



DOCTORADO EN CIENCIAS JURIDICAS

“El derecho fundamental de acceso a la justicia”

Alumno: Juan Ignacio Pérez Curci.

Director: Dr. Carlos A. Mahiques

Fecha de defensa: 01-10-2013

“El derecho fundamental de acceso a la justicia”

Índice

Introducción.....	7
Capítulo I. Aspectos conceptuales del derecho de acceso a la justicia.....	13
I.1. Naturaleza jurídica del derecho.....	13
I.1.1. El acceso a la justicia y los derechos fundamentales.....	13
I.1.2. El acceso a la justicia y los derechos humanos.....	19
I.1.2.1. El fundamento de los derechos humanos.....	19
I.1.2.2. Acceder a la justicia. ¿Derecho Natural o Derecho Positivo?.....	29
I.1.2.3. El proceso de positivización de los derechos humanos. Primeras consagraciones normativas del derecho de acceso a la justicia.....	33
I.2. El acceso a la justicia desde la perspectiva iuspositiva.....	44
I.2.1. Mauro Cappelletti. Una vida dedicada al acceso a la justicia.....	44
I.2.1.1. Su obra en general.....	45
I.2.1.2. El acceso a la justicia en su obra.....	48
I. 2.2. En búsqueda de una definición integral del derecho de acceso a la justicia.....	55
I.2.2.1. Estado actual de la cuestión.....	55
I.2.2.2. Primera aproximación conceptual.....	61
I.2.2.3. Una concepción amplia de un derecho complejo.....	65
 Capítulo II. El acceso a la justicia en Argentina.....	 75
II.1. El Estado de derecho como presupuesto de respeto por los derechos fundamentales.....	 75

II.1.1. Evolución y actualidad.....	75
II.1.2. La exigencia del acceso a la justicia en el Estado de Derecho.....	84
II.2. El acceso a la justicia en todas sus dimensiones en el derecho argentino.....	87
II.2.1. La realidad constitucional.....	87
II.2.2. El derecho de peticionar ante las autoridades (o acceso a la justicia <i>stricto sensu</i>).....	91
II.2.3.El derecho a la prestación jurisdiccional.....	95
II.2.4. Acceso a la justicia y privación de justicia.....	97
II.2.5. Acceso a la justicia y legitimación activa.....	101
II.2.6. Acceso a la justicia y obstáculos económicos.....	106
II.2.7. Acceso a la justicia y asistencia jurídica.....	109
II.2.8. Acceso a la justicia y debido proceso.....	110
II.3. El acceso a la justicia y la Defensa Pública.....	117
II.3.1.La acción de la Defensoría Pública como garante del acceso a la justicia.....	117
II.3.2. El acceso a la justicia y la garantía de la defensa técnica eficaz.....	134
 <u>Capítulo III. “El acceso a la justicia en el sistema interamericano de protección de derechos humanos”</u>	141
 III.1. El acceso a la justicia en el derecho internacional.....	141
III.1.1. El acceso a los tribunales internacionales.....	141
III.1.2. El derecho de peticionar ante las autoridades en el derecho internacional de los derechos humanos.....	142

III.2. El Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos.....	149
III.2.1. Surgimiento y evolución del sistema.....	149
III.2.2. La Convención Americana sobre Derechos Humanos y otros instrumentos del Sistema.....	153
III.2.3. Órganos de promoción y protección del sistema.....	156
III.2.3.1. La Comisión Americana de Derechos Humanos.....	156
III.2.3.2. La Corte Interamericana de Derechos Humanos.....	163
III.3. El derecho de acceso a la justicia en el sistema interamericano.....	171
III.3.1. Reconocimiento normativo de un derecho convencional.....	171
III.3.2. Estado actual de la cuestión y obstáculos para acceder a la justicia interamericana.....	177
III.3.3. Pautas de reconocimiento del derecho de acceso a la justicia en el sistema interamericano.....	180
III.3.4. Reconocimiento del derecho de acceso a la justicia en las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.....	188
III.3.5. El acceso a la justicia en su amplia dimensión en el sistema interamericano de protección de derechos humanos.....	196
III.3.5.1. El acceso a la justicia como norma imperativa del derecho internacional de los derechos humanos.....	196
III.3.5.2. El derecho a un recurso efectivo como integrante de la garantía de acceso a la justicia.....	198
III.3.5.3. El derecho de petición individual bajo la Convención Americana de Derechos Humanos.....	201
III.3.5.4. El derecho de acceso a la justicia como un imperativo del <i>ius cogens</i>	206

Capítulo IV. El derecho de acceso a la justicia en el derecho europeo.....209

IV.1. El acceso a la justicia en el derecho comparado europeo.....209

IV.1.1.El acceso a la justicia en Italia.....209

IV.1.2. El acceso a la justicia en España.....214

IV.1.3. El acceso a la justicia en Francia.....216

IV.1.4. El acceso a la justicia en Alemania.....218

IV.1.5. El acceso a la justicia en Inglaterra.....220

IV.2. El Sistema europeo de protección de derechos humanos.....221

IV.2.1. Surgimiento y actualidad del sistema.....221

IV.2.2. La reforma del Protocolo n ° 14 como límite a la accesibilidad a la Corte Europea de Derechos Humanos.....225

IV.2.3. El acceso a la justicia y la Corte Europea de Derechos Humanos.....228

IV.2.3.1. El acceso a la justicia en la Convención Europea.....228

IV.2.3.2. El reconocimiento del *ius standi*.....234

IV.2.3.3. La admisibilidad en la Corte Europea de Derechos Humanos.....239

IV.2.3.4. El derecho de acceso a los tribunales de justicia y a un juicio justo.....244

IV.2.4. Jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos en materia de acceso a la justicia.....249

Capítulo V. Las Reglas de Brasilia sobre acceso a la Justicia de las personas con vulnerabilidad como paradigma de la evolución del derecho de acceso a la justicia...255

V.1. El acceso a la justicia de los grupos vulnerables.....255

V.1.1. La justicia de los vulnerables.....	257
V.1.2. La justicia como condición de eficacia de los derechos.....	263
V.1.3. Acceso a la justicia y ciudadano.....	265
V.2. La efectividad del derecho de acceso a la justicia.....	268
V.2.1. Un enfoque funcional: las barreras que limitan el acceso a la justicia.....	269
V.2.2. Un enfoque integral: actuación por todo el sistema de justicia y en todo el procedimiento.....	271
V.2.3. Un enfoque centrado en las personas vulnerables: actuación más intensa frente a mayores obstáculos.....	274
V.3. Las Reglas de Brasilia como avance en la protección de los derechos humanos..	275
V.3.1. Contenido de las Reglas. Las personas en condición de vulnerabilidad como beneficiarios.....	278
V.3.1.1. En razón de la edad.....	281
V.3.1.2. En razón de una discapacidad física o mental.....	285
V.3.1.3. En razón de la pertenencia a comunidades indígenas.....	288
V.3.1.4. En razón de la condición de víctima.....	292
V.3.1.5. Migración y desplazamiento interno.....	297
V.3.1.6. En razón de la situación de pobreza.....	300
V.3.1.7. En razón del género.....	306
V.3.1.8. En razón de la pertenencia a minorías.....	319
V.3.1.9. En razón de la privación de libertad.....	322
V.3.2. Destinatarios de las Reglas	324
V.3.3. Aproximar el servicio de justicia al ciudadano como objetivo de las Reglas....	325

V.3.3.1. Medidas procesales propuestas para mejorar el acceso de los justiciables al sistema de justicia.....	325
V.3.3.2. Condiciones de realización de un acto judicial.....	332
V.3.3.3. Algunas normas referidas a grupos específicos.....	336
Conclusiones.....	339
Bibliografía.....	345

Introducción

Esta investigación está dedicada al estudio dogmático del derecho fundamental de acceso a la justicia, es decir, a proponer una interpretación novedosa del significado, de los alcances y de las consecuencias de ese derecho que tiene todo individuo de obtener del sistema de justicia una respuesta efectiva a sus reclamos y, al mismo tiempo, el trabajo de pesquisa se orienta a determinar cuál ha sido el tratamiento recibido desde una perspectiva jurisprudencial en los distintos ordenamientos jurídicos relevantes para nuestro sistema de justicia.

De este modo, la hipótesis de trabajo planteada y que desarrollaremos durante esta investigación, es aquella por la cual entendemos que, el derecho de acceso a la justicia, desde la perspectiva de su naturaleza jurídica, es un derecho fundamental y que, si bien desde el punto de vista del derecho positivo no ha sido recogido expresamente ni en la Constitución Nacional ni en los tratados internacionales de derechos humanos, el contenido del derecho se encuentra recogido implícitamente en la normativa jurídica mencionada.

La problemática planteada resulta relevante para el universo jurídico no solamente desde la perspectiva del derecho procesal penal, sino al mismo tiempo desde la óptica de los derechos humanos, pues la obra que se presenta ha devenido en un estudio pormenorizado del derecho de acceso a la justicia tomando como punto de partida la naturaleza jurídica del mismo, introduciéndonos luego en un estudio eminentemente empírico mediante el cual es dable advertir con meridiana claridad cuál ha sido el tratamiento conferido a las distintas acepciones que conforman el derecho de acceso a la

justicia en el derecho argentino, interamericano y europeo y, fundamentalmente, cuáles son los principales obstáculos que deben sortear los ciudadanos para acceder de manera concreta al servicio de justicia.

Al abordar el derecho en estudio, he tomado como guía rectora de la investigación las enseñanzas del Profesor Mauro Cappelletti, quien sostenía que el derecho efectivo de acceso a la justicia era “el derecho humano más fundamental en un sistema legal igualitario moderno que pretenda garantizar los derechos de todos” y quien al mismo tiempo sostenía que, si bien el derecho de acceso a la justicia no encuentra recepción positiva *in se* en los códigos de procedimiento ni en los instrumentos internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional, el mismo abarca una serie de garantías de derecho procesal (debido proceso, plazo razonable, defensa en juicio, juez imparcial, etc.) que deben ser respetadas para satisfacer los estándares mínimos en materia de acceso del individuo al sistema de justicia.

Del mismo modo, no podemos desconocer la actualidad e importancia de la temática desarrollada, pues en este sentido abundan en Argentina y en el continente americano todo procesos de reformas procesales (fundamentalmente penales) que tienen por objetivos principales agilizar el devenir de los procedimientos y garantizar a los ciudadanos mayores facilidades para acceder al sistema de justicia.

Para quienes somos operadores judiciales y desde nuestra función nos enfrentamos diariamente ante el innumerable cúmulo de dificultades que padecen los ciudadanos – especialmente aquellos pertenecientes a lo que denominaremos grupos vulnerables – para, no solamente acceder al sistema de justicia sino obtener del mismo una sentencia que responda a los cánones constitucionales del debido proceso y defensa en juicio, garantizar el acceso a la justicia a todos y cada uno de los justiciables es, no solamente

un deber, sino ya un imperativo que responde a la esencia misma del servicio de justicia.

La tesis doctoral que se presenta a continuación se encuentra estructurada en cinco capítulos. El primero de ellos responde a una necesidad de orden estrictamente metodológico, ya que entiendo que es impropio de un trabajo de investigación de neto corte empírico realizar una pesquisa doctrinal y jurisprudencial como la que se presenta sin haber precisado previamente la naturaleza jurídica del derecho en cuestión y, fundamentalmente, una definición clara y actual del mismo. En este sentido, el derecho de acceso a la justicia presenta dos aristas conflictivas: la primera de ellas es que existen infinidad de definiciones del mismo pero, a mi entender, ninguna de ellas lo suficientemente abarcativa de las prerrogativas que este derecho incluye; la segunda cuestión a tener en consideración es la siguiente: desde una perspectiva netamente positiva, el derecho de acceso a la justicia no ha tenido una recepción normativa expresa ni en el ordenamiento argentino ni en el orden internacional, por lo que llegado el momento de elaborar una definición del mismo, he debido dar prioridad al carácter inclusivo del derecho para poder integrar en la definición las múltiples garantías que lo integran. Debo destacar que, en *iter* investigativo transitado, he encontrado una de las mayores luminarias del universo jurídico europeo del Siglo XX: Mauro Cappelletti. Hablar de acceso a la justicia supone ineludiblemente hablar de Mauro Cappelletti, su vida y su obra. En mi estancia de investigación en la Universidad de Firenze, he tenido la oportunidad de revisar la totalidad de su monumental obra junto a dos de sus discípulos directos, los Profesores Vincenzo Varano y Nicolás Trocker, quienes me han ayudado a ampliar y actualizar los pilares sobre los cuales Cappelletti construyó la noción de acceso a la justicia y profundizarlos en esta tesis.

El segundo capítulo del trabajo se ha centrado en determinar de qué manera se ha normativizado el derecho de acceso a la justicia en la Constitución Argentina y los tratados internacionales con jerarquía constitucional, y cuál ha sido la recepción jurisprudencial que este derecho ha tenido en los tribunales argentinos. Con ese norte, he considerado relevante para la investigación identificar los principales obstáculos para acceder a la justicia en nuestro país y plantear como una posible vía de solución a alguno de ellos a la Defensa Pública Oficial.

En el tercer capítulo de esta tesis, se presenta el tratamiento que el derecho de acceso a la justicia ha recibido en el derecho internacional, fundamentalmente en el sistema interamericano de protección de derechos humanos. Siempre desde una perspectiva netamente de investigación jurisprudencial, se realiza en primer término un breve desarrollo del proceso ante los órganos del sistema, para seguidamente analizar los diversos enfoques por medio de los cuales se ha valido la Comisión y la Corte Interamericana para dar efectiva tutela al derecho de acceso a la justicia.

El cuarto capítulo responde a una necesidad impuesta desde la metodología de la investigación para la presentación del tema de manera acabada, ya que entiendo que una temática como la que se estudia debe encontrar asidero en el derecho comparado. Por ello, y teniendo en consideración que la estructura y funcionamiento del sistema interamericano encuentra palmarias similitudes con el sistema europeo, he considerado necesario realizar un estudio comparado privilegiando, en primer término, la recepción normativa y jurisprudencial del derecho de acceso a la justicia en algunos países europeos y, en segundo lugar, en la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos.

Finalmente, el quinto y último capítulo de esta tesis doctoral, intenta reflejar la actualidad que la problemática del acceso a la justicia representa para todos los ordenamientos jurídicos de nuestro continente. Sin lugar a dudas, las comúnmente denominadas “Reglas de Brasilia” encuentran su génesis en la manifiesta imposibilidad que los grupos más vulnerables de la población padecen llegado el momento de llevar sus pretensiones ante el sistema de justicia y hallar en él una debida respuesta. Por ello, entiendo que estas Reglas se erigen como un verdadero paradigma de acceso a la justicia, y reflejan de manera plausible el camino a seguir para quienes diariamente nos desempeñamos en el sistema judicial y bregamos por un mejor servicio de justicia.

En esta inteligencia argumental, este trabajo propondrá un estudio empírico y comparativo respecto del surgimiento, la noción, los fundamentos y la actualidad del derecho de acceso a la justicia entendido como un derecho fundamental, exponiendo los principales obstáculos que encuentra el ciudadano para acceder al sistema de justicia y proponiendo una serie de respuestas que coadyuven a presentar a la Justicia como un verdadero servicio.

Capítulo I. Aspectos conceptuales del derecho de acceso a la justicia

I.1. Naturaleza jurídica del derecho.

I.1.1. El acceso a la justicia y los derechos fundamentales

El objeto del presente acápite es dar tratamiento y desarrollo a una cuestión que considero fundamental para el devenir de la investigación que esta tesis representa. La hipótesis planteada nos lleva a preguntar si es el derecho de acceso a la justicia un derecho fundamental. Y con el fin de dar respuesta a dicho interrogante, como primera medida, entiendo que deberemos preguntarnos: qué es un derecho fundamental?

Como punto de partida, he de establecer como premisa que la concepción de los derechos fundamentales *supra* mencionada sólo es compatible con una concepción iusnaturalista del derecho (que entiendo es la que más se adecúa al objeto del presente trabajo de investigación), que reconozca esta nota esencial de preexistencia de los derechos que las normas positivas deben positivizar (confiriéndoles vigencia histórica) y formalizar (integrándolos en un procedimiento de tecnificación y garantía). Es por ello que, para autores como Hervada, son absolutamente injustificados los derechos fundamentales por medio de doctrinas que hacen depender su existencia de su creación por el derecho positivo (positivismo), como aquellas otras que, admitiendo su existencia, le niegan juridicidad, reconociéndoles solamente entidad como valores extrajurídicos que permitan juzgar moralmente un ordenamiento jurídico (como justo o

injusto) según que los reconozca o los viole, tal y como afirma el denominado constructivismo ético¹.

Desde una perspectiva histórica, y tal y como afirma el filósofo del derecho Michel Villey, la noción de derecho fundamental no era conocida en la Antigüedad² y la misma, habría tenido su origen en el Siglo XIV, más concretamente en ciertos escritos de Guillermo de Ockam, quien “negó la abstracción intelectual y redujo el ámbito de los entes cognoscibles al de los singulares aprehensibles por la sensibilidad”³. Como consecuencia de este razonamiento reductivista a ciertas prerrogativas – que no pueden tener su fuente sino en las voluntades que los establecen: la de Dios o la de los hombres- Ockam plantea cierto positivismo y subjetivismo jurídico, los que finalmente tienen su confirmación en el “humanismo”⁴.

Sentado ello, y teniendo en consideración la concepción moderna de la ciencia – que reduce su objeto a lo perceptible empíricamente y descompone las realidades con el fin de medirlas cuantitativamente – entendió la sociedad política como un conjunto de individuos considerados en principio como independientes unos de los otros y agrupables sólo por la existencia de una asociación voluntaria que se producía – según esta línea de pensamiento – mediante un conjunto de facultades o derechos, en aras de hacer la convivencia posible, reservándose otras que recibían el nombre de “derechos naturales o innatos”.

¹ Hervada, Javier, *Problemas que una nota esencial de los derechos humanos plantea a la filosofía del derecho*, Comunicación presentada en el X Congreso Interamericano de Filosofía, recogido en Massini Correas, C.I (comp.), *El iusnaturalismo actual*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1996, p. 116.

² Villey M, *Estudios en todo a la noción de derecho subjetivo*, trad. De P. Le Roy, Valparaíso, Edeval, 1976.

³ Massini Correas, C.I, *Filosofía del Derecho I. El Derecho y los derechos humanos*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1994, pàg. 60.

⁴ Massini Correas, C.I, *Ibidem*, pàg. 61.

Existe cierto consenso doctrinal en reservar las expresiones “derecho constitucional” (tal es el caso de Estados Unidos o nuestro país, por ejemplo) o “derecho fundamental” (Alemania o España) para denominar a los derechos reconocidos constitucionalmente y asimilar dichos términos. Tan es así que, en el derecho constitucional alemán por ejemplo, la expresión “derecho fundamental” ha adquirido especial relevancia a partir de la existencia de un articulado sistema de relaciones entre el individuo y el Estado, en cuanto fundamento de todo orden político⁵. Es por ello que tendremos que tomar como premisa pétrea de nuestra pesquisa que *la referencia a los derechos fundamentales implicarán que el derecho del que se trate se encuentra reconocido en el texto constitucional*.

En este sentido, el catedrático español Pèrez Luño, en su trabajo “Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución” sostiene que “se puede advertir una cierta tendencia, no absoluta (...) a reservar la denominación “derechos fundamentales” para designar los derechos humanos positivizados a nivel interno, en tanto que la fórmula “derechos humanos” es la más usual en el plano de las declaraciones y convenciones internacionales”⁶. Las afirmaciones del ilustre catedrático no serían del todo precisas y aplicables a nuestro ordenamiento ya que, a la luz de la reforma constitucional operada en nuestro ordenamiento constitucional en el año 1994, en el que a través del inciso 22 del artículo 75 se incorporan una serie de tratados de derechos humanos a la Constitución Nacional y se les confiere jerarquía constitucional a los mismos, ya no existe en nuestro ordenamiento interno la distinción entre derechos constitucionales o fundamentales (entendidos como consagrados en el texto constitucional) y derechos

⁵ Pèrez Luño, A.E, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, 4ª. Edición, Tecnos, 1991, pàg. 30.

⁶ Pèrez Luño, A.E, *Ibidem*, pàg. 30.

humanos (entendidos como derechos consagrados en los tratados o convenciones internacionales), ya que éstos “son parte integrante” de la Carta Magna.

Sentado ello, creo pertinente señalar en cuanto a su composición estructural, que todo derecho fundamental tiene un titular y, al menos, un obligado. Como bien señala Cianciardo, “Quienes pueden ser sujetos de Derecho son llamados personas jurídicas (...) es necesario distinguir entre personas jurídicas singulares y personas jurídicas colectivas (...) el titular del derecho fundamental siempre será el hombre, en el primer caso individualmente considerado, en el segundo, en cuanto forma cuerpos sociales”⁷.

Con respecto al *obligado*, cabe distinguir los dos casos principales: los derechos fundamentales que se tienen frente a particulares – personas individuales o colectivas – y los que se tienen frente al Estado. Sin lugar a dudas, al hablar del derecho de acceso a la justicia estamos poniendo en cabeza del Estado la obligación de garantizar el pleno cumplimiento de ciertas prerrogativas para con el ciudadano, por lo cual, el obligado sería el Estado y no algún particular. Coincidentemente con ello, “... en el Estado social de derecho los derechos fundamentales adquieren (...) una función troqueladora y modeladora de todo orden social (...) dejando de actuar por tanto como meras reivindicaciones frente al Estado”⁸.

Respecto del *objeto* del derecho fundamental, podemos mencionar que el objeto es aquello sobre lo que el derecho recae. Así, la teoría analítica de los derechos fundamentales ha distinguido a los derechos desde el objeto: a) derechos a algo; b) libertades; c) competencias⁹. De este modo, profundizando en lo atinente al “derecho a

⁷ Cianciardo, J, *El conflictivismo en los derechos fundamentales*, Ed. Eunsu, 2000, pàg. 212.

⁸ Martínez Pujalte, A, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Madrid, C.E.C, 1997, p. 87.

⁹ Alexy, R, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de Ernesto Garzón Valdès, 1ª reimpresión, Madrid, Centro de Estudios constitucionales, 1997, p. 186.

algo”, éste puede ser concebido como una relación tripartita cuyo primer elemento es el “titular del derecho”, su segundo componente el “obligado”, y el tercero el “objeto del derecho”. Por ello, el objeto es siempre una acción del destinatario u obligado, que puede ser negativa o positiva. Es así que, los derechos frente al Estado pueden ser “derechos de defensa” o “derechos a acciones positivas”.

Entre los elementos que componen la estructura de un derecho fundamental, el objeto es el factor nuclear. Tomando como base la siguiente fórmula: “A tiene derecho a acceder a la justicia”, lo decisivo, desde el punto de vista práctico, jurídico y técnico, es el objeto, es decir, el acceso a la justicia.

Habiendo identificado claramente que el objeto del derecho fundamental en estudio es el “acceso a la justicia”, debe tenerse presente que la consideración del objeto de los derechos fundamentales va necesariamente unida a la del “fundamento”, pues, será a través de éste que podrá determinarse si estamos frente a un derecho fundamental o frente a un derecho no fundamental¹⁰.

El enunciado “*debe reconocerse el derecho de acceder a la justicia pues así lo exige la dignidad de la persona humana*” es un enunciado de fundamentación. En la actualidad, el debate actual sobre los derechos fundamentales se encuentra eminentemente en determinar cuáles son las razones que los justifican. Las respuestas son básicamente dos: a) todo el derecho nace de la voluntad del legislador; b) existe un sector del derecho que se funda en instancias suprapositivas.

En idéntica inteligencia argumental, Hervada afirma que los derechos fundamentales: 1) son verdaderos derechos; 2) son preexistentes e independientes de la ley positiva y del consenso social; 3) son derechos fundados en el hecho de que el hombre es persona,

¹⁰ Cianciardo, J, *El conflictivismo* ..., op cit, p. 217.

entendiendo por persona un ser dotado de dignidad, dueño de sí y, en consecuencia, portador de unos bienes que son derechos suyos¹¹. Para un correcto entendimiento de las aseveraciones del Prof. Hervada, y con el fin de no caer en un error que nos haga incurrir en una posición individualista, Herrera afirma que cuando se habla de preexistencia no se refiere a una preexistencia en un estado de naturaleza individual o individualista presocial o prepolítico como lo entendían los pensadores contractualistas, pues ese estado de naturaleza no existe. Entonces, nos estamos refiriendo a una preexistencia orientada al fundamento en el ser mismo del hombre, en su naturaleza humana como principio operativo¹².

Por todo lo expuesto, puedo concluir que el derecho fundamental se distingue claramente de la norma iusfundamental, ya que toda norma de derecho fundamental reconoce uno o más derechos fundamentales, y los derechos fundamentales son las posiciones jurídicas fundamentales, en las que – en virtud de una norma iusfundamental – se encuentra un sujeto en relación con varios objetos y con otros sujetos. La estructura de la noción de derecho fundamental es, de acuerdo con esto, triple: sujeto, objeto y fundamento. De los tres elementos, el decisivo desde el punto de vista jurídico es el objeto, que consiste en un bien jurídico fundamental, en nuestro caso “el acceso a la justicia”, y la fundamentabilidad del objeto viene dada por su condición de exigencia básica de la naturaleza humana, es decir que, el hombre por ser hombre y en cuanto posee dignidad, tiene derecho a la justicia.

I.1.2. El acceso a la justicia y los derechos humanos

¹¹ Hervada, J, *Problemas que una nota esencial ...*, op. cit. pág. 124.

¹² Herrera, Daniel, *La persona y el fundamento de los derechos humanos*, Educa, Buenos Aires, 2012, pág. 373.

I.1.2.1. El fundamento de los derechos humanos

Sin perjuicio de la normativización operada en los instrumentos internacionales, fundamentalmente los consagrados en la segunda mitad del Siglo XX¹³, es un hecho innegable que los derechos humanos se han convertido en el centro de la ética social de nuestros días, y que han adquirido una relevancia absoluta en todos los campos del derecho. Michel Villey ha llamado a este fenómeno “inflación de los derechos humanos”¹⁴ y L. W. Sumner, adoptando una postura algo más crítica ha sostenido que “la retórica de los derechos humanos está fuera de todo control”¹⁵. El objeto de este segmento de la investigación no es bajo ningún aspecto formular una fundamentación acabada de la naturaleza jurídica de los derechos humanos, sino solamente aportar algunos elementos que coadyuven a dilucidar si el derecho de acceso a la justicia puede incluirse dentro del catálogo de los denominados derechos humanos. Por tanto, el fundamento constituye el sustrato teórico último que explica la razón de ser de los derechos humanos, de lo cual se desprende la necesidad de desentrañarlo para que no se los confunda con un determinado proyecto o ideología política, o sean reducidos a meras expresiones de deseos sin virtualidad jurídica.

Sin profundizar en el fenómeno sociológico de los derechos humanos, es innegable que en los últimos setenta años el mundo se ha visto envuelto en un sinnúmero de graves violaciones reiteradas a estos derechos, circunstancia que han llevado a autores como

¹³ Cabe señalar respecto a esta instrumentalización que, coincidiendo con el Prof. Herrera, uno no debe sucumbir ante el reduccionismo histórico de suponer que la consagración de los derechos humanos comienza con las declaraciones del Siglo XX, ya que el hombre ya tenía derechos consagrados desde la Edad Media. Cfr. Herrera, Daniel, *La persona y el fundamento...*, Op. cit, pàg. 36.

¹⁴ Villey, Michel, *Le droit et les droits de l'homme*, P.U.F, Paris, 1983, pàgs. 11 y sig.

¹⁵ Sumner, L.W, *Rights denaturalized*, en *Utility and Rights*, comp. R.G. Frey, Basil Blackwell, Oxford, 1985, pàg. 20.

Jean Rivero a analitzar la situació actual de los derechos humanos sosteniendo que existe “una universalidad de reconocimiento (en las ideas), universalidad de desconocimiento (en la práctica)”¹⁶.

Es dable destacar que no han faltado filósofos del derecho que han defendido la inutilidad o falta de interés de plantear y debatir la cuestión del fundamento de los derechos humanos. Así, por ejemplo, autores como Bobbio, en su multicitado trabajo sobre el fundamento de los derechos del hombre, ha sostenido que “después de estas declaraciones (de derechos humanos) el problema del fundamento ha perdido gran parte de interés (...); ahora no se trata tanto de buscar otras razones, o directamente, como pretenden los iusnaturalistas redivivos, la razón de las razones, sino de poner las condiciones para una más amplia y escrupulosa realización de los derechos proclamados (...). El problema de fondo – concluye Bobbio – es hoy no tanto el de justificarlos cuanto el de protegerlos”¹⁷.

Ahora bien, coincidiendo con Carlos Ignacio Massini Correas, todos estamos de acuerdo en la necesidad existente de promover la vigencia de los derechos humanos y de crear las condiciones sociales para su efectivo respeto, pero nos parece claro que ello supone, de modo necesario, que esos derechos se encuentren seriamente fundados, es decir, que cuenten con alguna justificación racional; de lo contrario, no se entendería de qué manera podría promoverse la vigencia de unos derechos sin fundamento o cuya justificación se desconoce o se considera superflua¹⁸.

¹⁶ Rivero, J, *Les libertés publiques – I -*, Les droites de l’homme, P.U.F, Paris, 1984, pàg. 130.

¹⁷ Bobbio, N, *Sul fondamento dei diritti dell’uomo*, en Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto, abril-junio de 1965, fasc. II, Dott. A. Giuffrè, Ed. Milano, 1965, pàgs. 308-309.

¹⁸ Massini Correas, C, *Los Derechos Humanos en el pensamiento actual*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1994, pàg. 203.

En esta inteligencia argumental, coincido con el notable iusfilòsofo mendocino cuando afirma que “es evidente que las meras “declaraciones” de ese tipo de derechos no son un fundamento suficiente, ante todo i) porque se “declaran” unos derechos sólo si se los considera fundados, y ii) porque es manifiesto que la proliferación de esos instrumentos no ha logrado impedir la generalizada violación de los derechos que se proclaman”¹⁹.

Sentado ello, es menester señalar que, históricamente, los derechos humanos nacieron en el ámbito del iusnaturalismo²⁰, tanto del iusnaturalismo racionalista de Grocio, Pufendorf, Wolf, Burlamaqui y sus seguidores²¹, como del iusnaturalismo empirista de Locke, Paine y sus discípulos anglosajones, quienes han influido sin lugar a hesitación alguna en las primeras declaraciones de derechos.

Llegado a este punto de la pesquisa, habré de adherir en un todo a las enseñanzas del profesor Massini Correas en cuanto a la fundamentación última de los derechos de la persona humana cuando afirma que, “sólo a partir de una posición iusnaturalista es legítimo y coherente hablar de derechos humanos. Ello así, toda vez que si los derechos humanos pueden reclamarse o esgrimirse contra las legislaciones consideradas opresivas o contra los actos de gobierno que se siguen de ellas, resulta evidente que han de tener su fundamento en ciertos principios diversos de esas legislaciones positivas (...) el principio será: i) el individuo aislado en su estado natural, si partimos del iusnaturalismo individualista moderno; será ii) la coexistencialidad ontológica de la persona humana, si adoptamos el iusnaturalismo existencial de Sergio Cotta; será iii) el

¹⁹ Ibidem, pàg. 203.

²⁰ Cabe aclarar que se entiende por “iusnaturalismo” la posición iusfilosòfica que sostiene la existencia de algún principio de derecho cuya fuente no es la mera sanción estatal o social.

²¹ Massini Correas, C. I, *La desintegración del pensar jurídico en la Edad Moderna*, Ed. Abeledo – Perrot, Buenos Aires, 1980.

primer principio autoevidente de la razón práctica, si nos enrolamos de la justicia, si seguimos un iusnaturalismo de raíz kantiana”²².

Como consecuencia de lo precedentemente expuesto, deviene evidente que en todo caso el fundamento habrá de desprenderse de un principio o norma de fuente no positiva, de modo tal que haga posible la justificación de esos derechos aún contra la legislación vigente o los actos de la administración o la judicatura que la aplican a los casos concretos. Por ello, coincido con el Prof. Santa María D’Angelo cuando afirma que “la dignidad de la persona humana es el fundamento de los derecho del hombre, no es un derecho, es criterio determinante de su titularidad”²³.

De este modo, reconociendo el fundamento último de los derechos humanos en la dignidad de la persona, intentaremos determinar a continuación si el derecho de acceso a la justicia es un derecho humano. Por ello, en primer término creo conveniente aclarar que, como premisa metodológica, la expresión “derechos” será utilizada en el sentido de poderes o facultades del sujeto, mientras que la palabra “humanos” se referirá a que los sujetos portadoras de estos derechos son los seres humanos tomados en tanto tales, o sea, bajo la condición de su hominidad²⁴.

Como hemos referido con anterioridad, la objeción más importante contra las posturas positivistas proviene de la contradicción en la que incurren al pretender fundamentar los derechos humanos exclusivamente en las normas de derecho positivas, olvidando que ellos “tienen sentido precisamente como límite de la norma y, en general, del poder

²² Massini Correas, C.I, *Los derechos humanos*, op. cit, pàg. 217.

²³ Santa María D’Angelo, Rafael, *Dignidad humana y nuevos derechos: una confrontación en el derecho peruano*, Ed. Palestra, Lima, 2012, p. 164.

²⁴ Herrera, Daniel, *La persona y el fundamento de los derechos humanos*, op. cit. pàg. 37.

(...). Por eso, de estos derechos se dice que se declaran; y de ellos se dice también que se reconocen – no que se otorgan o se conceden – por las leyes positivas”²⁵.

Como consecuencia de ello, “sólo si se admite una noción de Derecho compatible con la existencia de un núcleo fundamental de derecho distinto del derecho positivo, es posible una teoría de los derechos humanos coherente con lo que quiere expresarse con ella: que la ley positiva no es soberana frente al hombre, porque éste posee unos bienes jurídicos inherentes que preexisten a la ley positiva y que son medida de la justicia o la injusticia de la ley positiva”²⁶.

En idéntica inteligencia argumental, y retomando la idea planteada por Cianciardo en su trabajo “El conflictivismo de los derechos fundamentales”, plantear el fundamento de los derechos desde la pura formalidad conduce inevitablemente al conflictivismo jurídico y a la jerarquización de los derechos fundamentales, pues sin fundamento, los derechos carecen de finalidad y, por tanto, del elemento que permite delimitar su alcance y diferenciar a uno de otro²⁷.

Partiendo entonces de la imposibilidad de fundamentar los derechos humanos en la voluntad del legislador, es posible distinguir en la base justificatoria de los derechos dos niveles: 1) genérico o universal, que radica en las normas jurídicas, y por el cual un tipo de derecho es atribuido a una clase de personas; 2) inmediato, que radica en un título jurídico, que puede ser definido como la razón o fundamento inmediato por el cual una

²⁵ Hervada, J, *Problemas que una nota esencial de los derechos humanos plantea a la Filosofía del Derecho*, en *Persona y Derecho* Nro. 9, Pamplona, pàgs. 243-256.

²⁶ Hervada, J, *Problemas que una nota esencial ...*, op. cit, pág. 249.

²⁷ Cianciardo, J, *El conflictivismo ...*, op. cit, pág. 221.

conducta debida por un sujeto a otro, o bien como la razón objetiva y formal, en virtud de la cual alguien es constituido titular de un derecho²⁸.

La fundamentabilidad entonces de los derechos humanos radica en que su base justificatoria “tanto mediata como inmediata”, se vincula al carácter personal de la persona humana y a la dignidad que corresponde a toda persona, ya que “la justificación primera de cualquier derecho humano radica en un principio normativo, que no es sino una determinación del primer principio práctico según el cual “el bien debe hacerse y el mal debe evitarse”, y que puede formularse del siguiente modo: “ todo hombre debe salvaguardar el carácter de persona de todo hombre”²⁹. Cada derecho humano consiste, entonces, en un bien humano básico, cuyo respeto viene exigido por la misma dignidad del hombre, y la distinción entre un derecho fundamental y otro provendrá de las diversas exigencias de la dignidad humana.

Desde esta perspectiva, la determinación de cada derecho “guarda relación con el modo de ser propio de cada hombre. Ahora bien, dicho modo de ser, que postula unos medios concretos sino los cuales la autorrealización y la felicidad se tornan muy difíciles o imposibles, no comporta exigencias contradictorias o enfrentadas, porque el ser humano es básicamente una unidad (...) Si se tiene esto presente, será posible sostener que la consideración de los derechos desde la perspectiva de su teleología, es decir, de lo que tratan de proteger en el ser humano en el orden a una vida acorde con su dignidad,

²⁸ Massini Correas, *Filosofía ...*, op. cit, p. 70.

²⁹ Massini Correas, C.I, *El derecho a la vida en la sistemática de los derechos humanos*, en Massini Correas, C. I y Serna, P (eds), *El derecho a la vida*, Pamplona, Eunsa, 1998, p. 184.

conduce a derechos equilibrados entre sí, que no se anulan mutuamente ni necesitan de límites externos como los proporcionados por su jerarquización”³⁰.

Resumiendo lo hasta aquí desarrollado, resulta oportuno traer a colación el desarrollo esgrimido por el Prof. Rafael Santa María en cuanto a la fundamentación de los derechos humanos. Así, el catedrático peruano sostiene que, de modo general y sintético, se puede decir sobre el fundamento de los derechos esenciales de la persona humana que: “... para el iusnaturalismo: los derechos humanos son inherentes al ser humano, independientes del arbitrio de los hombres y dependientes únicamente de la objetividad de la justicia. Es la ley natural la que prescribe derechos y deberes fundamentales, y en virtud de la cual toda ley obliga. Los derechos humanos deben ser siempre y en todo lugar para todos, evitando así formas de discriminación, por tanto, anteriores y superiores al derecho positivo y a la voluntad del Estado, de este modo la “positivización” no resulta más que un reconocimiento de su existencia. Para los positivistas: los derechos humanos sólo existen como derechos a partir de su positivización o incorporación formal al ordenamiento jurídico, antes de ello sólo existen como meras expectativas o valores éticos o filosóficos carentes del rasgo de obligatoriedad propio del derecho (...) Un modo en la actualidad de manifestarse el positivismo es la perspectiva individualista, mediante la cual los derechos humanos vendrían a constituir la pretensión de tener una normatividad acorde a la propia voluntad, condicionando de esta manera el poder político a la voluntad individual (...) En términos historicista: haciendo cuenta de un ordenamiento jurídico positivo, esto tiene un fundamento metapositivo denominado “conciencia histórica”. La conciencia histórica no es unitaria o uniforme, dado que es histórica es cambiante, por tanto no

³⁰ Serna, P, *Derechos fundamentales: el mito de los conflictos. Reflexiones teóricas a partir de un supuesto jurisprudencial sobre intimidad e información*, en *Humana Iura* Nro. 4, Pamplona, 1994, p. 230-231.

garantiza que tal “conciencia” no pueda dividirse sobre los derechos del hombre y hasta repudiarlos. Son fundamentales dependiendo de las circunstancias temporales, de la presunta “conciencia histórica” (...) Tanto el positivismo jurídico y el historicismo no tienen capacidad de establecer un fundamento claro de los derechos fundamentales”.³¹

Para finalizar, profundizando dichas aseveraciones, traigo a colación un interesante estudio publicado por el Profesor Iván Garzón Vallejo respecto de la fundamentación de los derechos humanos en el que el catedrático colombiano expone la necesidad de encontrar una postura de consenso que conlleve la renuncia a una pretensión hegemónica institucional por parte de una determinada fundamentación de los derechos humanos.

Sostiene entonces Garzón Vallejo que, en el debate sobre los derechos humanos, no sólo aparecen cuestiones de aplicabilidad, vigencia, consenso, importancia o aceptación universal, sino que siempre aparece la cuestión del “fundamento”. Así, afirma que “desde una perspectiva realista, el fundamento puede identificarse en la dignidad óntica de la persona humana, en la dignidad humana revelada en Jesucristo, en el hombre como persona y en la ley natural. Mientras que desde una perspectiva neokantiana y formalista dicho principio fundante es el de la autonomía del sujeto, y en general desde una postura inmanentista el fundamento se puede situar en el consenso, la utilidad o en una teoría procedimental”.³² Fundando dicha postura, y en la búsqueda de consenso, entiende que este nuevo marco institucional en el que debe perseguirse que una fundamentación metafísica y religiosa sea posible y tenga vigencia práctica, deberá

³¹ Santa María D’Angelo, Rafael, *La Declaración Universal de los Derechos Humanos: un repaso a su origen y su contexto histórico*, en *60 años de la Declaración Universal de los Derechos Humanos*, Ed. Universidad Santo Toribio de Mogrovejo, Perú, 2008, pág. 99.

³² Garzón Vallejo. I, *Disquisición sobre el fundamento de los Derechos Humanos*, en *60 años de la Declaración Universal de los Derechos Humanos*, Ed. Universidad Santo Toribio de Mogrovejo, Perú, 2008, pág. 74.

incluir el reconocimiento de la posibilidad de elaborar una fundamentación metafísica o religiosa de los derechos humanos, reconociendo explícitamente tanto el valor de la sensibilidad religiosa como de la sensibilidad laica, haciendo posible con ello que los ciudadanos encuentren que tanto su razón última de validez como en sus alcances y aplicaciones prácticas la forma como ellos conciben los derechos humanos son garantizados efectivamente, y aunque ello puede no poner fin a los conflictos de interpretaciones de los diferentes fundamentos, y menos aún a las vulneraciones de los derechos, por lo menos no pondrá en riesgo la garantía de los mismos por el hecho de que una postura (la agnóstica o la religiosa) no se la mayoritaria en una determinada deliberación o decisión institucional. Por ello, la fundamentación religiosa y la fundamentación agnóstica o laica de los derechos humanos deben respetar las dos condiciones *sine qua non* de los derechos humanos: ser un *mínimum* indisponible y el carácter absoluto de éstos. También, en el ámbito de los Estados democráticos, este marco institucional supone la renuncia a una pretensión de hegemonía institucional por parte de una determinada fundamentación de los derechos humanos³³.

Estas expresiones se manifiestan palmarias llegado el momento de justificar racionalmente que el derecho de acceso a la justicia es un derecho humano. Ello así pues, como hemos sostenido precedentemente, este derecho no encuentra una justificación positiva, es decir, una incorporación normativa en los tratados de derechos humanos incorporados a nuestro ordenamiento interno (art. 75 inc. 22), ni tampoco en los ordenamientos procesales, mas ello bajo ningún aspecto puede resultar óbice para afirmar que el mismo sea un derecho humano. Puede afirmarse sin lugar a hesitación alguna que, por la intrínseca dignidad de la persona humana, si ésta se viera sometida a

³³ Garzón Vallejo. I, *Disquisición sobre el fundamento de los Derechos Humanos*, op. cit, pág. 83.

una injusticia (conculcación de algún derecho afectado o al no otorgamiento de un derecho debido) esa misma virtud cardinal que emana de la dignidad de la persona exige su puesta en acto mediante los medios que la vida en sociedad social pone a su disposición, es decir, el sistema de justicia. Y es el mismo Estado el que, respetando la dignidad de la persona y sus derechos fundamentales, debe arbitrar los medios conducentes con el fin de brindar a cada ser humano la posibilidad de hacer valer su reclamo y dar debida respuesta al mismo para restablecer esa dignidad vulnerada.

Para finalizar, me gustaría formular alguna precisión de índole terminológica que entiendo relevante a los efectos del futuro desarrollo del presente trabajo de investigación. Y es por ello que habré de adherir a lo manifestado por el Dr. Santa María en su ensayo ya citado en cuanto asume que “algunos consideran llamarlos derechos individuales a fin de destacar su pertenencia a cada hombre; otros consideran denominarlos derechos subjetivos para enfatizar la posición autónoma de sujeto de derecho, autonomía que va entendida como el valor de aquel derecho que corresponde a aquel sujeto; otros prefieren denominarlos derechos fundamentales como sinónimo de derechos humanos; no obstante se advierte que el término “derechos fundamentales” refiere a derechos básicos positivos dentro de un Estado, en especial, en su normativa constitucional; en tanto que la locución “derechos humanos” sería la más usual para referirse a los derechos naturales reconocidos por el derecho positivo, que se expresan en instrumentos internacionales³⁴, no sin antes formular la siguiente sentencia: el derecho de acceso a la justicia, desde la óptica de su consagración normativa o si se prefiere desde una perspectiva positivista, “es un derecho fundamental y un derecho humano”. Es un derecho fundamental pues se encuentra normado en la Constitución

³⁴ Santa María D'Angelo, Rafael, *La Declaración Universal de los Derechos Humanos...* op. cit, pág. 101.

Nacional implícitamente (tal y como veremos más adelante), y es un derecho humano pues ha recibido consagración normativa implícita en un sinnúmero de instrumentos internacionales en materia de protección de derechos humano.

No obstante lo expuesto, lo notable de este derecho es que, a la luz de nuestro ordenamiento interno, en él existiría una “identidad terminológica” en cuanto a denominarse “derecho fundamental” o “derecho humano” ya que, repito, desde una perspectiva positivista, nuestra Constitución Nacional recepta una serie de tratados de derechos humanos y les confiere jerarquía constitucional (tal y como afirmado en el punto 1.1.1) por lo que el derecho de acceso a la justicia se encuentra tutelado por una doble vía normativa: nacional e internacional.

I.1.2.2. Acceder a la justicia ¿Derecho Natural o Derecho Positivo?

Toda sociedad organizada tiene un sistema jurídico o sistema de derecho. Analizando este sistema jurídico se advierte en él un conjunto de normas y una trama de relaciones jurídicas, que contienen una serie de poderes, derechos y deberes, todo lo cual forma – visto unitariamente- la estructura jurídica de la sociedad u ordenamiento jurídico. Estos factores o elementos van acompañados de un conjunto de medios para hacer efectivo el derecho: unos tribunales, unos recursos de ejecución forzosa y unos procedimientos coactivos³⁵.

Con carácter previo a dar respuesta a la pregunta del acápite, creo conveniente formular alguna precisión respecto del concepto del término “derecho”. En este sentido, trayendo

³⁵ Hervada, Javier, *Introducción crítica al derecho natural*, Madrid, Eunsa, pág. 176.

a colación lo manifestado por Hervada, podemos arribar a las siguientes conclusiones:

a) el derecho es un término polisémico, pero no es ni equívoco, ni metafórico, sino análogo, porque si bien se trata de realidades distintas, entre sí son semejantes; 2) las tres acepciones principales serían: la cosa debida, el derecho subjetivo y la ley³⁶.

Si partimos de la definición que identifica al derecho natural como aquellas cosas (corporales e incorporeales) debidas al hombre por su sola condición o naturaleza humana en la cual reside su dignidad, se desprende así la conclusión que estos derechos son preexistentes a la normatividad positiva, que tendrá como función reconocerlos y protegerlos.

El derecho natural entonces, constituye el núcleo de juridicidad que conforma el fundamento de validez o los cimientos de todo el edificio jurídico, mientras que el derecho positivo es la concreción o estructura que se apoya en aquel, y a través del cual todo el derecho (tanto natural como positivo) adquiere vigencia histórica y eficacia o vigor social. Ahora bien, tal y como sostiene el Prof. Herrera, hoy en día ya no se habla tanto de derechos naturales (*iura naturalia*) sino de derechos humanos o derechos fundamentales, pero en definitiva, los derechos naturales serían los *iura naturalia*, es decir, los derechos atribuidos y debidos al hombre por naturaleza³⁷.

La cuestión radica entonces en poder determinar si la facultad que tiene el individuo de hacer valer su derecho a reclamar la concreción o el restablecimiento de otro derecho conculcado, viene a integrar ese núcleo de prerrogativas debidas al hombre sólo por el hecho de su naturaleza humana, o si por el contrario, esa facultad le es conferida al hombre por un ordenamiento jurídico positivo, que reconoce que el ciudadano puede reclamar por sus derechos sólo en tanto ciudadano, y no en cuanto hombre.

³⁶ Hervada, Javier, *Lecciones propedéuticas de filosofía del derecho*, Pamplona, Eunsa, págs. 191 a 203.

³⁷ Herrera, Daniel, *La persona y el fundamento de los derechos humanos*, op. cit., pág. 310.

Lamas sostiene que “El derecho positivo determina o concreta el Derecho natural, confiriéndole fuerza social. El Derecho natural le confiere validez jurídica al Derecho Positivo, es decir, le da un contenido justo, y en esa misma medida lo hace ser “derecho”. Se advierte entonces que ni uno ni otro pueden existir independientemente. No son dos derechos sino dos aspectos, dos modos del único derecho, válido y vigente. Tampoco puede pensarse que el Derecho Natural y el Derecho Positivo se excluyan. Lejos de ello, ambos se reclaman recíprocamente”³⁸.

Por eso, como afirma Hervada en consonancia con la mejor tradición clásica de raíz aristotélica y tomista, esta distinción entre derecho natural y positivo no es para separar dos órdenes jurídicos distintos, superpuestos e incommunicados (como lo entendió la escuela del Derecho Natural moderno o racionalista), sino más bien se trata de una distinción para unir, de una división por partes potenciales³⁹, es decir, para delimitar bien los campos o aspectos que cada uno abarca dentro del único edificio jurídico: el fundamento (de validez) para el derecho natural y la concreción (vigencia histórica) para el derecho positivo. Así, el derecho natural una vez positivizado (a través de las distintas fuentes positivas), debe ser integrado por la formalización mediante normas por las cuales se complete, abarcando tanto las cosas que son justas tomando las mismas en forma absoluta (derecho natural primario), como aquellas otras que son justas tomando en cuenta sus consecuencias, lo que es un acto propio de la razón humana (derecho natural secundario o de gentes)⁴⁰.

Entonces, al tratarse el derecho de una realidad práctica, operable, su fundamento natural, es decir, el derecho normativo natural (utilizando el término derecho en el

³⁸ Lamas, Félix, *La experiencia jurídica*, Instituto de Estudios Filosóficos Santo Tomás de Aquino, Buenos Aires, 1991, p. 530.

³⁹ Ibidem, p. 530.

⁴⁰ Herrera, D, *La persona y el fundamento...*, op. cit, p. 369.

sentido derivado como norma o ley) no lo constituye un código ya hecho, sino más bien un núcleo de principios que el hombre conoce y expresa a través de la ley natural en forma paralela (no deductiva) al orden de inclinaciones naturales en orden al fin, y a partir del cual es necesario determinar en cada caso la medida concreta de igualdad (lo justo concreto) que surge ya sea de la naturaleza misma de las cosas (ex ipsa natura rei), como en el caso de lo justo natural, o por convención humana (por ley positiva, escrita o no escrita, pública o privada) como en el caso de lo justo positivo. En este caso, lo justo positivo que surge de las normas o fuentes positiva se deriva de la ley natural por vía de conclusión o determinación, conforme lo señala Santo Tomás de Aquino en la cuestión 95 de la I-IIae de la Suma Teológica⁴¹.

Por todo lo expuesto, entiendo que surge a las claras que el derecho de acceso a la justicia es, en primer término, una prerrogativa de derecho natural – pues es un derecho atribuido y debido al hombre en virtud de su naturaleza- y que, tal y como afirma Lamas, encuentra concreción en el derecho positivo. no en una sola norma, sino en varias, adquiriendo la validez jurídica necesaria para hacerlo exigible del propio derecho natural.

I.1.2.3. El proceso de positivización de los derechos humanos. Primeras consagraciones normativas del derecho de acceso a la justicia.

Habiendo desarrollado prístinamente la naturaleza jurídica del derecho de acceso a la justicia (derecho humano fundamental), y con el fin de desandar el denominado proceso

⁴¹ Herrera, Daniel, *La noción de derecho en Villey y Kalinowski*, Ed. Educa, Bs. As, p. 169.

de positivización de los derechos humanos, como primera medida me permitirá reproducir íntegramente a Pérez Luño quien, magistralmente, reseña el origen del término derechos fundamentales en la historia de la positivización de los mismos, sosteniendo que: “el término ‘derechos fundamentales’, *droits fondamentaux*, aparece en Francia hacia el año 1770 en el marco del movimiento político y cultural que condujo a la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, de 1789. La expresión ha alcanzado luego especial relieve en Alemania, donde bajo la denominación de los *Grundrechte* se ha articulado, de modo especial tras la Constitución de Weimar de 1919, el sistema de relaciones entre el individuo y el Estado, en cuanto fundamento de todo el orden jurídico-político. Este es su sentido en la actual *Grundgesetz* de Bonn, la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania promulgada en el año 1949 (.....) Durante la segunda mitad del siglo XVIII se produjo la paulatina sustitución del término clásico de los ‘derechos naturales’ por el de los ‘derechos del hombre’, denominación definitivamente popularizada en la esfera doctrinal por la obra de Thomas Paine, *The Rights of Man* (1791-1792). La nueva expresión, al igual que la de los ‘derechos fundamentales’, forjada también en este período, revela la aspiración del iusnaturalismo iluminista por constitucionalizar, o sea, por convertir en derecho positivo, en preceptos del máximo rango normativo, los derechos naturales”⁴².

En la misma inteligencia argumental, y sin perjuicio de reconocer la noción moderna de los derechos fundamentales, Antonio Truyol y Serra sostiene que “Ello no supone evidentemente que el hombre medieval no tenía derechos fundamentales. Lo que ocurre es que la Edad Media, e incluso la Edad Moderna durante el llamado ‘Antiguo Régimen’ (que en determinadas zonas, movimientos y corrientes se prolongó hasta bien entrado el siglo XIX, en espera de intentar resurgir bajo nuevas formas en el siglo XX),

⁴² Pérez Luño, Antonio E., *Los Derechos Fundamentales*, Madrid, 1998, Editorial Tecnos, pág. 29 y 32.

conoce ‘derechos estamentales’, derechos propios de los estamentos, de los ‘estados’ u ‘ordenes’ en que aparece estratificada la sociedad feudal (...) Un exponente de tales derechos es la famosa Magna Carta inglesa (1215), documento feudal por su carácter y forma, en el cual Juan sin Tierra confirmó a los barones de su reino disposiciones anteriores a su favor y otras que se extenderían también a las demás categorías de súbditos. En realidad, la Edad Media no desconocía que todos los hombres, más allá de su status social y político, participan de un orden ético-natural cuyos principios de base, procedentes del estoicismo antiguo y del cristianismo, son la unidad del género humano, la dignidad de la persona humana, hecha ‘a imagen y semejanza de Dios’, la igualdad esencial de los hombres. Estos principios permitieron a un sector de la doctrina, especialmente a Santo Tomás de Aquino y su escuela, reconocer a los infieles un derecho natural de dominio privado y público, que les ponía teóricamente a salvo de un supuesto derecho natural de conquista por parte de los cristianos fundado en la infidelidad, que muchos defendían. Aquella fue asimismo la posición de la teología moral española de los siglos XVI y XVII: Vitoria, Las Casas, Soto, Suárez y otros, quienes la desarrollaron sistemáticamente con ocasión del descubrimiento de América y su ocupación por los españoles, con consecuencias de gran alcance para el derecho de gentes y el derecho de colonización (así, las célebres Leyes de Indias)”⁴³.

Ahora bien, arribada la segunda mitad del siglo XX y durante el transcurso de la Segunda conflagración mundial, la introducción al universo jurídico de la noción de derechos humanos supuso una novedad que condujo a modificar sustancialmente las normas de derecho que regulaban el trato que los Estados daban a sus nacionales y a otros individuos bajo su jurisdicción. Un claro ejemplo de ello se dio por medio de la

⁴³ Truyol y Serra, Antonio, *Los Derechos humanos-Declaraciones y Convenios internacionales*, Madrid, 1994, Editorial Tecnos, pág. 12.

adopción por parte de los Estados de una serie de normas jurídicas establecidas para proteger a ciertas personas en su carácter de órganos del Estado como, por ejemplo, el caso de los combatientes⁴⁴. Asimismo, convinieron en un estándar mínimo de derechos para los extranjeros, teniendo en consideración la reciprocidad con otros Estados, ya que todo Estado tiene derecho a que se respete el derecho internacional en la persona de sus nacionales.

Como referido anteriormente, la Segunda Guerra Mundial supuso un drástico quiebre respecto de todo lo que la precedió, lo que originó un cambio paradigmático en la construcción del orden jurídico político de la segunda posguerra, en el cual los derechos humanos encuentran un lugar en el contexto de los objetivos de la comunidad internacional institucionalizada.

En el esquema de cooperación internacional que plantea como política básica la Organización de las Naciones Unidas “el desarrollo y el estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin distinción por motivos de sexo, raza, idioma o religión⁴⁵” es uno de los objetivos. La Carta propone una noción de derechos humanos que recupera un concepto antiguo y occidental, el de las libertades públicas, a la que suma valores como la igualdad, la no discriminación, la universalidad –para todas las personas, en todo el mundo y de todos los derechos– y el compromiso internacional del Estado ante la violación no reparada. Se trata de derechos que deben ser consagrados en igualdad, ya que la naturaleza humana es una sola; de allí que no pueda validarse ningún criterio para imponer distinciones o restricciones a esa unidad humana. En las definiciones políticas de la cooperación, la Organización de las Naciones Unidas tiene asignado el objetivo del respeto universal y la efectividad de los

⁴⁴ Cfr. las Cuatro Convenciones de Ginebra de 1949 y sus dos Protocolos de 1977.

⁴⁵ Preámbulo de la Carta de las Naciones Unidas, adoptada en San Francisco el 16 de junio de 1945.

derechos humanos y de las libertades fundamentales de todos sin distinción. Justamente por ello, el interés por el respeto de los derechos humanos en cualquier lugar del mundo no puede entenderse como una injerencia en los asuntos internos de un Estado, por lo que la idea de una justicia universal sin distinción de tiempo y lugar para determinados delitos comienza a tomar forma desde la Carta misma⁴⁶.

Esta noción es cualitativamente nueva y su denominación también lo es. Los instrumentos que consagran la protección de los derechos humanos son instrumentos internacionales porque se trata de normas que deben poder obligar a todos los Estados so pena de que éstos incurran en responsabilidad internacional y la noción de derechos humanos requiere de una formulación válida *urbi et orbi*. Con la internacionalización de determinados principios del derecho constitucional, fenómeno que se dio después de la mencionada segunda posguerra, esta parte dogmática se desbordó de los ordenamientos jurídicos internos de los Estados para pasar a conformar el *corpus iuris* del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en un contexto supranacional comunitario.

En efecto, concluida la guerra en 1945 y reestructurada la Organización de Naciones Unidas luego del fracaso de la Sociedad de las Naciones, la comunidad internacional aprobó instrumentos de protección para los derechos y libertades de las personas⁴⁷.

Los derechos protegidos no son enunciados específicamente en la Carta de las Naciones Unidas sino en instrumentos posteriores de distinta naturaleza que devienen vinculantes, como por ejemplo la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Meses antes de

⁴⁶ Años más tarde, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas crearía los Tribunales Penales Internacionales para Ruanda y la ex Yugoslavia por ejemplo. Y en el seno de la comunidad internacional el Estatuto de Roma daría génesis a la Corte Penal Internacional, órgano que juzga cuatro delitos internacionales: a) genocidio; b) crímenes contra la humanidad; c) crímenes de guerra; d) crimen de agresión.

⁴⁷ Un ejemplo de ello es la Convención Europea de Derechos Humanos, adoptada el 4 de noviembre de 1950 en Roma, instrumento en el que se basa el sistema europeo de protección de derechos humanos.

su adopción, nuestro continente aprobó la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, documento que ha servido de antecedente a la Convención Americana sobre Derechos Humanos que analizaremos más adelante.

Como lo expresa su Preámbulo, esta Declaración Universal es el “reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”. En este sentido, el actor único del documento es el ser humano con sus derechos propios, por encima de cualquier otra entidad humana. Como contrapartida de ello, el Estado apenas si es mencionado para redondear una idea o subordinado a alguna condición, subrayando aún más si se cabe, que frente a los derechos humanos es un personaje menor, un instrumento a su servicio. De ello, se desprende que estos derechos declarados no son producto de una concesión o un reconocimiento de los Estados, sino propios de la condición humana y por encima de la autoridad de aquellos.

En este sentido, la proclamación de la Declaración Universal se erigió como el primer instrumento en el que detallaron los derechos y libertades de las personas, constituyéndose en el primer reconocimiento universal de éstos y confiriéndole a los derechos del hombre dos de sus principales y más trascendentes características: la universalidad y la indivisibilidad. Como sostiene el Prof. Santa María D’Angelo, “ el valor de los derechos humanos reside en la convicción que tales derechos forman los puntos indelebles, comunes e irrenunciables que unen a toda persona y que muestran la dimensión trascendente de su dignidad. La dignidad propia y compartida de toda persona humana, resulta así objetiva, asimismo es el fundamento para conocer y dar forma explícita a los derechos humanos, que por su carácter originario, no son

consecuencia del poder político y no recaen en su disponibilidad, ni siquiera pueden ser considerados como formas contractualistas”⁴⁸ .

En su artículo 8, la Declaración Universal esboza una de las primeras recepciones normativas del derecho de acceso a la justicia, afirmando que “toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley”. Nótese que la disposición no sólo exige la existencia normativa de un recurso sino también que tal recurso sea “efectivo”.

La Declaración Americana es aún más explícita: el recurso debe ser “sencillo y rápido”. Esta disposición implica, por contraposición, que el Estado debe proveer las medidas necesarias como para que una persona tenga el derecho a una clara reparación para el caso de que alguno de sus derechos esenciales queden afectados. La obligación de los Estados “no se limita al respeto de los derechos humanos, sino que los Estados partes se comprometen a garantizar el goce de esos derechos a todas las personas sometidas a su jurisdicción. Exige, por consecuencia, que los Estados Parte realicen actividades concretas para que las personas puedan disfrutar de sus derechos”⁴⁹.

Le siguieron a la Declaración Universal los dos Pactos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (que desarrollan los arts. 3 al 21 de la Declaración Universal), y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (que hacen referencia a los arts. 22 a 27 de la Declaración Universal).⁵⁰ Estos documentos son, respecto del lugar que se asigna al Estado, una suerte de reverso de la

⁴⁸ Santa María D’Angelo, Rafael, *Dignidad humana y nuevos derechos: una confrontación en el derecho peruano*, op. cit. Pág. 165.

⁴⁹ Comité de Derechos Humanos, Observación general Nro. 13, 1981.

⁵⁰ Ambos aprobados por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966. Entraron en vigor en 1976.

Declaración Universal pues, ante la proclama incontestable de los derechos humanos, los Pactos establecen las obligaciones de los Estados y se preocupan en señalar sus responsabilidades para que dicha proclama sea efectiva. De ahí el estilo prescriptivo, casi admonitorio, que los caracteriza. Los respectivos Comités de supervisión creados por los Pactos han ido fijando las obligaciones de los Estados mediante “Observaciones Generales”, una suerte de opinión técnica que establece lo que la comunidad internacional espera de los Estados.

En cuanto a sistemas jurisdiccionales de protección de derechos humanos, existen actualmente tres grandes tratados internacionales que han implementado un sistema complejo de contralor. Ellos son el sistema europeo, cuyo instrumento fundante es la Convención para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales (comúnmente conocida como Convención Europea de Derechos Humanos)⁵¹; el sistema americano, erigido sobre la base de la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁵²; y el sistema africano, sostenido por la Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos⁵³. A los dos primeros, dedicaremos los capítulos III y IV del presente trabajo.

En este sentido, para la década de 1970, la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia –entendida como “medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho”– ya reconoce que las declaraciones de derechos, pronunciamientos de órganos

⁵¹ Firmada en Roma por los miembros del Consejo de Europa el 4 de noviembre de 1950.

⁵² Firmada en la ciudad de San José de Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969, entrando en vigor en 1978.

⁵³ Aprobada en la 18ª. Conferencia de Jefes de Estado y de Gobierno de la Organización de la Unidad Africana, celebrada en Nairobi, Kenya, en junio de 1981.

plenarios (inicialmente carentes de valor jurídico), expresan una costumbre internacional⁵⁴.

Los tratados de derechos humanos, por su parte, son obligatorios (por naturaleza para quienes manifiesten su consentimiento en obligarse por ellos⁵⁵), universales o regionales, relativos a un conjunto de derechos o a un derecho en particular que, además, han importado la novedad de traer consigo un sistema de control *ad hoc*, esto es, mecanismos internacionales propios para el control de las obligaciones asumidas por los Estados. Ello ha generado una instancia internacional de control y reclamo, lo que se denomina el “sistema internacional de protección”.

Como contrapartida a los tratados internacionales, las declaraciones de derechos no efectuaron distinción alguna en punto a los derechos protegidos: ellas consagraron derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales. La decisión de adoptar dos cuerpos normativos, de tener dos tratados, es el fruto de la política del período histórico denominad “guerra fría” que entendió conveniente que cada conjunto de derechos estuviera regulado del modo más próximo al bloque con mayores posibilidades de vincularse por él. Así, los derechos civiles y políticos siguieron el modelo liberal “occidental” y los económicos, sociales y culturales el modelo centralmente planificado

⁵⁴ C.I.J., Case Concerning the Barcelona Traction, Light & Power Co., Ltd., Bélgica v. España, segunda fase, 5/02/1970, 1970 ICJ párrs. 33-34: “*When a State admits into its territory foreign investments or foreign nationals, whether natural or juristic persons, it is bound to extend to them the protection of the law and assumes obligations concerning the treatment to be afforded them. These obligations, however, are neither absolute nor unqualified. In particular, an essential distinction should be drawn between the obligations of a State towards the international community as a whole, and those arising vis-à-vis another State in the field of diplomatic protection. By their very nature the former are the concern of all States. In view of the importance of the rights involved, all States can be held to have a legal interest in their protection; they are obligations erga omnes. Such obligations derive, for example, in contemporary international law, from the outlawing of acts of aggression, and of genocide, as also from the principles and rules concerning the basic rights of the human person, including protection from slavery and racial discrimination. Some of the corresponding rights of protection have entered into the body of general international law*” (Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1951, pág. 23).

⁵⁵ Cfr. art. 27 de la Convención de Viena sobre el Derechos de los Tratados de 1969

“oriental”, sin perjuicio del grupo de Estados –incluida la mayoría de los latinoamericanos– que adscribía a ambos. A ello ayudó la teoría de las generaciones de derechos que proponía que los primeros requerían abstenciones del Estado, en tanto que los segundos exigían obligaciones positivas de hacer que, además, importaban recursos materiales considerables.

Una consistente doctrina proclamando la “universalidad, interdependencia e indivisibilidad” de los derechos humanos se inicia con la Proclamación de Teherán de 1968 y resulta decididamente impulsada en la Declaración de Viena adoptada por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de 1993. Ambos eventos se hacen cargo de una división en grupos de derechos sólo funcional a un momento político. Ello así, las obligaciones de los Estados en relación con los derechos humanos son las de respetarlos y garantizarlos, así como la de adoptar las medidas necesarias a tales fines. Estas obligaciones se adecuan a la distinta naturaleza de los derechos.

Así, en relación con los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados partes en los tratados internacionales se comprometen a adoptar las medidas necesarias tanto de orden interno como mediante la cooperación entre los Estados, especialmente económica y técnica, hasta el máximo de los recursos disponibles y tomando en cuenta su grado de desarrollo, a fin de lograr progresivamente y de conformidad con la legislación interna, la plena efectividad de los derechos reconocidos.

La “progresividad” apuntada no exime de la obligación mínima que corresponde a cada Estado parte de asegurar la satisfacción de por lo menos niveles esenciales de cada uno de los derechos protegidos. En este sentido, es dable subrayar que no puede compartimentarse la dignidad de la persona bajo ningún aspecto.

En este proceso de positivización, el discurso del sistema interamericano ha incorporado desde los inicios elementos fundamentales para la realización de los derechos económicos, sociales y culturales. El proceso de codificación que condujo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos supuso priorizar los derechos civiles y políticos y acotar los derechos económicos, sociales y culturales a una norma caracterizada como de “desarrollo progresivo” cuya formulación responde a la inspiración del artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales adoptado pocos años antes.

En esta inteligencia, la disposición del artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos ha ligado su suerte a las de “las normas económicas, sociales y culturales sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires”, lo que permite inferir que, en principio, hay obligaciones positivas de los Estados a este respecto, que se suman a las que dimanarían de la Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre. Ello conforma un conjunto normativo de carácter general que luego se verá enriquecido por el Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Protocolo de San Salvador .

La “indivisibilidad” de los derechos humanos está presente en el instrumento relativo a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Así, la Comisión ha señalado que el preámbulo del Protocolo de San Salvador reconoce en forma expresa “ ... la estrecha relación que existe entre la vigencia de los derechos económicos, sociales y culturales y la de los derechos civiles y políticos, por cuanto las diferentes categorías de derechos constituyen un todo indisoluble que encuentra su base en el reconocimiento de la

dignidad de la persona humana, por lo cual exigen una tutela y promoción permanente con el objeto de lograr su vigencia plena, sin que jamás pueda justificarse la violación de unos en aras de la realización de otros”⁵⁶.

Como conclusión de este segmento del trabajo en el que he desarrollado someramente el devenir normativo y positivo de los derechos humanos, podemos traer a colación las palabras del ex presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Antonio Cancado Trindade, quien sostiene que los tratados de derechos humanos han generado una nueva dimensión del derecho internacional, en el que “la reciprocidad ha sido reemplazada por la noción de la garantía colectiva y por consideraciones de orden público. Tales tratados incorporan obligaciones de carácter objetivo que trascienden los meros compromisos recíprocos entre las partes. Se vuelven, en suma, en salvaguarda de los derechos del ser humano y no de los derechos de los Estados, sobre el cual ejercen la función clave de ser un elemento de interés público común u orden público superior. Toda la evolución jurisprudencial relativa a la interpretación propia de los tratados de protección internacional de los derechos humanos se encuentra orientada en ese sentido”⁵⁷.

I.2. El acceso a la justicia desde la perspectiva iuspositiva

I.2.1. Mauro Cappelletti. Una vida dedicada al acceso a la justicia.

⁵⁶ OEA, Tercer Informe sobre la situación de los derechos humanos en Paraguay. Ser./L/VII.110 doc. 52 (2001), Capítulo V, párr. 2.

⁵⁷ Cancado Trindade, Antonio Augusto, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, Brasil, 1997, Vol. I, pág. 290.

El concepto de acceso a la justicia no se define con facilidad, pero sirve para enfocar dos propósitos básicos del sistema jurídico por el cual los individuos pueden hacer valer sus derechos y resolver sus disputas, bajo los auspicios generales del Estado. Primero, el sistema debe ser igualmente accesible para todos; segundo, debe dar resultados individual y socialmente justos, pues una de las premisas básicas será que la justicia social, como la buscan las sociedades modernas, presupone que todos tengan un acceso efectivo a la justicia. Junto con Brian Garth, Cappelletti ha sostenido que “... el acceso efectivo a la justicia se puede considerar, entonces, como el requisito más básico —el derecho humano más fundamental— en un sistema legal igualitario moderno que pretenda garantizar y no solamente proclamar los derechos de todos”⁵⁸, sentencia sobre la cual basó gran parte de su obra e investigación, y que le valió el reconocimiento de “padre del movimiento mundial de acceso a la justicia”.

La obra de Mauro Cappelletti es un fiel reflejo de esta definición pues, a través de diversos estudios e investigaciones, el autor ha reflejado claramente no sólo el concepto e importancia del derecho fundamental de acceso a la justicia, sino que ha identificado con precisión y claridad, cuáles han sido los principales obstáculos que impiden a los ciudadanos poder acceder al sistema de justicia.

1.2.1.1. Su obra en general

Al hablar del profesor Mauro Cappelletti, entiendo que no se puede prescindir de su larga trayectoria académica en los centros universitarios más importantes del mundo.

⁵⁸ Cappelletti, Mauro y Bryant Garth: *El acceso a la justicia: La tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivos los derechos*. México: Fondo de Cultura Económica, 1996, pág. 9.

Diría no tan sólo en el campo del Derecho Procesal, sino también en el campo del Derecho Comparado, del Derecho Constitucional, del Derecho Comunitario, de los Derechos Humanos y, sobre todo, en el campo del Acceso a la Justicia. En cada una de estas ramas, el profesor Cappelletti ha dejado una profunda huella.

Con su desaparición, la comunidad internacional de los estudiosos del derecho perdió uno de sus miembros más ilustres y estimados, uno de los más grandes comparatistas de su tiempo. Así lo reflejó Sir Jack Jacob en el Prefacio del Volumen *The Judicial Process in Comparative Perspective* publicado en Oxford en 1998, al sostener que “In our age, one of those precious few in the field of comparative civil procedural law and evidence and constitutional law is Professor Mauro Cappelletti”⁵⁹. Louis Favoreau, presentando a los lectores franceses la obra *Le Pouvoir des juges* (1990), describe a Cappelletti como “le juriste européen qui a assimilé l’apport américain et la synthèse des deux cultures donne une vision originale et enrichissante du droit comparé”⁶⁰.

Aunado a ello, en el *Dictionnaire de la Justice*, compilado por Loic Cadiet, se lo coloca a Mauro Cappelletti entre los principales inspiradores del debate sobre los problemas de la justicia y de su renovación que se ha dado durante los últimos cuarenta años y se ha llevado a cabo en numerosos países del mundo⁶¹.

El contenido de su pensamiento y enseñanzas ha hecho que él tuviera – en primer lugar – algo que lo distingue de cualquier otro procesalista de su época. Cappelletti ha sido discípulo directo del maestro florentino Piero Calamandrei.

⁵⁹ Una traducción de dicha frase podría ser “En nuestro tiempo, uno de los pocos valores en el campo del derecho procesal civil comparado y del derecho constitucional es el Profesor Mauro Cappelletti” – traducción del autor – haciendo referencia a los pocos especialistas en dicha materia.

⁶⁰ Favoreu, L, *Le pouvoir des juges*, Prefacio, 1990. Una traducción de la frase citada podría ser “el jurista europeo que ha asimilado de mejor manera el aporte americano y la síntesis de dos culturas dando una visión original y enriquecedora del derecho comparado”.

⁶¹ Cadiet, L, *Dictionnaire de la Justice*, Puf Editeur, Paris, 2004.

Cappelletti inicia su carrera académica como profesor de derecho procesal civil en la Universidad de Macerata. En 1963 es designado profesor en la Universidad de Florencia, donde funda el Instituto de Derecho Comparado. Gracias a su excepcional capacidad organizativa y a su gran prestigio científico⁶², el Instituto y el Centro se constituyen como lugares de encuentro y de estudio de grandes personalidades de la cultura jurídica internacional, y son frecuentados por muchos jóvenes estudiosos de varias partes del mundo, atraídos por la fama del Profesor y por el tipo de estudio que él conduce⁶³. Estos reconocimientos y mèritos acadèmicos⁶⁴ constituyen el fruto de una vida de lùcido trabajo y, tal y como señalaba precedentemente, su obra ha dejado una huella en el universo jurídico y fundamentalmente en el campo del Acceso a la Justicia que, sin duda, no puede ser comprendido ni entendido sin haber leído la totalidad de su obra⁶⁵.

Sintetizando el pensamiento y la obra de Cappelletti, apelarè a una frase de un libro del tambièn pensador italiano Giovanni Sartori quien, en su obra “*Què cosa es la democrazia*” sostiene que “... el que teme decir aquello que piensa, termina por no pensar aquello que no puede decir ...”. Asì pues, el profesor florentino jamàs temió

⁶² El profesor Cappelletti ha merecido la Orden de Coif; fue profesor Honoris Causa por la Universidad de Marsella, por la Universidad de Gante, Bèlgica, por la Universidad Notarial Argentina, y por la Universidad Nacional de La Plata, Argentina. Fue Profesor Extraordinario de la Universidad del Externado, Colombia; Profesor Distinguido de la Universidad Autònoma de Mèxico; obtuvo el premio Liceo, el Premio Europeo Lorenzo el Magnífico; fue medalla de Oro de la Región del Alto Trentino y fue miembro, por Italia, de la Academia Argentina de Derecho y Ciencias Sociales.

⁶³ Siempre dispuesto a afrontar nuevos desafíos, en 1976 se convierte en el primer responsable del Departamento de Ciencias Jurídicas del Instituto Universitario Europeo, creado por los órganos de la Comunidad Europea, con el mandato de contribuir con su actividad de instrucción y de investigación al desarrollo del patrimonio cultural y científico europeo, en consonancia con las ideas de Schumann, Adenauer y De Gasperi, ideòlogos de la actual Unión Europea.

⁶⁴ Desde 1970 fue tambièn profesor de la Stanford Law School y profesor a contrato de las Universidades de Harvard, Berkeley, Upsala, Cambridge y Paris.

⁶⁵ Sòlo por citar algunas de sus mäs de cincuenta obras, Cappelletti escribiò *Estudio de Derecho y Tirocinio Profesional*, *La oralidad y las pruebas en el proceso civil*, *El valor de las sentencias y de las normas extranjeras* y *El proceso civil en el derecho comparado*.

decir aquello que pensaba y su primer libro, “Jurisdicción Constitucional de la Libertad” (publicado en el año 1955) es una fiel prueba de ello⁶⁶.

Sin lugar a dudas, la obra cumbre del profesor Cappelletti ha sido el “Proyecto Florentino de Acceso a la justicia”, en el que trabajò junto con colegas de diversos países desde el año 1973 a 1979. En dicho proyecto de investigación, se trabajò sobre una visión real y comparatista con investigadores de todo el mundo respecto de cuáles eran las limitaciones y los problemas que tienen los ciudadanos en distintas sociedades del mundo para acceder, no sòlo a la jurisdicción, sino fundamentalmente a una sentencia justa. Trabajò asimismo, entre 1979 y 1985, en otro proyecto con trascendencia universal como ha sido “Integración a través de la ley”, trabajo de investigación en el que se compara el derecho de la Europa comunitaria con el desarrollo del derecho federal en los Estado Unidos, analizando la incidencia del Derecho en las sociedades, en una integración efectiva, donde el ser humano siga teniendo – o tenga- la mayor trascendencia.

