



REVISTA DAS DEFENSORIAS PÚBLICAS DO MERCOSUL

N. 8

Janeiro-Dezembro/2020

Enero-Diciembre/2020



**DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL
EM EXERCÍCIO**

Jair Soares Júnior

SUBDEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL

Jair Soares Júnior

CONSELHO EDITORIAL

Argentina

Julietta Di Corleto

Silvia Martinez

Brasil

Olinda Vicente Moreira

Jânio Urbano Marinho Junior

Chile

Sofía Libedinsky Ventura

Colômbia

Vago

Ecuador

Jorge Enrique Loayza Feijóo

Paraguai

Graciela Rojas

Peru

Vago

2020

Publicação anual das Defensorias
Públicas Oficiais do Mercosul

Acesso livre

DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

Setor Bancário Sul, Quadra 2, Bloco H,
Lote 14, 15º andar

70.070-120 – Brasília/DF

**DEFENSOR PÚBLICO GENERAL
FEDERAL EN EJERCICIO**

Jair Soares Júnior

SUBDEFENSOR PÚBLICO GENERAL FEDERAL

Jair Soares Júnior

CONSEJO EDITORIAL

Argentina

Julietta Di Corleto

Silvia Martinez

Brasil

Olinda Vicente Moreira

Jânio Urbano Marinho Junior

Chile

Sofía Libedinsky Ventura

Colombia

Vacío

Ecuador

Jorge Enrique Loayza Feijóo

Paraguay

Graciela Rojas

Perú

Vacío

2020

Publicación anual de las Defensorías
Públicas Oficiales del Mercosur

Acceso libre

DEFENSORIA PÚBLICA DE LA UNIÓN

Setor Bancário Sul, Quadra 2, Bloco H,
Lote 14, 15º andar

70.070-120 – Brasília/DF

REVISTA DAS DEFENSORIAS PÚBLICAS DO MERCOSUL



REDPO



n. 8

jan-dez./2020

enero-dic./2020

Brasília, Distrito Federal

Brasil

ISSN 2238-149X

R. Defensorias Públs. Mercosul	Brasília	DF	n. 8	p. 1-289	jan./dez. 2020 enero/dic. 2020
--------------------------------	----------	----	------	----------	-----------------------------------

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

Todos los derechos reservados. Está permitida la reproducción total o parcial de esta obra, sin fines comerciales, desde que citada la fuente.

ESCOLA NACIONAL DA DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

Coordenação de Incentivo à Pesquisa e Publicação

Telefone: **+55 61 3318-0287**

Site: **<https://revistadaredpo.dpu.def.br>**

e-mail: **publicacoes@dpu.def.br**

TRADUÇÃO

Nádylla Lopes de Andrade

ESCUELA NACIONAL DE LA DEFENSORÍA PÚBLICA GENERAL DE LA UNIÓN

Coordinación para fomentar la investigación y la publicación - Brasil

Teléfono: **+55 61 3318-0287**

Sítio: **<https://revistadaredpo.dpu.def.br>**

Correo electrónico: **publicacoes@dpu.def.br**

TRADUCCIÓN

Nádylla Lopes de Andrade

SECRETARIA DE ASSUNTOS INTERNACIONAIS

Coordenação de Cooperação e Relações Internacionais

Telefone: **+55 61 3318-4364**

Site: **www.dpu.def.br/internacional**

e-mail: **internacional@dpu.def.br**

SECRETARÍA DE ASUNTOS INTERNACIONALES

Coordinación de Cooperación y Relaciones Internacionales

Teléfono: **+55 61 3318-4364**

Sítio: **www.dpu.def.br/internacional**

Correo electrónico: **internacional@dpu.def.br**

DIAGRAMAÇÃO

Assessoria de Comunicação Social – ASCOM

Telefone: **+55 61 3318-4336**

e-mail: **ascom@dpu.def.br**

DIAGRAMACIÓN

Asesoría de Comunicación Social – ASCOM

Teléfono: **+55 61 3318-4336**

Correo electrónico: **ascom@dpu.def.br**

Os textos publicados são de inteira responsabilidade de seus autores. As opiniões neles emitidas não exprimem, necessariamente, o ponto de vista da Escola Nacional da DPU.

Los textos publicados son de reponsabilidad exclusiva de sus autores. Las opiniones emitidas por ellos no expresan, necesariamente, el punto de vista de la Escuela Nacional de la DPU.

Revista das Defensorias Públicas do MERCOSUL/ Defensoria Pública da União. –
n.8 (jan/dez.2020) - . – Brasília: DPU, 2020. -.
v. ; 27 cm.

Anual.

Texto em espanhol e português.

ISSN 2238-149X

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

CDDir 341.413

APRESENTAÇÃO <i>Jair Soares Júnior</i>	7
PRESENTACIÓN <i>Jair Soares Júnior</i>	8
REFUGIADOS Y EL RECONOCIMIENTO DEL ESTATUTO BAJO LOS DESCA <i>Luciana María Luaces Bossini</i>	9
ACCESO A LA JUSTICIA Y AMPAROS POR DESCA EN CÓRDOBA, ARGENTINA <i>María Mercedes Crespi</i>	18
ACCESO A LA JUSTICIA Y TRABAJO JURÍDICO COMUNITARIO. REFLEXIONES DESDE EL EJERCICIO DE LA DEFENSA PÚBLICA EN LA CAUSA RIACHUELO <i>Mariel Acosta Magdalena, Cecilia Calderón, Sabrina Nahir Dentone, Agustín Garone, Julián González Durán, Catalina Highton, Andreea Parvu, Teresita Rossetto e María Felicitas Tedeschi</i>	28
COVID-19. SU IMPACTO EN LAS PERSONAS PRIVADAS DE LIBERTAD <i>Carlos Enrique Llera</i>	49
EXPERIENCIA Y DESAFÍOS DE LA DEFENSA PÚBLICA EN LOS BARRIOS POPULARES DE ARGENTINA <i>Sebastian Tedeschi, Romina Tuliano Conde, Juan Martín Camusso e Marina del Sol Alvarellos</i>	68
REFORMA JUBILATORIA DE JUECES Y FUNCIONARIOS DEL PODER JUDICIAL Y MINISTERIOS PÚBLICOS DE ARGENTINA LEY 27.546 <i>María Victoria Caeiro</i>	84
MUJERES CON DISCAPACIDAD PSICOSOCIAL INTERNADAS POR MOTIVOS DE SALUD MENTAL: SISTEMAS DE APOYO Y POLÍTICAS PÚBLICAS PARA EL EJERCICIO DE LA MATERNIDAD DESDE UNA PERSPECTIVA INTERSECCIONAL Y DE GÉNERO <i>Florencia Molina Chávez e Mercedes Robba</i>	105
¿HOMICIDAS O VÍCTIMAS? LEGÍTIMA DEFENSA DE LAS MUJERES EN SITUACIÓN DE HOMICIDIO Y LOS DESAFÍOS DE LA PSICOLOGÍA FORENSE <i>Melina Siderakis, Vanesa Maero Suparo e Daniela Verónica Maza</i>	129

