jurisprudencia el concepto de daño inmaterial, y ha establecido que éste puede comprender tanto los sufrimientos y las aflicciones causados a la víctima directa y a sus allegados, como el menoscabo de valores muy significativos para las personas, así como las alteraciones, de carácter no pecuniario, en las condiciones de existencia de la víctima o su familia.

230. La Corte estima que las indemnizaciones por daño moral otorgadas en la jurisdicción interna fue realizada bajo criterios objetivos y razonables, por lo que, en atención al principio de complementariedad, y a las circunstancias específicas del caso, considera que no corresponde ordenar indemnizaciones adicionales a aquellas que ya han sido otorgadas en la jurisdicción interna.[8]

v. Conclusiones

La presente investigación tuvo como objetivo encontrar una respuesta satisfactoria a una interrogante que "visibiliza" un problema recurrente al que se enfrentan casi todas las víctimas de un hecho delictivo, pero sobre todo aquellas *víctimas-mujeres que han sido agredidas sexualmente por su progenitor.*

La solución a dicho planteamiento básicamente se hizo consistir en identificar las estrategias o mecanismos jurídicos adecuados que le permitan a esta clase de víctimas acceder a una reparación del daño integral,

[7] Corte IDH, *Caso "niños de la calle" (Villagrán morales y otros) vs. Guatemala*, sentencia del 26 de mayo de 2001 (reparaciones y costas).

[8] Corte IDH, *Caso Villamizar Durán y otros vs. Colombia*, sentencia del 20 de noviembre 2018 (excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas).

oportuna y eficiente, ya sea directamente a cargo del imputado-sentenciado, o bien a cargo del Estado ante la imposibilidad de hacerla efectiva por parte de aquél.

Del mismo modo, la respuesta a dicha interrogante no se buscó en la dogmática, en la doctrina o en alguna propuesta legislativa, ya que cualquier solución a partir de esos métodos corría el riego de ser inoperante en la práctica o de quedar confinada a una simple expectativa o a una buena intención.

Por el contrario, los materiales de estudio que fueron seleccionados en la búsqueda de dicha respuesta, al constituir *derecho positivo o derecho vigente*, permiten vislumbrar como viables y factibles las respuestas encontradas al problema jurídico planteado, pero al mismo tiempo realizar un pronóstico favorable de que tarde o temprano sí habrá de realizarse o satisfacerse la reparación integral del daño a favor de las víctimas mujeres, que han sido objeto de una agresión sexual, incluyendo los casos en donde el agresor ha sido el propio progenitor de la víctima.

Concretamente, las estrategias o mecanismos jurídicos que deberán adoptarse por parte de la institución del Ministerio Público, de los asesores jurídicos o por las propias víctimas, pueden expresarse de la siguiente manera:

1) Procurar que desde el inicio del procedimiento penal se identifiquen quienes son las personas que, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 4o. de la Ley General de Víctimas, adquieren la calidad de víctima o víctimas ya sea directas o indirectas, pero sin que sea válido excluir a alguna o algunas de ellas (víctimas) atendiendo a algún criterio de orden, prelación o preferencia, por mucho que esto se encuentre autorizado por la propia ley; pues en ese caso se tendría que realizar un ejercicio de *control difuso* o *control ex oficio* para tratar de armonizar con la Constitución federal y/o tratados internacionales esas disposiciones legales que pretenden imponer un orden de prelación entre las víctimas indirectas u ofendidos, y de no ser eso posible proceder a la inaplicación de esos preceptos.

   Dicho reconocimiento es importante, pues de acuerdo a lo que establecen los artículos 67, 68 y 69 de la Ley General de Víctimas, para que una víctima pueda acceder al Fondo de Ayuda, Asistencia o Reparación Integral del Daño, no en todos los casos es necesario que se haya dictado una sentencia firme en la que se reconozca su carácter y la procedencia de la reparación del daño así como el monto de la misma, sino que dicho acceso también puede darse a instancia del Ministerio

Público cuando por algún motivo no sea posible ejercitar la acción penal en contra del imputado, es decir, que dicho acceso también puede darse cuando el asunto se encuentra en la fase de investigación preliminar que se encuentra a cargo de la institución del Ministerio Público.

2) Independientemente de lo anterior se recomienda que en todos los casos los agentes del Ministerio Público por iniciativa propia o a instancia de la víctima o de su asesor jurídico ejerzan su prerrogativa de investigación patrimonial respecto del sujeto activo o agresor, para de esa forma estar en condiciones de solicitar al juzgador desde el primer contacto o en la primer oportunidad, alguna providencia precautoria tendente al aseguramiento de los posibles bienes del responsable con los cuales pueda "garantizarse" el pago de la reparación integral a la víctima.
3) De igual manera se estima necesario que el propio agente Ministerio Público, la víctima o su asesor jurídico, tengan presente que sólo los daños de naturaleza material son susceptibles de cuantificación o valoración monetaria a través de los medios probatorios idóneos, no así los daños morales o inmateriales, pues como se ha expresado a lo largo del presente trabajo, no es posible justificar con elementos de prueba la cuantía de los daños que sufrió la víctima en sus sentimientos y valores. En todo caso, sólo deberán preocuparse por esgrimir los argumentos adecuados para propiciar que el juzgador determine una indemnización o compensación adecuada por los daños inmateriales con base en criterios de equidad, objetividad y razonabilidad.
4) En otra tesitura, para el caso de que el asunto haya llegado hasta la etapa de juicio y se haya dictado una *sentencia definitiva,* pueden vislumbrarse varios supuestos:

   a) Que se tenga por acreditado el hecho delictivo no así la responsabilidad penal del acusado y por ende se dicte una sentencia absolutoria.
   b) Que se dicte una sentencia condenatoria, pero se haya absuelto del pago de la reparación del daño al no haberse acreditado su procedencia y monto.
   c) Que se dicte una sentencia condenatoria, mas se haya absuelto del pago de la reparación del daño, pues no obstante haberse acreditado su procedencia, no se acreditó con pruebas eficaces su monto o cuantificación.
   d) Que se dicte una sentencia condenatoria y que además se haya emitido condena genérica en cuanto a la reparación del daño, pero al no haberse acreditado su monto, se dejan a salvo los derechos de la vícti-

ma para que en vía incidental proceda a su cuantificación ante el juez de ejecución de sentencias.

En efecto, con base en las disposiciones y criterios jurisprudenciales que fueron invocados y plasmados a lo largo de esta investigación, podríamos decir que en cualquiera de las hipótesis antes invocadas, la víctima siempre tendrá expedito su derecho a reclamar del Estado el pago de la reparación integral del daño, pues en el supuesto de que no haya obtenido una decisión favorable en el procedimiento penal o para el caso de que el sentenciado no cubra dicha reparación, la citada víctima siempre podrá acudir ante la Comisión Ejecutiva o ante la comisión estatal que corresponda, a efecto de solicitar la reparación integral a cargo del "Fondo de Ayuda, Asistencia y Reparación Integral" que se contempla en la Ley General de Víctimas.

Al margen de lo anterior, no se debe perder de vista que por lo menos en la legislación sustantiva penal del Estado de México, con relación a determinados delitos como es el caso de la violación e incluso respecto del daño moral, se prevén bases o parámetros mínimos a efecto de que el juzgador pueda emitir condena por reparación del daño en esos casos específicos y cuando no se hayan aportado pruebas tendentes a justificar un monto mayor de reparación del daño.

No obstante, se reitera que la Fiscalía del Estado, la víctima o el asesor jurídico, en todo caso, deberán preocuparse por obtener del juzgador una decisión clara y explícita respecto de los diversos rubros que debe comprender la reparación del daño, es decir, deben procurar que se definan en la sentencia el tipo de afectaciones de índole material, las de índole moral o inmaterial, así como las reparaciones de naturaleza diversa, y de ser posible se establezcan con claridad los montos o formas de reparación que corresponden a cada rubro, pues si bien es cierto esto no es absolutamente indispensable o necesario dado que las propias Comisiones cuentan con facultades para determinar el monto que corresponde otorgar a las víctimas para que logre esa reparación integral del daño, no menos cierto es que, si desde el procedimiento penal obtienen una definición adecuada de esos rubros, entonces será más sencillo acceder a la figura de la "compensación subsidiaria del Estado", la cual como ya se ha dicho, se rige por el *principio de complementariedad*, lo que a su vez quiere decir que podrá accederse a dicha compensación independientemente de que haya sido una autoridad diversa la que haya determinado su procedencia y monto, o en su defecto, independientemente de que la víctima ya haya obtenido algún pago por concepto

de reparación del daño, pero esta se estime insuficiente para alcanzar la *integralidad de la reparación del daño.*

Partiendo de lo antes expuesto, creemos que dichas recomendaciones sí pueden ser consideradas como estrategias jurídicas válidas y operantes para lograr que en todos los casos en los que las víctimas de un delito *(sobre todo en los delitos de índole sexual en donde el agresor es el propio progenitor)* no obtienen el pago de la reparación integral del daño, *dicha carga sea asumida directamente por el Estado actualizándose de esa forma la Función Resarcitoria que le compete y que ha sido objeto de esta investigación.*

VI. Bibliografía

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
Código Nacional de Procedimientos Penales.
Ley General de Víctimas.
Código Penal Federal.
Código Penal del Estado de México.
Código Penal del Distrito Federal.
Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Semanario Judicial de la Federación*, disponible en: *sjf2.scjn.gob.mx/búsqueda-principal-tesis.*
Corte Interamericana de Derechos Humanos, disponible en: *corteidh.or.cr/casos_sentencias.cfm.*
Análisis decisiones judiciales, sistema jurídico México y sistema interamericano de derechos humanos.

Justicia y legitimidad en América. Espacios judiciales para grupos vulnerables de especial protección, editado, en su versión digital, por la Comisión de Derechos Humanos del Estado de México, se terminó en enero de 2023.