I.2.1.2. El acceso a la justicia en su obra

Abordando entonces la temàtica específica del Acceso a la Justicia en su obra, es menester señalar que esta acepción jurídica ha adquirido gran interès en los últimos años, pues se considera parte de la redefinición del rol del Estado, y a èste último como

⁶⁶ Asì como tambièn ha reflejado su pensamiento en obras como *Processo e Ideologia* (1969), *Justicia y Sociedad* (1970), *Jueces Legisladores* o *Quien controla al controlador*, preocupado especialmente por el poder de los jueces, cuàl es el límite a su potestad y su rol en una sociedad en constante cambio.

el elemento principal que debe garantizar los derechos de los individuos. Ello ha generado un movimiento mundial significativo – que comenzó con Cappelletti pero que continúa hoy en día- que procura la realización efectiva de los derechos, como una situación de verdadera trascendencia. Dicho movimiento fue generado, sin lugar a dudas, por Mauro Cappelletti quien, en las más altas cumbres de su inteligencia dirigió, tal y como señalado en el acápite precedente, una colosal investigación conocida como el “Proyecto Florentino sobre el acceso a la justicia”. Resultado de esa labor colectiva e interdisciplinaria – participaron más de un centenar de juristas, sociólogos, economistas, antropólogos, politólogos y psicólogos de unos treinta países representativos de los seis continentes- realizada con métodos histórico-comparativo y sociológico, y al cabo de cinco años de tareas, se llegó a la publicación, en 1979, de cuatro volúmenes, en seis tomos, erigiéndose dicha obra en el punto de partida del movimiento intelectual y de investigación sobre el Acceso a la Justicia.

El Proyecto Florentino se trató de un vasto emprendimiento internacional que, partiendo de la concepción del moderno Estado social y sus deberes, analiza los obstáculos jurídicos, económicos, político-sociales, culturales y psicológicos que dificultan o aún imposibilitan a muchos el usufructo del sistema jurídico y el acceso al aparato jurisdiccional y, consecuentemente, la virtualidad misma de la garantía de la igualdad. Garantía que no puede considerarse agotada en una pura e ideal parificación jurídica, sino que por encima de ello exige ahora una “igualación” en concreto, lo que Calamandrei calificó como “imperativo de la nivelación social del proceso”.

El acceso a la justicia, como movimiento intelectual, de investigación y por sobre todas las cosas, reformador, expresa una potente reacción contra la postura dogmático-formalista que pretendía identificar el fenómeno jurídico exclusivamente en el complejo

de las normas, especialmente de derivación estatal de un determinado país. Dicho proyecto continúa el camino comenzado con la publicación de “Toward Equal Justice”⁶⁷ (dedicado al análisis de los modelos de asistencia jurídica a los más necesitados) y fue seguido por “Access to Justice and the Welfare State”⁶⁸ (que fueron las actas de un Seminario que se realizó en el Instituto Universitario Europeo en 1979), dedicado a la discusión de los resultados recogidos en los volúmenes del Proyecto Florentino.

De esta manera, sostiene este movimiento encabezado por Cappelletti, que el dogmatismo jurídico ha sido una forma degenerativa del positivismo jurídico que ha conducido a una simplificación irreal del derecho, olvidando así los otros elementos, no menos esenciales: sujetos, instituciones, procedimientos, y que ha llevado asimismo a una simplificación no menos irreal de las tareas y responsabilidades del jurista, juez, abogado y estudiosos del derecho, tareas que, según la posición dogmática, deberían limitarse a un mero reconocimiento y a la mera aplicación aséptica, pasiva y mecánica de las normas en la vida práctica, en la enseñanza y en el análisis científico.

Así, el vasto movimiento por el acceso a la justicia, que abarca todas las áreas en que la persona se realiza como tal, se expresa en el campo jurisdiccional a través de sucesivas “oleadas” reformadoras. A una primera que intenta superar los impedimentos de la pobreza, sigue otra que tiende a asegurar la tutela efectiva de ciertos derechos e intereses, propios de las modernas sociedades industriales, caracterizados por su

⁶⁷Cappelletti, M; James Gordley and Earl Johnson Jr , *Toward Equal Justice: A Comparative Study of Legal Aid in Modern Societies Studies in Comparative Law*, No. 13, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1975

⁶⁸ Cappelletti, M, *Access to Justice and the Welfare State*, Sijthoff publisher, Publications of the European University Institute, Alphen aan den Rijn, 1981.

fragmentariedad – intereses difusos, típicamente colectivos- y que plantean profundas diferencias en relación a los clásicos derechos subjetivos, en punto a la legitimación de las partes y sus responsabilidades, los procedimientos, las potestades judiciales y aún los efectos mismos de las sentencias.

Finalmente, el fenómeno del “gigantismo jurisdiccional”, inevitable consecuencia del así ensanchado acceso y de los correlativos mayores poderes-deberes del òrgano, genera la tercera y más reciente y compleja oleada, traducida en múltiples tentativas encaminadas a obtener fines diversos, aunque estrechamente interconectados: simplificación e informalismo: auspicio de formas conciliatorias y promoción de un tipo de justicia “coexistencial” en el ámbito de las relaciones de duración; descentralización, control y participación activa de los propios interesados en la decisión de los conflictos (desprofesionalización), y, en general, remediar y superar la excesiva burocratización, el apego a formalismos inconducentes y dispendiosos, las complicaciones procedimentales y su natural secuela de retardo e inútiles costos, que caracterizan en la mayoría de las latitudes la justicia tradicional.

Si bien es cierto que el Proyecto Florentino constituyó su cumbre en la materia, la temática de *garantizar el acceso a la justicia a toda la población* ha sido la idea central de todo el itinerario intelectual de Cappelletti, la llave de lectura que éste ofreció para comprender el proceso y sus garantías sobre la guía de lo pregonado por Calamandrei.

La centralidad de la idea de acceso a la justicia emerge significativamente en su obra “La Justicia constitucional y dimensiones de la justicia en el mundo contemporáneo”⁶⁹, y que es una recopilación de reflexiones sobre el camino intelectual recorrido y que constituyen una suerte de testamento espiritual del maestro florentino. Junto con la

⁶⁹ Cappelletti, M, *La justicia constitucional y Dimensiones de la justicia en el mundo contemporáneo*, México, Ed. Porrúa-Unam, 2007, pág. 461.

dimensión constitucional de la justicia (destinada a proteger la libertad y la dignidad de la persona humana mediante el catálogo de derechos fundamentales consagrados en la Carta Magna de cada Estado) y a la dimensión transnacional o supranacional de la justicia, Cappelletti subraya la necesidad de una “dimensión social de la justicia”.

Dicha afirmación confirma que accesibilidad y efectividad son caras de la misma moneda y que ambos términos han sido las claves en la obra del autor, ya que su empeño y el del Movimiento Mundial de acceso a la justicia que lideró, radicó en la eliminación de los obstáculos de la accesibilidad para lograr una mayor efectividad en la prestación de justicia. Así, toda la bibliografía de Cappelletti gira en torno a poner de manifiesto la función del proceso y su sustrato ideológico, y a indicar las reformas con el fin de acercar el proceso y la justicia a la sociedad.

Es por ello que, haciendo uso del método comparativo como instrumento de búsqueda de soluciones y como instrumento de política del derecho, no le basta racionalizar el fenómeno jurídico, busca deliberadamente transformar las instituciones vigentes pues advierte la insuficiencia de las mismas para dar respuesta a las exigencias sociales, y dicha búsqueda se encuentra canalizada en su obra en la comparación, lo que él denomina la “promising solution” o “solución prometedora”.

A modo introductorio, en cuanto a la enunciación de una definición de acceso a la justicia, Cappelletti afirma que dicho concepto ha evolucionado de la misma manera que el estudio y la enseñanza del derecho procesal civil. Para la ideología liberal de los Estados burgueses de los siglos XVIII y XIX el proceso civil estaba basado en la filosofía individualista entonces prevaleciente. El derecho de acceso a la jurisdicción se hallaba limitado de fundamental manera, pues sólo podían acceder las personas afectadas para litigar o defenderse en el juicio. Esto era así porque se entendía que “el

acceso a la justicia” era un derecho natural. La protección de los derechos naturales no necesita una expresa reglamentación del Estado, sino que éste impide su violación. Son ellos anteriores y superiores al Estado mismo. Por tanto, la actitud del Estado a su respecto es sólo pasiva, reducida en la práctica a reconocer que las personas pueden defender sus derechos. No concernía entonces, sostiene Cappelletti, al Estado auxiliar la “indigencia jurídica”, es decir, la imposibilidad de mucha gente para valerse del Derecho y sus instituciones. La justicia, como muchas otras cosas, sólo era accesible en el sistema liberal a quienes podían afrontar su costo, los que no podían hacerlo eran considerados “culpables” de su propia situación. De modo tal que, sólo teóricamente, era igualitario el derecho de todos a peticionar justicia, situación frente a la que se presentaban alarmantemente indiferentes los juristas de la época .

Explica Cappelletti en su obra que, con posterioridad a las primeras declaraciones de derechos y garantías de los Siglos XVIII y XIX, las sociedades modernas fueron superando dicha ideología liberal, y que las nuevas tendencias se orientaron hacia el reconocimiento de los nuevos derechos sociales por parte de los gobiernos, grupos e individuos. Dichos nuevos derechos, enumerados por ejemplo en el preámbulo de la Constitución francesa de 1946, incluyen derechos como el trabajo, la salud, la seguridad social o la educación, derechos que la doctrina constitucional ha denominado de “segunda generación”.

Con posterioridad a ello, y evocando las enseñanzas de su maestro Calamandrei, explica que es ya un lugar común que esa actitud afirmativa del Estado se encuentre orientada hacia el aprovechamiento general de esos derechos sociales y, por ello, no es casual que el derecho al efectivo acceso a la justicia haya llamado tanto la atención al modelo de Estado benefactor (Welfare State). En la misma inteligencia argumental, sostuvo que

“... No es de sorprenderse que el derecho al acceso efectivo a la justicia haya recibido una atención particular, puesto que las reformas recientes del Estado benefactor (Welfare State) han intentado cada vez más armar a los individuos con nuevos derechos individuales y sociales, ya que la posesión de derechos carece sentido si no existen mecanismos para su aplicación efectiva. El acceso efectivo a la justicia puede considerarse, entonces, como el requisito más básico – el derecho humano más fundamental – en un sistema legal igualitario moderno, que pretenda garantizar y no solamente proclamar los derechos de todos”.

En el General Report que lleva el título “*Access to Justice: The Worldwide Movement to make Rights Effective*” ⁷⁰(redactado conjuntamente con B. Garth), Cappelletti traza un cuadro amplio sobre muchos aspectos a investigar, desde la filosofía del derecho hasta la sociología, y si hoy podemos afirmar que el término “acceso a la justicia” no es sólo una fórmula vaga de contenido meramente formal, ello es sin ningún lugar a dudas en gran parte mérito de su trabajo y su visión.

En conclusión, el análisis que la obra del procesalista florentino realiza respecto de los aspectos jurisdiccionales del acceso a la justicia, tiene como principal objetivo el tratamiento de tres obstáculos que considera significativos por su impacto negativo en el ejercicio concreto del derecho: a) económico: en éste se ubica el criterio que muchas personas no se encuentran en condiciones económicas de hacer frente a los costos requeridos por un proceso, por lo que sus derechos corren el riesgo de ser puramente aparentes; b) el organizativo: entendiendo así que ciertos derechos o intereses colectivos

⁷⁰ Cappelletti, M; Garth. B, *Access to Justice: The Worldwide Movement to Make Rights Effective. A General Report*. in *Access to Justice: A World Survey*, Vol. I, Book I, Giuffrè Editore, Milan, 1978

o “difusos” no son eficazmente tutelables si no se realiza una transformación profunda de las reglas e instituciones del derecho procesal, que permitan la coordinación y la organización de estos derechos e intereses; c) el procesal: refiriendo que ciertos tipos tradicionales de procedimientos son inadecuados para cumplir sus diferentes fines de tutela. Ahora bien, habiendo reseñado someramente los principales argumentos esgrimidos por Mauro Cappelletti en su obra respecto a la garantía del acceso a la justicia y los obstáculos existentes que dificultan el efectivo goce de todos y cada uno de los derechos de los individuos que viven en sociedad, habré de analizar a continuación si el derecho de acceder a la justicia es un derecho humano, para posteriormente abocarnos a la búsqueda de una definición concreta y actual del derecho en estudio.

I. 2.2. En búsqueda de una definición integral del derecho de acceso a la justicia

I.2.2.1. Estado actual de la cuestión

Si bien el desarrollo que ha adquirido el derecho de acceso a la justicia a partir de la colosal tarea de investigación del Profesor Cappelletti es evidente, también lo es que la doctrina general de los derechos humanos ha evolucionado notablemente y que, sin lugar a dudas, el acceso a la justicia ha adquirido una importancia y trascendencia fundamental para el ejercicio y protección de los derechos de cada uno de los individuos. En esta inteligencia argumental, la premisa inicial de este acápite consistirá en obtener de manera clara, concreta y actual, una definición del derecho de acceso a la justicia que abarque todas las aristas comprendidas por el mismo, para así poder

determinar de qué modo se garantiza el derecho de acceso a la justicia y cuál es el estado actual de la cuestión.

En primer lugar, debo señalar que no existe un concepto único de acceso a la justicia. A la diversidad de sus acepciones contribuyen circunstancias como la disciplina desde la cual se la examina (jurídica o sociológica); la perspectiva normativa que predomine signada por el análisis, sea de los datos ofrecidos por la regulación o jurisprudencia constitucional de un determinado país o bien de los proporcionados por los instrumentos u organismos internacionales de derechos humanos, e incluso el enfoque que oriente el estudio del tema.

Como he mencionado previamente, el objeto del presente capítulo es la obtención de una definición netamente jurídica que comprenda la diversidad de aristas del concepto, mas que no exceda los límites del enfoque de la disciplina jurídica.

Con el objeto de abordar la cuestión respecto de si es efectivamente el derecho a la justicia un derecho particular dentro del catálogo de derechos elencados en los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos o es eminentemente un derecho incluido en otras garantías fundamentales, es dable señalar que el término “acceso a la justicia” no ha sido específicamente previsto como derecho *in se* en las primeras convenciones de derechos humanos. Así por ejemplo, en la Declaración Universal de Derechos del Hombre y en la Convención Europea de Derechos Humanos, se habla de un “remedio efectivo” y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos de “recurso sencillo y rápido”. El Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos utiliza una expresión diferente, pues consagra un “remedio efectivo”, el derecho a “recorrir ante un tribunal”, y a “ser oído en audiencia pública”. El Protocolo Opcional a dicha Convención es aún más descriptivo, y enuncia

simplemente el derecho individual de “presentar una comunicación escrita ante el Comité”.

La variedad de terminologías utilizadas por los diversos instrumentos internacionales “remedio efectivo”, “recurso sencillo y rápido”, “recurrir ante un tribunal”, “ser oído en audiencia pública”, etc, no hacen más que fortalecer el interrogante respecto de si es el derecho de acceso a la justicia un derecho humano individual en sí mismo, o si es una garantía instrumental que se ejerce en virtud del derecho sustantivo vulnerado.

Si bien ya he realizado un análisis desde la naturaleza jurídica del derecho (en el que hemos arribado a la conclusión que el derecho de acceso a la justicia es un derecho humano fundamental), en este tramo de la investigación reflexionaremos sobre la consagración normativa del mismo teniendo como objetivo inmediato arribar a una definición integradora del derecho.

Como reflexión introductoria, cabe recordar las siguientes distinciones. Las *declaraciones* son normas escritas que formulan enunciados supremos, estableciendo pautas, ideologías o principios rectores sobre cuestiones determinadas. Los *derechos* son las prerrogativas y facultades otorgadas al individuo, adjudicándoles atribuciones derivadas de los principios del valor justicia. Los derechos son otorgados al hombre en reconocimiento y protección de su propia condición humana. Las *garantías* son las instituciones o instrumentaciones que precisamente tienen como fin la tutela y aseguramiento para que el individuo pueda gozar y ejercer efectivamente los derechos que se le confieren. Los derechos pueden ser ejercidos *erga omnes*, esto es, frente a los demás individuos y frente al Estado. En cambio, las garantías sólo pueden ser invocadas

frente al Estado⁷¹. Las declaraciones, derechos y garantías pueden ser expresos o implícitos. Los *expresos* se desprenden claramente de la explícita literalidad de la Constitución y de los tratados internacionales. Sin embargo, conforme al artículo 33 de la Carta Magna, esas normativas no son taxativas ni limitativas, ya que existen también las implícitas, que son los derechos y garantías que se desprenden nítidamente del principio de soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno. De modo que todo derecho que se desprenda como reconocido o aceptado según los valores universalmente incorporados a la sana conciencia de la humanidad, y acordes con un Estado de derecho republicano y liberal, debe ser también reconocido al individuo por su sola condición humana, aun cuando no esté enumerado en la Constitución Nacional en forma expresa.

Y he aquí una primera aproximación conceptual al acceso a la justicia ya que, en virtud de lo precedentemente expuesto, podemos afirmar que la posibilidad real de un individuo de acceder a la justicia y obtener una debida respuesta a su inquietud ante el sistema jurisdiccional es un *derecho* constitucional – entendido éste como prerrogativa otorgada al individuo derivada del valor justicia y en reconocimiento de su propia condición humana- que, al no encontrarse expresamente reconocida en el texto constitucional, debe encuadrarse dentro de los denominados derechos implícitos.

Habiendo determinado que al hablar de acceso a la justicia nos encontramos frente a un derecho constitucional implícito, es dable destacar que el común denominador a las distintas conceptualizaciones que se formulan respecto del derecho fundamental de acceso a la justicia reside en la alusión a un derecho que permite acudir a órganos facultados para la protección de derechos e intereses o para la resolución de conflictos.

⁷¹ Jauchen, E, *Derechos del imputado*, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2007, pág. 78.

Las diferencias comienzan a surgir cuando se consideran aspectos específicos tales como la naturaleza jurídica del propio acceso a la justicia – derecho genérico vinculado o asociado a un conjunto de derechos humanos específicos, o derecho adscripto al derecho a la tutela judicial efectiva, o derecho a un juicio justo-, y de la actividad desarrollada por el Estado para asegurarlo – para algunos un servicio público-; al igual que al determinar si el acceso a la justicia se refiere, además de a los tribunales, a los órganos administrativos o a instancias encargadas de la resolución alternativa de conflictos.

Y es sobre este planteo primigenio en el que nos detendremos, pues si bien he señalado previamente que desde el punto de vista de su naturaleza jurídica el derecho de acceso a la justicia es un derecho en sí mismo, es de trascendental relevancia para el trabajo de investigación que esta tesis plantea poder determinar si el derecho de acceso a la justicia consiste esencialmente en un “derecho único vinculado o asociado a un conjunto de derechos específicos o, de otro modo, es un derecho adscripto al derecho a la tutela judicial efectiva o a un juicio justo”.

Con el fin de echar luz sobre esta primera disyuntiva que se presenta en la presente investigación, he de traer a colación lo manifestado por Javier La Rosa, quien sostiene que “...esta noción [de acceso a la justicia] ha transitado sucesivas etapas que han ido desde establecer una asociación directa con garantías procesales básicas (tutela judicial)... para pasar posteriormente a una visión vinculada a un derecho más complejo referido a toda clase de mecanismo eficaz que permita solucionar un conflicto de relevancia jurídica”⁷². Tomando como guía estas aseveraciones, y sin perder el norte de la pesquisa – esto es, la definición del acceso a la justicia- creo que debemos reflexionar

⁷²La Rosa, Javier, *Acceso a la justicia: elementos para desarrollar una política pública en el país*, en: *Derecho virtual*, Año 1, No. 3, octubre-diciembre 2006, págs. 2-3.

con carácter previo al esbozo de una definición sobre el talón de Aquiles de los sistemas de protección de derechos humanos, es decir, la búsqueda de su efectiva tutela.

Como ha señalado Bobbio, en la actualidad “el problema no consiste en saber cuáles y cuántos son los derechos ...sino más bien saber cuál es la forma más segura de garantizarlos, para impedir que, a pesar de las solemnes declaraciones, se los viole constantemente...”.⁷³ Dentro de este escenario de violaciones a garantías fundamentales, el Poder Judicial se erige como pilar fundamental y último en la tutela de los derechos, instancia final donde se dirime su efectiva defensa. En palabras de Juan Méndez “es en el campo de la administración de Justicia (...) donde se define la vigencia de los derechos fundamentales en las sociedades contemporáneas, donde se prueba si las libertades y garantías enunciadas en los diferentes instrumentos de derecho internacional tienen o no aplicación real al interior de las comunidades humanas.”⁷⁴.

Toma así relevancia en cuanto a la consecución de un acceso efectivo, la administración de justicia, sistema sobre el que descansan todos los mecanismos jurisdiccionales de solución de controversias entre particulares o entre éstos y el Estado, todo ello dentro de un contexto que supone un servicio público en un Estado de Derecho con respeto a las garantías del debido proceso legal y a todos los derechos humanos vigentes en el país.

Sin embargo, no podemos desconocer que el órgano jurisdiccional muchas veces se presenta lejano, separado por cuestiones geográficas, físicas, arquitectónicas, económicas, institucionales e incluso psicológicas –tanto internas como externas- que obstaculizan que las personas se acerquen a él y, en consecuencia, impiden que reciban protección. Dichas situaciones impactan directamente en el núcleo del sistema jurídico,

⁷³Bobbio, Norberto, *A era dos Direitos*, Editora Campus, Rio de Janeiro, 1992, pág. 30.

⁷⁴ Méndez, Juan E., *El acceso a la Justicia, un enfoque desde los derechos humanos*, IIDH, BID, *Acceso a la Justicia y Equidad. Estudio en siete países de América Latina*, Costa Rica, 2000, pág. 17.

poniendo en jaque su vigencia, alejando el sistema de justicia de los “ciudadanos de a pie” y generando una distorsión real del entendimiento del Poder Judicial como un verdadero prestador de un servicio público. Es a raíz de dichas circunstancias que el derecho fundamental de acceso a la justicia debe procurar superar estos obstáculos, estas barreras impuestas muchas veces por la misma burocracia estatal, allegar a las personas a la tutela de sus derechos, proponiendo el efectivo funcionamiento de las garantías, revigorizando al sistema jurisdiccional, enraizándolo en la realidad cotidiana de la sociedad y constituyendo el vínculo efectivo entre los mecanismos e instituciones de defensa de los derechos con la gente que padece sus violaciones.

Sentado lo precedentemente expuesto como premisas de tipo sociológico de nuestra investigación, creo que me encuentro en condiciones de esbozar una primera definición de acceso a la justicia que comprenda las realidades previamente señaladas.

I.2.2.2. Primera aproximación conceptual

Existen determinadas palabras donde encontrar su significado conceptual no es uniforme. Una de ellas es acceso a la justicia, ya sea por los diversos enfoques que se los puede abordar como así también sus múltiples interpretaciones. Acceso, literalmente se considera como “Acción de llegar a o acercarse, entrada o paso”. Una primera aproximación a una definición de acceso a la justicia podría ser la brindada por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos, que ha definido al derecho fundamental de acceso a la justicia como “la posibilidad de que cualquier persona, independientemente de su condición, tenga la puerta abierta para acudir a los sistemas

de justicia si así lo desea... a sistemas, mecanismos e instancias para la determinación de derechos y la resolución de conflictos”⁷⁵. Si bien es sólo un esbozo, creo que esta definición esbozada por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos puede resultarnos de gran utilidad con el objeto de avanzar en nuestra investigación y determinar si la misma abarca todos los aspectos que comprende la garantía que estamos estudiando.

En primer lugar, la definición reseñada comienza hablando de una “posibilidad de acudir a los sistemas de justicia”. Como veremos más adelante, la definición reproducida hace mención solamente a uno de los aspectos del acceso a la justicia, el tradicionalmente denominada acceso a la justicia *strictu sensu*, o en sentido estricto, haciendo referencia a la posibilidad real o material de acercarse físicamente a los tribunales de justicia.

No cabe duda que esta posibilidad enfrenta múltiples escollos de diversa índole que se gestan por la acción conjunta de varias situaciones. Los costos económicos, como el pago de tasas de justicia, de la asesoría legal y de los restantes costos propios de la tramitación de todo proceso, incluso se ahondan cuando son los sectores desfavorecidos económicamente los que procuran la tutela de sus derechos. También existen obstáculos físicos, como la distancia geográfica dada por una insuficiente e inadecuada distribución de los centros de resolución de conflictos, que generan una brecha separadora del justiciable de los remedios a que puede recurrir, así como nuevos costos.⁷⁶ Se da frecuentemente también que la ubicación de los tribunales de justicia se encuentran emplazados en edificios que arquitectónicamente inspiran un sentimiento de

⁷⁵ IIDH, *Guía informativa, XVIII Curso Interdisciplinario en Derechos Humanos*, pág. 17.

⁷⁶ Thompson, José, *Acceso a la Justicia y Equidad en América Latina. Comparación de resultados*, IIDH BID, San José de Costa Rica, pág. 416.

desconfianza de lo ajeno, o que, directamente, impiden el ingreso -por ejemplo, para los discapacitados motrices, por la inexistencia de rampas-, circunstancias que se suman a las dificultades a sortear. Asimismo, también existen aspectos institucionales que, al conllevar la ineficiencia del sistema judicial, generan la desconfianza en el mismo, tales como problemas estructurales, -inadecuada distribución o coordinación de las oficinas judiciales-, carencias de recursos tanto materiales como humanos, falta de formación de empleados y funcionarios judiciales, falencias institucionales –debido, por ejemplo, a la falta de independencia del poder judicial-, entre otros. A ello se aúna la existencia de códigos anacrónicos, ajenos a las costumbres e idiosincrasia de una sociedad que pueden también actuar como disuasivo al acceso a la justicia.

Finalmente, también existen obstáculos culturales o de índole lingüística, por ejemplo, para sectores analfabetos, o que hablan otra lengua, cuando existe una preponderancia de procesos escritos en un idioma determinado. Incluso, en ocasiones, repercute la carencia de formación y el desconocimiento de las personas de los derechos de que son titulares y de los remedios disponibles para su defensa, la desconfianza del sistema judicial, etc. Todos estos extremos contribuyen a perfilar una justicia alejada de la realidad y de la gente, cuyos derechos permanecen violados. En definitiva, los obstáculos son variados y de diverso orden, lo que reclama una lectura amplia y comprometida del derecho de acceso a la justicia, ya que éste exige su efectiva disponibilidad.

En consecuencia, al acercarse a la problemática del acceso a la justicia, uno no debe conformarse con un análisis netamente normativo, sino que se debe reclamar su ponderación fáctica y demandar exigencias -diagrama institucional, humano, funcional, etc.-, que permitan garantizar su vigencia y respeto en los hechos. Esto ha implicado un

cambio rotundo en el análisis, donde de un simple derecho formal, la acción se ha transformado en una facultad con un contenido material que permite su ejercicio eficaz.

Continuando con una perspectiva eminentemente enfocada en el acceso a la justicia como posibilidad, podríamos sostener que el mismo debe incluir la acción de recurrir a los medios disponibles por el sistema judicial de un Estado para la resolución de controversias o la protección frente a delitos, mas no podemos dejar de señalar que sería incompleto hacer referencia solamente a la acción concreta de acercarse a la sede de los tribunales de justicia y obtener de ellos la posibilidad de que su reclamo sea presentado y escuchado por los encargados de impartir la misma.

Otra de las definiciones que pueden mencionarse es aquella que identifica el acceso a la justicia como “el derecho de las personas, sin distinción de sexo, raza, edad, identidad sexual, ideología política o creencias religiosas, a obtener una respuesta satisfactoria a sus necesidades jurídicas”⁷⁷. De esta definición se colige que el acceso efectivo a la justicia no es equivalente a la tutela judicial del Estado, ya que tal aproximación reduce este derecho fundamental a brindar garantías judiciales antes y durante un proceso judicial, cuando en la inmensa mayoría de casos la población ni siquiera puede acceder a un tribunal. Tampoco creo que la noción planteada pueda asociarse sólo con la mejora de la cobertura estatal. Al respecto, es pertinente referirse a las distintas concepciones que subyacen a esta idea. Por un lado tenemos un “enfoque institucionalista”, que: “[...] se centra en la maquinaria del ámbito público de la administración de justicia”⁷⁸. Para esta corriente, el problema de necesidades jurídicas se podrá abordar con más tribunales,

⁷⁷ Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo: *Manual de Políticas Públicas para el Acceso a la Justicia*. Buenos Aires: PNUD, 2005, pág. 7.

⁷⁸ *Ibidem*, pág. 7.

mejores equipamientos y más recursos humanos, lo que permitiría ampliar la atención del Estado.

Por otro lado, asumo de interés para la investigación traer a colación el denominado “enfoque integral de acceso a la justicia”, impulsado inicialmente desde el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), pero asumido posteriormente por diversas organizaciones de la sociedad civil que promueven la reforma de la justicia, especialmente en Latinoamérica. Esta visión entiende el acceso a la justicia: “... como un instrumento para la transformación de las relaciones de poder que perpetúan la exclusión, la pobreza y la subordinación de grupos tales como mujeres, presos, indígenas, migrantes, discapacitados, niños, ancianos, población de bajos ingresos, etc.”.⁷⁹

A modo de conclusión preliminar, entiendo que este enfoque integral reseñado es el que en mayor medida se ajusta a una definición amplia de acceso a la justicia, y debe servir de norte a los efectos de elaborar una concepción amplia de un derecho complejo, como la analizaré a continuación.

I.2.2.3. Una concepción amplia de un derecho complejo

Retomando la idea de una definición de acceso a la justicia amplia e integral, que no implique solamente el acercamiento físico a los tribunales de justicia, entiendo que conviene adoptar como guía los parámetros esbozados por el Dr. Sergio García Ramírez – ex presidente de la Corte Interamericana de Derechos humanos-, quien ha sostenido en reiterados votos del Alto Tribunal interamericano que “acceder a la justicia es un

⁷⁹ Ibidem, pág. 11.

hecho, que debe analizarse en tres dimensiones. Las dos primeras suponen un litigio actual, la tercera uno potencial y probable. La primera, que reconoce el problema presente, se refleja en la forma; la segunda, en el fondo. Acceso formal es disponer de la posibilidad real de plantear pretensiones ante una jurisdicción independiente, imparcial y competente para resolver sobre ellas: probarlas, alegar, contender con equilibrio”. Y continúa el ex presidente de la Corte diciendo que “acceso material es lo que sigue, es decir, recibir una sentencia justa, por lo tanto, no accede a la justicia quien no recibe una sentencia justa”. A partir de esta idea bifronte de acceso a la justicia formal y material, puedo sostener fundadamente que el acceso a la justicia tiene un doble significado, una doble implicancia, son dos caras de la misma moneda y, por lo tanto, es un “**derecho complejo**”, pues no sería equivocado afirmar que el derecho posee un “sentido amplio” y un “sentido estricto”.

El acceso a la justicia, en general, debería tener un alcance, en términos de cobertura, pero también en calidad y eficacia, que pueda resolver conflictos de toda naturaleza en forma justa, equitativa y pronta. Significa que todas las personas, con independencia de su sexo, origen nacional o étnico y condiciones económicas, sociales y culturales, tengan la posibilidad real de llevar cualquier conflicto de intereses, sea individual o grupal, ante el sistema de administración de justicia y de obtener su justa y pronta resolución por tribunales autónomos e independientes. Si bien se hace necesario distinguir la Administración de Justicia del “acceso a la justicia”, ambos conceptos se encuentran íntimamente vinculados y se retroalimentan. En forma amplia, el sistema de justicia incluye todas las instituciones y procedimientos establecidos por la sociedad, sean formales, tradicionales o alternativos, para determinar derechos y resolver conflictos, primero en el orden interno y, subsidiariamente, en el orden internacional. Frente a estos aspectos, el “acceso a la justicia” toma vital preponderancia, ya que

constituye la llave para activar el mecanismo del sistema judicial, el portal de ingreso cuyo obstáculo privaría de sentido al resto de los presupuestos.

Asimismo, el análisis del acceso a la justicia requiere también ponderar el margen de acción del operador jurisdiccional, pues éste constituye uno de los artífices del éxito del sistema, ya que el Juzgador es parte fundamental dentro de la instrumentación del acceso a la justicia, pero no sólo porque debe tener los conocimientos y la experticia para interpretar la ley en el caso concreto, sino porque debe operar en el marco de ciertas garantías objetivas para que pueda realizar esa noble función con justicia, equidad, eficiencia y eficacia. El juzgador, así como todos los operadores de justicia enlazados en el mapa del acceso a la justicia como servicio público, deben tener garantías para su desempeño: independencia judicial, recursos humanos y materiales suficientes, programas permanentes de capacitación y actualización y, por supuesto, las posibilidades de un entorno laboral idóneo que les permita enfocarse en su papel sin distracciones ajenas; en otras palabras, que su contrato laboral tenga condiciones y opciones de tener un proyecto de vida digna. La independencia judicial es, no obstante, un baluarte y requisito sine qua non para garantizar un marco objetivo desde el acceso a la justicia.

Dado que la estructura de un sistema de justicia independiente y eficaz, junto con una adecuada regulación de los recursos de protección interna, constituyen un punto de partida indispensable en miras a la efectiva vigencia del derecho de acceso a la justicia en sentido amplio, se han generado, muchas veces gestados desde los Tribunales Supremos o los Gobiernos y solventados mediante la cooperación internacional, proyectos tendientes a reformas judiciales. En ellos, los sistemas de administración de justicia han sido objeto de procesos de revisión y modernización que tienen su punto de

partida en el reconocimiento de sus necesidades y propias falencias para, seguidamente, proponer acciones y propuestas superadoras encaminadas a favorecer el acceso del individuo al sistema de justicia, y dar debida respuesta a sus necesidades. Se parte de la base que “lo esencial es fortalecer la independencia interna y externa de los poderes judiciales, modernizar su estructura y funcionamiento, y convertirlos en auténticos instrumentos garantistas de la aplicación de las normas internacionales de derechos humanos”⁸⁰.

Estos procesos, a su vez, se insertan en el contexto de la cultura jurídica general de un país, y ésta, a su vez, dentro de una cultura institucional alimentada por una cultura general. No está ajena tampoco, la cultura de derechos humanos que predomina en ese Estado. En la mayoría de los países de la región, ese proceso de modernización de la justicia inició con la reforma de legislación procesal y sustantiva, especialmente en materia penal y civil, alguna de la cual había sido diseñada e implementada desde un siglo atrás, siendo enmendada por algunas reformas parciales no sistemáticas ni integrales. Igualmente, hubo un énfasis en la reforma penal en general, quedando otras áreas de la justicia en situación de mayor rezago.

A partir de las diferentes aproximaciones a la noción de acceso a la justicia, puede establecerse una distinción entre un sentido amplio y un sentido estricto de la garantía en estudio, tal y como lo venimos señalando precedentemente.

De acuerdo a ello, una “visión amplia” del derecho de acceso a la justicia podría describirse como “un derecho consistente en la disponibilidad real de instrumentos judiciales o de otra índole previstos por el ordenamiento jurídico que permitan la protección de derechos o intereses o la resolución de conflictos, lo cual implica la

⁸⁰Méndez, Juan E., op.cit. pág. 16.

posibilidad cierta de acudir ante las instancias facultadas para cumplir esta función y de hallar en éstas, mediante el procedimiento debido, una solución jurídica a la situación planteada”⁸¹.

Por otro lado, y en un “sentido estricto”, el acceso a la justicia implica un derecho implícito al derecho a la tutela judicial efectiva, entendido como la posibilidad efectiva de acudir ante un órgano jurisdiccional. Tal y como sostiene Casal Hernández, “el derecho general o matriz en el cual el acceso a la justicia se inscribe comprende otros elementos que, grosso modo, son los siguientes: las garantías que debe ofrecer el órgano jurisdiccional en cuanto a su independencia, imparcialidad y competencia previamente determinada por la ley; el respeto al principio del contradictorio y a los demás principios del debido proceso durante el procedimiento; la resolución de la controversia en un tiempo razonable, la obtención de una decisión congruente con lo solicitado y basada en el derecho, y la cabal ejecución de la sentencia”⁸².

De este modo, es interesante destacar como premisa primera, que el acceso a la justicia implica también ser juzgado por un juez natural, imparcial e independiente, dentro de un plazo razonable, y con todas las garantías del debido proceso.

Teniendo en consideración que el derecho de acceso a la justicia se proyecta sobre diversos aspectos, es menester realizar, al momento de brindar una definición del mismo, una lectura amplia y omnicomprendensiva respecto de sus alcances.

El estudio sobre acceso a la justicia publicado por el IIDH en el año 2000, coordinado por José Thompson, conjuga la hoy ya clásica definición de Mauro Capeletti, que entiende como acceso a la justicia “la posibilidad de toda persona de acudir al sistema

⁸¹ Casal Hernández, Jesús María, *Aspectos conceptuales del acceso a la justicia*, en AA, VV, *Acceso a la justicia, la Universidad por la vigencia efectiva de los derechos humanos*, IIDH, Caracas 2006, pág. 27.

⁸² Casal Hernández, Jesús María, op. cit, pág. 27.

previsto para la resolución de conflictos conforme al ordenamiento jurídico y de obtener atención a sus necesidades de determinación externa de situaciones jurídicas”, con la posición de que el mejoramiento de la administración de justicia es una forma de realizar el principio de acceso a la justicia⁸³.

En idéntica inteligencia descriptiva, María Jesús Conde define al acceso a la justicia como “... un conjunto de derechos y garantías que los Estados tienen que asegurar a sus ciudadanos, sin ningún tipo de distinción, para que puedan acudir a la administración de justicia a resolver un conflicto y obtener una sentencia justa, de conformidad con el ordenamiento jurídico. Se aplica a todas las jurisdicciones y tiene un contenido amplio, siendo concreciones del mismo la asistencia jurídica y la defensa por un abogado totalmente independiente, la especialización de la justicia, la eliminación de barreras arquitectónicas, la protección de las víctimas y testigos, la gratuidad, la asistencia de un intérprete, si fuera necesario, así como las garantías del debido proceso”.⁸⁴

Quien tal vez con mayor profundidad ha desarrollado la noción de acceso a la justicia en los últimos años ha sido, sin lugar a dudas, el ex Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Antonio Augusto Cancado Trindade quien, en referencia a la noción de acceso a la justicia *lato sensu*⁸⁵, sostiene que “no se reduce al acceso formal, stricto sensu, a la instancia judicial (tanto interna como internacional), sino comprende, además, el derecho a la prestación jurisdiccional...El derecho de acceso a la justicia, dotado de contenido jurídico propio, significa, lato sensu, el derecho a obtener justicia

⁸³ Thompson, José, *Introducción*, en: IIDH/BID, *Acceso a la justicia y equidad. Estudio en siete países de América Latina*. San José, Costa Rica, 2000, pág. 25.

⁸⁴ Conde, María Jesús, *El acceso a la justicia de niños, niñas y jóvenes*, en Revista IIDH Nro 50, IIDH, San José de Costa Rica, pág. 192.

⁸⁵ Cancado Trindade, Antonio, *El Derecho de Acceso a la Justicia Internacional y las Condiciones para su realización en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*, en Revista del IIDH, San José de Costa Rica, 2003 págs. 53-83; y *Hacia la Consolidación de la Capacidad Jurídica Internacional de los Peticionarios en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*, Revista del IIDH Nro. 37, San José de Costa Rica, 2003, págs. 13-52.

... podemos aquí visualizar un verdadero derecho al Derecho, o sea, el derecho a un ordenamiento jurídico ... que efectivamente salvaguarde los derechos fundamentales de la persona humana”⁸⁶.

Y he aquí el gran aporte del notable jurista brasileño en lo que hace a la búsqueda de una definición abarcativa del derecho de acceso a la justicia ya que, no solamente separa radicalmente la idea de un acceso a la justicia en un sentido estricto, esto es, la mera posibilidad de acercarse hasta un órgano jurisdiccional insituado por el Estado con el fin de resolver el conflicto planteado entre un ciudadano y otro, o entre éste y el propio Estado, sino que da un paso más adelante y dota de contenido a este “derecho al derecho”, sosteniendo que el acceso a la justicia en un sentido amplio será efectivamente el que salvaguarde los derechos fundamentales del hombre, poniendo en cabeza del Estado democrático de Derecho no ya la responsabilidad, sino la obligación de resolver el conflicto planteado respetando ciertas garantías que serán a la postre las constitutivas del núcleo fundamental del derecho.

Sentado ello, creo que me encuentro en condiciones de esbozar una primera definición del derecho humano fundamental del acceso a la justicia⁸⁷, que pueda servir de guía durante el presente *iter* investigativo a la luz de un nuevo concepto amplio del derecho.

Y entiendo que la misma, ha de ser formulada no ya de un modo eminentemente conceptual, sino más bien a título de exigencia ya que, si implica el derecho de todo ciudadano de acceder no sólo al órgano jurisdiccional sino ya a obtener una sentencia justa en salvaguarda de un número determinado de garantías procesales, será entonces este derecho una exigencia del individuo para con el todo estatal.

⁸⁶ Voto del Juez Cançado Trindade, caso “López Álvarez”, Sentencia de 1 de febrero de 2006, Serie C, 141, párr. 51 y 52.

⁸⁷ Despouy, Leandro, *Acceso a la justicia: impacto de la pobreza sobre los derechos humanos*, www.mpd.gov.ar/uploads/Libro%20Defensa20Publica.pdf, octubre de 2011.

En base a ello, coincido con Rodríguez Rescia, quien sostiene que el derecho de acceso a la justicia “exige que todas las personas, con independencia de su sexo, origen nacional o étnico y condiciones económicas, sociales y culturales, tengan la posibilidad real de llevar cualquier conflicto, sea individual o grupal, ante el sistema de administración de justicia y de obtener su justa y pronta resolución por tribunales autónomos e independientes”⁸⁸.

Por ello, en tanto derecho humano fundamental, el derecho de acceso a la justicia representa, en primer lugar, la puerta de entrada para las personas a los distintos cauces institucionales provistos por los Estados para la resolución de sus controversias. Ello implica que, además de abstenerse de incurrir en violaciones, los Estados tienen la obligación positiva de remover los obstáculos que impiden o limitan el acceso a la justicia⁸⁹. Asimismo, y como segunda exigencia conceptual, el derecho de acceso a la justicia reclama el respeto del debido proceso, el derecho de defensa y, obviamente, tener en consideración a la justicia como un valor intrínseco.

Lo precedentemente expuesto constituye sin dudas una perspectiva mucho más amplia que el entendimiento del acceso a la justicia como un derecho a la jurisdicción, ya que éste, como herramienta para exigir el goce o restitución de derechos (civiles, políticos, económicos, sociales, culturales, etc.) (...) no se agota con el ingreso de las personas a la instancia judicial sino que se extiende a lo largo de todo el proceso, que debe sustanciarse de conformidad con los principios que sustentan el Estado de Derecho (juicio justo, garantías procesales, etc) y se prolonga hasta la ejecución de la sentencia. Ello implica que el principio de igualdad y las condiciones de accesibilidad y

⁸⁸Rodríguez Rescia, Víctor, *Curso autoformativo en materia de acceso a la justicia y derechos humanos en Honduras*, Comisión Interinstitucional de Justicia Penal, Honduras, Mimeografiado, 2008, pág. 16.

⁸⁹ Despouy, Leandro, op. cit.

efectividad que deben reunir los medios establecidos por los Estados para el tratamiento de las controversias, deben darse no sólo al inicio sino a lo largo de todo el proceso de su resolución. La ausencia de medios idóneos para el acceso a la justicia, en última instancia, priva a las personas del “derecho al derecho”, al negarle los medios reales para su efectivo ejercicio.

A su vez, al acercarnos a la problemática no debemos darnos por satisfechos con un análisis exclusivamente normativo, sino que entiendo debe irse más allá y evaluar si el derecho de acceso a la justicia satisface las exigencias que, desde lo institucional, lo humano, lo funcional, y desde la óptica del mismo como un servicio público que debe brindar el Estado a sus habitantes, permite garantizar la vigencia y el respeto de los derechos fundamentales de la persona. Esto ha implicado un cambio rotundo en el análisis, donde “de un simple derecho formal la acción se ha transformado en una facultad con un contenido material que permite su ejercicio eficaz”⁹⁰.

Por todo ello, y a la luz de las definiciones previamente estudiadas y los conceptos esgrimidos en lo que atañe al derecho estudiado, puedo afirmar que el derecho de acceso a la justicia es un “derecho complejo que implica la posibilidad real de petitionar ante las autoridades y, al mismo tiempo, de obtener una prestación jurisdiccional efectiva respetuosa del debido proceso”.

La respuesta entonces a la pregunta respecto que si el Estado cumple acabadamente con las exigencias impuestas por esta nueva definición del derecho de acceso a la justicia debe ser abarcativa, y enfocada desde una multiplicidad de disciplinas y actores comprometidos con la tutela y el respeto de los derechos humanos y con el sistema de

⁹⁰ Fix Zamudio, Héctor, *Ejercicio de las garantías constitucionales sobre la eficacia del proceso*, ponencia presentada en las IX Jornadas Iberoamericanas de derecho procesal, Madrid, 1985, pág. 46.

justicia. Si bien se hace necesario distinguir la administración de justicia del “acceso a la justicia”, ambos conceptos se encuentran íntimamente relacionados y se retroalimentan. La noción de acceso a la justicia se sostiene fundamentalmente sobre pilares institucionales y humanos indispensables para su reconocimiento efectivo, por lo que los operadores de justicia deben articularse como protagonistas y piezas fundamentales en su respeto e instrumentación. De modo amplio, podemos definir “sistema de justicia” como “todas aquellas instituciones y procedimientos establecidos por la sociedad, sean formales, tradicionales o alternativos, para determinar derechos y resolver conflictos, primero en el orden interno y, subsidiariamente, en el orden internacional”⁹¹. Así, coincido con lo expresado por Juan Méndez cuando sostiene que “... lo esencial es fortalecer la independencia interna y externa de los Poderes Judiciales, modernizar su estructura y funcionamiento, y convertirlos en auténticos instrumentos garantistas de la aplicación de las normas internacionales de derechos humanos”⁹².

Resumiendo los conceptos previamente vertidos, podemos llegar a la conclusión de que, el derecho de acceso a la justicia es un derecho complejo, que puede ser entendido en sentido amplio o estricto, compuesto por las siguientes prerrogativas: a) Derecho de peticionar ante las autoridades (sentido estricto); b) Derecho a la prestación jurisdiccional – en los términos del art. 8.1 de la CADH, es decir, respetando íntegramente la garantía del debido proceso (sentido amplio).

⁹¹ Rodríguez Rescia, Víctor, op. cit., pág. 18.

⁹² Méndez, Juan, op. cit., pág. 16.

Capítulo II. El acceso a la justicia en Argentina

II.1. El Estado de derecho como presupuesto de respeto por los derechos fundamentales.

II.1.1. Evolución y actualidad.

A nadie medianamente ilustrado jurídicamente se le escapará que de nada sirve pretender poseer determinado derecho si se carece de la posibilidad de acudir al Juez – en tanto órgano jurisdiccional previamente establecido, independiente e imparcial- para que éste se lo reconozca y le otorgue el amparo correspondiente. Ya los romanos afirmaban y practicaban aquello, de allí el célebre adagio *ubi ius ibi remedium* (hay derecho donde hay acción). Toda la historia de nuestra cultura judeo-cristiana lo atestigua y lo testimonia desde tiempos inmemoriales⁹³. El adagio *supra* citado fue bien sabido y aplicado por los romanos, al punto de ser una de las claves fundamentales de su derecho, y fundamento excluyente ante la pretensión absolutista de algunos monarcas de los Siglos XII y XIII, dando vida por ejemplo a la Carta Magna leonesa de 1188, la posterior inglesa de 1215 y demás ulteriores. Ésta, una vez llegada al Atlántico en el siglo XVIII, se erigirá, al igual que el derecho romano, en pieza maestra del régimen constitucional de las colonias ya independientes de la corona inglesa.

⁹³ Basta confrontar el Antiguo Testamento y sus no pocas referencias procesales. Incluso en el proceso contra Jesús se advierte que hasta un miembro notable del Sanedrín protesta públicamente ante la pretensión de avasallar el debido proceso frente al inculcado.

La expresión Estado ha sido utilizada para designar una forma de ordenamiento político surgida en la Europa medieval, que a partir del Siglo XIII, pasó a ser utilizada de modo unívoco en casi todo el mundo. Sucedió al viejo Estado gendarme del Siglo XVIII y con posterioridad a la Revolución Francesa, el Estado moderno, llamado también Estado de derecho, concepto que reconoce un aporte kantiano y encuadra la forma de organización política de una sociedad con sujeción a cierto orden jurídico. Esta idea de Estado de derecho se tradujo en una expresión jurídica de la democracia liberal moderna, en conflicto con el Estado absoluto caracterizado por la concentración de poder en manos del príncipe, de cuya voluntad singular emanaba toda la producción jurídica. Para facilitar su comprensión, se suele simplificar como caracterizado por el gobierno de las leyes, en oposición al gobierno de los hombres, propio del absolutismo. Las características básicas del Estado de Derecho, entendido en su versión democrático-liberal, pueden ser resumidas en tres puntos: a) sumisión al imperio de la ley, que era una nota primordial de su concepto, siendo la ley considerada como el “acto emanado formalmente del poder legislativo compuesto por los representantes del pueblo”; b) la división de poderes que separe de forma independiente y armónica a los poderes legislativo, ejecutivo y judicial; y c) enunciado y garantía de los derechos individuales.

Desde finales del Siglo XVIII, especialmente con motivo de la Revolución Francesa, se produjo un importante avance en el igualitarismo jurídico que se centró en postular y reconocer la igualdad de los ciudadanos ante la norma jurídica. El Estado ha reconocido la igualdad de derechos ante la ley, de tal forma que el ordenamiento confiere a todos los ciudadanos (universalidad) los mismo derechos (igualdad formal). Se habla así de una primera generación de derechos, fundamentalmente individuales, como garantía frente al poder absoluto del monarca, vinculados al ser humano en su condición de tal y a su dignidad. Pese a la enorme importancia de este reconocimiento, también cierto es

que el mismo se ha demostrado insuficiente para la efectividad de la igualdad, de tal manera que en muchos ámbitos y numerosos lugares las desigualdades reales son cada vez mayores y más notorias. Así las cosas, las sociedades del siglo XX fueron abandonando el individualismo propio de las corrientes liberales, reconociendo obligaciones sociales de los poderes públicos.

Una preocupación fundamental del constitucionalismo europeo y latinoamericano desde mediados del Siglo XX fue vitalizar las declaraciones de derechos y libertades públicas mediante la previsión y funcionamiento de medios procesales que aseguraran el respeto de los derechos consagrados. Desde la célebre Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, a lo largo del Siglo XIX se desarrolló la etapa de la proclamación y constitucionalización de los derechos fundamentales de la persona, caracterizándose la segunda mitad del Siglo XX por los esfuerzos destinados a establecer cauces judiciales efectivos para su vigencia, dando lugar a la era de las garantías.

Tras la Segunda Guerra Mundial, se produjo un proceso de incremento de las funciones de un Estado preocupado por extender los servicios sociales (Estado del bienestar o Welfare state), dando lugar crecientemente a lo que Bobbio denomina “función promocional del ordenamiento”, es decir, provocando o alentando la realización de los comportamientos socialmente deseados. En este marco nació la denominada segunda generación de derechos que engloba a los económicos, sociales y culturales. Muchos países han dado un importante paso hacia la efectividad de la igualdad facultando a los poderes públicos a remover todos aquellos obstáculos que impiden la igualdad sustancial o material: la desigual situación de partida requiere la adopción de medidas que tiendan a reequilibrar dicha situación. Nacen así por ejemplo en Estados Unidos las

denominadas “*affirmative actions*”, a través de las cuales se pretende paliar situaciones de desigualdad de un grupo de la población. La expresión “acción positiva” comprende todo “trato formalmente desigual cuya finalidad es avanzar hacia la igualdad sustancial, en especial a favor de las personas pertenecientes a grupos tradicionalmente preteridos”.

Ahora bien, una exigencia imperiosa del Estado de Derecho radica sin lugar a dudas en garantizar, en términos absolutos, el acceso al a justicia en sentido estricto, es decir, la posibilidad real y efectiva de llevar un reclamo o petición ante un sistema jurisdiccional, sea nacional o internacional. De este modo, el acceso a la justicia se ha convertido en un principio de importancia radical en el constitucionalismo e internacionalismo contemporáneo, configurándose en un elemento trascendental para el Estado de derecho y en pilar fundamental en la construcción de un verdadero orden público nacional e internacional. Tal y como afirma Hernando de Soto, “... El Estado debe hacer el enorme esfuerzo que significa poner un sistema de Justicia expeditivo y eficiente al alcance de toda la población. La idea es que, en lugar de ejercer el control de la economía sobre todo por medios regulatorios y directos, el Estado lo haga preponderantemente - ex post, si se quiere - a través de un control expresado en decisiones judiciales. Así, el Estado no se empeñará tanto en administrar recursos, sino Justicia entre los particulares, para asegurarse que la ley se cumpla y que los abusos no ocurran o dejen de ser castigados. La experiencia de los países desarrollados indica que es mucho más eficiente concentrar la inversión y el esfuerzo público en crear un cuerpo judicial eficiente y honesto para administrar Justicia entre los particulares que gerencian la producción del país, que tratar de convertir al Estado en buen empresario”.⁹⁴

⁹⁴ Hernando de Soto. *El otro sendero*. Ed. Sudamericana, 1987, pág. 211.

Retomando el discurso histórico, hacia fines del Siglo XIX, el auge del maquinismo y la aceleración del proceso de industrialización fortalecieron y expandieron el poder económico a la par que dejaron al descubierto el amplio sector humano, que sufría los efectos de la marginación y padecía todo tipo de carencias materiales. Sobre el impacto de la llamada “Cuestión social”, el Estado de derecho se distanció de los rígidos postulados liberales y tomó una connotación intervencionista, asumiendo el financiamiento y administración de programas de seguro social, sin renunciar nunca a la primacía del derecho. De esta forma, pasa a recibir una nueva adjetivación, denominándose así Estado social de derecho, con el propósito de conciliar, en un mismo sistema el modo de producción capitalista con el objetivo de asegurar el bienestar general.

La primera conflagración mundial y la Declaración de Versalles proclamando ésta que el trabajo no era una mercancía, conflictuaron el panorama político, en el que nuevas ideologías intensificaban una política de imprevisibles consecuencias. El pensamiento político buscó una manera diferente de organizar un régimen económico social que tendiera a obtener el bienestar de todos los hombres, para lo cual buscó el mejoramiento del nivel de vida, la igualdad de oportunidades, la protección de los trabajadores, la asistencia y la seguridad social. Tales ambiciosos objetivos exigían una mayor intervención del Estado para asegurar el goce de la prosperidad tanto de la sociedad como de los individuos, ya que éste es el cometido de la política y el deber inexcusable de los gobernantes. Se inició así una etapa de intervencionismo, profundizada aún más luego de la Segunda Guerra Mundial, en las que el Estado debió remover los obstáculos que limitaban el desarrollo de los pueblos, asumiendo nuevas responsabilidades para satisfacer las necesidades de la población. En suma, acrecentó su poder, lo que implicaba realizar otras funciones en campos antes vedados por estar en manos de la

iniciativa privada. En tanto, tampoco la expresión Estado social de derecho se reveló útil para traducir las aspiraciones más dinámicas y participativas de los diversos pueblos, surgiendo en la segunda mitad del Siglo XX una nueva caracterización que se expandió por los textos constitucionales de diversos países, surge así la noción de “Estado democrático de derecho”.

A partir de la década del sesenta, en forma incipiente, en los países desarrollados se inicia un período de transformación del Estado contemporáneo, inquietud que se profundiza aún más en la década siguiente. Estos cambios, se vieron agudizados durante los últimos años del Siglo XX, que fueron sin duda testigos de la crisis del Estado benefactor y participan del debate amplio en cuanto a la dimensión que debe tener el aparato estatal. De cualquier manera, muchas naciones iniciaron el proceso de transformación del Estado, con múltiples propuestas en torno a sus funciones. En este entendimiento, se promovieron políticas privatizadoras y la racionalización gubernamental, con el fin de disminuir el déficit fiscal y lograr eficiencia en las funciones específicas, sin olvidar el fin de lograr el bienestar general. La privatización de las empresas públicas, la regulación de la maraña normativa y la apertura de la economía constituyeron alternativas ambiciosas para este nuevo tiempo que busca quebrar el estancamiento e impulsar el desarrollo para que una mayor productividad mejore la calidad de vida de la población.

Profundizando el análisis, dejando de lado un momento el análisis histórico y abordando la temática desde una fundamentación teórica, un considerable número de propuestas contemporáneas de definiciones de régimen democrático de gobierno asientan sus teorías en las ideas de Joseph Schumpeter, concentrándose mayoritariamente en su obra “Capitalismo, democracia y socialismo”. Esta corriente, por algunos denominada

“minimalista y realista” de la democracia, presenta raíces históricas importantes, que remontan sin dudas a pensadores de la Antigua Grecia como el mismo Platón. En ella, Schumpeter expone sus ideas afirmando que: “el método democrático es aquel acuerdo institucional para llegar a una decisión política en el que los individuos adquieren el poder de decisión a través de una lucha competitiva por los votos de la población”⁹⁵.

Otros autores contemporáneos presentan sus definiciones de democracia afiliándose, explícita o implícitamente, a las ideas minimalistas schumpeterianas. Podríamos citar autores de la talla de Giovanni Sartori, Samuel Huntington o Norberto Bobbio. Este último, en su obra “El futuro de la democracia”, vincula esta formulación a lo que llama “definición minimalista de democracia”. De acuerdo con esta propuesta de Bobbio, éste entiende por régimen democrático “un conjunto de reglas de procedimiento para la formación de decisiones colectivas, en las que está prevista y facilitada la participación más amplia posible de los interesados”⁹⁶. Dentro de las críticas despertadas hacia la corriente minimalista del pensamiento democrático, se destaca el hecho de que tal perspectiva ignora completamente el elemento normativo, concentrándose exageradamente en la dimensión procedimental para explicar el funcionamiento de la democracia.

Otra línea de pensamiento democrático contemporáneo es la corriente normativo-deliberativa, también denominada democracia-participativa, que encuentra en Jürgen Habermas su principal exponente. El filósofo alemán, pertenece al grupo que no identifica la democracia con cualquier sistema de mecanismos institucionales definidos para la calidad del proceso de participación fundante de una relación peculiar de soberanía popular. Sin duda alguna, la construcción del modelo habermasiano recibe

⁹⁵ Schumpeter, J. A, *Capitalismo, socialismo y Democracia*, Aguilar, México, 1952, pág. 321

⁹⁶ Bobbio, N, *El futuro de la democracia*, Ed. Fondo de Cultura Económica, 2001, pág.123.

influencias de modelos liberales y republicanos norteamericanos, y gravita en torno a dos polos: a) la cuestión de los derechos humanos, de carácter ético universal, y b) la cuestión de la soberanía popular, de matriz rousseauiana. Para este pensador alemán, la participación política de los ciudadanos no puede subsumirse solamente en el derecho de voto, proponiendo de este modo un desenvolvimiento efectivo de todos los actores sociales, en el ámbito de la esfera pública, dado que la validez legitimada de las decisiones políticas y jurídicas transcurre con base en un proceso educativo: todos a los que la decisión afecta no pueden ser excluidos de la acción deliberativa⁹⁷. Para Habermas, la legitimidad del derecho no radica en una “ley moral más elevada”, pero sí en un procedimiento presumiblemente racional de formación de opinión y voluntad. De ahí que resulte un verdadero paradigma ya que, en la democracia deliberativa la resolución del conflicto potencial entre las libertades individuales se da mediante normas que solamente tendrán carácter coercitivo si son reconocidas como legítimas sobre el frágil sustento de las propias libertades comunicativas.

Por supuesto que el modelo habermasiano de democracia-deliberativa despierta críticas de distintos sectores por su carácter “prescriptivo”, ya que algunos elementos de su definición se revelan como proposiciones hipotéticas ideales, muy abstractas e indeterminadas, de difícil aplicación a los casos concretos. Este sería, por ejemplo, el caso de la noción de esfera pública con todos sus atributos hipotéticos e idealizados, que dificultan la comprensión y aplicación del modelo para la clasificación de los regímenes empíricamente experimentados por los diversos países.

Si en el Estado social de derecho el protagonismo pasó a ser ejercido por el Poder Ejecutivo (en tanto las acciones de gobierno eran el instrumento primordial de

⁹⁷ Habermas, J, *Más allá del Estado Nacional*, Ed. Trotta, 4ª Edición, Madrid, 1997, pág. 98.

realización concreta de la justicia social y la igualdad material), en el Estado democrático de derecho, se percibe una dislocación de las atenciones hacia el Poder Judicial, en torno al cual comienza a gravitar la eficacia de importantes decisiones políticamente relevantes, dándose de este modo una “judicialización” de la política y de las relaciones sociales. En esta senda, las constituciones incluyeron en su articulado cláusulas económicas y sociales, y pasaron a ser los instrumentos jurídicos más eficaces para implementar un orden social más justo, entendiendo esto dentro de la capacidad del Estado para llevar a la práctica ese orden social justo.

En este sentido, Fix-Zamudio afirma que las constituciones de la segunda posguerra “consagran una serie de principios que están vinculados con los factores sociales de las comunidades contemporáneas”. Y completa esta noción Bidart Campos, quien expresa claramente que “en el Estado social de derecho se pretende suministrar las condiciones de acceso al goce de los Derechos humanos por parte de todos los hombres y a la disponibilidad de un espacio de libertad igualitariamente repartido en circulación por todos los ámbitos de la sociedad, precisamente para liberar el tramo indispensable de recorrer, desde los derechos en que “se está” hacia el de los derechos en que se “debe estar”. Se trata de desbloquear los derechos imposibles mediante la promoción de los derechos y la satisfacción del débito político de hacerlos posibles”.

En cuanto a las constituciones, con el objeto de determinar si las mismas merecen o no el calificativo de democráticas, éstas deberían: 1) asegurar los derechos fundamentales; 2) garantizar un mínimo de seguridad económica; 3) evitar la concentración de poder en una persona o grupo, y; 4) tener un sistema de partidos que aseguren el pluralismo ideológico. Resulta evidente la trascendencia de la problemática de las agrupaciones sociales y el deber del Estado de corresponder a las necesidades de orden económico del

hombre, en su ubicación en la sociedad. Estas nuevas reglas de juego, que marcaban el ampliado rol del Estado, daban cuenta de las múltiples funciones de su acción intervencionista, antes vedadas. Nadie discutía sus nuevas responsabilidades, más aún, ellas se admitían como deberes impostergables del Estado ante la sociedad, si bien era cuestionada la dimensión de su alcance y la posibilidad real de su concreción. En este contexto, y particularmente teniendo en cuenta la realidad latinoamericana, donde se manifiesta incontrastable un “déficit” del estado de derecho y de la ciudadanía, la noción de “acceso a la justicia” justifica entonces aún más su relevancia.

En el caso específico de la Argentina, así como en varios países latinoamericanos donde los niveles de desigualdad social se tornan cada vez más escandalosos, la cuestión del acceso a la justicia de los no privilegiados – que es una considerable proporción en nuestras poblaciones- es la condición primordial para que se haga efectivo un régimen auténticamente democrático.

II.1.2. La exigencia del acceso a la justicia en el Estado de Derecho

Como he mencionado anteriormente, el Estado de derecho posee, como características esenciales, la observancia del principio de legalidad y supremacía de la ley, entendidas como garantías máximas de seguridad jurídica para todos los ciudadanos. Ahora bien, más allá de la observancia del principio de legalidad y de la supremacía de la ley, el Estado de derecho se caracteriza por la división de poderes entre las autoridades públicas, según las funciones típicas de la soberanía estatal: legislativa, ejecutiva y judicial.

Históricamente, tomando como base la evolución del Estado de derecho en el mundo occidental y paralelamente al avance de las conquistas democráticas de las garantías y derechos de la ciudadanía, el papel predominante en lo que hace a la efectivización de los atributos inherentes al régimen democrático, fue inicialmente desempeñado por el Poder Legislativo, mientras que el Poder Judicial era concebido como un poder estático, limitado sólo a la interpretación literal y técnica de las normas emanadas por el Legislativo exclusivamente en la órbita de la autonomía de la voluntad. Posteriormente, el protagonismo pasó a ser ejercido por el Ejecutivo, ya que se esperaba que el gobierno tomase medidas concretas mediante programas y servicios bien estructurados, capaces de asegurar las condiciones suficientes de calidad de vida, especialmente en el campo de la salud, la educación y la previsión social.

Como señalé en el acápite previo, durante el período del denominado “Estado social de derecho”, un nuevo papel pasó a ser desempeñado por el Poder Judicial, en virtud de la demanda de intervención por parte de la ciudadanía con el fin de complementar y adaptar los comandos normativos emanados por el Legislativo. En los últimos tiempos, la frontera entre la política y el derecho se ha tornando cada vez menos nítida. El fenómeno de la judicialización de la justicia, en tanto consolidadas como instituciones sedimentadas y plenamente actuantes, capaces de garantizar y preservar los derechos fundamentales de carácter civil, político y social, contribuyeron de manera inequívoca a una efectiva consolidación de la democracia. Estos derechos y garantías, inherentes a todo Estado democrático, encuentran sin lugar a dudas enormes dificultades para ser ejercidas y exigidas por un considerable número de ciudadanos y debe ser el mismo Estado, ese Estado democrático de derecho cuyas características hemos enumerado previamente, el que debe asegurar a todos, sin excepción, un efectivo acceso a la justicia, como concreta garantía de protección de los derechos humanos.

La cuestión respecto de la posibilidad del acceso efectivo a los tribunales se torna una circunstancia esencial al momento de determinar si nos encontramos frente a un sistema democrático debidamente consolidado. Sin duda, habría un considerable incremento en el proceso de democratización, si el Poder Judicial y los sistemas paralelos esenciales a la administración de la justicia adquiriesen niveles de eficiencia y funcionamiento más elevados, comprendiendo desde las bases que los operadores de justicia son servidores públicos, cuyo objetivo es no solamente “hacer justicia”, sino también “acercar la justicia al ciudadano”.

En buena medida, la estructura valorativa y normativa de los derechos humanos cobra eficacia y validez sólo desde el momento en que los reclamos por las violaciones de sus disposiciones son resueltos eficazmente por las instancias jurisdiccionales a través de los mecanismos procesales correspondientes. Es decir, todo un sistema de doctrinas, normas, jurisprudencia y valores sobre los derechos del individuo nada son, nada valen y nula es su eficacia, si los ejecutores de las políticas a seguir no están lo suficientemente preparados para recibir las demandas por parte de la sociedad y proceder conforme a la normativa vigente para hacer valer sus derechos. El acceso a la justicia para ejercer esos derechos y defender las libertades es el principal derecho – el más importante de los derechos humanos- en un sistema legal moderno e igualitario que tenga por objeto garantizar, y no simplemente proclamar, los derechos de todos.

II.2. El acceso a la justicia en todas sus dimensiones en el derecho argentino

II.2.1. La realidad constitucional

En primer lugar, es menester aclarar, tal y como lo manifestado en el capítulo precedente, que el texto constitucional argentino adolece de una definición o referencia expresa al derecho de acceso a la justicia. Por ello, he llegado a la conclusión de que el derecho fundamental de acceso a la justicia es un derecho humano implícito que surge de la interpretación de las cláusulas constitucionales. De este modo, el derecho en estudio encuentra sustento normativo en diversos preceptos constitucionales, complementado especialmente por los instrumentos internacionales con jerarquía constitucional incorporados a nuestra Constitución por el artículo 75 inciso 22⁹⁸.

Así, y a la luz de lo precedentemente expuesto en el Capítulo I, el derecho de acceso a la justicia encuentra su primer enunciado en la interpretación hermenéutica del art. 18 de nuestra Carta Magna ya que, la garantía del debido proceso – adjetivo y sustantivo – se

⁹⁸ El inciso 22 del artículo 75 de la Constitución Nacional reza que “Corresponde al Congreso... 22) Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; 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 Cruelles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional”

encuentra específicamente regulada en dicho precepto constitucional y, como hemos enunciado previamente, el derecho implícito de acceso a la justicia, desde una perspectiva amplia, se encuentra integrada por dicha garantía ya que, quien se acerca al sistema de justicia en búsqueda de la resolución de un conflicto y pone en marcha el aparato jurisdiccional del Estado, debe gozar de todas las prerrogativas previstas por el debido proceso.⁹⁹

Una lectura sistémica de la norma suprema permite integrar otras disposiciones que contribuyen con la noción más abarcativa del acceso a la justicia. Así, el Dr. Petracchi – actual juez de la Corte Suprema de la Nación Argentina – sostiene que “el acceso a la justicia es concebido en nuestra Carta Magna como uno de los presupuestos que deben existir para que el proceso que se instaure sea realmente efectivo: es decir, que el Estado, al consagrar en la Constitución Nacional el derecho a peticionar ante las autoridades (art. 14 de la Constitución Nacional), asegurar el debido proceso (art. 18 de la Constitución Nacional) y crear los órganos jurisdiccionales (arts. 108 y sgtes. de la constitución Nacional) queda comprometido por su parte a disponer los medios oportunos para brindar la tutela judicial efectiva del justiciable”¹⁰⁰.

En la misma oportunidad, el magistrado del Máximo Tribunal de la Nación destacó que la recepción de los derechos fundamentales en los textos constitucionales no sólo

⁹⁹ Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa. Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo; ni arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente. Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos. El domicilio es inviolable, como también la correspondencia epistolar y los papeles privados; y una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación. Quedan abolidos para siempre la pena de muerte por causas políticas, toda especie de tormento y los azotes. Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquélla exija, hará responsable al juez que la autorice.

¹⁰⁰ Discurso pronunciado por el Dr. Petracchi en su intervención en la Primera Reunión Regional de Fiscales y Presidentes de Cortes Supremas de Justicia de América Latina y el Caribe, realizada en la Ciudad de San José de Costa Rica, en abril de 2004.

comporta la atribución de expectativas en orden a la no interferencia en su ejercicio, también asigna otras, cuya satisfacción pide el desarrollo de un programa sostenido de acciones y medidas políticas. Resaltó al mismo tiempo, que la eficacia de los derechos fundamentales como derechos públicos subjetivos está en cabeza de los poderes del Estado, entre ellos el Poder Judicial, y refirió que el acceso a la justicia es un concepto más amplio que el de la jurisdicción, porque aquella noción condensa un conjunto de instituciones, principios procesales y garantías jurídicas, así como directrices político-sociales, en cuya virtud el Estado debe ofrecer y realizar la tutela jurisdiccional de los derechos de los justiciables, en las mejores condiciones posibles de acceso económico y de inteligibilidad cultural, de modo tal que dicha tutela no resulte retórica, sino práctica. Ello implica que, en nuestra Carta Magna el acceso a la justicia es concebido como uno de los presupuestos que deben existir para que el proceso que se instaure sea realmente efectivo, es decir, que el Estado, al constitucionalizar el derecho de peticionar ante las autoridades, asegurar el debido proceso y crear los órganos jurisdiccionales necesarios para dar debida respuesta, queda comprometido a disponer los medios oportunos para brindar tutela judicial efectiva al reclamo del justiciable.

En este sentido, nuestro Alto Tribunal ha sostenido en el precedente “Lepori”¹⁰¹ que “... el objetivo liminar de la Constitución Nacional, de afianzar la justicia, explicitado en su Preámbulo, conlleva la necesidad de garantizar al justiciable el acceso a la justicia y la obtención de una sentencia en tiempo propio, de tal manera que no se configure un supuesto de privación”. Analizando el marco jurisprudencial referenciado, puede desprenderse del mismo la existencia de la garantía de tutela jurisdiccional, garantía indispensable para el funcionamiento de la totalidad del orden jurídico. Así, tiene dicho

¹⁰¹ CSJN, “Lépori, Alcides José c/ Caja de Seguros de Vida S.A. s/ juicio sumario”, rto. el 30 de mayo de 2001.

la Corte Suprema de la Nación en fallos como “Christou¹⁰²”, en el que se afirma que “...el derecho judicial argentino ha deducido del derecho constitucional a la defensa en juicio (“es inviolable la defensa en juicio de persona y de los derechos”), el contar con la posibilidad de ocurrir ante los tribunales de justicia y obtener de ellos una sentencia útil”. De lo manifestado por el Alto Tribunal, se desprenden claramente los dos sentidos del derecho de acceso a la justicia. En primer lugar, la Corte señala acertadamente el derecho de “contar con la posibilidad de ocurrir ante los tribunales” (acceso a la justicia en sentido estricto), y posteriormente, afirma el derecho del peticionante de “obtener de ellos una sentencia útil” (acceso a la justicia en sentido amplio).

Si bien el precedente mencionado es previo a la reforma constitucional de 1994, es indudable que la misma contribuyó en gran manera con diversas normas que forman parte e integran la noción de acceso a la justicia, así como también una diversa normativa incorporada con jerarquía constitucional por los instrumentos internacionales de derechos humanos introducidos por el art. 75 inciso 22, como por ejemplo el art. 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, precepto que consagra la garantía de la tutela judicial efectiva, a la que nos referiremos más adelante.

Retomando el discurso del derecho nacional, la reforma constitucional mencionada incorporó al texto supremo institutos novedosos que han colaborado notablemente con la protección de derechos, como por ejemplo la acción de amparo -en su noción clásica, colectiva y de habeas data- y la acción de habeas corpus en el artículo 43 de la Carta Magna, institutos que sin lugar a dudas amplían el elenco de acciones que garantizan de una manera efectiva y expedita el acceso del individuo al sistema de justicia.

¹⁰² CSJN, Fallos: 310:324. “Christou”, C. 1091. XX., rto. el 19 de febrero de 1987.

A ellos se suman los arts. 41¹⁰³ y 42¹⁰⁴, incorporando normativamente la tutela de los derechos de incidencia colectiva. También se previeron aportes institucionales que contribuyeron a garantizar el acceso a la justicia, como la figura del Defensor del Pueblo y la reglamentación del Ministerio Público – Fiscal y de la Defensa (art. 120 de la Constitución Nacional), reglamentación y acción a la que nos referiremos en los próximos acápite.

II.2.2. El derecho de peticionar ante las autoridades (o acceso a la justicia *stricto sensu*)

Ahora bien, hemos sostenido al definir el derecho de acceso a la justicia que, una vez materializada la posibilidad del ciudadano de acercarse físicamente al sistema de justicia (sentido estricto del término), éste tiene que gozar de la posibilidad de hacer oír su reclamo y obtener de éste una sentencia justa (sentido amplio del derecho). Es por

¹⁰³ “Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley.

Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales.

Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquéllas alteren las jurisdicciones locales.

Se prohíbe el ingreso al territorio nacional de residuos actual o potencialmente peligrosos, y de los radiactivos.”

¹⁰⁴ “Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno.

Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios.

La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control.”

ello que, desde una perspectiva netamente empírica, habremos de profundizar en este momento el tratamiento otorgado al derecho de peticionar ante las autoridades como garantía integrante del derecho de acceso a la justicia desde la jurisprudencia nacional.

Puedo señalar como primera medida, que el derecho de peticionar ante las autoridades reconoce consagración normativa en el artículo 14 de la Constitución Argentina¹⁰⁵. Así, María Angélica Gelli sostiene que “... este derecho incluye el de presentar solicitudes de todo tipo ante los poderes del Estado, los denominados órganos extrapoderes, los organismos descentralizados y desconcentrados de la administración pública y los prestatarios de los servicios públicos. No implica el derecho a obtener lo peticionado pero sí una respuesta – aunque sea negativa – del Poder Judicial y de la Administración Pública que incluye al Poder Legislativo cuando ejerce función administrativa y, como dije, a los servicios públicos dados en concesión. Por aplicación del principio de razonabilidad y del sistema republicano, la respuesta debe ser motivada en los hechos y circunstancias que impulsan la petición o que la deniegan y fundada en las normas vigentes”¹⁰⁶. Al mismo tiempo, el art. XXIV de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, con jerarquía constitucional al encontrarse incluido en el inciso 22 del artículo 75, dispone que “toda persona tiene derecho de presentar peticiones respetuosas a cualquier autoridad competente, ya sea por motivo de interés general, ya de interés particular, y de obtener pronta respuesta”.

Resulta interesante mencionar que, desde la reforma constitucional previamente pluricitada, en diversos institutos constitucionales – como los introducidos en los arts.

¹⁰⁵ “Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio; a saber: de trabajar y ejercer toda industria lícita; de navegar y comerciar; de peticionar a las autoridades; de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio argentino; de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa; de usar y disponer de su propiedad; de asociarse con fines útiles; de profesar libremente su culto; de enseñar y aprender”.

¹⁰⁶ Gelli, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina, Comentada y Concordada*, Ed. La Ley, 4ta Edición, Tomo I, Buenos Aires, pág. 119.