OS DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS, CULTURAIS E AMBIENTAIS DESCA: BREVE ANÁLISE PROSPECTIVA DOS DESAFIOS PÓS-PANDEMIA	151
<i>Denise Tanaka dos Santos</i>	
ATIVISMO DEFENSORIAL E A PRESUNÇÃO <i>EX CONSTITUTIONE</i> DE LEGITIMIDADE DA DEFENSORIA PÚBLICA PARA A PROMOÇÃO E DEFESA DE DIREITOS SOCIAIS	166
<i>Jaime Leônidas Miranda Alves</i>	
A DEFENSORIA PÚBLICA COMO GARANTIA FUNDAMENTAL NA DEMOCRACIA: UM ESTUDO COMPARADO ENTRE BRASIL E COLÔMBIA	178
<i>Angie Mercedes Serrato Osorio e Edilson Santana Gonçalves Filho</i>	
MIGRAR É UM DIREITO: MIGRAÇÃO E O SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS	200
<i>Maria Cecília Lessa da Rocha, Catarina Mendes Valente Ramos e Luana Mariani de Aguiar Furtado</i>	
CARÊNCIA DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAN NO BRASIL: A CONJUNTURA DO DHAA DOS GRUPOS EM SITUAÇÃO DE VULNERABILIDADE DURANTE A PANDEMIA DE COVID-19	224
<i>Thaís Aurélio Garcia e Wagner Wille Nascimento Vaz</i>	
ENSINO OBRIGATÓRIO SOBRE HISTÓRIA E CULTURA AFRO-BRASILEIRA. COMUNIDADES REMANESCENTES DE QUILOMBOS: POLÍTICAS DE ACESSO À TERRA	246
<i>José Roberto Fani Tambasco</i>	
REFLEXOS SOCIAIS DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA	262
<i>Camila Paiva Gouvêa Teixeira</i>	
EL ACCESO A LA JUSTICIA COMO GARANTÍA DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS SOCIALES Y CULTURALES: EL ROL DE LA DEFENSORÍA PÚBLICA DEL ECUADOR	281
<i>Ángel Torres Machuca e Andrés Aguirre Jaramillo</i>	

APRESENTAÇÃO

A Revista das Defensorias Públicas do Mercosul chega à sua 8ª Edição, no âmbito da Reunião Especializada de Defensores Públicos Oficiais do Mercosul - REDPO. Esta edição se dedica ao tema Direitos Econômicos, Sociais, Culturais e Ambientais (DESCA), questão de grande relevância para a atuação de defensores públicos, para a integração das defensorias de los Estados Partes e Associados e para estabelecer atuação conjunta como meio de enfrentar os desafios encontrados em nossa região.

Em uma era de crescente globalização econômica e crescente desigualdade, o tema dos Direitos Econômicos, Sociais, Culturais e Ambientais, por sua amplitude, permanecem como reflexão obrigatória e há razões históricas muito concretas para realçar a discussão de uma diversidade de eixos do tema da presente edição da Revista, no cerne da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

Trata-se de direitos humanos relativos às condições sociais e econômicas básicas necessárias para viver uma vida de dignidade e liberdade, relativos ao trabalho e aos direitos dos trabalhadores, segurança social, saúde, educação, alimentação, água, habitação, ambiente saudável e cultura. Para cada um desses direitos, há uma crescente linha de trabalho regional das Defensorias Públicas Oficiais, além do esforço próprio de cada Estado-Parte e Associados do Mercosul, quanto mediante a cooperação e assistência jurídica internacional aos grupos vulneráveis.

Os eixos dos DESCAs unem mulheres e homens, migrantes e indígenas, jovens e idosos, de todas as raças, religiões, orientações políticas e origens econômicas e sociais, em uma busca pela realização dos direitos sociais. Esse é um tema em que manifesto elevada aproximação acadêmica, tendo me dedicado na produção da obra “Seguridade Social e Sustentabilidade: crítica ao argumento econômico na aplicação dos direitos sociais.”¹

É essencial reconhecer os esforços de todos os envolvidos no processo de editoração, os autores que submeteram seus valiosos trabalhos, os membros do Conselho Editorial, os que mediarão esse processo em seus países, e de toda a equipe de produção editorial da Escola Nacional e da Assessoria Internacional da Defensoria Pública da União.

Desejos de uma ótima leitura!

Jair Soares Júnior

Subdefensor Público-Geral Federal e Defensor Público-Geral Federal em Exercício
Defensoria Pública da União

PRESENTACIÓN

La Revista de Defensores Públicos del Mercosur está en su 8ª Edición en el ámbito de la Reunión Especializada de Defensores Públicos Oficiales del Mercosur - REDPO. Esta edición está dedicada al tema de los Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales (DESCA), tema de gran relevancia para la actuación de los defensores públicos, para la integración de las defensorías de los Estados Partes y Asociados y para establecer una acción conjunta como medio para hacer frente a los desafíos que se presentan en nuestra región.

En un momento de creciente globalización económica y de aumento de las desigualdades, el tema de los Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales, por su amplitud, sigue siendo una reflexión obligatoria y hay razones históricas muy concretas para destacar el debate de una diversidad de ejes del tema de este número de la Revista, en el seno de la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) y del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

En este contexto, los DESCAs tratan de los derechos humanos relacionados con las condiciones sociales y económicas básicas necesarias para vivir una vida digna y libre, en relación con el trabajo y los derechos de los trabajadores, la seguridad social, la salud, la educación, la alimentación, el agua, la vivienda, un ambiente sano y la cultura. Para cada uno de estos derechos existe una creciente línea de trabajo regional de los Defensores Públicos Oficiales, además del esfuerzo de cada Estado Parte y Asociado del Mercosur, a través de la cooperación internacional y la asistencia jurídica a los grupos vulnerables.

Los ejes de los DESCAs unen a mujeres y hombres, migrantes e indígenas, jóvenes y personas mayores, de todas las razas, religiones, orientaciones políticas y orígenes económicos y sociales, en la busca de la realización de los derechos sociales. Menciono que dediqué mucha atención académica a este tema cuando tuve la oportunidad de producir la obra “Seguridad Social y Sostenibilidad: crítica del argumento económico en la aplicación de los derechos sociales.”¹

Es esencial reconocer el esfuerzo de todos los que han participado en el proceso de edición, los autores que han presentado valiosos artículos, los miembros del Consejo Editorial, los que han mediado este proceso en sus países y todo el equipo de producción editorial de la Escuela Nacional y la Oficina Internacional de la Defensoría Pública de la Unión.

¡Les deseo una excelente lectura!

Jair Soares Júnior

Subdefensor Público-General Federal y Defensor Público-General Federal en Ejercicio
Defensoría Pública de la Unión

REFUGIADOS Y EL RECONOCIMIENTO DEL ESTATUTO BAJO LOS DESCA

REFUGIADOS E O RECONHECIMENTO DO ESTATUTO SOB OS DESCA

*Luciana María Luaces Bossini
Abogada*

*Defensoría General de la Nación
lubossin@gmail.com*

RESUMEN

En esta contribución se propone una reflexión acerca de la importancia de los Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales con los refugiados. Por un lado se observará la importancia de acceso y goce de estos derechos en el Estado receptor del refugiado, necesarios para su desarrollo y su inserción plena en la sociedad de acogida; y por otro lado se analizará el reconocimiento del estatuto de refugiado de aquellas personas que huyen de sus países por violación de los derechos en cuestión. A la vez, se realizará una aproximación al sistema argentino, su normativa en la materia, destacando sus estándares de protección.

Palabras clave: Solicitantes de asilo. Refugiados. Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales. Argentina.

RESUMO

Esta contribuição propõe uma reflexão sobre a conexão e a importância dos Direitos Econômicos, Sociais, Culturais e Ambientais com os refugiados. Por um lado, observaremos a importância do acesso e gozo desses direitos no Estado anfitrião do refugiado, necessários para o seu desenvolvimento e a sua plena inserção na sociedade anfitriã; Por outro lado, analisaremos o reconhecimento do status de refugiado daqueles que fogem de seus países por violação desses direitos. Ao mesmo tempo, será feita uma abordagem ao sistema argentino, seus regulamentos sobre o assunto, e padrões de proteção.