41, 42 y 43 de la Carta Magna a los que hicimos recientemente alusión-, las audiencias públicas se han erigido como una herramienta eficaz a los fines de garantizar el efectivo derecho de peticionar ante las autoridades ya que, la publicidad de las audiencias y de las sentencias, implican un compromiso del sistema de justicia para con la sociedad, obligando al Poder Judicial – fundamentalmente a los jueces del mismo – a escuchar a las partes del proceso y de alguna manera poner a disposición de la sociedad toda los resultados del mismo. Desde luego, las peticiones, quejas, sugerencias, modificaciones – y hasta las oposiciones a determinadas políticas – deben efectuarse en las audiencias públicas respetando a las personas que deben recibirlas –autoridades, en general– y los bienes y edificios donde aquellas se celebren. Se trata entonces de proponer, escuchar, debatir y, sobre todo, acercar la justicia al ciudadano, para que éste pueda hacer oír su reclamo.

Un ejemplo paradigmático de la posibilidad de peticionar ante las autoridades de forma expedita ante una flagrante vulneración de un derecho reclamando la solución de un conflicto que lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por la Constitución Nacional, lo constituye el recurso de amparo, previsto en el artículo 43 de la Carta Magna¹⁰⁷. La acción de amparo es una acción judicial regulada por la ley 16.986, que se inicia con el fin proteger, en forma urgente, cualquiera de los derechos individuales reconocidos en la Constitución Nacional, los Tratados Internacionales o las leyes cuyo ejercicio le fuese

¹⁰⁷ Art. 43: “Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva. Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización.

desconocido o estuviese por serlo, en forma ilegal o arbitraria, ya fuese que emane de una autoridad pública o por un particular, que sólo puede iniciarse cuando no existe otro camino legal para hacer valer el derecho violado o amenazado. La norma constitucional reformada ha ampliado la operatividad del instituto, ya que hoy la acción no sólo resulta admisible contra actos u omisiones de la administración pública, sino que actualmente la legitimación pasiva permite que esta acción se interponga ante actos u omisiones de particulares.

El recurso de amparo, de antigua tradición en nuestro país, fue incorporado de modo expreso a la Carta Magna en la reforma de 1994, junto con el *habeas corpus* y el *habeas data*¹⁰⁸. En sus orígenes, la acción de amparo tuvo por principal efecto acelerar el dictado de las decisiones judiciales enderezadas a proteger a quienes sufrían una manifiesta violación de sus derechos constitucionales, en ausencia de remedios procesales adecuados para reparar aquella lesión. En consecuencia, el amparo significó el no sometimiento del Poder Judicial al Poder Legislativo, ante la omisión de éste en el establecimiento de la norma tutelar, de la garantía procesal expresa para resguardar los derechos vulnerados. Y ello así pues es el Poder Judicial el que tiene – conforme lo previsto en la Carta Magna – la última palabra en materia de garantías constitucionales a fin de asegurar el debido proceso adjetivo. Este principio alcanza cumplimiento con el acceso a la jurisdicción por parte de los afectados y, además, con el dictado de una sentencia judicial útil y justa. Desde esta perspectiva, es posible asimilar el amparo – tal como fue aplicado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina en los

¹⁰⁸ Toda persona podrá interponer esta acción para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos, o los privados destinados a proveer informes, y en caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquéllos. No podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística.

Cuando el derecho lesionado, restringido, alterado o amenazado fuera la libertad física, o en caso de agravamiento ilegítimo en la forma o condiciones de detención, o en el de desaparición forzada de personas, la acción de hábeas corpus podrá ser interpuesta por el afectado o por cualquiera en su favor y el juez resolverá de inmediato, aun durante la vigencia del estado de sitio.

precedentes “Siri”¹⁰⁹ y “Kot”¹¹⁰ – con los procedimientos de las *courts of equity* inglesas, en tanto las reglas procesales empleadas en esos procesos eran suficientemente flexibles como para admitir su adecuación al caso concreto¹¹¹.

Así, en virtud de lo precedentemente expuesto, la acción de amparo es sólo un ejemplo concreto, previsto en el texto constitucional argentino, de un medio idóneo para garantizar al individuo el efectivo derecho de peticionar ante las autoridades en situaciones de extrema necesidad, que justifiquen la activación de esta vía expedita y que garanticen de ese modo, el concreto acceso a la justicia para quien lo necesita con mayor urgencia y se ve imposibilitado de recurrir a los procedimientos ordinarios.

II.2.3.El derecho a la prestación jurisdiccional.

Las garantías procesales encuentran la génesis de su aplicación en el derecho a la jurisdicción, es decir, en el derecho a peticionar ante tribunales judiciales la emisión de un pronunciamiento judicial justo. El derecho a la jurisdicción se integra con la obligación, por parte del Estado, de crear tribunales judiciales independientes del poder político, adjudicarles competencia y disponer las reglas de procedimiento que respeten los principios del debido proceso adjetivo. Las reglas procesales, adjetivas, encuentran, de ese modo, su límite y justificación en la Constitución Nacional y pueden ser examinadas en su razonabilidad, tanto como las normas sustantivas. El derecho de los afectados a solicitar de los tribunales el control de razonabilidad de las medidas

¹⁰⁹ CSJN, Fallos: 239:459, “Siri, Ángel s/interpone recurso de habeas corpus” (1957).

¹¹⁰ CSJN, Fallos: 241:291, “Kot, Samuel S.R.L s/recurso de habeas corpus” (1958).

¹¹¹ Miller-Gelli-Cayuso, *Constitución y Poder Político*, Editorial Astrea, 1ª Reimpresión, Buenos Aires, 1992, pág. 539.

restrictivas de la intimidad, de la libertad ambulatoria, en suma, de la preservación de las garantías del art. 18, exige de parte de los jueces que, en todos los casos, aquellas medidas sean motivadas en los hechos y las circunstancias del caso y fundadas en el derecho vigente. En consecuencia, los deberes procesales de motivar y fundar las resoluciones judiciales que de algún modo impongan limitaciones a los derechos personales, encuentran su razón de ser en la Constitución Nacional. Constituye un caso ejemplar de ello el art. 236 del Código de Procedimientos Penal de la Nación, en tanto la norma adjetiva exige la emisión de un auto fundado para la intervención de las comunicaciones telefónicas o cualquier otro medio de comunicación del imputado, para impedirlos o conocerlos¹¹². Incumplir aquella disposición implica no sólo el olvido de una obligación procesal sino la alteración de una garantía constitucional. Como lo señala el Alto Tribunal, “el art. 18 exige la observancia de las formas sustanciales del juicio, relativas a la acusación, defensa, prueba y sentencia pronunciada por los jueces naturales, dotando de contenido constitucional al principio de bilateralidad sobre cuya base el legislador está sujeto a reglamentar el proceso criminal”¹¹³.

El art. 18 proviene de la Constitución histórica de 1853/1860. La reforma de 1860 suprimió – de la expresión “quedan abolidas para siempre”- la frase referida a las ejecuciones a lanza y a cuchillo, que recordaban una práctica reñida con la dignidad de

¹¹² Art. 236 CPPN. “El juez podrá ordenar, mediante auto fundado, la intervención de comunicaciones telefónicas o cualquier otro medio de comunicación del imputado, para impedirlos o conocerlos. Bajo las mismas condiciones, el juez podrá ordenar también la obtención de los registros que hubiere de las comunicaciones del imputado o de quienes se comunicaran con él. (Párrafo incorporado por ley 25.760).

En las causas en que se investigue alguno de los delitos previstos en los artículos 142 bis y 170 del Código Penal de la Nación, o que tramiten en forma conexa con aquéllas, cuando existiese peligro en la demora, debidamente justificado, dichas facultades podrán ser ejercidas por el representante del Ministerio público fiscal, mediante auto fundado, con inmediata comunicación al juez, quien deberá convalidarla en el término improrrogable de veinticuatro horas, bajo pena de nulidad del acto y consecuente ineficacia de la prueba introducida a partir de él. (Párrafo incorporado por ley 25.760).

¹¹³ CSJN, Fallos: 321:2021, “Santillán, Francisco A. (consid. 9), Ed. La Ley, 1998-E, 331.

la persona humana¹¹⁴. Las garantías personales del art. 18 recibieron un amplio desarrollo doctrinario y jurisprudencial y se extendieron a todo tipo de proceso. Así, la Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo, por ejemplo en caso “Frigofide S.R.L”, que el artículo 18 de la Constitución impone el “debido proceso”¹¹⁵ para que un habitante de la Nación pueda ser penado o privado de sus derechos y en tal concepto falta el “debido proceso” si no se ha dado audiencia al litigante o inculcado en el procedimiento que se le sigue, impidiéndole ejercitar sus derechos en la forma y con las solemnidades correspondientes”¹¹⁶.

II.2.4. Acceso a la justicia y privación de justicia

Otra de las situaciones que se plantean al analizar el derecho de peticionar ante las autoridades, las constituyen aquellas ocasiones en las cuales el justiciable se encuentra ante lo que denominamos “privación de justicia”. La Corte Suprema argentina ha reconocido el derecho a la jurisdicción y al acceso a la justicia en reiteradas oportunidades, tal y como sostenido en el precedente “Lépori” precedentemente citado, oponiendo dichas garantías procesales a lo que denomina la doctrina de la “privación de justicia”. Del mismo modo, el Alto Tribunal argentino ha sostenido el carácter operativo de dicha noción, tal y como lo afirmó en el caso “Microómnibus Barrancas de Belgrano S.A.”¹¹⁷, precedente en el que esgrimió que “del texto del art. 8, inc. 1° de la

¹¹⁴ Gelli, María A, op. cit, pág. 278.

¹¹⁵ La expresión “debido proceso” que la Corte usa con alguna frecuencia reconoce sin duda su origen en la Carta Magna de los Estados Unidos (Enmiendas V y XIV).

¹¹⁶ CSJN, Fallos: 236:271.

¹¹⁷ CSJN, Fallos: 312:2490, “Microómnibus Barrancas de Belgrano SA. s/ impugnación”, M. 527.XXII, resuelto el 21 de diciembre de 1989.

Convención Americana de Derechos Humanos aparece claramente que dicha norma, al igual que los arts. 7º, inc. 5 y 8º, inc. 2do, letra H, no requieren de una reglamentación interna ulterior para ser aplicada a las controversias judiciales”.

Dentro de este marco, el Alto Tribunal ha desarrollado una vasta jurisprudencia sobre su afectación o vulneración, situación que ha sido denominada por la doctrina jurisprudencial como “privación de justicia”. Respecto de la noción y alcance de la privación de justicia, la Corte ha sostenido que “... si las disposiciones que gobiernan el caso impiden a las partes tener acceso a una instancia judicial propiamente dicha (...) existe agravio constitucional originado en privación de justicia, pues éste se configura toda vez que un particular, no obstante hallarse protegido por la garantía del art. 18, queda sin juez a quien reclamar la tutela de su derecho, sea que ello ocurra porque declinen su intervención todos los jueces en conflicto, o en virtud de la derogación de las normas que creaban los tribunales competentes para entender en la causa, o (...) a raíz de preceptos legales que lisa y llanamente excluyen la debida intervención judicial¹¹⁸”.

Ahora bien, el Tribunal cimero ha reiterado también que no basta un análisis normativo para poder concluir si, en los hechos, puede haberse verificado el respeto al derecho de acceso a la justicia. Al contrario, el concepto de privación de justicia no es netamente formal, sino que refiere también a los elementos fácticos del caso. En este sentido se pronunció al sostener que “... se debe establecer que el concepto de privación de justicia puede ser referido a las circunstancias en que se lo invoca, en cuanto de ellas resulte que lo decidido y apelado prive al ejercicio del derecho en debate de toda

¹¹⁸ CSJN, U. 40, XLIII, REX, “Urquiola Serrano, Enrique y otro c/ Frassia Susana s/ homologación de acuerdo”, rto. el 9 de junio de 2009.

razonable utilidad ¹¹⁹”. Así, por ejemplo, la Corte sostuvo que “importa efectiva privación de justicia (...) la resolución (...) según la cual, suprimida la justicia policial (...) no hay tribunal que pueda juzgar los hechos cuyo conocimiento correspondía a esta última con arreglo a dicha ley¹²⁰”, evidenciando así la existencia de privación de justicia por la inexistencia de órgano judicial (ya sea institución o individuo), ante el cual pueda canalizarse el derecho de peticionar ante las autoridades y, en consecuencia, el acceso efectivo a la justicia.

Otra de las aristas que se ha planteado durante el *iter* jurisprudencial del Alto Tribunal, es la compatibilidad del establecimiento de instancias administrativas previas con el derecho de acceso a la justicia. La Corte Suprema ha convalidado la creación de órganos y procedimientos administrativos que tengan como fin hacer más efectiva y expedita la protección de los intereses públicos, sosteniendo que no constituye una violación al derecho de defensa en juicio la exigencia de agotar la vía administrativa previo al acceso a tribunales de justicia, en la medida en que el habitante conserve la posibilidad de concurrir ante un organismo jurisdiccional con el fin de que se revise la decisión adoptada por el tribunal administrativo, siempre que el justiciable haya tenido suficiente oportunidad de plantear sus cuestionamientos¹²¹.

En materia penal, el Alto Tribunal sostuvo en el precedente “Romero Cacharane”¹²² que los internos alojados en unidades penitenciarias a quienes se les haya impuesto una sanción disciplinario en el marco de la Ley 24.660 (Ley de ejecución de la pena privativa de la libertad) cuentan con el derecho de recurrir dicha sanción administrativa, y que dicha vía recursiva debe ser canalizada judicialmente – a través del juez de

¹¹⁹ CSJN, Fallos: 246:87, “Cavura de Vlasov”. Ver asimismo doctrina de Fallos: 314:1757; 315: 545 y 323:747.

¹²⁰ CSJN, Fallos: 234:482, “Grisolía”. Ver asimismo doctrina de Fallos: 246:87; 303:2063 y 305:2150.

¹²¹ CSJN, Fallos: 310:360, “Karam”; Fallos: 310:2159, “Enrique Schuster SAIC”.

¹²² CSJN, Fallos: 327:388, “Romero Cacharane”, R. 230. XXXIV, rto. el 9 de marzo de 2004.

ejecución – para de ese modo garantizar al imputado el derecho al recurso previsto por el art. 8.2.h de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Asimismo, respecto a la mediación obligatoria, señaló que ésta “no violenta el derecho constitucional de acceder a la justicia pues una vez que las partes han comparecido personalmente a la audiencia pueden dar por terminado el procedimiento, con lo cual queda expedita – y en breve tiempo- la vía judicial¹²³”. En ambos casos, la Corte exige el acceso posterior a una instancia judicial, si bien “el alcance que el control judicial de los pronunciamientos jurisdiccionales de órganos administrativos necesita poseer para que sea legítimo tenerlo por verdaderamente suficiente, no depende de reglas generales u omnicomprensivas, sino que ha de ser más o menos extenso y profundo según las modalidades de cada situación jurídica (...) Si las disposiciones que gobiernan el caso impiden a las partes tener acceso a una instancia judicial propiamente dicha, con lo que hace la norma procesal que el recurrente tacha de inválida, existe agravio constitucional originado en la privación de justicia¹²⁴” .

A fin de evitar la situación de privación de justicia, la Corte Suprema postula que corresponde flexibilizar los recaudos procesales y, en algunos casos trascendentes, hacer uso de sus poderes implícitos. Así, ha señalado que “la necesidad de una mejor y más pronta administración de justicia permite prescindir de los reparos formales con el objetivo de poner fin a la cuestión y evitar una efectiva privación de justicia, que se verificaría en la causa con motivo del dilatado trámite del conflicto de competencia¹²⁵”. En torno al segundo supuesto, sostuvo que “la utilización de los poderes de la Corte destinados a salvaguardar el correcto y eficaz ejercicio de la función jurisdiccional por

¹²³ CSJN, Fallos: 324:3184, “Baterías Sil-Dar S.R.L.”

¹²⁴ CSJN, Fallos: 305: 129, “Madala”.

¹²⁵ CSJN, Fallos: 322:3071, “Moneta”.

parte de los magistrados intervinientes, constituye un imperativo categórico cuando las alternativas que se suscitan en el curso del proceso penal pueden conducir a una efectiva privación de justicia, que podría configurarse mediante la postergación indefinida de la elevación a juicio¹²⁶”. Sin lugar a dudas, los criterios *supra* reseñados dan cuenta de un marcado activismo jurisprudencial por medio del Alto Tribunal argentino en materia de acceso a la justicia y, fundamentalmente, en lo que atañe a evitar situaciones de privación de justicia como contrapartida del derecho fundamental que venimos estudiando.

II.2.5. Acceso a la justicia y legitimación activa

Del reconocimiento del derecho de acceso a la justicia, el Tribunal Supremo ha desprendido una serie de líneas jurisprudenciales muy marcadas en cuanto al reconocimiento del individuo y su legitimación activa para interponer un reclamo. Tan es así que, en diversos pronunciamientos, ha indicado por ejemplo que “en materia de acceso a la justicia, el principio rector es el de *in dubio pro actione*, a fin de no menoscabar el derecho de defensa”. Ello repercute, en general, en la adopción de ciertos criterios generosos en torno a la legitimación activa en la articulación de procesos constitucionales.

Con respecto a la ya estudiada acción de amparo y quienes pueden interponerla, el artículo 43 de la Constitución Nacional innovó frente al régimen legislativo anterior, consagrando dos variables procesales de la garantía: el amparo clásico o individual, y el

¹²⁶ CSJN, Fallos: 315:1553, “Morales”. Ver, asimismo doctrina de Fallos: 297:338; 300:1282 y 305:504.

amparo colectivo. La norma constitucional legítima para articular el amparo individual a “toda persona”, lo que ha llevado a cierto sector doctrinario a interpretar que se trataría de una acción popular. Sin embargo, el art. 50. de la ley 16.986 (sancionada con anterioridad a la reforma de 1994) no admite esta posibilidad al establecer que se encuentra legitimado el “afectado”, lo cual implica que se habilita en tal sentido a toda persona perjudicada de algún modo por el acto lesivo. Si bien se plantearon objeciones a la viabilidad de la cláusula legislativa y su supervivencia tras la reforma constitucional, hasta el momento la Corte Suprema no ha declarado la inconstitucionalidad de la misma.

El novedoso artículo constitucional sí ha implicado una apertura en la legitimación del denominado “amparo colectivo”, relativo a la tutela de “derechos de incidencia colectiva en general”. Conforme la norma, la garantía puede ser articulada en diversas materias: casos de discriminación, tutela del ambiente, protección de la libre competencia, derechos del usuario y del consumidor, y “derechos de incidencia colectiva en general”, tradicionalmente denominados derechos colectivos o intereses difusos. En estos supuestos, además de la persona afectada se encuentran legitimados el defensor o defensora del pueblo y las asociaciones que propendan a estos fines. Dentro de esta línea jurisprudencial, pueden encontrarse precedentes de Organizaciones No Gubernamentales admitidas para presentar hábeas corpus colectivos en defensa de todas las personas privadas de su libertad en la Provincia de Buenos Aires¹²⁷, una asociación provincial legitimada para impugnar una política pública nacional¹²⁸, un grupo de profesionales de la medicina y asociaciones profesionales de la salud procurando la

¹²⁷ CSJN, Fallos: 312:916, “Verbisky”.

¹²⁸ CSJN, Fallos: 329:4593, “Mujeres por la vida”.

refacción de un hospital público provincial¹²⁹ o el reconocimiento de legitimación de un grupo de vecinos para defender el derecho al ambiente sano¹³⁰. Respecto a las asociaciones, si bien la norma exigía que éstas debían encontrarse “registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización”, la Corte Suprema ha omitido la operatividad de este requisito en tanto no se ha normativizado el registro pertinente, si bien se ha exigido a fin de reconocer la legitimación que exista referencia en el estatuto de la asociación de la función de tutela del derecho respectivo.

La jurisprudencia de la Corte Suprema en la ponderación de la legitimación activa de la Defensoría del Pueblo no ha recibido una respuesta tan rotunda. Por ejemplo, se ha adoptado un criterio negativo en torno a la posibilidad del Defensor del Pueblo porteño para impugnar decisiones de órganos públicos nacionales¹³¹. Asimismo, se negó la legitimación del Defensor del Pueblo nacional para impugnar el denominado “corralito” (una serie de medidas de emergencia restrictivas del derecho de propiedad sobre los depósitos bancarios)¹³². En síntesis, se negó al órgano la facultad de interponer acciones colectivas frente a supuestos de discriminación y acceso a la salud bajo el argumento de que no podía asumir tal rol si alguna persona afectada ya había iniciado una acción judicial.

Ahora bien, paralelamente se han dictado casos de reconocimiento, ya que se ha admitido la legitimación activa del Defensor del Pueblo de la Nación en la tutela del derecho a “condiciones de vida dignas” de integrantes de una comunidad originaria de la Provincia del Chaco que vivían en condiciones de suma vulnerabilidad (sin asistencia

¹²⁹ CSJN, Fallos: 329:4741, “Ministerio de Salud”.

¹³⁰ CSJN, Fallos: 329:2316, “Mendoza”.

¹³¹ CSJN, Fallos: 329:4542, “Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires”.

¹³² CSJN, Fallos: 330:2800, “Defensor del pueblo de la Nación”.

sanitaria, agua potable, ni medio de transporte idóneo que garantice su comunicación con otros centros poblados, entre otras)¹³³.

Si bien la Constitución no hace referencia a la legitimación del Ministerio Público, como tampoco la ley 16.986 reguladora del amparo, la ley 24.946 que reglamenta la institución (“Ley Orgánica del Ministerio Público”), determina la intervención de fiscales en los procesos de amparo, hábeas corpus y hábeas data, y faculta a los Defensores Públicos Oficiales a promover acciones de amparo en favor de ciudadanos (en general con carencias de recursos económicos) para reclamar ante la justicia (federal en el caso del Ministerio Público de la Defensa) que se disponga el cese de esa conculcación a un derecho constitucional o se otorgue un derecho que se encuentra cercenado por un organismo regulado por leyes nacionales.

En torno al acceso a la justicia, muchas voces sostuvieron que habían perdido constitucionalidad algunas exigencias de la acción de amparo requeridas por la ley 16.986 en virtud de la reforma constitucional de 1994 que la consagra como una acción “expedita y rápida”. Así, se cuestionaba su carácter supletorio, el plazo de caducidad, etcétera. El texto constitucional reglamentó al amparo como una acción expedita y rápida que opera siempre que no exista otro medio judicial más idóneo. De los debates de la Convención Constituyente redactora de la cláusula citada, se concluye que se propició la tesis del amparo como instrumento procesal subsidiario. Este ha sido el criterio asumido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación¹³⁴. Incluso, algunos precedentes lo consideran subsidiario frente a trámites administrativos, si bien tal tesis no resulta conteste con el tenor literal de la norma.

¹³³ CSJN, Fallos: 330:4590, “Defensor del Pueblo”.

¹³⁴ CSJN, Fallos: 318:178, “Villar”; Fallos: 326:417, “Provincia de San Luis”.

Un caso interesante, donde se operativizó el derecho de la víctima a conocer la verdad, fue en un proceso de hábeas data iniciado por una persona que buscaba conocer datos sobre su hermano desaparecido forzosamente durante los años 1976-1983 en el tristemente denominado proceso de reorganización nacional, llevado adelante por un gobierno dictatorial en nuestro país. Si bien diferentes integrantes del tribunal discreparon en torno a si el proceso se debía tramitar por la vía del amparo o del hábeas data, y si éste era o no un subtipo del primero, lo relevante es que el Alto Tribunal resolvió que correspondía reconocer al actor el derecho a la información objetiva requerida, referida a datos relativos a su hermano, consistentes en conocer cuál había sido su destino, qué había sucedido con él, dónde se encontraban sus restos y, si se confirmaba que había sido asesinado, quiénes habían sido los responsables de esta decisión y qué grado de responsabilidad le cabía al Estado. Asimismo, sostuvo que corresponde garantizar la tutela del derecho mencionado a través de la acción de hábeas data –sin que la ausencia de normas regulatorias de los aspectos instrumentales de la misma sea óbice para su ejercicio–, en el marco de la cual debe admitirse la legitimación del actor basada en su calidad de hermano de quien había sufrido desaparición forzada¹³⁵.

La pauta constitucional relativa al amparo y hábeas corpus regula a la última de las garantías citadas como una acción popular concreta, lo cual demarca la amplitud de su legitimación. Asimismo, la Corte Suprema consideró que corresponde admitir la figura del hábeas corpus colectivo, con la consiguiente apertura de la legitimación activa, al

¹³⁵ CSJN, Fallos: 327:2767, “Urteaga”.

realizar un análisis analógico con la consagración normativa a nivel constitucional del amparo colectivo¹³⁶.

II.2.6. Acceso a la justicia y obstáculos económicos

En torno a los obstáculos económicos al acceso a la justicia, en primer término cabe aclarar que en el ordenamiento jurídico argentino, conforme la ley 23.898, en algunos procesos, teniendo en cuenta su naturaleza, la gratuidad es requerida, como por ejemplo en los procesos laborales o en los procesos de amparos promovidos por Defensores Oficiales.

Por otra parte, el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, prevé la figura del “beneficio de litigar sin gastos” en su capítulo VI, art. 78 y ss. conforme el cual: “Los que carecieren de recursos podrán solicitar antes de presentar la demanda o en cualquier estado del proceso, la concesión del beneficio de litigar sin gastos, con arreglo a las disposiciones contenidas en este capítulo (...) No obstará a la concesión del beneficio la circunstancia de tener el peticionario lo indispensable para procurarse su subsistencia, cualquiera fuere el origen de sus recursos”¹³⁷.

La Corte Suprema sostuvo que “el beneficio de litigar sin gastos encuentra sustento en dos preceptos de raigambre constitucional: la garantía de la defensa en juicio y la de la igualdad ante la ley (arts. 18 y 16 de la Constitución Nacional)”, ya que por su intermedio “se asegura la prestación de los servicios de justicia no ya en términos

¹³⁶ CSJN, “Verbitsky”, fallo cit.

¹³⁷ Cfr. Art. 78 CPCCN.

formales, sino con un criterio que se adecua a la situación económica de los contendientes”¹³⁸.

Asimismo, señaló que en su otorgamiento debe efectuarse un examen particularizado a fin de determinar la carencia de recursos, o la imposibilidad de obtenerlos, de quien invoque el beneficio para afrontar las erogaciones que demande el proceso en cuestión, así como la importancia económica del proceso y, consecuentemente, de las derogaciones que implica. También señaló que el beneficio de litigar sin gastos incluía la tasa de justicia que debía sufragarse al inicio del proceso, ya que de lo contrario se afectaría indirectamente el acceso a la justicia.

En la aplicación de la normativa citada, desde el año 1988 en el ya citado precedente “Siderman” la jurisprudencia es proclive a una respuesta que tenga en consideración el caso concreto. En principio, la Corte ha señalado que “no puede sostenerse genéricamente que la tasa de justicia obste a la posibilidad de acceder a la jurisdicción, toda vez que la falta de ingreso del tributo no impide la prosecución del trámite normal del juicio (art. 11 de la ley 23.898)”¹³⁹. El Tribunal no ha exigido que sea necesario acreditar un estado de indigencia, sino que no se encuentre en condiciones de hacer frente al pago de la tasa. Ahora bien, en el caso de una empresa que solicitó el beneficio, la Corte tuvo en cuenta que ésta perseguía un fin de lucro y que no había demostrado que le fuera imposible obtener los recursos suficientes para pagar la tasa¹⁴⁰.

Dentro de este marco, con referencia al “depósito judicial” exigido para acceder a la instancia extraordinaria de la Corte, invocando la violación de garantías constitucionales

¹³⁸ CSJN, Fallos: 328:2426, “Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Soto, Marcos Sergio y otro c/ Federación Argentina de Box y otro s/ beneficio de litigar sin gastos”, rta. 05/07/2011. Cfr. en el mismo sentido doctrina de Fallos: 328:2426 y 329:2240; entre otros.

¹³⁹ CSJN, Fallos: 321:1888, “Tierra del Fuego”.

¹⁴⁰ CSJN, Fallos: 330:2047

(recurso de hecho por recurso extraordinario denegado), ha entendido el Tribunal que “la exigencia de depósitos previos como requisito para la viabilidad de recursos no es contraria a la garantía constitucional de la defensa en juicio” , con excepción de los casos de desproporcionada magnitud en su monto, o cuando el litigante carece sin culpa de los fondos para hacer frente a ese depósito, supuesto en el cual cabe hacer excepción de tal recaudo de admisibilidad del recurso”¹⁴¹ . Explicó el Alto Tribunal que “los argumentos relativos a que el importe establecido en la Acordada 2/07 resultaría desproporcionado y afectaría los principios constitucionales de igualdad –en tanto personas litigantes de menores recursos económicos tendrían dificultades para cumplir ese recaudo, mientras que quienes están en una mejor situación no tendrían inconvenientes en hacerlo–, a la vez que supondría un obstáculo para el acceso a la justicia, pierden consistencia si se repara en que apelantes que carecen de medios suficientes para afrontar esa erogación tienen a su alcance la posibilidad de solicitar y obtener el beneficio de litigar sin gastos, y liberarse de tal modo de la carga de efectuar el depósito¹⁴²” .

Respecto al principio *solve et repete* - necesidad del pago previo de las obligaciones fiscales como requisito para la intervención judicial-, indicó el Tribunal que corresponde morigerar su exigencia en aquellos casos en los que existe una desproporcionada magnitud entre la suma que cada contribuyente debe ingresar y su concreta capacidad económica o su estado patrimonial, a fin de evitar que el pago previo se traduzca en un real menoscabo de garantías que cuentan con protección constitucional, pues dicho requisito no importa por sí mismo violación del art. 18 de la

¹⁴¹ Sagüés, Néstor Pedro, *Elementos de derecho constitucional*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1999, pág. 765, con cita a los casos “Martino”, Fallos: 310:908 y “Transportes Dock Sud”, Fallos: 312:1903.

¹⁴² CSJN, Fallos: 331:1655, “Romed S.A.”.

Constitución Nacional¹⁴³. Al respecto, la Corte aclaró que el procedimiento de impugnación previsto en el art. 23, inc. a), de la ley 19.549 –aplicable en virtud del art. 116 de la ley 11.683 (t.o. 1998) – no requiere de aquel pago como requisito de acceso a la instancia judicial¹⁴⁴.

II.2.7. Acceso a la justicia y asistencia jurídica

Como he señalado precedentemente, la asistencia jurídica es un elemento esencial en lo que hace a la noción integradora del derecho de acceso a la justicia, y fundamentalmente la imposibilidad de contar con dicha asistencia letrada – especialmente en los sectores más vulnerables de la sociedad como las personas carentes de recursos económicos – es un impedimento insalvable llegado el momento de hacer valer el derecho en cuestión.

Dentro del ordenamiento jurídico argentino, más allá de la normativa del proceso penal que no exige firma de letrado en las presentaciones de personas detenidas e imputadas, en la mayoría de los procedimientos se requiere la procuración obligatoria. Frente a ello, se han desarrollado numerosos mecanismos que ofrecen asistencia jurídica gratuita a la ciudadanía. La Corte Suprema ha señalado el derecho a la asistencia jurídica gratuita, sosteniendo que la misma debe resultar adecuada, suficiente, efectiva o eficaz¹⁴⁵. Más allá de la respuesta brindada por diversos sectores de la sociedad civil, se han previsto en los ámbitos nacional y provinciales diversos servicios oficiales de defensoría gratuita

¹⁴³ CSJN, Fallos: 324:3722, “Expreso Quilmes S.A.”.

¹⁴⁴ CSJN, Fallos: 328:3638, “Compañía de Circuitos Cerrados S.A.”.

¹⁴⁵ Asociación por los Derechos Civiles, *La Corte y los Derechos*. Siglo Veintiuno Editores, Buenos Aires, Argentina, 2005, pág. 50

para la asistencia penal y civil, a lo que se suma que en la reforma constitucional de 1994, se incluyó una regulación del Ministerio Público como un órgano independiente –con autonomía funcional y autarquía financiera– que tiene como función promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad, en coordinación con las demás autoridades de la República.

El tratamiento institucional del Ministerio Público en la norma suprema argentina (art. 120)¹⁴⁶ ha implicado su potenciación, al hallarse enclavado como órgano extra poder o cuarto poder, en virtud de su consideración en una sección propia de la Constitución donde se lo regula como un órgano independiente, con autonomía funcional y autarquía financiera, y quienes lo integran gozan de inmunidades funcionales e intangibilidad de remuneraciones. De esta manera, la ley 24.946 concibe al Ministerio Público de la Nación como un órgano bicéfalo, en tanto cuenta con dos estructuras autónomas e independientes entre sí: el Ministerio Público Fiscal, integrado por el Procurador o Procuradora General de la Nación como su autoridad máxima, y los fiscales; y el Ministerio Público de la Defensa, encabezado por el Defensor o Defensora General de la Nación y compuesto por defensores, tutores y curadores públicos.

II.2.8. Acceso a la justicia y debido proceso

Desde una perspectiva iusfilosófica, el profesor John Rawls afirma que el debido proceso es aquel “razonablemente estructurado para averiguar la verdad, de formas

¹⁴⁶ El artículo 120 de la Constitución de la Nación Argentina reza: “El Ministerio Público es un órgano independiente con autonomía funcional y autarquía financiera que tiene por función promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad de los intereses generales de la sociedad en coordinación con las demás autoridades de la República.

“Está integrado por un procurador general de la Nación y un defensor general de la Nación y los demás miembros que la ley establezca.

“Sus miembros gozan de inmunidades funcionales e intangibilidad de remuneraciones”.

consistentes con las otras finalidades del ordenamiento jurídico, en cuanto a determinar si se ha dado alguna violación legal y en que circunstancias¹⁴⁷. En cuanto a dicha garantía, es dable señalar que la expresión original en lengua inglesa es “*due process of law*”. Autores como Madrid Malo sostienen que: “El debido proceso es el que en todo se ajusta al principio de juridicidad propio del Estado de derecho y excluye, por consiguiente, cualquier acción contra legem o praeter legem. Como las demás potestades del Estado, a la de administrar justicia está sujeta al imperio de lo jurídico: sólo puede ser ejercida dentro de los términos establecidos con antelación por normas generales y abstractas que vinculan en sentido positivo y negativo a los servidores públicos. Estos tienen prohibida cualquier acción que no esté legalmente prevista, y sólo puede actuar apoyándose en una previa atribución de competencia. El derecho al debido proceso es el que tiene toda persona a la recta administración de justicia”.¹⁴⁸ Desde la perspectiva estrictamente penal, Madrid-Malo afirma que: “... el debido proceso es todo ese conjunto de garantías que protegen al ciudadano sometido al proceso penal, que se aseguran a lo largo del mismo una recta, pronta y cumplida administración de justicia; que le aseguran la libertad y la seguridad jurídica, la racionalidad y la fundamentación de las resoluciones judiciales conforme a derecho”.¹⁴⁹

Por otro lado, es importante destacar que el debido proceso -que no tiene un contenido únicamente procesal penal y penal - ha sido incorporado en la legislación constitucional europea y latinoamericana. Y lo que es más, el debido proceso ha sido receptado en las dos grandes Convenciones en materia de derechos humanos, la Convención Americana de Derechos Humanos y la Convención Europea de Derechos Humanos, tal y como

¹⁴⁷ Rawls, J, *Debido proceso*. Ed. Temia. 1996, Pág. 4.

¹⁴⁸ Madrid-Malo Garizábal, M, *Derechos Fundamentales*, Segunda Edición. Bogotá. 1997. 3R Editores, pág. 146.

¹⁴⁹ Madrid-Malo, Garizábal, M, op. cit, pág. 51.

analizaremos en los capítulos siguientes. Del mismo modo, y en el sistema universal de protección de derechos humanos, en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, suscrita el 10 de diciembre de 1948, el artículo 10 reza “Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal”.

También consta recogido en el artículo 14 párrafo 1ro. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado por las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966, así como en el artículo 8 de Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita en Costa Rica el 22 de noviembre de 1969¹⁵⁰.

Desde una óptica estrictamente nacional, la garantía del debido proceso implica el principio de igualdad procesal, principio que ha encontrado amplia recepción en el orden constitucional argentino sobre la base de sostener que el Estado debe proveer los medios necesarios para que el proceso se desarrolle en paridad de condiciones, tanto respecto de quien ejerce la acción pública, como de quien soporta la imputación,

¹⁵⁰ 1.Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial establecido con anterioridad por la ley, en la substanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter;

2.- Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

a) derecho del inculcado de ser asistido gratuitamente por el traductor o interprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;

b) Comunicación previa y detallada al inculcado de la acusación formulada;

c) Concesión al inculcado del tiempo personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;

d) Derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrare dentro del plazo establecido por la ley;

e) Derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;

f) Derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable; y

g) derecho a recurrir del fallo ante juez o tribunal superior”.

principio que debe aplicarse sin distinción de naturaleza del derecho reclamado en el proceso e implica igualdad de armas¹⁵¹. En cuanto al debido proceso en materia penal, éste debe satisfacer las exigencias de un sistema penal acusatorio –único compatible con el diagrama constitucional– donde se respete la publicidad y oralidad¹⁵², y al mismo tiempo que garantiza de modo más efectivo el acceso del ciudadano al sistema de justicia.

Respecto al principio del juez natural, garantía integrante del debido proceso y, por ende, del acceso a la justicia en sentido amplio tal y como definido en el capítulo I de este trabajo, la Corte Suprema controló la constitucionalidad del sistema de designación de jueces subrogantes, declarándolo contrario a la norma suprema y otorgando un plazo para su subsanación¹⁵³. Las garantías de actuación de los integrantes del Poder Judicial, además de encontrar recepción en la norma suprema, fueron analizadas por la Corte Suprema tanto respecto a la garantía de inamovilidad¹⁵⁴, así como de la intangibilidad de los salarios de los magistrados¹⁵⁵. En cuanto a los mecanismos de selección y remoción de magistrados, la reforma constitucional de 1994 ha innovado con respecto a quienes integran instancias inferiores a la Corte Suprema mediante la creación de un Consejo de la Magistratura (art. 114 de la Constitución Nacional), que tiene como tarea la preselección de las personas candidatas y la elaboración de ternas (mediante concursos de antecedentes y oposición) que son presentadas ante el Poder Ejecutivo de la Nación. Una vez postuladas se requiere, asimismo, el posterior acuerdo del Senado de la Nación. En torno a la remoción, se mantuvo el sistema de juicio político para integrantes de la Corte Suprema, mientras que se creó la figura del Jurado de

¹⁵¹ CSJN, Fallos: 325:806, “Sarandí”.

¹⁵² CSJN, Fallos: 328:3399, “Casal”.

¹⁵³ CSJN, Fallos: 330:2361, “Rosza”.

¹⁵⁴ CSJN, Fallos: 322:1616, “Fayt”.

¹⁵⁵ CSJN, Fallos: 329:1092, “Gutierrez”.

Enjuiciamiento para los jueces de tribunales inferiores. Asimismo, se aplicó la doctrina de la Corte Interamericana en el caso Tribunal Constitucional del Perú¹⁵⁶, para el control judicial del procedimiento de enjuiciamiento político en los casos Boggiano y Moliné O'Connor. . Del mismo modo, el Tribunal resolvió que la función de acusar y de juzgar no deben recaer en el mismo funcionario¹⁵⁷. Dentro de este marco, se ha analizado con profundidad la exigencia de imparcialidad, tanto subjetiva como objetiva¹⁵⁸. También se ha reconocido el derecho a la doble instancia a partir de la adopción de los criterios de la Corte Interamericana¹⁵⁹, y el Alto Tribunal declaró la invalidez de los tribunales militares¹⁶⁰.

En torno a la responsabilidad del Estado por mala actuación de los jueces, circunstancia que sin lugar a dudas impide el normal desenvolvimiento de un debido proceso y, por ello, del adecuado acceso a la justicia del individuo, la Corte Suprema ha resuelto que: “Las irregularidades procesales que se manifestaron en los juicios tramitados ante la justicia provincial y nacional comprometen, por una parte, la responsabilidad personal de los órganos actuantes (art. 1112 del Código Civil) y también la responsabilidad directa por la actuación de aquellos, tanto de la provincia como de la Nación, en el marco de los errores ‘in procedendo’ cometidos por magistrados, funcionarios o auxiliares de la justicia que concurren a la defectuosa prestación del servicio de justicia¹⁶¹”. Finalmente, señaló que “la no intervención en el proceso del magistrado que habría cometido el hecho dañoso o la imposibilidad de traerlo a juicio en tanto no fuera separado de su cargo, no obsta a la responsabilidad estatal por los hechos ilícitos de sus funcionarios, ya que no existe prescripción legal alguna que establezca que en las

¹⁵⁶ Corte IDH, “Tribunal Constitucional vs. Perú”, Sentencia del 31 de enero de 2001.

¹⁵⁷ CSJN, Fallos: 327:5863, “Quiroga”.

¹⁵⁸ CSJN, Fallos: 328:1491, “Llerena”; Fallos: 329:3034, “Dieser”.

¹⁵⁹ CSJN, Fallos: 328:3399, “Casal”.

¹⁶⁰ CSJN, Fallos: 330:399. “López”.

¹⁶¹ CSJN, Fallos: 329:1881, “Tortorelli”.

demandas de resarcimiento contra uno de los responsables sea menester deducir también la pretensión contra quien lo es de manera concurrente”¹⁶².

La afectación al acceso a la justicia por conculcación del debido proceso también puede constatarse ante la violación del derecho a “obtener una pronta resolución” cuando el acceso se ve obstaculizado irrazonablemente, por ejemplo, ante una dilación indefinida. Explica el Tribunal que constituye privación de justicia la postergación “*sine die* la resolución de cualquier caso (...) porque si las instancias pudieran diferir sin término previsible la decisión referente al caso controvertido, los derechos podrían quedar indefinidamente sin reconocimiento, con grave e injustificado perjuicio para quienes los invocan. Ello así, pues si bien la realización en tiempo adecuado es siempre importante para los negocios humanos hay supuestos en que aquella adquiere caracteres de urgencia sea por el carácter de la cuestión en debate, sea por la premura que las particularidades específicas del caso imponen a su solución”¹⁶³. Al respecto se tiene especialmente en cuenta la naturaleza del proceso y los derechos tutelados – por ejemplo, los derechos de naturaleza alimentaria reclaman mayor premura en su tutela -. Del principio en análisis, se desprende también el derecho de toda persona a contar con una vía idónea que le permita impulsar el proceso al cual se encuentra sometida. Con relación al proceso penal, la Corte Suprema ha desarrollado diversas líneas jurisprudenciales que ponderaban con distinta amplitud los criterios de la Corte Interamericana¹⁶⁴.

El tribunal cimero argentino ha interpretado que el debido proceso llevado a cabo ante los jueces naturales exige cuatro tramos esenciales: acusación, defensa, prueba y

¹⁶² Ibidem

¹⁶³ CSJN, Fallos: 306:210

¹⁶⁴ CSJN, Fallos: 313:891, “Firmenich”; Fallos: 325:2322, “Alonso”; Fallos: 319:1840, “Bramajo”.

sentencia¹⁶⁵, enlazados por los principios de progresividad y preclusión. Particularmente, la acusación exige ser clara, en torno a la descripción de la conducta imputada, a fin de dar lugar a un pleno ejercicio del derecho de defensa¹⁶⁶. Por su parte, el Tribunal ratificó el derecho de las personas procesadas a contar con asistencia jurídica, la cual debe ser gratuita e idónea, y señaló que es deber de los jueces y las juezas vigilar que tal derecho se garantice durante todo el proceso. Así, el derecho de defensa implica el derecho a ser oído¹⁶⁷, a elegir una persona que le defienda, con quien se pueda comunicarse libre y privadamente¹⁶⁸.

El Tribunal ha desarrollado una vasta línea jurisprudencial en torno al derecho a la defensa efectiva (derecho que examinaremos con mayor detalle al analizar la Defensa Pública como garantía de acceso a la justicia), exigiendo un determinado grado de idoneidad en la actividad desplegada por el abogado defensor a los fines de encontrar satisfecho el derecho al debido proceso. Así, declaró la nulidad de diversos actos procesales cuando verificó el estado de indefensión generado por la inactividad – actividad palmariamente deficiente o defectuosa actividad– de los asistentes técnicos, ya sean profesionales particulares o defensores públicos¹⁶⁹. Dentro de este marco, ha exigido la necesidad de la intervención del defensor a fin de dar eficacia al desistimiento, ha establecido que el recurso de queja interpuesto in forma pauperis se perfecciona con la fundamentación a los efectos de la exigencia del depósito, la doctrina de que la identidad de partes no equivale a la identidad de ministerio, y ha tenido especialmente en cuenta la defensa eficaz de menores, entre otros criterios.

¹⁶⁵ CSJN, Fallos 306:1705, “Casiraghi”; Fallos: 308:1386, “Fernández”.

¹⁶⁶ CSJN, Fallos: 312:540, “Crudo”.

¹⁶⁷ CSJN, Fallos: 307:1487, “Ibarguren de Duarte”.

¹⁶⁸ CSJN, Fallos: 279:91, “Paz”; Fallos: 323:3699, “Fabroccino”.

¹⁶⁹ CSJN, Fallos: 310:1934, “Gordillo”; Fallos: 316:274, “Scarpatti”; Fallos: 326:1377, “Andueza”.

II.3. El acceso a la justicia y la Defensa Pública

II.3.1. La acción de la Defensoría Pública como garante del acceso a la justicia

El acceso a la justicia, en tanto derecho humano fundamental, representa para las personas la puerta de entrada a los distintos cauces institucionales provistos por los Estados para la resolución de sus controversias. Ello implica que, además de abstenerse de incurrir en violaciones, los Estados tienen la obligación positiva de remover los obstáculos que impiden o limitan el acceso a la justicia.

Como medio para exigir el goce o restablecimiento de otros derechos (civiles, políticos, económicos, sociales, culturales, etc.) 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 el proceso, que debe sustanciarse de conformidad con los principios que sustentan el estado de derecho (juicio justo, garantías procesales, etc.) y se prolonga hasta la ejecución de la sentencia. Ello implica que el principio de igualdad, y las condiciones de accesibilidad y efectividad que deben reunir los medios establecidos por los Estados para el tratamiento de las controversias deben darse no sólo al inicio sino a lo largo de todo el proceso de su resolución. La ausencia de medios idóneos para el acceso a la justicia, en última instancia, priva a las personas del “derecho al derecho”, al negarle los medios reales para su efectivo ejercicio. Desde una perspectiva jurídica, la complejidad y riqueza del acceso a la justicia reside en que es un derecho en sí mismo y, a la vez, el medio que permite restablecer el ejercicio de aquellos derechos que hubiesen sido desconocidos o quebrantados. Al mismo tiempo, lo primero remite al complejo tejido de derechos con que se relaciona el acceso a la justicia; lo segundo, a las condiciones institucionales y

materiales en que se desarrollan las actividades del sistema de administración de justicia y los factores que inciden en su funcionamiento.

Es importante reiterar que una de las particularidades del acceso a la justicia es su vinculación con el conjunto de los derechos y, en particular, con tres de ellos identificados como fundamentales. Nos referimos al derecho a la tutela judicial (juicio justo o debido proceso), al derecho a un recurso efectivo y al derecho a la igualdad. Como respuesta dialéctica a la ausencia de participación del ciudadano en pos de hacer valer sus recursos jurídicamente tutelados, surge cada vez con mayor entidad el instituto de la Defensa Pública, entendida esta como “condición de legitimidad del Estado de Derecho”.

Desde mediados del Siglo XX, durante el período hegemónico del modelo intervencionista estatal denominado Welfare State en los países de Europa Occidental, un nuevo enfoque pasó a abordar el tema, al institucionalizarse en Inglaterra un sistema más avanzado de acceso a la justicia, mediante los servicios del legal advice – consultoría extrajudicial-, representado por profesionales liberales debidamente remunerados por el Estado. La Defensa Oficial fue concebida históricamente desde la micro-cultura institucional -quizá por su cercanía con los pobres- como la hermana bondadosa, comprensiva, solidaria y austera del sistema.- Esto determinó a lo largo del tiempo la construcción de una identidad marcada por un estereotipo que responde a aquéllas particularidades.- Poder visualizarlo y sobre todo comprender la implicancia que en lo funcional acarrea tal estereotipo es el primer gran desafío que debiéramos asumir los integrantes de cualquier Defensa Pública Oficial . Es indudable que nuestros Estados latinoamericanos poseen hoy en día notables dificultades para garantizar a todos los ciudadanos la garantía de un acceso a la justicia eficaz y gratuito, entendiendo

esta gratuidad del servicio en el sentido de su disponibilidad orgánica y funcional, es decir, la posibilidad real de todo ciudadano de acudir físicamente al mismo y defender sus derechos mediante una adecuada representación. Así, principalmente son los ciudadanos con menos recursos los que deben ser fuente de inspiración de todo este movimiento; es tiempo que sean también los motores esenciales que generen este proceso de cambio.

Es claro que el derecho de defensa implica reconocer el derecho a intervenir ante los órganos jurisdiccionales, las Fiscalías, la policía o ante cualquier otro órgano de persecución penal, para formular los planteamientos, alegatos y producir o contradecir la prueba producida en el proceso con el objetivo final de resguardar los intereses del imputado. De este modo, la defensa constituye no sólo una garantía constitucional sino también una condición de legitimidad y validez de los procesos penales en todas sus etapas. La posibilidad de que exista una defensa real disminuye el margen de error en las intervenciones del sistema penal, otorgándole mayores posibilidades de acercarse en sus decisiones a la verdad por el litigio y la controversia de las partes, en lugar de dejar librado todo el desarrollo del proceso a la actividad unilateral del juez investigador o, peor aún, de los acusadores, por más que ellos sean funcionarios del Ministerio Público.

Sin perder de vista que la función debe atender al interés de la concreta persona defendida, se entiende que a través de su ejercicio corresponde también velar por los demás derechos humanos, tarea que de modo global e institucional no debe ser estática sino que debe propender a elevar el nivel de garantías, sobre todo en épocas de garantismo decreciente, como una forma de conjugar en una misma institución una concreta defensa con la tutela de los derechos fundamentales. Históricamente, esta concepción ha sido otrora sostenida por pensadores como Filangieri, Bentham o

Carrara, quienes concibieron un verdadero tribunal de la defensa, constituido como magistratura independiente y destinada a garantizar la libertad civil de los ciudadanos.

En esta misma línea doctrinal, la actual Defensora General de la Nación Argentina, Dra. Stella Maris Martínez, ha sostenido en diversas oportunidades que más allá de la discusión en punto a si la defensa debe quedar en manos de abogados independientes, que reciban un determinado estipendio por su cometido, o encomendada a un cuerpo de defensores oficiales, el punto previo es rediseñar el concepto de defensa como obligación del Estado y como derecho de todas las personas. De ahí que el paso fundamental sea lograr que el Estado tome realmente a su cargo la misión de asegurar a cada persona un asesoramiento legal efectivo, arbitrando el mejor sistema posible cuando se trate de asegurar la defensa de quienes carecen de medios para solventar la actividad de un abogado de confianza¹⁷⁰.

En suma, la Defensa Pública es una institución de garantía que tiene múltiples fundamentos axiológicos y que responde a diversas instancias garantistas, entre las cuales podemos mencionar: a) garantiza las libertades fundamentales de las personas contra los poderes arbitrarios estatales; b) satisface un doble interés público: otorga mayor credibilidad a los magistrados acrecentando la confianza en ellos por parte de los ciudadanos y garantiza la absolución del inocente como la condena al culpable y; c) garantiza el principio de igualdad de las personas ante la ley, al no dejar sin defensa al que no pueda acceder a ella por razones económicas.

Y esta institución es por la que bregó en su obra Mauro Cappelletti quien, desde la cátedra y desde la política, destinó gran parte de su producción literaria hacia la provisión por parte del Estado de una asistencia jurídica gratuita para quienes se

¹⁷⁰ Cfr. www.mpd.gov.ar.

encuentran en situación de vulnerabilidad. Específicamente, el florentino criticó duramente, tal y como veremos a continuación, la vetusta ley de patrocinio jurídico gratuito que, más que favorecer el acceso a la justicia de los pobres, establecía un sin fin de requisitos para que los más necesitados puedan hacer valer sus derechos ante los órganos jurisdiccionales pertinentes. En cuanto al establecimiento del sistema de Defensa Oficial, Cappelletti sostuvo que “... los defensores ayudan a los pobres para que éstos puedan hacer efectivas sus pretensiones no sólo judicial sino también extrajudicialmente... las ventajas de este sistema sobre el sistema judicial son evidentes. Trata de solucionar junto con el problema de los costos otros del “acceso a la justicia”, especialmente los que provienen de la falta de conocimientos legales de los pobres. Más aún: puede abarcar toda clase de problemas de la gente sin dinero. Los Defensores Oficiales tienen la ventaja de actuar dentro de una organización, en la cual adquieren práctica experiencia con los problemas de las personas sin recursos económicos, lo que no les sucede, la mayoría de las veces, a los abogados que ejercen particularmente la profesión...”¹⁷¹.

De este modo, y en coincidencia con los augurios del catedrático florentino, existe actualmente una marcada tendencia a renovar la concepción de la Defensa Pública en la Argentina, que paso a paso trata de superar escollos provenientes de la legislación y la realidad circundante que le impedían desarrollarse como institución autónoma y autárquica. Esos obstáculos se manifiestan legislativamente en las normas que ligán su actividad a la de otros poderes y órganos del Estado con funciones y fines que en algunos aspectos son comunes pero que en otros son absolutamente diversos e incluso contrarios, como los fijados para el Poder Judicial, el Poder Ejecutivo y el Ministerio

¹⁷¹ Cappelletti, M, *Dimensioni della giustizia nelle società contemporanee*, Il Mulino, Bologna, 1994, pág. 71.

Público Fiscal. A ello se agregan los preceptos procesales que evidentemente parten de una visión previa del ejercicio de la abogacía, que terminan imponiendo a los actores que la hacen realidad, preconfigurando de ese modo esquemas o más bien caricaturas del Defensor Público y del abogado de la matrícula.

En Argentina, existe un modelo de Defensa Oficial que, a partir de la Constitución de 1994 ha creado la figura del Defensor General de la Nación, otorgándole idéntica jerarquía que al Ministerio Público Fiscal. La equiparidad de ambas instituciones obedece al concepto de que un Estado respetuoso de los tratados de derechos humanos, asignando iguales prioridades a la persecución del delito que a la defensa de quienes los cometieron. El Ministerio Público de la Defensa, es un organismo independiente, autónomo, autárquico, que administra su propio presupuesto y que tiene absoluta libertad en cuanto a sus decisiones. Cada Defensor Oficial tiene la misma jerarquía, y recibe la misma remuneración que los Fiscales y Jueces ante los que actúa. Los cargos son provistos mediante un sistema de concursos, de tal manera que quienes ingresan a esta institución cuentan con un alto grado de capacitación y no obedecen a recomendaciones políticas.

Ahora bien, habrá que determinar en primer lugar de qué tipo de Defensa Pública estamos hablando. En efecto, investigaciones recientes de los sistemas argentinos de Defensa Pública demuestran dos modelos netamente diferenciados: uno independiente, que por ser tal permite a la Defensa Pública marcar su propio perfil en la realidad dentro del marco constitucionalmente asignado; y otro judicialista, que hace depender a la Defensa Pública del Poder Judicial, sistema adoptado por nuestro país hasta la reforma de la Constitución de 1994. Teniendo en claro que Argentina ha optado constitucionalmente por un modelo independiente de Defensa Pública, nos encontramos

en condiciones de afirmar que el sistema de Defensores Públicos que la componen constituyen una clara respuesta del Estado argentino a su obligación internacional de “respetar, garantizar y hacer efectivo el derecho irrenunciable del inculcado a ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado”.

Concretamente, la idea central de la defensa pública consistía en la defensa de las personas que carecen de defensa. En el plano de la normativa constitucional el derecho de defensa en juicio se considera una garantía básica a la vez que constituye un deber fundamental de la función judicial del Estado. Así, el art. 18 de la Constitución prescribe la inviolabilidad de la defensa en juicio de la persona y de los derechos, en consonancia con el propósito de afianzar la justicia ha consagrado en el Preámbulo. Y como mencionamos anteriormente, el art. 8, inc. 2, ap. e de la CADH confiere el derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no, según la legislación interna, si el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley; pronunciándose en similar sentido el art. 14, inc. 3, ap. “d” del PIDCP. Conjugando estas ideas con el texto del art. 120 de la Constitución nacional, resulta claro que se colocó en cabeza de la defensa la custodia de la legalidad en relación a intereses muy concretos.

Desde el punto de vista del Defensor Oficial, este fin concreto debe ser el principio rector que oriente los esfuerzos en pos de brindar una defensa técnica adecuada, especialmente teniendo en cuenta los compromisos internacionales que nuestro país contrajo al suscribir los tratados internacionales sobre derechos humanos, cuya relevancia subrayó el constituyente confiriéndoles jerarquía constitucional. En esta inteligencia, la Ley 24.946 establece como deber y atribución del Defensor General de la Nación, la de realizar todas las acciones conducentes para la defensa y protección de

los derechos humanos, entre las cuales se incluyen expresamente la de patrocinar y asistir técnicamente, en forma directa o delegada, ante los organismos internacionales, a las personas que lo soliciten (art. 51, incs. d y v, Ley 24.946).

Específicamente en torno al Ministerio Público de la Defensa, pieza vital en el reconocimiento efectivo del acceso a la justicia, con anterioridad a la reforma los Defensores Públicos se encontraban dentro de la estructura del Poder Judicial y dependían funcionalmente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, operando esta circunstancia en desmedro de la garantía de igualdad entre las partes y del derecho a una tutela efectiva de los derechos de justiciables. El cambio institucional producido representó, entonces, un importante avance para el fortalecimiento de la defensa pública en tanto actriz protagonista dentro del sistema de justicia para la firme protección de los derechos de las personas¹⁷². Cabe aclarar que esta situación institucional se verifica en el orden nacional. Las realidades que existen en el derecho público provincial son diversas. Un buen número de provincias mantiene aún el esquema de dependencia de los ministerios públicos con relación a los poderes judiciales, y muchas veces dan muestras de ministerios públicos fiscales y de la defensa atiborrados y saturados de trabajo y con escasos recursos institucionales y estructurales, dependiendo de una sola cabeza (la del Ministerio Público o Procurador) que dirige la política criminal de Fiscales y Defensores por igual quitando de ese modo independencia y autonomía de los Defensores Oficiales.

¹⁷² Cfr. www.mpd.gov.ar.

El espectro de competencias de los defensores a nivel nacional es sumamente amplio, a diferencia de la mayoría de las normativas provinciales¹⁷³. Así, su accionar abarca la defensa en materia penal y no penal, la representación de menores de edad e incapaces y el ejercicio de la tutela y curatela pública. En materia penal, asume la defensa de toda persona imputada de un delito, siempre que no haya designado abogado particular. El ordenamiento procesal penal vigente prevé al derecho de defensa como un derecho del imputado, quien tiene la facultad de elegir quién será el abogado que lo defienda. Si dentro de un plazo determinado no lo hiciera, el Tribunal debe designarle de oficio al defensor público que corresponda, conforme el orden de turnos establecido por el Ministerio Público de la Defensa. El servicio es gratuito. Sin embargo, si el imputado resulta condenado y tiene medios suficientes al momento de la sentencia, debe abonar al servicio de defensa pública –a la institución y no al defensor individual– los honorarios que se regulen judicialmente¹⁷⁴. En materia no penal, el Ministerio Público de la Defensa asume la asistencia y patrocinio gratuito de las personas que deseen hacer valer sus derechos e invoquen y justifiquen pobreza. También debe asumir la representación en juicio de quienes se encuentran ausentes en ocasión de requerirse la defensa de sus derechos (defensores de pobres y ausentes). Las funciones encomendadas a los defensores de pobres y ausentes no se limita a la mera representación en juicio sino que también se ocupan de contestar consultas y brindar asesoramiento a las personas sin medios suficientes, que lo soliciten, procurando intentar la conciliación y ofrecer medios alternativos de resolución de conflictos, antes del inicio de un proceso. Asimismo, el Ministerio Público, a través de los defensores públicos de menores e

¹⁷³ Para una mejor ilustración, recomiendo la lectura del libro AA.VV, *Defensa Pública: Garantía de acceso a la justicia*, Publicación del Ministerio Público de la Defensa, Buenos Aires, Defensoría General de la Nación de la Nación, 2008.

¹⁷⁴ Arts. 63 y 64, Ley Orgánica del Ministerio Público.

incapaces, tiene a su cargo la representación promiscua de los menores de edad e incapaces, conforme lo establece el artículo 59 del Código Civil; intervienen en las cuestiones judiciales suscitadas ante los tribunales de las diferentes instancias, en toda oportunidad en que se encuentre comprometido el interés de la persona o los bienes de los menores de edad o incapaces (tanto en materia penal como no penal), emitiendo el correspondiente dictamen. Por último, el Ministerio Público de la Defensa debe asumir funciones de tutela y curatela a través de los tutores y curadores públicos que ejercen, mediante mandato legal, la representación de la persona de los incapaces. En el caso de los curadores, también ejercen la asistencia y defensa especial, según corresponda. Tal intervención ocurre en los supuestos de ausencia del representante “natural” o de otros allegados en condiciones de asumir dicha función y por carecer de bienes de fortuna. Los tutores y curadores públicos tienen como misión, la protección de los menores de edad, en el caso de los primeros, y de los adultos que tuvieren padecimiento mental incapacitante y el control de internación de menores de edad internados, en el caso de los segundos, con el objeto de asegurar la defensa y el ejercicio de sus derechos. En todos los casos mencionados, el Ministerio Público de la Defensa interviene desde el inicio del proceso y en todas las instancias, inclusive en la etapa de la ejecución de la pena; y está legitimado, además, para actuar ante los organismos y tribunales internacionales que corresponda. Sus principales funciones son ejercer la defensa de la persona imputada y condenada en causas penales; patrocinar en materia no penal a las personas en situación de pobreza, a personas ausentes y a menores e incapaces (incluyendo su representación promiscua) para garantizar sus derechos ante la justicia; velar por la defensa de los derechos humanos, promoviendo las acciones correspondientes cuando se verifique su violación, y diseñar y ejecutar políticas para

facilitar el acceso a la justicia de los grupos especialmente en situación de vulnerabilidad.

La Defensoría General de la República Argentina ha tenido un rol fundamental durante los últimos años en el litigio de casos estructurales por agravamiento ilegítimo en las condiciones de detención. Así, y por citar los más destacados, presentó el 18 de abril de 2005 un hábeas corpus por el que demandó al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación –del que depende la Dirección Nacional del Servicio Penitenciario Federal– la mejora de las condiciones en la unidad carcelaria de Villa Devoto. Se solicitó reducir la sobrepoblación, restaurar las inmensas plantas 1, 2 y 3 del penal e incorporar más agentes penitenciarios al establecimiento para reducir los riesgos de conflictos. Se pidió además recuperar las instalaciones del pabellón que agrupa a internos con HIV integrados a un programa de recuperación, dotar de baños para uso de discapacitados y mejorar el servicio de limpieza en la unidad. La intervención judicial en este caso significó una ostensible mejora de las condiciones en que se ejecutan las privaciones de libertad en dicha institución penitenciaria.

Asimismo, los primeros días de noviembre de 2008 la Comisión de Cárceles de la Defensoría General de la Nación presentó un informe conmovedor respecto al estado general del Complejo Penitenciario Federal No. 2 de Marcos Paz, a raíz de lo cual se instruyó al Defensor Público Oficial de la jurisdicción correspondiente a la unidad para que interpusiera una acción de hábeas corpus colectivo y correctivo en amparo de las personas allí alojadas. La intervención judicial en el caso fue también exitosa, lográndose la restitución de la provisión de agua (que había permanecido cortada durante 10 días consecutivos) y mejoras en general en todo el complejo.

Finalmente, es interesante destacar la interposición conjunta entre la Defensoría General de la Nación y el Ministerio Público Fiscal de una acción de hábeas corpus colectivo

correctivo respecto de las personas detenidas en el Escuadrón 52 de Gendarmería Nacional de Tartagal, Salta, en razón de las condiciones en que se cumplía allí el encierro. El caso llegó a la CSJN por el recurso extraordinario federal interpuesto por el Ministerio Público de la Defensa, motivando el dictado del fallo Rivera Vaca, Marco Antonio s/ hábeas corpus, del 16 de noviembre de 2009, donde tras reconocer la legitimación de la institución para accionar colectivamente incluso a favor de personas que no estaban siendo asistidas por la defensa pública, reenvió el caso a la Sala III de la Cámara Nacional de Casación Penal –que en su intervención previa había declarado abstracta la cuestión–, la que en su nueva resolución dispuso que el Escuadrón 52 de Tartagal no podía ser un lugar permanente de alojamiento, debiendo limitarse su uso al plazo de 24 horas improrrogables.

Sin lugar a dudas, todo esto involucra el derecho a una asistencia letrada experimentada, competente y eficaz en virtud del cual los abogados defensores deben actuar con libertad y con diligencia de conformidad con la ley y con las normas y principios éticos de la profesión jurídica, habiendo resuelto el Comité de Derechos Humanos en un caso en que el abogado designado oficialmente había adoptado “presuntamente la actitud de un fiscal”, se había violado el derecho del acusado a una defensa adecuada . Sin perder de vista que la función debe atender al interés de la persona concretamente defendida, se entiende que a través de su ejercicio corresponde también velar por los demás derechos humanos, tarea que de modo global e institucional no debe ser estática sino que debe propender a elevar el nivel de garantías, sobre todo en épocas de garantismo decreciente, como una forma de conjugar en una misma institución una defensa concreta con la tutela de los derechos fundamentales.

En lo que hace al ámbito continental, el derecho subjetivo público del ciudadano necesitado de asistencia jurídica fue reconocido, por ejemplo en Brasil, como un principio constitucional, en la Carta política de 1934. Aunque la Constitución de 1937 nada dijo sobre la materia, tal idea persistió, siendo nuevamente consagrada en la Constitución democrática de 1946, repitiéndose esta garantía en las Cartas de 1967 y en la actual de 1988. Recientemente en Brasil, y a la luz del nuevo enfoque que se le otorga a la Defensoría Pública, fue sancionada la ley complementaria N°80, del 12 de febrero de 1994, definiendo la Defensoría Pública como una “institución esencial de la función jurídica del Estado, incumbiéndole la orientación jurídica de los necesitados, conforme el art. 5°, LXXIV” (art. 134 de la Constitución federal).

Ahora bien, habiendo sido realizadas las premisas históricas y dogmáticas necesarias, es dable señalar que durante el 41° período de las Sesiones Ordinarias de la Asamblea General de la OEA, reunida entre los días 5 y 7 de junio del corriente año en la ciudad de San Salvador – República de El Salvador - los representantes de los treinta y cinco Estados miembros aprobaron, por unanimidad, la Resolución AG/RES. 2656 (XLI-O/11) denominada “Garantías para el acceso a la justicia. El rol de los defensores oficiales”. Dicha resolución es, sin lugar a dudas, el primer documento normativo a nivel continental aprobado por la Organización de los Estados Americanos que aborda el tema del “acceso a la justicia” como un derecho autónomo, que permite ejercer y proteger otros derechos y, a su vez, impulsa el rol de la Defensa Pública oficial como herramienta eficaz para garantizar el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, resultando un avance trascendental para el fortalecimiento de la Defensa Oficial de los Estados de la región y la garantía del acceso a la justicia de todos y cada uno de los habitantes de los países que forman parte de la organización. Entre los puntos más importantes contenidos en este documento histórico, se destacan los siguientes:

- a) “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.”
- b) “Alentar a los Estados que aún no cuenten con la institución de la defensa pública, que consideren la posibilidad de crearla en el marco de sus ordenamientos jurídicos.”
- c) “Destacar 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.”
- d) “Destacar las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad” (XIV Cumbre Judicial Iberoamericana Brasilia, República Federativa del Brasil, 2008), destinadas a garantizar el acceso efectivo a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad sin discriminación alguna, a fin de que dichas personas puedan gozar plenamente de los servicios del sistema judicial; que promueven además la implementación de políticas públicas destinadas a garantizar la asistencia técnico-jurídica de las personas”.

Con mayor actualidad, recientemente la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos, en la Resolución Nro. 2801 (XLIII-O/13) denominada “Hacia la autonomía de la Defensa Pública Oficial como garantía de Acceso a la Justicia” aprobada el 5 de junio de 2013, resolvió:

- 1) Afirmar que el acceso a la justicia, en tanto derecho humano fundamental es, a la vez, el medio que permite restablecer el ejercicio de aquellos derechos que hubiesen sido desconocidos o vulnerados;
- 2) 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;
- 3) Afirmar la importancia fundamental que tiene el servicio de asistencia letrada gratuita prestada por los Defensores Públicos Oficiales para la promoción y protección del derecho de acceso a la justicia de todas las personas, en particular de aquellas que se encuentran en una situación especial de vulnerabilidad en todas las etapas del proceso;
- 4) Reiterar una vez más 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, autonomía funcional, financiera y/o presupuestaria y técnica;
- 5) Sin perjuicio de la diversidad de los sistemas jurídicos de cada país, destacar la importancia de la independencia, autonomía funcional, financiera y/o presupuestaria, de la defensa pública oficial, como parte de los esfuerzos de los Estados Miembros para garantizar un servicio público eficiente, libre de injerencias y controles indebidos por parte de otros poderes del Estado que afecten su autonomía funcional y cuyo mandato sea el interés de su defendido o defendida;
- 6) Alentar nuevamente a los Estados que aún no cuenten con la institución de la defensa pública, que consideren la posibilidad de crearla en el marco de sus ordenamientos jurídicos;
- 7) Alentar, cuando corresponda, a los Estados Miembros a promover la participación de los defensores públicos en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos a fin que el

derecho a defensa técnica sea ejercido y garantizado desde la primera actuación del procedimiento dirigida en contra de una persona a nivel nacional hasta, cuando proceda, la emisión de la sentencia por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos;

8) Exhortar a los Estados a promover oportunidades de cooperación internacional para el intercambio de experiencias y buenas prácticas en la materia;

9) Alentar a los Estados y a los órganos del sistema interamericano a promover la celebración de convenios para la realización de capacitaciones y formación de los defensores públicos oficiales;

10) Solicitar al Consejo Permanente la realización de una segunda sesión especial en la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos de la OEA sobre el intercambio de buenas prácticas y experiencias generadas a partir de la implementación de las Resoluciones AG/RES 2656 (XLI-O/11) y AG/RES. 2714 (XLII-O/12), en el primer trimestre del año 2014, con la presencia de los Estados miembros y de sus respectivas instituciones públicas oficiales de asistencia jurídica, de integrantes de la Asociación Interamericana de Defensorías Públicas (AIDEP), expertos del sector académico y de la sociedad civil, así como de las organizaciones internacionales;

11) Alentar que el Departamento de Derecho Internacional de la Secretaría de Asuntos Jurídicos elabore una compilación de buenas prácticas sobre acceso a la justicia y defensa pública en la región, en seguimiento del párrafo resolutivo 6 de la resolución AG/RES. 2656 (XLI-O/11) y del párrafo resolutivo 9 de la resolución AG/RES. 2714 – (XLII-O/12), con las recomendaciones que estime pertinentes en vías de consolidar, paulatinamente, el sistema de defensa pública autónoma e independiente en el continente;

12) Solicitar al Consejo Permanente que informe a la Asamblea General, en su cuadragésimo cuarto período ordinario de sesiones, sobre la implementación de la

presente resolución, cuya ejecución estará sujeta a la disponibilidad de recursos financieros en el programa-presupuesto de la Organización y otros recursos.

Es en este mismo sentido que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a través de su jurisprudencia, entiende la función e importancia de la Defensa Pública: “La defensa del inculcado sigue en predicamento. No hay (...) ordenamiento nacional que no estipule el derecho de aquel a la defensa frente a los cargos que se le imputan, así como el derecho de contar con defensor que lo asista en el difícil trance del enjuiciamiento, cuando están en juego sus bienes más apreciados. Éste es, inclusive, un personaje que concurre a integrar, como se ha dicho, la personalidad procesal del inculcado. Pero son abundantes los casos expuestos ante la Corte (y que hay otros millares que aguardan turno: no de llegar al tribunal interamericano, sino de verse beneficiados, a través de los ordenamientos y las jurisdicciones nacionales, por los progresos que acogen los instrumentos internacionales) en los que esa defensa no ha existido en absoluto o ha sido nominal: distante y ajena al inculcado, inactiva, indiferente, o ha carecido de oportunidad verdadera y facilidades genuinas para cumplir la misión que se reconoce, pero no se favorece”¹⁷⁵.

De este modo, se deja entrever que la Defensa Pública en cuanto garantía de accesibilidad al servicio de justicia, ha adquirido un rol de fundamental importancia no sólo en nuestro ordenamiento interno, sino que es la misma Organización de los Estados Americanos - a través de una serie de resoluciones como las anteriormente citadas -, y la Corte Interamericana de Derechos Humanos- a través de sus fallos - han comenzado a fomentar el establecimiento de este servicio de defensa pública y gratuita con el fin de garantizar el acceso a la prestación jurisdiccional de todos y cada uno de los habitantes del continente.

¹⁷⁵ Corte IDH, “Caso Herrera Ulloa vs. Ecuador”, Sentencia del 12 de setiembre de 2005, pág. 3.

II.3.2. El acceso a la justicia y la garantía de la defensa técnica eficaz

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido, en diversos fallos, que resulta necesaria la intervención de un defensor y que debe asegurarse una defensa técnica eficaz, así en el fallo “Reinoso, José Luis”¹⁷⁶ el Máximo Tribunal hizo lugar al planteo de nulidad y, remitiéndose al dictamen del Procurador Fiscal, entendió que en el caso resultaban aplicables los estándares establecidos en el precedente “Núñez, Ricardo Alberto”¹⁷⁷, en la medida en que ninguna de las manifestaciones in pauperis articuladas por Reinoso habían ameritado la intervención de una defensa técnica que las canalizara jurídicamente, salvaguardando la efectiva y sustancial asistencia letrada del nombrado.

En otro fallo el Tribunal Supremo en consideración de una nota manuscrita -in pauperis- por medio de la cual Raúl Montenegro pretendió recurrir la sentencia que lo había condenado, declaró la nulidad de todo lo actuado desde el momento en el que las actuaciones ingresaron en el Superior tribunal de Córdoba, en tanto y en cuanto ese órgano había omitido dar vista a un defensor con el objeto de que cimentara en derecho la voluntad de Montenegro. La Corte Suprema –por mayoría y tras remitirse al dictamen del Procurador Fiscal- hizo lugar a la presentación declarando la nulidad de la resolución que rechazó por extemporánea la presentación de Montenegro en el Superior Tribunal Provincial. Para llegar a tal decisión y luego de recordar su tradicional doctrina en punto a los alcances del derecho de defensa y al valor de las presentaciones in pauperis, la Corte entendió que antes de expedirse sobre la procedencia formal de la

¹⁷⁶ CSJN, Fallos: 330:487.

¹⁷⁷ CSJN, Fallos: 327:5095.

presentación de Montenegro, el tribunal apelado debió haber otorgado intervención a una asistencia técnica que estuviera en condiciones de fundarla.”¹⁷⁸.

La Corte también se ha expedido en relación a la defectuosa intervención del asistente técnico y a los casos en que la defensa técnica resulta ineficaz, en este sentido se destaca el fallo “Núñez”¹⁷⁹, la mayoría de la Corte, luego de recordar que:

a) “...en materia criminal, en la que se encuentran en juego los derechos esenciales de la libertad y el honor, deben extremarse los recaudos que garanticen plenamente el derecho de defensa (...) de modo tal que quien sufre el proceso penal ha de ser provisto de un adecuado asesoramiento legal, al extremo de suplir su negligencia en la provisión de defensor asegurando, de ese modo, la realidad de la defensa en juicio...” (considerando 7);

b) “...los reclamos de quienes se encuentran privados de su libertad, más allá de los reparos formales que pudieran merecer, deben ser considerados como una manifestación de voluntad de interponer los recursos de ley, y que es obligación de los tribunales suministrar la debida asistencia letrada que permita ejercer la defensa sustancial que corresponda...” (considerando 8);

c) “...si bien no es obligación de la asistencia técnica del imputado fundar pretensiones de su defendido que no aparezcan, a su entender, mínimamente viables, ello no la releva de realizar un estudio serio de las cuestiones eventualmente aptas para ser canalizadas por las vías procesales pertinentes, máxime porque se trata de una obligación que la sociedad puso a su cargo (...) ya que no puede imputarse al procesado la inoperancia –a la que ha sido ajeno- de la institución prevista para asegurar el ejercicio de su derecho constitucional, cuya titularidad ostenta exclusivamente y cuya inobservancia puede

¹⁷⁸ CSJN, Fallos: 330:4471.

¹⁷⁹ CSJN, “Núñez”, fallo cit.

acarrear responsabilidad al Estado Argentino” (considerando 9). En el precedente “Olariaga”¹⁸⁰ – condenado a ocho años de prisión cuyo recurso de casación es declarado inadmisibile por infundado – el Alto Tribunal –por mayoría- rechazó el recurso sobre la base del artículo 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, mas los jueces Maqueda y Zaffaroni –en disidencia- entendieron que en el caso no se había satisfecho el derecho del imputado a ser asistido eficazmente, por cuanto la fundamentación técnica del recurso extraordinario no podía considerarse tal, declarando la nulidad de lo actuado desde el momento en el cual el justiciable interpuso la presentación federal *in pauperis*.

El precedente “Machuca”¹⁸¹ constituye otro fallo destacado del Alto Tribunal. En este caso, el defensor particular de Machuca había interpuesto un recurso de apelación que fue interpretado por el Tribunal de San Isidro como una “reserva de recurrir” en casación. La fundamentación se materializó. Cuando Machuca solicitó su revocación y se dio intervención al defensor oficial, éste también fundó. El primero fue rechazado por defectos de fundamentación y el segundo por extemporáneo. Al momento de emitir su dictamen, el Procurador Fiscal ante la Corte entendió que si Machuca estuvo mal asistido, el hecho de que se haya declarado la extemporaneidad importaba un excesivo rigor formal que no contemplaba una situación no imputable al encausado. Las razones que el tribunal invocó para rechazar el recurso implicó reconocer que éste no contó con la asistencia técnica necesaria.

En el caso “Schenone”¹⁸² la Corte se expidió sobre el mismo tema, sosteniendo que el recurso de queja por extraordinario *in pauperis* deducido por el encartado sólo había ameritado una fundamentación técnica de dos carillas –por parte de su defensora

¹⁸⁰ CSJN, Fallos: 239:1209.

¹⁸¹ CSJN, Fallos: 329:2569.

¹⁸² CSJN, Fallos: 329:4248.

particular- en la cual no se habían satisfecho ninguno de los requisitos de la vía intentada, y entendió que tal situación resultaba inaceptable frente al derecho de todo justiciable de ser asistido eficazmente. En palabras textuales adujo que “...si bien como principio no compete a los jueces subsanar deficiencias técnicas de los abogados en sus presentaciones, las irregularidades descriptas precedentemente motivan que este Tribunal tome los recaudos necesarios al respecto a los efectos de salvaguardar, en esta instancia, la integridad del derecho de defensa y la voluntad recursiva del imputado, máxime cuando en el sub judice se trata de una condena de doce años de prisión” (considerando 10). En razón de lo expuesto, la Corte apartó a la defensora particular, tras lo cual tomó intervención la Defensoría Oficial ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Corresponde señalar, a mayor abundamiento, que luego de esa intervención, el máximo Tribunal se expidió en punto al fondo del asunto y declaró admisible el recurso de queja (y procedente el extraordinario) con arreglo a la doctrina del precedente “Casal”¹⁸³.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación también ha sostenido que los yerros del abogado defensor no pueden perjudicar al imputado en diversos precedentes. En el caso “Ayala”¹⁸⁴, el asistente técnico de Ayala apeló la decisión que concedía la extradición a su defendido y alegó que, conforme a la información que había obtenido de un empleado del juzgado, entendía que el plazo aplicable era el de diez días previsto para el recurso de casación y no el de cinco días previsto en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. El recurso fue rechazado por extemporáneo, sin embargo la Corte propuso concederlo sobre la base de la doctrina según la cual “...la negligencia

¹⁸³ CSJN: Fallos: 328:3399.

¹⁸⁴ CSJN: Fallos: 328:3284.

del abogado defensor no puede acarrearle perjuicios al imputado, ni se puede sancionar la falta del defensor en cabeza del defendido...”.

En el precedente *Moreyra*,¹⁸⁵ la encartada dedujo un recurso extraordinario in pauperis en el cual sostuvo que su abogado defensor no había podido concurrir a mantener el recurso -emplazamiento previsto en el art. 451 CPPN- dado que padecía de “síndrome de pánico”, presentación que fue rechazada. Llegado el caso ante el máximo Tribunal y al amparo de los precedentes “*Igualt Pérez*”¹⁸⁶, “*Schenone*”¹⁸⁷, “*Núñez*”¹⁸⁸ y “*Dubrá*”¹⁸⁹ la Corte consideró arbitrario el pronunciamiento apelado pues a la luz de un exceso ritual manifiesto y en franco desconocimiento de la jurisprudencia del máximo tribunal, cercenó la garantía de revisión del fallo condenatorio y cargó sobre la imputada los yerros –justificados o no- de su propio asistente técnico. La Corte descalificó el fallo apelado sobre la base de tres argumentos: a) la falta de notificación personal a *Moreyra* de la resolución por medio de la cual se la emplazaba en los términos del artículo 451 del Código Procesal Penal de la Nación, circunstancia que, conforme a la doctrina del precedente *Dubrà*, impedía tener por firme esa decisión; b) la inactividad del abogado defensor justificada por su enfermedad y c) la situación de indefensión padecida por la justiciable que, en ese contexto y por causas que le resultaron ajenas, repercutió en su derecho al doble conforme de raigambre convencional.

En el caso *Portillo*¹⁹⁰, la secretaría del Tribunal Oral de la Provincia de Chaco fijó como inicio del plazo para la interposición del recurso de casación contra la sentencia condenatoria el momento en el que fueron leídos los fundamentos de la sentencia. Por

¹⁸⁵ CSJN, “*Moreyra, Margarita Isabel*”, M. 1842. XLI, rto. el 26 de febrero de 2008.

¹⁸⁶ CSJN: Fallos: 327:103.

¹⁸⁷ CSJN: Fallos: 329:4248.

¹⁸⁸ CSJN: Fallos, 327:5095.

¹⁸⁹ CSJN: Fallos, 327:3802.

¹⁹⁰ CSJN, “*Portillo, Marcos David*”, P. 221 XLIII, rto el 11 de abril de 2008.

su parte, el Tribunal Superior de la provincia interpretó, por el contrario, que el plazo comenzaba a computarse desde la lectura del veredicto y tras ello declaró extemporáneo el recurso interpuesto. La Corte –tras remitirse al dictamen del señor Procurador Fiscal– entendió que las deficiencias del tribunal y de la defensa no podían perjudicar al imputado toda vez que resultaba lesivo del derecho de defensa.

En resumen, la larga lucha por la consolidación de estos derechos se materializa hoy en las fórmulas normativas que los Pactos Internacionales de Derechos Humanos y las Constituciones políticas de todos los países de la región adoptan unánimemente. Ya no quedan dudas entonces, que la posibilidad real de defenderse de la persecución y los abusos estatales constituyen una garantía inherente al Estado de derecho y, como consecuencia de todo lo expuesto en el presente capítulo, una garantía de acceso a la justicia.

Capítulo III. “El acceso a la justicia en el sistema interamericano de protección de derechos humanos”

III.1. El acceso a la justicia en el derecho internacional

III.1.1. El acceso a los tribunales internacionales

En el derecho internacional, así como en algunos ordenamientos internos, el respeto y la protección de los derechos humanos pueden ser garantizados solamente por el desarrollo de remedios judiciales efectivos que los protejan. Cuando un derecho es violentado, la posibilidad de acceder a la justicia deviene de fundamental importancia para el individuo injuriado, y es un componente esencial del sistema de protección de los derechos de la persona humana. En virtud de ello, la noción de acceso a la justicia ha adquirido diversos significados, alejándose de la arcaica idea de acceder a los tribunales y obtener de los magistrados un pronunciamiento judicial ajustado a derecho. Autores como Francesco Francioni incluyen en esta noción la idea de obtener la posibilidad de obtener del sistema de administración de justicia un recurso eficaz para remediar la conculcación de un derecho, así como también el derecho a una asistencia jurídica gratuita para quienes no poseen recursos económicos tal y como venimos señalando en los capítulos precedentes.

El objeto de este capítulo es el de desarrollar la noción de acceso a la justicia desde la perspectiva internacional – fundamentalmente en la jurisprudencia del sistema interamericano de protección de derechos humanos -, encontrando que el temprano desarrollo del derecho de acceso a la justicia se encuentra íntimamente relacionado con los reclamos o peticiones de los individuos, sea que las violaciones de estos derechos hayan sido cometidos en sus Estados o en otros. Desde esta perspectiva, el acceso a la justicia es, al mismo tiempo, el objeto de un derecho, garantizado por los estándares internacionales en materia de derechos civiles y políticos, y un deber del Estado de

proporcionar al individuo la posibilidad de acceder efectivamente a los mecanismos de protección internacional de los derechos humanos.

En segundo término, examinaré el desarrollo del acceso a la justicia en el contexto del derecho internacional de los derechos humanos, analizando a) si efectivamente existe una obligación a nivel internacional para los Estados de garantizar el derecho de acceso a la justicia b) el desarrollo de dicha obligación; c) de qué manera es implementada en la práctica.

Finalmente, determinaré los obstáculos para el ejercicio individual del derecho de acceso a la justicia ya que, si bien la construcción dogmática del derecho surge a partir del derecho internacional – basado fundamentalmente en tratados internacionales, mas con raíz en el derecho consuetudinario – el efectivo goce de las previsiones del acceso a la justicia depende fundamentalmente de las acciones positivas de los órganos del Estado.

III.1.2. El derecho de peticionar ante las autoridades en el derecho internacional de los derechos humanos

El derecho de petición individual es una conquista definitiva del Derecho internacional de los Derechos Humanos. Es de la propia esencia de la protección internacional de los mismos la contraposición entre los individuos demandantes y los Estados demandados en casos de supuestas violaciones de los derechos protegidos, y lo es al mismo tiempo en lo que hace al reclamo individual o colectivo respecto de la exigencia de un

pronunciamiento jurisdiccional válido respecto de una petición ante las autoridades competentes.

Tres siglos de un ordenamiento internacional consolidado, tomando como punto de partida la Paz de Westfalia de 1648, con base en la coordinación de Estados-Naciones independientes, llevaron a la exclusión de aquel ordenamiento de los individuos como sujetos de derechos. En efecto, revela la historia del derecho que el antiguo derecho de petición (right to petition) a las autoridades centrales, como expresión o manifestación de la libertad de expresión, se desarrolló gradualmente en un recurso legal accionable ante los tribunales para la reparación de daños¹⁹¹. Sólo en una época más reciente el derecho de petición vino a reformarse en el seno de las organizaciones internacionales. Surgieron las primeras distinciones clásicas, como la elaborada por Feinberg¹⁹² y endosada por Drost¹⁹³, entre *petition plaintee*, basada en una violación del derecho privado individual (derecho civil) y en búsqueda de reparación por parte de las autoridades, y *petition voeu*, atinente a los intereses generales de un grupo (un derecho político) y en búsqueda de medidas públicas por parte de las autoridades.

La *petition voeu* evolucionó para lo que se pasó a denominar “comunicación”; ejemplos, a su vez, de *petitions plaintes* – o peticiones *strictu sensu*-, se encuentran, por ejemplo, en los sistemas de minorías y mandatos bajo la Sociedad de las Naciones y en el sistema de tutela de las Naciones Unidas¹⁹⁴. Fueron éstos algunos de los primeros sistemas internacionales que otorgaron capacidad procesal directamente a los individuos y a

¹⁹¹ Humphrey, J, *The Right of petition in the United Nations*, 4 *Revue des droits de l’homme/ Human Rights Journal*, 1971, pág. 463.

¹⁹² Feinberg, N, *La petition en droit international*, 40 *Recueil des Cours de l’Academie de Droit International de La Haye*, 1932, págs. 576-639.

¹⁹³ Drost, P.N, *Human Rights as Legal Rights*, Leyden, Sijthoff, 1965, págs. 67-75.

¹⁹⁴ Stone, J, *The Legal Nature of Minorities Petition*, 12 *British Year Book of International Law*, 1931, págs. 76-94.

grupos privados¹⁹⁵. Tales antecedentes, a lo largo de la primera mitad del Siglo XX, abrieron camino para el desarrollo, en el seno de las Naciones Unidas y por impulso de los instrumentos internacionales que conforman el *corpus iuris internationalis* de derechos humanos en los planos global y regional, de los mecanismos contemporáneos de peticiones, reclamos o comunicaciones relativas a violaciones de derechos humanos¹⁹⁶.

Con la consolidación de estos mecanismos, concediendo acceso directo a los individuos a las instancias internacionales, se torna palmario el reconocimiento, también en el plano procesal, de que los derechos humanos inherentes a la persona son anteriores y superiores al Estado y a toda otra forma de organización política, emancipándose así al ser humano del yugo omnipotente del Estado, siempre y cuando se mostrase éste arbitrario o irrespetuoso de los derechos reconocidos. Recupera de este modo presencia el individuo en el plano internacional, presencia ésta que le fuera negada en el proceso histórico de formación del Estado moderno, pero que se manifestara en la preocupación inmediata con el ser humano en los manuscritos originales de los llamados fundadores del derecho internacional¹⁹⁷ (el Derecho de gentes), destacadamente en las lecciones perennes – sobre todo la “*Relectio Prior - De Indis*”, de 1538-1539 – del gran maestro salamantino Francisco de Vitoria¹⁹⁸.

Esta transformación, propia de nuestro tiempo, corresponde al reconocimiento de la necesidad de que todos los Estados, para evitar nuevas violaciones de los derechos humanos, respondan por la manera en como tratan a todos los seres humanos que se

¹⁹⁵ Norgaard, C, *The position of the individual in international law*, Copenhagen, Munksgaard, 1962, págs. 99-172.

¹⁹⁶ Tardu, M, *Human Rights, The international petition system*, Bobbs Ferry, New York, 1979, págs. 1-237.

¹⁹⁷ Francisco de Vitoria, *Relecciones del Estado, de los Indios y del Derecho de la Guerra*, México, Ed. Porrúa, 1985, págs.. 1-101

¹⁹⁸ Francisco de Vitoria, *Relecciones Teológicas*, Madrid, B.A.C, 1960, págs.. 491-726.

encuentran bajo su jurisdicción. Esta prestación de cuentas simplemente no hubiera sido posible sin la consagración del derecho de petición individual, en medio al reconocimiento del carácter objetivo de las obligaciones de protección y a la aceptación de la garantía colectiva del cumplimiento de las mismas. Es este el real sentido del rescate histórico del individuo como sujeto del Derecho internacional de los Derechos humanos.

Aún así, en el plano global, fue necesario esperar hasta la primera mitad de los años setenta para que se concretizase el derecho de petición, en los mecanismos tanto convencionales (tratados y convenciones de derechos humanos) como extra-convencionales (establecidos por resoluciones) en el ámbito de las Naciones Unidas. Paralelamente, en el plano regional europeo, el derecho de petición individual, juntamente con la noción de garantía colectiva, pasaron a constituir dos de los trazos más marcados del nuevo sistema de protección inaugurado por la Convención Europea de Derechos Humanos de 1950 y, *a fortiori*, de todo el derecho internacional de los derechos humanos. Hace ya más de cuatro décadas, en ocasión del vigésimo aniversario de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, René Cassin, quien participara del proceso preparatorio de su elaboración ponderaba que “... si todavía subsisten en la Tierra grandes zonas donde millones de hombres o mujeres, resignados a su destino, no osan proferir la menor reclamación o ni siquiera a concebir que un recurso cualquiera sea posible, estos territorios disminuyen a cada día. La toma de conciencia de que una emancipación es posible, se torna cada vez más general (...) Las Convenciones y Pactos de derechos humanos en su mayoría (...) incitan a los Estados Partes a en ellos crear las instancias de recursos y prevén ciertas medidas de protección o de control internacional (...) El hecho de que la resignación sin esperanza, de que el

muro de silencio y de que la ausencia de todo recurso estén en vías de reducción o de desaparición, abre a la humanidad en marcha perspectivas alentadoras ...”¹⁹⁹.

La apreciación del derecho de petición individual como método de implementación internacional de los derechos humanos tiene necesariamente que tomar en cuenta el punto básico de la *legitimatío ad causam* de los peticionarios y de las condiciones de uso y de la admisibilidad de las peticiones (consignadas en los distintos instrumentos de derechos humanos que las prevén). Es éste, precisamente, el aspecto central de las cuestiones jurídicas planteadas en algunos casos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (cfr. p. ej: el caso Castillo Petruzzi vs Perú, en su etapa de excepciones preliminares). En este sentido, los tratados de derechos humanos que prevén el derecho de petición individual²⁰⁰, en su mayoría condicionan el ejercicio de este derecho a que el autor de la denuncia o comunicación sea – o se pretenda – víctima de violación de derechos humanos²⁰¹. De este modo, no podemos dar un paso adelante en el desarrollo del derecho de petición individual sin antes entender quién se encuentra realmente legitimado para peticionar, es decir, quien es víctima de la violación de un derecho.

La noción de víctima ha experimentado, en forma significativa, una notable expansión a través de la construcción jurisprudencial de los órganos de supervisión internacionales, al pasar a abarcar víctimas directas e indirectas, así como víctimas “potenciales”, es decir, las que sostienen un interés personal potencial reconocidamente válido en la

¹⁹⁹ Cassin, R, *Vingt ans après la Déclaration Universelle*, 8 Revue de la Commission Internationale de Juristes, 1967, n. 2, págs. 9-10.

²⁰⁰ Cfr. Protocolo Facultativo al Pacto de Derechos Civiles y Políticos (arts. 1, 3 y 5); Convención sobre Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial (art. XIV); Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura (art. 22), entre otros.

²⁰¹ Cfr. art. 25 de la Convención Europea de Derechos Humanos; art. 2 del Protocolo Facultativo al Pacto de Derechos Civiles y Políticos; art. XIV (1) y (2) de la Convención sobre Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial; art. 22 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura)

vindicación de sus derechos²⁰². La Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 44) y la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (arts. 55 y 56) adoptan, sin embargo, en este particular, una solución más liberal, por cuanto no imponen a los peticionarios el requisito de la condición de víctima. Sin perjuicio de ello, ha sido bajo la Convención Europea de Derechos Humanos que una vasta jurisprudencia sobre el derecho de petición individual se ha desarrollado. Es cierto que el artículo 25 de la Convención Europea fue originalmente concebido como una cláusula facultativa, mas hoy en día, sin embargo, ésta es aceptada por todos los Estados Partes de la Convención y, desde la entrada en vigor del Protocolo XI a la Convención, el derecho de petición ante la Corte Europea es obligatorio.

En este sentido, es menester señalar que al concebir el artículo 25 de la Convención Europea de Derechos Humanos como una cláusula facultativa, los redactores la misma intentaron determinar, en el primer párrafo *in fine* del artículo, la obligación de los Estados Partes que la aceptaron de no interponer impedimento u obstáculo alguno al ejercicio del derecho de petición individual. En el caso “Cruz Varas y otros vs. Suecia” (1990 – 1991), la Corte Europea y, en escala más amplia, la Comisión Europea, reconocieron el derecho de naturaleza procesal que el artículo 25 confiere a los individuos demandantes, en virtud del cual estos últimos pueden recurrir libremente a la Comisión, sin que el Estado Parte en cuestión impida o dificulte su iniciativa. Así, el derecho de petición individual disfruta, pues, de autonomía, distinto que el de los derechos sustantivos enumerados en el título I de la Convención Europea. Cualquier obstáculo interpuesto por el Estado Parte en cuestión a su libre ejercicio acarrearía, así,

²⁰² Cancado Trindade, A, Curso *Co-existence and co-ordination of Mechanisms of International Protection of Human Rights*, 202 Recueil des Cours de l’Academie de Droit International de La Haye, 1987, págs. 243-299.

una violación adicional de la Convención, paralelamente a otras violaciones que puedan ocasionar los hechos primigeniamente denunciados por las víctimas.

En esta misma inteligencia jurisprudencial, tanto la Comisión como la Corte Europea de Derechos Humanos han entendido que el propio concepto de víctima (a la luz del artículo 25 de la Convención) debe ser interpretado autónomamente bajo la Convención. Este entendimiento se encuentra hoy sólidamente respaldado por la jurisprudencia constante de los órganos europeos. Así, en varias decisiones de los últimos años, la Comisión Europea ha advertido que el concepto de “víctima” utilizado en el artículo 25 de la Convención debe ser interpretado de forma autónoma e independientemente de conceptos de derecho interno tales como los de interés o calidad para interponer una acción judicial o participar en un proceso legal²⁰³.

Del mismo modo, la Corte Europea de Derechos Humanos en el precedente “Norris vs. Irlanda”, ponderó que las condiciones que rigen las peticiones individuales bajo el artículo 25 de la Convención “no coinciden necesariamente con los criterios nacionales relativos al *locus standi*”, que pueden inclusive servir a propósitos distintos de los contemplados en el mencionado artículo 25²⁰⁴. Resulta, pues, clarísima la autonomía del derecho de petición individual en el plano internacional vis-a-vis disposiciones del derecho interno. Los elementos singularizados en esta jurisprudencia protectora se aplican igualmente bajo procedimientos de otros tratados de derechos humanos que requieren la condición de “víctima” para el ejercicio de petición individual.

Cada uno de estos procedimientos, a pesar de diferencias en su naturaleza jurídica, ha contribuido, a su modo, al gradual fortalecimiento de la capacidad procesal del

²⁰³ Comisión Europea de Derechos Humanos, Caso *Scientology Kirche Deutschland vs. Alemania* (appl. N. 3461/96, decisión del 7/4/1997, 89 Decisions and Reports, 1997, pág. 170.

²⁰⁴ Corte Europea de Derechos Humanos, caso *Norris versus Irlanda*, Sentencia del 26/10/1988, Serie A, Vol. 142, pág. 15, parr. 31.

demandante en el plano internacional. En reconocimiento expreso de la relevancia del derecho de petición individual, la Declaración y Programa de Acción de Viena, principal documento adoptado por la II Conferencia Mundial de Derechos Humanos (1993), proclamó su adopción, como método adicional de protección, mediante Protocolos Facultativos a la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y al Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales²⁰⁵. El referido documento recomendó, además, a los Estados Partes en los tratados de derechos humanos la aceptación de todos los procedimientos facultativos disponibles de peticiones o comunicaciones individuales²⁰⁶.

III.2. El Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos

III.2.1. Surgimiento y evolución del sistema

La protección de los derechos humanos en nuestro continente se halla plasmada, dentro del marco de la Organización de Estados Americanos, en un sistema bifronte, basado en dos fuentes legales distintas: la carta fundacional de la Organización de los Estados Americanos y la Convención Americana de Derechos Humanos. El primero resulta vinculante para todos los Estados miembros de la Organización regional y se rige por la Carta de la Organización de los Estados Americanos, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y su órgano de promoción es la Comisión Interamericana. Por otra parte, la segunda ala del sistema sólo resulta aplicable a aquellos países del continente que sean parte de la Convención, siendo éste su principal

²⁰⁵ Declaración y Programa de Acción de Viena de 1993, parte II, parr. 40 y 75 respectivamente.

²⁰⁶ Declaración y Programa de Acción de Viena de 1993, parte II, párr. 50.

instrumento, mientras que los dos órganos de vigilancia son: la Comisión y la Corte Interamericana.

Como he mencionado anteriormente, los horrores de la última gran conflagración mundial actuaron como bisagra en la problemática de los derechos humanos: las naciones quedaron consternadas y aunaron esfuerzos para impedir cualquier otro atisbo de violencia similar. Así fueron surgiendo los distintos tratados internacionales que bregaron por su protección, destacándose como pionera la Declaración Americana de los Derechos Humanos, que precedió por meses incluso a la Declaración Universal. Resulta pertinente, por tanto, ilustrar cómo fue preparándose el camino en el continente para la adopción de tan importante norma de derecho internacional.

El antecedente más remoto se ubica en las resoluciones adoptadas por la *Octava Conferencia Internacional Americana* celebrada en Lima corriendo el año 1938. Entre ellas se destacan las referidas a derechos humanos específicos –por ejemplo sobre Libre Asociación y Libertad de Expresión de los Obreros y Declaración de Lima en favor de los Derechos de la Mujer- y una Declaración en defensa de los Derechos humanos, en la cual se hizo hincapié en “los sentimientos humanitarios y el patrimonio espiritual y material de la civilización”²⁰⁷.

Por otro lado, mientras en Yalta (Crimea) las potencias aliadas, victoriosas, diseñaban el nuevo mapa del mundo, a nivel regional se dio otro paso fundamental para la postrera consolidación de nuestro sistema continental: la “Conferencia Interamericana sobre los Problemas de la Guerra y la Paz”, reunida en el palacio de Chapultepec, México, con el objeto de preparar la paz de la posguerra. Dos resoluciones merecen especial mención en este encuentro de febrero y marzo de 1945: la Resolución XXVII sobre “Libertad de

²⁰⁷ “*Conferencias Internacionales Americanas*”, primer suplemento 1938-1942, Washington D.C., 1943, pp. 26-27.

Información” y la Resolución XL sobre “Protección Internacional de los Derechos Esenciales del Hombre”. Esta última proclamó la adhesión de las repúblicas americanas a los principios consagrados por el derecho internacional para la salvaguarda de los derechos esenciales del hombre y se pronunció a favor de un sistema de protección internacional. De esta manera se convirtió en la principal predecesora de la Declaración Americana. En su Preámbulo consideró la necesidad de precisar tales derechos -con sus respectivos y correlativos deberes- en una Declaración que fuera adoptada en forma de Convención por los Estados del continente, y encomendó al Comité Jurídico Interamericano la redacción de un anteproyecto de Declaración para ser sometido a consideración de los gobiernos.

Como último antecedente de la Declaración debemos consignar el “Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca” (TIAR), firmado en el marco de la “Conferencia Interamericana para el Mantenimiento de la Paz y la Seguridad del Continente” el 2 de septiembre de 1947 en Río de Janeiro y de triste memoria en nuestros conflictos bélicos de la América Austral. En su preámbulo destacó que la paz se funda en la justicia y en el orden moral, y en consecuencia en el reconocimiento y la protección internacional de los derechos y libertades de la persona humana.

A principios del año 1948 se reunió en Bogotá la “Novena Conferencia Interamericana” que aprobó la “Carta de la Organización de los Estados Americanos” –en vigencia desde 1951- y adoptó la “Declaración Americana de Derechos Humanos”. La Carta en su versión original contenía sólo breves referencias a los derechos humanos pues si bien los proclamaba como uno de los pilares en que se fundaba la Organización, omitía definir cuáles eran esos derechos fundamentales. De ello se encargaría más tarde la

Declaración²⁰⁸. La misma Conferencia Diplomática que suscribió la Carta de la OEA, adoptó la Declaración preparada por el Comité Jurídico Interamericano a pedido de la Conferencia de Chapultepec, mencionada renglones arriba. Ella está formada por el preámbulo y treinta y ocho artículos que reconocen los principales derechos y deberes del hombre, con su fuente en la misma naturaleza humana, de índole civil, política, económica, social y cultural. Al ser adoptada “por una simple resolución, fue inicialmente tenida por sus redactores como un instrumento sin efecto legal vinculante. Sin embargo, hoy en día, es considerada como el instrumento normativo que da cuerpo, como interpretación de autoridad, a los derechos fundamentales del individuo mencionados en el art. 3º de la Carta de la OEA”²⁰⁹. El mismo criterio han defendido tanto la Corte como la Comisión, entendiendo que la Declaración constituye una fuente de obligaciones internacionales para los Estados miembros de la OEA²¹⁰. Finalmente, la Declaración recomendaba al Comité Jurídico Interamericano la elaboración de un proyecto de estatuto para la creación y funcionamiento de una Corte Interamericana destinada a garantizar los derechos aludidos, pues creyó imposible tal garantía sin el amparo de un tribunal competente.

²⁰⁸ En 1967, el Protocolo de Buenos Aires enmendó la Carta, estableciendo a la Comisión Interamericana – creada en 1960- como órgano de la OEA cuya función principal consistiría en promover la observancia y la protección de los Derechos Humanos.

²⁰⁹ García, Luis M. y otros, “*Los derechos humanos en el proceso penal*”, Buenos Aires, 2002, Ed. Ábaco, p. 30.

²¹⁰ Corte IDH, OC/89, “*Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre dentro del marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*”, 1989, Serie. A No 10, párrs. 35-45; Caso, James Terry Roach y Jay Pinkerton c. Estados Unidos, Caso 9647, Res. 3/87, 22 de septiembre de 1987, Informe Anual 1986-1987, párrs. 46-49, Rafael Ferrer-Mazorra y Otros c Estados Unidos de América, Informe No. 51/01, caso 9903, 4 de abril de 2001. Véase también el artículo 20 del Estatuto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

III.2.2. La Convención Americana sobre Derechos Humanos y otros instrumentos del Sistema²¹¹

El modelo de la Convención, en cuanto al marco institucional, debe reconocérsele al Convenio Europeo para la protección de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales suscrito en Roma en el año 1950, toda vez que sus pilares fueron la Comisión Europea de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, paralelamente a los órganos judiciales del sistema de nuestra Convención: la Comisión y la Corte interamericanas. En el preámbulo, reafirma el propósito de la Organización de los Estados Americanos de consolidar en el continente, “dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre”; reconoce que esos derechos tienen como fundamento los atributos de la persona humana; y considera los mismos principios consagrados en la Carta de la OEA, en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y en la Declaración Universal de los Derechos Humanos. El cuerpo del texto convencional se encuentra dividido en dos grandes partes: la primera consistente en un catálogo de derechos civiles y políticos²¹² acompañado por la referencia a sus respectivas garantías; mientras que en la segunda trata de los medios

²¹¹ El Estado Argentino firmó la Convención Americana sobre Derechos Humanos el 2 de febrero de 1984 y el 5 de septiembre de ese mismo año depositó el instrumento de ratificación aceptando la competencia de la Corte Interamericana. Efectuó reservas al art.21 y tres declaraciones interpretativas relativas a los arts.5 inc. 3, 7 inc.7 y 10.

²¹² Respecto a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados sólo se comprometieron a “adoptar providencias [...] para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas [...] contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires” (Art. 26 de la CADH).

de protección, considerando como órganos competentes a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (art. 33 y ss.).

Años más tarde se adhirieron al texto de la Convención dos Protocolos adicionales: uno sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1988) –Protocolo de San Salvador- que vino a saldar la asignatura pendiente del Pacto costarricense; y el otro relativo a la Abolición de la pena de muerte, aprobado por la Asamblea General de la OEA en Asunción durante el año 1990.

La Convención Americana de Derechos Humanos, que es el instrumento base del sistema más amplio de protección en cuanto al compromiso asumido por los Estados que han ratificado no sólo la Convención, sino también la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, establece el compromiso para los Estados parte de adoptar las medidas legislativas o de otro carácter necesarias para hacer efectivos tales derechos (art. 2), respondiendo de esta manera al principio de todo tratado de derechos humanos que debe tender a su respeto y a garantizar su goce y ejercicio. Esto último demanda una acción positiva del Estado que no debe ser sólo formal sino eficaz²¹³.

Además de la Convención y sus protocolos adicionales en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1988) –Protocolo de San Salvador- y el otro relativo a la Abolición de la pena de muerte (1990) - conforme ya fuera expuesto- existen otros instrumentos vigentes en el marco de los países miembros de la OEA que tienden a la protección de derechos humanos específicos.

²¹³ En el caso Velázquez Rodríguez la Corte IDH ha dicho en su párrafo 167 que “La obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, sino que comparta la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos.”

a) La Convención Interamericana para la Prevención y Sanción de la Tortura, adoptada el 9 de diciembre de 1985 y puesta en vigencia el 28 de febrero de 1987. Su objeto es que los Estados ratificantes se comprometan a castigar a quienes ejecuten las torturas y trato cruel inhumano y degradante, además de adoptar las medidas para que ello no ocurra. Desarrolla una definición de lo que debe entenderse por tortura que ha sido tomada por la Corte IDH para resolver en el caso “Paniagua Morales”, en la medida en que tiene competencia para entender en violaciones a los derechos humanos fundadas en este tratado. Es decir que para este tratado también la Corte IDH es el organismo de protección internacional²¹⁴.

b) La Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, también abierta a todos los Estados de la OEA, aprobada el 9 de junio de 1994 y puesta en vigencia el 28 de marzo de 1996. Al igual que el anterior, este tratado fija una definición de lo que es la desaparición forzada de personas y una serie de medidas que deben adoptar los Estados adherentes para evitar la impunidad de los responsables. El procedimiento relativo a las peticiones y comunicaciones individuales de la Convención Americana de Derechos Humanos se aplica a las alegaciones de violación de aquélla.

c) La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, “Convención de Belém do Pará”, condena toda acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño, o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado. Fue aprobada el 9 de junio de 1994 y entró en vigor el 5 de marzo de 1995, y obliga a los Estados a adoptar las medidas legislativas adecuadas a fin de prevenir o castigar todas las formas de violencia

²¹⁴ En el caso, la Corte IDH condenó a Guatemala por haber violado los arts. 1, 6 y 8 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura; serie C,nº 37, Sentencia sobre el fondo del 8 de marzo de 1998.

contra la mujer. La Comisión Interamericana es competente para conocer peticiones que contengan denuncias o quejas de violación del artículo 7 de la presente Convención. De la misma forma, los Estados partes de esta Convención y la Comisión Interamericana de Mujeres, podrán requerir a la Corte Interamericana opinión consultiva sobre la interpretación de esta Convención (artículo 11).

d) Finalmente, la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, aprobada en Guatemala, el 7 de junio de 1999 y vigente desde el 14 de septiembre de 2001, tiene por objeto proteger a las personas afectadas por deficiencias físicas, mentales o sensoriales permanentes o temporales y los Estados partes deben adoptar todas las medidas necesarias para promover la integración de las personas con dificultades en la sociedad. Se estableció un Comité integrado por un representante designado por cada Estado parte para dar seguimiento a los compromisos adquiridos en la presente Convención.

III.2.3. Órganos de promoción y protección del sistema

III.2.3.1. La Comisión Americana de Derechos Humanos

La Comisión es “...un órgano autónomo de la Organización de Estados Americanos que tiene las funciones principales de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos y de servir como órgano consultivo de la Organización en este materia”. Así rezan los artículos 1º del Estatuto y el Reglamento del organismo, en consonancia con la misión que le encomienda la Carta de la OEA en su artículo 106. Su objeto es sumamente amplio lo que le otorga flexibilidad para encarar toda acción que tienda a la

protección y promoción de los derechos humanos en las Américas. De esta manera ha ido sumando funciones con el correr del tiempo que fueron plasmadas en su estatuto, en su reglamento y fundamentalmente en el Pacto de San José de Costa Rica.

Sus orígenes se remontan a la década del '50, el continente se hallaba convulsionado políticamente por los sucesos revolucionarios acaecidos en el Caribe, y particularmente en República Dominicana ante la crisis del prolongado régimen de Rafael Leónidas Trujillo; efervescencia que se verá acrecentada enseguida por la Revolución Cubana encabezada por el movimiento 26 de julio. En este contexto, los países americanos se vieron obligados a convocar la “Quinta Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores”, celebrada en Santiago de Chile del 12 al 18 de agosto de 1959. El documento más importante en aquella reunión fue la “Resolución sobre Derechos Humanos”, la cual ponderó los progresos alcanzados en esta materia en los once años que los separaban de la Declaración, y consideró que se hallaba preparado el ambiente en el hemisferio para la celebración de una convención. Por ello en su Parte I encomendó al Consejo Interamericano de Jurisconsultos la elaboración de un proyecto de Convención de Derechos Humanos y el proyecto o proyectos de una Corte Interamericana de protección de los mismos y de otros órganos adecuados para su tutela y observancia.

Asimismo, la Parte II de la resolución creó la “Comisión Interamericana de Derechos Humanos”, que vino a solucionar la falta de un órgano específicamente encargado de velar por los derechos humanos en el sistema continental. El 25 de mayo de 1960 el Consejo de la OEA aprobó su Estatuto, eligiendo sus primeros siete miembros el 29 de junio del mismo año.

Como constante en todos los organismos del sistema interamericano que estudiamos, las atribuciones y potestades de la Comisión fueron *in crescendo*: en su estatuto de 1960 – considerada entidad autónoma de la OEA- sólo tenía facultades para preparar estudios e informes y hacer recomendaciones generales a los Estados para la adopción de políticas progresivas a favor de los derechos humanos, careciendo de autorización para tomar decisiones fundadas en denuncias particulares. Por eso mismo durante los primeros cinco años de existencia fueron pocas las acciones que alcanzó a realizar. Paulatinamente, sin embargo, se fueron ampliando sus facultades y atribuciones, en las sucesivas reuniones de la Organización regional, entre las cuales destacamos, la Octava Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores (Punta del Este, 1962), la Segunda Conferencia Interamericana Extraordinaria (Río de Janeiro, 1965) y finalmente, la Tercera Conferencia Extraordinaria de 1967 dio origen al Protocolo de Buenos Aires que, enmendando la Carta, le otorgó a la Comisión el rango de órgano formal de la OEA. El nuevo artículo 112 le reconocía la función principal de “promover la observancia y defensa de los derechos humanos y servir como órgano consultivo de la Organización” a la vez que dejaba en manos de una Convención Interamericana la determinación de su estructura, competencia y procedimiento.

En concordancia con su creación en el ámbito de la Carta, la función de la Comisión continúa siendo la de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos, aunque con las atribuciones especificadas en los incisos del art. 41 de la Convención. A ellas se agregó también otro conjunto de prerrogativas que implicaban: recibir informes de países (art. 43), denuncias individuales (art. 44), denuncias o comunicaciones de otros Estados miembros que hayan consentido la competencia de la Comisión (art. 45), examinar comunicaciones, peticiones, y denuncias (arts. 46 a 48), promover soluciones

amistosas (art. 49), redactar informes y conclusiones emitiendo en su caso recomendaciones (art. 50 y 51) o someter la cuestión a la Corte Interamericana (art. 51).

En rigor de verdad, la Convención Americana redefinió el rol de la Comisión y le otorgó importantes atribuciones que de alguna manera caracterizan el sistema de protección en su conjunto dado que más allá de las funciones generales de promoción la dotó de la capacidad de procesar peticiones individuales, a resultas de las cuales emite informes y recomendaciones que los Estados partes deberían seguir en virtud del principio de buena fe en la interpretación de los tratados²¹⁵. Pero además, es la llave de entrada a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, pues la Comisión es la que presenta los casos al tribunal, más no los particulares²¹⁶; y únicamente ello puede tener lugar previo agotar la instancia ante la Comisión. Incluso, aunque un Estado pretenda llevar a dicho tribunal un caso contencioso, el paso por la Comisión es ineludible, en la medida en que lo que se intenta privilegiar en el sistema de la Convención es la solución mas justa, más rápida y menos costosa, en términos políticos, económicos y de recursos humanos, a la controversias que se planteen. Ello resulta así en tanto el norte que debe guiar toda acción de estos organismos y de los Estados, es la efectiva garantía y respeto de los Derechos Humanos.

La naturaleza de la Comisión ha sido una cuestión discutida en la doctrina y en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Para Héctor Faúndez Ledesma, la Comisión debe ser considerada como un órgano jurisdiccional o cuasi jurisdiccional en razón de sus papeles múltiples y sucesivos, en el marco del

²¹⁵ De Martíni, Siro; Pont Vergés, Francisco, *Principios generales de la Convención Americana de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a la luz de su jurisprudencia*, Revista El Derecho, del 5 de junio de 2008, pags. 1 y sigs.

²¹⁶ Reglamento Corte IDH, 2009, art.24.

procedimiento de petición individual²¹⁷. Para Félix Laviña por el contrario, la Comisión es un órgano internacional administrativo que ejerce una función de policía administrativa en materia de protección de los derechos humanos²¹⁸. Eso implica, en particular, que las decisiones de la Comisión dictadas en el marco del procedimiento de petición individual no revisten la autoridad de la cosa juzgada²¹⁹. La Corte Interamericana destaca por su parte que la Comisión no es un órgano judicial²²⁰. No obstante, como lo destaca Héctor Faúndez Ledesma, el carácter administrativo y político de algunas funciones de la Comisión no es incompatible con la naturaleza cuasi jurisdiccional o jurisdiccional de sus otras competencias²²¹. En definitiva, la Comisión aparece como un órgano híbrido de carácter jurisdiccional, diplomático, político y administrativo²²². La gran mayoría de las competencias ejercidas por la Comisión Interamericana son de carácter diplomático y político. Por el contrario, cuando examina las peticiones o comunicaciones individuales que se le presentan, la Comisión actúa como órgano cuasi jurisdiccional. Su base legal son fundamentalmente la Carta de la Organización de los Estados Americanos (en adelante OEA), la Declaración Americana de Derechos Humanos²²³, la CIDH y el Estatuto de la Comisión (aprobado por

²¹⁷ Faundez Ledesma, H, *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, Aspectos institucionales y procesales*, San José, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2004, pp. 151-153.

²¹⁸ Laviña, F, *Los Derechos Humanos en el Sistema Interamericano*, Madrid, Instituto de Cultura Hispánica, 1972, pág. 312.

²¹⁹ Laviña, F, *Los Derechos Humanos ...op. cit.*, p. 129.

²²⁰ Corte IDH, *Asunto de Viviana Gallardo y otras*, 13 de Noviembre 1983, Seria A. n°101/81, parr. 24.

²²¹ Faundez Ledesma, H, *El Sistema Interamericano ...*, *op. cit.*, pág. 152.

²²² En este sentido, ver Vivanco, J, *International Human Rights Litigation in Latin America: The OAS Human Rights System*, in *Collective Responses to Regional Problems: The Case of Latin America and the Caribbean*, Kaysen, C; Pasto, R.A y Reed, L.W, (eds), Cambridge, Massachusetts, American Academy of Arts and Sciences, 1994, pág. 74.

²²³ García, Luis en su obra *Los Derechos Humanos en el Proceso Penal*, edit. Abaco, 2003, pág. 30 explica que sus redactores la consideraron un instrumento sin efecto legal vinculante. Sin embargo hoy en día se considera que tiene un innegable efecto jurídico, tal como lo afirma la propia Corte IDH en su Opinión Consultiva n° 10, pto. 45. “Para los Estados Miembros de la Organización, la Declaración es el texto que determina cuáles son los derechos humanos a que se refiere la Carta. De otra parte, los artículos 1.2.b) y 20 del Estatuto de la Comisión definen, igualmente, la competencia de la misma respecto de los derechos humanos enunciados en la Declaración. Es decir, para estos Estados la

resolución de la Asamblea General de la OEA nº 447) y el Reglamento dictado por la propia Comisión.

En virtud de que no todos los países miembros de la OEA ratificaron la Convención Americana, por lo que conviven dos sistemas de protección y promoción de los derechos humanos en América: El basado en la carta de la OEA y el establecido por la Convención (art. 1.2 del Estatuto). Para delinear el rol de la Comisión en uno y otro sistema habremos de señalar que, con relación a los países miembros de la OEA sus funciones son de promoción y consulta en materia de derechos humanos. Así, el art. 18 del Estatuto enumera como tales: a) estimular la conciencia de los derechos humanos en América; b) formular recomendaciones a los Estados para la adopción progresiva de medidas en pro de los derechos humanos; c) realizar informes y estudios para el desempeño de su función; d) solicitar a los gobiernos que proporcionen informes sobre las medidas que van adoptando en materia de derechos humanos; e) evacuar consultas y prestar asesoramiento a los Estados miembros y a la OEA, sobre cuestiones relacionadas con los derechos humanos; f) practicar observaciones in loco con la anuencia o aceptación del gobierno respectivo.

Para aquellos que forman parte del sistema gobernado por la Convención, más allá de las enunciadas en el mencionado art. 18, sus funciones y atribuciones se encuentran enumeradas en el artículo 41 del Pacto de San José de Costa Rica y el artículo 19 del Estatuto. El nivel de protección por este sistema es el más amplio de ambos, pues en definitiva siempre está la posibilidad de llevar los casos particulares a la Corte Interamericana a efectos de lograr un pronunciamiento obligatorio para los países adherentes. El art. 20 del Estatuto regula las funciones de la Comisión en relación con

Declaración Americana constituye, en lo pertinente y en relación con la Carta de la Organización, una fuente de obligaciones internacionales.”.

los países que no ratificaron la Convención Americana de Derechos Humanos. Así, está facultada a recibir peticiones de particulares por violaciones a los Derechos Humanos y puede realizar investigaciones que comprendan pedidos de informes y hasta indagaciones *in loco*. De este modo emite informes por país que puede publicar o someter a la Asamblea General de la OEA. Llegado el caso la asamblea está en condiciones de adoptar para con el país considerado infractor resoluciones con efectos básicamente morales y políticos pero no obligatorias desde el punto de vista de la responsabilidad internacional para el país afectado²²⁴. En ese caso su instrumento de referencia es la Declaración Americana de Derechos Humanos (arts. 1.2.b y 20.a del Estatuto), cuyos efectos jurídicos, como expusimos son innegables, pues por el solo hecho de formar parte de la OEA se está aceptando como obligación de los Estados el respeto de los derechos humanos, enunciados en la Declaración.

Hemos señalado que los instrumentos normativos que regulan la actividad de la Comisión son: la Convención Americana de Derechos Humanos, el Estatuto y el Reglamento de la Comisión. Éste último reglamenta los procedimientos correspondientes que en los supuestos de peticiones individuales replica y detalla el establecido en los artículos 47 a 51 de la CADH. A continuación analizaremos someramente los institutos de las peticiones o denuncias individuales que pueden terminar convirtiéndose en un caso que se presenta ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos; las observaciones *in loco*, el informe anual, los informes sobre Estados, la petición de medidas cautelares y los informes derivados de las relatorías y grupos de trabajo.

²²⁴ García, Luis, op. cit. págs. 32 y 33.

El art. 23 del Reglamento prevé que cualquier persona, grupo, entidad no gubernamental legalmente reconocida por un estado de la OEA puede presentar peticiones relativas a la violación de alguno de los derechos humanos mencionados en la Declaración Americana de Derechos Humanos, la CADH y los demás instrumentos del sistema. No es necesario que el peticionario sea la víctima; se admite que la presentación se haga por un tercero, lo que demuestra que el sistema pretende ser lo más amplio posible en cuanto a la protección de los Derechos Humanos. Incluso el art. 24 del Reglamento dispone que la Comisión puede iniciar la tramitación de oficio.

El procedimiento ordinario de demandas se secciona en cinco partes, a saber: admisibilidad, investigación de los hechos, solución amistosa, emisión del informe y eventualmente, remisión del caso a la Corte Interamericana o redacción de un informe final en los términos del art. 51 de la CADH. El reglamento de la Comisión dispone en su artículo 50 que el mismo procedimiento se debe observar en el caso de peticiones individuales contra Estados que no se encuentran dentro del sistema de la CADH, con la salvedad de que el caso no se puede someter a conocimiento de la Corte.

III.2.3.2. La Corte Interamericana de Derechos Humanos

La Corte Interamericana de los Derechos Humanos es una "institución judicial autónoma" establecida en San José de Costa Rica. Tiene por misión la de interpretar y aplicar la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Lo que la diferencia de la Comisión es su función eminentemente jurisdiccional y que sus resoluciones son definitiva, inapelables y por ende obligatorias para las partes del conflicto (art. 68 inc. 1º

de la Convención Americana). En definitiva, su objeto es la promoción y protección de los derechos humanos en el continente, lo que no debe ser confundido con un tribunal penal²²⁵. No se trata de una “cuarta instancia judicial” que revisa los fallos de los tribunales nacionales de los Estados miembros, sino, como lo ha establecido la Comisión, ese carácter subsidiario de los Órganos Internacionales constituye la base de esa “cuarta instancia” y cuya premisa es “que la Comisión no puede revisar las sentencias dictadas por los tribunales nacionales que actúen en la esfera de su competencia y aplicando las debidas garantías judiciales, a menos que considere la posibilidad de que se haya cometido una violación a la Convención”²²⁶. De conformidad con el artículo 3 de su Estatuto, el Tribunal puede decidir por la mayoría de sus miembros, celebrar reuniones en cualquier Estado miembro, ello, previa aquiescencia del Estado respectivo. Asimismo, la sede del Tribunal puede ser modificada, para ello es necesario el voto de los dos tercios de los Estados partes, en la Asamblea General de la OEA. El Tribunal ejerce esencialmente dos tipos de competencias: una competencia contenciosa que le permite conocer respecto de las supuestas violaciones a los derechos humanos reconocidos en la Convención, y una competencia consultiva que se extiende a todos los países de la Organización de los Estados americanos.

²²⁵ Dicha tutela tiene como sujeto legitimado a los individuos, cuyo derechos conforme lo establece el preámbulo de la Convención “... no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados Americanos”

²²⁶ Sergio García Ramírez, ex juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su voto concurrente razonado en el “Caso Tibi” sostuvo que: “2. (...) la jurisdicción interamericana no es ni pretende ser una nueva y última instancia en el conocimiento que se inicia y desarrolla ante los órganos nacionales. No tiene a su cargo la revisión de los procesos internos, en la forma en que ésta se realiza por los órganos domésticos. Su designio es (...) confrontar los actos y las situaciones generados en el marco nacional con las estipulaciones de los tratados internacionales que confieren a la Corte competencia en asuntos contenciosos, señaladamente la Convención Americana sobre Derechos Humanos, para establecer, a partir de ahí, orientaciones que posean amplio valor indicativo para los Estados partes en la Convención, además de la eficacia preceptiva (...) que tienen para el Estado que figura como parte formal y material en un proceso. 3. (...) la tarea de la Corte se asemeja a la que realizan los tribunales constitucionales”. “...el tribunal internacional de derechos humanos resuelve acerca de la “convencionalidad” de esos actos.

En virtud del principio de "competencia de la competencia", la Corte Interamericana es soberana para decidir las cuestiones controvertidas relativas al ejercicio de su competencia tanto consultiva como contenciosa²²⁷. El Tribunal Internacional de Justicia juzga que la "competencia de la competencia" de los tribunales internacionales constituye una "norma generalmente aceptada en derecho internacional"²²⁸. Considera que el carácter general de la norma permite justificar la "competencia de la competencia" de un órgano judicial internacional sin que la consagración formal de la norma sea necesaria. Los trabajos preparatorios de la Convención Americana revelan que el proyecto original de la Convención consagraba formalmente esta norma²²⁹. El texto finalmente adoptado no lo establece. Los trabajos preparatorios no dan ningún elemento que permita conocer la razón que justifica este cambio. Considerando que esta competencia le es inherente²³⁰, el Tribunal por otro lado ha inducido su "competencia de su competencia" del artículo 62.1, relativo a la aceptación de la jurisdicción contenciosa obligatoria del Tribunal, considerando que tal aceptación presupone que los Estados reconocen el derecho del Tribunal a decidir toda controversia referente a su competencia y del artículo 62.3 que le asigna la competencia de conocer de cualquier

²²⁷ Corte IDH. Caso de las Hermanas Serrano Cruz Vs. El Salvador. Excepciones Preliminares. Sentencia de 23 de noviembre de 2004. Serie C No. 118, par. 63; Corte IDH. Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú. Competencia. Sentencia de 24 de septiembre de 1999. Serie C No. 55, par. 33 ; Corte IDH. Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú. Competencia. Sentencia de 24 de septiembre de 1999. Serie C No. 54, párr. 34.

²²⁸ CIJ, *Nottebohm (Liechtenstein contre Guatemala)*, Rapport de la CIJ 111, 1953, p. 111, Objections préliminaires, rto. el 18 de noviembre de 1953.

²²⁹ Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, Actas y Documentos, San José, Costa Rica, 7-22 de Noviembre 1969, pág. 31, artículo 51 del proyecto: « Tratándose de disputa en cuanto a si la Corte tiene o no competencia para decidir sobre un caso determinado, la Corte decidirá sobre dicha disputa de competencia ».

²³⁰ Corte IDH. Caso Cantos Vs. Argentina. Excepciones Preliminares. Sentencia de 7 de septiembre de 2001. Serie C No. 85, párr. 21.

caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de la Convención²³¹.

En el marco de su función consultiva, el Tribunal entiende también que posee la "competencia de su competencia". Eso le permite, en particular, reformular, definir o clarificar las cuestiones que se le plantean.

La "función consultiva" del Tribunal Interamericano ocupa un lugar central en el sistema interamericano. Las funciones consultivas y contenciosas se completan mutuamente y permiten al Tribunal interpretar la Convención Americana. Según el Tribunal, la competencia consultiva constituye un mecanismo paralelo al de la competencia contenciosa ofreciendo así un método judicial alternativo destinado a ayudar a los Estados a aplicar los tratados de derechos humanos que lo vinculan evitando al mismo tiempo el formalismo y las sanciones del procedimiento contencioso. Las principales ventajas de la competencia consultiva residen, primero, en que la interpretación de la Convención hecha por el Tribunal en el marco de su función consultiva deja más espacio al diálogo constructivo entre jueces y representantes de los Estados, en la óptica de prevención de violación, a diferencia de la óptica de sanción que caracteriza el procedimiento contencioso. Y en segundo lugar que puede ser solicitada no solamente por los Estados que parte de la Convención. En efecto, todos los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos, así como los órganos mencionados en el Capítulo VIII de su Carta, pueden presentar solicitud de dictamen²³².

²³¹ Corte IDH. Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá. Competencia. Sentencia de 28 de noviembre de 2003. Serie C No. 104, par. 71 ; Corte IDH. Caso Cantos Vs. Argentina. Excepciones Preliminares. Sentencia de 7 de septiembre de 2001. Serie C No. 85, párr. 21.

²³² Los órganos de la OEA mencionados en el capítulo VIII de la Carta de la OEA son los siguientes: la Asamblea general; la Reunión de consulta de Ministros de Relaciones Exteriores; los Consejos (el Consejo Permanente de la Organización y el Consejo Interamericano para el Desarrollo Integral); el Comité Jurídico Interamericano; la Secretaría General; las conferencias especializadas; y los organismos especializados. Estos órganos pueden someter solamente una solicitud de dictamen relativa a la interpretación de la Convención u otros Tratados y se ven privados de la posibilidad de presentar una

Sólo los representantes del Estado pueden presentar al Tribunal una solicitud de dictamen. Las autoridades legislativas, judiciales u otros órganos nacionales no tienen la facultad de presentar una solicitud de dictamen sin pasar por medio de los órganos competentes para representar al Estado a nivel internacional²³³.

El artículo 64.1 de la Convención Americana asigna al Tribunal la competencia de emitir dictámenes consultivos referentes a la interpretación de la Convención o de cualquier otro tratado relativo a los derechos humanos. Con arreglo al artículo 64.2, todos los Estados miembros de la Organización pueden, por otra parte, presentar una solicitud de dictamen relativa a la compatibilidad de su legislación interna con la Convención Americana o cualquier otro tratado relativo a los derechos humanos. El Tribunal interpreta el concepto de "legislación interna" en su sentido más amplio e indica que este concepto se refiere a todas las normas jurídicas de toda clase, incluidas las disposiciones constitucionales. El Tribunal destaca que los proyectos de ley y los proyectos de reforma constitucional pueden también ser objeto de una solicitud de dictamen sobre su compatibilidad con la Convención Americana y los otros Tratados sobre los derechos humanos²³⁴.

El objetivo del procedimiento consultivo es la aclaración de cuestiones de derecho. Ningún hecho debe demostrarse y el Tribunal se abstendrá de pronunciarse sobre la evaluación de los hechos mencionados. El procedimiento consultivo no termina en una sanción judicial y no tiene por objeto resolver un asunto contencioso. Por último, los participantes no pueden ser considerados como partes. Cuando el Tribunal ejerce su

solicitud de dictamen relativa a la compatibilidad de una legislación nacional. Además, estos órganos sólo pueden pedir un dictamen consultivo en la esfera de su competencia.

²³³ Corte IDH. Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la Naturalización. Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984. Serie A No. 4, párr. 11.

²³⁴ Corte IDH, Propuesta de Modificación (...), párr.14.

función consultiva de conformidad con lo dispuesto en el artículo 64.2 de la Convención, emite un dictamen sobre la compatibilidad de una legislación interna con la Convención Americana o cualquier otro Tratado relativo a los derechos humanos. El Estado no tiene en absoluto la obligación de cumplir con la opinión consultiva (enmendando o absteniéndose, por ejemplo, de adoptar una legislación en cuestión incompatible con la Convención americana) pero no puede ignorar el contenido de la opinión del Tribunal ya que, por medio de su dictamen consultivo, interpreta la Convención. Si un Estado adopta o se abstiene de cambiar una legislación incompatible, entraría en violación de la Convención Americana, lo que lo obliga a adoptar las medidas de derecho interno destinadas a dar efecto a los derechos y libertades del Pacto de San José.

En cuanto a la “función contenciosa”, la misma consiste en la resolución de una situación concreta ocurrida en el ámbito de los Estados Parte que reconocieron oportunamente la competencia de la misma, a efectos de establecer si se produjo una violación a alguno de los derechos amparados por la Convención. En los casos en que considere que el Estado ha violado alguno de esos derechos dicta una sentencia en la que establece cuál ha sido la violación y la reparación que corresponde por la misma.

Dicha competencia no opera *ipso iure*, es necesario, conforme lo dispone el artículo 62 de la Convención un reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte, ya que por el solo hecho de haber ratificado la convención no se considera que se haya aceptado su jurisdicción²³⁵ ”.

²³⁵ La Corte afirmó que “(...) el reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte constituye una cláusula pétrea que no admite limitaciones que no estén expresamente contenidas en el artículo 62.1 y 62.2 de la Convención Americana. Dada la fundamental importancia de dicha cláusula para la operación del sistema de protección de la Convención, no puede ella estar a merced de limitaciones no previstas que sean invocadas por los Estados Partes por razones de orden interno” Caso Baena Ricardo y otros,

Para conocer de cualquier caso, es necesario que sean agotados los procedimientos previstos en los artículos 48 a 50 de la convención, conforme lo estipula el artículo 61.1 de la Convención Americana.

Existen tres etapas básicas en el proceso ante la corte, una primera escrita (demanda y contestación, presentada por la Comisión y el Estado y escrito de solicitudes y pruebas, presentadas por la Comisión Interamericana, el estado demandado y la víctima o sus representantes), una oral (audiencia pública con desarrollo de la prueba y alegatos) y una deliberación y emisión de sentencia.

Dentro de la primera fase “escrita” vale apuntar que se inicia con la presentación de la demanda ante la Corte, ya sea por la Comisión, ya sea por un estado parte del Tratado, dentro de los tres meses siguientes a la emisión del informe del art. 50 de la Convención, por parte de la Comisión; o sea en condición necesaria que se haya agotado el procedimiento ante la Comisión. Junto con la demanda se deben aportar las pruebas documentales y ofrecerse la testimonial y pericial que corresponda, indicándose el objeto de dichos elementos de convicción²³⁶. Lo mismo tiene que hacer el Estado en su escrito de contestación, oportunidad en la que además puede interponer las excepciones preliminares que estime adecuadas (art. 38 del Reglamento).

La segunda fase “oral”, la Corte escucha los testimonios y las pericias a las que hubiera declarado admisible, para luego pasar a los alegatos finales, si las partes desean hacer consideraciones. A tal fin la se designan audiencias públicas, que puede versar sobre admisibilidad de la prueba, recusación de testigos, objeciones, producción de las

(Competencia), (...), párr. 71; Corte IDH. Caso Constantine y otros Vs. Trinidad y Tobago. Excepciones Preliminares. Sentencia de 1 de septiembre de 2001. Serie C No. 82, párrs. 73, 77-79; Corte IDH. Caso Hilaire Vs. Trinidad y Tobago. Excepciones Preliminares. Sentencia de 1 de septiembre de 2001 Serie C No. 80, párrs. 82, 86-88.

²³⁶ El art. 46.3 del Reglamento admite que se presente prueba fuera de término en casos excepcionales.

pruebas y alegatos. Terminada la fase oral, la Corte pasa a deliberar en privado y resuelve sobre el fondo del asunto y las demás cuestiones planteadas, dictando una sentencia que es definitiva e inapelable. A pedido de parte, la sentencia puede ser aclarada o interpretada por la Corte, dentro de los noventa días de notificada (art. 67 de la Convención Americana de Derechos Humanos). No obstante la Corte ha dejado abierta la posibilidad de un recurso de revisión, pero en circunstancias especiales, tales como la aparición de hechos nuevos que fueran relevantes para modificar el resultado de la sentencia²³⁷.

Finalmente, es dable destacar que en caso de extrema gravedad y urgencia, la Corte Interamericana de Derechos Humanos puede adoptar medidas de carácter precautorio con anterioridad a la resolución definitiva de los casos en los que se encuentra conociendo, o a pedido de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en aquellos que no le han sido sometidos (art. 63.2 de la Corte IDH)²³⁸. Estas medidas tienen por objeto proteger de daños irreparables a personas, sean víctimas o testigos y hasta el material probatorio que resulte necesario para la tramitación de un caso. Si se trata de un caso que se sustancia ante la Corte, puede disponerla de oficio o a instancia de parte, entendiendo por éstas a las víctimas o presuntas víctimas, sus familiares o representantes, así como por la Comisión (art. 26.1 del Reglamento). En uno u otro caso, las medidas podrán ordenarse únicamente respecto de aquellos Estados que han aceptado expresamente someterse a la competencia de la Corte de acuerdo con lo normado en el art. 62 de la Convención²³⁹.

²³⁷ Caso “Genie Lacayo”, resolución del 13 de setiembre de 1997.

²³⁸ Padilla, David J., *Provisional measures under the American Convention on Human Rights*, publicado en la obra colectiva, *Liber Amicorum, Homenaje al Juez Fix Zamudio*, IIDH, San José de Costa Rica, págs. 1191. En dicho trabajo, sostiene que puede suceder incluso que el caso nunca sea sometido a la Corte IDH.

²³⁹ Ibidem, págs. 1189 y sgtes.

III.3. El derecho de acceso a la justicia en el sistema interamericano

III.3.1. Reconocimiento normativo de un derecho convencional

Como he venido señalando en reiteradas ocasiones, el derecho de acceso a la justicia es el pilar básico de la protección de los derechos humanos, en los planos tanto nacional como internacional. En efecto, la Convención Americana sobre Derechos Humanos lo consagra en los planos tanto nacional (artículos 8 y 25) como internacional (artículo 44). Al pronunciarse sobre el derecho de acceso a la justicia ante tribunales y jueces nacionales, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha consistentemente enfatizado, hasta la fecha, la interrelación entre el derecho a un recurso efectivo (artículo 25) y las garantías judiciales del debido proceso legal (artículo 8), avanzando así hacia una concepción del acceso a la justicia en sentido amplio o *latu senso*.

El derecho de acceso a la justicia en el plano interamericano es concebido por la Convención Americana igualmente en su amplia dimensión, no sólo en cuanto a su carácter “mandatario” desde la adopción de la Convención Americana, sino también por extender la legitimidad de cualquier persona, grupo de personas o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos. Esta amplia dimensión del derecho de acceso a la justicia ha tenido el efecto inmediato de ampliar el círculo de personas protegidas, sobre todo en casos en que las supuestas víctimas (detenidos incomunicados, personas desaparecidas, entre otras) se ven imposibilitadas de actuar por cuenta propia, y necesitan la iniciativa de un tercero para hacerlo en su nombre.

El acceso a la justicia tiene recepción expresa en el sistema interamericano de Derechos Humanos. En primer término, contribuye al mismo el artículo 25 de la Convención Americana. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sintetizado su doctrina señalando que “el citado artículo 25 [...] establece la obligación positiva del Estado de conceder a todas las personas bajo su jurisdicción un recurso judicial efectivo contra actos violatorios de sus derechos fundamentales”. Ha observado, además, que la garantía allí consagrada se aplica no sólo respecto de los derechos contenidos en la Convención Americana, sino también de aquellos que estén reconocidos por la Constitución o por la ley. La Corte ha señalado, asimismo, en reiteradas oportunidades, que la garantía de un recurso efectivo “constituye uno de los pilares básicos, no sólo de la Convención Americana, sino del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática en el sentido de la Convención”²⁴⁰, y que para que el Estado cumpla con lo dispuesto en el artículo 25 de la Convención no basta con que los recursos existan formalmente, sino que los mismos deben tener efectividad, es decir, debe brindarse a la persona la posibilidad real de interponer un recurso que sea sencillo y rápido. Cualquier norma o medida que impida o dificulte hacer uso del recurso de que se trata constituye una violación del derecho al acceso a la justicia, bajo la modalidad consagrada en el artículo 25 de la Convención Americana”²⁴¹.

Asimismo, la Corte Interamericana ha señalado que la inexistencia de un recurso efectivo contra las violaciones a los derechos reconocidos por la Convención constituye

²⁴⁰ Corte IDH, “Caso del Tribunal Constitucional”, supra nota 8, párr. 90; “Caso Bámaca Velásquez”, Sentencia de 25 de noviembre de 2000. Serie C No. 70, párr. 191; “Caso Cantoral Benavides”, supra nota 13, párr. 163; “Caso Durand y Ugarte”, Sentencia de 16 de agosto de 2000. Serie C No. 68, párr. 101; “Caso Villagrán Morales y otros” (Caso de los “Niños de la Calle”), Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, párr. 234; “Caso Cesti Hurtado”, supra nota 12, párr. 121.

²⁴¹ Corte IDH, “Caso del Tribunal Constitucional”, supra nota 8, párr. 89; y Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos), supra nota 83, párr. 23.

una transgresión de la misma por el Estado Parte en el cual semejante situación tenga lugar.²⁴² Las obligaciones asumidas por los Estados abarcan diversos espectros, desde la negativa, de no impedir u obstaculizar el acceso a tales garantías, hasta la fundamentalmente positiva, de organizar y desarrollar con eficiencia el aparato institucional público que permita que los justiciables puedan acceder a los mismos. Dentro de este marco, del derecho de acceso a la justicia se desprende una obligación que requiere la acción positiva del Estado de remover las barreras y obstáculos normativos, sociales, culturales o económicos que impiden o limitan la posibilidad de acceso a la justicia.

De esta manera, frente a la afectación de un derecho cualquiera por parte del Estado, la víctima tiene la potestad de recurrir a la utilización de la totalidad de herramientas o mecanismos de tutela previstos, ya sea de base legal o constitucional, para reclamar, en primer lugar y si fuera posible, la restitución del derecho conculcado y, en segundo término, la reparación integral del daño sufrido. Generalmente los mecanismos más idóneos de protección o tutela de los derechos se encuentran en las garantías constitucionales o procesos constitucionales subjetivos, tales como el recurso de amparo, hábeas corpus y hábeas data, como lo hemos señalado en el capítulo precedente. A través de ellos, la víctima ejerce el derecho de petición y acción. Es en este punto en que esos mecanismos de jurisdicción interna se convierten en instrumento para la realización de la justicia.

²⁴² Corte IDH, “Caso Castillo Petruzzi y otros”, supra nota 78, párr. 184; “Caso Paniagua Morales y otros”, Sentencia de 8 de marzo de 1998. Serie D No. 37, párr. 164; “Caso Blake”, Sentencia de 24 de enero de 1998. Serie C No. 36, párr. 102; “Caso Suárez Rosero”, Sentencia de 12 de noviembre de 1997. Serie C No. 35, párr. 65; y “Caso Castillo Páez”, Sentencia de 3 de noviembre de 1997. Serie C No. 34, párrs. 82 y 83. Cfr. también “Caso La Panel Blanca” (Paniagua Morales y otros vs. Guatemala) Sentencia 8 de marzo 1998- Serie C, N° 37.

Es precisamente el derecho de petición el que permite ejercer una acción –cualquier tipo de acción legal, llámese denuncia, queja, demanda– para poner en movimiento todo el aparato de justicia en espera de una respuesta efectiva, pronta y cumplida. En los términos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos el derecho a la petición se plantea en forma clara como la posibilidad de recurrir ante cualquier institución administrativa del Estado, no sólo ante el Poder Judicial. Asimismo, al artículo 25 mencionado se suman otras previsiones normativas que contribuyen con la noción de acceso a la justicia, entre las que resalta el artículo 8.1 de la Convención.

De los artículos citados se desprenden dos de los pilares básicos del acceso a la justicia según la definición brindada en el capítulo primero de esta investigación. En primer lugar, el principio de juez natural, independiente e imparcial consagrado en el artículo 8.1 de la Convención Americana. Otro pilar del acceso a la justicia es la garantía del debido proceso, también consagrada en el artículo citado, y que se expande no sólo en el proceso penal, sino en otras sedes, como por ejemplo la administrativa. Ambos artículos, junto con el 1.1 de la Convención, se aplican en forma conjunta, complementándose recíprocamente, ya que el acceso a la justicia requiere necesariamente la consagración del derecho a un recurso efectivo ante los jueces o tribunales nacionales competentes, de las garantías del debido proceso, y de la obligación general de garantía de los derechos protegidos. Tan es así, que la Corte Interamericana de Derechos Humanos señaló “... el artículo 25 se encuentra íntimamente ligado con la obligación general de artículo 1.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, al atribuir funciones de protección al Derecho Interno de los Estados Partes.”²⁴³ Por otra parte, la problemática del acceso a la justicia

²⁴³ Corte IDH, “Caso Panel Blanca” (Paniagua Morales y otros vs. Guatemala) Sentencia 8 de marzo 1998- Sercia C, N° 37; “Caso Castillo Petruzzi y otros”, supra nota 78, párr. 184.

repercute de manera expansiva, impactando en la violación de otros derechos consagrados en tales instrumentos, así como el artículo 24 de la misma, relativo al derecho a la igualdad ante la ley.

De la lectura coordinada de las normas citadas cabe concluir que, conforme a la Convención, los Estados no deben interponer trabas a las personas que acudan ante la administración de justicia en procura de que sus derechos sean protegidos o determinados. En este sentido, una medida estatal que dificulte u estorbe de cualquier manera el acceso de las personas a los tribunales –que no esté justificada por necesidades razonables de la propia administración de justicia–, debe entenderse como contraria al derecho de acceso a la justicia y a la Convención Americana.

Igualmente, en el artículo 7, numerales c, d, e, f, g de la Convención de Belém do Pará se señala que los estados parte se encuentran obligados a incluir normas penales, civiles, administrativas y de otra naturaleza en su ordenamiento interno para prevenir, sancionar erradicar la violencia; a adoptar medidas de restricción al agresor, a abolir leyes vigentes, así como reglamentos y modificar prácticas consuetudinarias que “respalden la persistencia o tolerancia de la violencia contra la mujer”; a establecer procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos y a “establecer mecanismos judiciales y administrativos que garanticen a la mujer víctima de violencia a una reparación y a medios de compensación justos y eficaces”²⁴⁴.

Del mismo modo, resulta oportuno tener en cuenta la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en el

²⁴⁴ Convención do Belem do Pará, art. 7, num. c, d, e, f y g.

2007, que señala en su artículo 34 que “Los pueblos indígenas tienen derecho a promover, desarrollar y mantener sus estructuras institucionales y sus propias costumbres, espiritualidad, tradiciones, procedimientos, prácticas y, cuando existan, costumbres o sistemas jurídicos, de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos”.

En síntesis, la Corte Interamericana ha considerado que el Estado está en la obligación de proveer recursos judiciales efectivos a las personas que aleguen ser víctimas de violaciones de derechos humanos (artículo 25), recursos que deben ser sustanciados de conformidad con las reglas del debido proceso legal (artículo 8.1), todo ello dentro de la obligación general, a cargo de los mismos Estados, de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción (artículo 1.1).²⁴⁵

Así, el amplio alcance del derecho del acceso a la justicia se acredita *ratione materiae*, mediante la construcción jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos humanos, sobre todo a partir de la profusa jurisprudencia emanada por este tribunal en los últimos años. De este modo, las sentencias del mentado órgano jurisdiccional abarcan no sólo el acceso formal a un tribunal o juez, sino también las garantías judiciales, al igual que el derecho a la prestación jurisdiccional. Configura, efectivamente, un verdadero derecho “al derecho”, incluyendo las reparaciones (cuando éstas sean justificadas), y el fiel y pleno cumplimiento o ejecución de la sentencia por el Estado demandado. Esta materia, a pesar de su capital importancia para la protección efectiva de los derechos humanos, no parece haber sido suficientemente estudiada, desde su amplia dimensión, por la doctrina jurídica contemporánea.

²⁴⁵ Corte IDH, “Caso Goiburú y otros”, supra nota 8, párr. 110; “Caso Claude Reyes y otros”, Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151, párr. 127, y “Caso Ximenes Lopes”, supra nota 9, párr. 175.

Sin perjuicio de ello, es evidente el notorio desarrollo jurisprudencial llevado adelante por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en este sentido, a través de diversas sentencias y opiniones consultivas a lo largo de estos años, desarrollo que examinaremos a continuación.

III.3.2. Estado actual de la cuestión y obstáculos para acceder a la justicia interamericana

De acuerdo a la doctrina y jurisprudencia del Sistema interamericano, el derecho de acceso a la justicia es una norma de *ius cogens* que genera la obligación, para los Estados miembros, de adoptar las medidas necesarias para lograr su efectividad. El acceso a la justicia es un derecho, por tanto, que permite hacer efectivos otros derechos que han sido vulnerados o que deben ser reconocidos a quienes acuden ante el sistema de justicia para solucionar sus conflictos jurídicos.

La Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos ha sostenido que “el acceso a la justicia, en tanto derecho humano fundamental es, a la vez, el medio que permite restablecer el ejercicio de aquellos derechos que hubiesen sido desconocidos o vulnerados”, y que “la importancia fundamental que tiene el servicio de asistencia letrada gratuita para la promoción y protección del derecho de acceso a la justicia de todas las personas, en particular de aquellas que se encuentran en una situación especial de vulnerabilidad”²⁴⁶ Así, el derecho de acceso a la justicia se configura como una garantía fundamental con reconocimiento nacional e internacional en el ámbito regional y universal. Este ha sido reconocido en la Convención Americana sobre Derechos

²⁴⁶ “Garantías para el acceso a la justicia, el rol de los defensores públicos oficiales” (Asamblea General, Resolución 2656 XLI-O/11), del 7 de junio de 2011.

Humanos en los artículos 8 y 25 y en el artículo XVIII de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre. Asimismo, conviene señalar que en otras sentencias y Opiniones Consultivas la Corte Interamericana ha hecho referencia a las obligaciones del Estado en relación a la efectividad del derecho de acceso a la justicia; aspectos que las partes de la Convención Americana de Derechos Humanos deben tomar en cuenta para cumplir con las obligaciones generales del artículo 1 y 2 del tratado en mención y garantizar este derecho reconocido en la Convención.

En América Latina persisten distintas barreras que limitan el acceso a la justicia para la población, en particular para los grupos más vulnerables. En efecto, podemos mencionar problemas como el de la discriminación étnica y cultural que afecta a los Pueblos Indígenas al desconocer y desconfiar éstos del sistema de justicia y, éste, de las culturas, las lenguas, los razonamiento y formas de solución de controversias, conflictos y las sanciones que imparten en la justicia indígena (barreras culturales y lingüísticas); el costo que entrañan los procesos para personas que viven en pobreza o pobreza extrema y la ausencia o déficit en muchos países de defensores públicos o asistencia legal gratuita”²⁴⁷ (barreras económicas) o la existencia de prejuicios y estereotipos de género en los funcionarios del sistema de justicia que colocan en desventaja a las mujeres y la ausencia de servicios jurídicos especializados para mujeres (barreras de género).

En uno de sus más emblemáticos precedentes, la Corte IDH entendió que la imposibilidad de agotamiento de los recursos internos por carencia de recursos para costearlos suponía una discriminación por posición económica, prohibida en el artículo 1.1 de la Convención que violaba la igualdad ante la ley protegida en el artículo 24 e impedía satisfacer el derecho a la jurisdicción protegido en el artículo 8; ello así, era

²⁴⁷ Villaran, Susana. *Acceso a la justicia en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, en Lovatón, David. Informe Final de proyecto “Lineamientos y buenas prácticas para un adecuado acceso a la Justicia en las Américas, Organización de Estados Americanos (OEA), Instituto de Defensa Legal, Consorcio Justicia Viva, Lima, diciembre de 2007, pág. 6.

obligación del Estado garantizar el goce y ejercicio de los derechos protegidos a todas las personas bajo su jurisdicción. En este orden de ideas, si un Estado ha probado la disponibilidad de los recursos, corresponde al reclamante encuadrarse en las excepciones a la regla del agotamiento de los recursos internos²⁴⁸.

Por su parte, la Comisión Interamericana elaboró el informe “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”²⁴⁹. Sostiene en el mismo que numerosas cuestiones vinculadas con el efectivo acceso a la justicia, como la disponibilidad de la defensa pública gratuita para las personas sin recursos y los costos del proceso, resultan asuntos de inestimable valor instrumental para la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales²⁵⁰. De este modo, es posible sostener que el sistema interamericano de derechos humanos ha desarrollado una práctica consistente en cuanto a que existe una obligación jurídica positiva para los Estados de remover los obstáculos en el acceso a la justicia que tengan origen en la posición económica de las personas. En este sentido, los Estados tienen el deber de proveer servicios jurídicos gratuitos a las personas sin recursos, a fin de evitar la vulneración de su derecho a las garantías judiciales y a la protección judicial efectiva, incluidas las acciones complejas como las constitucionales. En consonancia con lo expuesto, el Informe de la Comisión Interamericana presenta aquellas barreras de carácter institucional, en las cuales la responsabilidad del Estado se puede establecer de forma más directa, ya que responden a falencias de las propias instituciones públicas.

Finalmente, y con carácter previo a desarrollar el reconocimiento normativo del derecho de acceso a la justicia en el sistema interamericano, habré de traer a colación una serie

²⁴⁸ Corte IDH, *Excepciones al agotamiento de los recursos internos (Artículos 46.1, 46.2.a y 46.2.b Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, OC-11/90 de 10 de agosto de 1990, Serie A No. 10.