Palavras-chave: Requerentes de asilo. Refugiados. Direitos Econômicos, Sociais, Culturais e Ambientais. Argentina.

Los derechos humanos son inherentes a la persona, pertenecen al ser humano por el solo hecho de ser tal. Sin embargo, la noción misma de derechos humanos es una construcción humana la cual surgió en la posguerra. La masiva destrucción y descartabilidad

del hombre posicionó al Estado como gran violador y destructor, llevando a la necesidad del reconocimiento mediante la positivización de estos derechos inherentes y afirmando la dignidad de las personas frente al Estado. Es allí cuando el trato que un Estado da a sus nacionales, y en general, a todas las personas bajo su jurisdicción es considerado una cuestión internacional.¹

La Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, fue el hito más significativo del esfuerzo por reivindicación de estos derechos. Este instrumento introduce la concepción de derechos humanos caracterizada por la universalidad e indivisibilidad, afirmando que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos. A continuación de ella, son innumerables los cuerpos normativos que surgieron para dar visibilidad a todos y cada uno de los derechos que son inherentes al hombre que enumeran tanto los derechos civiles y políticos, como los Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales (DESCA).

Al igual que como ocurrió con la conceptualización de los derechos humanos, el fenómeno de los refugiados existía ya desde antes. El concepto de refugiado propiamente dicho, y entendido como un derecho humano, surge del contexto bélico de la Primera y Segunda Guerra Mundial ante la necesidad de dar respuesta a esa situación de desprotección en que quedaron muchas personas que tuvieron que abandonar sus países, sufriendo un desconocimiento rotundo de sus derechos humanos.² Fueron millones las personas que quedaron vagando por toda Europa, siendo así imperante la instrumentalización de lo que hoy conocemos como el Estatuto de Refugiado.

La Convención sobre el Estatuto de Refugiados de 1951 – Convención del '51- introdujo el concepto de qué es un refugiado, pero, dado los intereses políticos de esa época, puso límites a su aplicación. Límite temporal, destinada a las personas refugiadas como consecuencia de los eventos ocurridos con anterioridad al 1° de enero de 1951; y geográfico, con la opción de los Estados de restringir su aplicación solo a personas europeas. Pero bien se dijo que el derecho es una construcción humana y por lo tanto está en constante transformación, por lo que poco duro la efectividad de la Convención, ya que la crisis de refugiados continuaron por hechos posteriores a 1951 y no solo se circunscribían al continente europeo. Es así que la Comunidad Internacional, en respuesta a la cambiante realidad adoptó el Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados de 1967 – Protocolo de 1967-, el cual eliminó las limitaciones de la Convención.

El artículo 1.A.2 de la Convención de '51 define qué es un “refugiado”, y establece los requisitos que debe poseer la persona para ser considerada como tal. Así, el término refugiado se aplica a toda persona que debido a fundados temores de ser perseguida por motivo de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un determinado grupo social u opinión

¹ Pinto, Mónica, *El derecho internacional. Vigencia y desafíos en un escenario globalizado*, 2ª ed., Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica (Colección Breves), 2008, p. 91.

² Arendt, H., *Los orígenes del totalitarismo*. trad. de Guillermo Solana, pról. de Salvador Giner, Alianza, Madrid, 2006. p. 386.

política, se encuentra fuera de su país de nacionalidad o residencia habitual, y no puede o no quiere, por dichos temores, acogerse a la protección del Estado en cuestión. Esta definición es conocida como “clásica”, porque algunos países en sus normativas nacionales extendieron la definición de refugiado a aquellas personas que han huido de su país porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público,³ considerada esta como definición “ampliada”.

En este orden de ideas, si cada Estado es responsable de garantizar que los derechos de sus ciudadanos sean respetados, solo habría necesidad de protección internacional cuando esta protección nacional fuera denegada, imposible de obtener, o la persona por determinados motivos no quiera acogerse a la protección de ese Estado.

Partiendo de esta base se analizarán los Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales con respecto a las personas solicitantes del estatuto de refugiado y refugiados desde dos puntos de vista. Por un lado, la importancia del acceso y goce de estos derechos por parte de la persona refugiada o solicitante de dicha condición en el país de acogida; y por el otro, si una persona puede ostentar el estatuto de refugiado por privación de los DESCAs.

A cerca de los derechos que el Estado debe garantizar, se suele hacer mención a distintas generaciones, así se habla de derechos de primera generación que son los derechos civiles y políticos, y los de segunda generación que son los Derechos Económicos, Sociales, Culturales, y Ambientales -DESCA-. Podría pensarse que la ‘generación’ marca la jerarquía de los derechos civiles y políticos, sobre los DESCAs, prevaleciendo uno sobre el otro, sin embargo no hay percepción más errada respecto de ello, pues recordemos que los derechos humanos son universales, interdependientes e indivisibles; y la vulneración de uno de ellos puede tener repercusiones directas o indirectas sobre otros derechos. Más bien se habla de generación, ya que, al ser los derechos humanos un concepto dinámico, el reconocimiento de estos ha ido dándose en oleadas, frente a la necesidad de dar respuesta y/o reivindicarse ante determinadas situaciones.

El Estado para con ellos, en su conjunto, tiene la obligación de *respetarlos* absteniéndose de hacer cualquier cosa que constituya una violación a la integridad de los individuos o infrinja sus necesidades; la obligación de *protegerlos* tomando las medidas necesarias para impedir que otros individuos o grupos violen la integridad, libertad de acción u otros derechos humanos de los individuos; y la obligación de *cumplirlos* tomando las medidas necesarias para garantizar a cada persona, dentro de su jurisdicción, oportunidades para obtener satisfacción de aquellas necesidades, reconocidas en los instrumentos de derechos humanos, que no puedan ser aseguradas por medio del

³ Declaración de Cartagena sobre Refugiados, adoptada en el “*Coloquio Sobre la Protección Internacional de los Refugiados en América Central, México y Panamá: Problemas Jurídicos y Humanitarios*”, Cartagena, Colombia, del 19 al 22 de noviembre de 1984, conclusión tercera.

esfuerzo personal;⁴ gozando, frente al incumplimiento de cualquiera de esas obligaciones, de acciones específicas para exigir su cumplimiento.

En el caso de los solicitantes de la condición de refugiados, y refugiados; el Estado de acogida debe garantizar y velar por el goce de sus derechos. La Corte IDH, específicamente en materia de asilo, ha establecido que el art. 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos pone a cargo de los Estados Partes los deberes fundamentales de respetar y garantizar los derechos y las normas de protección sin discriminación alguna, según el principio de igualdad y no discriminación, siendo estas obligaciones del Estado en beneficio de todos los seres humanos bajo sus respectivas jurisdicciones, independientemente de la nacionalidad o estatus migratorios.⁵

Si bien la Convención del '51 menciona un número limitado de derechos que se deben garantizar a las personas en cuestión, ella misma establece que no podrá interpretarse en menoscabo de cualesquiera otros derechos y beneficios independientemente de esta Convención otorgados por los Estados Contratantes a los refugiados. Así, importante papel de complementariedad cumplen los instrumentos internacionales de los cuales el Estado de acogida es parte, debiendo otorgar a solicitantes y/o refugiados, en virtud del principio *pro homine*, la protección que es más favorable. Es decir que garantizar la protección y el acceso a los derechos humanos para solicitantes y refugiados es responsabilidad del Estado donde se encuentran y deberá hacerlo de acuerdo a sus las obligaciones legales internacionales y sus leyes nacionales.⁶

Las personas solicitantes y refugiadas se hallan en una situación de vulnerabilidad, fundamentalmente en razón de las circunstancias de su desplazamiento forzado y los obstáculos que encuentran en el comienzo de una nueva vida en otro país, no solo sufriendo la pérdida de los vínculos familiares, sino también con el reto de insertarse en una sociedad diferente, con barreras de idioma y en muchos casos sin redes ni recursos económicos, sin documentación que acredite sus estudios o experiencias laborales, e incluso, sin documentación que acredite su identidad. Es por ello que la protección internacional no se refiere solamente a la seguridad física de las personas, y al cumplimiento del principio de no devolución, sino que implica también que el refugiado pueda gozar de derechos y de una asistencia al menos equivalentes a los que recibe cualquier otro extranjero en situación regular. Es de importancia que todo solicitante del estatuto y refugiado goce de derechos civiles fundamentales, incluidos la libertad de pensamiento, de circulación; de no ser sometido a tortura o a un trato degradante; así también como tener los mismos derechos económicos y sociales que cualquier otra persona, como acceso a la atención médica, derecho al trabajo

⁴ EIDE, A. *Realización de los derechos económicos, sociales y culturales. Estrategia del nivel mínimo*, en *Revista de la Comisión Internacional de Juristas*, Nro. 43, 1989, p. 48.

⁵ Corte IDH, OC-25/18, cons. 169 y 170.

⁶ ACNUR, *Consideraciones legales sobre el acceso a la protección y la relación entre las personas refugiadas y el tercer país en el contexto del retorno o traslado a terceros países seguros*, abril 2018, URL <https://www.refworld.org.es/docid/5adf72014.html>.

para los adultos, derecho a la educación para los niños.⁷

Ahora bien, en lo que respecta al reconocimiento de la condición de refugiados, se pregunta si una persona que salió de su país de nacionalidad o residencia habitual por violación a sus Derechos Económicos, Sociales, Culturales y/o Ambientales podría ser reconocida como refugiada.

La palabra “refugiado” es un término legal. Una persona que se determine que califica como refugiada habrá reunido el criterio de la definición clásica establecida por la Convención del '51, o bien, la definición ampliada. Si bien los factores económicos o ambientales pueden contribuir a provocar movimientos a través de las fronteras; ellos en sí mismos no se pueden considerar un motivo para conceder la condición de refugiado en virtud del derecho internacional de los refugiados. Por esa razón no es propio hablar de “refugiado económico” o “refugiados ambientales”, ya que no constituyen términos reconocidos por el derecho internacional. El ACNUR sostiene que el uso de tal terminología podría socavar el régimen jurídico internacional para la protección del refugiado, cuyos derechos y obligaciones están claramente definidos y comprendidos; y que no es útil crear confusión al sugerir una relación entre el impacto del cambio climático, la degradación ambiental y la migración con la “persecución”, que es la causa principal por la que un refugiado huye de su país de origen y busca protección internacional.⁸

Respecto al concepto de “persecución”, el cual es central en la definición, deliberadamente no fue definido en la Convención del '51, lo que sugiere que los autores pretendían que las interpretaciones del término fueran lo más suficientemente flexibles como para abarcar varias y cambiantes formas de persecución. Se podría entender que el término persecución comprende graves abusos contra los derechos humanos u otros serios daños perpetrados con frecuencia, pero no siempre, de forma sistemática o repetitiva.⁹

Si bien el ACNUR remarca que ni los desastres naturales ni la pobreza se considera persecución;¹⁰ esta afirmación no puede entenderse como la circunscripción de la persecución a las violaciones de determinados derechos como los civiles y políticos; ya que es un concepto amplio y además los DESCAs son también derechos fundamentales, justiciables, exigibles, que demandan una seria y responsable observancia.¹¹

Entre el abanico de derechos humanos está presente la indivisibilidad e interrelación,

⁷ ACNUR, *Protección de los refugiados : Guía sobre el derecho internacional de los refugiados*, 1 Diciembre 2001, URL <https://www.refworld.org.es/docid/47c402582.html>.

⁸ ACNUR, Cambio climático, desastres naturales y desplazamiento humano: La perspectiva del ACNUR, 14 agosto 2009, URL <https://www.refworld.org.es/docid/4ad746e12.html>.

⁹ ACNUR, *Manual sobre procedimientos y criterios para determinar la condición de refugiado y Directrices sobre protección internacional. En virtud de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados*. Reedición. Ginebra, febrero de 2019, p.. 51-55.

¹⁰ ACNUR, *Introducción a la Protección Internacional. Protección a las personas de la competencia del ACNUR*. Módulo auto formativo 1. Ginebra, 1 de enero de 2005, p.. 62.

¹¹ Piovesan, Flavia (2004) *Derechos sociales, económicos y culturales y derechos civiles y políticos*, en Sur-Revista Internacional de Derechos Humanos, año I, Nº I, p.. 27.

así, la violación de los derechos económicos, sociales, y culturales propicia la violación de los derechos civiles y políticos, puesto que la vulneración económica-social lleva a la vulnerabilidad de los derechos civiles y políticos,¹² al igual que la degradación ambiental y los efectos adversos del cambio climático afectan el goce efectivo de los derechos humanos en general.¹³ Sería ilusorio reconocer a una persona como refugiada por haber sufrido violación de una generación de derechos y negárselo por haber sufrido la violación de otros.

El cambio climático, la degradación del medio ambiente y los desastres naturales son cada vez más causantes del desplazamiento forzado de personas que buscan sobrevivir, y pueden, en algunas circunstancias, necesitar protección internacional. La pobreza, fenómeno no novedoso, y persistente en la historia, es una fuente notoria de opresión y de violaciones a múltiples derechos humanos, y en las situaciones más críticas, impide una garantía satisfactoria y un grado razonable de goce efectivo de los derechos humanos.¹⁴ Toda persona tiene derecho a la oportunidad de salir de la pobreza en condiciones de igualdad y no discriminación; e igualmente un derecho a ser protegido contra las consecuencias de la pobreza sobre los derechos humanos.¹⁵

Las condiciones económicas, sociales y ambientales imperantes en determinados países generan dificultades en la vida cotidiana de quienes ahí residen, y a veces, dichas condiciones llegan ser de tal gravedad que podrían considerárselas como persecutorias, sin embargo esas condiciones por si mismas no constituyen a la persona desplazada como refugiada.

El hecho de que un Estado no pueda dar un óptimo nivel de goce de los DESCAs a las personas bajo su jurisdicción, no se traduce automáticamente en responsabilidad internacional. El Estado puede estar dando cumplimiento a esta obligación internacional en la medida y la forma de que sus recursos se lo permitan. El *principio de progresividad* que caracteriza el cumplimiento de estos derechos, contenido en el artículo 2 de PIDESC, consiste en la obligación de adoptar medidas que tengan por objeto lograr progresivamente la plena efectividad de los DESCAs, reconociéndose a su vez que en general no se logran en un breve periodo de tiempo, se trata de ir hacia la plena efectividad de los derechos, por lo tanto, cualquiera medida deliberadamente regresiva sería en principio una violación a las obligaciones impuestas por el principio de progresividad; y en su caso requerirán la consideración más cuidadosa.

Ahora bien, si el Estado utilizara los recursos disponibles para el cumplimiento de la obligación de asegurar y garantizar los DESCAs de manera discriminatoria, beneficiando a un determinado sector en desmedro de otro entraría en el juego la figura del refugiado. Siempre

¹² *ibid.*, p. 38.

¹³ Corte IDH, OC-23/17, cons. 47.