²⁴⁹ OEA/Ser.L/V/II.129 Doc. 4, 7 de septiembre de 2007

²⁵⁰ *Ibidem*, parr. 48.

indicadores que ha señalado el ex presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Sergio García Ramírez que tienen por objeto servir de baremos para incrementar el acceso a la justicia de los pueblos de nuestro continente²⁵¹. Estos son: a) que existan los instrumentos en los que funda su ejercicio; b) que éstos adquieran vigencia universal o regional; c) que se admitan lo más ampliamente posible – es decir, con las menores reservas o sin ellas-; d) que se construya en ese marco un sistema de jurisdicción contenciosa; e) que se acepte el pleno despliegue de ésta, sea porque tenga aplicación inmediata, sea porque se ponga en juego una cláusula facultativa; f) que se reconozca seriamente el imperio de sus resoluciones; g) que haya firmeza en la admisión de la competencia contenciosa; h) que los individuos puedan acudir ante los órganos jurisdiccionales, con amplios derechos procesales para obtener satisfacción de las pretensiones correspondientes a todos sus derechos sustantivos; i) que haya vías internas de recepción y ejecución de los pronunciamientos internacionales; j) que existan medios para supervisar y exigir su cumplimiento, hasta obtenerlo.

III.3.3. Pautas de reconocimiento del derecho de acceso a la justicia en el sistema interamericano

Los organismos del Sistema Interamericano se han pronunciado reiteradamente en torno al acceso a la justicia, considerándolo uno de los fundamentales no sólo de la Convención Americana, sino del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática. Además de su relevancia sustancial, el tema en estudio tiene, cuantitativamente, una posición central en las demandas presentadas ante la Corte

²⁵¹ García Ramírez, S, *Cuestiones ante la jurisdicción internacional*, en *Cuadernos procesales*, Año V, Nro. 13, Septiembre de 2011, págs. 27-29.

Interamericana. Dos líneas transversales pueden identificarse en la jurisprudencia actual de la Corte Interamericana: en primer lugar, el análisis conjunto de la normativa citada, que se desprende de la interrelación de las nociones de acceso a la justicia – derecho de petición ante las autoridades y derecho a una debida prestación jurisdiccional - y, en segundo término, su evaluación concentrada en la efectividad en el cumplimiento de los derechos y no la mera respuesta normativa o ilusoria. Se hace necesaria una ponderación que congloba las pautas enunciadas y un examen del cúmulo de las actuaciones judiciales internas, en orden a obtener una percepción integral que permita ponderar si satisfacen los estándares.

Asimismo, estos derechos no admiten el cercenamiento de las garantías en estados de emergencia. Si bien el criterio ya había sido señalado en la opinión consultiva Nro. 8, con específica referencia al hábeas corpus, en la opinión consultiva Nro. 9 la Corte IDH puntualizó: “[l]os recursos efectivos ante jueces o tribunales nacionales competentes (artículo 25.1 de la Convención) como el habeas corpus y el amparo, y cualesquiera otros recursos que sean indispensables para asegurar el respeto de derechos inderogables (no sujetos a derogación bajo el artículo 27.2 de la Convención), son garantías judiciales ‘esenciales’, que deben ser ejercidas en el marco y a la luz de los principios del debido proceso legal (bajo el artículo 8 de la Convención Americana)”²⁵².

El Tribunal reitera el deber positivo para los Estados que se desprende del artículo 1 de la Convención, que les obliga no solamente a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella, sino a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona sujeta a su jurisdicción²⁵³, y hace referencia expresa a la obligación estatal de proveer los

²⁵² Voto razonado del Juez Cançado Trindade en *Caso López Álvarez v. Honduras*, fallo citado, párr. 19.

²⁵³ Corte IDH, *Excepciones al agotamiento de los recursos internos* (arts. 46.1, 46.2.a y 46.2.b, Convención Americana sobre Derechos Humanos), párr. 34.

mecanismos procesales de tutela de los derechos: “La protección de la ley la constituyen, básicamente, los recursos que ésta dispone para la protección de los derechos garantizados por la Convención, los cuales, a la luz de la obligación positiva que el artículo 1.1 contempla para los Estados de respetarlos y garantizarlos, implica (...) el deber de los Estados partes 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 humanos²⁵⁴” . Por el contrario, esta obligación no se ve satisfecha, sino que se verifica un supuesto de denegación de justicia, cuando se da la completa inhibición de los mecanismos teóricamente adecuados del Estado para atender a la investigación de la violación de los derechos fundamentales, así como al cumplimiento de deberes como la reparación de los daños causados y la sanción a las personas responsables, contenidos en el artículo 1.1 de la Convención.

A su vez, el acceso a la justicia se relaciona interactuando con otros diversos derechos convencionales. Así, por ejemplo, la Corte IDH ha entendido que el derecho a la verdad se encuentra subsumido en el derecho de la víctima o sus familiares a obtener de los órganos competentes del Estado el esclarecimiento de los hechos violatorios y las responsabilidades correspondientes, a través de la investigación y el juzgamiento, por lo que es englobado dentro del derecho de acceso a la justicia.²⁵⁵ Si bien ha señalado que el deber de investigar es de medio, no de resultado, sostuvo la Corte que ello no significa que la investigación pueda ser emprendida como “una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa”; debe tener un sentido y ser asumida por el

²⁵⁴ *Ibíd.*, párr. 23.

²⁵⁵ Corte IDH, “Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile”, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, párr. 148.

Estado como un deber jurídico propio y no como una simple gestión de intereses particulares, que dependa de la iniciativa procesal de la víctima o de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios, sin que la autoridad pública busque efectivamente la verdad²⁵⁶.

Como se ha adelantado con anterioridad, otro de los aspectos fundamentales de la jurisprudencia interamericana es que se ha orientado hacia la exigencia de la ponderación efectiva del acceso a la justicia, dado que “no basta con la existencia formal de los recursos, sino que estos deben ser adecuados y efectivos para remediar la situación jurídica infringida. O sea, cualquier norma o medida que impida o dificulte hacer uso del recurso de que se trata, constituye una violación del derecho de acceso a la justicia, según lo dispone el artículo 25 de la Convención²⁵⁷”. Esto surge, particularmente, de la opinión consultiva Nro. 11, donde la Corte IDH analizó si es exigible el agotamiento de los recursos internos cuando se invocan como obstáculos “los costos económicos o de carencia de asistencia jurídica”. El Tribunal consideró a la afectación del derecho del acceso a la justicia como una violación del derecho a la igualdad, por generar una discriminación a base de “condición social” (artículo 1.1 de la Convención). Así, señaló que “el sentido de la expresión discriminación que menciona el artículo 24 debe ser interpretado [...] a la luz de lo que menciona el artículo 1.1. Si una persona que busca la protección de la ley para hacer valer los derechos que la Convención le garantiza, encuentra que su posición económica (en este caso, su indigencia) le impide hacerlo porque no puede pagar la asistencia legal necesaria o cubrir los costos del proceso, queda discriminada por motivo de su posición económica y colocada en condiciones de desigualdad ante la ley”. En consecuencia, “el indigente

²⁵⁶ Corte IDH, “Caso Velásquez Rodríguez”, cit. párr. 177 y “Caso Godínez Cruz”, cit. párr. 188.

²⁵⁷ Corte IDH, *Excepciones al agotamiento de los recursos internos* (art. 46.1, 46.a y 46.2.b Convención Americana sobre Derechos Humanos), párr. 22.

tendrá o no que agotar los recursos internos, según si la ley o las circunstancias se lo permiten [...] si los servicios jurídicos son necesarios por razones legales o de hecho para que un derecho garantizado por la Convención sea reconocido y alguien no puede obtenerlos por razón de su indigencia, estaría exento del requisito del previo agotamiento. Lo mismo es válido si nos referimos a los casos en los cuales hay que pagar alguna suma para realizar los trámites, es decir que, si para un indigente es imposible depositar tal pago, no tendrá que agotar tal procedimiento, a menos que el Estado provea mecanismos distintos²⁵⁸”. Respecto de la asesoría jurídica, señaló la Corte Interamericana que “hay que entender, por consiguiente, que el artículo 8 exige asistencia legal solamente cuando ésta es necesaria para que se pueda hablar de debidas garantías y que el Estado que no la provea gratuitamente cuando se trata de un indigente, no podrá argüir luego que dicho proceso existe pero no fue agotado [...] Aun en aquellos casos en los cuales un acusado se ve obligado a defenderse a sí mismo porque no puede pagar asistencia legal, podría presentarse una violación del artículo 8 de la Convención si se puede probar que esa circunstancia afectó el debido proceso a que tiene derecho bajo dicho artículo²⁵⁹” .

La respuesta, entonces, es sumamente amplia, abarcando las diversas variables reguladoras del debido proceso por los Estados. En un sentido similar, en la opinión consultiva 18, relativa a la condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, la Corte IDH consideró que la negativa a prestar un servicio público gratuito de defensa legal a las personas sin recursos implicaba una vulneración del debido proceso y del derecho a la protección judicial efectiva ya que le impide que se hagan valer los derechos en juicio, y, en el caso de personas migrantes indocumentadas,

²⁵⁸ Ibidem, párr. 20 y 30.

²⁵⁹ Ibidem, párr. 27.

éstas corren riesgo de ser deportadas expulsadas o privadas de su libertad al acudir a las instancias administrativas o judiciales²⁶⁰.

Conforme el criterio asumido por la Comisión Interamericana, las políticas que apuntan a garantizar servicios jurídicos a personas carentes de recursos actúan como mecanismos para compensar situaciones de desigualdad material que afectan la defensa eficaz de los propios intereses, por lo que postula que “debe aumentarse el número de defensores públicos disponibles para asesorarlos, de manera tal que este servicio esté al alcance de toda persona que lo necesite para tener acceso a la protección²⁶¹”. Estos criterios son reiterados por la Comisión con respecto a las mujeres víctimas de violencia²⁶². Asimismo, la Comisión ha aclarado que, de acuerdo con la Convención Americana, el derecho a la asistencia jurídica gratuita está directamente vinculado con la complejidad técnica del tipo de recurso judicial que la víctima intentaba plantear en el caso concreto²⁶³.

En sentido similar, la Corte IDH, en la causa “Hilaire, Constantine y Benjamin y otros versus Trinidad y Tobago”, siguiendo la doctrina expuesta en el *obiter dictum* de la opinión consultiva Nro. 16, se pronunció en torno a que no hay “debido proceso legal” si un justiciable no puede hacer valer sus derechos “en forma efectiva”, (es decir, si no tiene verdadero acceso a la justicia), y agregó que, para que en un proceso existan

²⁶⁰ 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*, párr. 54.

²⁶¹ CIDH, *Informe sobre la situación de los derechos humanos en Ecuador*, 1997.

²⁶² Cfr. CIDH, *Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas*, y *Las mujeres frente a la violencia y la discriminación derivadas del conflicto armado en Colombia*, 18 octubre 2006 (OEA/SER.L/V/II., doc. 67), Capítulo VI, párr. 51, párr. 55 y nota 9. *Informe sobre terrorismo y derechos humanos*, 22 octubre 2002 (OEA/ Ser.L/V/II.116), párr. 236.

²⁶³ 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*, párr. 54.

“verdaderas garantías judiciales”, se impone la observancia de “todos los requisitos” que sirvan para “asegurar o hacer valer la titularidad o el ejercicio de un derecho”²⁶⁴.

De esta manera, no se consideran satisfactorios ni “efectivos” los recursos que, por las “condiciones generales del país” en cuestión, o incluso por las “circunstancias particulares” de un determinado caso, “resulten ilusorios”. O sea, el acceso a la justicia y el ejercicio efectivo del derecho (con la fiel observancia de las garantías judiciales) se encuentran ineluctablemente vinculados.

Retomando el argumento respecto a las barreras de índole económicas, en el caso “Cantos contra Argentina”, la Corte reiteró su criterio y señaló que la suma fijada por concepto de tasa de justicia y la correspondiente multa, constituyeron una obstrucción al acceso a la justicia pues no aparecen como razonables, aun cuando la mencionada tasa de justicia sea, en términos aritméticos, proporcional al monto de la demanda. El Tribunal explicó que si bien el derecho al acceso a la justicia no es absoluto y, consecuentemente, puede estar sujeto a algunas limitaciones discrecionales por parte del Estado, lo cierto es que éstas deben guardar correspondencia entre el medio empleado y el fin perseguido y, en definitiva, no pueden suponer la negación misma de dicho derecho. Sostuvo que se requería que quienes participan en el proceso puedan hacerlo sin el temor de verse obligados a pagar sumas desproporcionadas o excesivas a causa de haber recurrido a los tribunales. Esta última situación se agrava en la medida en que para forzar el pago, procedan las autoridades a embargar los bienes del deudor o a quitarle la posibilidad de ejercer el comercio. En síntesis, la Corte Interamericana sostuvo que “La Convención consagra el derecho de acceso a la justicia. De ella se desprende que los Estados no deben interponer trabas a las personas que acudan a los

²⁶⁴Corte IDH, *Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros v. Trinidad y Tobago*, párrs. 146-147.

jueces o tribunales en busca de que sus derechos sean determinados o protegidos. Cualquier norma o medida del orden interno que imponga costos o dificulte de cualquier otra manera el acceso de los individuos a los tribunales, y que no esté justificada por las razonables necesidades de la propia administración de justicia, debe entenderse contraria al precitado artículo 8.1 de la Convención”.²⁶⁵

Asimismo, en el caso “Yean y Bosico contra República Dominicana”, la Comisión Interamericana ha expresado sobre el particular que el recurso judicial que se establezca para revisar el actuar de la administración, no sólo debe ser rápido y efectivo, sino también “económico” o “asequible”.²⁶⁶

En el Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos²⁶⁷, la Comisión Interamericana señaló los factores que permiten considerar protegido el derecho al acceso a la justicia: a) la disponibilidad de recursos por parte de la persona afectada; b) la complejidad de las cuestiones involucradas en el caso, y c) la importancia de los derechos afectados. De esta manera, en torno a los procesos constitucionales la garantía se acentúa.

En resumen, la normativa y jurisprudencia del sistema regional de los derechos humanos postula una concepción del derecho de acceso a la justicia efectiva y amplia, al integrarse con el derecho del debido proceso, al recurso efectivo, y el deber del Estado de garantizar el goce de los derechos fundamentales. Estas pautas se han exployado nutriendo las previsiones constitucionales argentinas.

²⁶⁵ Corte IDH, “Caso Cantos vs. Argentina”, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de Noviembre de 2002. Serie C No. 97; caso “Hilaire, Constantine y Benjamín y otros vs. Trinidad y Tobago”. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de junio de 2002. Serie C No. 94.

²⁶⁶ Señaló el derecho a que el Estado *provea un recurso sencillo, rápido y económico a las personas que carecen de actas de nacimiento*. Ver. CIDH, “El acceso[...]”, op.cit., Párr. 8

²⁶⁷ www.cidh.oas.org/Terrorism/Span/indice.htm

III.3.4. Reconocimiento del derecho de acceso a la justicia en las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Se ha entendido el derecho de acceso a la justicia en su complejidad, como un derecho que se desprende, en los términos del plexo normativo interamericano, de las mandas de los artículos 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Dichos artículos establecen un mandato para los Estados respecto de la creación de una institucionalidad en aras a mantener mecanismos de protección de los derechos humanos en el derecho interno. En efecto, dichos mecanismos, tanto judiciales como administrativos, son determinantes para el apuntalamiento de los derechos humanos, y a la vez constituyen un refuerzo para la justicia constitucional existente en los Estados. Los artículos en análisis, además de establecer el derecho de acceso a la justicia, consagran derechos específicos que deben ser respetados en el desarrollo de los procesos judiciales y administrativos. En consecuencia, debemos destacar el derecho a un debido proceso, el derecho a un plazo razonable, el derecho a un juez imparcial y el derecho a contar con un recurso efectivo, que en su conjunto constituyen elementos determinantes para un acceso efectivo a la justicia. A continuación analizaremos brevemente ciertos estándares establecidos en la Corte Interamericana en virtud de cada uno de los derechos señalados.

La Corte IDH ha definido el debido proceso, señalando que “[...] el debido proceso legal se refiere al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier [...] acto del Estado que pueda afectarlos. Es decir, cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso,

sea administrativo sancionatorio o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal”²⁶⁸.

Como he señalado anteriormente, la Corte Interamericana reafirma que el acceso a la justicia no es un derecho que se refiera privativamente a acceder a procesos desarrollados sólo ante los tribunales de justicia del Estado, se refiere a todo proceso estatal que puede ser de diverso carácter, no solo judicial sino también administrativo. En efecto, la Corte ha señalado que las garantías del debido proceso no sólo deben contemplarse a lo largo del desarrollo de los procesos judiciales sino también en los procesos de carácter administrativo, en tal sentido afirma que “De acuerdo a los dispuesto en el Artículo 8.1 de la Convención, en la determinación de los derechos y obligaciones de las personas, de orden penal, civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter, se deben observar “las debidas garantías” que aseguren, según el procedimiento que se trate, el derecho al debido proceso”²⁶⁹.

En aquellos casos en que las personas acceden a tribunales pero estos no cumplen con el derecho a un debido proceso, el mismo hecho de administrar justicia constituye en sí mismo una violación a los derechos humanos. Lo anterior, tiene relación directa con las obligaciones que asumen los jueces como operadores de justicia. En efecto, sobre ellos recae el deber de administrar justicia conforme a los estándares del debido proceso. En este sentido, los jueces tienen el deber de cumplir y hacer cumplir el principio del debido proceso, constituyéndose en garantes de los derechos de las partes y, en particular, velando por dispensarles un trato igual que evite cualquier desequilibrio

²⁶⁸ Corte IDH Caso Tribunal Constitucional parr. 68.

²⁶⁹ Corte IDH, “Caso Barbani Duarte y Otros Vs. Uruguay”, Serie C No. 243, Fondo Reparaciones y costas. 13 de octubre de 2011.

motivado por la diferencia de condiciones materiales entre ellas y, en general, toda situación de indefensión .

El artículo 8 de la Convención Americana consagra también el derecho a un juez natural que cumpla con las características de independencia e imparcialidad. En tal sentido la Corte IDH ha sostenido “ que el debido proceso “implica la intervención de un órgano judicial independiente imparcial, apto para determinar la legalidad de las actuaciones que se cumplan dentro del Estado de excepción” . En efecto afirma que “... Toda persona sujeta a un juicio de cualquier naturaleza ante un órgano del Estado deberá contar con la garantía de que dicho órgano sea imparcial y actúe en los términos del procedimiento legalmente previsto para el conocimiento y resolución del caso que se le somete.” En definitiva, todas las personas tienen derecho de acceder a un juez que cumpla con características esenciales que aseguren un resultado justo al momento de determinar si efectivamente existió una vulneración a los derechos humanos²⁷⁰.

Además del importante rol que desempeñan los jueces, cabe destacar la participación de los abogados en los procesos. Es así como toda persona, sin importar su condición socioeconómico debe tener acceso a una asesoría jurídica profesional. En cuanto a la asistencia letrada privada o estatal, en el marco de un proceso judicial, la Corte IDH ha señalado, que “El principio décimo séptimo del Conjunto de Principios para la protección de Todas las Personas sometidas a Cualquier forma de Detención o Prisión de las Naciones Unidas, afirma que: 1. Las personas detenidas tendrán derecho a asistencia de un abogado. La autoridad competente les informará de ese derecho prontamente después de su arresto y les facilitará medios adecuados para ejercerlo. 2. La persona detenida que no disponga de asistencia de un abogado en todos los casos en

²⁷⁰ Artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Cfr. Corte IDH, “*Caso Genie Lacayo v. Nicaragua*”, párr. 74.

que el interés de la justicia así lo requiera y sin costo para él si careciera de medios suficientes para pagarlo. Si bien se hace referencia a un grupo específico de titulares del derecho a asistencia jurídica adecuada, las personas privadas de libertad, dicha garantía de contar con asesoría legal es transversal y debe cumplirse en todo tipo de procedimiento. Cabe destacar que la falta de recursos económicos no puede ser un obstáculo para contar con una efectiva asesoría jurídica.

En efecto, la Corte IDH afirma que “... en el auto cabeza del proceso que declaró abierta la etapa del sumario (...) el juez designó un abogado de oficio para la presunta víctima y los otros sindicados. Ese abogado no visitó a la presunta víctima ni intervino en su defensa. Si bien [aqué] logró comunicarse posteriormente con un abogado particular, no pudo contratar sus servicios por falta de recursos económicos. Esta situación hizo que durante el primer mes de detención no contara con asistencia de un abogado [...], lo que le impidió disponer de una defensa adecuada. Esta situación llevo a la violación del artículo 8.2 e) en perjuicio de la víctima.”.²⁷¹

Al momento de administrar justicia, un Estado también ejerce su poder sancionatorio. Este último reconoce límites, en tal sentido la Corte IDH ha expresado que “ [...] el respeto a los derechos humanos constituye un límite a la actividad estatal, lo cual vale para todo órgano o funcionario que se encuentre en una situación de poder, en razón de su carácter oficial, respecto de las demás personas. Es, así, ilícita, toda forma de ejercicio del poder público que viola los derechos reconocidos por la convención. Esto es aun más importante cuando el Estado ejerce su poder sancionatorio, pues éste no sólo presupone la actuación de las autoridades con un total apego al orden jurídico, sino implica además la concesión de las garantías mínimas del debido proceso a toda las

²⁷¹ Corte IDH, “Caso Tibi Vs. Ecuador”, Serie C No. 114, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, rto. el 7 de septiembre de 2004.

personas que se encuentren sujetas a su jurisdicción, bajo las exigencias establecidas por la Convención.”.²⁷²

La Corte al momento de referirse al acceso a recursos procesales, desarrolla la idea del respeto a garantías procesales efectivas indicando que “ ... Para que en un proceso existan verdaderas garantías judiciales (o procesales), es preciso que en él se observen todos los requisitos que “sirvan para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o el ejercicio de un derecho” , es decir, las “condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquéllos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial”²⁷³.

Por su parte, el pluricitado artículo 25 de la Convención consagra la obligación para los Estados de suministrar a las víctimas de violaciones a los derechos humanos los recursos necesarios para alegar la afectación de sus derechos fundamentales. Desde sus primeras sentencias contenciosas, la Corte IDH ha señalado que para cumplir con la garantía establecida en el artículo 25 no basta con la sola existencia formal de recursos, sino que estos deben cumplir con dos características: ser adecuados y efectivos para remediar la situación jurídica infringida. En efecto, toda medida que dificulte o impida la utilización del recurso contemplado de manera formal, constituye una violación del derecho del acceso a la justicia. Respecto a las características que debe poseer un recurso para garantizar efectivamente la tutela judicial, la Corte IDH ha establecido, “Que sean adecuados significa que la función de esos recursos, dentro del sistema del derecho interno, sea idónea para proteger la situación jurídica infringida. En todos los ordenamientos internos existen múltiples recursos, pero no todos son aplicables en todas

²⁷² Corte IDH, “Caso Tribunal Constitucional”, Sentencia del 31 de enero de 2001, párr. 68.

²⁷³ Cançado Trindade, Antônio A., voto particular en el *Caso López Álvarez v. Honduras...* párr. 29. Corte IDH, “Caso Juan Humberto Sánchez v. Honduras”, párr. 121

las circunstancias.” En relación a la segunda característica se estableció que un recurso es eficaz cuando “es capaz de producir el resultado para el que ha sido concebido²⁷⁴”. En consecuencia, la obligación del Estado de contar con recursos procesales para reclamar ante la afectación de los derechos no puede traducirse en la existencia solo de recursos formales que no tengan efectos prácticos. Los Estados deben avanzar desde un reconocimiento formal de los derechos, entre ellos el derecho de acceso a la justicia, a asegurar un disfrute real y efectivo de todos los derechos humanos.

Desde otra perspectiva, y en lo que hace a las reparaciones que ordena la Corte llegado el momento de dictar sentencia, en el caso de las “Masacres de Ituango vs. Colombia”, la Corte señaló que hay límites a un verdadero acceso a la justicia en el caso de la acción de reparación directa si es que ésta es de naturaleza rogada, es decir, debe ser presentada por medio de abogado o abogada, los términos ineluctables de caducidad son dos años, así como la falta de tribunales contenciosos administrativos en todas las áreas geográficas del país²⁷⁵.

Una de las sentencias que más claramente define con exhaustividad el alcance del derecho del acceso a la justicia es el “Caso de los Cinco Pensionistas contra Perú”. En dicho precedente, la Corte afirma que “tal derecho no se reduce al acceso formal, stricto sensu, a la instancia judicial; el derecho de acceso a la justicia, que se encuentra implícito en diversas disposiciones de la Convención Americana (y de otros tratados de derechos humanos) y que permea el derecho interno de los Estados Partes, significa, lato sensu, el derecho a obtener justicia. Dotado de contenido jurídico propio,

²⁷⁴ Corte IDH, “Caso Suárez Rosero vs. Ecuador”, párrs. 51 y 90.

²⁷⁵ Corte IDH, “Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia”, Sentencia de 1 de julio de 2006 Serie C No. 148.

configurase como un derecho autónomo a la prestación jurisdiccional, o sea, la propia realización de la justicia”²⁷⁶.

Como puede observarse con meridiana claridad, la Corte Interamericana esgrime una clara división del contenido y alcance del derecho del acceso a la justicia, sosteniendo que, por una parte, el derecho del acceso a la justicia consiste en tener la posibilidad cierta de “acceder a la justicia o derecho a un juez”, y por otra parte, esta doble dimensión implica tener derecho a obtener justicia, o más llanamente, tener “derecho al derecho”.

Este último aspecto de la doble dimensión del derecho, se observa definidamente en el precedente “Genie Lacayo”. En dicha sentencia, el tribunal interamericano destaca la obligación del Estado, respecto de individuos, grupos y pueblos, de poner todos los medios a su alcance para asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos y, como consecuencia de esta obligación, debe procurar además el restablecimiento del derecho conculcado y, en su caso, subsanar la demora objeto de la violación señalada²⁷⁷. Y he aquí de qué modo el máximo tribunal en materia de derechos humanos del continente comienza a delinear el verdadero contenido y alcance del derecho del acceso a la justicia no ya como dependiente de otros derechos, sino como un verdadero derecho autónomo, que implica la posibilidad de acceder a un ordenamiento jurídico a niveles tanto nacionales como internacionales, y que efectivamente salvaguarde los derechos fundamentales de la persona humana, asegurando así un acceso cada vez más universal, de individuos, grupos y pueblos a la justicia.

²⁷⁶ Corte IDH, “Caso Cinco Pensionistas Vs. Perú”. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C No. 98

²⁷⁷ Corte IDH, “Caso Genie Lacayo Vs. Nicaragua”. Solicitud de Revisión de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Resolución de la Corte de 13 de septiembre de 1997. Serie C No. 45.

Un avance aún mayor ha alcanzado el desarrollo del concepto en el precedente “Goiburù y otros vs. Paraguay”²⁷⁸. En esta sentencia, la Corte Interamericana, señala expresamente que el derecho al acceso a la justicia – el cual se desdobra, a su vez, en el principio de acceso a la justicia – “constituye una norma imperativa del Derecho internacional y, como tal, genera obligaciones erga omnes para los Estados de adoptar las medidas que sean necesarias para no dejar en la impunidad esas violaciones, ya sea ejerciendo su jurisdicción par aplicar su derecho interno y el derecho internacional para juzgar y, en su caso, sancionar a los responsables de hecho de esa índole, o colaborando con otros Estados que lo hagan o procuren hacerlo. La Corte recuerda que, bajo el mecanismo de garantía colectiva establecido en la Convención Americana, en conjunto con las obligaciones internacionales regionales y universales en la materia, los Estados Parte de la Convención deben colaborar entre sí en este sentido”.

En idéntica inteligencia argumental, el ex juez de la Corte Augusto Cancado Trindade, afirmó, en su voto razonado en el Caso “La Cantuta contra Perú”, que “queda, pues, consolidada en la presente sentencia, la ampliación del contenido material del *ius cogens*, a abarcar el derecho de acceso a la justicia *latu senso*, sin el cual simplemente no existe el Estado de Derecho”²⁷⁹. En este contexto, el reconocimiento efectuado por la Corte Interamericana en cuanto a que el derecho de acceso a la justicia forma parte integrante del contenido de las normas imperativas internacionales, representa un salto cualitativo en los grados de evolución jurídica de la comunidad humana, y se ve reforzado, de una u otra manera, por la confirmación que de este derecho ha realizado la jurisprudencia comparada e internacional.

²⁷⁸ Corte IDH, “Goiburu y otros vs. Paraguay”, Sentencia del 22 de setiembre de 2006.

²⁷⁹ Corte IDH, “Caso La Cantuta Vs. Perú”. Voto razonado del Dr. Cancado Trindade en la Sentencia de 30 de noviembre de 2007. Serie C No. 173

III.3.5. El acceso a la justicia en su amplia dimensión en el sistema interamericano de protección de derechos humanos

III.3.5.1. El acceso a la justicia como norma imperativa del derecho internacional de los derechos humanos

La obligación general de garantía (art. 1.1 CADH), al igual que la obligación general de armonización del derecho interno con la Convención (art. 2), abarca todos los derechos protegidos por la Convención, y revela el carácter erga omnes de protección de las obligaciones específicas de salvaguardia de cada uno de estos derechos. La obligación general de garantía del art. 1.1 de la Convención demuestra, además, que los propios tratados de derechos humanos como la Convención Americana proveen la base jurídica para la exigibilidad del cumplimiento de las obligaciones erga omnes . Dichas circunstancias revelan las nuevas dimensiones de la protección internacional de los derechos humanos, así como el gran potencial de los mecanismos de protección existentes – como el de la Convención Americana-, accionados para proteger colectivamente los miembros de toda una comunidad, aunque la base de acción sea la lesión – o la probabilidad o inminencia de lesión – a derechos individuales.

Cabe recordar que, en su Opinión Consultiva Nro. 18 sobre la Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, la Corte Interamericana sostuvo que los derechos protegidos por la Convención Americana deben ser respetados tanto en las relaciones entre los individuos y el poder público estatal, como en las relaciones inter-individuales, siendo aquí exigible el deber de garantía de los Estados Partes (párr.. 140),

bajo el art. 1.1 de la Convención. De este modo, la normativa convencional de protección tiene, pues, efectos en relación con tercero particulares, configurándose así el carácter *erga omnes* de las obligaciones de protección. Así, dichas obligaciones oponibles a todos los hombres, caracterizadas por el *ius cogens* del cual emanan como siendo dotadas de un carácter necesariamente objetivo, abarcan, por lo tanto, a todos los destinatarios de las normas jurídicas, tanto a los integrantes de los órganos del poder público estatal como a los particulares (párr.. 76). Por ello, las obligaciones *erga omnes* de protección, en una dimensión horizontal, son obligaciones atinentes a la protección de los seres humanos debidas a la comunidad internacional como un todo.

En el marco del derecho internacional convencional, vinculan ellas todos los Estados Partes en los tratados de derechos humanos y, en el ámbito del derecho internacional general, vinculan todos los Estados que componen la comunidad internacional organizada, sean o no Partes en aquellos tratados (obligaciones *erga omnes lato sensu*). En una dimensión vertical, las obligaciones *erga omnes* de protección vinculan tanto a los órganos y gentes del poder público, como a los simples particulares en las relaciones interpersonales. Sin lugar a dudas, para la conformación de esta dimensión vertical del derecho de acceso a la justicia, han contribuido decisivamente el advenimiento y la evolución operada en el campo del derecho internacional de los derechos humanos, pero es cierto que desde el inicio del desarrollo del sistema, es decir, desde 1948 en adelante, estas dimensiones verticales y horizontales de las obligaciones *erga omnes* que se desprenden del análisis del derecho fundamental de acceso a la justicia han pasado prácticamente desapercibidas en la doctrina jurídica contemporánea.

Sin embargo, uno no puede desconocer que éstas se encuentran palmariamente configuradas en el propio régimen jurídico de la Convención Americana de Derechos

Humanos. Así, por ejemplo, se desprende claramente de la lectura del art.1.1 de dicho instrumento internacional la obligación general de respetar y garantizar el libre ejercicio de los derechos por ella consagrados, evidenciándose así una clara manifestación de la dimensión vertical del efecto erga omnes, alcanzando las relaciones del individuo con el poder público (estatal) cuanto con otros particulares.

III.3.5.2. El derecho a un recurso efectivo como integrante de la garantía de acceso a la justicia

Desde una perspectiva hermenéutica integradora, uno de los primeros antecedentes de la interpretación del artículos 8, 25, 1.1 y 2 de la Convención surge con claridad del voto disidente del ex Juez de la Corte IDH Cancado Trindade en el precedente “Caballero Delgado y Santana vs. Colombia”. De este modo, y tal y como sostuvo posteriormente en el precedente “Genie Lacayo vs. Nicaragua”, el ex presidente de la Corte procedió a realizar un análisis del contenido material y el alcance de la garantía del artículo 25 de la Convención (derecho a un recurso efectivo), formulando el siguiente señalamiento: “... el derecho a un recurso sencillo y rápido y efectivo ante los jueces o tribunales nacionales competentes, consagrado en el artículo 25 de la Convención, es una garantía judicial fundamental mucho más importante de lo que uno pueda prima facie suponer, y que jamás puede ser minimizada. Constituye, en última instancia, uno de los pilares básicos no sólo de la Convención Americana, como del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática (en el sentido de la Convención). Su correcta aplicación tiene

el sentido de perfeccionar la administración de justicia a nivel nacional, con los cambios legislativos necesarios a la consecución de ese propósito”²⁸⁰.

El origen de esta garantía judicial es latinoamericana: de su consagración originalmente en la Declaración Americana sobre los Derechos y Deberes del Hombre (de abril de 1948), fue traspolada a la Declaración Universal de los Derechos Humanos (de diciembre de 1948), y de ahí a las Convenciones Europeas y Americanas sobre Derechos Humanos (arts. 13 y 25 respectivamente), así como al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas (art.2.3).

Así, y retornando al ámbito interamericano, los artículos 25 y 1.1 de la Convención se refuerzan mutuamente, en el sentido de asegurar el cumplimiento de uno y de otro en el ámbito del derecho interno. Estos artículos requieren, conjuntamente, la aplicación directa de la Convención Americana en el derecho interno de los Estados Partes, pues en la hipótesis de supuestos obstáculos de derecho interno, entra en operación el artículo 2 de la Convención, que requiere la armonización con ésta del derecho interno de los Estados Partes. Estos últimos se encuentran obligados, por los artículos 25 y 1.1 de la Convención a establecer un sistema de recursos internos sencillos y rápidos, y a dar aplicación efectiva a los mismos. Si de facto no lo hacen, debido a supuestas lagunas o insuficiencias del derecho interno, incurren en violación de los arts. 25, 1.1 y 2 de la Convención.

Poco después de la disidencia mencionada en los casos *Genie Lacayo y Caballero Delgado y Santana*, la Corte Interamericana, por primera vez en el caso *Castillo Páez vs. Perú*, precisó el contenido material del alcance del artículo 25 de la Convención, que

²⁸⁰ Corte IDH, “*Caballero Delgado y Santana vs. Colombia*” Sentencia del 29 de enero de 1997, voto razonado del Dr. Cancado Trindade, párrafos 2-4 y 7-9.

concluyó haber sido violado, en combinación con el artículo 1.1 de la misma, por el Estado demandado. En palabras de la propia Corte, la disposición del artículo 25 sobre el derecho a un recurso efectivo ante los jueces o tribunales nacionales competentes “constituye uno de los pilares básicos, no sólo de la Convención Americana, sino del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática en el sentido de la Convención”²⁸¹. Desde entonces, ésta ha sido la postura adoptada por la Corte en diversos precedentes, entre los cuales podemos mencionar sólo a título ilustrativo los siguientes: Suárez Rosero vs. Ecuador (Sentencia del 12/11/1997, párr.. 65); Blake vs. Guatemala (Sentencia del 8/3/1998, párr.. 102); Paniagua Morales y otros vs. Guatemala (Sentencia del 8/3/1998, párr.. 164); Castillo Petruzzi y otros vs. Perú (Sentencia del 30/5/1999, párr.. 184); Cesti Hurtado vs. Perú (Sentencia del 29/9/1999, párr. 121); Caso “Niños de la calle” (Villagrán y otros vs. Guatemala, Sentencia del 16/9/1999, párr.. 234); Durand y Ugarte vs. Perú (Sentencia del 16/9/2000, párr. 101); Cantoral Benavidez vs. Perú (Sentencia del 18/8/2000, párr.. 163); Bámaca Velázquez vs. Guatemala (Sentencia del 25/11/2000, párr.. 191); Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingi vs. Nicaragua (Sentencia del 31/8/2001, párr.. 112); Hilaire, Constantine y Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago (Sentencia del 21/6/2002, párr. 150); Cantos vs. Argentina (Sentencia del 28/11/2002, párr. 52); Juan Humberto Sánchez vs. Honduras (Sentencia del 7/6/2003); Maritza Urrutia vs. Guatemala (Sentencia del 27/11/2003, párr.. 117); 19 Comerciantes vs. Colombia (Sentencia del 5/7/2004, párr. 193); Tibi vs. Ecuador (Sentencia del 7/9/2004, párr.. 131); Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador (Sentencia del 1/3/2005, párr. 75); Yatama versus Paraguay (Sentencia del 23/6/2005, párr. 169); Acosta Calderón vs. Ecuador (Sentencia del 24/6/2005, párr.. 93); y Palamara Iribarne vs. Chile (Sentencia del 22/11/2005, párr. 184).

²⁸¹ Corte IDH, “Caso Castillo Páez Vs. Perú”. Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 1998. Serie C No. 43, párr. 82.

III.3.5.3.El derecho de petición individual bajo la Convención Americana de Derechos Humanos

En el sistema interamericano de protección de los derechos humanos, el derecho de petición individual se ha erigido en un medio eficaz de enfrentar casos no sólo individuales sino también violaciones masivas y sistemáticas de los derechos humanos, aún antes de la entrada en vigor de la Convención Americana de Derechos Humanos. Su importancia ha sido fundamental y no podría jamás ser minimizada. La consagración del derecho de petición individual bajo el artículo 44 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos se revistió de significación especial. No sólo fue su importancia, para el mecanismo de la Convención como un todo, debidamente enfatizada en los trabajos preparatorios de la Convención, como también representó un avance en relación a lo que, hasta la adopción del Pacto de San José de Costa Rica en 1969 se había logrado al respecto en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos.

La otra Convención regional entonces en vigor, la Convención Europea de Derechos Humanos, sólo aceptará el derecho de petición individual originalmente consagrado en una cláusula facultativa (el artículo 25 de la Convención), condicionando la *legitimitas ad causam* a la demostración de condición de víctima por el demandante individual – lo que, a su vez, propició un notable desarrollo jurisprudencial de la noción de “víctima” bajo la Convención Europea. La Convención Americana, de forma distinta, tornó el derecho de petición individual (artículo 44 de la Convención) mandatorio, de aceptación

automática por los Estados ratificantes, abriéndolo a “cualquier persona o grupo de personas, o entidades no gubernamentales legalmente reconocida en uno más Estados miembros de la Organización” de los Estados Americanos (OEA), lo que revela la importancia capital atribuida al mismo.

La otra modalidad de petición – la interestatal- sólo fue consagrada en base facultativa (art. 45 de la Convención Americana, a contrario de la Convención Europea en su art. 24), lo que realza la relevancia atribuida al derecho de petición individual. Este punto no pasó desapercibido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos que, en su segunda Opinión Consultiva, invocó esta particularidad como ilustrativa de la gran importancia atribuida por la Convención Americana a las obligaciones de los Estados Partes *vis-a-vis* los individuos, por éstos exigibles sin la intermediación de otro Estado (párrafo 32).

Fue éste, reconocidamente, uno de los grandes avances logrados por la Convención Americana, en los planos tanto conceptual y normativo, así como operativo. No se justificaría, pues, que, transcurridos más de veinte años de operación de nuestra Convención regional, se admitiera circundar de restricciones el amplio alcance de la *legitimitatio ad causam*, por parte de “cualquier persona” bajo el artículo 44 de la Convención Americana. Cabe extraer las consecuencias del amplio alcance del artículo 44 de la Convención en lo que se refiere a la condición de los individuos peticionarios. Además, en la misma línea de pensamiento, el artículo 1.1 de la Convención Americana consagra la obligación general de los Estados Partes de respetar los derechos en ella consagrados y asegurar su libre y pleno ejercicio a “toda persona” sujeta a su jurisdicción (sea ella nacional, extranjera, refugiada o apátrida, indistintamente, independientemente de su estatuto jurídico en el derecho interno).

Debe tenerse siempre presente la autonomía del derecho de petición individual tanto en el derecho internacional cuanto en el derecho interno de cada uno de los Estados Partes. Su relevancia no puede ser minimizada por cuanto puede ocurrir que, en un determinado ordenamiento jurídico interno, un individuo se vea imposibilitado, por las circunstancias de una situación jurídica, a tomar providencias judiciales por sí mismo, lo cual no significa que estaría éste privado de hacerlo en el ejercicio del derecho de petición individual bajo la Convención Americana u otro instrumento internacional de derechos humanos. Pero la Convención Americana va más allá: la *legitimatío ad causam*, extendida a todo y a cualquier peticionario, puede prescindir hasta mismo de alguna manifestación por parte de la propia víctima. El derecho de petición individual, así ampliamente concebido, tiene como efecto inmediato ampliar el alcance de la protección, sobre todo en casos en que las víctimas (p.ej detenidos incomunicados, desaparecidos, entre otras situaciones) se vean imposibilitadas de actuar por cuenta propia, y necesitan de la iniciativa de un tercero como peticionario en su defensa.

Uno de los trazos más marcados de la emancipación del ser humano, enfrentado contra su propio Estado como sujeto de derecho internacional, reside precisamente en la desnacionalización de la protección en el presente contexto. La nacionalidad desaparece como *vinculum juris* para el ejercicio de la protección (diferentemente de la protección diplomática discrecional en el contencioso inter-estatal, basada en premisas fundamentalmente distintas), bastando que el individuo demandante – independientemente de nacionalidad o domicilio- se encuentre (aunque temporariamente) bajo la jurisdicción de uno de los Estados Partes en el tratado de derechos humanos en cuestión.

En este sentido, es interesante resaltar la cuestión planteada en las excepciones preliminares 5ª y 6ª del caso “Castillo Petruzzi contra Perú” respecto de la personalidad jurídica y la *legitimatío ad causam* de una entidad peticionaria. Así, se desprende que sería inconsistente con esta nueva concepción de protección que se buscase condicionar la legitimación para litigar en la causa de una entidad no gubernamental a los requisitos legales de un determinado ordenamiento jurídico interno, bastando que ésta se encuentre legalmente reconocida en cualquier de los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos. La Convención Americana no exige un determinado estatuto jurídico de tal entidad, ni impone cualquier requisito formal, lo único que requiere es que dicha entidad en cuestión se encuentre “legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la OEA”²⁸².

Circunscribir tal requisito al derecho interno de un determinado Estado – como por ejemplo, del demandado-, contrastaría con la letra y el espíritu de la Convención Americana. No hay, pues, que intentar dar a ese requisito una dimensión que no tiene, pues, en última instancia, el derecho de petición individual bajo la Convención Americana – como lo ha señalado la Corte en la ya citada sentencia “Castillo Petruzzi contra Perú”, se encuentra abierto ampliamente a “cualquier persona o grupo de personas”. Es interesante resaltar esa “desnacionalización” de la protección y de los requisitos de la acción internacional en pos de la salvaguardia de los derechos fundamentales de la persona humana pues, además de ampliar notablemente el círculo de personas protegidas, posibilitó a los individuos ejercer derechos emanados directamente del derecho internacional (Derecho de Gentes), implementados a la luz de la referida noción de garantía colectiva, y no simplemente concedidos por el Estado.

²⁸² Corte IDH, “Caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú”. Cumplimiento de Sentencia. Resolución de 17 de noviembre de 1999. Serie C No. 59

Con el acceso de los individuos a la justicia individual, se dio finalmente expresión concreta al reconocimiento de que los derechos humanos al ser protegidos son inherentes a la persona humana y no derivados del Estado. Por consiguiente, la acción de su protección no se agota – no puede agotarse – en la acción del Estado. En este sentido, de la totalidad de los mecanismos de protección de los derechos humanos, el derecho de petición individual es, sin dudas, el más dinámico, pues atribuye la iniciativa de acción al propio individuo (la parte a priori más débil del conflicto), y es también el que mejor refleja la especificidad del sistema del derecho internacional de derechos humanos en contraste con el derecho internacional público. Así, el derecho de petición individual es una cláusula pétrea de los tratados de derechos humanos que lo consagran – p. ej. el artículo 44 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ya mencionado), sobre el cual se erige el mecanismo jurídico de la emancipación del ser humano contra el propio Estado para la protección de sus derechos en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos.

El ex Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Antonio Augusto Cancado Trindade, expresó en reiteradas oportunidades su deseo de transitar el camino que lleva al derecho de petición individual “del *locus standi* al *ius standi*” ante la Corte Interamericana, para que éste alcance su máxima expresión. Así, sostuvo que “... en el sistema interamericano de protección, alcanzará el derecho de petición individual su plenitud en el día que pueda ser ejercido por los peticionarios ya no más ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. La vía jurisdiccional constituye la más perfeccionada y evolucionada modalidad de protección internacional de los derechos humanos. El sistema europeo de protección esperó casi medio siglo para dar expresión concreta a esta realidad...”. Así, la incorporación del Protocolo XI a la Convención Europea de Derechos Humanos que garantiza el *ius standi in iudicio* del individuo ante

la Corte Europea de Derechos Humanos sin necesidad de recurrir a la Comisión, refleja el reconocimiento inequívoco de que los derechos humanos deben ser protegidos en el plano internacional por un órgano jurisdiccional permanente, con jurisdicción obligatoria en materia contenciosa, al cual los individuos tengan el derecho de acceso directo independientemente de la aceptación de una cláusula facultativa por sus respectivos Estados.

De este modo, lo que se intenta buscar es ya no solamente la representación directa de las víctimas o de sus familiares (*locus standi*) en el procedimiento ante la Corte Interamericana en casos ya enviados a ésta por la Comisión, sino más bien el derecho de acceso directo de los individuos ante la propia Corte (*ius standi*), para traer un caso directamente ante ella, como futuro órgano jurisdiccional único para la solución de casos concretos bajo la Convención Americana. Para esto, prescindirían los individuos de la Comisión Americana, la cual, sin embargo, retendría otras funciones más allá de la contenciosa, resorte exclusivo de la Corte.

III.3.5.4. El derecho de acceso a la justicia como un imperativo del *ius cogens*

En la Opinión Consultiva Nro. 18, sobre la “Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados”²⁸³, la Corte Interamericana advirtió con acierto que "el Estado debe garantizar que el acceso a la justicia sea no sólo formal sino real" (párr. 126), lo que, a mi juicio, comprende sin lugar a dudas el acceso mediante un recurso efectivo, todas las garantías del debido proceso legal, hasta el cumplimiento fiel y final de la sentencia. En la misma Opinión Consultiva n. 18, se sostuvo con lucidez que el

²⁸³ CIDH, OC-18, Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, del 17 de setiembre de 2003.

principio de la igualdad y no-discriminación integra hoy día el dominio del *jus cogens*²⁸⁴.

Es así entonces, como la indisociabilidad existente entre los artículos 25 y 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos conlleva a caracterizar como siendo del dominio del *jus cogens* el acceso a la justicia entendido como la plena realización de la misma, o sea, como siendo del dominio del *jus cogens* la intangibilidad de todas las garantías judiciales en el sentido de los artículos 25 y 8 tomados conjuntamente. No puede haber duda de que las garantías fundamentales, comunes al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, tienen una vocación universal al aplicarse en todas y cualesquiera circunstancias, conforman un derecho imperativo (perteneciendo al *ius cogens*), y acarrear obligaciones erga omnes de protección.

Dentro de la más reciente línea de evolución de la jurisprudencia de la Corte en el sentido de la ampliación del contenido material del *ius cogens*, ésta, a partir de diversos votos razonados del ex Juez del tribunal Dr. Augusto Cancado Trindade. Fue dicho jurisconsulto quien introdujo en la jurisprudencia del Alto Tribunal continental la idea de incorporar al contenido material del derecho imperativo el derecho fundamental de acceso a la justicia²⁸⁵.

Finalmente, y como corolario del desarrollo realizado a lo largo de todo el presente capítulo, entiendo que ha quedado debidamente ilustrado el desarrollo que ha alcanzado, desde el punto de vista normativo y jurisprudencial, el derecho de acceso a la justicia en

²⁸⁴ Ibidem, parr. 111-127.

²⁸⁵ En este sentido, cabe resaltar sus votos razonados en los casos “Masacre de Pueblo Bello contra Colombia” (sentencia del 31/1/2006, párr. 64/65); “Lopez Álvarez contra Honduras” (Sentencia del 1/2/2006, párr. 52/55); “Ximenes Lopes contra Brasil” (Sentencia del 4/7/2006, párrs. 38/47); “Almonacid Arellano contra Chile” (Sentencia del 26/9/2006, párrs. 17/25); “La Cantuta contra Perú” (Sentencia del 29/11/2006, párrs. 49/62); y “Goiburú y Otros contra Paraguay” (Sentencia del 22/9/2006, párr. 62/68).

el sistema interamericano de derechos humanos. Tan es así que, como ejemplo del desarrollo mencionado, la Corte Interamericana, haciendo suyos los argumentos esgrimidos en reiteradas oportunidades precedentes por el Dr. Cancado Trindade, sostuvo que "... El acceso a la justicia constituye una norma imperativa de Derecho Internacional y, como tal, genera obligaciones *erga omnes* para los Estados de adoptar las medidas que sean necesarias ..."²⁸⁶.

Capítulo IV. El derecho de acceso a la justicia en el derecho europeo

El objeto del presente capítulo se centrará en analizar el tratamiento que confiere el derecho europeo al derecho de acceso a la justicia. Para así proceder, indagaremos en primer término las legislaciones y jurisprudencia de algunos países del viejo continente los que, con excepción de Inglaterra, provienen de la tradición romano germánica del derecho, analizando qué aristas del derecho en estudio han sido recepcionadas legislativa y judicialmente en países como Italia, España, Alemania, Francia y la misma Inglaterra. Con posterioridad a ello, formularemos un somero desarrollo de la evolución del sistema europeo de derechos humanos que nos lleve a comprender el alcance de las sentencias de Corte Europea de Derechos Humanos, las que analizaremos en la

²⁸⁶ Corte IDH, "Caso Goiburú y Otros vs. Paraguay", op. cit, párr. 131.

finalización del capítulo haciendo fundamental hincapié, obviamente, en aquellas que tutelen en mayor o menor medida alguna garantía integrante del derecho de acceso a la justicia en su sentido amplio y estricto.

IV.1. El acceso a la justicia en el derecho comparado europeo

IV.1.1.El acceso a la justicia en Italia

Si observamos la Constitución italiana, encontraremos que los arts. 24²⁸⁷ y 111²⁸⁸ consagran el derecho de acceder a los tribunales de justicia. Al mismo tiempo, dichas normas son complementadas por otras de menor jerarquía en el ordenamiento interno

²⁸⁷ Art. 24 de la Constitución italiana. “Todos podrán acudir a los tribunales para la defensa de sus derechos y de sus intereses legítimos.

La defensa constituye un derecho inviolable en todos los estados y etapas del procedimiento.

Se garantizan a los desprovistos de recursos económicos, mediante las instituciones adecuadas, los medios para demandar y defenderse ante cualquier jurisdicción.

La ley determinará las condiciones y modalidades de reparación de los errores judiciales.

²⁸⁸ Art. 111 de la Constitución italiana.

La jurisdicción se administrará mediante un juicio justo regulado por la ley.

Todo juicio se desarrollará mediante confrontación entre las partes, en condiciones de igualdad ante un juez ajeno e imparcial, y con una duración razonable garantizada por la ley.

Durante el juicio penal, la ley garantizará que la persona acusada de un delito sea informada, lo antes posible, con carácter reservado sobre la naturaleza y los motivos de la acusación contra su persona; que disponga del tiempo y de las condiciones necesarias para preparar su defensa; que tenga la facultad, ante el juez, de interrogar o de hacer que se interroge a aquellas personas que declaren contra él; que obtenga la convocatoria y el interrogatorio de personas en su defensa en las mismas condiciones que la acusación y que se obtenga cualquier otro tipo de prueba en su favor; y que le asista un intérprete de no entender o hablar la lengua utilizada durante el juicio.

El juicio penal estará regulado por el principio contradictorio para la práctica de las pruebas. No se podrá fundar la culpabilidad del acusado en declaraciones hechas por personas que, por libre decisión, no hayan querido ser interrogadas por parte del acusado o de su defensor.

La ley regulará aquellos casos en los que la práctica de las pruebas no tenga lugar mediante una confrontación por consenso del imputado, por imposibilidad demostrada de carácter objetivo o bien por efecto de una conducta manifiestamente ilícita.

Todas las decisiones judiciales deberán ir motivadas.

Contra las sentencias y contra los autos en materia de libertad personal, pronunciados por los órganos jurisdiccionales ordinarios o especiales se dará siempre recurso de casación ante el Tribunal Supremo por infracción de ley. Esta norma no admitirá más excepción que las sentencias de los tribunales militares en tiempo de guerra. Contra las resoluciones del Consejo de Estado o del Tribunal de Cuentas se dará recurso de casación únicamente por los motivos inherentes a la jurisdicción”.

italiano. Sin perjuicio de ello, tal y como afirma el Profesor Taruffo, Italia padece un flagelo que impide garantizar el derecho de acceso a la justicia en un sentido amplio, como hemos venido desarrollando en el presente trabajo, esto es, la excesiva demora en la resolución de los procesos²⁸⁹. Aunado a ello, confirma lo precedentemente expuesto que Italia sea el país más condenado por la Corte Europea de Derechos Humanos por la violación al art. 6 par. 1 de la Convención, que consagra explícitamente las garantías del debido proceso, incluida por supuesto la de ser juzgado en un plazo razonable, tal y como ha sostenido por el Prof. Taruffo al afirmar que sólo en 2002, Italia fue condenada por la Corte de Estrasburgo no menos de 289 veces por demoras excesivas, muchas de ellas en casos civiles ”²⁹⁰.

Como respuesta a la necesidad de acelerar la resolución de los procesos y evitar el recurso ante el tribunal europeo por la demora, el gobierno italiano sancionó el 24 de marzo de 2001 la ley Nro. 89, que preveía que las partes agraviadas por dicho motivo – la demora excesiva en la resolución de la causa – podrían recurrir ante las autoridades judiciales nacionales solicitando resarcimiento. Si bien es cierto que en Italia ha crecido de una manera exponencial el índice de litigiosidad en los últimos años, creo oportuno destacar los tres motivos fundamentales a los que atribuye el Prof. Taruffo gran parte de la responsabilidad del colapso del sistema judicial italiano. En primer lugar, la tendencia de la mayoría de los abogados de incrementar sus ingresos multiplicando los escritos, las presentaciones y las audiencias, muchas veces innecesarias; en segundo término, la existencia de normas procesales que favorecen dicha multiplicación; y por

²⁸⁹ M. Taruffo, *Procedural Reform in Italy*, in N. Trocker & V. Varano eds., *The Reforms of Civil Procedure in Comparative Perspective*, 2005, pág. 223.

²⁹⁰ Taruffo, M, ob. cit, pág. 223.

último, que los jueces no son utilizados eficientemente, o cuanto menos son infravalorados²⁹¹.

Otro de los factores que vedan la posibilidad de gozar de un efectivo acceso a los tribunales de justicia y a una sentencia justa en el derecho italiano son los costos del proceso. En este sentido, desde el 1 de marzo de 2002, las tasas de justicia para el inicio del procedimiento – esto es en la esfera civil exclusivamente - son establecidas bajo la modalidad de lo que se denomina *contributio unificato*, que consiste en un sólo pago que debe ser realizado por la parte que demanda, y que es rígidamente establecido por ley indicando el monto a abonar proporcionalmente con el valor de la demanda. Aunado a ello, el demandante podrá tener que abonar otras tasas por actividades específicas que tenga que ver con la actuación de otros actores en el proceso (peritos, obtención de documentos, etc), y finalmente existe una última tasa más al momento de registrar la sentencia.

Respecto de las medidas legislativas que han favorecido la aproximación del servicio de justicia al ciudadano, podemos mencionar la ley Nro. 374, sancionada el 1 de noviembre de 1991, que reemplazó a la antigua ley de los denominados *conciliatori* con el nombramiento de 4700 jueces de paz (art. 3) distribuidos en 828 oficinas a lo largo y a lo ancho de todo el país. De acuerdo a los comentarios de los expertos en la evaluación del funcionamiento de la justicia en Italia, la incorporación de los Jueces de Paz al sistema ha tenido éxito, pues han relevado en un tercio el trabajo que poseían los jueces de primera instancia antes de su aparición²⁹². El procedimiento ante estos jueces de paz no ha sido todo lo informal que se hubiera deseado con la sanción de la norma, cuyo objeto era claramente alivianar la carga de expedientes que pesaba sobre los juzgados de

²⁹¹ Taruffo, M, *Litiganti, avvocati e magistrati*, Ed. Giuffré, Milano, 2003.

²⁹² Proto Pisani, A, *Lezioni di diritto processuale civile*, 4ta. Edición, 2002, p. 17.

primera instancia, especialmente en lo que hace al procedimiento de producción de la prueba (que ha permanecido casi idéntico al procedimiento ordinario). Es probablemente por esta razón que las partes son compelidas a presentarse asistidas por un abogado ante los procesos llevados adelante en la justicia de paz si el mismo se inicia con una demanda que supera el valor de los 500 euros²⁹³.

De Luca y Varano sostienen que Italia ha entrado paulatinamente en el movimiento mundial de flexibilización de los procesos a través de los métodos alternativos de resolución de controversias, sosteniendo que el argumento principal del porqué de este movimiento se debe a la imposibilidad del Estado de hacer frente a la “demanda de justicia” que proviene de gran parte de la población y que debe ser satisfecha de acuerdo a las prerrogativas constitucionales y a las impuestas por la Convención Europea de Derechos Humanos, situación que en la gran mayoría de los casos el Estado italiano no se encuentra en grado de satisfacer²⁹⁴.

Finalmente, en lo que atañe al derecho de contar con patrocinio jurídico gratuito, si bien el art. 24 par. 3 de la Constitución italiana exige que la persona que no cuente con los recursos económicos necesarios para contar con un letrado de la matrícula podrá gozar del denominado *gratuito patrocinio*, en la práctica ello no ocurre²⁹⁵. Es menester señalar como premisa, que el sistema legal italiano no prevé un sistema de Defensa Pública Oficial como el argentino, sino que con la entrada en vigor de la Ley Nro. 217, sancionada el 30 de julio 1990, el juez que considere que un imputado en causa penal no posee los medios económicos para contar con un abogado particular y contando con el consentimiento del imputado, designará uno “de oficio” que compulsará de la lista de

²⁹³ Art. 82, par. 1, Código Procesal Civil italiano. Dicha norma fue reformada por el art. 20 de la ley 374.

²⁹⁴ Varano, Vincenzo, De Luca, Alessandra, *Access to Justice in Italy*, Berkeley Electronic Press, 2007, pág. 13.

²⁹⁵ Cappelletti, M, *The Emergence of a Modern Theme*, en M. Cappelletti, E. Johnson Jr & J. Gordley, *Toward Equal Justice. A comparative Study of Legal Aid in Modern Societies*, 1975, págs. 33-36.

inscritos para defensa de pobres del *Consiglio dell' Ordine degli avvocati* (Colegio Público de Abogados) de la jurisdicción de la Corte de Apelaciones del distrito. De este modo, el Estado italiano cumple con los estándares nacionales e internacionales en materia del derecho de defensa en juicio y, fundamentalmente, como garantía integrante del derecho de acceso a la justicia.

IV.1.2. El acceso a la justicia en España

El artículo 24²⁹⁶ de la Constitución Española consagra los siguientes derechos fundamentales: en el inciso 1: a) el derecho a una tutela judicial efectiva; b) el derecho a no sufrir indefensión (ausencia de defensa); en el inciso 2: a) el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley; b) el derecho a la defensa y a ser asistido por un abogado; c) el derecho a un proceso público; d) el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas; e) el derecho a un proceso con todas las garantías; f) el derecho al uso de los medios de prueba pertinentes; g) el derecho a ser informado de la acusación; h) el

²⁹⁶ Art. 24 de la Constitución Española. 1. Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos sin, en ningún caso, pueda producirse indefensión.

2. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia.

La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos.

derecho a no hacer declaraciones en su contra, y a no declararse culpable; i) el derecho a la presunción de inocencia.

En primer lugar, es dable señalar que la Carta Magna española protege, en el artículo reseñado, el derecho a una tutela judicial efectiva dándole un contenido mucho más amplio y complejo ya que, a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, se encuentra incluido también el derecho a una decisión fundada en derecho (que implique una resolución motivada y congruente), el derecho al uso de los medios de impugnación previstos por la ley (específicamente en el ámbito penal el derecho del condenado a recurrir la sentencia condenatoria frente a un tribunal superior, tal y como está consagrado en el art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), el derecho a la ejecución de la sentencia y el derecho a la invariabilidad y a la intangibilidad de las sentencias²⁹⁷.

En segundo término, incluye el derecho a no quedar indefenso, que consiste en el tradicional derecho de defensa en juicio, si bien se encuentra formulado en un sentido negativo. Así, el estado de indefensión es la privación o limitación de los medios de defensa, de carácter definitivo (y por ello no subsanable), que no puede ser acreditado a la parte que lo padece e incide directamente sobre el resultado del proceso.

En tercer lugar, el art. 24, inc. 2do consagra el derecho a un proceso con todas las garantías. Es evidente que la redacción de este inciso implica la protección de un sinnúmero de derechos, mas sin perjuicio de ello, el Alto Tribunal español en materia de interpretación de la Constitución, se ha valido de esta amplitud en la formulación de la norma para proteger otros derechos y otras garantías que no han sido expresamente

²⁹⁷ I. Díez Picazo, *El artículo 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea: La perspectiva española*, en V. Varano, *Diritti Fondamentali e giustizia in Europa*, Ed. Zanichelli, 2002, pág. 46.

mencionadas, pero que sí han sido incluidos en preceptos de la normativa europea en materia de derechos humanos vinculante para el Estado español. Ejemplos de esta situación lo configuran, el derecho al recurso del condenado contra la sentencia condenatoria y a que ésta sea revisada por un tribunal superior, o el derecho a un tribunal imparcial (garantizado por el art. 6 de la Convención Europea de Derechos Humanos).

Desde hace tiempo, el universo jurídico español ha denominado al art. 24 de su Constitución como el “*precepto estrella del firmamento jurídico-constitucional*”²⁹⁸, pues en él se fundan la gran mayoría de los recursos de amparo (aproximadamente el 80 %) que arriban al entendimiento del Tribunal Constitucional español.

Finalmente, debe tenerse presente que los derechos elencados en el art. 24 han sido denominados por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y la doctrina constitucionalista española como “derechos constitucionales de configuración legal”, es decir que, para que sean aplicables, deben existir normas de origen legislativo que reglamenten su ejercicio (*interpositio legislationis*), es por ello que buena parte del derecho procesal penal del ordenamiento jurídico español encuentra en el art. 24 su fundamento constitucional.

IV.1.3. El acceso a la justicia en Francia

El derecho francés garantiza de una manera amplia el acceso a la justicia, fundamentalmente desde la perspectiva de la tutela jurisdiccional efectiva. Sin perjuicio

²⁹⁸ I. Díez Picado, ob. Cit, pág. 47.

de ello, Francia ha sido objeto de algunas condenas respecto de la vulneración de dicho derecho por parte de la Corte Europea de Derechos Humanos, como por ejemplo en el renombrado caso *Bellet c/Francia*²⁹⁹.

La efectividad del derecho a la tutela jurisdiccional, también impuesto y desarrollado por la jurisprudencia de la Corte Europea – con especial referencia al caso “*Airey c/Irlanda*”³⁰⁰, presupone que deben ser eliminadas las barreras económicas que impidan a cualquier ciudadano acceder a la vía judicial. Es por ello que Francia posee desde hace tiempo un mecanismo, regulado por la ley del 10 de julio de 1991 y complementada por el decreto del 19 de diciembre de 1991 y la ley del 18 de diciembre de 1998, que garantiza la asistencia jurídica gratuita para quienes menos tienen. Sin perjuicio de ello, es menester señalar que la Corte Europea no impone a los Estados la obligación positiva de introducir un mecanismo de patrocinio gratuito a los pobres³⁰¹.

Del mismo modo, el derecho francés entiende la independencia judicial como parte integrante del derecho de acceso a la justicia. En este sentido, la Constitución del país galo garantiza la independencia judicial particularmente a través del principio de inamovilidad de los magistrados, que implica que éstos no pueden ser transferidos sin su consentimiento³⁰².

Consagra asimismo el derecho francés como parte integrante del derecho de acceso a la justicia el principio de publicidad en el proceso penal. Así, la publicidad de las audiencias, de las sentencias judiciales y el respeto por el principio del proceso

²⁹⁹ CEDH, “*Bellet c/Francia*”, 4/12/1995, Serie A, n.333-B; Jcp 1996.II.22.648. Es el caso de un joven que contrae HIV como producto de una transfusión de sangre. Con el objeto de no indemnizarlo, el Estado Francés sanciona una norma que crea un Fondo de indemnizaciones para caso similares, que garantiza una indemnización más rápida siempre y cuando uno renunciara al derecho a plantear el reclamo ante la vía jurisdiccional. La Corte Europea de Derechos Humanos entendió que la ley que creara dicho Fondo de indemnizaciones y su procedimiento atentaban contra el derecho a la tutela judicial efectiva.

³⁰⁰ CEDH, “*Airey c/Irlanda*”, 7/10/1979, Serie A, nro. 32.

³⁰¹ CEDH, “*Gnaborè c/Francia*”, 19/9/2000, D. 2001, 725.

³⁰² Art. 341 NCPC y Ley 731-1.

contradictorio forman parte integral del denominado derecho de defensa en juicio³⁰³. Por la violación al principio de publicidad e imparcialidad en el proceso, Francia ha sido condenada por la Corte Europea en el caso “*Gautrin y otros c/Francia*”³⁰⁴, en referencia a un procedimiento disciplinario seguido contra un médico antes de la entrada en vigor del decreto 1993 que impuso la regla de la publicidad.

Finalmente, el derecho francés consagra la garantía de ser juzgado en un plazo razonable. En este sentido, el Tribunal de Gran Instancia de París estableció que existe denegación de justicia – prohibida por el art. 4 del Código Civil francés - no solamente cuando el juez no se expide en una causa, sino también cuando existe un marcado desconocimiento de la obligación estatal de tutela jurisdiccional efectiva³⁰⁵. Con posterioridad a dicho pronunciamiento, otras jurisdicciones han condenado al Estado francés al resarcimiento de los daños producidos por la excesiva duración del proceso, lo que ocasionaba una disfuncionalidad del servicio de justicia y, en algunos casos, claramente una denegación de justicia³⁰⁶.

IV.1.4. El acceso a la justicia en Alemania

La Constitución alemana, ley fundamental de la República Federal de Alemania (GG), contiene disposiciones relativas a los derechos fundamentales de la persona en un Estado de derecho, tales como el derecho al juez natural (art. 101, inciso 1, par. 2), el

³⁰³ F. Ferrand, *Le principe contradictoire et l' expertise en droit comparé européen*, in RIDC 2000, p. 345.

³⁰⁴ CEDH, “*Gautrin y otros c/Francia*”, 20/5/1998, JDI 1999. I. 239, obs. H.M.

³⁰⁵ Sentencia del Gran Tribunal de París, D. 1997.9

³⁰⁶ V.CA París, 10/11/1999, cit. in, *La France aux exigences de la Convention européenne des Droits de l' Homme*, PArís, Documentation française, 2001, p. 98.

derecho a ser oído en juicio (art. 103, inciso 1), y el derecho a la igualdad frente a la ley (art. 3). Aunado a los denominados derechos procesales fundamentales clásicos, la Corte Constitucional alemana (BverfG) ha desarrollado otras situaciones jurídicas de tutela de derechos fundamentales, reconociendo así derechos inherentes a la garantía de acceso a la justicia, tales como el derecho a una tutela jurisdiccional efectiva (justizgewährung), el derecho a un proceso previsible y el derecho al debido proceso.

En el caso Bundesgerichtshof³⁰⁷, la Corte Constitucional alemana consideró que existió una violación al derecho al juez natural y arbitrariedad de sentencia en un caso en el cual la Corte de Apelaciones no envió – por un claro conflicto de competencia con otro tribunal de igual grado – el caso a un tribunal superior, con el fin que resuelva la litis trabada en ese sentido, vulnerando así lo prescripto en el art. 546, inc. 1, par. 2 del ZPO). Asimismo, el sistema judicial alemán entiende que la violación del derecho a ser oído en juicio constituye un vicio procesal esencial, tal y como ha manifestado la Corte Constitucional alemana en reiteradas oportunidades³⁰⁸.

En idéntica inteligencia argumental, y ciñéndose a las directivas de las sentencias de la Corte Europea de Derechos Humanos en lo relativo a la garantía del debido proceso, la Corte Constitucional alemana lo identifica como un derecho procesal general fundamental³⁰⁹, que encuentra su fundamento en el art. 2, inciso 1 de la Constitución alemana (GG), canon que consagra la libertad general para actuar, vinculándolo íntimamente con las garantías de todo Estado de derecho.

El derecho a una tutela judicial efectiva se encuentra reconocido también en el art. 19, inciso 4, que reza “si alguien es lesionado por alguno de los poderes públicos, podrá

³⁰⁷ BVerfG, in NJW 2001, p. 1125.

³⁰⁸ BVerfG, in NJW, 1319.

³⁰⁹ BVerfG, in NJW 1979, 1925 (con comentario de Stürner, p. 2334)

actuar ante la justicia ordinaria”. Consecuentemente con dicha norma, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha entendido que la tutela jurisdiccional no debe ser excluida ni inaccesible, haciendo extensivo a tal derecho la posibilidad de controlar jurisdiccionalmente, incluyendo en dicha garantía el término razonable de la duración del proceso, haciendo de ese modo aplicable una de las sentencias de la Corte Europea de Derechos Humanos contra Alemania³¹⁰.

Finalmente, la legislación alemana prevé la posibilidad de garantizar el patrocinio jurídico gratuito, tal y como surge de la letra del art. 3, aunque el mismo puede ser restringido en virtud de lo normado por el art. 19, inc. 4³¹¹, que exige la demostración de posibilidad efectiva de éxito en el proceso, circunstancia que aún no ha sido resuelta por el tribunal europeo en cuanto a su compatibilidad con el derecho de defensa en juicio contemplado en la Convención Europea.

IV.1.5. El acceso a la justicia en Inglaterra

Con anterioridad a la adopción del *Human Rights Act* (1998), la Convención Europea de Derechos Humanos no tenía eficacia alguna en el ordenamiento inglés, ya que no era parte del ordenamiento nacional y por ello, las sentencias de la Corte Europea de Derechos Humanos no eran ejecutables ni vinculantes en los tribunales ingleses. El *Human Rights Act* incorpora en el derecho inglés los arts. 2 al 12 y el art. 14 de la Convención Europea de Derechos Humanos, así como también algunas partes del

³¹⁰ CEDH, en NJW 2001, p. 213.

³¹¹ BverfG, in NJW 1960, p. 331.

primer y sexto protocolos³¹². La Sección 3 (1) del Human Rights Act exige a los tribunales interpretar la legislación y la normativa interna inglesa en consonancia con lo dispuesto por la Convención Europea de Derechos Humanos, confiriendo a los magistrados ingleses la posibilidad de utilizar directamente los estándares impuestos por la Convención y por las sentencias de la Corte Europea de Derechos Humanos.

En cuanto a las garantías del debido proceso, y concretamente la imparcialidad del juzgador, la actual formulación de dicho criterio surge del caso “R. c/Gough”, en el cual se sostuvo que, con el fin de hacer lugar a la instancia de recusación de un juez, la Corte debe estar convencida que subsista una posibilidad real de prejuicio, es decir, un temor fundado de parcialidad³¹³. En el caso *Pinochet*³¹⁴ por ejemplo, se sugirió que el derecho inglés debería seguir un criterio menos riguroso y que un razonable temor de parcialidad invocado por parte de un ciudadano debería bastar para apartar al juez de la causa, mas la Casa de los Lores (House of Lords) se negó a adoptar dicha posición.

En cuanto a la independencia del juez, la Corte Europea de Derechos Humanos sostuvo que un juez debe ser independiente del Poder Ejecutivo, de las partes del proceso y del Poder Legislativo³¹⁵, y así lo confirmó la Royal Court of Guernsey³¹⁶. En lo que respecta al derecho de acceso a la justicia, en el caso “Golder vs. United Kingdom”, la Corte Europea sostuvo que las detalladas garantías procesales consagradas por el art. 6 de la Convención serían privadas de su valor si en la noción de debido proceso no se encontrara incluida la del derecho de acceso a la justicia³¹⁷.

³¹² Cfr. D. Feldman, *the Human Rights Act 1998 and Constitutional Principles*, Legal Studies, 1999, pág. 165.

³¹³ 2 All ER 724, 735-36, 1993.

³¹⁴ R v Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate, ex p. Pinochet Ugarte (Nro. 2), 1 All ER 577, 1999.

³¹⁵ CEDH, “Ringeisen c/Austria”, case A/3, 1 EHRR 455, 1979.

³¹⁶ United Kingdom Court, “Mc Gonnell vs. UK”, Judgment of 8 February 2000.

³¹⁷ CEDH, “Golder vs UK”, 1 EHRR 524, 1975.

IV.2. El Sistema europeo de protección de derechos humanos

IV.2.1. Surgimiento y actualidad del sistema

Con el Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales, del 4 de noviembre de 1950, el viejo continente dio el primer paso en la creación de su sistema de protección de los derechos humanos. En este instrumento internacional se previó la puesta en marcha de un mecanismo complejo que, tramitado en dos instancias, Comisión -no judicial- y Corte, permitía perseguir la tutela de los derechos previstos en el Convenio cuando ello no había sido posible en el ámbito nacional.

Aún cuando en principio la ratificación del Convenio Europeo de Derechos Humanos no era obligatoria, a partir del año 1993 todo Estado que quisiera integrarse al ámbito del Consejo de Europa debía ratificar el Convenio y aceptar la jurisdicción de la Corte Europea de Derechos Humanos. Como consecuencia de ello, el sistema europeo ha adquirido una absoluta vigencia regional, lo que lo diferencia de su homólogo interamericano. En razón de ello, y sumado a la superación del comunismo y, por lo tanto, a la incorporación al espacio europeo de los países de Europa oriental, la jurisdicción del sistema se ha visto considerablemente ampliada no sólo en términos geográficos sino, fundamentalmente, en cuanto al número de individuos que se encuentran bajo su jurisdicción.

Adicionalmente, se crearon otros textos normativos que complementan el Convenio en relación con cuestiones sustanciales. Así, los protocolos Nro. 1, Nro. 4, Nro. 7 y Nro.

12, que incluyen algunos derechos básicos omitidos en el Convenio o que prevén la ampliación de los allí dispuestos; y los protocolos Nros. 6 y 13 relativos a la abolición de la pena de muerte. A diferencia de lo que ocurre con el Convenio, los Estados no tienen obligación de ratificar dichos Protocolos, de ahí que el estado de ratificaciones sea diferente en cada caso.

Por su parte, el mecanismo previsto en 1950 ha sufrido modificaciones que buscan su perfeccionamiento. Así los Protocolos Nros. 2, 8 y 9 adicionaron algunas disposiciones al Convenio buscando la perfección del derecho de petición individual, y su ratificación era facultativa; el Protocolo Nro. 11, significó una completa reestructuración del sistema y su plena jurisdiccionalización, y necesitó de todas las firmas de los Estados partes para entrar en vigor pues se trataba en sí mismo de una reforma y no de una mera adición al Convenio permitiendo la petición directa del individuo ante la Corte Europea; finalmente el Protocolo Nro. 14, también implicaría una modificación y por lo tanto requiere de la ratificación de todos los Estados miembros del sistema para su entrada en vigor.

Así pues, en términos de fundamento normativo podemos decir que el mecanismo de protección previsto en el sistema europeo encuentra sustento en un instrumento básico plenamente identificado, obligatorio para todos los miembros del Consejo de Europa quienes, además, no cuestionan la imperatividad de las decisiones del Tribunal Europeo. Por otra parte, cabe señalar que, por tratarse en todo caso de un sistema inmerso en las raíces del derecho internacional, contempla la posibilidad de retiro del Convenio por parte de los Estados miembros, así como la facultad de efectuar reservas al mismo. En relación con éstas, cabe decir que el Convenio no admite reservas de carácter general. Su artículo 57 sólo prevé la posibilidad de que los Estados efectúen reservas respecto de

disposiciones particulares del mismo en la medida en que éstas sean contrarias a leyes vigentes en el interior del Estado en cuestión al momento de la ratificación. Sobre este asunto, ya la Corte Europea se ha pronunciado para delimitar, a la luz del objeto y fin del Convenio, la potestad de los Estados para formular reservas. Tratándose de la denuncia del Convenio (Art. 58), los Estados podrán, pasados cinco años de su vinculación al mismo y previa denuncia efectuada con 6 meses de antelación, desvincularse de toda obligación adquirida. Asimismo, toda parte contratante en la Convención que deje de ser miembro del Consejo de Europa, dejará de ser, ipso facto, miembro del Sistema europeo de protección de los derechos humanos. Sin embargo, pareciera ser que la denuncia del Convenio no es una buena opción si se toma en cuenta que, si se quiere ser parte del Consejo de Europa, es necesario formar parte del Sistema, por lo que, salvo que el Estado esté interesado en desvincularse de este último -opción que políticamente resulta poco conveniente- no se retirará del sistema de protección.

En suma, sobre esta cuestión podemos afirmar que en Europa existen instrumentos jurídicos bien identificados en los cuales se sustenta el funcionamiento de su mecanismo de protección de derechos humanos. Dichos textos son de aceptación obligatoria, sólo permiten reservas parciales y prevén un mecanismo de denuncia que facilita la estabilidad del sistema. Con base en dichos textos se ha organizado una jurisdicción contenciosa, cuyo despliegue es aceptado por todos los Estados Miembros de la región, quienes reconocen el imperio de las resoluciones de su Tribunal. En razón de lo anteriormente expuesto, podemos afirmar que estamos en presencia de un aparato regional que es aceptado ampliamente y cuyo efecto vinculante está asegurado.

Con la entrada en vigor del Protocolo 11 de reforma del mecanismo instituido en 1950, el sistema europeo simplifica su composición inicial, desapareciendo la Comisión y

dejando como órgano principal a la Corte Europea de Derechos Humanos, con sede en Estrasburgo. Este Tribunal tiene por fin asegurar el respeto de los compromisos adquiridos por los estados parte del Convenio. Por su parte, si bien el Comité de Ministros del Consejo de Europa continúa integrado al sistema, éste ya no goza de las facultades de órgano de decisión de derecho común, tal como originariamente había sido concebido, sino que ve reducido su campo de actuación a la supervisión de la ejecución de las sentencias definitivas de la Corte³¹⁸.

IV.2.2. La reforma del Protocolo Nro. 14 como límite a la accesibilidad a la Corte Europea de Derechos Humanos

El 13 de mayo de 2004, a consecuencia del alto número de demandas presentadas en Estrasburgo a las que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos no podía dar respuesta, se adoptaron una serie de medidas en el seno del Consejo de Europa que se introdujeron mediante el Protocolo n ° 14 al Convenio Europeo.

Con el Protocolo n ° 14 no se pretendía proceder a una transformación del mecanismo de garantía establecido por el Protocolo Nro. 11 (en vigor desde 1998), sino dotarle de los instrumentos necesarios para acabar con la acumulación de demandas y con la excesiva duración de los procedimientos, según el Informe Explicativo que acompaña al Protocolo Nro. 14 al Convenio. Entre otras medidas, se pensó en fortalecer el procedimiento de ejecución de las sentencias para que los Estados miembros cumplieran con su obligación de implementar las sentencias de la Corte Europea de Derechos Humanos y recuperar así la subsidiariedad del sistema europeo de garantía.

³¹⁸ Artículo 46.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

También se introdujo la figura del Juez único al que se le otorgó la competencia para dictar decisiones de inadmisibilidad cuando la demanda fuera claramente improcedente y no requiriera un examen más detenido. Esta reforma ha permitido la inadmisibilidad de aproximadamente 50.000 demandas desde que entró en vigor el Protocolo Nro. 14. Se introdujo así un nuevo criterio de admisión de las demandas, en aquellos casos en los que el demandante no hubiese sufrido un "perjuicio significativo", a menos que el respeto de los derechos humanos garantizados por el Convenio Europeo de Derechos Humanos y por sus Protocolos exigiese un examen del fondo de la demanda, y con la condición de que no se podría rechazar por este motivo ningún asunto que no hubiese sido debidamente examinado por un tribunal nacional.

Otro aspecto que se abordó fue el tema de las demandas repetitivas, para afrontar este problema se atribuyó a los Comités de tres Jueces la competencia para dictar sentencia en aquellos asuntos que existiese jurisprudencia consolidada del Tribunal. Aunque el Protocolo n ° 14 fue aprobado en 2004, no entró en vigor hasta el 1 de junio de 2010, debido al atraso de Rusia en ratificarlo. Es por este motivo que se adoptó en 2009 el Protocolo Nro. 14 bis. A pesar de que hace muy poco tiempo que las medidas están siendo implementadas, se pueden ver claramente los logros y la eficacia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos desde la entrada en vigor del Protocolo, sobre todo en la reducción del número de casos atrasados³¹⁹, pero no puede desconocerse que el Protocolo mencionado limita de modo palmario el derecho a una amplia revisión de lo actuado en el derecho interno.

Antes de la entrada en vigor del Protocolo Nro. 14 a la Convención, a finales de 2009 se inicia un nuevo proceso de reforma que concluye con la Declaración de Interlaken el 19

³¹⁹ Cfr. Preliminary opinion of the Court in preparation for the Brighton Conference (Adopted by the Plenary Court on 20 February 2012), http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/BF069E9B-8EE5-4FA8-877E.2DFAA4C167BD/0/2012_Avis_Cour_Conf%C3%A9rence_de_Brighton_1820_avril_2012_EN.pdf.

de febrero de 2010. El nuevo proceso de reforma de la Corte Europea se inició durante la presidencia suiza del Comité de Ministros del Consejo de Europa. Entre los ejes centrales de la reforma se encuentra la responsabilidad de los Estados en el cumplimiento del Convenio con el objetivo de reducir la carga de asuntos. Se hace un llamamiento a reforzar la aplicación del Convenio Europeo de Derechos Humanos por las instituciones nacionales.

La Declaración de Interlaken atribuye al Comité de Ministros la competencia para estudiar un sistema de admisión preliminar de demandas que sirva de filtro y que vaya más allá del procedimiento de Juez único. Como solución para las demandas repetitivas se propone atribuir su resolución al Juez encargado de la admisión de la petición.

Una de las principales preocupaciones de la Declaración de Interlaken es que la Corte Europea no se convierta en una cuarta instancia que examine cuestiones de derecho nacional que ya hayan sido resueltas por los tribunales internos³²⁰. Tras la Declaración de Interlaken, en abril de 2011, la presidencia turca del Consejo de Ministros del Consejo de Europa convocó una Conferencia en Izmir que culminó con la Declaración de Izmir donde se puso en debate la imposición de un depósito previo a la interposición de la demanda, la regulación de un sistema de multas para aquellos demandantes que interpongan demandas abusivas, o la obligación de la asistencia letrada desde el inicio del procedimiento³²¹.

La Corte Europea de Derechos Humanos se ha visto, en los últimos años, con dificultades para poder hacer frente a todas las demandas presentadas. En diciembre de 2011 la Corte tenía 151.624 asuntos pendientes de tramitación, si bien,

³²⁰ Cfr. High Level Conference on the Future of the European Court of Human Rights. Interlaken Declaration, 19 February 2010.

³²¹ Cfr. High Level Conference on the Future of the European Court of Human Rights, IZMIR, Turkey 26 – 27 April 2011, http://www.europapraw.org/files/2011/06/20110428_Declaration_Izmir_en.pdf.

aproximadamente el 70% de estas solicitudes tenían su origen en seis de los 47 Estados que forman el Consejo de Europa. En concreto, la Federación Rusa agrupa casi el 30% del total de las demandas y el resto están repartidas entre Italia, Polonia, Rumania, Turquía y Ucrania. Bajo los auspicios de la presidencia británica del Comité de Ministros del Consejo de Europa, se celebró en Brighton (18-20 de abril de 2012) la Conferencia de Alto Nivel sobre el Futuro de la Corte Europea de Derechos Humanos, en la que los Estados parte del Convenio Europeo de Derechos Humanos se reunieron con el objetivo de aliviar la sobrecarga de casos que agrupa el Tribunal Europeo. Fruto de esta reunión es la Declaración de Brighton, donde se establecen las bases que deben impulsar la reforma de la Corte Europea de Derechos Humanos.

Aparentemente el proceso se impulsó para aligerar la carga del Tribunal Europeo, pero lo cierto es que el Reino Unido ha mostrado claras reticencias a la hora de cumplir las últimas sentencias de la Corte Europea, por entender afectada su soberanía. Un ejemplo claro es el asunto *Hirst c. Reino Unido 2* (2005), relativo al derecho de voto de los detenidos o, el asunto *Othman (Abu Qatada) c. Reino Unido* (2012), sobre la expulsión de un supuesto líder de Al Qaeda a Jordania. En este sentido, el Primer Ministro, David Cameron, el 25 de enero de 2012 pronunció un discurso ante la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa manifestando su preocupación por el margen de apreciación de los Estados en la interpretación y aplicación del Convenio Europeo de Derechos Humanos, y por la tendencia de convertir el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en una instancia más³²². Finalmente, la Declaración de Brighton fue aprobada, aunque las modificaciones adoptadas distan de lo que perseguía en principio el Reino Unido.

³²² Publicado en The Guardian, <http://www.guardian.co.uk/law/2012/jan/25/david-cameron-reform-human-rights>; BBC News UK Politics, <http://www.bbc.co.uk/news/uk-politics-16712705>, entre otros.

IV.2.3. El acceso a la justicia y la Corte Europea de Derechos Humanos

IV.2.3.1. El acceso a la justicia en la Convención Europea

Aunque el derecho de acceso a la justicia no se encuentre expresamente previsto en el artículo 6, la Corte Europea de Derechos Humanos ha venido interpretándolo del precepto a lo largo de su jurisprudencia³²³. A partir del supra citado precedente “Golder”³²⁴, el Tribunal reconoció que .sin necesidad de recurrir a los "medios complementarios de interpretación" previstos en el artículo 32 de la Convención de Viena sobre el Derechos de los Tratados, “... el artículo 6.1 garantiza a todos el derecho a que un Tribunal conozca de cualquier litigio referente a sus derechos y obligaciones de carácter civil. Consagra, por tanto, "el derecho a un Tribunal", del cual el derecho de acceso, es decir, el derecho de acudir al Tribunal en materia civil, no constituye más que un aspecto. Bien es cierto que este derecho, como parte integrante

³²³ Artículo 6. Convención Europea de Derechos Humanos

1. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella. La sentencia debe ser pronunciada públicamente, pero el acceso a la sala de audiencia puede ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o parte del proceso en interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes en el proceso así lo exijan o en la medida considerada necesaria por el tribunal, cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia. ; 2. Toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada.; 3. Todo acusado tiene, como mínimo, los siguientes derechos:

a) A ser informado en el más breve plazo, en una lengua que comprenda y detalladamente, de la naturaleza y de la causa de la acusación formulada contra él; b) A disponer del tiempo y de las facilidades necesarias para la preparación de su defensa. ; c) A defenderse por sí mismo o a ser asistido por un defensor de su elección y, si no tiene medios para pagarlo, poder ser asistido gratuitamente por un abogado de oficio, cuando los intereses de la justicia lo exijan.; d) A interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren contra él y a obtener la citación y el interrogatorio de los testigos que declaren en su favor en las mismas condiciones que los testigos que lo hagan en su contra.; e) A ser asistido gratuitamente de un intérprete, si no comprende o no habla la lengua empleada en la audiencia.

³²⁴ CEDH, “Golder vs.. Reino Unid”o, de 21 de febrero de 1975 (Documento núm. 10)

del artículo 6 de la Convención, se encuentra expuesto a una amplia diversidad en función de lo que disponga la legislación procesal de cada Estado. Será, por tanto, cada legislador nacional el encargado de articular los términos en que los particulares podrán ejercer sus derechos ante los Tribunales, pero teniendo siempre en cuenta el límite externo que supone el artículo 6 de la Convención Europea”³²⁵.

A lo largo de su jurisprudencia, el Tribunal Europeo ha declarado conforme al artículo 6 de la Convención un régimen de prescripción para el ejercicio de acciones civiles³²⁶ o la obligatoriedad de la participación del Ministerio Fiscal para que un particular pueda interponer un recurso contra autos en un proceso civil³²⁷. Cuando el Tribunal considera que una condición procesal resulta excesivamente gravosa para el interesado, llegando a tal extremo que obstaculiza el acceso a la jurisdicción, se considera contraria al artículo 6 de la Convención. Así ocurrió en el asunto “Golder”, antes citado, donde la negativa del Ministerio del Interior a autorizar que un preso consultara con un abogado supuso una restricción equivalente a una negación del derecho a la jurisdicción. Idéntica situación ocurrió en el asunto “Stone Court Shipping Company”³²⁸, al considerar contrario al artículo 6 de la Convención la inadmisibilidad de un recurso de casación por no haber sido presentado en plazo y ante la sede judicial correspondiente, vulnerando de ese modo el derecho de defensa en juicio.

Complementando las prescripciones de la Convención Europea, el artículo 47 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, garantiza el derecho al acceso efectivo a la justicia. De conformidad con la legislación europea e internacional sobre derechos humanos, los Estados miembros de la Unión Europea deben garantizar a

³²⁵ CEDH, “Asunto Ashingdane c. Reino Unido”, de 28 de mayo de 1985.

³²⁶ CEDH, “Asunto Stubbings y otros c. Reino Unido”, de 23 de octubre de 1996; “Tejedor García c. España”, de 16 de diciembre de 1997; “Brualla Gómez de la Torre c. España”, de 19 de diciembre de 1997 y “Edificaciones March Gallego c. España”, de 19 de febrero de 1998.

³²⁷ CEDH, “Asunto Berger c. Francia”, del 3 de diciembre de 2002.

³²⁸ CEDH, “Stone Court Shipping Company c. España”, del 28 de octubre de 2003.

todas las personas el derecho de acudir a los tribunales, o a otro órgano de resolución alternativa de conflictos, y disponer de tutela judicial cuando se han vulnerado sus derechos. Asimismo, la legislación comunitaria vela por el derecho de toda persona a la concesión de un recurso efectivo ante un juez.

En cuanto al derecho de las víctimas, si una de ellas no tiene derecho de acceder a la justicia, no puede ejercitar sus derechos ni obtener reparación de los daños y perjuicios sufridos. Por ello, la Agencia Europea para la protección de los derechos fundamentales sostiene que el derecho de acceso a la justicia que ampara a todas las personas puede desglosarse en las siguientes partes: a) derecho a que su causa sea oída equitativa y públicamente por un juez independiente e imparcial; b) derecho a hacerse aconsejar, defender y representar durante la causa judicial; c) derecho a recibir asistencia jurídica cuando la víctima no puede representarse a sí misma ante el órgano jurisdiccional ni pagar los servicios de un abogado; d) derecho a que su causa se decida en un plazo razonable y se repare de manera adecuada³²⁹.

En cuanto al plazo del inicio de los procedimientos, la Agencia Europea para los derechos fundamentales, entiende que éste debería ser equilibrado; es decir, que la víctima necesita tiempo suficiente para decidir si su causa está fundamentada y si desea acudir a los tribunales³³⁰. Pero, por otra parte, tal plazo no debería prolongarse demasiado de modo que el presunto autor se vea en una situación de incertidumbre. La mayoría de los Estados miembros de la Unión Europea han establecido plazos límite de entre tres y cinco años. En todo caso, en el ámbito del empleo, el plazo tiende a ser mucho más corto, como sucede en Eslovenia, que establece ocho días. Los Estados miembros de la Unión deberían garantizar que los plazos no sean demasiado cortos.

³²⁹ European Union for Fundamental Rights, Factsheet “Acceso a la justicia”, pág. 2.

³³⁰ Ibidem, pág. 3.

Podrían considerar que el plazo no entre en vigor hasta que la víctima sea consciente de la violación de sus derechos.

Un ámbito al que el derecho comunitario confiere destacada importancia es la lucha contra la discriminación, en el que la legislación de la Unión Europea prohíbe la discriminación por razón de sexo, origen racial o étnico, orientación sexual, edad, discapacidad, religión o creencias. En este ámbito de la lucha contra la discriminación, los Estados miembros de la Unión Europea están obligados a conceder a cierto tipo de asociaciones – como las organizaciones no gubernamentales (ONG) y los sindicatos – el derecho de presentar demandas judiciales en nombre o en apoyo del demandante, con la autorización de éste. Algunos Estados miembros (como Bélgica, Hungría e Irlanda) permiten que las asociaciones presenten demandas incluso en casos en los que no puede identificarse a la víctima o en los que hay pautas de discriminación. Se conocen como *acciones colectivas*. Fuera del ámbito de la legislación en materia de discriminación o de medio ambiente, lo habitual es que sólo puedan acudir a los tribunales la víctima o su representante.

Los Estados miembros deberían plantearse la autorización de las *acciones colectivas*. Es una cuestión importante, ya que es habitual que las víctimas no presenten demandas judiciales por diversos motivos, entre otros: a) no conocen sus derechos; b) no pueden permitírselo; c) temen posibles consecuencias negativas, como perder el puesto de trabajo en el caso de que demanden a su empleador.

Otro de los nudos conflictivos que obstaculizan el acceso a la justicia en Europa son los gastos que genera una demanda judicial, ya que los mismos son demasiado altos. Todos los Estados miembros ofrecen algún tipo de *asistencia jurídica* en virtud de la cual el Estado ayuda al demandante a pagar al letrado o bien le asigna un abogado de oficio.

Para determinar quién tiene derecho a recibir asistencia jurídica, algunos Estados miembros realizan una «evaluación de recursos» a partir de los bienes del demandante, y otros también analizan las probabilidades de éxito de la demanda. Aunque no hay un derecho absoluto a la asistencia jurídica en la legislación sobre derechos humanos, la Corte Europea de Derechos Humanos utiliza diversas pruebas. Evalúa la importancia del derecho que el demandante intenta ejercer, así como si la denegación de asistencia jurídica impedirá que se oiga su causa de forma equitativa, tal y como analizaremos más adelante. Dado que la prueba de la Corte Europea es más generosa, es probable que muchas víctimas en los Estados miembros no reciban asistencia jurídica cuando debieran. Los Estados miembros deberían asegurarse de que se presta asistencia jurídica siempre que sea necesaria para garantizar un juicio justo. Asimismo, deberían propiciar medidas como: a) facilitar centros en los que se ofrezca asesoramiento jurídico; b) fomentar la contratación de seguros de cobertura jurídica entre la población; c) promover la resolución de conflictos a través de órganos alternativos.

Cuando las causas judiciales no prosperan en los tribunales nacionales, los demandantes pueden acudir a los órganos de nivel europeo o internacional. El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) puede decidir sobre causas por infracción del Derecho comunitario. No obstante, las denuncias sobre violaciones de derechos humanos suelen presentarse ante la Corte Europea, encargada de velar por el cumplimiento del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos. El Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS) puede recibir también demandas “colectivas” de determinadas organizaciones en relación con infracciones de la Carta Social Europea. Asimismo, y como vimos en el capítulo precedente, los órganos de Naciones Unidas pueden decidir sobre reclamaciones de violación de los tratados de derechos humanos si el Estado en cuestión es signatario del procedimiento. Estos

sistemas tienen diversas ventajas. El Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea impone unas reglas estrictas en relación con la capacidad procesal que dificultan la presentación de una reclamación ante este tribunal. La Corte Europea de Derechos Humanos acumula un número ingente de causas judiciales, lo que genera demoras en el dictamen de las sentencias. Se han introducido reformas que ayudan a tramitar conjuntamente los casos “repetitivos”. El Comité Europeo de Derechos Sociales se ocupa sólo de las reclamaciones que presentan determinadas organizaciones, más que de las de los ciudadanos. El costo del acceso a los órganos de Naciones Unidas es bajo, puesto que no es necesaria la representación de un abogado. No obstante, los dictámenes que emiten no son vinculantes. Por ello, entiendo que los Estados miembros de la Unión Europea deberían considerar la ampliación de las normativas relativas a la capacidad de actuar ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea y también deberían garantizar que en sus legislaciones se efectúan los cambios que exigen los dictámenes del Comité Europeo de Derechos Sociales para evitar violaciones repetidas. Dichas medidas contribuirían sin duda a brindar un mayor espectro de posibilidades de acceso a la justicia, tal y como lo han realizado algunas medidas en el seno de la Corte Europea que veremos a continuación.

IV.2.3.2. El reconocimiento del *ius standi*

Uno de los contenidos esenciales del derecho de acceso a la justicia es el derecho de petición (art. 6.1 Corte Europea de Derechos Humanos). Esta prerrogativa se traduce en la posibilidad que ha de tener todo individuo de hacer llegar su causa al aparato de administración de justicia y a que ésta sea tramitada en debida forma. Así pues, para

medir el nivel de garantía de este derecho por parte de los tribunales internacionales desde la perspectiva del acceso a la justicia en un sentido estricto (*strictu sensu*) es necesario tomar en consideración, tanto la posibilidad del acceso directo del individuo a los Tribunales, como la claridad y la razonabilidad de los requisitos para superar la etapa de admisibilidad de los procesos que se tramitan ante sí. Sobre lo primero hay que decir que en el ordenamiento internacional, la lucha por concederle la titularidad de la acción al individuo - *ius standi*-, no ha sido fácil, al punto que es una posibilidad que al día de la fecha no todos los tribunales internacionales reconocen. Este asunto, que además pasa por la discusión de reconocerle o no al individuo la condición de sujeto del derecho internacional, es una de las mayores diferencias que presenta el sistema europeo de protección de derechos humanos respecto del sistema interamericano.

El sistema europeo se ha caracterizado por llevar la vanguardia en este sentido. Desde 1998 dicho aparato se fusionó para dar origen a un Tribunal único y permanente ante el cual los individuos pueden presentar sus causas directamente. Por su parte, en el sistema interamericano sólo se ha ganado la primera parte de esta batalla: por el momento y desde el año 2001, al individuo se le reconoce *locus standi*, es decir, la posibilidad de participación directa en el proceso, pero aún no se le ha concedido la titularidad de la acción ante la Corte Interamericana.

El sistema europeo de protección de derechos humanos fue concebido bajo la modalidad de un sistema mixto. Así, la extinta Comisión Europea de Derechos Humanos, que no era un órgano jurisdiccional, tenía como función recibir las peticiones o quejas de los ciudadanos, decidir sobre su admisibilidad y darle trámite. Una vez admitidas las denuncias, la Comisión se encargaba de establecer los hechos, contribuir a los posibles arreglos amistosos y, en su caso, emitir una opinión acerca de si hubo o no violación del

Convenio Europeo de Derechos Humanos. Ante la confirmación de la existencia de una presunta violación al articulado del Convenio, la Comisión tenía dos opciones. La primera, si lo consideraba conveniente, remitir el caso a la Corte Europea de Derechos Humanos, siempre que el Estado demandado hubiese aceptado su competencia contenciosa; la segunda, enviar el caso al Comité de Ministros para que éste adoptase una decisión definitiva y vinculante para el Estado respecto de si hubo o no violación del Convenio. En sus orígenes el sistema europeo no previó la posibilidad de conceder al individuo el acceso directo al Tribunal y ni siquiera su participación en el proceso. Dicha potestad era exclusiva de la Comisión y de los Estados. Fue sólo a través de una práctica reiterada de la Comisión, aceptada por el Tribunal, que se permitió incluir los alegatos del particular en el proceso lográndose así la participación del individuo -aun cuando fuera mediata - una vez que el caso se encontraba en trámite ante los jueces. Dicha práctica se formalizó y amplió en 1982 gracias a una reforma del reglamento de la Corte que permitía que el particular adquiriera *locus standi in iudicio*.

Sin perjuicio de este notable avance en el desarrollo del sistema de protección, dicha reforma no consideró la posibilidad de dejar en el peticionario la decisión de remitir el caso al Tribunal. Fue preciso esperar hasta 1994 para que, con la entrada en vigor del Protocolo Nro. 9, se intentara abrir una pequeña puerta hacia la consolidación del *ius standi* en el sistema. Dicho instrumento otorgó la posibilidad a los individuos para que, dentro de los tres meses siguientes a la emisión del informe de fondo por parte de la Comisión, sometiesen el asunto al Tribunal. Acaecida dicha circunstancia, un comité de tres miembros decidiría, sin tomar en consideración un listado de causas de inadmisibilidad en particular, si éste era admisible o no. Sin embargo, esta reforma tuvo un gran obstáculo: el protocolo Nro. 9 era facultativo, lo que significaba que sólo algunos Estados estaban vinculados al mismo. Consecuencia de ello era que su validez y

efecto vinculante se encontraba reducida en términos personales, por lo que, además, durante su vigencia tuvieron que coexistir dos procedimientos diferentes en el sistema, uno en relación con los Estados partes del Protocolo Nro. 9 y otro para el trámite de los casos contra los Estados reticentes a su firma. Obviamente esta bipolaridad de procedimientos complicó la tramitación de las causas y produjo confusión en el seno del sistema.

Así, a pesar de los esfuerzos por mejorar el sistema –o, tal vez, justamente con ocasión de los mismos- durante la década de los 90, su funcionamiento entró en crisis. Entre las principales críticas que puede atribuirse a este período, se destacan: a) la demora excesiva en el trámite de las denuncias y; b) la complejidad del proceso y las decisiones divergentes frente a casos similares por parte de los diferentes órganos que intervenían en el proceso –Comisión, Tribunal y Consejo de Ministros-. De esta manera, para los operadores del sistema europea devino a las claras que el mecanismo de protección previsto en el Corte Europea de Derechos Humanos era pesado, lento e insatisfactorio.

Pesado, en primer lugar, por la intervención de dos órganos, la Comisión y el Tribunal, o la Comisión y el Comité de Ministros si el caso no fuese diferido al Tribunal; lento, en segundo término, por la cantidad de casos presentados que aletargaban la celeridad del sistema, con lo que se daba la paradoja de que no podía respetar, al menos en apariencia, uno de los derechos reconocidos en el Convenio: el de la administración de justicia en un plazo razonable. Por último, y sobre todo, insatisfactorio para los particulares que alegasen ser víctimas de la violación de algunos de los derechos reconocidos, porque aquellos sólo podían tener legitimación activa ante la Comisión, pero no ante el Tribunal. Además, porque la falta de legitimación activa de los particulares ante el Tribunal podía facilitar que un caso fuese decidido por un órgano

político, el Comité de Ministros del Consejo de Europa, y no por un órgano judicial independiente e imparcial.

Todas estas circunstancias dieron origen al Protocolo Nro. 11 con el cual se reformó el Convenio y se dio a luz al actual sistema. Gracias a esta modificación los particulares sin intermediación de algún otro órgano, tocan directamente las puertas del Tribunal que, desde aquel entonces, funciona permanentemente. La Comisión se extinguió y en la actualidad las funciones del Consejo de Ministros en relación con el sistema se reducen a la supervisión del cumplimiento de las sentencias, por lo que solamente el Tribunal tiene competencia para decidir sobre un caso de violación a los derechos humanos consagrados en el Convenio y sus Protocolos adicionales. Como lo señalan varios autores, con la entrada en vigor del Protocolo Nro. 11 se logró la definitiva jurisdiccionalización del mecanismo de protección previsto en el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Con esta reforma, el sistema europeo se convirtió en el primer, y por el momento único, aparato que reconoce al individuo como sujeto del derecho internacional. Desde entonces el sistema abrió las puertas de un Tribunal permanente a todos los sujetos de su jurisdicción sin distinción y sin la exigencia de llegar al órgano judicial acompañado de un abogado e incluso con la posibilidad de concederle uno si acaso no cuenta con recursos propios para costéárselo³³¹, una vez iniciado el trámite

³³¹ Sin embargo, el hecho de que la pobreza implique siempre una negación de los derechos humanos e inhiba la capacidad de las personas para gozar tanto de los derechos económicos, sociales y culturales como de los derechos civiles y políticos, no significa que la pobreza implique siempre una violación de los derechos humanos. Para determinar desde una perspectiva estrictamente jurídica qué acciones u omisiones resultan ser una violación de un derecho económico, social o cultural es importante distinguir entre la incapacidad y la falta de voluntad de un Estado para cumplir con sus obligaciones internacionales con respecto de estos derechos (Véase, Comisión Internacional de Juristas/Instituto de Derechos Humanos Urban Morgan de la Facultad de Derecho de la Universidad de Cincinnati y la Facultad de Derecho de la Universidad de Maastricht (Países Bajos). “Directrices de Maastricht sobre violaciones de derechos económicos, sociales y culturales”, en: *Human Rights Quarterly*, v. 20. The John Hopkins University Press, agosto de 1998.)

procesal. El único requisito exigido, en términos personales, es que quien presente el caso al Tribunal pueda ser calificado como víctima.

En este sentido, es preciso aclarar que aun cuando el lenguaje empleado por el Convenio pareciera indicar una acepción restringida del concepto de víctima, lo que implicaría una legitimación reducida para acudir al Tribunal, por fortuna la propia jurisprudencia ha precisado el alcance de conceptos tales como el de víctima potencial, víctimas directas y víctimas indirectas para aclarar que todas ellas están legitimadas para acudir directamente al sistema. Si bien es cierto que es loable esta amplia legitimación que, como ya he señalado, en términos de acceso directo a un Tribunal internacional es única, no puedo dejar de mencionar que ésta resulta, por paradójico que parezca, más reducida, en términos generales (ya hemos hecho mención al Protocolo Nro. 14), que la prevista en el sistema interamericano. Por el momento, basta concluir que, a pesar de ello, existe una amplia legitimación para tocar las puertas del Tribunal Europeo.

Ahora bien, aún cuando el derecho de acceso a la justicia no es un derecho absoluto ya que para lograr su garantía no existe obligación alguna de admitir una demanda ni mucho menos de aceptar sus pretensiones; sí es imprescindible para lograr dicha salvaguarda que tanto la negativa de admisibilidad como la de fondo estén completamente fundamentadas y sean acordes a derecho. En este sentido, entiendo imperioso recordar que además de la necesidad de contar con un Tribunal de puertas abiertas también se requiere de un catálogo de reglas claras y razonables para la presentación de las demandas y para el trámite de admisibilidad, pues sólo una vez culminada esta fase se podrá hablar de acceso, bien sea porque el caso ha sido aceptado

o porque ha sido rechazado bajo un fundamento suficiente y a la luz de las garantías del debido proceso.

IV.2.3.3. La admisibilidad en la Corte Europea de Derechos Humanos

En primer lugar, en cuanto a las condiciones previas de admisibilidad, cabe recordar que las demandas deben dirigirse contra Estados que formen parte del Sistema, por hechos imputables a sus agentes y acaecidos bajo su jurisdicción con posterioridad a la ratificación del Convenio. Estas son las exigencias previstas para superar este primer paso en el acceso al Tribunal Europeo de Derechos Humanos y todas ellas son además de necesarias, razonables. Además, el Convenio prevé como criterios de admisibilidad de una demanda ante el Tribunal los siguientes: a) el agotamiento de los recursos internos, b) la plena identificación de los demandantes, c) la novedad en la demanda, es decir, que los hechos que se alegan no hayan sido conocidos por el Tribunal o por otra instancia internacional. En igual sentido, el Tribunal se reserva la potestad de rechazar cualquier demanda que sea incompatible con las disposiciones del Convenio o de sus Protocolos, manifiestamente infundada o abusiva, así como la de declarar la inadmisibilidad en cualquier etapa del proceso. Asimismo, tal como se mencionó, desde la reforma del Protocolo Nro. 11, siempre que se cumplan tales requisitos no se requieren mayores formalidades para la presentación de la demanda. En principio no se necesita de abogado y, además de estos requisitos de fondo, no existen parámetros de

forma para esta primera fase, por lo que pareciera que presentar un caso al Tribunal y superar la etapa de admisibilidad es bastante sencillo³³².

No obstante la realidad es otra pues, dadas las actuales circunstancias, cada día se hace más necesario un experto que conozca la argumentación del Tribunal a la hora de presentar una demanda ante el sistema con el objeto de lograr una petición perfectamente fundamentada que consiga llegar hasta el análisis de fondo, por lo que podría afirmarse que la aparente informalidad del Convenio no lo es tal a la hora de atravesar las puertas del Tribunal; tocarlas sí, atravesarlas, tal vez³³³.

Una vez recibida la demanda, el asunto será confiado a un Juez-Ponente que lo presentará a un Comité de tres jueces que sólo podrán declarar inadmisibile la demanda por unanimidad (art.28). Si así fuese, el particular no podrá proseguir con su demanda ya que la decisión del Comité tiene carácter definitivo (art. 28)³³⁴. Ahora bien, en el caso contrario, una Sala del Tribunal compuesta de siete jueces conocerá la demanda pronunciándose nuevamente, aunque por mayoría, acerca de su admisibilidad (art. 29)³³⁵. La declaración de inadmisibilidad pondrá fin al procedimiento. Sólo si es

³³² Sobre la cláusula de *ratione loci* cfr. CEDH, “Caso Soering c. Reino Unido”, “Caso Cruz Varas c. Suecia”, “Caso Droz y Janousek c. Francia”, “Caso Ioizidou c. Turquía”.

³³³ Cfr. P. van Dijk, G.J.H van Hoof, *Theory and practice of the European Convention on Human Rights*, Kluwer. Boston. 1990. Pág. 133 y ss; y Frédéric Sudre, *Droit Européen et international des droits de l’homme*, PUF Paris. 2003, pág. 491 y ss.

³³⁴ Art. 28. Un Comité podrá, por unanimidad, declarar inadmisibile o eliminar del orden del día una demanda individual presentada en virtud del artículo 34, cuando pueda adoptarse tal resolución sin tener que proceder a un examen complementario. La resolución será definitiva.

³³⁵ Art. 29.1. Si no se ha adoptado resolución alguna en virtud del artículo 28, la Sala se pronunciará sobre la admisibilidad y el fondo de las demandas individuales presentadas en virtud del artículo 34.

2. La Sala se pronunciará sobre la admisibilidad y el fondo de las demandas de los Estados presentadas en virtud del artículo 33.

3. Salvo decisión en contrario del Tribunal en casos excepcionales, la resolución acerca de la admisibilidad se toma por separado.

declarada admisible, comenzará la instrucción del asunto a cuyo término la Sala se pondrá a disposición de las partes para llegar a un arreglo amistoso dentro de los límites permitidos por el necesario respeto de los derechos humanos contemplados en el Convenio Europeo (art. 38)³³⁶. El acuerdo de las partes permitirá a la Sala dar por concluido el asunto (art. 39)³³⁷. Si no es así, el Tribunal deberá entrar a conocer el fondo del asunto constatando mediante sentencia si existe o no una violación de los derechos humanos garantizados por el Convenio (art. 29.1), y en su caso, estableciendo la satisfacción equitativa correspondiente (art. 41)³³⁸.

No podemos olvidar que uno de los principios fundamentales de los sistemas internacionales de protección es el de subsidiariedad. Es indiscutible que es a los Estados a quienes les compete directamente la protección de los individuos; son ellos quienes deben proveer a los particulares de recursos efectivos para su protección. Sólo en caso de que esta obligación sea obviada los sistemas internacionales entran en funcionamiento³³⁹. En efecto, el éxito de la reforma, sumado a otras causas tales como la inclusión en el seno europeo de Estados con democracias frágiles o los serios obstáculos en la superación de problemas estructurales según los estándares del Convenio, ha generado una congestión del Tribunal que se concentra mayoritariamente

³³⁶ Art. 38. “1. Si el Tribunal declara admisible una demanda: a) Procederá al examen contradictorio del caso con los representantes de las partes y, si procede, a una indagación, para cuya eficaz realización los Estados interesados proporcionarán todas las facilidades necesarias. b) Se pondrá a disposición de los interesados a fin de llegar a un arreglo amistoso del caso, inspirándose para ello en el respeto a los derechos humanos tal como los reconocen el Convenio y sus protocolos. 2. El procedimiento a que se refiere el párrafo 1.b) será confidencial”.

³³⁷ Art. 39. “En el caso de arreglo amistoso, el Tribunal cancelará el asunto del registro de entrada mediante una resolución que se limitará a una breve exposición de los hechos y de la solución adoptada.”

³³⁸ Art. 41. “Si el Tribunal declara que ha habido violación del Convenio o de sus protocolos y si el derecho interno de la Alta Parte Contratante sólo permite de manera imperfecta reparar las consecuencias de dicha violación, el Tribunal concederá a la parte perjudicada, si así procede, una satisfacción equitativa”.

³³⁹ Cfr. CEDH, “Caso Kudla c. Polonia”; “Akdivar y otros c. Turquía”.

en la etapa de admisibilidad, consecuencia de lo cual el órgano judicial se ha visto en la necesidad de ser cada vez más estricto en la admisibilidad de los casos. Las estadísticas dan cuenta de esta realidad. Según varios estudios el Tribunal concentra gran parte de su trabajo en las decisiones sobre la admisibilidad del caso rechazando en promedio 95% de las demandas presentadas anualmente³⁴⁰. En la práctica, dicho perfeccionamiento del filtro de admisión realmente se ha traducido en una interpretación más restringida de los parámetros abiertos de admisibilidad. Es decir, lo que se ha hecho es interpretar las cláusulas de admisibilidad de la forma más restringida posible con la intención de estrechar la puerta que se abrió con el Protocolo Nro. 11.

El derecho a un tribunal, como parte integrante del artículo 6 se encuentra expuesto a una amplia diversidad en función de lo que disponga la legislación procesal de cada Estado. Será, por tanto, cada legislador nacional el encargado de articular los términos en que los particulares podrán ejercer sus derechos ante los Tribunales internos, pero teniendo siempre en cuenta el límite externo que supone el artículo 6 de la Convención³⁴¹.

Al respecto, es preciso hacer hincapié en una cuestión. Si bien entiendo que, con miras a librar al Tribunal de una pérdida de tiempo y recursos significativos en el conocimiento de casos inadmisibles -y teniendo en consideración que el derecho de acceso a la justicia no es un derecho absoluto³⁴²- es necesario desestimar las demandas presentadas al tribunal de Estrasburgo por defectos formales de manera suficientemente justificada. Sin lugar a dudas, debido a que la imposibilidad de ingresar al sistema al no superarse la

³⁴⁰ Lord Wolf. *Review of the working methods of the european court of human rights*, 2005. En www.echr.coe.int; Committee of Ministers. Report of the group of wise persons to the Committee of Ministers. 979bis Meeting, 15 november 2006. En www.coe.int, consultadas en enero de 2008

³⁴¹ CEDH, “Caso Ashingdane c. Reino Unido”, sentencia del 28/5/1985.

³⁴² CEDH, “Caso Stone Court Shipping company, S.A c España”, sentencia del 28/10/2003, “Caso Cordova c. Italia”, sentencia del 30/1/2003, “Caso A c. Reino unido”, sentencia del 17/12/2002.

etapa de admisibilidad podría significar una denegación de justicia, el Tribunal debe justificar debidamente sus providencias, máxime cuando las decisiones sobre este asunto no son recurribles. Además, conceptos tales como “incompatible con las disposiciones del Convenio o de sus Protocolos”, o “manifiestamente infundada o abusiva”, son conceptos indeterminados, su uso por parte de los jueces debe hacerse con suma precaución para que no se conviertan en una excusa que se acomode a sus necesidades -y no a la de las víctimas-, de ahí que la motivación de dichas decisiones sea sumamente importante.

En la actualidad parecen endilgarse al Tribunal ciertos problemas sobre esta cuestión. Como lo señala Carrillo Salcedo, en algunas oportunidades las decisiones sobre el rechazo están muy escuetamente motivadas con lo que el particular demandante puede tener la impresión de que su caso no ha sido debidamente considerado por el Tribunal³⁴³. Así pues, a pesar de estar en presencia de un Tribunal de puertas abiertas, podríamos llegar a hablar de denegación de justicia si es que no se permite dar el primer paso para entrar a él sin justificación suficiente.

IV.2.3.4. El derecho de acceso a los tribunales de justicia y a un juicio justo

El derecho de acceso a los tribunales es sin lugar a dudas una consecuencia directa de lo que los europeos denominan “rule of law”, es decir que, sin la garantía de acceso a la justicia en sentido estricto sería ilusorio hablar de juicios justos y de una correcta administración de justicia en un Estado de Derecho. Esto significa que el acceso al

³⁴³ *Op. Cit.* Juan Antonio Carrillo Salcedo. El Convenio Europeo de Derechos Humanos, pág. 81.

sistema judicial debe ser facilitado y, particularmente, quien se acerca al mismo no debe ser rechazado por cuestiones meramente formales. En este sentido, la jurisprudencia europea establece claramente la necesidad de imposición de sistemas de patrocinio jurídico gratuito y de que existan la cantidad mínima de restricciones para garantizar el acceso a los tribunales, tomando en consideración especialmente la situación material de aquellos que menos tienen. Ésta ha sido una de las preocupaciones principales de la Corte Europea de Derechos Humanos, que en reiteradas oportunidades ha intentado darle un contenido práctico al derecho de acceso a la justicia, intimando a los Estados a tomar medidas concretas en este aspecto a través de sentencias en casos individuales.

El derecho de acceso a los tribunales se encuentra contemplado en Convención Europea de Derechos Humanos, así como también en los “leading cases” relativos al artículo 6 de dicho instrumento jurídico, sobre todo a partir de la toma de conciencia de que el verdadero juicio justo, denominado por la Corte como “fair trial”, solamente es realizable si el juicio efectivamente se realiza.

Este desarrollo jurisprudencial pudo haber tenido el efecto de dejar al margen el contenido del artículo 13 de la Convención Europea, que establece expresamente el derecho a un remedio o recurso efectivo frente a las autoridades nacionales, pero hoy en día la jurisprudencia de dicho tribunal se ha encargado de despejar dichas dudas dejando en claro la distinción entre el artículo 6 y el 13 a través de sus pronunciamientos, como desarrollaremos en los acápites siguientes.

La relevancia e importancia del artículo 13³⁴⁴ es indiscutible, ya que su propósito es el de garantizar un recurso efectivo por ante las autoridades nacionales de cualquier

³⁴⁴ Art. 13 Convenio Europeo de Derechos Humanos: *Toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio hayan sido violados tiene derecho a la concesión de un recurso efectivo ante una instancia nacional, incluso cuando la violación haya sido cometida por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales.*

ciudadano que desee formular un reclamo en sede jurisdiccional cuando considere que alguno de sus derechos o libertades hayan sido cercenados. Sin perjuicio de ello, la Corte Europea ha entendido que el derecho de acceso a la justicia no es un derecho absoluto, ya que puede ser restringido cuando cuestiones de una correcta administración de justicia son puestas en tela de juicio, teniendo los Estados Parte un margen de apreciación suficiente como para determinar cuándo es necesario restringir dicho derecho. Este derecho, integrante esencial de la garantía de defensa en juicio, ha adquirido singular relevancia en la jurisprudencia de la Corte no solamente de modo cualitativo, sino también cuantitativamente, ya que ha originado en el seno del Tribunal un sinnúmero de casos.

El objeto del artículo 6 de la Convención *ratione personae* no ha traído particulares problemas en la interpretación jurisprudencial del Tribunal, sobre todo teniendo en consideración la interpretación conferida al artículo 1 de la Convención, que se refiere expresamente a cualquier tipo de persona, sea física o jurídica. En sentido diametralmente opuesto, y en lo que hace a la competencia en razón de la materia, o *ratione materiae*, el derecho a un juicio justo solamente puede invocarse cuando deba determinarse la violación de un derecho civil o cualquier otra obligación derivada de un juicio criminal. Éstos son conceptos autónomos interpretados en un significativo número de precedentes por los jueces europeos.

El derecho a un juicio justo contiene cierto número de garantías contenidas en diversas disposiciones del sistema europeo de protección de derechos humanos. Éstas, se encuentran incluidas no solamente en la redacción del artículo 6 de la Convención, sino que además se encuentra debidamente complementada por otras normas incluidas en la

Convención, así como en sus Protocolos, adquiriendo una protección aún mayor quienes se encuentran sometidos a un proceso criminal.

Como parte del derecho a un proceso equitativo, el artículo 6, en su apartado 1, consagra el derecho a que toda causa sea oída en un plazo razonable. La naturaleza abierta de este mandato ha permitido a la Corte Europea manejar con cierta flexibilidad esta vertiente del derecho, mostrando a lo largo de su jurisprudencia que lo importante no es la “celeridad” en sí misma, sino la importancia de que el proceso se desarrolle sin anomalías. Por tanto, es la correcta administración de justicia, en el marco de un proceso concreto, lo que prima en el análisis de esta vertiente del artículo 6³⁴⁵. El momento a partir del cual comienza a contabilizarse el plazo para enjuiciar una dilación va a depender del orden jurisdiccional sobre el que realice su análisis la Corte Europea. Así, cuando se trate de un proceso civil, la Corte ha establecido que el inicio del proceso debe considerarse en el momento en el que se ejerce la acción. En el ámbito administrativo, el tiempo empieza a transcurrir desde el momento en que el particular manifiesta su oposición al acto administrativo recurrido³⁴⁶. En el ámbito penal, fue en el asunto “Stogmuller c. Austria”, donde el Tribunal Europeo de Derechos Humanos delimitó las diferencias entre el derecho a un proceso equitativo (art. 6.1 de la Convención) y el derecho a la libertad y a la seguridad personal (art. 5.3 del Convenio). En la sentencia citada el Tribunal Europeo estableció: “[El artículo 6] se extiende a todos los justiciables y su objeto es protegerles contra la excesiva lentitud del procedimiento; en materia punitiva, especialmente se propone evitar que la incertidumbre del inculpado sobre su situación se mantenga demasiado tiempo, aunque se encuentre en libertad provisional. El artículo 5.3 se refiere solamente a las personas

³⁴⁵ CEDH, “Caso Buchholz c. Alemania”, sentencia del 6/5/1981, Documento 12. Caso Süssmann c. Alemania, sentencia del 16/9/1996,.

³⁴⁶ CEDH, “Caso König c. Alemania”, sentencia del 28/6/1978.

acusadas que se encuentran reclusas en prisión preventiva [...] y se presenta como un precepto independiente que produce sus propios efectos”³⁴⁷.

La Corte Europea de Derechos Humanos ha reconocido en varias ocasiones que la garantía contra las dilaciones indebidas es igualmente exigible en el curso de un procedimiento constitucional, tal como ha sucedido en el asunto “Ruiz Mateos c. España”³⁴⁸. No obstante, la Corte Europea ha afirmado recientemente que en este tipo de procesos es necesario valorar las circunstancias y contexto de los mismos: “Su función como guardián de la Constitución obliga en ocasiones a los Tribunales Constitucionales a tener en cuenta otro tipo de factores, distintos del mero orden cronológico en el que los asuntos se han recibido en su registro, factores tales como la naturaleza del asunto y su importancia en términos políticos y sociales”³⁴⁹.

Estos factores no suponen, en modo alguno, que el Tribunal Europeo en materia de derechos fundamentales renuncie a hacer un control estricto cuando el órgano enjuiciado sea un Tribunal Constitucional, tal como demostró el asunto “Soto Sánchez c. España”³⁵⁰. En este caso el Estado español fue condenado como consecuencia de la duración de un procedimiento de amparo ante el Tribunal Constitucional, cuya tramitación alcanzó los cinco años. A pesar de las complejidades del asunto, en el que se enjuiciaba a uno de los imputados en la conocida operación Nécora, el Alto Tribunal consideró que se trataba de un plazo a todas luces excesivo cuya duración no había sido suficientemente justificada por la defensa del Estado español.

Como se puede observar, la Corte Europea de Derechos Humanos ha moldeado de forma muy amplia los contornos de esta vertiente del derecho a un proceso equitativo,

³⁴⁷ CEDH, “Caso Stogmuller c. Austria”, sentencia del 10/11/1969.

³⁴⁸ CEDH, “Caso Ruiz Mateos c. España”, sentencia del 23/6/1993.

³⁴⁹ CEDH, “Caso Trickovic c. Eslovenia”, sentencia del 12/6/2001.

³⁵⁰ CEDH, “Caso Soto Sánchez c. España”, sentencia del 25/11/2003.

atendiendo, caso por caso, a las circunstancias que rodean al mismo. Tal como viene estableciendo de forma reiterada, “se tendrá en cuenta la complejidad del caso, la conducta del demandante y de las autoridades implicadas en el asunto, así como “lo que en el litigio arriesga el demandante”³⁵¹. Por tanto, puede concluirse que el Tribunal analizará escalonadamente los cuatro elementos antes citados. En primer lugar, la complejidad del caso (asunto Soto Sánchez c. España, antes citado). En un segundo escalón, la conducta del demandante también aporta luz sobre el juicio que realiza el Tribunal, especialmente en el curso de procedimientos no penales³⁵². En tercer lugar, la conducta de las autoridades puede determinar la naturaleza de la dilación, especialmente cuando se detecta un razonable grado de pasividad en sus actuaciones³⁵³. En cuarto y último lugar, la Corte ha establecido que la autoridad judicial tendrá un especial deber de diligencia cuando el demandante tenga en juego elementos tan cruciales como lo son sus medios de subsistencia³⁵⁴.

IV.2.4. Jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos en materia de acceso a la justicia

El artículo 6 del Convenio es el precepto más frecuentemente invocado ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sus abundantes vertientes, unido a la naturaleza judicial del derecho, hacen de este precepto uno de los pilares de todo el sistema

³⁵¹ CEDH, “Caso Adolf c. Austria”, sentencia del 26/3/1982; “Caso Zimmermann y Steiner c. Suiza”, sentencia del 13/7/1983; “Caso Erckner y Hofauer c. Austria”, sentencia del 23/4/1987 y “Caso Kizilöz c. Turquía”, sentencia del 25/9/2001, entre otros.

³⁵² CEDH, Caso Corigliano c. Italia, sentencia del 10/12/1982.

³⁵³ CEDH, Caso Nunes Violantes c. Portugal, sentencia del 8/6/1999.

³⁵⁴ Ibidem

europeo de garantía de derechos. Por tanto no nos debe sorprender que la jurisprudencia del Tribunal Europeo en este ámbito sea especialmente abundante, al igual que rica en matices. Aunque el artículo 6 se refiera a los litigios sobre derechos y obligaciones de carácter civil, la Corte Europea ha reconocido que el precepto abarca la actuación del poder judicial de los Estados firmantes en todos sus órdenes jurisdiccionales. En su abundante jurisprudencia se ha constatado la aplicabilidad del precepto al orden civil³⁵⁵, social³⁵⁶, contencioso-administrativo³⁵⁷ e incluso constitucional³⁵⁸. El artículo 6 del Convenio Europeo ha dado pie a una abundante jurisprudencia sobre una variedad de aspectos ligados a la administración de justicia, que podríamos aglutinar bajo la rúbrica de los “principios de la buena administración de justicia”.

Como parte integrante del derecho, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha desarrollado la noción de Tribunal, avalando la posibilidad de que formen parte del mismo sujeto sin formación jurídica³⁵⁹ u órganos de composición plural en forma de jurado³⁶⁰. El mismo aval han recibido órganos sumamente especializados, cuya composición se reduce a uno o dos miembros cualificados del mismo órgano que adoptó la decisión recurrida³⁶¹.

En cuanto a las funciones que debe desempeñar un Tribunal para recibir tal consideración, en el asunto “Belilos c. Suiza”³⁶², el Tribunal continental estableció la siguiente doctrina: un “tribunal” se caracteriza, en el sentido material del término, por su función jurisdiccional: resolver, conforme a las reglas del Derecho y después de un

³⁵⁵ CEDH, “Caso Le Compte, Van Leuven et De Meyere c. Bélgica”, sentencia del 23/6/1981.

³⁵⁶ CEDH, “Caso Feldbrugge c. Países Bajos” y “Demeuland c. Alemania”, ambas sentencias del 29/5/1986.

³⁵⁷ CEDH, “Caso Éditions Periscope c. Francia”, sentencia del 26/3/1992.

³⁵⁸ CEDH, “Caso Ruiz Mateos c. España”, sentencia del 23/6/1993.

³⁵⁹ CEDH, “Caso Langborger c. Suecia”, sentencia del 22/6/1989

³⁶⁰ CEDH, “Caso Pullar c. Reino Unido”, sentencia del 10/6/1996

³⁶¹ CEDH, “Caso British American Tobacco c. Países Bajos”, sentencia del 20/11/1995.

³⁶² CEDH, “Caso Belilos c. Suiza”, sentencia del 29/4/1988.

procedimiento reglado, cualquier cuestión que dependa de su competencia. Ha de reunir también una serie de requisitos - independencia, especialmente en relación al Poder Ejecutivo, imparcialidad, inamovilidad, garantías de procedimiento - varias de las cuales aparecen en el propio texto del artículo 6.1 de la Convención.

Como parte de estos principios de una buena administración de justicia, el artículo 6 de la Convención Europea de Derechos Humanos impone igualmente salvaguardas dirigidas a garantizar la independencia e imparcialidad de los Tribunales que ejercen la jurisdicción.

Ambas cualidades no siempre son fácilmente diferenciables, tal como reconoció el propio Tribunal Europeo el asunto “Langborger” antes citado, pero puede concluirse que la independencia actúa como un elemento accesorio de la imparcialidad. La independencia de los Tribunales ha sido caracterizada, en un número importante de Sentencias, como una cualidad que distancia, material y formalmente, al poder judicial de otros poderes del Estado. Así, el modo de designación de un Tribunal puede determinar una lesión del artículo 6 del Convenio, pero la sospecha puede resultar infundada si las normas reguladoras del Tribunal establecen mecanismos de abstención y recusación que garanticen la independencia del órgano³⁶³.

La duración del mandato también ha sido un criterio importante a la hora de analizar la imparcialidad e independencia de un Tribunal, aunque el Tribunal Europeo lo ha empleado con cierta flexibilidad. Así, en el asunto “Ringeisen c. Austria”³⁶⁴, consideró que un mandato de cinco años era suficiente para asegurar la independencia del órgano,

³⁶³ CEDH, “Caso Campbell c. Reino Unido”, sentencia del 28/6/1984; “Caso Belilos c. Suiza”, antes citada; “Caso H. c. Bélgica”, sentencia del 30/11/1987 y “Caso Findlay c. Reino Unido”, sentencia del 25/2/1997.

³⁶⁴ CEDH, “Caso Ringeisen c. Austria”, sentencia del 16/7/1971.

si bien un plazo idéntico, como el planteado en el asunto “Incal c. Turquía”³⁶⁵, fue considerado contrario al artículo 6 del Convenio Este baile de criterios queda confirmado si nos detenemos en el asunto Campbell c. Reino Unido, antes citado, donde la Corte europea apreció que un mandato de tres años era conforme a las exigencias del artículo 6, dado el hecho de que se trataba de un cargo sin remuneración.

Pero el Tribunal no se ha contentado con garantizar condiciones suficientes de imparcialidad e independencia, pues también ha desarrollado con fruición la teoría de las apariencias. Según dice la vieja máxima inglesa, *justice must not only be done; it must also be seen to be done*. La Corte ha dado sentido a esta teoría con una formulación que viene ya reiterándose en su jurisprudencia, según la cual “no es posible reconducirse a una apreciación puramente subjetiva. En esta materia incluso las apariencias pueden revestir una cierta importancia. [...] Lo que está en juego es la confianza que los tribunales deben inspirar a los ciudadanos en una sociedad democrática”³⁶⁶. Esta formulación ha sido duramente criticada por la doctrina, así como por los propios Magistrados del Tribunal en varios votos particulares. El pronunciamiento más destacado lo ha marcado el asunto “Kress c. Francia”³⁶⁷, donde se planteaba nada menos que la conformidad con el artículo 6 del Convenio de las actuaciones del Comisario del Gobierno del Consejo de Estado francés. Apelando a la teoría de las apariencias, el Tribunal llegó a la conclusión de que el Comisario del Gobierno podía representar, para el particular recurrente lego en Derecho, un auténtico adversario en la contienda judicial. Así, el hecho de que el Comisario del Gobierno participe en las deliberaciones del Consejo y que sus conclusiones no sean objeto de contestación en el curso del procedimiento, dificulta su compatibilidad con el artículo 6.

³⁶⁵ CEDH, “Caso Incal c. Turquía”, sentencia del 9/6/1988.

³⁶⁶ CEDH, “Caso Piersack c. Bélgica”, sentencia del 1/10/1982.

³⁶⁷ CEDH, “Caso Kress c. Francia”, sentencia del 7/6/2001.

Uno de los casos paradigmáticos en lo que hace a la garantía estudiada es el asunto "Kulikowski vs. Polonia"³⁶⁸. El caso trata entre otras cosas sobre el acceso a la justicia y sobre la representación legal y efectiva, en que el peticionario fue producto de ciertos procedimientos penales, tanto en primera como en segunda instancia, siendo representado por un defensor público. En tal sentido, la Corte de Apelaciones le asignó otro defensor público para los procedimientos sucesivos en casación y para ello, 17 días después le fue entregado al defensor una copia de la sentencia para ser impugnada en casación. No obstante, 17 días más tarde, el defensor público del peticionario informó a la Corte de Apelación que en su opinión el recurso de casación era improcedente y que los medios a proponer fracasarían y por ende se rehusó a preparar el recurso correspondiente por ante la Suprema Corte; por lo que mediante otra presentación a la Corte de Apelación le informó al peticionario que su defensor público se rehusó a preparar el recurso de casación y que ningún otro ayudante público sería asignado para preparar dicho recurso.

Ante esta realidad fáctica, la Corte enfatiza la importancia de derecho al acceso a la justicia, teniendo en cuenta su prominente posición en una sociedad democrática, a propósito del derecho a un juicio justo, de modo que una interpretación restrictiva de tal derecho no sería consonante con el objeto y propósito del derecho en sí. Sin embargo, la Corte reconoce que no es un derecho absoluto, y por ende puede estar sujeto a limitaciones; estas son permitidas por implicación de que el derecho a la justicia, por su propia naturaleza, es llamado a ser regulado por el Estado.

La Corte recuerda que la Convención no obliga a los Estados a crear Cortes de Apelaciones o de Casación, pero cuando existen, las garantías judiciales le son

³⁶⁸ CEDH, Sentencia del 1/5/2009.

aplicables en un todo. En este tenor, la esfera en que las garantías judiciales le son aplicables por ante la Corte de Casación o de Apelación a propósito de las características propias de los procedimientos en cuestión, teniendo en cuenta los procedimientos especiales de dicha Corte, debe ser más formal que los demás tribunales, siempre y cuando sea compatible con la Convención. A propósito de la obligación de prestar ayuda legal en procesos penales, el Estado debe mostrar diligencia para garantizar a las personas que se benefician de dicha ayuda de un disfrute pleno, genuino y efectivo de los derechos garantizados por la convención.

En el caso, la Corte notó la necesidad de asistencia legal por ante la Corte de Casación cuando la sentencia de un acusado es confirmada por la Corte de Apelación; pero dicha particularidad no impide la asistencia legal de un abogado cualificado ante la Corte de Casación, como lo exigen las garantías judiciales, aun cuando dicha corte examina cuestiones de derecho. En tal sentido la Corte Europea enfatiza la responsabilidad del Estado en garantizar el requisito del efectivo disfrute del acceso a la justicia con independencia del ejercicio de la profesión legal. En efecto, por el simple hecho de que el defensor público se rehusó a representar al acusado en los procedimientos de casación, no puede decirse que tal acto puede equivaler a una denegación de asistencia legal, el cual es incompatible con las obligaciones de los Estados bajo el Art.6 del Convenio.

El Alto Tribunal reitera que las condiciones de admisibilidad para apelar son necesarias para garantizar la seguridad jurídica y la apropiada administración de justicia. Los litigantes deben normalmente tener en cuenta que tales reglas no pueden ser desconocidas, y una interpretación muy restrictiva puede privar a un peticionante del derecho acceder a la justicia. En la especie, la Corte notó que nunca le fue informado al peticionario de que el plazo para recurrir comenzaba tan pronto le fuese comunicada la

negativa del abogado defensor de proceder a preparar el recurso de casación, como además, la Corte de Apelaciones no le informó de otras opciones procesales, por lo que dicha deficiencia implica una violación sustancial al derecho de defensa en juicio, y consecuentemente el derecho de acceder a la justicia en su amplia dimensión.

Capítulo V. Las Reglas de Brasilia sobre acceso a la Justicia de las personas con vulnerabilidad como paradigma de la evolución del derecho de acceso a la justicia

V.1. El acceso a la justicia de los grupos vulnerables

En el primero de los capítulos de este trabajo de investigación, he desarrollado exhaustivamente la complejidad y riqueza jurídica del derecho de acceso a la justicia³⁶⁹, arribando a la conclusión de que es un derecho en sí mismo y, a la vez, el medio que permite restablecer el ejercicio de aquellos derechos que hubiesen sido desconocidos o quebrantados. Por ello, el acceso a la justicia es un componente ineludible de algunos derechos específicos como el derecho a la libertad y a la seguridad personal; está íntimamente vinculado al derecho a la tutela judicial efectiva (juicio justo o debido proceso), al derecho a un recurso efectivo y al derecho a la igualdad. Como sostiene

³⁶⁹ Despouy, L., Informe A/HRC/8/4 de 13 de mayo de 2008.

Garro, “En la medida en que la legitimidad del Estado de derecho se apoya en una implementación efectiva del principio de igualdad ante la ley, las desigualdades para acceder a la justicia comprometen esa legitimidad que el Estado democrático tiene la necesidad de preservar y nutrir constantemente. La falta de igualdad de posibilidades de los ciudadanos en la defensa de sus derechos socava la legitimidad del Estado y las instituciones democráticas”³⁷⁰.

En este sentido, se recomienda permanentemente a los Estados que se abstengan de realizar acciones que dificulten el acceso a la justicia o que imposibiliten la labor de los actores del sistema judicial: jueces, abogados y fiscales³⁷¹. El acceso a la justicia, como hemos desarrollado en capítulos anteriores, requiere el establecimiento de un sistema judicial que permita la garantía de derechos y otras medidas paralelas, como mecanismos y programas para facilitar la asistencia legal gratuita, tanto en causas penales como en el ámbito civil, y esta dimensión positiva de las obligaciones del Estado, también fuertemente reconocida por el sistema europeo³⁷² y el sistema interamericano³⁷³, debe analizarse con relación a las condiciones socioeconómicas y otras como la edad, la orientación sexual, las condiciones físicas y psíquicas de las personas, etc. que tienen gravitación decisiva en el acceso efectivo a los tribunales.

Bajo el paraguas del principio de igualdad, la ley debe tratar no sólo de equiparar jurídicamente a todos los ciudadanos, sino de considerar también la diversidad entre los

³⁷⁰ Garro, M, *El acceso a la justicia y el derecho de interés público*, en *Justicia y Sociedad*, Buenos Aires, vol. 2, 1999, pág. 52.

³⁷¹ Esta dimensión negativa es la que aborda más específicamente la legislación británica. Ver , Penfold Schoenborn, M, *The Access to justice Bill and Human Rights Act of 1998: Britain’s legislative overhaul leaves the system scrambling to mend the safety net*, en *Buffalo Human Rights Law Review*, vol. 6, p. 201.

³⁷² Del razonamiento del tribunal en ese asunto se deduce que el Estado no sólo tiene la obligación de abstenerse de interferir el ejercicio del derecho al acceso a la justicia, sino también la obligación de adoptar acciones positivas y remover los obstáculos materiales que impiden su ejercicio efectivo. Cfr. CEDH, *Airey c. Irlanda*, citado precedentemente.

³⁷³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión consultiva N° 11/90, del 10 de agosto de 1998. Excepciones al agotamiento de los recursos internos; Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Fairen Garben y Solis Corrales*, ST de 15 de marzo de 1989, serie C, N° 6, párr. 93.

sujetos. En atención a esta diversidad, garantizar a todos el derecho de acceder en condiciones de igualdad a tribunales independientes significa atender a ciertos grupos poblacionales de modo específico, ofreciendo una protección diferenciada³⁷⁴. Como hemos dicho, la ausencia de políticas públicas para eliminar los obstáculos que dificultan el acceso a la justicia para todas las personas, tiene una incidencia mayor en aquellos sectores que se encuentran en situación de vulnerabilidad, en razón de desventajas culturales, económicas o sociales³⁷⁵.

V.1.1. La justicia de los vulnerables

Cuando el discurso jurídico instala la categoría de “vulnerable” o “en condiciones de vulnerabilidad” quiebra la igualdad formal de los “todos” y amplía y transforma el campo de los sujetos de derecho. Nombrar desde la “ley” - apelo a la metonimia como recurso retórico- las marcas estigmatizantes que operan desconociendo y negando identidad es ir más allá de la denuncia. Nombrar desde la “ley” es poner en escena lo diferente, lo silenciado, lo negado y habilitar la participación de otros actores sociales, porque los sujetos son producidos mediante prácticas excluyentes y legitimadoras que se invisibilizan como tales, entre las cuales las jurídicas son altamente eficaces en ese proceso de “naturalización”. El derecho moderno ha hecho suyo el problema de la igualdad, y una vez que la igualdad entra en la historia, difícilmente sale de ella. De ahí

³⁷⁴ Casal, J.M, y otros, *Derechos humanos, equidad y acceso a la justicia*, Ed. Instituto latinoamericano de Investigaciones, Caracas, 2005, pág. 114; Gherardi, Natalia, *Notas sobre acceso a la justicia y servicios jurídicos gratuitos en experiencias comparadas: ¿un espacio de asistencia posible para las mujeres?*, *Acceso a la justicia como garantía de igualdad*, Buenos Aires, Ed. Biblos, 2006, pág. 9.

³⁷⁵ Cfr. Informes sobre “Los derechos humanos y la extrema pobreza”, E/CN- .4/Sub.2/1994/19; E/CN.4/Sub.2/1995/15, E/CN.4/Sub.2/1996/13. Cfr. 8 J. H. Lam, “The rise on the NGO in Bangaldesh: lesson on improving access to justice for women and religious minorities”, *George Washington Law Review*, N° 38, págs. 121 y 122. 19 L. Despouy, misión a Maldivas, A/HRC/4/25/Add.2, 2 de mayo de 2007, párrs. 31 y 80.

que los temas de la ciudadanía y de los derechos se convierten en representaciones complejas de nuevas formas de sociabilidad, en las que cambia la semántica y donde los “espacios de experiencia” se transforman en “horizontes de expectativa”³⁷⁶.

Alexis de Tocqueville solía decir que es de la esencia del Poder Judicial ocuparse de intereses particulares y dirigir complacidamente sus miradas sobre los pequeños objetos que se presentan a su vista; es también de la esencia de ese poder, si no acudir por sí mismo en auxilio de aquellos que son oprimidos, estar sin desmayo a la disposición del más humilde de ellos. Por débil que se le suponga a éste, puede siempre forzar al Juez a escuchar su reclamación y a responder de ella. Tal poder es por ello especialmente aplicable a las necesidades de la libertad en un tiempo en que el ojo y la mano del soberano se introducen sin cesar en los más pequeños detalles de las acciones humanas, y donde los particulares, demasiado débiles para protegerse por sí mismos, están también demasiado aislados para poder contar con la ayuda de sus semejantes³⁷⁷. Y es precisamente por ello que somos quienes formamos parte del Poder Judicial quienes tenemos que bregar por mantener esta igualdad que se quiebra por circunstancias económicas, sociales, culturales o físicas.

Todos los derechos inherentes a las personas, así como las oportunidades para desarrollarse como tales, deben ser y estar siempre en condiciones de igualdad o de equidad. No puede afectarse o discriminarse a una persona o a un grupo de personas en razón de su condición étnica, de género, su condición económica o por su edad. Ello responde al principio fundamental de igualdad ante la ley. Sin embargo, en la práctica, muchas veces se observa, o hemos sido testigos en nuestra práctica diaria, de algún tipo

³⁷⁶ Resta, Eligio; *El derecho fraterno. Igualdad y diferencia en el sistema del derecho*, en Anales Cátedra Francisco Suarez, Granada, 1994, pág. 31.

³⁷⁷ Cfr. Toqueville, Alexis, *El antiguo regimen y la revolución*, Alianza Editorial, S.A., 2004.

de discriminación, especialmente cuando se trata de tener la posibilidad de formalizar un reclamo para la obtención de algún derecho, servicio u oportunidad.

El derecho a la igualdad tiene alcances muy amplios a partir de interpretaciones que lo ubican como insignia del principio de no discriminación y base jurídica y filosófica de la equidad como justicia. En términos simples, la formulación de la máxima “todas las personas son iguales ante la ley”, no merece mayores explicaciones puesto que es algo que se entiende y se asimila como justo. Sin embargo, en la práctica, ese principio no es respetado de manera amplia pues, desafortunadamente con cierta regularidad, se establecen excepciones o preferencias que favorecen, de manera ilegal e inmoral, a algunas personas o grupos de personas a partir de privilegios injustificados.

El derecho a la igualdad tiene matices. Visto como “igualdad ante la ley” (acepción de igualdad en sentido formal), puede confundir al dar la idea de principio absoluto, como exigencia de que la generalidad de las personas serán medidas bajo el mismo rasero: una ley idéntica para todos, sin que a nadie se le pueda dispensar de su cumplimiento o alcance. Sin embargo, su verdadera acepción es entender la igualdad como la posibilidad de que se otorgue un trato igual a todas aquellas personas que se encuentran en situación o circunstancias similares. Esto conduce a la utilización de criterios de “diferenciación”, es decir, el otorgar un trato diferenciado a personas que se encuentran en una situación particular. Por ello, el concepto de igualdad no es un término uniformista y vacío, de aplicación automática, sino que requiere de un constante juicio de justeza por ser un concepto dinámico debido a que los hechos y fenómenos sociales no son patrones de un solo estándar.

Con esa finalidad, se han desarrollado “excepciones” que no sólo deben ser permitidas por la ley, sino por la necesidad y justificación moral y solidaria para que ciertas

personas o grupos que se encuentran en una situación especial, ya sea de discriminación por cualquier razón, por exclusión o por su propia vulnerabilidad, gocen de ciertas “prerrogativas” u oportunidades que se justifican por el principio de equidad. Esta es la diferencia clásica entre lo justo y lo equitativo: justo es que todos seamos iguales ante la ley, pero ante situaciones discímiles, equitativo sería darle a cada quien lo que le corresponde.

Al no ser el principio de igualdad absoluto, requiere de ese tipo de relativización. La manera de lograrlo es mediante lo que se conoce como “acciones afirmativas” (*positive actions*), que implican el compromiso de generar mayores oportunidades a personas y colectividades que no disfrutaban del mismo nivel de ventajas que el común denominador de los individuos de una sociedad. Grupos de personas que son excluidas por su condición étnica (indígenas y afrodescendientes); de género (mujeres); edad (niños, niñas y adolescentes y adultos mayores); o por algún tipo de circunstancia física particular (discapacidad), requieren de un trato equitativo para compensar, de manera temporal, esa desventaja. La manera de proyectar la acción afirmativa es mediante leyes que promuevan la igualdad y equidad de esos grupos (conocidas como leyes de igualdad real), acompañadas de políticas públicas, planes o programas dirigidos a la sociedad civil para sensibilizar sobre la realidad discriminatoria que por razones y patrones históricos ha estado incrustada en la cultura de nuestros países. Siendo que no todos somos iguales ni tenemos las mismas necesidades, la verdadera relevancia del principio de igualdad es la de equiparar y ponderar conforme a las distintas circunstancias y condiciones en que debe resolverse una situación determinada, en particular, utilizando criterios de razonabilidad y proporcionalidad.

Y es en esta realidad en la que surgen las “Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad”, que vienen a consolidar este criterio de equidad necesario para poner en pie de igualdad a determinados grupos de sectores vulnerables de la sociedad formulando una serie de principios y brindando un conjunto de herramientas concretas con el fin de acercarlos al sistema de justicia. De este modo, dichas reglas desarrollan los principios recogidos en la Carta de Derechos de las Personas ante la Justicia en el Espacio Judicial Iberoamericano (Cancún 2002), específicamente los que se incluyen en la parte titulada “Una justicia que protege a los más débiles”³⁷⁸. Este es un documento que pretende ser una verdadera declaración de derechos de las personas frente a la Administración de Justicia. Los principios de la Carta de Derechos son: a) Una justicia moderna y accesible a todas las personas (transparente, comprensible, atenta a las personas, responsable ante el ciudadano, ágil y tecnológicamente avanzada); b) Una justicia que protege a los más débiles (las víctimas, integrantes de las poblaciones indígenas, la niñez y la adolescencia, las personas discapacitadas).

En nuestro ámbito interno, la Corte Suprema de Justicia de la Nación dispuso, el 24 de febrero de 2009 y a través de la Acordada 5/09 “Adherir a las “Reglas de Brasilia Sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad”, aprobadas por la Asamblea Plenaria de la XIV Edición de la Cumbre Judicial Iberoamericana. que -como anexo- forman parte integrante de este acuerdo, las cuales deberán ser seguidas -en cuanto resulte procedente como guía en los asuntos a que se refiere³⁷⁹”.

³⁷⁸ Carta de Derechos de las Personas ante la Justicia en el Espacio Judicial Iberoamericano, Cancún 2002, apartados 23 a 34.

³⁷⁹ CSJN, Ac. 5/09.

Estas Reglas contienen una serie de principios de actuación y de recomendaciones, sin valor vinculante al no tener el carácter de normas jurídicas. Sin embargo, se trata de un documento con un especial valor al ser aprobado por los representantes de las principales instituciones del sistema judicial. Y ese especial valor se incrementa si se tiene en consideración que las Reglas van a ser sometidas a la aprobación de los órganos de dirección de otras Redes Iberoamericanas del sistema judicial: Asociación Iberoamericana de Ministerios Públicos, la Asociación Interamericana de Defensorías Públicas, la Federación Iberoamericana de Ombudsman y la Unión Iberoamericana de Colegios y Agrupaciones de Abogados.

Pese a no tener el carácter de norma jurídica vinculante, las Reglas adquieren un especial valor para los procesos de reforma de la justicia, al ser aprobadas por los representantes de las principales instituciones del sistema judicial. Estas Reglas no se limitan al establecimiento de unos principios de actuación o ideas básicas que deben inspirar la materia, aportando elementos de reflexión sobre los problemas de acceso a la justicia de los sectores más desfavorecidos de la población. Pretenden ir más allá, estableciendo una serie de recomendaciones que pueden ser de utilidad en la actuación de los responsables de las políticas públicas judiciales y de los servidores y operadores del sistema judicial.

El contenido de estas Reglas podrá ser tomado en consideración por los responsables de las políticas públicas judiciales en los procesos de reforma y modernización de los sistemas de justicia nacionales, tal y como ha ocurrido con otros documentos de las Cumbres Judiciales como la Carta de Derechos de las Personas, el Estatuto del Juez Iberoamericano o el Código Modelo Iberoamericano de Ética Judicial, entre otros. Por otra parte, su contenido también podrá ser tenido en cuenta por los servidores y

operadores del sistema de justicia, para que otorguen a las personas vulnerables un trato adecuado a sus circunstancias singulares. Y las Organizaciones Internacionales y Agencias de Cooperación podrán tener en cuenta estas Reglas en sus actividades, incorporándolas en los distintos programas y proyectos de modernización del sistema judicial en que participen. Se trata, en definitiva, de unas reglas reconocidas por las más importantes Redes del sistema judicial iberoamericano como estándares básicos para garantizar el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad.

V.1.2. La justicia como condición de eficacia de los derechos

Desde finales del siglo XVIII, especialmente con motivo de la Revolución Francesa, se produjo un importante avance en el igualitarismo jurídico, que se centró en la igualdad de los ciudadanos ante la norma jurídica. El Estado ha reconocido la igualdad de derechos ante la ley, de tal forma que el ordenamiento reconoce a todos los ciudadanos (universalidad) los mismos derechos (igualdad formal). Se habla de una primera generación de derechos, fundamentalmente individuales, como garantía frente al poder absoluto del monarca, vinculados al ser humano en su condición de tal y a su dignidad.

Pese a la enorme importancia de este reconocimiento, también es cierto que el mismo se ha demostrado insuficiente a los fines de garantizar la efectividad de la igualdad, de tal manera que en muchos ámbitos y numerosos lugares las desigualdades reales son cada vez mayores. Así las cosas, las sociedades del siglo XX fueron abandonando el individualismo propio de las corrientes liberales, reconociendo obligaciones sociales de los poderes públicos.

Tras la Segunda Guerra Mundial, se produjo un proceso de incremento de las funciones de un Estado preocupado por extender los servicios sociales (Estado del bienestar o Welfare state), dando lugar crecientemente a lo que Bobbio denomina “función promocional del ordenamiento³⁸⁰”, es decir, provocando o alentando la realización de los comportamientos socialmente deseados. En este marco nació la denominada segunda generación de derechos que engloba a los económicos, sociales y culturales.

Muchos países han dado un importante paso hacia la efectividad de la igualdad facultando a los poderes públicos a remover todos aquellos obstáculos que impiden la igualdad sustancial o material: la desigual situación de partida requiere la adopción de medidas que tiendan a reequilibrar dicha situación. Nacen así en Estados Unidos las denominadas “affirmative actions” (mencionadas con anterioridad en este trabajo) a través de las cuales se pretende paliar situaciones de desigualdad de un grupo de la población. La expresión acción positiva comprende todo “trato formalmente desigual cuya finalidad es avanzar hacia la igualdad sustancial, en especial a favor de las personas pertenecientes a grupos tradicionalmente preteridos”. De esta manera, la propia Ley asume un papel de instrumento de dinamización del cambio social. Sin embargo, el reconocimiento de un derecho por la norma jurídica carece de sentido si el Estado no configura un mecanismo que permita su aplicación efectiva, es decir, que posibilite su cumplimiento eficaz en caso de violación o desconocimiento: el sistema judicial asume un relevante papel en este ámbito, coadyuvando a la efectividad de los derechos reconocidos por la normativa legal. Efectivamente, frente a la violación de un derecho reconocido por el ordenamiento (conflicto) originada por la actuación de un particular o de una institución pública, el Estado debe ser capaz de dar protección al

³⁸⁰ Bobbio, N, *La función promocional del derecho*, en *Contribución a la teoría del derecho*, Fernando Torres Editor, Valencia, 1980, pág. 367.

ciudadano titular del derecho, amparo que se realiza a través del otorgamiento a un órgano público de la facultad de resolver el conflicto mediante la aplicación de la Ley (función jurisdiccional o judicial) y, primigeniamente confiriendo al ciudadano la posibilidad de acceder al sistema de justicia.