¹⁴ Instituto Interamericano de Derechos Humanos IIDH. ¿Quién responde por los derechos humanos de las poblaciones más pobres en América Latina y El Caribe. Parte I, *La pobreza en la perspectiva de los derechos humanos y la democracia*. Nikken, Pedro. Costa Rica, 2012. pág. 185-186 URL http://iidh-webserver.iidh.ed.cr/multic/UserFiles/Biblioteca/IIDH/12_2012/5d289ec3-6c92-4f47-b5c2-fa036d212549.pdf.

¹⁵ *Ibid*, p. 205.

y cuando esa discriminación constituya persecución, es decir que tenga consecuencias de carácter esencialmente lesivo para la persona de que se trate. Las medidas discriminatorias, aunque no tengan en sí mismas carácter grave, pueden dar lugar a temor justificado de persecución si crean en el fuero interno de la persona un sentimiento de desconfianza e inseguridad con respecto a su existencia futura.¹⁶ Desde esta perspectiva se estaría en presencia de un refugiado por violación a los DESCA.

Es decir que, para que una persona sea considerada como refugiada, la violación de los DESCA está condicionada a todos los demás elementos de la definición legal, ya sea la violación de estos derechos por causa de alguno de los motivos específicos establecidos en la definición clásica (raza, religión, nacionalidad u otros), o la violación y privación de estos derechos es consecuencia de determinados eventos situacionales mencionados en la definición ampliada.

A modo de ejemplo, si una persona se encuentra inmersa en una situación de pobreza, sin un nivel de vida adecuado, como consecuencia de una actividad discrecional del Estado, el cual tiene los medios para satisfacer estos derechos pero no lo hace de manera selectiva y discriminatoria para determinado sector, en razón de su raza, religión, nacionalidad, u otro, se estaría frente a un refugiado. O bien, en ocasiones la pobreza, puede deberse a decisiones de los sistemas políticos que influyen en el acceso a alimentos y demás servicios y derechos esenciales, y en consecuencia, influyen en el desarrollo y el alcance de condiciones dignas de vida. En particular en las sociedades polarizadas y afectadas por conflictos, las ideologías políticas y las divisiones sociales y étnicas pueden determinar, e impedir, el acceso a los alimentos. Las personas que se ven desplazadas por la privación de estos derechos esenciales necesarios de una vida digna, podrían satisfacer los criterios establecidos para el reconocimiento de la condición de refugiado, siempre que esta situación esté vinculada a contextos de conflicto armado y de violencia causantes de que las instituciones gubernamentales colapsen, y los servicios vitales se vean afectados.¹⁷

La República Argentina posee uno de los más altos estándares en materia de protección de solicitantes de asilo y refugiados. El país adhirió a la Convención del '51 en el año 1961 y al Protocolo adicional del '67 en ese mismo año, los cuales gozan de jerarquía superior a las leyes. En el año 2006 se aprobó la Ley General de Reconocimiento y Protección al Refugiado N° 26.165, que toma la definición de refugiado clásica de la Convención de '51 y la definición ampliada de la Declaración de Cartagena de 1984. Esta ley crea la Comisión Nacional para los Refugiados –CONARE– encargada de determinar la condición de refugiado. Más aún, en el año 2007 se creó la Comisión para la Asistencia Integral y Protección al Refugiado y Peticionante de Refugio de la Defensoría General de la Nación, con el objeto de garantizar el

¹⁶ ACNUR, *Manual de Procedimientos y Criterios*, op. cit p.. 54,55.

¹⁷ ACNUR, *Consideraciones jurídicas sobre la protección de los refugiados para las personas que huyen de los países afectados por el conflicto y la hambruna*, 5 abril 2017, URL <https://www.refworld.org/es/docid/5e5ee59a4.html>.

acceso a la justicia y a la defensa de todos los derechos humanos de las personas solicitantes de asilo y refugiadas. Esto último ha sido destacado por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados –ACNUR– calificándolo como una “política generosa”.¹⁸

En Argentina, todos los habitantes, sean argentinos o extranjeros, tienen reconocidos los mismos derechos con arreglo a los principios de igualdad y no discriminación contenidos en un núcleo duro de normas de jerarquía constitucional. En particular los refugiados se encuentran también amparados por el principio de no devolución y de trato más favorable,¹⁹ equiparando asimismo a los peticionantes de la condición de refugiado con los refugiados, hasta tanto recaiga resolución firme sobre su petición, desde el momento en que ingresan al territorio argentino y formalizan su solicitud de protección.²⁰

La CONARE procura que las personas solicitantes y refugiadas accedan a los servicios y recursos adecuados de acuerdo a las necesidades detectadas y les otorga una documentación que les permite acceder a todo sus derechos, tales como trabajar, estudiar, acceder al servicio de salud, y otros.

La consideración de los más altos estándares de protección en Argentina se ha visto reflejada por un lado en la interpretación que ha realizado la CONARE de la definición de refugiado. Así, se ha equiparado a persecución, en los términos de la Convención del '51, a la amenaza o existencia real de un procedimiento judicial que no cumple con las garantías mínimas del debido proceso o que resulta excesivo o arbitrario; también ha incorporado en el análisis de las solicitudes de asilo la perspectiva de género propiciada por los principales instrumentos internacionales en la materia, reconociéndose como refugiados a víctimas de violencia doméstica y esclavitud sexual, a personas que han sufrido discriminación severa por motivos de su orientación sexual.

Por otro lado, el país ha incorporado otras formas de protección complementaria en su normativa. La Ley de Migraciones 25.871, y el Decreto N° 616/2010, en su artículo 23.m) se refiere a una residencia temporaria por razones humanitarias, e incluyó el caso de las personas que aun no siendo refugiadas tengan necesidades de protección y se encuentren amparadas por el principio de no devolución o que, de regresar a su país, se presuma verosímelmente que serían sometidas a violaciones graves de sus derechos humanos. A su vez, la reglamentación del artículo 24.h) tuvo en cuenta la situación de aquellas personas que a pesar de no requerir protección internacional, transitoriamente no pueden retornar a sus países de origen en razón de las condiciones humanitarias prevalecientes o debido a las consecuencias generadas por desastres naturales o ambientales ocasionados por el hombre, este es un desarrollo novedoso que beneficia en la práctica a personas necesitadas

¹⁸ ACNUR, “Buena práctica: Asistencia legal gratuita al solicitante. Representación legal gratuita en Argentina”, URL https://acnur.org/fileadmin/Documentos/Proteccion/Buenas_Practicas/9284.pdf consultado 19/04/2019.

¹⁹ Ley 26.165, 2006, art. 2.

²⁰ Ibid, art. 3.

de protección, aunque no como refugiadas.²¹

Este tipo de prácticas, en beneficio a ese grupo de personas desplazadas, que quedan fuera del ámbito de protección internacional de los refugiados, debería ponderarse por la Comunidad Internacional, y los Estados estar abiertos a ampliar y aceptar una nueva forma de proteger internacionalmente a quien lo necesite.

En relación a lo antes expuesto, se concluye que el acceso y goce a los DESCAs es de gran relevancia para los refugiados, ante todo porque el grupo humano es especialmente vulnerable y se encuentra expuesto a mayores riesgos de daños y requiere especial atención, apoyo y protección; siendo necesarios el goce de estos derechos para una correcta inserción y desarrollo en la sociedad de acogida. El Estado receptor tiene la responsabilidad internacional de garantizar el acceso y goce a los derechos, sin discriminación alguna.