Como vemos, se trata de una función del Estado estrictamente necesaria para evitar que las personas resuelvan el conflicto por su propia mano, facilitando la convivencia: (tutela de los derechos e intereses legítimos de las personas y de las empresas); así como para proteger a los ciudadanos frente a los abusos de los poderes públicos (control de la acción de los gobernantes y de la Administración para garantizar su pleno sometimiento al Derecho). Este papel clave del sistema judicial afecta a la efectividad de todo tipo de derechos, también a los denominados derechos económicos, sociales y culturales³⁸¹.

V.1.3. Acceso a la justicia y ciudadano

Los estudios sobre la justicia y la normativa del poder judicial se han centrado tradicionalmente en los órganos que tenían atribuida la función jurisdiccional: su composición, planta, funcionamiento y garantías de independencia. Sin embargo, siguiendo a Bonet Navarro³⁸², históricamente no se fijaron en qué medida los sujetos

³⁸¹ A estos efectos, resulta relevante el documento elaborado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos titulado “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”, cfr. en www.iidh.ed.cr.

³⁸² Bonet Navarro, Angel, *El acceso a la justicia*, Cuadernos de Derecho Judicial, Volumen sobre *Justicia: poder y servicio público*, editado por el Consejo General del Poder Judicial de España, Madrid, 2007, página 17. Este autor afirma en la página 16 del mismo trabajo que “el establecimiento formal de órganos jurisdiccionales especificando la función que deben desempeñar en el Estado de Derecho poco significa, si no se determina al mismo tiempo la posibilidad asegurada de acudir a ello y la certeza, con las suficientes garantías, de que cumplirán la misión para la que han sido creados”.

jurídicos tenían la facultad de pedir y conseguir una respuesta jurisdiccional respecto de sus intereses; ni siquiera cómo quedaba garantizado poder acudir a los tribunales, ni cuál sería la calidad de la respuesta jurídica que estos tuviera que dar.

La perspectiva del acceso a la justicia supone centrar la atención en los derechos de los justiciables frente al Estado, es decir, definir el estatuto jurídico que cada individuo tiene con respecto a la función jurisdiccional del Estado, qué puede esperar y qué tiene derecho a exigirle al Estado por intermedio del juez.

Téngase en cuenta que el sistema de justicia no es un fin en sí mismo, sino que constituye un medio para conseguir el cumplimiento de una función del Estado: la protección de los derechos de los ciudadanos mediante la resolución de los conflictos entre particulares y entre éstos y los poderes públicos. La prestación de dicha función, como cualquier otra estatal, se realiza siempre en beneficio del ciudadano. Desde esta perspectiva, el ciudadano se convierte en el protagonista real del sistema de justicia, desplazando de este lugar al juez y al resto de profesionales del sistema. En este sentido, una de las conclusiones del Seminario Interamericano de Gobierno Judicial se refiere a la “necesidad de que el Sistema de Justicia esté de cara a la gente, pensando en las necesidades del habitante”. Así las cosas, el sistema judicial debe estar orientado a la satisfacción de las necesidades del ciudadano.

Conviene tener presente que las instituciones públicas de una sociedad democrática deben generar la confianza de los ciudadanos, de tal manera que éstos se reconozcan como titulares del poder y beneficiarios últimos de sus actuaciones. El sistema de justicia ha permanecido durante mucho tiempo ajeno a esta exigencia, lo que le ha supuesto una importante pérdida de confianza por parte del ciudadano y, por tanto, una disminución de su propia legitimidad.

Con la expresión “legitimidad social” se alude al grado de confianza y de credibilidad social que una determinada institución pública genera entre la ciudadanía. Se trata de un rasgo imprescindible de los sistemas de justicia, no un atributo opcional con el que pueden aparecer caracterizados: de una Justicia eficiente pero sin autoridad moral difícilmente puede esperarse que logre llevar a cabo con éxito las funciones que tiene encomendadas. Según afirma acertadamente Ledesma Bartet, “la legitimación del poder judicial no es de origen, no es por razón de elección democrática de sus miembros, sino de ejercicio; los jueces se legitiman en cuanto intérpretes y aplicadores independientes de la ley democrática”³⁸³.

Como afirma Toharia, “el buen sistema de Justicia debe generar en sus usuarios (reales o potenciales) el convencimiento de que sus asuntos van a ser tratados no sólo diligente y competentemente, sino además de la forma más ecuánime, recta y equilibrada posible”; añadiendo que “la buena Justicia necesita aparecer como confiable y digna de respeto: de ello dependerá su autorictas”³⁸⁴. La falta de legitimidad social del sistema de justicia tendrá efectos muy negativos sobre su funcionamiento en el marco del equilibrio de poderes dentro del Estado; y, desde una perspectiva positiva, la debida atención a aquellos aspectos que fomentan la confianza del ciudadano determinará un incremento de la legitimidad social del sistema de justicia.

El nivel de legitimidad social del sistema de justicia deriva de la forma en la que la ciudadanía percibe su funcionamiento en relación con los rasgos que le resultan esenciales: independencia/imparcialidad, eficacia/calidad y efectividad del acceso a la justicia. De esta manera, está directamente relacionado con el grado de accesibilidad

³⁸³Ledesma Bartet, F, *Derechos humanos y política judicial, Ensayos de actualidad*, editado por el Colegio Notarial de Madrid, Madrid, 2007, p. 50.

³⁸⁴ Así se expresa el Noveno Barómetro de Opinión de Metroscopia en España. bajo la dirección de Toharia Cortés, José Juan, *La imagen de la justicia en la sociedad española. Noveno barómetro de opinión*, julio 2005, página 18.

para el usuario, el trato que se le dispensa y el grado de transparencia a la hora de dar cuenta de su funcionamiento de conjunto. En definitiva, la falta de un efectivo acceso a la justicia en un determinado país afecta directamente a la confianza de los ciudadanos en el sistema judicial y, por tanto, a su propia legitimidad.

V.2. La efectividad del derecho de acceso a la justicia

El reconocimiento formal del derecho de acceso a la justicia a todos los ciudadanos en los diferentes ordenamientos ha supuesto un paso importante, pero se ha demostrado insuficiente. Es necesario avanzar hacia una mayor efectividad. Este problema tiene una dimensión esencialmente dinámica, es decir, es un proceso en el cual es necesario ir avanzando hacia mayores grados de efectividad de la tutela judicial.

Un punto para destacar es el reconocimiento, implícito en las Reglas, de que tanto el Poder Judicial, como el Ministerio Público y las Defensorías Públicas u Oficiales –y no sólo los poderes políticos– tienen responsabilidades en materia de acceso a la justicia de las personas y grupos sociales en situación de vulnerabilidad. Esto, claro, no es novedoso en materia de derecho internacional de los derechos humanos, pero las Reglas merecen ser elogiadas por constituir un ejemplo de expresa asunción y toma de conciencia de la existencia de esas obligaciones por parte de los operadores del sistema de Justicia, que se traduce en el establecimiento de lineamientos para su operacionalización concreta. El dato no es menor, si se tiene en cuenta que parte de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos se refiere a violaciones

a los derechos humanos de personas en situación de vulnerabilidad imputables al Poder Judicial o al Ministerio Público³⁸⁵.

El proceso de lucha por la efectividad del derecho de acceso a la justicia se construye principalmente sobre tres presupuestos conceptuales: a) Adopción de un enfoque funcional: barreras que limitan el acceso a la justicia; b) Adopción de una perspectiva integral: corresponde a todo el sistema de justicia y en todas las fases del procedimiento; c) Adopción de un enfoque centrado en las personas vulnerables: actuación más intensa frente a unos mayores obstáculos.

V.2.1. Un enfoque funcional: las barreras que limitan el acceso a la justicia

Siguiendo a Cappelletti y Garth³⁸⁶, una primera oleada en materia de acceso a la justicia tuvo su ámbito en los problemas relativos al asesoramiento legal, mediante la ayuda jurídica a las personas con menos recursos económicos; la segunda oleada se centró en reformas destinadas a dar representación legal a los intereses difusos (especialmente en

³⁸⁵ Como muestra, basta el siguiente ejemplo: *todos* los casos en los que la Argentina ha sido condenada o ha aceptado su responsabilidad ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos involucran violaciones total o parcialmente imputables al Poder Judicial. Ver, Corte Interamericana de Derechos Humanos, casos *Garrido y Baigorria*, sentencia de 2 de febrero de 1996 (violación al debido proceso y al derecho a la tutela judicial efectiva en caso de desaparición forzada); *Cantos*, sentencia de 28 de noviembre de 2002 (violaciones al debido proceso y al derecho a la tutela judicial efectiva por cobro de un monto desproporcionado en concepto de tasa de justicia, que constituye un obstáculo al acceso a la justicia); *Bulacio*, sentencia de 18 de septiembre de 2003 (violación al derecho a obtener resultados de una investigación en plazo razonable, al derecho a la tutela judicial efectiva y a la obligación de protección de niños y adolescentes en un caso de muerte de un adolescente durante su detención ilegítima) y *Bueno Alves*, sentencia de 11 de mayo de 2007 (ausencia de investigación diligente en caso de tortura, incumplimiento del deber de notificación de su derecho a asistencia consular). El caso *Maqueda*, en el cual la Comisión Interamericana de Derechos Humanos desistió de la acción ante el compromiso de solución amistosa del Estado argentino, también involucraba una alegación de violación cometida por el Poder Judicial. Ver Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Maqueda, resolución de 17 de enero 1995 (violaciones al debido proceso, violación al derecho de obtener la revisión de sentencia condenatoria).

³⁸⁶ Cappelletti, Mauro y Bryant Garth, *El acceso a la justicia. La tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivos los derechos*, primera edición en español. Fondo de Cultura Económica, México, 1996.

materia de consumidores y protección medioambiental); mientras que la tercera oleada adopta el denominado enfoque del acceso a la justicia, que se centra en la identificación y actuación sobre las barreras que impiden el efectivo acceso a la justicia. Señalan los citados autores que este enfoque supone el estudio crítico y reforma de toda la maquinaria jurídica, extendiéndose a todas las instituciones y recursos, el personal y los procedimientos utilizados para procesar y aun prevenir disputas en las sociedades modernas.

Este enfoque funcional resulta de gran utilidad en el estudio del funcionamiento del sistema judicial: facilitar el acceso del ciudadano al sistema de justicia mediante el análisis de los obstáculos que afectan al pleno ejercicio de sus derechos ante el sistema judicial, así como de las medidas que resulten adecuadas para la remoción de dichos obstáculos. Las barreras que impiden o dificultan el acceso a la justicia pueden ser, en primer lugar, de naturaleza procesal: la propia normativa procedimental establece requisitos que suponen obstáculos para el ejercicio de un derecho ante los tribunales. Pero esas barreras también pueden ser sociales, económicas, culturales o incluso religiosas.

Resulta claro que el sistema de justicia puede operar sobre las barreras procesales: modificando la normativa reguladora del procedimiento, y actuando sobre la propia forma en que los operadores y servidores judiciales la aplican. Haciendo referencia a los obstáculos de naturaleza social, económica y/o cultural, es necesario tener en cuenta que, aunque el derecho de acceso a la justicia tenga un fuerte componente individual, también adquiere una dimensión político-social en cuanto afecta a determinados grupos de población o a personas con determinados perfiles sociales: los discapacitados, los migrantes, etcétera. Esta última dimensión determina que los órganos públicos tienen la

responsabilidad de desarrollar políticas y actuaciones destinadas a la superación o mitigación de estas barreras. El sistema de justicia no puede quedar al margen sino que tiene un importante papel a jugar en este ámbito.

Las Reglas de Brasilia pueden contribuir a que los encargados de diseñar y gestionar las políticas públicas judiciales, así como los servidores y operadores del sistema de justicia, asuman esta realidad trasladándola a su respectiva función. A tal efecto, contienen una serie de recomendaciones y líneas básicas de actuación para mejorar el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad.

V.2.2. Un enfoque integral: actuación por todo el sistema de justicia y en todo el procedimiento

El enfoque *integral de acceso a la justicia*, impulsado inicialmente desde el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), pero asumido posteriormente por diversas organizaciones de la sociedad civil que promueven la reforma de la justicia, especialmente en Latinoamérica, entiende el acceso a la justicia: “... como un instrumento para la transformación de las relaciones de poder que perpetúan la exclusión, la pobreza y la subordinación de grupos tales como mujeres, presos, indígenas, migrantes, discapacitados, niños, ancianos, población de bajos ingresos, etc”³⁸⁷.

³⁸⁷ Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo: *Manual de Políticas Públicas para el Acceso a la Justicia*. Buenos Aires: PNUD, 2005, p. 7.

Entiendo que este enfoque es apropiado desde una perspectiva de la realidad de los países latinoamericanos, ya que significa un punto de partida más completo para describir los serios problemas que se presentan cuando no se satisfacen las necesidades jurídicas de la población tradicionalmente excluida ni la forma por medio de la cual podrían contar con un abordaje más apropiado. Asimismo, desde esta concepción, es entendible que se asuma que el acceso a la justicia es ante todo un derecho por el que el ciudadano, en tanto titular de tal derecho, puede exigirle al Estado su cumplimiento o medidas para que sean efectivos. Así, se descartan aquellas nociones que entienden la justicia sólo como un servicio en el que el litigante es un usuario (cliente) que puede, eventualmente, ver cómo éste queda restringido, es afectado por sus altos costos o incluso resulta privatizado³⁸⁸.

De manera complementaria, cabe plantear que cualquier diseño y ejecución de políticas públicas que se quiera implementar en nuestra realidad tendrá que descartar como línea de inicio aquella visión que concibe que la reforma de la justicia es equivalente a la mejora de su acceso. Por el contrario, desde este nuevo enfoque, lo pertinente será referirse a la *transformación* del sistema de justicia, entendida como la modificación de los mecanismos perpetuadores de la desigualdad a instancias de participación y empoderamiento de los distintos sectores vulnerables de la sociedad civil, lo cual pasará por la adopción de una estrategia en materia de justicia asentada en: 1) ampliación de la cobertura estatal; 2) incorporación al sistema de justicia de los mecanismos tradicionales y comunitarios de resolución de conflictos; 3) focalización de las políticas públicas en los grupos más vulnerables y desprotegidos de la sociedad³⁸⁹.

³⁸⁸ Francia, Luis, *El auxilio judicial en el marco del debido proceso*, en *Acceso a la justicia y Defensoría del Pueblo*. Limam Comisión Andina de Juristas, 2001, p. 228.

³⁸⁹ Ibidem, p. 12

Por tanto, dependiendo de cómo plantean sus estrategias los diseñadores de políticas públicas en materia de justicia, podremos descifrar si los esfuerzos se están encaminando realmente hacia la superación de las barreras de acceso a la justicia o si sólo están promoviendo mejoras cuantitativas o cualitativas de los recursos judiciales, sin alterar la asimetría de partida de los ciudadanos para ingresar a un sistema de resolución de conflictos. Con esta orientación, más que insistir en la creación de nuevas unidades jurisdiccionales, pensando erróneamente que de este modo se promueve una mayor atención a los justiciables, debería reflexionarse acerca de qué se está haciendo para incluir (reconocer) los mecanismos alternativos de resolución de conflictos (justicia de paz, mediación, justicia indígena en países con dicha problemática, etc.), y cómo se piensa diagnosticar las necesidades jurídicas de los grupos más desprotegidos de la población, de manera que allí puedan dirigirse los recursos materiales y humanos que el Estado tiene la obligación de proveer.

Es por ello que el problema del acceso a la justicia, y por lo tanto el de la elaboración de unas reglas mínimas o estándares destinados a mejorar el acceso a la misma de las personas en situación de vulnerabilidad, debe analizarse desde una perspectiva global que tome en consideración todo el sistema de justicia, es decir, el sistema compuesto por un conjunto de entidades, órganos e instituciones del Estado que están involucradas en la función de administrar justicia. De este sistema forman parte: a) Los responsables del diseño, implementación y evaluación de políticas públicas dentro del sistema judicial; b) Los Jueces, Fiscales, Defensores Públicos, Procuradores y demás servidores que laboren en el sistema de Administración de Justicia; c) Los Abogados y otros profesionales del Derecho, así como los Colegios y Agrupaciones de Abogados; d) Las personas que desempeñan sus funciones en las instituciones de Ombudsman. e) Policías

y servicios penitenciarios; y f) todos los operadores del sistema judicial y quienes intervienen de una u otra forma en su funcionamiento.

Como puede observarse, la anterior enumeración no tiene carácter taxativo porque la exacta configuración del sistema de justicia de cada país dependerá de las específicas circunstancias de su ordenamiento. En este apartado solamente pretende destacarse la necesidad de considerar el conjunto del sistema de justicia, y no solamente una de sus partes. El análisis del acceso a la justicia no debe centrarse únicamente en las condiciones para el ejercicio de la acción por parte del ciudadano, sino que también debe extenderse a todas las fases de la tramitación del procedimiento, incluyendo los sucesivos recursos, así como a la propia ejecución de lo resuelto por el tribunal.

V.2.3. Un enfoque centrado en las personas vulnerables: actuación más intensa frente a mayores obstáculos

Las últimas tendencias parten de una concepción muy amplia del acceso a la justicia, englobando temas tan diversos como los siguientes: fomento de la cultura jurídica, la información a la ciudadanía sobre los derechos de los que es titular, comprensión de los actos judiciales, asistencia legal y defensa pública en las distintas jurisdicciones, mecanismos alternativos de solución de conflictos, efectividad de la respuesta judicial mediante procedimientos ágiles (reducción de la mora judicial), etcétera. Habría que reflexionar sobre si una perspectiva tan amplia esté restando utilidad al propio concepto de acceso a la justicia. Se contribuirá a incrementar la efectividad de la tutela judicial

centrando el objeto de análisis en las barreras que dificultan el acceso a la justicia de las personas más desfavorecidas de la sociedad.

En todo caso, la concurrencia de unos mayores obstáculos para el acceso a la justicia justifica una actuación más intensa del sistema judicial para su mitigación o eliminación, como se analiza más adelante con mayor detenimiento. Hay que destacar la relevancia de la elaboración de un documento que aborde específicamente esta cuestión (el acceso a la justicia de las personas más desprotegidas) de forma global (más allá de meros trabajos relativos a grupos concretos de población y/o experiencias nacionales), otorgándole un fundamento teórico común (marco conceptual) y generando líneas de solución.

V.3. Las Reglas de Brasilia como avance en la protección de los derechos humanos

Las Reglas pueden ser leídas en el contexto de tres avances importantes en materia de derechos humanos, consolidados con la adopción de nuevos instrumentos y con la evolución de la interpretación de esos instrumentos realizada por órganos internacionales, tales como la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su par europea.

El *primero* consiste en el reconocimiento de que el derecho al respeto de las garantías del debido proceso (o a un proceso justo, según la terminología del Convenio Europeo de Derechos Humanos), y el derecho a la tutela judicial efectiva en caso de violación de un derecho fundamental, implican el derecho de acceso a la justicia.

Tal y como analizamos en el capítulo III, la Corte Interamericana resume en este párrafo su doctrina al respecto: “El artículo 25 de la Convención también consagra el derecho de acceso a la justicia. Al analizar el citado artículo 25 la Corte ha señalado que éste establece la obligación positiva del Estado de conceder a todas las personas bajo su jurisdicción un recurso judicial efectivo contra actos violatorios de sus derechos fundamentales. Y ha observado, además, que la garantía allí consagrada se aplica no sólo respecto de los derechos contenidos en la Convención, sino también de aquéllos que estén reconocidos por la Constitución o por la ley. La Corte ha señalado, asimismo, en reiteradas oportunidades, que la garantía de un recurso efectivo “constituye uno de los pilares básicos, no sólo de la Convención Americana, sino del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática en el sentido de la Convención”, y que para que el Estado cumpla con lo dispuesto en el artículo 25 de la Convención no basta con que los recursos existan formalmente, sino que los mismos deben tener efectividad, es decir, debe brindarse a la persona la posibilidad real de interponer un recurso que sea sencillo y rápido. Cualquier norma o medida que impida o dificulte hacer uso del recurso de que se trata constituye una violación del derecho al acceso a la justicia, bajo la modalidad consagrada en el artículo 25 de la Convención Americana”³⁹⁰.

El segundo consiste en la aplicación concreta al derecho de acceso a la justicia de la existencia de obligaciones positivas del Estado en materia de derechos humanos, destinadas a remover aquellas barreras y obstáculos de orden jurídico, social, económico y cultural que dificultan o impiden el pleno ejercicio de los derechos

³⁹⁰ Ver Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Cantos*, cit., para 52. Aunque llega a una conclusión similar, la Corte Europea de Derechos Humanos basa su inferencia en el artículo 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (derecho a un juicio justo). Ver Corte Europea de Derechos Humanos, caso *Golder v. Reino Unido*, sentencia de 21 de febrero de 1975, para. 25: “De acuerdo a la opinión de la Corte, no sería concebible que el Artículo 6 para. 1 [del Convenio Europeo de Derechos Humanos] describa en detalle las garantías procesales concedidas a las partes en un proceso pendiente y no proteja en primer término aquello que hace de hecho posible beneficiarse de esas garantías, es decir, el acceso a un tribunal. El carácter justo, público y expedito de un procedimiento judicial no tienen valor alguno si no existe procedimiento judicial”

humanos por parte de sus titulares. Como analizamos en el capítulo IV, la Corte Europea de Derechos Humanos había llegado a esta conclusión en el caso “*Airey vs. Irlanda*”. En ese caso, la Alto Tribunal europea en materia de derechos del hombre condenó a Irlanda por la existencia de requisitos legales onerosos, que impidieron a una persona de condición socioeconómica modesta iniciar un juicio de divorcio: “La existencia de impedimentos de hecho puede violar el Convenio, tanto como la de impedimentos jurídicos. (...). Además, el cumplimiento de una obligación que emana del Convenio requiere, en ocasiones, de la acción positiva del Estado; en tales circunstancias, el Estado no puede permanecer simplemente pasivo. No hay aquí espacio para distinguir entre acciones y omisiones. (...) La obligación de asegurar un derecho efectivo de acceso a la justicia cae dentro de esta categoría de obligaciones³⁹¹”. En el mismo sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha tenido oportunidad de interpretar el art. 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (derecho al debido proceso y a garantías judiciales) en relación con la imposibilidad de acceso a la justicia por motivos económicos, al momento de dilucidar el sentido del art. 46.2 de la CADH, y de establecer excepciones a la regla del agotamiento de recursos internos. En tal sentido, la Corte sostuvo que en aquellos casos en que resulta necesaria la representación legal para el ejercicio del debido proceso, si la persona no puede obtenerla –por ejemplo por carecer de recursos– y el Estado no la brinda, no es obligatorio agotar los recursos internos³⁹².

³⁹¹ Corte Europea de Derechos Humanos, *Airey v. Irlanda*, sentencia del 9 de octubre de 1979, para 25 (la traducción es nuestra). Para un comentario del caso, ver Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid, 2da. Ed., 2004, pp. 218-220.

³⁹² Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-11/90 del 10 de agosto de 1990, “Excepciones al agotamiento de los recursos internos (arts. 46.1, 46.2. a y 46.2.b CADH)”. Inspirándose en el caso *Airey*, la Corte sostuvo que: “las circunstancias de un procedimiento particular, su significación, su carácter y su contexto en un sistema legal particular, son factores que fundamentan la determinación de si la representación legal es o no necesaria para el debido proceso”, para. 28.

El *tercero* es la creciente toma de conciencia acerca de las barreras para el acceso a la justicia y para el ejercicio de cualquier otro derecho que no son de carácter individual, sino social o grupal. Esto significa que “las dificultades experimentadas por las personas para acceder a la justicia y para ejercer sus derechos se deben en parte a su pertenencia a grupos sociales en situación de vulnerabilidad”. Parte de la evolución contemporánea del derecho internacional de los derechos humanos ha seguido esta línea de interpretación: la adopción de instrumentos tales como la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, la Convención sobre los Derechos del Niño, el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo y la reciente Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad constituyen buenos ejemplos de este proceso. En todos estos instrumentos, los Estados partes se obligan a tomar medidas especiales respecto de los diferentes grupos tutelados respectivamente por cada instrumento, para asegurar el pleno reconocimiento y ejercicio de los derechos de sus miembros.

V.3.1. Contenido de las Reglas. Las personas en condición de vulnerabilidad como beneficiarios

En primer lugar, es destacable señalar que se habla de “condición”, con lo que se hace referencia al estado o situación especial en que se halla una persona. Por otra parte, el texto de las Reglas ha optado por no realizar una enumeración cerrada de personas o grupos vulnerables, especialmente porque la realidad sociológica de la sociedad iberoamericana podría conducir a una excesiva extensión del concepto, con el peligro de hacerlo inoperante. Por ello, la opción escogida ha girado en torno a la descripción de

los principales factores que pueden determinar la condición de vulnerabilidad. Se establece así una cláusula general que define en qué situaciones un individuo se encuentra en condición de vulnerabilidad. A tal efecto, según la Regla (3) “se consideran en condición de vulnerabilidad aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico”

En segundo lugar, se enumeran una serie de factores que pueden erigirse en causas de vulnerabilidad, señalando que se trata de una lista no taxativa utilizando la expresión “entre otras”. Según la Regla (4) podrán constituir causas de vulnerabilidad, entre otras, las siguientes: a) la edad, b) la discapacidad, c) la pertenencia a comunidades indígenas o a minorías; d) la victimización; e) la migración y el desplazamiento interno; f) la pobreza; g) el género; h) la privación de libertad.

En tercer lugar, se recuerda que será cada país quien determine qué concretas personas se encuentran en condición de vulnerabilidad de cara a la aplicación de las Reglas de Brasilia, lo que dependerá de sus características específicas, o incluso de su nivel de desarrollo social y económico: por ejemplo, refugiados y poblaciones desplazadas, personas en situación de mayor pobreza, ancianos, migrantes, población carcelaria, personas infectadas con HIV, etc.

Debe tenerse en consideración también que la situación de vulnerabilidad se ve incrementada si concurren varias circunstancias de desvalimiento en la misma persona o grupo de población: niños migrantes, mujeres discapacitadas, mujeres y menores desplazados como consecuencia de conflictos armados. En estos supuestos, está justificada una actuación aún más intensa de los poderes públicos para facilitar la

efectividad de la tutela de sus derechos por el sistema de justicia. Esta tutela especial, se ve reconocida desde hace tiempo en determinados instrumentos internacionales. Cabe destacar que la Convención de Derechos del Niño, reconoce elementos específicos para proteger especialmente a aquellos niños en los que concurra un elemento de mayor vulnerabilidad: niños refugiados³⁹³, niños impedidos³⁹⁴, y niños pertenecientes a minorías o poblaciones indígenas³⁹⁵.

En idéntica inteligencia normativa, el artículo 22 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos, afirma en su primer apartado que “se prestará particular atención a los derechos y necesidades especiales de los ancianos, las mujeres, los jóvenes, los niños y las personas con discapacidades indígenas en la aplicación de la presente Declaración”; añadiendo en su apartado 2º que “los Estados adoptarán medidas, junto con los pueblos indígenas, para asegurar que las mujeres y los niños indígenas gocen de protección y garantías plenas contra todas las formas de violencia y discriminación”³⁹⁶.

En este sentido, cabe destacar que la concurrencia de la condición de mujer incrementa frecuentemente la situación de vulnerabilidad: mujeres víctimas de violencia de género, niñas sometidas a explotación sexual, mujeres desplazadas por conflictos armados. En España, el artículo 18.2 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre sobre Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, dispone que “se garantizará, a través de los medios necesarios, que las mujeres con discapacidad víctimas de violencia de género tengan acceso integral a la información sobre sus derechos y sobre los recursos existentes. Esta información deberá ofrecerse en formato accesible y

³⁹³ Convención de los Derechos del Niño, art. 22.

³⁹⁴ Convención de los Derechos del Niño, art. 23.

³⁹⁵ Convención de los Derechos del Niño, art. 30.

³⁹⁶ Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, Aprobada por la Asamblea General de dicho organismo el día 13 de septiembre de 2007, aart. 22.

comprensible a las personas con discapacidad, tales como lengua de signos u otras modalidades u opciones de comunicación, incluidos los sistemas alternativos y aumentativos”; y el artículo 18.3 de la misma Ley dispone que “se articularán los medios necesarios para que las mujeres víctimas de violencia de género que por sus circunstancias personales y sociales puedan tener una mayor dificultad para el acceso integral a la información, tengan garantizado el ejercicio efectivo de este derecho”. Por ello, las Reglas reconocen la posibilidad de priorización de actuaciones destinadas a facilitar el acceso a la justicia de aquellas personas que se encuentren en situación de mayor vulnerabilidad, ya sea por la concurrencia de varias causas o por la gran incidencia de una de ellas (último párrafo de la Regla 2).

V.3.1.1. En razón de la edad

La Regla (5) recoge la definición de la Convención de Derechos del niño³⁹⁷, cuyo artículo 1 dispone lo siguiente: “para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”.

Se trata de una definición que tiene flexibilidad para adaptarse a las circunstancias de cada país (“salvo que haya alcanzado antes la mayoría de edad en virtud de la legislación nacional aplicable”). El nivel de desarrollo biológico, psicoafectivo y cognitivo de los menores de edad determina una mayor necesidad de protección por parte de todos los poderes públicos en los distintos aspectos de su vida social, y también

³⁹⁷La Convención de los Derechos del Niño fue adoptada por Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989

en sus relaciones con el sistema judicial, quien debe prestar una atención especial a sus preocupaciones y necesidades específicas. Por ello, el segundo inciso de la Regla (5) establece que “todo niño, niña y adolescente debe ser objeto de una especial tutela por parte de los órganos del sistema de justicia en consideración a su desarrollo evolutivo.”.

El mencionado nivel de desarrollo hace suponer que los niños, niñas y adolescentes encuentran frecuentemente mayores obstáculos para acceder a la justicia. Por otra parte, no pueden ejercitar acciones por sí mismos, sino que necesitan la asistencia o autorización de una persona adulta (suele ser el padre o tutor) o de un órgano público (por ejemplo el Ministerio Fiscal o Público). Y dicha vulnerabilidad se incrementa cuando concurre negligencia o abuso por parte de sus padres o representantes legales.

Asimismo, es necesario tener muy en cuenta los efectos negativos que el contacto con el sistema judicial puede desplegar sobre los menores de edad. Por ello, resulta relevante la adopción de todas aquellas medidas que sean necesarias para minimizar esos daños. Se deberá prestar una especial atención a aquellos menores en los que también concurra otro factor de vulnerabilidad: migrantes, pertenencia a una minoría, ser víctima de un delito. En relación con la victimización, hay que tener en cuenta el notable impacto físico, psicológico y emocional que el delito tiene sobre las víctimas que sean niños, niñas y adolescentes; sobre todo en los supuestos de maltrato infantil.

Esta perspectiva también incluye a los menores de edad que han cometido una infracción penal, quienes se encuentran aún más expuestos que los adultos a los efectos negativos derivados de su contacto con el sistema penal. El artículo 40.1 de la Convención de Derechos del niño dispone que “los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño de quien se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes a ser tratado de manera acorde con el

fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tengan en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad”. A estos efectos, son destacables las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores ("Reglas de Beijing")³⁹⁸.

Particularmente, la Corte Suprema argentina ha dictado varios pronunciamientos relativos a la situación de menores de edad bajo un proceso penal. Así, por ejemplo, se ha pronunciado sobre el derecho de defensa y el derecho al recurso, y el carácter tuitivo del régimen penal de la minoridad³⁹⁹. Ahora bien, la Corte Suprema también ha emitido decisiones que no han avanzado con firmeza en la protección de los derechos de la niñez. Por ejemplo, en su sentencia en el caso M.D.E.⁴⁰⁰ –en el cual se cuestionó la imposición de una prisión perpetua a un menor de edad–, la Corte Suprema omitió pronunciarse sobre la contravención de la ley 22.278 a la Convención Americana y a la Convención sobre los Derechos del Niño. Sobre este tema en particular, la Defensoría General de la Nación presentó, en el año 2002, cuatro denuncias ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en las que, entre otros planteos, cuestionó la convencionalidad de la prisión perpetua para menores de edad. Dicha petición, finalizó con la sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la cual condenó al Estado Argentino entendiendo que las prescripciones de la ley 22.278 – Régimen Penal de Menores – contravienen la Convención Americana de Derechos

³⁹⁸ Adoptadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 40/33, del 28 de noviembre de 1985

³⁹⁹ CSJN, G. 53. XLIV, “G., J. L. s/ causa No. 2182/06”, sentencia del 15 de junio del 2010.

⁴⁰⁰ CSJN, Fallos: 328:4343, “Maldonado”.

Humanos y la Convención sobre los Derechos del Niño⁴⁰¹. Asimismo, con específica referencia a la modalidad de aplicación de la pena privativa de la libertad para los menores de edad⁴⁰², el Tribunal, en un pronunciamiento que generó amplia controversia, revocó la sentencia de la Cámara de Casación Penal que declaró la inconstitucionalidad del artículo 1o. de la ley 22.278 –Régimen Penal de la Minoridad– y se limitó a exhortar al Poder Legislativo para que adecue la legislación penal en la materia a los nuevos estándares constitucionales y establezca un sistema integral y coordinado con la ley 26.601 –Protección Integral de los Niños, Niñas y Adolescentes. Desde una perspectiva diversa, y en cuanto a la edad como causa de vulnerabilidad, es dable mencionar que en la sociedad de principios del siglo XXI, es cada vez mayor el número de personas que alcanzan una edad avanzada y que, esas personas, cada vez se encuentran en mejor estado de salud. Por ello, tal y como se afirma en los “Principios de las Naciones Unidas en favor de las personas de edad⁴⁰³” que “es menester proporcionar a las personas de edad que deseen y puedan hacerlo posibilidades de aportar su participación y su contribución a las actividades que despliega la sociedad”. Pese a ello, las capacidades funcionales de la persona adulta mayor determinan frecuentemente unas mayores dificultades para ejercitar sus derechos ante el sistema de justicia. De esta manera, las Reglas de Brasilia consideran el envejecimiento como un factor de vulnerabilidad y es por ello que este grupo de personas deberán poder acceder al sistema de justicia sin ningún tipo de discriminación por razón de la mayor edad y con pleno respeto a su dignidad.

⁴⁰¹ Corte IDH, “Mendoza y otros vs. Argentina”, Sentencia del 5 de julio de 2013.

⁴⁰² CSJN, Fallos: 331:2691, “García Méndez”.

⁴⁰³ Aprobados por la Asamblea General de las Naciones Unidas por Resolución 46/91 del 16 de diciembre de 1991.

Con respecto a las personas adultas mayores, las Reglas deberán integrarse a un trabajo jurisprudencial ya existente, especialmente el acceso a la salud y la idoneidad y eficiencia del régimen de la seguridad social, tanto en lo relativo al diseño funcional de los procesos judiciales⁴⁰⁴, como en torno a la operatividad de los derechos económicos y sociales, en particular el de la movilidad jubilatoria⁴⁰⁵.

V.3.1.2. En razón de una discapacidad física o mental

En el año 2008 se suscribe, ratifica y aprueba la “Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad” como el primer tratado de derechos humanos de la Organización de las Naciones Unidas y el primero en ser ratificado por la Argentina⁴⁰⁶.

Argentina tiene vigentes dos Convenciones internacionales en materia de discapacidad: a) la “Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad” cuyo objetivo es la prevención y eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad propiciando su plena integración en la sociedad ; y b) la previamente mencionada “Convención sobre Derechos de las Personas con Discapacidad”, más amplia e integral y que desarrolla un nuevo paradigma de abordaje de la discapacidad: el llamado “modelo social de la discapacidad”, teniendo como objetivo el de promover, proteger y

⁴⁰⁴ CSJN, Fallos: 328:566, “Itzcovich”.

⁴⁰⁵ CSJN, Fallos: 329:3089, “Badaro, Adolfo Valentín c/ ANSeS s/ reajustes varios”, rto. el 8 de agosto de 2006”.

⁴⁰⁶ Este documento se convertirá en la ley 26.278, que junto con la ley 25.280 ponen a nuestro país en la vanguardia de los compromisos jurídicos y políticos con las personas con discapacidad y sus organizaciones.

asegurar el goce pleno, en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente, sumando a ello una multiplicidad de derechos ya receptados en otras Convenciones, aunque con énfasis en la situación de las personas con discapacidad.

El acceso a la justicia constituye un importante elemento para disminuir la discriminación de las personas con discapacidad. En este sentido, el artículo III.1 a) de la “Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad”⁴⁰⁷, recoge el compromiso de los Estados parte relativo a la adopción de “medidas para eliminar progresivamente la discriminación y promover la integración por parte de las autoridades gubernamentales y/o entidades privadas en la prestación o suministro de bienes, servicios, instalaciones, programas y actividades, tales como el empleo, el transporte, las comunicaciones, la vivienda, la recreación, la educación, el deporte, el acceso a la justicia y los servicios policiales, y las actividades políticas y de administración”.

Con relación a las personas con discapacidad, también han recibido especial tutela en el marco de la protección integral de su derecho a la salud⁴⁰⁸, igualdad de oportunidades, tutela judicial efectiva y debido proceso, en particular de las personas insanas institucionalizadas⁴⁰⁹.

Es por ello que, la Convención sobre los Derechos de las personas con discapacidad, luego de afirmar en el primer párrafo del art. 12 que “las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica”, dicho

⁴⁰⁷ Aprobada en Guatemala, el 7 de junio de 1999, incorporada al derecho interno por Ley 25.280.

⁴⁰⁸ CSJN, Fallos: 324:3569, “Monteserín”, Fallos: 327:2127, “Martín”.

⁴⁰⁹ CSJN, Fallos: 331:211, “R., M.J.”.

instrumento jurídico internacional avanza sobre la forma de lograr este objetivo, afirmando que: “Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos, por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas”.

Este artículo, sumado al art. 4, exige a los Estados Partes la revisión del sistema de representación de las personas con discapacidad y de las normas sobre interdicción o insania/ curatela e inhabilitación establecidas en los cuales los Códigos Civiles, sigue llamando “insanos” o “dementes” a las personas con discapacidad mental o con discapacidad psicosocial y personas con discapacidad intelectual y exige la “declaración de interdicción” para que una persona pueda ser representada legalmente.

Así, entendiendo la discapacidad como un factor de vulnerabilidad, y siguiendo la definición contenida en el artículo I.1 de la Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad, la Regla (7) afirma que “se entiende por discapacidad la deficiencia física, mental o sensorial, ya sea de naturaleza permanente o temporal, que limita la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, que puede ser causada o agravada por el entorno económico y social”. De esta manera, se dispone que se

procurará establecer las condiciones necesarias para garantizar la accesibilidad de las personas con discapacidad al sistema de justicia. Se incluyen aquellas medidas conducentes a utilizar todos los servicios judiciales requeridos y disponer de todos los recursos que garanticen los siguientes elementos de dichas personas: a) Seguridad; b) Movilidad; c) Comodidad; d) Comprensión; e) Privacidad; f) Comunicación (Regla 8).

V.3.1.3. En razón de la pertenencia a comunidades indígenas

La Cumbre de Cancún abordó, entre otros temas, el acceso a la justicia de los indígenas, recordando que “la mayoría de los países de la región cuenta con población indígena que forma parte de los grupos vulnerables”, añadiendo que “el Estado al impartir justicia no puede ignorar la realidad cultural de la población y menos soslayar el reconocimiento y la protección de las comunidades indígenas”⁴¹⁰.

Aunque en determinados ámbitos se está utilizando el término “pueblos originarios”, en las Reglas de Brasilia se ha optado por la expresión “comunidades indígenas” porque el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define “indígena” como “originario del país de que se trata”. Para brindar mayor precisión a la cuestión, podemos definir a los pueblos indígenas, las comunidades y naciones indígenas, como aquellos que, “teniendo una continuidad histórica con las sociedades preinvasivas y precoloniales que se desarrollaron en sus territorios, se consideran distintas de otros sectores de las sociedades actualmente dominantes en estos territorios o en parte de ellos. Ellos son actualmente un sector no dominante de la sociedad y están determinados

⁴¹⁰ VII Cumbre Iberoamericana de Presidentes de Cortes Supremas y Tribunales Supremos de Justicia, celebrada los días 27 al 29 de noviembre del 2002 en Cancún, México.

a conservar, desarrollar y transmitir a las generaciones futuras sus territorios ancestrales y su identidad étnica, como base de su continuidad como pueblos, en concordancia con sus propias instituciones sociales, sistemas legales y culturales”⁴¹¹.

Se afirma también que son pueblos tribales en países independientes, cuyas condiciones sociales, culturales y económicas les distingan de otros sectores de la colectividad nacional, y que estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones, o por una legislación especial... los pueblos en países independientes por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas...la conciencia de su identidad indígena o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones (del Convenio 169 de la OIT)⁴¹².

Definidos los pueblos indígenas, la Regla (9) establece que “las personas integrantes de las comunidades indígenas pueden encontrarse en condición de vulnerabilidad cuando ejercitan sus derechos ante el sistema de justicia estatal. Se promoverán las condiciones destinadas a posibilitar que las personas y los pueblos indígenas puedan ejercitar con plenitud tales derechos ante dicho sistema de justicia, sin discriminación alguna que pueda fundarse en su origen o identidad indígenas. Los poderes judiciales asegurarán que el trato que reciban por parte de los órganos de la administración de justicia estatal sea respetuoso con su dignidad, lengua y tradiciones culturales”. Finalmente, las Reglas también se refieren a las formas de resolución de conflictos propios de los pueblos

⁴¹¹ Stavenhagen, Rodolfo, *Conferencia Mundial contra el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia*, IIDH, San José, Costa Rica, 2001, pág. 247.

⁴¹² Convenio 169 de la OIT, “Sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes”.

indígenas, propiciando su armonización con el sistema de administración de justicia estatal (Regla 48).

Fiel reflejo de las dificultades que poseen los pueblos originarios para acceder al sistema de justicia son estas palabras de Mirta Coronel, perteneciente a la comunidad Rincón del Saladillo del pueblo originario Viella, quien afirmó: “Criminalización a las comunidades indígenas por defender el derecho a la vida y a la alimentación. Desalojos violentos, detenciones, incomunicaciones, malos tratos. Discriminación a la cultura, al alimento, a la salud, a la educación, a nuestras semillas orgánicas. Contaminación del agua, de la tierra, del bosque y del medio ambiente. Los terratenientes cierran con alambre canales, caminos y rutas provinciales; queman cementerios, bosques y fauna; encierran escuelas dentro de los alambres. Las postas sanitarias y las escuelas, los terratenientes las usan para semilleras de soja transgénica. Destrucción de viviendas, de pozos de agua, persecución política de paramilitares, destrucción de millones de hectáreas de bosques nativos, consecuencia: pérdida de biodiversidad, flora y fauna. La contaminación mortal de la vida de la tierra, de la humanidad. Por el uso de agrotóxicos de las empresas agropecuarias sojeras transnacionales, con la complicidad de los poderes provinciales Ejecutivo, Legislativo y Judicial. Violación de la Ley 26.160, por la cual el Estado tiene la obligación de hacer el relevamiento territorial en un plazo de dos años, y no se cumple. Lo que es una violación de los derechos indígenas, que además nos deja en estado de desprotección Si bien el Estado argentino, desde la reforma constitucional del 94 y la rectificación de pactos y tratados internacionales, reconoce el derecho a los pueblos indígenas por diversos motivos (burocracia, discriminación, o mora en el relevamiento territorial, etc.), en la práctica los territorios de los pueblos indígenas

continúan estando en riesgo de ser invadidos por el agronegocio y las empresas mineras⁴¹³”.

Recogiendo situaciones como las reseñadas precedentemente, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha considerado en diversos precedentes el derecho de las comunidades indígenas a acceder a la justicia y los obstáculos por ellas experimentados. De esta manera, ha exigido la ponderación de sus particularidades no sólo en torno al derecho de fondo en análisis, sino también en cuanto al acceso a la justicia. Así, ha sostenido que “la garantía del derecho a la propiedad comunitaria de los pueblos indígenas debe tomar en cuenta que la tierra está estrechamente relacionada con sus tradiciones y expresiones orales, sus costumbres y lenguas, sus artes y rituales, sus conocimientos y usos relacionados con la naturaleza, sus artes culinarias, el derecho consuetudinario, su vestimenta, filosofía y valores, y la relevancia y la delicadeza de los aludidos bienes deben guiar a las y los magistrados no sólo en el esclarecimiento y decisión de los puntos de derecho sustancial, sino también de los vinculados con la “protección judicial” prevista en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 25), que exhibe jerarquía constitucional⁴¹⁴. Este aspecto es también reiterado en la tutela de sus condiciones de vida digna⁴¹⁵. Por ello, las reglas mencionadas no hacen más que continuas con la línea jurisprudencial sentada por el Máximo Tribunal garantizando un mayor acceso de las comunidades indígenas al servicio de justicia.

V.3.1.4. En razón de la condición de víctima

⁴¹³ Coronel, Mirta, *La tierra es nuestro cuerpo y el agua nuestra sangre*, en *Voces y Silencios de la Discriminación*. Acceso a la justicia, Colección Acceso a la Justicia en Latinoamérica, Ed. Agencia española de Cooperación, Buenos Aires, 2007, p. 109.

⁴¹⁴ CSJN, Fallos: 331:2119, “Comunidad Indígena Eben Ezer”.

⁴¹⁵ CSJN, Fallos: 330:4590, “Defensor del Pueblo”.

La Regla (10) define como víctima a toda persona física que ha sufrido un daño ocasionado por una infracción penal, incluida tanto la lesión física o psíquica, como el sufrimiento moral y el perjuicio económico. El término víctima también podrá incluir, en su caso, a la familia inmediata o a las personas que están a cargo de la víctima directa. La victimización puede constituir un elemento o factor de vulnerabilidad. Desde el punto de vista psicológico, una víctima es vulnerable cuando tiene una mayor probabilidad de sufrir un intenso impacto emocional como consecuencia del delito, y ello por cuanto está afectada de una relevante limitación para evitar o contrarrestar la dinámica criminal creada por el victimario. La mayor o menor repercusión psicológica de una conducta violenta en una persona depende de su vulnerabilidad psicológica, que se refiere a la precariedad del equilibrio emocional, y de su vulnerabilidad biológica, que surge de manera innata y que está relacionada con un menor umbral de activación psicofisiológica. Ambos tipos de vulnerabilidad pueden amplificar, a modo de caja de resonancia, el daño psicológico de la violencia a la víctima.

Desde una perspectiva jurídica, se puede considerar que una víctima es vulnerable cuando tenga una relevante limitación para evitar o mitigar los daños y perjuicios derivados de la infracción penal (victimización primaria) o de su contacto con el sistema penal (victimización secundaria), o para afrontar los riesgos de sufrir una nueva victimización (victimización reiterada). Como afirma la propia Regla (11), la vulnerabilidad puede proceder de sus propias características personales o bien de las circunstancias de la infracción penal, añadiendo que destacan a estos efectos, entre otras víctimas: a) Las personas menores de edad; b) Las víctimas de violencia doméstica o

intrafamiliar; c) Las víctimas de delitos sexuales; d) Los adultos mayores; e) los familiares de víctimas de muerte violenta.

De esta manera, las víctimas en condición de vulnerabilidad deberán recibir un trato específico por parte del sistema de justicia para eliminar o mitigar las consecuencias de la victimización. Esta idea se recoge en varios instrumentos internacionales desarrollados en el ámbito europeo: en primer lugar, en el artículo 2.2 de la Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal, que dispone que “los Estados miembros velarán porque se brinde a las víctimas especialmente vulnerables un trato específico que responda de la mejor manera posible a su situación”; por otra parte, su artículo 8.4 establece que “los Estados miembros garantizarán, cuando sea necesario proteger a las víctimas, y sobre todo a las más vulnerables, de las consecuencias de prestar declaración en audiencia pública, que éstas puedan, por resolución judicial, testificar en condiciones que permitan alcanzar ese objetivo, por cualquier medio adecuado compatible con los principios fundamentales de su derecho”. Asimismo, el apartado 3.4 de la Recomendación (2006)⁸, del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre asistencia a víctimas de delitos, afirma que “los Estados se asegurarán de que las víctimas particularmente vulnerables, bien por sus características personales o bien por las circunstancias del delito, puedan beneficiarse de medidas especiales acordes con su situación”.

La Regla (12) se refiere a los tres tipos de victimización: primaria, secundaria y reiterada. La “victimización primaria” agrupa las consecuencias perjudiciales primarias originadas por el delito y sufridas directamente por la víctima, sean de índole física, económica, psicológica o social. De esta manera, según el primer párrafo de la Regla

(12), “los poderes públicos alentarán la adopción de aquellas medidas que resulten adecuadas para mitigar los efectos negativos del delito”

Por otra parte, la “victimización secundaria” engloba los daños sufridos por la víctima en sus relaciones con el sistema penal, marco éste en el que frecuentemente se produce un incremento del mal causado por el delito con otros daños de dimensión psicológica o patrimonial que se derivan de la falta de la adecuada asistencia e información por parte del sistema de la Justicia Penal. El segundo párrafo de la Regla (12) establece que los poderes públicos “asimismo procurarán que el daño sufrido por la víctima del delito no se vea incrementado como consecuencia de su contacto con el sistema de justicia”. Y la Regla (67) contempla que, “para mitigar o evitar la tensión y angustia emocional, se procurará evitar en lo posible la coincidencia en dependencias judiciales de la víctima con el inculpado del delito; así como la confrontación de ambos durante la celebración de actos judiciales, procurando la protección visual de la víctima”.

Por otro lado, la victimización reiterada o repetida, también denominada revictimización o multivictimización, aparece cuando una misma persona es víctima de más de un delito durante un determinado período de tiempo. El tercer párrafo de la Regla 12 establece que los poderes públicos “procurarán garantizar, en todas las fases de un procedimiento penal, la protección de la integridad física y psicológica de las víctimas, sobre todo a favor de aquéllas que corran riesgo de intimidación, de represalias o de victimización reiterada o repetida (una misma persona es víctima de más de una infracción penal durante un periodo de tiempo).

Y la Regla (12) finaliza su redacción expresando que “también podrá resultar necesario otorgar una protección particular a aquellas víctimas que van a prestar testimonio en el proceso judicial. Se prestará una especial atención en los casos de violencia

intrafamiliar, así como en los momentos en que sea puesta en libertad la persona a la que se le atribuye la comisión del delito”. Véase la parte de este documento referida al género.

La Regla (10), destinada a definir la noción de “víctima”, no refleja debidamente el desarrollo del derecho internacional de derechos humanos. Así por ejemplo, los Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones, adoptados por la Asamblea General de las Naciones Unidas⁴¹⁶, definen víctima como: “toda persona que haya sufrido daños, individual o colectivamente, incluidas lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdidas económicas o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que constituyan una violación manifiesta de las normas internacionales de derechos humanos o una violación grave del derecho internacional humanitario. Cuando corresponda, y en conformidad con el derecho interno, el término “víctima” también comprenderá a la familia inmediata o las personas a cargo de la víctima directa y a las personas que hayan sufrido daños al intervenir para prestar asistencia a víctimas en peligro o para impedir la victimización.” (Principio 8).

La definición propuesta por la Regla (10) presenta algunas falencias que creo debe ser mencionadas:

a) En primer lugar omite la noción de víctima colectiva, categoría⁴¹⁷ ampliamente reconocida en instrumentos internacionales y la jurisprudencia de derechos humanos⁴¹⁸.

⁴¹⁶ AGNU, Resolución N° 60/147 de 16 de diciembre de 2005.

⁴¹⁷ Ver, por ejemplo, Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder (principio 1), y Principios y directrices básicos sobre el derecho de las

b) En segundo lugar, no precisa la naturaleza de la ley penal aplicable. Así, la noción de “infracción penal” podría ser interpretada únicamente como aquella definida por la ley penal nacional, con lo cual la víctima de un delito bajo el derecho internacional (como la tortura, la desaparición forzada de persona o el tráfico de seres humanos) pero no tipificado como delito en la legislación nacional, escaparía a la definición propuesta por las Reglas.

c) Finalmente, restringe la noción de víctima a aquella persona que ha “sufrido daño ocasionado por una infracción penal”, excluyendo así aquellas personas que han sido víctima de una violación de derechos humanos que genera al Estado una obligación de garantizar un recurso efectivo –en particular el acceso a la justicia y a reparación–, pese a no constituir un ilícito penal bajo el derecho nacional o internacional. En ese orden de ideas, la Regla (11) debería ser enmendada para no limitarse a la “víctima del delito”, y abarcar también a aquellas personas que han visto sus derechos humanos conculcados, aun cuando tal violación no constituya, bajo el derecho nacional o internacional, un ilícito penal.

En el marco del sistema jurisdiccional argentino, la tutela de las víctimas ha recibido especial atención. En esta línea se encuentra la creación de la Oficina de Violencia Doméstica, dentro del marco de la propia Corte Suprema, uno de cuyos objetivos es facilitar el acceso a la justicia de las personas en tal situación. A su vez, esta institución se ha multiplicado en experiencias de oficinas similares en las diversas provincias argentinas. Así, la atención es multidisciplinaria –interactuando profesionales que prestan asistencia social, de psicología y la abogacía–, estando disponible las

víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones (principio 8).

⁴¹⁸ CIDH, Informe No. 36/00, Caso 11.10, “Masacre de Caloto” (Colombia), 13 de abril de 2000; Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso de la “Comunidad de Mayagna (Sumo) Awas Tingni v. Nicaragua”, sentencia de 31 de agosto de 2001; Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, “caso Centro de Acción por los Derechos Sociales y Económicos y Centro de Derechos Económicos y Sociales v. Nigeria”, Comunicación 155/96.

veinticuatro horas todos los días, en un ambiente arquitectónico de contención y cumpliéndose las recomendaciones en torno a información y la asistencia pronta.

En torno al derecho de acceso a la justicia de las víctimas de delitos de lesa humanidad, la Corte Suprema argentina ha sido en, términos generales, receptiva de la jurisprudencia de la Corte IDH. Pueden citarse, a modo de ejemplo, los pronunciamientos dictados en las causas Simón⁴¹⁹ y Mazzeo⁴²⁰, donde diversos votos expresamente siguen la posición del tribunal internacional en la causa Barrios Altos⁴²¹, que postulaba directrices para el cumplimiento de las obligaciones estatales de investigación y sanción.

V.3.1.5. Migración y desplazamiento interno

La migración es un fenómeno creciente al amparo de la globalización económica y social. Según el informe sobre “Estado de la estado de la población mundial 2006. Hacia la esperanza: Las mujeres y la migración internacional”, realizado por el Fondo de Población de las Naciones Unidas “⁴²², en los últimos decenios hubo un pronunciado cambio en las características generales de la migración, a medida que los transportes y las comunicaciones fueron mejorando en un mundo cada vez más globalizado. Actualmente, todos los países están involucrados en los desplazamientos de personas, o bien como países de origen, o bien como países de tránsito o de destino. En los últimos 50 años, casi se ha duplicado el número de personas que viven fuera del país del que son oriundos.

⁴¹⁹ CSJN, Fallos: 328:2056.

⁴²⁰ CSJN, Fallos: 330:3248.

⁴²¹ Corte IDH, *Caso Barrios Altos v. Perú*, fondo, sentencia de 14 de marzo de 2001, Serie C No. 75.

⁴²² wp/ 2006 / pdf/sp_sowp06.pdf

El migrante frecuentemente se encuentra en una situación de mayor vulnerabilidad. La Resolución de la Asamblea General de la ONU de 18 de marzo de 2005, sobre Protección de los Migrantes, afirma la siguiente idea: “consciente de que el número de migrantes es cada vez mayor en todo el mundo, y teniendo presente la situación de vulnerabilidad en que suelen encontrarse los migrantes y sus familiares debido, entre otras cosas, a que no viven en sus Estados de origen y a las dificultades que enfrentan a causa de las diferencias de idioma, costumbres y culturas, así como las dificultades económicas y sociales y los obstáculos para regresar a sus Estados de origen a que deben hacer frente los migrantes sin documentación o en situación irregular”(…) “pide a todos los Estados Miembros que, actuando de conformidad con sus respectivos sistemas constitucionales, promuevan y protejan eficazmente los derechos humanos de todos los migrantes”. Por ello, el primer inciso de la Regla (13) establece que “el desplazamiento de una persona fuera del territorio del Estado de su nacionalidad puede constituir una causa de vulnerabilidad, especialmente en los supuestos de los trabajadores migratorios y sus familiares”.

Siguiendo la definición contenida en el artículo 2.1 de la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares⁴²³, la misma Regla (13) afirma que “se considera trabajador migratorio toda persona que vaya a realizar, realice o haya realizado una actividad remunerada en un Estado del que no sea nacional”. El último inciso de la Regla (13) dispone, de conformidad con los instrumentos internacionales, que “asimismo se reconocerá una protección especial a los beneficiarios del estatuto de refugiado conforme a la

⁴²³ Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 45/158, de 18 de diciembre de 1990.

Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951, así como a los solicitantes de asilo”.

Hay que constatar la gravedad del problema de los desplazados internos en algunos países, especialmente como consecuencia de conflictos armados, así como los problemas inherentes al ejercicio de sus derechos. Por ello, la Regla (14) reconoce el desplazamiento interno como otro factor de vulnerabilidad. Considera desplazados internos, siguiendo el contenido del apartado 1 del Principio 1 de los Principios rectores de los desplazamientos internos, a las personas o grupos de personas que se han visto forzadas u obligadas a escapar o huir de su hogar o de su lugar de residencia habitual, en particular como resultado o para evitar los efectos de un conflicto armado, de situaciones de violencia generalizada, de violaciones de los derechos humanos o de catástrofes naturales o provocadas por el ser humano, y que no han cruzado una frontera estatal internacionalmente reconocida.

Finalmente, considero relevante recordar que determinadas personas desplazadas resultan aún más vulnerables, por lo que la necesidad de protección de sus derechos será mayor. En este sentido, el principio 4.2 de los Principios rectores de los desplazamientos internos dispone que “ciertos desplazados internos, como los niños, especialmente los menores no acompañados, mujeres embarazadas, las madres con hijos pequeños, las mujeres cabeza de familia, con discapacidades y las personas de edad, tendrán derecho a la protección y asistencia por su condición y a un tratamiento que tenga en cuenta sus necesidades especiales”.

V.3.1.6. En razón de la situación de pobreza

La pobreza, entendida como carencia de los recursos necesarios para satisfacer las necesidades físicas y psíquicas básicas humanas, y que supone la exclusión de la sociedad tanto en el plano económico como en los planos social y cultural, determina también un serio obstáculo para acceder al sistema de justicia para la defensa de sus propios derechos especialmente en aquellas personas en las que también concurre alguna otra causa de vulnerabilidad. De esta manera, las primeras construcciones de la noción de acceso a la justicia se centraron en estas limitaciones, abordando los problemas relativos al asesoramiento legal, mediante la ayuda jurídica a las personas con menos recursos económicos.

El hecho de que la pobreza inhiba el goce y ejercicio efectivos de los derechos humanos es evidente. Esto es particularmente obvio en el caso de los derechos económicos y sociales. Como sostiene el International Council on Human Rights Policy: “La imposibilidad de acceso a recursos esenciales y materiales tiende a ser el elemento más compartido por aquéllos que no disfrutaban de derechos económicos y sociales, [y a su vez] la inmensa mayoría de quienes no tienen una vivienda, los analfabetos, los desempleados, los que no tienen acceso a cuidados básicos sanitarios, ni a agua potable, ni a tierra ni alimentos también son pobres”⁴²⁴.

La pobreza ataca de manera cotidiana y multifacética la dignidad humana de quienes la padecen, reflejando dramáticamente la indivisibilidad y la interdependencia de los derechos humanos. En este sentido el Relator Especial de la Sub-Comisión: “Se trata de un proceso acumulativo de precariedades que se encadenan y refuerzan mutuamente:

⁴²⁴International Council on Human Rights Policy, *Duties sans frontières human rights and global social justice*. ICHRP, Versoix, Suiza, 2003, pág. 28.

malas condiciones de vida, hábitat insalubre, desempleo, mala salud, carencia de educación o marginalización”⁴²⁵.

Retomando las ideas de Mauro Cappelletti desarrolladas en el capítulo I, el autor refleja su particular preocupación por los pobres en su obra “Pobreza y justicia”⁴²⁶. Así, a partir de la idea de una de sus investigaciones realizada con sus alumnos de la Universidad de Florencia en el año 1967, identificó la “ley del patrocinio jurídico gratuito” como una de los mayores obstáculos de la legislación vigente en la Italia de ese momento en lo que hace al acceso a la justicia de los más carenciados, norma consagrada con el nro. 3283 y promulgada el 30 de diciembre de 1923. De ese modo, y abandonando anteriores iniciativas rechazadas por el Estado italiano por considerarlas demasiado costosas para las arcas estatales, dicha norma comienza su redacción de la siguiente manera “... la asesoría jurídica de los pobres es una tarea honorífica obligatoria de la clase de los abogados y de los procuradores ... ” (art. 1) . En otras palabras, el honor social de la defensa judicial del pobre se desplaza del obligado principal, esto es, el Estado, hacia el abogado o procurador de la matrícula, que solamente en caso de una victoria ante los tribunales en el caso en el que le tocará intervenir, podrá percibir cualquier tipo de honorario por los servicios prestados, que serán devengados obviamente de las costas de la contraparte. Así, Cappelletti criticó de manera sistemática no sólo la redacción sino también el espíritu de la norma señalando que la obvia consecuencia de ello es que, con raras y vaguísimas excepciones, la parte pobre del proceso será defendida en el juicio por los abogados menos expertos, menos hábiles y menos comprometidos con el ejercicio del derecho de defensa pues, comprensiblemente, los letrados deben resignar tiempo y dedicación a sus propias

⁴²⁵ E/CN.4/Sub.2/1996/13, párrs. 176-178.

⁴²⁶ Cappelletti, M, *Pobreza y justicia*, en *Proceso, ideología, sociedad*, Ed. Ejea, Buenos Aires, 1974, p. 154.

labores para abocarse a la defensa de los intereses de un cliente que, en la mayoría de los casos, no significará un ingreso pecuniario por las labores desarrolladas.

Aún mayor es la preocupación expresada por el autor cuando de defensa en materia penal se trata, comentando que en una sociedad basada en la iniciativa privada y en el estímulo de la compensación por la tarea desarrollada, es claramente hipócrita pretender que los abogados más buscados, dediquen su fuerza y capacidad en un “trabajo social” que, el mismo Estado, con el sólo argumento de no perjudicar al erario público, ha establecido sea obligatorio.

De este modo, el jurista florentino entendía que, un Estado que renuncia al patrocinio jurídico gratuito de los más necesitados era entendible al momento de la redacción de la norma, es decir, en año 1923 y en los años sucesivos, pero ya no en los tiempos sucesivos a la Segunda Guerra Mundial y, sobre todo, a la luz de la nueva Constitución italiana de 1948, Carta Magna que establece en su art. 24, inc. 3 que “deben asegurarse a los que menos tienen, con institutos específicos, los medios para actuar y defenderse delante de toda jurisdicción” . Asimismo, dicha norma constitucional debe ser complementada con los incisos 1 y 2 de la misma norma que aseguran a “todos” la posibilidad de actuar en juicio con el fin de asegurar la tutela de sus derechos e intereses legítimos, y de defenderse y hacerse defender en cualquier estado del proceso, ya que el art. 3 de la Constitución italiana sostiene que es deber fundamental del Estado que los derechos de igualdad y libertad no sean meramente formales, sino reales, y que dichos derechos no sean obstaculizados por cuestiones de orden económico o social .

En su titánica tarea de ilustre comparatista, Cappelletti dedicó parte de su obra a cotejar datos con otros países de la región. Así, por ejemplo señala que:

A) Inglaterra y Gales: en un año típico, por ejemplo 1964, sobre 179.966 procedimientos ante la High Court of Justice, 48.935 partes contaron con patrocinio jurídico gratuito. En la misma sintonía, Cappelletti cita un estudio de Dworkin que afirma que más del cincuenta por ciento de los casos llevados ante los tribunales civiles contarían con asistencia jurídica gratuita; B) Alemania Federal: de la estadística relevada en la entonces Alemania democrática, en alrededor del veinte por ciento de los procesos civiles una de las partes contaban con patrocinio jurídico gratuito provisto por el Estado; C) Italia: en un año judicial típico, como por ejemplo 1960, la asistencia jurídica gratuita fue concedida solamente en el uno por ciento de los procesos civiles ordinarios. De esa manera, Cappelletti llegó a la conclusión que la diferencia de 1 a 20 existente entre Italia y Alemania que se ve todavía más acentuada respecto a Inglaterra, debe tomarse con un grado mayor de preocupación si se tiene en consideración que el nivel de pobreza existente en Italia es mucho más pronunciado que en los países precedentemente mencionados, por lo que la asistencia jurídica gratuita requerida por la población italiana debiera ser aún mayor que por la población alemana o inglesa, y sin embargo alcanza solamente el 1% de los casos. Como conclusión de dicha actividad comparatista, el autor afirmó que en Italia – a causa del ya mencionado carácter honorífico del patrocinio jurídico gratuito- existen una serie de causales que obstaculizan el acceso de los pobres a la asistencia jurídica gratuita encontrando entre ellas la pobreza, la ignorancia y el abandono social.

Similares situaciones de conflictividad se vivencian en Argentina. En un artículo titulado “La inseguridad de los más pobres”, el periodista argentino Rosendo Fraga daba a conocer tiempo atrás el elevadísimo porcentaje de personas que justifican la adopción de justicia por mano propia. Así, sostiene que “El 53 % justifica la justicia por mano propia en casos extremos, mientras que dicho porcentaje llega al 61% en el segmento

bajo, y en los sectores con necesidades básicas insatisfechas, es del 49% en el medio y medio bajo, así como en el alto y medio alto ... Se evidencia claramente que los sectores más pobres de la sociedad, que son los que proporcionalmente sufren la inseguridad, tienden a apoyar políticas más drásticas frente al problema, en tanto que los sectores más altos que lo sufren en menor medida, se muestran menos favorables a políticas duras frente al tema”⁴²⁷.

Como acertadamente sostienen en su ponencia su ponencia presentada en el Congreso de Funcionarios y Magistrados de agosto de 1998 las Dras. Hockl y Castro “El pobre – caracterizado como quien tiene sus necesidades básicas insatisfechas o como quien se encuentra por debajo de la línea de pobreza concreta en sí mismo toda la privación: es el emblema de los derechos fundamentales mansillados ... En condiciones de pobreza, la enorme distancia entre el derecho sustancial y la posibilidad de hacerlo efectivo, impone eliminar anacrónicas vallas de acceso a la jurisdicción para dar paso a un sentido humanitarista del derecho y, en fin, a un orden social justo. Para los sujetos que viven en esta situación los derechos fundamentales son mera retórica, y la Justicia una abstracción tan inalcanzable como la satisfacción de sus necesidades básicas. Por esa razón, las acciones de Gobierno deben dirigirse –de manera prioritaria- a fulminar esos males, inexplicablemente crecientes a esta altura de evolución humana. Brevemente, debemos poner de resalto que el acceso igualitario a la Justicia no se identifica con una Justicia gratuita. Y ello es así porque siempre habrá un costo: el trabajo humano del profesional que atienda la consulta o la solución del problema debiera ser remunerado; cuestión distinta es quien tenga que afrontar esos gastos. De allí la importancia de establecer un sistema equitativo, cuya primer característica debe consistir en asistir

⁴²⁷ Diario La Nación, Edición del jueves 5 de marzo de 1998, pág. 19.

justamente a quienes se encuentran en la situación más grave, esto es, de auténtica pobreza y no de simple insuficiencia de recursos”⁴²⁸.

Con respecto a la tutela de las personas en situación de pobreza, la Corte Suprema ha dictado pronunciamientos en torno a la exigencia de ponderación de la imposibilidad de afrontar las exigencias económicas que obstaculizan el acceso a la justicia, operatividad de los derechos económicos, sociales y culturales, indivisibilidad entre estos y los civiles y políticos⁴²⁹. Si bien no se ha gestado una línea jurisprudencial que expresamente reconozca el carácter operativo de derechos tales como acceso a la vivienda y respecto al derecho a la alimentación las causas llegadas al Tribunal fueron desechadas por cuestiones formales, algunos casos presentan especial interés por consistir en la operativización del derecho a “condiciones de vida dignas”. Cabe resaltar que en algunas jurisdicciones locales, con diverso basamento normativo, las posiciones sí han resultado generosas en este sentido. Así, resulta relevante la jurisprudencia desarrollada en procesos de amparo articulados ante las instancias inferiores en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. En la causa “R. A. D. contra Estado Nacional”⁴³⁰ el Tribunal refirió a la operatividad del derecho a condiciones de vida dignas respecto a una menor discapacitada de nacionalidad boliviana que padeciendo de una incapacidad congénita del 100%, vino con sus padres a residir en la Argentina. Asimismo, en la causa Defensor del Pueblo de la Nación⁴³¹, se tuteló el derecho a las condiciones de vida digna de una comunidad originaria del Chaco. Si bien la Corte Suprema rechazó su competencia originaria, dictó una medida cautelar que establecía la adopción de

⁴²⁸ Hockl, Castro, *Justicia y Pobreza. Algunos elementos a tener en cuenta para garantizar el acceso de todos a la Justicia*, Congreso de Funcionarios y Magistrados. 18 y 19 de agosto de 1998. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires.

⁴²⁹ CSJN, “Milone, Juan Antonio c/ Asociart S.A. Aseguradora de Riesgos del Trabajo s/ accidente – ley 9688”, de fecha 26 de octubre del 2004, Fallos: 327:4607.

⁴³⁰ CSJN, Fallos: 330:3853.

⁴³¹ CSJN, “Defensor del pueblo de la Nación”.

acciones indispensables, ante un cuadro de indigencia extrema de los integrantes de esa comunidad⁴³².

Desde esta perspectiva, el segundo inciso de la Regla (16) dispone que se promoverán las condiciones para mejorar el efectivo acceso al sistema de justicia de las personas en situación de pobreza. Como se razona al analizar la cultura jurídica, desde una perspectiva sociológica el acceso normal a la justicia depende de dos factores: en primer lugar, del aprendizaje de expectativas, es decir, el conocimiento de la posibilidad real de actuar ante la justicia y el conocimiento de las expectativas reales sobre las posibilidades de éxito de tal acceso; y, por otra parte, de la capacidad de satisfacción de las expectativas por parte del sistema de justicia. Consciente de esta relevancia del conocimiento social del Derecho y del sistema judicial, como presupuesto básico del acceso a la justicia, el primer inciso de la Regla (16) establece que se promoverá la cultura o alfabetización jurídica de las personas en situación de pobreza.

V.3.1.7. En razón del género

La preocupación sobre los derechos humanos de las mujeres se incorporó tanto en el plano nacional como en el internacional como resultado del trabajo arduo e insistente del movimiento de mujeres. Por ello, la definición de discriminación aportada por la “Convención sobre todas las formas de discriminación contra la Mujer”, se basa en que los hombres y las mujeres pueden tener distintas necesidades, sin que por eso estas diferencias deban tomarse como paradigmáticas de la humanidad; así “hace evidente que la aspiración debe ser la igualdad de los sexos en el goce de los derechos humanos

⁴³² CSJN, Fallos: 330:413.

que cada cual necesite.”⁴³³ La mencionada Convención⁴³⁴, constituye un hito de singular trascendencia para la integración del concepto de derechos humanos de las mujeres, particularmente -como hemos señalado- por el aporte que efectúa en cuanto a la definición ya mencionada. Nuestro país la ratificó en 1985 y le otorgó jerarquía constitucional en 1994.

El reconocimiento de los derechos humanos de las mujeres, “ha tenido un recorrido histórico significativo que logró los mayores avances en la II Conferencia Mundial de Derechos Humanos”⁴³⁵. Esta cumbre de Derechos Humanos, realizada en 1993, aprobó la Declaración y Programa de Acción de Viena, que afirma: “Todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes...”, expresando asimismo:

“Los derechos humanos de la mujer y de la niña son parte inalienable, integrante e indivisible de los derechos humanos universales. La plena participación, en condiciones de igualdad, de la mujer en la vida política, civil, económica, social y cultural en los planos nacional, regional e internacional y la erradicación de todas las formas de discriminación basadas en el sexo son objetivos prioritarios de la comunidad internacional”⁴³⁶.

De este modo, las últimas décadas han atestiguado avances muy importantes en lo que se refiere al reconocimiento formal de los derechos de las mujeres en Argentina. En particular a partir de la recuperación democrática, los reclamos de las mujeres se han ido plasmando paulatinamente en importantes reformas constitucionales y legislativas. Entre otros aspectos este proceso significó la modernización del derecho de familia a partir de una concepción igualitaria en términos de género. Una profundización de los

⁴³³ Facio, Alda, *Cuando el género suena cambios trae*, ILANUD, Costa Rica, 1996, pág 15.

⁴³⁴ Aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1979 y entró en vigor en 1981.

⁴³⁵ Acosta Vargas, Gladys, *Los Derechos Humanos de las Mujeres en las Conferencias Mundiales de las Naciones Unidas en Diversidad en Beijing*, IIDH, Costa Rica, 1996, pág.93.

⁴³⁶ Apartados 5 y 18 de la Declaración y Programa de Acción de Viena, Naciones Unidas, DPI/1394/Rev.1/HR-95-93244, 1995.

derechos políticos de las mujeres con la incorporación de una política de acción afirmativa, como la ley de cupo femenino e importantes avances en cuanto a la legislación laboral. Los avances también implicaron la sanción con rango constitucional de los tratados internacionales de derechos humanos, entre los que se destaca la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, y la Convención de Belem do Pará en contra de la violencia de género. Por su parte, el reconocimiento del derecho de acceder a la justicia para la resolución de conflictos jurídicos, la creación de mecanismos de acceso rápido a la jurisdicción ante casos de violación de derechos constitucionales y la apertura de la jurisdicción supranacional una vez agotada la vía interna, completan el anterior panorama de reconocimiento de derechos con las herramientas para promover la posibilidad de ejercicio jurídico de estos derechos reconocidos. Por su parte, la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias hizo hincapié en la necesidad de contar con mecanismos internos de acceso a la justicia, y de asegurar el acceso de las mujeres a las instancias internacionales de protección de los derechos humanos⁴³⁷.

En este sentido, las Reglas de Brasilia vienen a confirmar esta tendencia en cuanto a un mayor reconocimiento de las garantías de la mujer en lo que hace al acceso a la justicia. El artículo 2 c) de la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW), dispone que “los Estados Partes condenan la discriminación contra la mujer en todas sus formas, convienen en seguir, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer y, con tal objeto, se comprometen a: ...c) Establecer la protección jurídica de los derechos de la mujer sobre una base de igualdad con los del

⁴³⁷ Ertürk, Y, *Integración de los derechos humanos de la mujer y la perspectiva de género: La violencia contra la mujer*. Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, E/CN.4/2004/66, 26 de diciembre de 2003, pág. 13.

hombre y garantizar, por conducto de los tribunales nacionales competentes y de otras instituciones públicas, la protección efectiva de la mujer contra todo acto de discriminación”.

En paralelo, en el informe “Acceso a la Justicia para de las mujeres víctimas de violencia en las Américas”, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos identifica el derecho a acceder a una tutela cautelar efectiva como una dimensión particular del derecho a la protección judicial, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos; al tiempo que, menciona diversos elementos de la clase de recursos que los Estados deben proveer en casos de violencia contra las mujeres. Expresamente, la Comisión remarca: Una dimensión particular del derecho a la protección judicial, consiste en el derecho a acceder a una tutela cautelar efectiva. El artículo 8 inciso d) de la Convención de Belém do Pará indica algunos componentes del tipo de recursos cautelares que los Estados tienen el deber de proporcionar en casos de violencia contra las mujeres, tales como servicios especializados apropiados para la atención, refugios, servicios de orientación para toda la familia, servicios de custodia y cuidado de los menores afectados. Ello, además de recursos judiciales de índole cautelar para conminar al agresor a cesar en sus acciones y proteger la integridad física, la libertad, la vida y la propiedad de las mujeres agredidas⁴³⁸.

⁴³⁸ El caso “Personas privadas de libertad en la cárcel de Urso Branco, Rondônia”, constituye un buen ejemplo de una situación estructural que requiere remedios de naturaleza colectiva. El caso tiene por eje la grave situación de violencia, insalubridad e inseguridad que atraviesan las personas privadas de libertad en la llamada Cárcel de “Urso Branco”, en Brasil. En cuanto aquí resulta particularmente relevante, en su informe de admisibilidad, la CIDH, en virtud del principio *iura novit curiae*, decidió admitir la petición “con respecto al eventual incumplimiento de la obligación derivada del artículo 2 de la Convención Americana, toda vez que (...) en el marco del análisis de los recursos internos, se decidió admitirlo por considerar la posibilidad de que la legislación brasileña pudiera no ofrecer un efectivo proceso legal, para adecuar las cárceles de dicho Estado a niveles dignos...”, CIDH, Informe N° 81/06, Petición 394-02, Admisibilidad, *Personas privadas de libertad en la cárcel de Urso Branco, Rondônia*, Brasil, 21 de octubre de 2006.

Las Reglas de Brasilia también se refieren a esta cuestión, declarando con carácter general en su Regla (17) que “la discriminación que la mujer sufre en determinados ámbitos supone un obstáculo para el acceso a la justicia, que se ve agravado en aquellos casos en los que concurra alguna otra causa de vulnerabilidad”. Y añade el párrafo 1º de la Regla (20) que “se impulsarán las medidas necesarias para eliminar la discriminación contra la mujer en el acceso al sistema de justicia para la tutela de sus derechos e intereses legítimos, logrando la igualdad efectiva de condiciones”. Con fundamento en la definición que se encuentra en el artículo 1 de la Convención de la ONU sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW), la Regla (18) entiende por discriminación contra la mujer “toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera”.