En otro orden de ideas, consideramos que la pobreza y los desastres naturales provocados por el cambio climático, conlleva a una violación y privación de derechos humanos fundamentales, que llevan a las personas a desplazarse en busca de una vida digna. Si bien son violaciones a derechos humanos, dichos factores por sí solo no configuran a una persona como refugiada, sino que es necesario que se cumplan las demás condiciones que establece la norma, necesarias para el reconocimiento del estatuto y goce de protección internacional como tal. Sin embargo, ello no elude la responsabilidad estatal respecto a esos grupos de personas desplazadas por la pobreza o los desastres naturales que se encuentran fuera del ámbito de protección internacional de los refugiados, debiendo los Estados incorporar otras formas de protección complementaria en su normativa.

²¹ Universidad Nacional de Lanús. *Protección Internacional de Refugiados en el Sur de Sudamérica. Avances normativos e institucionales en la protección de los refugiados en la República Argentina*. Figueroa, María Soledad y Marcogliese, María Jose. Argentina, 17/04/2012, p. 349-384.

ACCESO A LA JUSTICIA Y AMPAROS POR DESCA EN CÓRDOBA, ARGENTINA

ACESSO À JUSTIÇA E AMPAROS PELA DESCA EM CÓRDOBA, ARGENTINA

María Mercedes Crespi

Abogada. UBA.

Defensora Pública Oficial ante los Tribunales Federales de 1ra. y 2da. instancia de Córdoba.

mccrespi@mpd.gov.ar

RESUMEN

En este artículo me propongo exponer el grave problema de afectación al acceso a la justicia y a la tutela judicial efectiva debido a la existencia de una ley que regula el amparo que es anterior a la reforma constitucional y que no se adecúa a ella. El análisis se hace en base a la experiencia de casos reales tramitados en la Defensoría a mi cargo, en los cuales los jueces rechazaron los amparos presentados *in limine*, utilizando una facultad que, si bien está contemplada por la ley inferior, no se encuentra adecuada a la manda constitucional.

Palabras-clave: Amparo. Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales. Rechazo *in limine*. Constitución Nacional.

RESUMO

Neste artigo, proponho expor o grave problema que afeta o acesso à justiça e proteção judicial efetiva devido à existência de uma lei que regula o mandado de segurança que antecede a reforma constitucional e que não é adequada a ela. A análise é feita com base na experiência de casos reais processados na Defensoria, em que os juízes rejeitaram liminarmente os amparos apresentados, utilizando um poder que, embora contemplado pela lei inferior, não é adequado ao mandato constitucional.

Palavras-chave: Mandado de Segurança. Direitos Econômicos, Sociais, Culturais e Ambientais. Rejeição *in limine*. Constituição Nacional.

SUMARIO

INTRODUCCIÓN. 1. LOS CASOS. 2. LAS ACCIONES JUDICIALES. 3. LOS FALLOS DEL TRIBUNAL DE APELACIÓN Y LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA. 4. EL DESARROLLO DE LA ACCIÓN DE AMPARO EN LA ARGENTINA. 5. PROBLEMAS ENTRE LA REGULACIÓN DEL AMPARO EN LA CONSTITUCIÓN NACIONAL Y LA LEY 16986. CONCLUSIÓN.

INTRODUCCIÓN¹

Me propongo reflexionar brevemente desde la praxis acerca de lo que sucede con los procesos por derechos económicos, sociales y culturales en la justicia federal de Córdoba que se interponen mediante acción de amparo en aquellos casos que tienen la particularidad de tener múltiples amparistas y exceden lo habitual, es decir los reclamos en los que el derecho que se ve afectado es la salud. Hace varios años ya que advierto que la primera reacción de los tribunales en estos casos es siempre el rechazo *in limine* -facultad por demás cuestionable-, y en todos los casos fue la Cámara Federal la que, por vía de apelación, terminó habilitando la instancia para su tramitación.

Entiendo que esta práctica -ajena por cierto a lo que la doctrina en general aconseja, vulnera de forma abierta garantías constitucionales y que, asimismo, nos genera un desafío acerca de cómo llevar la ley en abstracto a los procesos judiciales concretos, de modo tal que se convierta en algo tangible para las personas que representamos.

En lo personal creo que nos toca vivir una extraña época, en la cual el discurso de los Derechos Humanos se ha vuelto cotidiano y extendido en la sociedad; sin embargo el acceso real a ellos se nos hace cada vez más distante. En este contexto, la tarea fundamental del Defensor Público es, en mi opinión, la de servir de vehículo para achicar esa brecha entre derechos y realidad; de ahí mi interés en remarcar la necesidad de una ley de amparo nacional acorde con la manda constitucional.

1. LOS CASOS

En la Defensoría estamos tramitando tres casos testigo.

El primero es un amparo colectivo por derecho a la vivienda que surge a raíz de un expediente anterior por desalojo, en el que el Banco de la Nación Argentina era propietario de un gran lote ubicado en una zona muy poblada de la Ciudad de Córdoba en el cual había un asentamiento precario de unas 80 familias (barrio llamado “Las Tablitas”). Luego de dar intervención a la Defensa Pública en representación de los niños y niñas que vivían allí, el Juez termina rechazando la pretensión de desalojo. A partir de allí en la Defensoría decidimos que podía hacerse más y luego de un relevamiento total de los ocupantes del predio a cargo de la Universidad Nacional de Córdoba iniciamos un amparo solicitando la urbanización del lugar en representación de los niños que allí vivían.

El segundo ejemplo que me interesa mencionar es uno planteado por los vecinos de una empresa bioquímica ubicada en la Ciudad de Córdoba, quienes alegan contaminación ambiental e irregularidades para funcionar allí. En este caso la Defensoría interviene por la representación complementaria de los niños y niñas que viven en el barrio, cuyos padres acudieron a los Tribunales con abogados particulares.

¹ Agradezco a la Dra. Guadalupe Valcarce Ojeda por su colaboración en la búsqueda de doctrina y jurisprudencia.

Finalmente, el tercer caso es el amparo que hemos presentado por derecho a la vivienda en representación de 4 mujeres y sus niños. Las actoras pertenecen a la Asociación Civil **“8 de Agosto”**, una entidad sin fines de lucro cuyo propósito es la “producción social del hábitat”. Lo interesante de este grupo de aproximadamente 120 personas, es que se organizaron legalmente, ubicaron un predio fiscal vacío perteneciente al Estado Nacional e iniciaron gestiones para lograr el traspaso del terreno con la finalidad de efectuar un loteo social en ese lugar para los miembros de la Asociación.

Esta estrategia resultó en principio exitosa, ya que el Estado Nacional requirió al Municipio que facilitara la provisión de agua y electricidad y, asimismo, iniciaron un expediente de loteo avalado por el Concejo Deliberante (órgano legislativo municipal), generando la mudanza de aproximadamente 20 familias. Posteriormente ese empuje estatal inicial se fue deteniendo sin motivo aparente alguno, con lo cual las personas que estaban esperando para mudarse no lo podían hacer por la falta de servicios y apertura de calles; y las que ya estaban instaladas tenían problemas derivados de la precariedad de los servicios instalados, tales como tener que compartir baño entre varias familias y los elevados costos de la electricidad debido a que se instalaron sólo dos medidores.

Otra variable a tener en cuenta es que en las tres situaciones intervienen distintos niveles estatales que, a su vez, tienen distinto color político; de modo tal que la política termina entorpeciendo también las posibles acciones.

Así, en el caso del barrio “Las Tablitas” se trataba de un predio perteneciente al Banco de la Nación Argentina, pero los planes de vivienda son ejecutados por las provincias y los municipios, aun cuando sean con fondos de la Nación.

En el caso por derechos ambientales; la complejidad jurisdiccional estaba dada por el hecho de que las autorizaciones para funcionar eran municipales, el control de la contaminación es de competencia provincial y las autorizaciones para producir bioetanol corresponden a la Nación.

En el barrio de la **“8 de agosto”** la situación es más notoria aún, ya que en un primer momento la Nación avaló el inicio de la urbanización solicitando al Municipio los servicios básicos y el loteo, y años después con otra administración política pareció dar marcha atrás al solicitar que no se siga avanzando en el lugar ya que no había decisiones tomadas aún.

2. LAS ACCIONES JUDICIALES

Esta complejidad específica -múltiples jurisdicciones- y el hecho de que la política partidaria sea una de las variables que tienen incidencia en el resultado ameritaban aún más, a mi juicio, la intervención del Poder Judicial y, más específicamente, de la justicia de excepción. Ello así puesto que son la clase de casos en los cuales las personas afectadas necesitan resultados que el poder ejecutivo -en sus distintos niveles- no les puede brindar y que exceden el marco de actuación de lo legislativo; de modo tal que sólo resta el Poder

Judicial; como encargado de reencauzar los conflictos para llegar a soluciones que sean capaces de modificar la realidad.

Sin embargo, lo que hemos visto en estos casos es una primera decisión de rechazo absoluto de la acción por parte de la justicia que, sin perjuicio de la diferencia en los argumentos, en el fondo implica siempre la inaccesibilidad al sistema, dejando en manifiesto desamparo a los accionantes, quienes ya no tienen a quien recurrir.

En el caso de **“Las Tablitas”** el Juez Federal dijo que no era viable la acción colectiva contra la nación y la provincia en tribunales federales, de modo tal que correspondía plantear 80 amparos en tribunales federales y 80 en los tribunales provinciales, agregaron además que no correspondía la representación directa de los niños y niñas por parte de la defensa pública; probablemente cueste al lector creerlo, pero es cierto.

En el caso de la empresa que presuntamente fabricaba bioetanol en la Ciudad de Córdoba en violación a distintas reglamentaciones el Juez se refirió a los reclamos administrativos preexistentes para sentenciar:

“Por lo expuesto es que la admisión de la presente acción podría resultar en una desnaturalización de los trámites y procedimientos en vigencia en los niveles de gobierno competentes que estarían interviniendo, tanto la Municipalidad de Córdoba como la Secretaría de Ambiente de la Provincia de Córdoba.”.

Finalmente, en el caso de la Asociación **“8 de Agosto”** el rechazo se fundó en la supuesta inexistencia de agravio federal, alegando que los actos y omisiones denunciados corresponden en forma exclusiva al actuar del gobierno municipal y, por lo tanto, la competencia sería local y; en relación a la demanda contra el Estado Nacional, alegó sin más fundamentación que se estaba ante actos de competencia del Poder Ejecutivo Nacional.

3. LOS FALLOS DEL TRIBUNAL DE APELACIÓN Y LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

Más allá de la crítica particular que podría caber a cada uno de los argumentos dados, me interesa destacar que apeladas que fueron dichas decisiones por parte de la Defensa Pública, en los tres casos la Cámara Federal del fuero resolvió hacer lugar a las impugnaciones con expresa referencia a la tutela judicial efectiva.

En el caso de **“Las Tablitas”** el tribunal de apelación entendió perfectamente el concepto de “proceso colectivo”.

Es importante recordar brevemente que los procesos colectivos no tienen regulación legal específica en la Argentina y que, por lo tanto, su recepción jurisprudencial se basa fundamentalmente en los presupuestos establecidos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el **leading case “Halabi”**. Aquí lo que hizo la Cámara Federal fue analizar cada una de las características del proceso colectivo contenidos en dicho fallo y luego ver si se daban en nuestro caso, concluyendo afirmativamente, entendiendo que la tutela judicial efectiva se materializa con un proceso único.

En el proceso ambiental el mismo tribunal dijo que el rechazo in limine de la acción era apresurado, toda vez que se trata de procesos en los cuales cabe poner mayor énfasis en la tutela judicial efectiva; refiriéndose también a toda la normativa constitucional en relación con el medio ambiente y la finalidad preventiva de los procesos en la materia.

Finalmente, en el caso de la Asociación “**8 de Agosto**” nuevamente la Cámara Federal habilitó su tramitación. Aunque un poco menos enfática y por mayoría, aquí se refirió a la medida al momento de restringir el acceso a la jurisdicción a fin de no desnaturalizar el derecho, en los siguientes términos:

“De todo lo expuesto considero que la rigurosidad y prudencia con la que se debe analizar el rechazo sin sustanciación de una acción de amparo, a los fines de no afectar el derecho a la tutela judicial efectiva y el acceso a la jurisdicción, impiden considerar la presente acción como “manifiestamente inadmisibile” en los términos del art. 3 de la Ley 16.986.”.

4. EL DESARROLLO DE LA ACCIÓN DE AMPARO EN LA ARGENTINA

Para poder comprender donde estamos siempre es importante entender el camino recorrido. El amparo nace en nuestro país como creación jurisprudencial en 1957, luego de lo cual fue dictada una ley y, finalmente, encuentra anclaje constitucional a partir de la reforma de 1994.

En efecto, en el mentado caso “**Siri**”, nuestra Corte Suprema dijo que declaraciones, derechos y garantías no son:

“...simples fórmulas teóricas: cada uno de los artículos y cláusulas que las contienen poseen fuerza obligatoria para los individuos, para las autoridades y para toda la Nación. Los jueces deben aplicarla en la plenitud de su sentido, sin alterar o debilitar con vagas interpretaciones o ambigüedades la expresa significación de su texto. Porque son la defensa personal, el patrimonio inalterable que hace de cada hombre, ciudadano o no, un ser libre e independiente dentro de la Nación Argentina”².

Este fallo cambió sustancialmente la práctica judicial argentina ya que, como claramente se ha dicho:

“Si bien los derechos fundamentales tenían protección legal, no obstante, cuando se requerían soluciones inmediatas para subsanar violaciones claramente arbitrarias, la tutela procesal existente resultaba -a todas luces- insuficiente, por la ausencia de una garantía rápida y expedita”³.

Posteriormente, en 1966, bajo el gobierno de facto del Gral. Onganía, se dicta la ley 16986 **Ley de acción de amparo**, actualmente vigente. En lo que a este trabajo interesa, recordaré su artículo 1º que textualmente expresa:

² CSJN Fallos 241:239:459.

³ Basterra, Marcela; “La acción de amparo en sus distintas etapas. ¿debe establecerse un plazo legal de caducidad?”, publicado en SJA 25/8/2010.

“La acción de amparo será visible contra todo acto u omisión de autoridad pública que, en forma actual o inminente, lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, los derechos o garantías explícita o implícitamente reconocidas por la Constitución Nacional, con excepción de la libertad individual tutelada por el habeas corpus”,

El artículo 2 que establece los motivos de inadmisibilidad:

“La acción de amparo no será admisible cuando: a) Existan recursos o remedios judiciales o administrativos que permitan obtener la protección del derecho o garantía constitucional de que se trate; b) El acto impugnado emanara de un órgano del Poder Judicial o haya sido adoptado por expresa aplicación de la Ley Nº 16970; c) La intervención judicial comprometiera directa o indirectamente la regularidad, continuidad y eficacia de la prestación de un servicio público, o el desenvolvimiento de actividades esenciales del Estado; d) La determinación de la eventual invalidez del acto requiriese una mayor amplitud de debate o de prueba o la declaración de inconstitucionalidad de leyes, decretos u ordenanzas; e) La demanda no hubiese sido presentada dentro de los quince días hábiles a partir de la fecha en que el acto fue ejecutado o debió producirse.”

Y el cuestionable artículo 3º que afirma “Si la acción fuese manifiestamente inadmisibile, el juez la rechazará sin sustanciación, ordenando el archivo de las actuaciones”.