La gravedad y extensión del problema de la violencia contra la mujer justifica que las Reglas de Brasilia le dediquen una atención específica. Como afirma el Informe del Secretario General de la ONU sobre “Estudio a fondo sobre todas las formas de violencia contra la mujer” de 6 de julio de 2006 (A/61/122/Add.1), “la violencia contra la mujer es un problema generalizado y grave que afecta a las vidas de innumerables mujeres y constituye un obstáculo para el logro de la igualdad, el desarrollo y la paz en todos los continentes. Pone en peligro la vida de las mujeres y les impide alcanzar el pleno desarrollo de sus capacidades. Obsta al ejercicio de sus derechos como ciudadanas; causa daños a las familias y las comunidades y refuerza otras formas de violencia en todas las sociedades, frecuentemente con consecuencias letales”. Y añade

posteriormente que “la forma más común de violencia experimentada por las mujeres en todo el mundo es la violencia dentro de la pareja”.

La Regla (19) considera violencia contra la mujer cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado, mediante el empleo de violencia física o psíquica. De conformidad con el artículo 2 de la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (Belém do Pará, Brasil, el 9 de junio de 1994) “se entenderá que violencia contra la mujer incluye la violencia física, sexual y psicológica: a) que tenga lugar dentro de la familia o unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal, ya sea que el agresor comparta o haya compartido el mismo domicilio que la mujer, y que comprende, entre otros, violación, maltrato y abuso sexual; b) que tenga lugar en la comunidad y sea perpetrada por cualquier persona y que comprende, entre otros, violación, abuso sexual, tortura, trata de personas, prostitución forzada, secuestro y acoso sexual en el lugar de trabajo, así como en instituciones educativas, establecimientos de salud o cualquier otro lugar, y c) que sea perpetrada o tolerada por el Estado o sus agentes, dondequiera que ocurra”.

Se trata de una violencia sufrida por las mujeres como consecuencia de razones y elementos de tipo sociocultural que despliegan efectos sobre el género femenino y sobre el género masculino, determinando una situación desigualdad entre hombres y mujeres en los diferentes ámbitos de la vida social. Desde esta perspectiva, “la agresión a una mujer es una violencia estructural fundada en normas y valores sociales que encuentra su fundamento en las relaciones desiguales y jerarquizadas entre los sexos”; “la realidad aparece, así, polarizada y jerarquizada en torno a patrones de dominación masculina que

reproducen la discriminación tanto en el ámbito institucional e ideológico como en el psicológico” .

La Resolución de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU 2001/49 define la violencia contra la mujer como “todo acto 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 la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la vida privada, e incluida la violencia doméstica, los delitos cometidos por cuestiones de honor, los crímenes pasionales, las prácticas tradicionales nocivas para la mujer, incluida la mutilación genital femenina y el matrimonio forzado”. Y añade que la violencia contra la mujer constituye una violación de los derechos y libertades fundamentales de la mujer, y menoscaba o anula su disfrute de estos derechos y libertades.

Según el documento elaborado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos titulado “Acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia en las Américas , “el precedente jurídico del sistema interamericano afirma que un acceso de jure y de facto a garantías y protecciones judiciales, es indispensable para la erradicación del problema de la violencia contra las mujeres, y por lo tanto, para que los Estados cumplan de manera efectiva con las obligaciones internacionales que han contraído libremente de actuar con la debida diligencia frente a este grave problema de derechos humanos. Sin embargo, la labor de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y de la Relatoría sobre los Derechos de las Mujeres (en adelante la "Relatoría" o "Relatoría sobre derechos de las mujeres") revela que las mujeres víctimas de violencia frecuentemente no obtienen un acceso a recursos judiciales idóneos y efectivos al

denunciar los hechos sufridos, permaneciendo la gran mayoría de estos incidentes en impunidad, y por consiguiente quedando sus derechos desprotegidos. La CIDH observa que la gran mayoría de los casos de violencia contra las mujeres se encuentran marcados por la impunidad, lo cual alimenta la perpetuidad de esta grave violación a los derechos humanos”.

Por todo ello, las Reglas se refieren en varias ocasiones a la violencia contra la mujer y las víctimas de violencia doméstica o intrafamiliar:

- El segundo párrafo de la Regla (20) establece que “se prestará una especial atención en los supuestos de violencia contra la mujer, estableciendo mecanismos eficaces destinados a la protección de sus bienes jurídicos, al acceso a los procesos judiciales y a su tramitación ágil y oportuna”.
- La Regla (11) destaca, entre las víctimas en condición de vulnerabilidad, a las víctimas de violencia doméstica o intrafamiliar.
- Posteriormente el párrafo tercero de la Regla (12), al referirse a la protección de la integridad física y psicológica de las víctimas, dispone que “se prestará una especial atención en los casos de violencia intrafamiliar, así como en los momentos en que sea puesta en libertad la persona a la que se le atribuye la comisión del delito”
- En el apartado referido a la información, la Regla (57) establece que “cuando exista riesgo para los bienes jurídicos de la víctima, se procurará informarle de todas las decisiones judiciales que puedan afectar a su seguridad y, en todo caso, de aquéllas que se refieran a la puesta en libertad de la persona inculpada o condenada, especialmente en los supuestos de violencia intrafamiliar.” Finalmente, debe tenerse en cuenta también al Regla (67) referida a la evitación en lo posible la coincidencia en dependencias

judiciales de la víctima con el inculpado del delito; así como la confrontación de ambos durante la celebración de actos judiciales, procurando la protección visual de la víctima.

Como he señalado precedentemente, la tutela de los derechos de las mujeres recibe especial atención, lo cual ha sido demostrado mediante la creación de la Oficina de la Mujer en el marco de la Corte Suprema⁴³⁹, con el objetivo de: a) Representar a la Corte Suprema de Justicia de la Nación frente a los restantes poderes del Estado para coordinar la aplicación de las leyes tuitivas pertinentes; b) Representar a la Corte Suprema frente a otras estructuras que con igual objeto al de la Oficina de la Mujer funcionen en las Cortes Supremas y Superiores Tribunales de otros países, a los efectos de intercambiar información sobre las experiencias llevadas a cabo y medidas adoptadas para lograr la equidad de género en el ámbito del Poder Judicial, con miras a contribuir al mejoramiento del sistema local; c) Mantener vinculaciones con organismos internacionales dedicados a la temática de género; d) Elaborar los informes periódicos que correspondan para el cumplimiento de los compromisos nacionales e internacionales; e) Proponer a las y los ministros convenios de capacitación, de investigación y de asistencia técnica, en su caso, con los restantes poderes del Estado, con los organismos internacionales a que refiere la ley 26.485⁴⁴⁰ y con otras instituciones académicas, asociaciones u organizaciones vinculadas a la capacitación del Poder Judicial; f) Realizar informes que den cuenta de las necesidades y deficiencias de los organismos judiciales para cumplir adecuadamente con los compromisos nacionales e internacionales sobre la materia, tanto en lo concerniente a su actividad jurisdiccional como en el ámbito de las relaciones interpersonales que su ejercicio involucra; g) Impulsar en forma continua y gradual la aplicación de las políticas de género que

⁴³⁹ Acordada CSJN, 13/2009.

⁴⁴⁰ Ley de Protección Integral a las Mujeres (Boletín Oficial 14 de abril de 2009).

resulten necesarias para la incorporación de esta perspectiva en la prestación del servicio de justicia, así como en el ámbito de las relaciones laborales; h) Fijar los objetivos de cada una de las unidades de la Oficina de la Mujer, adecuándolos según las necesidades que surjan de los informes y evaluaciones que elabore la Unidad de Gestión; i) Disponer la publicación y actualización de la información relevante sobre las actividades y documentos elaborados por la Oficina de la Mujer en la sección pertinente del portal de la CSJN; j) Informar al Tribunal sobre la evolución en el cumplimiento de los objetivos asignados; k) Llevar adelante cualquier otra actividad que encomendada por el Tribunal relacionada con la temática de género.

La incorporación de una perspectiva de género en todas las políticas y programas destinados a ampliar el disfrute de los derechos humanos resulta imprescindible para lograr su efectiva vigencia para todos los seres humanos. Debemos reconocer que la legislación en la materia muestra un notorio avance, pero en los hechos nos encontramos aún con aplicaciones discrecionales y prácticas que continúan poniendo trabas a la genuina participación de las mujeres. Es en este sentido que la sociedad actual tiene un serio desafío, pues los principios que sustentan los derechos humanos y que se han visto fortalecidos en nuestro país por su jerarquización constitucional, deben ser concretados en el accionar permanente de los hombres y las mujeres, y es en esta línea de acción en la que las Reglas de Brasilia vienen a brindar su aporte.

Por último, se presenta dentro de esta temática, la problemática de las mujeres con discapacidad es decir que, en los términos de las Reglas de Brasilia, se enfrentaría a dos factores de vulnerabilidad. En este sentido, las mujeres con discapacidad enfrentan diversas dificultades de índole arquitectónica, comunicacionales o actitudinales, que en

muchas ocasiones se traducen en la vulneración del derecho al acceso a la justicia.

Dichas dificultades o barreras emergen⁴⁴¹ cuando:

a) Las mujeres con discapacidad buscan información o quieren aprender cómo funciona el sistema de justicia. La información sobre derechos humanos, el sistema legal, y la manera en que se pueden reivindicar dichos derechos raramente se encuentran diseñadas con perspectiva de género, ni se encuentran disponibles en formato accesible para mujeres con discapacidad.

b) Las organizaciones de personas con discapacidad defienden los derechos relativos a la discapacidad. El lema “nada sobre nosotros y nosotras sin nosotros y nosotras”, que se encuentra reflejado expresamente en la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, no logra plasmarse en los procedimientos, políticas y leyes relativas al acceso a la justicia en lo que se refiere a las mujeres con discapacidad. Ello como consecuencia de la falta de medidas que garanticen la participación del colectivo en estos procesos, como así también la falta de enfoque de género en aquellos pocos casos en que las asociaciones acceden a dicha participación.

c) Enfrentan barreras como justiciables de manera individual. Disponibilidad, asequibilidad y adaptabilidad son los tres principales desafíos para la obtención de asistencia legal que deben enfrentar las personas en situación de vulnerabilidad. Una cuarta barrera en este caso es la falta de conocimiento por parte de los y las profesionales del derecho respecto del modo de trabajar con clientes con discapacidad, y la falta de conocimiento respecto de las cuestiones legales que enfrentan las mujeres con discapacidad (generalmente en las facultades de derecho no se tiene presente de manera transversal las cuestiones de género, ni se capacita a los y las estudiantes respecto del Derecho de la Discapacidad ni tampoco sobre el modo de tratar a clientes con

⁴⁴¹ Ortoleva, S., *Inaccessible justice: Human Rights, Persons with disabilities and the legal system*, en *ILSA Journal of International & Comparative Law*, Londres, Vol. 17:2, 2008.

discapacidad). Sumado a ello, el componente de la pobreza, que es bastante común a mujeres con discapacidad, impide el acceso a la justicia porque no pueden afrontar los gastos que ello implica. De este modo, el acceso a la justicia desaparece si no hay acceso a una asistencia legal gratuita.

d) Actúan en calidad de abogadas. Si bien es cierto que no se cuenta con muchas abogadas con discapacidad debido a la exclusión histórica que ha sufrido este colectivo en el ámbito educativo y mucho más el universitario (falta de accesibilidad, de ajustes razonables en razón de género y de discapacidad, entre otras circunstancias); este camino de discriminación y exclusión se mantiene a la hora del ejercicio de la profesión.

e) Son excluidas de la posibilidad de actuar como jurados. La responsabilidad de actuar como jurado es un derecho fundamental en la mayoría de los países. Cuando a una persona con discapacidad se le deniega dicho derecho se le está denegando la oportunidad de servir a su comunidad. En este ámbito existen barreras de todo tipo (comunicacionales, arquitectónicas, actitudinales, etc).

f) No pueden acceder a los edificios en los que se imparte justicia por la falta de accesibilidad física, lo que representa a los mismos un problema mayúsculo, que además simboliza algo muy grave.

g) Se encuentran privadas de libertad. Ni las cárceles ni el resto del sistema penitenciario se encuentra accesible ni se adoptan los ajustes razonables que requiere la condición de género y de discapacidad, a fin de garantizar que las mujeres con discapacidad no sean discriminadas dentro del sistema penal⁴⁴²

⁴⁴² ONU, *Handbook for prison managers and policymakers on women and imprisonment*, Criminal Justice Handbook Series 2008; y ONU, *Handbook on Prisoners with Special Needs*, Criminal Justice Handbook Series, 2009. Ver textos en: [http:// www.unodc.org/unodc/en/justice-and-prison-reform/index.html?ref=menuaside](http://www.unodc.org/unodc/en/justice-and-prison-reform/index.html?ref=menuaside)

h) Son víctimas de un crimen. Los pocos datos con los que se cuenta no dejan duda de que las mujeres no sólo se encuentran en una situación de mayor vulnerabilidad como víctimas de crímenes, sino que una vez que ello sucede el sistema policial y de justicia está lejos de remediar dicha situación⁴⁴³. Inaccessibilidad, falta de capacitación para tratar a mujeres víctimas con discapacidad, falta de perspectiva de género, falta de disponibilidad de intérprete de lengua de señas, de medios alternativos de comunicación y un largo etcétera, demuestran una situación de clara discriminación y de doble victimización manifiesta.

i) Son víctimas de violencia de género o de abusos. Las mujeres con discapacidad tienen mayor predisposición a sufrir violencia de género y abusos, y mayores dificultades para acceder a la información y para denunciar dichas situaciones⁴⁴⁴. Esa dificultad o imposibilidad no se debe sólo a barreras arquitectónicas y/o comunicacionales, sino también a razones psicológicas, porque en muchas ocasiones la persona que maltrata es quien ejerce el papel de cuidadora y/o asistente. El sistema de recepción de este tipo de denuncias debe encontrarse preparado para incluir esta especificidad, y las herramientas que brinde deben incluir la perspectiva de discapacidad. Esto incluye, entre muchas otras cuestiones, que las casas de acogida de víctimas de este tipo de violencia sean accesibles tanto desde el aspecto arquitectónico como desde el comunicacional y el actitudinal referido a la capacitación de personal.

j) Las sentencias judiciales que no tienen en cuenta la perspectiva de género, ni el modelo social de discapacidad e ignoran el contenido de los derechos reconocidos en las Convenciones sobre personas con discapacidad y de los Derechos de la Mujer. En este caso, las disposiciones que expresan dichas sentencias son barreras actitudinales muy

⁴⁴³ Harrell, E., *Crime against people with disabilities*, U.S. Department of Justice, Bureau of Justice, Stat, 2007, ver texto en: <http://bjs.ojp.usdoj.gov/content/pub/pdf/capd07.pdf>

⁴⁴⁴ Cfr. Revirego Picón y Fernandez, S. P., *Violencia de Género y Discapacidad*, Disponible en: <http://www.articulo12.org.ar/documentos/trabajos/comision%20IV/4-reviriego.pdf>, Enero 2012.

fuertes, que terminan dejando obsoleto lo previamente adquirido momento del compromiso de otras instancias estatales en el marco del derecho internacional de los derechos humanos. En este sentido, es importante destacar que las obligaciones asumidas a través de un Tratado internacional de derechos humanos son autoejecutables y si no pueden ser aplicadas de manera instantánea, los Estados deben adoptar las medidas legales o de otro carácter —y entre esas medidas de otro carácter están las sentencias judiciales— que permitan trasladar a la realidad dichos compromisos⁴⁴⁵.

V.3.1.8. En razón de la pertenencia a minorías

Una minoría es un grupo étnico, religioso o lingüístico, menos numeroso que el resto de la población, cuyos miembros comparten una identidad común⁴⁴⁶. Las minorías son generalmente no dominantes en comparación con las mayorías en las esferas económicas y políticas de sus países. Los miembros de las minorías también comparten características étnicas, religiosas, lingüísticas o culturales que los diferencian de las mayorías, y por lo general buscan mantener estas identidades distintivas. Al mismo tiempo, las características que definen a las minorías pueden variar de un contexto a otro, por ejemplo, en cuanto a si la identidad de un grupo minoritario es principalmente étnica, religiosa o ambas.

⁴⁴⁵ Cea Egaña, J., *Los tratados de derechos humanos y la constitución política de la República*, Universidad de Talca, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Talca, Ius et Praxis, 1997, pp. 81/92

⁴⁴⁶ Véase el artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP). Debe tenerse en consideración que el uso popular del término “minoría” también puede ser utilizado para identificar a los grupos definidos por otras características tales como la orientación sexual, identidad de género, etc. Estos son el tema de otras notas de esta serie de guías.

Las minorías pueden estar en riesgo de perder aspectos importantes de su identidad cultural si son divididas. Las culturas de algunas minorías pueden desaparecer como consecuencia del desplazamiento si no se mantienen las características que las definen. Esto es especialmente cierto si los grupos son pequeños desde el comienzo y están distanciados de los portadores principales de sus culturas, tales como líderes religiosos, maestros y otros modelos de conducta. La ausencia de equipos o sitios rituales también puede dificultar la realización de costumbres tradicionales para los refugiados y las minorías. Estas pueden ser particularmente importantes para personas que están tratando de procesar eventos perturbadores o adaptarse a nuevos entornos. La situación de los refugiados y las minorías puede mejorar si se facilita y estimula el aprendizaje y el intercambio de cultura entre las comunidades (la comunidad local, la mayoría de los refugiados, y grupos minoritarios). Aprender sobre otras culturas ayuda a fomentar el respeto y la comprensión. Así, facilitar la creación de proyectos de enseñanza en su propio idioma por parte de las comunidades de refugiados minoritarias. A su vez, los niños pertenecientes a las minorías (doblemente vulnerables) requieren capacitación en los idiomas de las comunidades oficiales de acogida para adquirir conocimiento sobre las comunidades mayoritarias y acceso a servicios y oportunidades.

La “Declaración sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas”⁴⁴⁷, instrumento internacional que recoge los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas y establece el deber de los Estados de proteger la existencia y la identidad nacional o étnica, cultural, religiosa y lingüística de las minorías y de fomentar las condiciones para la promoción de esa identidad. considera que “la promoción y

⁴⁴⁷ Aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 47/135 del 18 de diciembre de 1992

protección de los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas contribuyen a la estabilidad política y social de los Estados en que viven”. Y en su artículo 4.1 dispone que “los Estados adoptarán las medidas necesarias para garantizar que las personas pertenecientes a minorías puedan ejercer plena y eficazmente todos sus derechos humanos y libertades fundamentales sin discriminación alguna y en plena igualdad ante la ley.

Las minorías y los grupos indígenas a menudo son objeto de discriminación y exclusión social. Para proteger sus derechos existen tres principios que están consagrados en el derecho internacional: a) La protección de la identidad; b) La no discriminación; y c) La participación efectiva. Estos principios también se deben garantizar en situaciones de desplazamiento forzado, cuando las minorías y los refugiados pueden ser al mismo tiempo aislados de forma socio-económica y física. Lograr un alto nivel de protección sólo es posible si se adopta un enfoque inclusivo y participativo, pues la inclusión de los miembros de las minorías en la formulación de políticas y los procesos de consulta es clave para el desarrollo e implementación de soluciones adecuadas a los problemas que enfrentan, ya que la consulta y participación en todas las fases de crisis y situaciones prolongadas es esencial.

Al mismo tiempo, los integrantes de las minorías deben tener acceso a la información necesaria para que su participación sea significativa. La información y las instrucciones relativas a los servicios básicos también deben ser presentadas de manera adecuada y en los idiomas pertinentes.

Sentado lo precedentemente expuesto, y entendiendo que la posibilidad real de acceder al sistema de justicia y obtener de éste una prestación jurisdiccional efectiva deviene esencial a los fines del respeto por los derechos de quienes forman parte de una minoría,

las Reglas de Brasilia establecen como pauta de identificación dentro de una situación de vulnerabilidad la pertenencia de una persona a una minoría nacional o étnica, religiosa y lingüística, y consagra la obligatoriedad del respeto de la dignidad de la persona perteneciente a uno de esos grupos al entablar un contacto directo con el sistema de justicia (Regla 21).

V.3.1.9. En razón de la privación de libertad

Cuando conjurar el delito pasa a ser necesariamente responsabilidad del Estado, y la privación de la libertad es “la reina” de las penas, la cárcel como instrumento donde se cumple la pena pasa a ser el centro de la construcción de un sistema institucional cuyo fracaso se plasma en una de las más crueles y deshumanizadas realidades, causa de las más variadas formas de violación de la dignidad de las personas. Frente a ello, existe una anacrónica concepción que considera a las personas encarceladas como meros presos, y a la privación de la libertad como un castigo que debe entrañar sufrimientos adicionales. Por el contrario, hay quienes sostienen que la prisión es un castigo lo suficientemente severo en sí mismo y que las personas encarceladas siguen siendo parte de la sociedad y conservan la mayoría de sus derechos específicos no obstante su condición de presas. Esta última opinión se está afianzando gracias a la influencia, en la reglamentación nacional, de normas internacionales sobre los derechos de detenidos, y también gracias a los procesos de democratización.

En la Argentina hay más de 60.000 presos⁴⁴⁸. La mayoría de ellos no han sido sentenciados y muchos tienen poco o nulo acceso a la asistencia legal adecuada. Algunos están presos por haber cometido actos de crueldad, y otros hasta pagan con su libertad los errores judiciales. La composición de la población carcelaria refleja una cierta diversidad social, pero un examen detenido revelará –y ello no es resultado del azar– que la integran una mayoría de desamparados, sin recursos y sin instrucción: una masa de excluidos que el resto de la sociedad considera repudiables. Este es uno de los motivos por los que la aplicación práctica de los derechos de los detenidos tropieza todavía con tantos obstáculos. Las violaciones de los derechos humanos en prisión incluyen hacinamiento, serias deficiencias sanitarias, escasez de alimentos y medicamentos, propagación de enfermedades contagiosas y muerte bajo custodia, una alta prevalencia de violencia, corrupción e impunidad y, fundamentalmente, una imposibilidad concreta de hacer llegar sus reclamos ante el sistema de justicia.

Según el principio 1 del “Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión”⁴⁴⁹, “toda persona sometida a cualquier forma de detención o prisión será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano”. En este sentido, el Proyecto de “Principios y buenas prácticas sobre la protección de las personas privadas de libertad en las Américas”, de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, reconoce el derecho fundamental que tienen todas las personas privadas de libertad a ser tratadas humanamente, y a que se respete y garantice su dignidad, su vida y su integridad física, psicológica y moral; y destaca la importancia que tiene el debido proceso legal y sus

⁴⁴⁸ Mugnolo, F, *Discriminación hacia los privados de libertad*, en *Voces y Silencios de la discriminación. Acceso a la justicia*, Ed. Aecid, Buenos Aires, pág. 122.

⁴⁴⁹ Adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas en su Resolución 43/173 de 9 de diciembre de 1988

principios y garantías fundamentales en la efectiva protección de los derechos de las personas privadas de libertad, dada su particular situación de vulnerabilidad.

Los derechos de las personas privadas de su libertad consagrados en el art. 18 de la norma constitucional argentina, han recibido especial tutela en la jurisprudencia de la Corte Suprema, abarcando tanto a personas condenadas como procesadas⁴⁵⁰.

La Regla (22) recuerda que la privación de la libertad, ordenada por autoridad pública competente, puede suponer un obstáculo de acceso a la justicia en relación con los derechos que no estén limitados o restringidos por la resolución de la autoridad pública competente. De esta manera, la citada Regla señala que dicha circunstancia 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. Aunado a ello, la Regla (23) enuncia que “a efectos de estas Reglas, se considera privación de libertad la que ha sido ordenada por autoridad pública, ya sea por motivo de la investigación de un delito, por el cumplimiento de una condena penal, por enfermedad mental o por cualquier otro motivo”. Para terminar, las Reglas recuerdan la especial situación de quienes, estando privados de libertad, sufren otra causa de vulnerabilidad (último inciso de la Regla 22).

V.3.2. Destinatarios de las Reglas

Las Reglas se refieren a dos grupos de destinatarios. En primer lugar, los responsables del sistema judicial, para que promuevan el desarrollo de políticas públicas que garanticen el acceso a la justicia de los beneficiarios. En segundo lugar, todos los

⁴⁵⁰ CSJN, “Verbitsky”, fallo cit.

servidores y operadores del sistema de justicia, para que apliquen las medidas que se adopten y otorguen a las personas vulnerables un trato adecuado a sus circunstancias singulares. Por ello, y de conformidad con la Regla (24), serán destinatarios del contenido de las presentes Reglas: a) Los responsables del diseño, implementación y evaluación de políticas públicas dentro del sistema judicial; b) Los Jueces, Fiscales, Defensores Públicos, Procuradores y demás servidores que laboren en el sistema de Administración de Justicia; c) Los Abogados y otros profesionales del Derecho, así como los Colegios y Agrupaciones de Abogados; d) Las personas que desempeñan sus funciones en las instituciones de Ombudsman; e) Policías y servicios penitenciarios; f) y, con carácter general, todos los operadores del sistema judicial y quienes intervienen de una u otra forma en su funcionamiento.

V.3.3. Aproximar el servicio de justicia al ciudadano como objetivo de las Reglas

V.3.3.1. Medidas procesales propuestas para mejorar el acceso de los justiciables al sistema de justicia

Dentro de esta categoría se incluyen aquellas actuaciones que afectan a la regulación del procedimiento, tanto en lo relativo a su tramitación, como en relación con los requisitos exigidos para la práctica de los actos procesales. De conformidad con el primer inciso de la Regla (34), se propiciarán medidas para la simplificación y divulgación de los requisitos exigidos por el ordenamiento para la práctica de determinados actos, a fin de favorecer el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, todo ello

sin perjuicio de la participación de otras instancias que puedan coadyuvar en el ejercicio de acciones en defensa de los derechos de estas personas (último inciso de la Regla 34).

La Regla (35) establece que se promoverá la oralidad para mejorar las condiciones de celebración de las actuaciones judiciales contempladas en el Capítulo III de las presentes Reglas, y favorecer una mayor agilidad en la tramitación del proceso, disminuyendo los efectos del retraso de la resolución judicial sobre la situación de las personas en condición de vulnerabilidad. Del mismo modo, se promoverá la elaboración de formularios de fácil manejo para el ejercicio de determinadas acciones, estableciendo las condiciones para que los mismos sean accesibles y gratuitos para las personas usuarias, especialmente en aquellos supuestos en los que no sea preceptiva la asistencia letrada (Regla 36).

En determinadas circunstancias, la situación de vulnerabilidad puede hacer aconsejable la práctica anticipada de la prueba en la que participe la persona vulnerable, como puede ocurrir en los casos de discapacidad, en los supuestos de declaraciones de menores de edad o en las comparecencias de las víctimas especialmente vulnerables. De esta manera, se puede conseguir evitar la reiteración de declaraciones, reduciendo las consecuencias perjudiciales para las personas vulnerables⁷⁴; y también se puede conseguir frecuentemente la práctica de la prueba antes del empeoramiento de la discapacidad o de la enfermedad.

Por ello, sería conveniente que la legislación permitiera la práctica anticipada en estos supuestos, regulando la forma de su realización; y, si resulta admitida en Derecho, resultaría también conveniente que los poderes públicos establezcan las condiciones para promover su utilización por los operadores jurídicos responsables. De esta manera, el primer inciso de la Regla (37) establece que “se recomienda la adaptación de los

procedimientos para permitir la práctica anticipada de la prueba en la que participe la persona en condición de vulnerabilidad, para evitar la reiteración de declaraciones, e incluso la práctica de la prueba antes del agravamiento de la discapacidad o de la enfermedad”. Con el fin de evitar un incremento del daño para determinadas personas vulnerables, la Regla (37) finaliza recordando que puede resultar necesaria la grabación en soporte audiovisual del acto procesal en el que participe la persona vulnerable, de tal manera que pueda reproducirse en las sucesivas instancias judiciales.

Como quiera que la propia forma de organización del sistema de justicia puede facilitar el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, las Reglas incluyen en este apartado las políticas y medidas que, a tal efecto, afectan a la organización y modelos de gestión de los órganos del sistema judicial. Y recuerdan las propias Reglas que estas políticas y medidas podrán resultar de aplicación tanto a jueces profesionales como a jueces no profesionales.

Según la Regla (38), se adoptarán las medidas necesarias para evitar retrasos en la tramitación de las causas, garantizando la pronta resolución judicial, así como una ejecución rápida de lo resuelto. En definitiva, se trata de la aplicación del principio de agilidad o celeridad en todas las fases del procedimiento, así como en la propia ejecución. La eficacia exige rapidez en la respuesta pues, como expresa el aforismo mencionado en algún momento de este trabajo, *"justice delayed is justice denied"*. Asimismo dispone dicha Regla que, cuando las circunstancias de la situación de vulnerabilidad lo aconsejen, se otorgará prioridad en la atención, resolución y ejecución del caso por parte de los órganos del sistema de justicia.

La coordinación tiene como finalidad la coherencia o compatibilidad de las actuaciones de los diferentes órganos u organizaciones que despliegan su actividad en una misma

materia, gestionando las interdependencias entre dichas actuaciones. En el ámbito administrativo, se configura como un principio organizativo que persigue la coherencia en la actuación de las Administraciones Públicas. Como consecuencia de la complejidad inherente al gobierno del Poder Judicial, la coordinación constituye un principio o idea básica que debe inspirar toda actuación en esta materia. Supone la organización de instrumentos destinados a concertar medios y esfuerzos para alcanzar un fin común, esto es, la mejora de alguno de los aspectos del funcionamiento del sistema judicial, como el acceso a la justicia.

Consciente de esta importancia, la Regla (39) afirma que se establecerán mecanismos de coordinación destinados a gestionar las interdependencias de las actuaciones de los diferentes órganos y entidades, tanto públicas como privadas, que forman parte o participan en el sistema de justicia. Y la propia Regla (39) se refiere a varios tipos de mecanismos y técnicas de coordinación⁴⁵¹: a) Intrainstitucionales e interinstitucionales, en las que la coordinación puede tener lugar dentro de la misma organización (intrainstitucional) o entre distintas instituciones y organismos (interinstitucional). La primera resulta, en principio, conceptualmente más sencilla por cuanto un ente superior hará uso de su posición de supremacía para lograr la coherencia de la actuación de los órganos inferiores. Sin embargo, mucho más difícil resulta aquella coordinación interinstitucional cuya eficacia depende directamente de la voluntad de colaboración de las distintas instituciones y organismos. b) Orgánicos y funcionales. Unas técnicas son de naturaleza orgánica, consistiendo en la creación de órganos específicos destinados a facilitar la coordinación de las actuaciones, normalmente con la participación de representantes de las distintas instituciones y organismos implicados. Otras técnicas

⁴⁵¹ Santamaría Pastor, J, *Fundamentos de Derecho Administrativo*, Volumen II, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A., Madrid, 1988, págs. 937 y ss.

tienen un carácter funcional, entre las que cabe destacar: la resolución de conflictos de atribución; las instrucciones, así como la planificación y programación de actividades; la emisión de informe en un procedimiento o expediente administrativo tramitado por otro órgano; la participación en el órgano colegiado de dirección de otra entidad del mismo ámbito de competencias; la realización de reuniones de coordinación de forma periódica; las técnicas que permitan la comunicación de los distintos elementos organizacionales; y la normalización de procesos de trabajo.

La Regla (40) reconoce la relevancia de la especialización, y se refiere a la misma desde os perspectivas: a) Subjetiva: se adoptarán medidas destinadas a la especialización de los profesionales, operadores y servidores del sistema judicial para la atención de las personas en condición de vulnerabilidad; b) Objetiva: en las materias en que se requiera, es conveniente la atribución de los asuntos a órganos especializados del sistema judicial.

La Regla (41) destaca la importancia de la actuación de equipos multidisciplinarios, conformados por profesionales de las distintas áreas, para mejorar la respuesta del sistema judicial ante la demanda de justicia de una persona en condición de vulnerabilidad.

De conformidad con la Regla (42), se promoverá la adopción de medidas de acercamiento de los servicios del sistema de justicia a aquellos grupos de población que, debido a las circunstancias propias de su situación de vulnerabilidad, se encuentran en lugares geográficamente lejanos o con especiales dificultades de comunicación. Nos encontramos con el desarrollo del sistema de justicia informal, es decir, de las formas de resolución de conflictos que se aplican fuera del aparato formal de la justicia. Las distintas organizaciones internacionales reconocen la importancia de estos medios para mejorar el acceso a la justicia, permitiendo que las partes puedan en determinadas

situaciones encontrar la resolución de su conflicto sin que concurra la decisión de un tercero que ejerce la función jurisdiccional (juez); y, de forma mediata, para mejorar el funcionamiento del propio sistema judicial, mejorando la capacidad de respuesta del sistema global. Por ello, las Reglas afirman que se impulsarán las formas alternativas de resolución de conflictos en aquellos supuestos en los que resulte apropiado, tanto antes del inicio del proceso como durante la tramitación del mismo.

Las Reglas se refieren a los medios que no impliquen la resolución del conflicto por un tribunal, destacando tres (Regla 43): la mediación, en la que las partes en conflicto se reúnen con un tercero imparcial, quien facilita la comunicación entre ellas para ayudar a encontrar una solución, sin formular una propuesta de arreglo; la conciliación, en la que el tercero imparcial facilita la comunicación de las partes del conflicto, llegando a proponer una solución; y el arbitraje, modalidad en la que el tercero imparcial, que no forma parte del sistema de justicia pública y que es nombrado o aceptado por las partes, resuelve el conflicto mediante una decisión vinculante. La mediación puede resultar de gran utilidad en muchos supuestos. Destacan sus posibilidades en el ámbito de la familia, tanto para la protección de los intereses de los hijos menores, como en determinados supuestos para la tutela de los derechos de la mujer en situaciones de crisis conyugal. También tiene posibilidades en materia penal, para aquellos delitos que sean adecuados a este tipo de medida; en el ámbito penal, se entiende por mediación todo proceso que permita a la víctima y al victimario participar activamente, con la ayuda de un tercero independiente denominado mediador, en la solución del conflicto derivado de la comisión de un delito. Asimismo se destacan las grandes posibilidades de la mediación para la solución del conflicto originado por la infracción penal cometida por un niño o adolescente.

Las Reglas de Brasilia dedican una Sección completa a estos medios alternativos de resolución de conflictos, conteniendo una serie de elementos necesarios para facilitar la participación de las personas en condición de vulnerabilidad: Información a las personas vulnerables: cualquier persona vulnerable que participe en la resolución de un conflicto mediante cualquiera de estos medios deberá ser informada, con carácter previo, sobre su contenido, forma y efectos. Dicha información se suministrará de conformidad con lo dispuesto por la Sección 1ª del Capítulo III de las presentes reglas (Regla 46): a) Toma en consideración de las circunstancias específicas de la persona vulnerable: antes de iniciar la utilización de una forma alternativa en un conflicto concreto, se tomarán en consideración las circunstancias particulares de cada una de las personas afectadas, especialmente si se encuentran en alguna de las condiciones o situaciones de vulnerabilidad contempladas en estas Reglas (primer inciso de la Regla 44); b) Forma de celebración o medidas para permitir la participación de las personas vulnerables: se promoverá la adopción de medidas específicas que permitan la participación de las personas en condición de vulnerabilidad en el mecanismo elegido de Resolución Alternativa de Conflictos, tales como la asistencia de profesionales, participación de intérpretes, o la intervención de la autoridad parental para los menores de edad cuando sea necesaria (primer párrafo del a Regla 47); c) la actividad de Resolución Alternativa de Conflictos debe llevarse a cabo en un ambiente seguro y adecuado a las circunstancias de las personas que participen (segundo párrafo del a Regla 47); d) Difusión: se deberá promover la difusión de la existencia y características de estos medios entre los grupos de población que resulten sus potenciales usuarios cuando la ley permita su utilización (Regla 45); e) Formación de las personas que intervienen como tercero imparcial: se fomentará la capacitación de los mediadores, árbitros y otras personas que intervengan en la resolución del conflicto (segundo inciso de la Regla 44).

V.3.3.2. Condiciones de realización de un acto judicial

La información proporcionada a la persona vulnerable debe responder a dos características: a) Información relevante: sobre los aspectos relevantes de su intervención en el proceso judicial; b) Información adaptada a las circunstancias determinantes de la vulnerabilidad.

De conformidad con la Regla (52), cuando la persona vulnerable participe en una actuación judicial, en cualquier condición, será informada sobre los siguientes extremos: a) La naturaleza de la actuación judicial en la que va a participar; b) Su papel dentro de dicha actuación; c) El tipo de apoyo que puede recibir en relación con la concreta actuación, así como la información de qué organismo o institución puede prestarlo.

Asimismo, la Regla (53) establece que, cuando la persona vulnerable sea parte en el proceso, o pueda llegar a serlo, tendrá derecho a recibir aquella información que resulte pertinente para la protección de sus intereses. Dicha información deberá incluir al menos: a) El tipo de apoyo o asistencia que puede recibir en el marco de las actuaciones judiciales; b) Los derechos que puede ejercitar en el seno del proceso; c) La forma y condiciones en las que puede acceder a asesoramiento jurídico o a la asistencia técnico-jurídica gratuita en los casos en los que esta posibilidad sea contemplada por el ordenamiento existente; d) El tipo de servicios u organizaciones a las que puede dirigirse para recibir apoyo. La información debe afectar de manera integral a todo el procedimiento. Por ello, la Regla (54) dispone que “se deberá prestar la información desde el inicio del proceso y durante toda su tramitación, incluso desde el primer contacto con las autoridades policiales cuando se trate de un procedimiento penal”.

La información se prestará de acuerdo con las circunstancias determinantes de la condición de vulnerabilidad, y de manera tal que se garantice que llegue a conocimiento de la persona destinataria (Regla 55). A estos efectos, la propia Regla destaca dos elementos: a) La utilidad de crear o desarrollar oficinas de información u otras entidades creadas al efecto; b) Las ventajas derivadas de la utilización de las nuevas tecnologías para posibilitar la adaptación a la concreta situación de vulnerabilidad. A estos efectos, véanse los comentarios a la Regla (95). Con la finalidad de promover la inteligibilidad de las actuaciones judiciales, el texto de las Reglas también se refiere a una serie de medidas necesarias para reducir las dificultades de comunicación que afecten a la comprensión del acto judicial en el que participe una persona en condición de vulnerabilidad, garantizando que ésta pueda comprender su alcance y significado. Se refieren a las actuaciones judiciales escritas y orales. En las actuaciones escritas, se usarán términos y estructuras gramaticales simples y comprensibles, que respondan a las necesidades particulares de las personas en condición de vulnerabilidad incluidas en estas Reglas. Se evitarán expresiones o elementos intimidatorios, sin perjuicio de las ocasiones en que resulte necesario el uso de expresiones conminatorias. Se emplearán términos y construcciones sintácticas sencillas, sin perjuicio de su rigor técnico. En las actuaciones orales, se fomentarán los mecanismos necesarios para que la persona en condición de vulnerabilidad comprenda los juicios, vistas, comparecencias y otras actuaciones judiciales orales en las que participe, teniéndose presente el contenido del apartado 3 de la Sección 3ª del Capítulo III (“Condiciones de la comparecencia”).

En esta Sección se contienen Reglas destinadas a que la comparecencia en actos judiciales de una persona en condición de vulnerabilidad se realice de manera adecuada a las circunstancias propias de dicha condición (principio de trato adecuado). Los ejes en torno a los cuales gira este principio son cinco: a) Información, destinada a eliminar

la incertidumbre que acompaña a toda persona que interviene en un acto judicial; b) Asistencia: asistencia o ayuda necesaria para afrontar adecuadamente su participación en un acto judicial; c) Dignidad: toda actuación judicial deberá realizarse con pleno respeto a la dignidad personal de las personas que intervengan⁸⁴, adaptándose de esta forma a las necesidades específicas derivadas de su condición de vulnerabilidad; d) Seguridad: protección efectiva de los bienes jurídicos de las personas en condición de vulnerabilidad que intervengan en el proceso judicial, que afecta especialmente a quienes intervienen como testigos o víctimas; e) Accesibilidad: es el grado con el que un servicio puede ser usado por todas las personas, independientemente de sus capacidades, por lo que afecta sobre todo a las personas con discapacidad. Con carácter previo al acto judicial, se procurará proporcionar a la persona en condición de vulnerabilidad información directamente relacionada con la forma de celebración y contenido de la comparecencia, ya sea sobre la descripción de la sala y de las personas que van a participar, ya sea destinada a la familiarización con los términos y conceptos legales, así como otros datos relevantes al efecto (Regla 63).

Se procurará la prestación de asistencia por personal especializado (profesionales en Psicología, Trabajo Social, intérpretes, traductores u otros que se consideren necesarios) destinada a afrontar las preocupaciones y temores ligados a la celebración de la vista judicial (Regla 64). De conformidad con la Regla (65), cuando la concreta situación de vulnerabilidad lo aconseje, la declaración y demás actos procesales se llevarán a cabo con la presencia de un profesional, cuya función será la de contribuir a garantizar los derechos de la persona en condición de vulnerabilidad. También puede resultar conveniente la presencia en el acto de una persona que se configure como referente emocional de quien se encuentra en condición de vulnerabilidad.

Resulta conveniente que la comparecencia tenga lugar en un entorno cómodo, accesible, seguro y tranquilo (Regla 66). Y la Regla (67) contiene dos elementos destinados a evitar daños a la víctima por su contacto con el sistema penal (victimización secundaria, que se analiza al abordar la Regla 12), con la finalidad de mitigar o evitar su tensión y angustia emocional: a) Se procurará evitar en lo posible la coincidencia en dependencias judiciales de la víctima con el inculpado del delito; b) Y también se procurará evitar la confrontación de ambos durante la celebración de actos judiciales, procurando la protección visual de la víctima.

La Regla (68) contiene una serie de elementos destinados a evitar los efectos negativos del retraso sobre las personas vulnerables: a) Se procurará que esperen el menor tiempo posible para la celebración del acto judicial; b) Los actos judiciales deben celebrarse puntualmente; c) Cuando esté justificado por las razones concurrentes, podrá otorgarse preferencia o prelación a la celebración del acto judicial en el que participe la persona en condición de vulnerabilidad.

Ahora bien, el primer inciso de la Regla (69) aconseja evitar comparecencias innecesarias, de tal manera que solamente deberán comparecer cuando resulte estrictamente necesario conforme a la normativa jurídica. Y su segundo inciso recuerda que se debe procurar la concentración en el mismo día de la práctica de las diversas actuaciones en las que deba participar la misma persona. La Regla (70) recomienda analizar la posibilidad de preconstituir la prueba o anticipo jurisdiccional de la prueba, cuando sea posible de conformidad con el Derecho aplicable y, en determinadas ocasiones, podrá procederse a la grabación en soporte audiovisual del acto, cuando ello pueda evitar que se repita su celebración en sucesivas instancias judiciales (Regla 71).

Como se ha afirmado anteriormente, la accesibilidad es el grado con el que un servicio puede ser usado por todas las personas, independientemente de sus capacidades, por lo que afecta sobre todo a las personas con discapacidad. La Regla (77) dispone que “se facilitará la accesibilidad de las personas con discapacidad a la celebración del acto judicial en el que deban intervenir, y se promoverá en particular la reducción de barreras arquitectónicas, facilitando tanto el acceso como la estancia en los edificios judiciales”. A estos efectos, resultan relevantes tanto las condiciones de acceso a los espacios físicos (accesibilidad física), como la utilización de las nuevas tecnologías para mejorar dichas condiciones, especialmente a través de la denominada “accesibilidad web”.

V.3.3.3. Algunas normas referidas a grupos específicos

El apartado 6 de la “Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso del poder”⁴⁵², establece que “se facilitará la adecuación de los procedimientos judiciales y administrativos a las necesidades de las víctimas:...b) permitiendo que las opiniones y preocupaciones de las víctimas sean presentadas y examinadas en etapas apropiadas de las actuaciones siempre que estén en juego sus intereses, sin perjuicio del acusado y de acuerdo con el sistema nacional de justicia penal correspondiente”. De esta manera, el último inciso de la Regla (75) establece que se recomienda adoptar medidas para “garantizar que la víctima sea oída en aquellos procesos penales en los que estén en juego sus intereses”.

⁴⁵² Adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 29 de noviembre de 1985

En los actos judiciales en los que participen menores se debe tener en cuenta su edad y desarrollo integral, y en todo caso (Regla 78): a) Se deberán celebrar en una sala adecuada; b) Se deberá facilitar la comprensión, utilizando un lenguaje sencillo; c) Se deberán evitar todos los formalismos innecesarios, tales como la toga, la distancia física con el tribunal y otros similares. En la celebración de los actos judiciales se respetará la dignidad, las costumbres y las tradiciones culturales de las personas integrantes de comunidades indígenas, conforme a la legislación interna de cada país (Regla 79).

VI. Conclusiones

En el presente trabajo de investigación doctoral he intentado demostrar que, el derecho de acceder a la justicia es un derecho fundamental inherente a la dignidad de la persona humana. Para ello, como primera medida he analizado la naturaleza jurídica del derecho, arribando a la conclusión que el individuo, por el sólo hecho de ser hombre, posee una atribución intrínseca a su dignidad de acceder a lo justo y a reclamar por ello, considerando consecuentemente, que el derecho en estudio es un derecho humano fundamental.

Con dicha premisa, he desandado y profundizado el camino transitado por el máximo exponente en el universo jurídico de la doctrina del acceso a la justicia. La obra de Mauro Cappelletti es un fiel reflejo de estas reflexiones pues, a través de los diversos estudios e investigaciones estudiados y elencados en este trabajo, el autor ha reflejado claramente no sólo el concepto e importancia del derecho fundamental de acceso a la justicia, sino que ha identificado con precisión y claridad cuáles han sido los principales obstáculos que impiden a los ciudadanos poder acceder al sistema de justicia.

De ese modo, he llegado a la conclusión que la definición del derecho de acceso a la justicia ha de ser inclusiva e indefectiblemente compleja, que incluya pero no excluya, y que si bien el derecho en sí mismo no se encuentra consagrado positivamente en la Carta Magna ni en los tratados internacionales en materia de derechos humanos, éste se desprende de una interpretación implícita de dicha normativa, encontrándose consecuentemente el derecho de acceso a la justicia tutelado en los instrumentos internacionales mencionados.

Sentado lo precedentemente expuesto, definir el derecho de acceso a la justicia no ha sido tarea fácil. Sin embargo, he llegado a la conclusión que cualquier definición que se esboce del mismo debe incluir los dos propósitos básicos del sistema de justicia por el

cual el individuo puede hacer valer sus derechos y, al mismo tiempo, resolver sus disputas bajo los auspicios generales del Estado. Así, el primer propósito radica en que el sistema de justicia debe ser igualmente accesible para todos; y el segundo, en que éste debe dar resultados individual y socialmente justos, pues una de las premisas básicas será que la justicia social, como la buscan las sociedades modernas, presuponga que todos tengan un acceso efectivo a la justicia.

Habiendo definido lo que considero es el derecho de acceso a la justicia, con posterioridad hemos analizado el tratamiento que se le ha conferido en el ordenamiento normativo y la jurisprudencia argentina. A partir de dicho estudio analítico, he llegado a la conclusión de que, al ser el derecho de acceso a la justicia un derecho complejo, la realidad tanto social cuanto jurídica interna ha impuesto ciertos impedimentos jurídicos y económicos que obstaculizan el efectivo goce del derecho estudiado a la totalidad de la población. De este modo, he identificado circunstancias tales como la privación de justicia, la inexistencia de asistencia jurídica gratuita o la efectivización del derecho a la defensa en juicio como problemáticas reales y actuales que impiden la puesta en acto concreta del derecho en estudio en el orden nacional.

Seguidamente, habiendo ingresado al estudio del derecho fundamental objeto de esta investigación desde una perspectiva del derecho internacional de los derechos humanos, he podido reseñar someramente, utilizando como pilares de dicha tarea investigativa la actividad jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, los Informes de la Comisión Interamericana y diversos pronunciamientos de los actores del sistema, la clara distinción a la que arriba el Alto Tribunal americano en lo que hace al derecho de acceso a la justicia *strictu* sensu o en sentido estricto y *latu* sensu, o en sentido amplio, pudiendo llegar a la conclusión de que es necesario garantizar la

posibilidad al individuo no solamente de presentar una petición ante el sistema interamericano, sino también de poder representarse a sí mismo ante la Corte Interamericana en la instancia contenciosa.

Es posible observar por lo tanto, que el Sistema interamericano de protección de derechos humanos ha atravesado un notable proceso de evolución en materia de tutela efectiva de derechos, en cuanto ha reconocido expresamente, por ejemplo, la dimensión colectiva de determinados derechos y la necesidad de esbozar y poner en práctica dispositivos jurídicos con miras a garantizar plenamente tal dimensión. De esta manera, se evidencian a lo largo del desarrollo del presente trabajo los mayores alcances que los órganos del Sistema le han reconocido a la garantía prevista en el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, a fin de contemplar en su marco, la tutela judicial efectiva de derechos colectivos y brindarle a los ciudadanos de los países que forman parte del sistema una posibilidad aún mayor de acceder a la justicia interamericana.

Sin lugar a dudas, desde el punto de vista de la recepción jurisprudencial, tanto a nivel interamericano como europeo, se ha avanzado mucho en el reconocimiento de ciertos aspectos del derecho de acceso a la justicia, mas estos reconocimientos no han recibido un desarrollo concreto en el modo de llevar adelante el servicio de justicia, es decir, si bien los tribunales reconocen que cada ciudadano posee una serie de derechos que deben encontrar una vía de reconocimiento a través del servicio de justicia, muchas veces las vías para canalizar dichos reclamos no resultan las adecuadas.

De este modo, podemos realizar una serie de propuestas concretas para acercar la justicia al ciudadano, tales como: a) Agilizar la tramitación de los procesos y la ejecución de lo resuelto; b) Simplificar los procesos, con menores formalidades y

mayor preeminencia de la oralidad; c) Lograr una mayor accesibilidad física y cognitiva, que incluya la eliminación de barreras arquitectónicas, la facilitación de intérpretes en la propia lengua y un sistema de información del estado de los procedimientos; d) Garantizar un servicio de Defensa Pública oficial y gratuita y; e) Elevar la calidad del servicio de justicia, a través de programas de especialización para funcionarios y personas vinculadas a la administración de justicia en materia de tratamiento de personas en condición de vulnerabilidad.

Y es precisamente con el fin de lograr una mayor accesibilidad al sistema de justicia de las personas en condición de vulnerabilidad que las “Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad” se erigen como herramientas concretas para garantizar el derecho en estudio, procurando que estos grupos puedan gozar plenamente de los servicios del sistema judicial, promoviendo además la implementación de políticas públicas destinadas a garantizar una adecuada asistencia técnico-jurídica a las personas en condición de vulnerabilidad.

En conclusión, de todas las circunstancias analizadas en el trabajo de investigación que se presenta, me encuentro en condiciones de afirmar que la posibilidad de acceder a la justicia es un derecho humano fundamental, que si bien no encuentra una recepción expresa es un derecho implícito en la Constitución Nacional y los tratados internacionales en materia de derechos humanos, que ha sido desarrollado jurisprudencialmente en sus diversas acepciones, tanto en la jurisprudencia nacional como en la jurisprudencia internacional de los derechos humanos, y que exige de un Estado democrático de derecho no solamente la posibilidad real de presentar un reclamo ante el sistema de justicia (acceso a la justicia en sentido estricto), sino que además implica un derecho de obtener del mismo una prestación jurisdiccional efectiva respetuosa de la garantía del debido proceso (acceso a la justicia en sentido estricto).

Por ello, es el propio Estado el garante de la consecución y la efectivización de ambas acepciones del derecho de acceso a la justicia, objetivo que deberá lograr a través del diseño de políticas públicas adecuadas que tengan como fin último acercar el sistema de justicia a todos y cada uno de los usuarios del mismo y garantizar la puesta en acto del valor justicia en las sentencias que emanen los tribunales competentes.

Mauro Cappelletti solía decir “... nuestras desilusiones de hoy no cuentan, el entusiasmo – donde existe, y aunque fuese el entusiasmo de un sólo momento- no debe ser desalentado, no hay acción sin entusiasmo, no hay historia sin ideales, ni progresos sin utopías ...”, y es ésta la idea que ha motivado desde el inicio el espíritu de esta investigación doctoral ya que, no solamente he intentado reflejar de modo acabado la actualidad y realidad de un derecho, sino también, este trabajo tiene como objetivo poner en acto la totalidad del alcance del derecho de acceso a la justicia para lograr una sociedad cada día más digna y más justa.

Bibliografía

Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos*

- exigibles*, Trotta, Madrid, 2da. Edición, 2004.
- Acosta Vargas, Gladys, *Los Derechos Humanos de las Mujeres en las Conferencias Mundiales de las Naciones Unidas en Diversidad en Beijing*, IIDH, Costa Rica, 1996.
- Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, 1ª reimpresión, Madrid, Centro de Estudios constitucionales, 1997.
- Asociación por los Derechos Civiles, *La Corte y los Derechos*. Siglo Veintiuno Editores, Buenos Aires, 2005.
- Bobbio, Norberto, *El futuro de la democracia*, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 2001.
- Bobbio, Norberto, *Sul fondamento dei diritti dell'uomo*, en *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, abril-junio de 1965, fasc. II, Dott. A. Giuffrè, Ed. Milano, 1965.
- Bobbio, N, *La función promocional del derecho*, en *Contribución a la teoría del derecho*, Fernando Torres Editor, Valencia, 1980.
- Bobbio, Norberto, *A era dos Direitos*, Editora Campus, Rio de Janeiro, 1992.
- Bonet Navarro, Ángel, *El acceso a la justicia*, Cuadernos de Derecho Judicial, Volumen sobre *Justicia: poder y servicio público*, editado por el Consejo General del Poder Judicial de España, Madrid, 2007.
- Cancado Trindade, Antonio, *Curso Co-existence and co-ordination of Mechanisms of International Protection of Human Rights*, 202 Recueil des Cours de l'Academie de Droit International de La Haye, 1987.
- Cançado Trindade, Antonio, *El Derecho de Acceso a la Justicia Internacional y las Condiciones para su realización en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*, en *Revista del IIDH* Nro. 37, Costa Rica, 2003.
- Cançado Trindade, Antonio, *Hacia la Consolidación de la Capacidad Jurídica Internacional de los Peticionarios en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*, 37 *Revista del IIDH*, Costa Rica, 2003.
- Cappelletti, Mauro, *Access to Justice*, Vol. I, II, III y IV, Cappelletti Weisner Eds, Florencia, 1979.

- Cappelletti, Mauro, *Access to Justice and the Welfare State*, Ed. Le Monnier, Firenze, 1981.
- Cappelletti, Mauro, *Dimensioni della giustizia nelle società contemporanee*, Il Mulino, Bologna, 1994.
- Cappelletti, Mauro, *La justicia constitucional y Dimensiones de la justicia en el mundo contemporáneo*, México, Porrúa-UNAM, Facultad de Derecho, 2007.
- Cappelletti, Mauro, *The Emergence of a Modern Theme*, en M. Cappelletti, E. Johnson Jr & J. Gordley, *Toward Equal Justice. A comparative Study of Legal Aid in Modern Societies*, Milano, 1975.
- Cappelletti, M, *Fenomenología del servicio de justicia en los fines de este Siglo*, Conferencia pronunciada en el Centro de Estudios e Investigaciones Patagónico (CEIPA), Trelew, 30/7/1993.
- Cappelletti, Mauro y Bryant Garth, *El acceso a la justicia. La tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivos los derechos*, primera edición en español. Fondo de Cultura Económica, México, 1996.
- Cappelletti, Mauro, *L'attività e i poteri del giudice costituzionale in rapporto con il loro fine generico*, Casa Editrice Dott. Antonio Milani, Padova, 1957.
- Cappelletti, Mauro; Seccombe, Monica; Weiler, Joseph, *Integration Through Law*, Vol. I, *Methods, Tools and Institutions*, Ed. Walter de Gruyter, Nueva York, 1985.
- Cappelletti, M, *Pobreza y justicia*, en *Proceso, ideología, sociedad*, Ed. Ejea, Buenos Aires, 1974, p. 154.
- Casal Hernández, Jesús María, *Aspectos conceptuales del acceso a la justicia*, en AA, VV, *Acceso a la justicia, la Universidad por la vigencia efectiva de los derechos humanos*, IIDH, Caracas, 2006.
- Cassese, Antonio, *Los derechos humanos en el mundo contemporáneo*, Ed. Ariel, S.A. Barcelona, 1993.
- Cassin, René, *Vingt ans après la Déclaration Universelle*, 8 *Revue de la Commission Internationale de Juristes*, 1967.

- Cea Egaña, J., *Los tratados de derechos humanos y la constitución política de la República*, Universidad de Talca, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Talca, Ius et Praxis, 1997.
- Cianciardo, Juan, *El conflictivismo en los derechos fundamentales*, Ed. Eunsa ,2000.
- Conde, María Jesús, *El acceso a la justicia de niños, niñas y jóvenes*, en Revista IIDH Nro 50, IIDH, San José de Costa Rica, 2009.
- Coronel, Mirta, *La tierra es nuestro cuerpo y el agua nuestra sangre*, en *Voces y Silencios de la Discriminación*. Acceso a la justicia, Colección Acceso a la Justicia en Latinoamérica, Ed. Agencia española de Cooperación, Buenos Aires, 2007.
- De Martini, Siro – Pont Vergés, Francisco, *Principios generales de la Convención Americana de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a la luz de su jurisprudencia*, El Derecho, Buenos Aires, 2008.
- De Soto, Hernando, *El otro sendero*, Ed. Sudamericana, 1987.
- Despouy, Leandro, *Acceso a la justicia: impacto de la pobreza sobre los derechos humanos*, Buenos Aires, 2008.
- Diez Picazo, Ignacio *El artículo 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea: La perspectiva española*, en V. Varano, *Diritti Fondamentali e giustizia in Europa*, Ed. Zanichelli, Milano, 2002.
- Drost, Pieter N, *Human Rights as Legal Rights*, Leyden, Sijthoff, 1965.
- Ertürk, Y, *Integración de los derechos humanos de la mujer y la perspectiva de género: La violencia contra la mujer*. Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y sus consecuencias, E/CN.4/2004/66, 26 de diciembre de 2003.
- Faúndez Ledesma, Héctor, *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, Aspectos institucionales y procesales*, San José, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2004.
- Facio, Alda, *Cuando el género suena cambios trae*, ILANUD, Costa Rica, 1996.
- Favoreu, Louis, *Le pouvoir des juges*, Prefacio, Paris 1990.
- Feinberg, N, *La petition en droit international*, 40 Recueil des Cours de l'Academie de Droit International de La Haye, 1932.

- Feldman, David *The Human Rights Act 1998 and Constitutional Principles*, Legal Studies, 1999.
- Ferrand, Frederique *Le principe contradictoire et l' expertise en droit comparé européen*, in RIDC, 2000.
- Fix Zamudio, Héctor, *Ejercicio de las garantías constitucionales sobre la eficacia del proceso*, ponencia presentada en las IX Jornadas Iberoamericanas de derecho procesal, Madrid, 1985.
- Francia, Luis, *El auxilio judicial en el marco del debido proceso*, en *Acceso a la justicia y Defensoría del Pueblo*. Comisión Andina de Juristas, Lima, 2001.
- Francisco de Vitoria, *Relecciones del Estado, de los Indios y del Derecho de la Guerra*, Ed. Porrúa, México, 1985.
- Francisco de Vitoria, *Relecciones Teológicas*, B.A.C, Madrid, 1960.
- García, Luis M. y otros, “*Los derechos humanos en el proceso penal*”, Ed. Ábaco, Buenos Aires, 2002.
- García Ramírez, Sergio, *Cuestiones ante la jurisdicción internacional*, en Cuadernos procesales, Año V, Nro. 13, México, 2011.
- Garro, M, *El acceso a la justicia y el derecho de interés público*, en *Justicia y Sociedad*, Buenos Aires, vol. 2, 1999.
- Garzón Vallejo, Iván, *Disquisición sobre el fundamento de los Derechos Humanos*, en *60 años de la Declaración Universal de los Derechos Humanos*, Ed. Universidad Santo Toribio de Mogrovejo, Perú, 2008.
- Gelli, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina, Comentada y Concordada*, Ed. La Ley, 4ta Edición, Buenos Aires, 2009.
- Gherardi, Natalia, *Notas sobre acceso a la justicia y servicios jurídicos gratuitos en experiencias comparadas: ¿un espacio de asistencia posible para las mujeres?*, en *Acceso a la justicia como garantía de igualdad*, Buenos Aires, Ed. Biblos, 2006.
- Habermas, Jürgen, *Más allá del Estado Nacional*, Ed. Trotta, 4ª Edición, Madrid 1997.
- Harrell, E., *Crime against people with disabilities*, U.S. Department of Justice, Bureau of Justice, Washington, 2007.
- Herrera, Daniel, *La noción de derecho en Villey y Kalinowski*, Ed. Educa, Bs. As 2001.
- Herrera, Daniel, *La persona y el fundamento de los derechos humanos*, Ed. Educa, Buenos Aires, 2012.

- Hervada, Javier, *Introducción crítica al derecho natural*, Pamplona, Eunsa, 1993.
- Hervada, Javier, *Lecciones propedéuticas de filosofía del derecho*, Eunsa, Pamplona, 1992.
- Hervada, Javier, *Problemas que una nota esencial de los derechos humanos plantea a la Filosofía del Derecho*, en *Persona y Derecho* 9, Pamplona, 1993.
- Humphrey, John, *The Right of petition in the United Nations*, 4 *Revue des droits de l'homme/ Human Rights Journal*, 1971.
- International Council on Human Rights Policy, *Duties sans frontières human rights and global social justice*. ICHRP, Versoix, Suiza, 2003
- Jauchen, Eduardo, *Derechos del imputado*, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2007.
- La Rosa, Javier, *Acceso a la justicia: elementos para desarrollar una política pública en el país*, en: *Derecho virtual* Año 1, No. 3, octubre-diciembre, 2006.
- Lamas, Félix, *La experiencia jurídica*, Ed. Inst. de Est. Filosóficos Sto. Tomas de Aquino, Buenos Aires, 1991.
- Laviña, Felix, *Los Derechos Humanos en el Sistema Interamericano*, Instituto de Cultura Hispánica, Madrid, 1972.
- Ledesma Bartret, F, *Derechos humanos y política judicial, Ensayos de actualidad*, editado por el Colegio Notarial de Madrid, Madrid, 2007.
- Lord Wolf. *Review of the working methods of the european court of human rights.* , www.echr.coe.int, 2005.
- Madrid-Malo, Garizábal, Mario, *Derechos Fundamentales*, Segunda Edición, 3R Editores, Bogotá. 1997.
- Martínez Pujalte, Antonio, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Madrid, C.E.C, 1997.
- Massini Correas, Carlos I, *El derecho a la vida en la sistemática de los derechos humanos*, en Massini Correas, C. I y Serna, P (eds), *El derecho a la vida*, Pamplona, Eunsa, 1998.
- Massini Correas, Carlos I., *Filosofía del Derecho I. El Derecho y los derechos humanos*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1994.

- Massini Correas, Carlos I., *La desintegración del pensar jurídico en la Edad Moderna*, Ed. Abeledo – Perrot, Buenos Aires, 1980.
- Massini Correas, Carlos I., *Los Derechos Humanos en el pensamiento actual*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1994.
- Méndez, Juan E., *El acceso a la Justicia, un enfoque desde los derechos humanos*, IIDH, BID, *Acceso a la Justicia y Equidad. Estudio en siete países de América Latina*, Costa Rica, 2000.
- Miller-Gelli-Cayuso, *Constitución y Poder Político*, Editorial Astrea, 1ª Reimpresión, Buenos Aires, 1992.
- Mugnolo, F, *Discriminación hacia los privados de libertad*, en *Voces y Silencios de la discriminación. Acceso a la justicia*, Ed. Aecid, Buenos Aires.
- Norgaard, Carl Aage, *The position of the individual in international law*, Copenhagen, Munksgaard, 1962.
- ONU, *Handbook for prison managers and policymakers on women and imprisonment*, Criminal Justice Handbook Series, Nueva York, 2008.
- ONU, *Handbook on Prisoners with Special Needs*, Criminal Justice Handbook Series, Nueva York, 2009.
- Ortoleva, S., *Inaccessible justice: Human Rights, Persons with disabilities and the legal system*, en *ILSA Journal of International & Comparative Law*, Londres, Vol. 17:2, 2008.
- Padilla, David J., *Provisional measures under the American Convention on Human Rights*, publicado en la obra colectiva “*Liber Amicorum, Homenaje al Juez Fix Zamudio*”, Costa Rica, 1998.
- Penfold Schoenborn, M, *The Access to justice Bill and Human Rights Act of 1998: Britain’s legislative overhaul leaves the system scrambling to mend the safety net*”, en *Buffalo Human Rights Law Review*, vol. 6.
- Pérez Luño, Antonio Enrique, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, 4ª. Edición, Tecnos, 1991.
- Pérez Luño, Antonio Enrique, *Los Derechos Fundamentales*, Editorial Tecnos, Madrid, 1998.

- Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo: *Manual de Políticas Públicas para el Acceso a la Justicia*. Buenos Aires: PNUD, 2005.
- Proto Pisani, Andrea, *Lezioni di diritto processuale civile*, Editores Jóvenes, 4ta. Edición, Napoli, 2002.
- Rawls, John, *Debido proceso*, Ed. Temis, Bogotá, 1996.
- Resta, Eligio, *El derecho fraterno. Igualdad y diferencia en el sistema del derecho*, en Anales Cátedra Francisco Suarez 31, Granada, 1994.
- Rivero, Jean, *Les libertes publiques – I -, Les droites de l`homme*, P.U.F, Paris, 1984.
- Rodríguez Rescia, Víctor, *Curso autoformativo en materia de acceso a la justicia y derechos humanos en Honduras*, Comisión Interinstitucional de Justicia Penal, Honduras, Mimegrafiaso, 2008.
- Santa María D´Angelo, Rafael, *La Declaración Universal de los Derechos Humanos: un repaso a su origen y su contexto histórico*, en *60 años de la Declaración Universal de los Derechos Humanos*, Ed. Universidad Santo Toribio de Mogrovejo, Perú 2008.
- Santa María D´Angelo, Rafael, *Dignidad humana y nuevos derechos: una confrontación en el derecho peruano*, Ed. Palestra, Lima, 2012.
- Santamaría Pastor, J, *Fundamentos de Derecho Administrativo*”, Volumen II, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A., Madrid, 1988.
- Schumpeter, Joseph Alois, *Capitalismo, socialismo y Democracia*, Ed. Aguilar, México 1952.
- Serna, Pedro, *Derechos fundamentales: el mito de los conflictos. Reflexiones teóricas a partir de un supuesto jurisprudencial sobre intimidación e información*, en Humana Iura 4, Pamplona 1994.
- Stavenhagen, Rodolfo, *Conferencia Mundial contra el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia*, IIDH, San José, Costa Rica, 2001.
- Stone, Julius, *The Legal Nature of Minorities Petition*, 12 British Year Book of International Law, 1931.
- Sumner, Leonard Waine, *Rights denaturalized, en Utility and Rights*, comp. R.G. Frey, Basil Blackwell, Oxford 1985.

- Tardu, Maxime E., *Human Rights, The international petition system*, Bobbs Ferry, New York, 1979.
- Taruffo, Michele, *Procedural Reform in Italy*, in N. Trocker & V. Varano eds., *The Reforms of Civil Procedure in Comparative Perspective*, Torino 2005.
- Taruffo, Michele, *Litiganti, avvocati e magistrati*, Firenze, 2003.
- Taruffo, Michele, *The study referred to by Taruffo en Marchesi, D, Litiganti, avvocati e magistrati*, , Milano, 2003.
- Toharia Cortés, José Juan, *La imagen de la justicia en la sociedad española. Noveno barómetro de opinión*, julio 2005, página 18.
- Thompson, José, *Acceso a la Justicia y Equidad en América Latina. Comparación de resultados*, IIDH BID, Costa Rica 2000.
- Truyol y Serra, Antonio, *Los Derechos humanos-Declaraciones y Convenios internacionales*, Editorial Tecnos, Madrid 1994.
- Varano, Vincenzo y De Luca, Alessandra, *Access to Justice in Italy*, Berkeley Electronic Press, Firenze, 2007.
- Villarán, Susana. *Acceso a la justicia en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, en Lovaton, David. Informe Final de proyecto *Lineamientos y buenas prácticas para un adecuado acceso a la Justicia en las Américas*, Organización de Estados Americanos (OEA), Instituto de Defensa Legal, Consorcio Justicia Viva, Lima 2007.
- Villey, Michel, *Estudios en torno a la noción de derecho subjetivo*, Tratado De P. Le Roy, Valparaíso, Edeval 1976.
- Villey, Michel, *Le droit et les droits de l'homme*, P.U.F, Paris 1983.
- Vivanco, J, *International Human Rights Litigation in Latin America: The OAS Human Rights System*, Cambridge, Massachusetts, American Academy of Arts and Sciences, 1994.

Jurisprudencia citada

Corte Suprema de Justicia de la Nación

“Lépori”, 30/05/2001.
“Christou”, 19/02/1987.
“Microómnibus Barrancas de Belgrano SA”, 21/12/1989.
“Urquiola Serrano”, 09/06/2009.
“Romero Cacharane”, 09/03/2004.
“Soto”, 05/07/2011.
“Moreyra, Margarita Isabel”, 26/02/2008.
“Portillo, Marcos David”, 11/04/2008.
“G., J. L. s/ causa No. 2182/06”, 15/06/2010.
“Grisolía”, Fallos: 234:482.
“Karam”, Fallos: 310:360.
“Enrique Schuster SAIC”, Fallos: 310:2159.
“Baterías Sil-Dar S.R.L.”, Fallos: 324:3184.
“Madala”, Fallos: 305: 129.
“Moneta”, Fallos: 322:3071.
“Morales” Fallos: 315:1553.
“Verbitsky”, Fallos 312:916.
“Mujeres por la vida”, Fallos: 329:4593.
“Ministerio de Salud”, Fallos: 329:4741.
“Mendoza”, Fallos: 329:2316.
“Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires”, Fallos: 329:4542
“Defensor del pueblo de la Nación”, Fallos: 330:2800.
“Defensor del Pueblo”, Fallos: 330: 4590
“Villar”, Fallos: 318:178.
“Provincia de San Luis”, Fallos: 326: 417.
“Urteaga”, Fallos: 327:2767.
“Verbitsky”, Fallos: 328:1146.
“Tierra del Fuego“, Fallos: 321:1888.
“Martino”, Fallos: 310:908.
“Transportes Dock Sud”, Fallos: 312:1903.
“Romed S.A.”, Fallos: 331:1655.
“Expreso Quilmes S.A.”, Fallos: 324:3722.
“Compañía de Circuitos Cerrados S.A.”, Fallos: 328:3638.

“Sarandí”, Fallos: 325:806.
“Casal”, Fallos: 328:3399.
“Rosza”, Fallos: 330:2361.
“Fayt”, Fallos: 322:1616.
“Gutiérrez”, Fallos: 329:1092.
“Quiroga”, Fallos: 327:5863.
“Llerena”, Fallos: 328:1491;
“Dieser”, Fallos: 329:3034.
“Casal”, Fallos: 328:3399.
“López”, Fallos: 330:399.
“Tortorelli”, Fallos: 329:1881
“Firmenich”, Fallos: 313:891.
“Alonso”, Fallos: 325:2322.
“Bramajo”, Fallos: 319:1840.
“Casiraghi”, Fallos 306:1705.
“Fernández”, Fallos: 308:1386.
“Crudo”, Fallos: 312:540.
“Ibarguren de Duarte”, Fallos 307:1487.
“Fabbrocino”, Fallos: 323:3699.
“Gordillo”, Fallos: 310:1934,
“Scarpatti”, Fallos: 316:274
“Andueza”, Fallos: 326:1377.
“Maldonado”, Fallos: 328:4343.
“García Méndez”, Fallos: 331:2691.
“Itzcovich”, Fallos: 328:566.
“Badaro”, Fallos: 329:3089.
“Monteserín”, Fallos: 324:3569.
“Martín”, Fallos: 327:2127.
“R., M.J.”, Fallos: 331:211.
“Comunidad Indígena Ebenezer”, Fallos: 331:2119.
“Defensor del Pueblo”, Fallos: 330:4590.
Fallos: 239:459.
Fallos: 241:291.

Fallos: 321:2021.
Fallos: 236:271.
Fallos: 246: 87.
Fallos: 314:1757.
Fallos: 315: 545.
Fallos: 323:747.
Fallos: 246:87.
Fallos: 303:2063.
Fallos: 305:2150.
Fallos: 297:338.
Fallos: 300:1282.
Fallos: 305:504.
Fallos: 328:2426.
Fallos: 329:2240.
Fallos: 330:2047.
Fallos: 306:210.
Fallos: 330:487.
Fallos: 327:5095.
Fallos: 330:4471.
Fallos: 239:1209.
Fallos: 329:2569.
Fallos: 329:4248.
Fallos: 328:3399.
Fallos: 328:3284.
Fallos: 327:103.
Fallos: 329:4248.
Fallos: 327:5095.
Fallos: 327:3802.
Fallos: 328:2056.
Fallos: 330:3248.
Fallos: 330:413.
Fallos: 330:3853.

Corte Interamericana de Derechos Humanos

“Tribunal Constitucional”, 31/01/2001.
“Herrera Ulloa”, 12/09/2005.
“Velázquez Rodríguez”, 29/07/1988.
“Cantos”, 07/12/2001.
“Baena Ricardo”, 28/11/2003.
“Constantine y otros”, 1/09/2001.
“Genie Lacayo”, 13/09/1997.
“Bámaca Velásquez”, 25/11/2000.
“Cantoral Benavides”, 18/08/2000.
“Durand y Ugarte”, 16/08/2000.
“Paniagua Morales y otros”, 08/03/1998.
“Blake”, 24/01/1998.
“Suárez Rosero”, 12/11/1997.
“Castillo Páez”, 03/11/1997.
“Goiburú y otros”, 22/09/2006.
“Claude Reyes y otros”, 19/09/2006.
“Almonacid Arellano y otros”, 26/09/2006.
“Godínez Cruz”, 20/01/1989.
“Hilaire, Constantine y Benjamin y otros”, 21/06/2002.
“Barbani Duarte y Otros”, 13/10/2011.
“Tibi”, 07/09/2004.
“Masacres de Ituango”, 01/07/2006.
“Cinco Pensionistas”, 28/02/2003.
“Caso La Cantuta”, 30/11/2007.
“Caballero Delgado y Santana”, 29/01/1997.
“Castillo Páez”, 27/11/1998.
“Castillo Petruzzi y otros”, 17/11/1999.
“Mendoza y otros”, 05/07/2013.
“Barrios Altos”, 14/03/2001.

Corte Europea de Derechos Humanos

“Norris c. Irlanda”, 26/10/1988.
“Bellet c. Francia”, 04/12/1995.
“Airey c. Irlanda”, 07/10/1979.
“Gnaborè c. Francia”, 19/09/2000.
“Gautrin y otros c. Francia”, 20/05/1998.
“Golder c. Reino Unido”, 21/02/1975.
“Ashingdane c. Reino Unido”, 28/05/1985.
“Stubblings y otros c. Reino Unido”, 23/10/1996.
“Tejedor García c. España”, 16/12/1997.
“Brualla Gómez de la Torre c. España”, 19/12/1997.
“Edificaciones March Gallego c. España”, 19/02/1998.
“Berger c. Francia”, 03/12/2002.
“Stone Court Shipping Company c. España”, 28/10/2003.
“Cordova c. Italia”, 30/01/2003.
“A c. Reino Unido”, 17/12/2002.
“Buchholz c. Alemania”, 06/05/1981.
“König c. Alemania”, 28/06/1978.
“Stogmuller c. Austria”, 10/11/1969.
“Ruiz Mateos c. España”, 23/06/1993.
“Trickovic c. Eslovenia”, 12/06/2001.
“Soto Sánchez c. España”, 25/11/2003.
“Adolf c. Austria”, 26/03/1982;
“Zimmermann y Steiner c. Suiza”, 13/07/1983.
“Erckner y Hofauer c. Austria”, 23/04/1987.
“Kizilöz c. Turquía”, 25/09/2001.
“Corigliano c. Italia”, 10/12/1982.
“Nunes Violantes c. Portugal”, 08/06/1999.
“Le Compte, Van Leuven et De Meyere c. Bélgica”, 23/06/1981.
“Feldbrugge c. Países Bajos”, 29/05/1986.
“Demeuland c. Alemania”, 29/05/1986.
“Éditions Periscope c. Francia”, 26/03/1992.

“Langborger c. Suecia”, 22/06/1989.
“Pullar c. Reino Unido”, 10/06/1996.
“British American Tobacco c. Países Bajos”, 20/11/1995.
“Belilos c. Suiza”, 29/04/1988.
“Campbell c. Reino Unido”, 28/06/1984.
“H. c. Bélgica”, 30/11/1987.
“Findlay c. Reino Unido”, 25/02/1997.
“Ringelsen c. Austria”, 16/07/1971.
“Incal c. Turquía”, 09/06/1988.
“Piersack c. Bélgica”, 01/10/1982.
“Kress c. Francia”, 07/06/2001.