Sobre este panorama jurisprudencial y legislativo irrumpe la reforma constitucional de 1994, estableciendo el nuevo artículo 43 de la Constitución Nacional:

“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 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.

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”.

Esta norma guarda íntima relación con el artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos⁴, que a partir de la reforma también forma parte de la Constitución Nacional (art. 75, inciso 22 CN); y que ha sido interpretado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos como

“...una disposición de carácter general que recoge la institución procesal del amparo, entendido como el procedimiento judicial sencillo y breve que tiene por objeto la tutela de todos los derechos reconocidos por las constituciones y leyes de los Estados Partes y por la Convención”⁵.

5. PROBLEMAS ENTRE LA REGULACIÓN DEL AMPARO EN LA CONSTITUCIÓN NACIONAL Y LA LEY 16986. CONCLUSIÓN

No pretendo efectuar un análisis de todos los aspectos conflictivos entre el artículo 43 de la Constitución Nacional y la ley 16986, que son varios, sino específicamente acerca de la posibilidad de rechazar in limine la acción; por ser esto lo sucedido en los casos analizados.

La facultad de rechazar una demanda in limine también se encuentra prevista en el Código Procesal Civil y Comercial para los demás tipos de procesos de ese ámbito; esta posibilidad genera algunas consecuencias que afectan sin lugar a dudas la regulación constitucional en materia del debido proceso, concretamente en nuestro país el artículo 18 de la Constitución Nacional que ya en 1853 proclamaba “es inviolable la defensa en juicio de la persona y los derechos”.

Ello porque rechazar una pretensión de alguien que recurre a la justicia en busca de amparo a sus derechos sin darle siquiera la oportunidad de probar su tesis ó dar intervención a la demandada para que brinde también sus explicaciones del caso parece una decisión autoritaria y, por lo tanto, alejada incluso de la razón de ser del Estado de Derecho.

Me explico, si consideramos que uno de los roles del Estado para garantizar la convivencia pacífica es apoderarse de diversos conflictos de sus ciudadanos a fin de gestionarlos por parte de un tercero imparcial a cuya autoridad nos sometemos; entonces debemos necesariamente concluir en que la negativa a tratar dicho conflicto afecta las bases

⁴ “Protección Judicial. 1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

2. Los Estados Partes se comprometen:

a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga el recurso;
b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y
c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso”

⁵ Corte IDH. El hábeas corpus bajo suspensión de garantías (Arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-8/87 de 30 de enero de 1987. Serie A No. 8, § 32, Corte IDH. Garantías judiciales en estados de emergencia (Arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-9/87 de 6 de octubre de 1987. Serie A No. 9, § 32.

mismas del sistema, desnaturaliza el proceso y afecta irremediablemente los derechos y garantías del o los afectados.

Una cosa es perder un pleito porque no se logró demostrar el hecho o el derecho, o bien porque la otra parte sí lo logró; y otra muy distinta es que el árbitro instituido para dirimir el conflicto y restablecer el derecho se niegue a su tratamiento.

Esto muestra entonces que la facultad de rechazo in limine debiera ser usada de modo excepcional, solamente para aquéllos rarísimos casos en los que la acción sea manifiestamente improcedente, “Sólo en casos verdaderamente inconducentes, incongruentes o absurdos puede el juez interviniente rechazar de plano una acción tan excepcional como el amparo”⁶.

Por el contrario, en casos dudosos, debería estarse siempre a favor de que la acción avance, sin perjuicio del resultado final, ya que ese es el único modo de garantizar la efectividad del recurso instituido en los términos de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

“24. El artículo 25.1 incorpora el principio, reconocido en el derecho internacional de los derechos humanos, de la efectividad de los instrumentos o medios procesales destinados a garantizar tales derechos. [...]. Según este principio, la inexistencia de un recurso efectivo contra las violaciones a los derechos reconocidos por la Convención constituye una transgresión de la misma por el Estado Parte en el cual semejante situación tenga lugar. En ese sentido debe subrayarse que, para que tal recurso exista, no basta con que esté previsto por la Constitución o la ley o con que sea formalmente admisible, sino que se requiere que sea realmente idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla”⁷.

En modo interrogativo: ¿de qué sirve contar con un remedio establecido legislativamente si cuando pretende ser usado se veda el acceso al mismo?, y respondido por la propia Corte IDH “No pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios”⁸.

Los problemas de la relación entre el artículo 43 de la Constitución Nacional y la ley 16986 tienen, en teoría, sus propios mecanismos de solución. Esto es, si la ley inferior es más restrictiva que la norma Constitucional y la Convencional, bastaría con recurrir al principio general “norma superior deroga ley inferior” y asunto terminado.

⁶ Gallegos Fedriani, Pablo; La LEY 4/6/2010.

⁷ Corte IDH. Garantías judiciales en estados de emergencia (Arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-9/87 de 6 de octubre de 1987. Serie A No. 9. En igual sentido: Caso Castillo Petrucci y otros Vs. Perú. Fondo. Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C No. 52, párr. 185; Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, párr. 235; Caso Durand y Ugarte Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 16 de agosto de 2000. Serie C No. 68, párr. 102; Caso Cantoral Benavides Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 18 de agosto de 2000. Serie C No. 69, párr. 164; Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74, párr. 136; Caso Reverón Trujillo Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de junio de 2009. Serie C No. 197, párr. 61.

⁸ Corte IDH, Garantías judiciales en estados de emergencia (Arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-9/87 de 6 de octubre de 1987. Serie A No. 9.

También encontramos autores que alegan que los problemas de colisión entre estas normas de distinta jerarquía han sido solucionados en la praxis forense aplicando un principio según el cual las reglas de la ley 16986 que contradicen la Constitución Nacional se reputan de hecho derogadas y, por lo tanto, no se aplican⁹.

Por otra parte hay trabajos que documentan las diferentes posiciones jurisprudenciales: por un lado, los que se inclinan por la inaplicabilidad de la ley 16986 cuando se oponga ideológicamente a la constitución; en una posición intermedia los tribunales que se inclinan por la vigencia de la ley 16986 en cuanto no contradigan y puedan considerarse una reglamentación razonable del nuevo artículo 43 de la Constitución Nacional y, finalmente quienes sostienen la vigencia de la ley 16.986 en cuanto no se oponga expresamente a la constitución¹⁰.

Sin embargo los tres casos relatados muestran que la práctica judicial no es tan sencilla; que la norma inferior sigue utilizándose para restringir el acceso a la justicia y así evitar que un juez examine nuestro caso cumpliendo con las etapas fundamentales de un proceso “la garantía de defensa en juicio requiere indispensablemente la observancia de las formas sustanciales relativas a acusación, defensa, prueba y sentencia”¹¹; y que si por caso las apelaciones no hubieran funcionado, los ciudadanos habrían quedado desamparados en casos importantes que involucran el derecho a una vivienda digna y al medio ambiente, sin posibilidad de “... obtener respuesta [...] a las demandas y solicitudes planteadas a las autoridades judiciales”¹²; en definitiva, sin un recurso judicial efectivo que resuelva el fondo de la controversia¹³.

Estos casos ameritan un debate sobre la necesidad de una nueva ley de amparo¹⁴, una ley que cumpla con los estándares constitucional y convencional y sea asimismo respetuosa de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; ello porque en el litigio cotidiano comprobamos con frecuencia -y gran pesar por cierto-, la falta de dimensión constitucional del proceso y la ausencia de sistematicidad.

La praxis nos muestra que esta es una necesidad actual y de importancia, dado que aún partiendo de la base de que los rechazos basados en el artículo 3 de la ley 16986 son pocos, la gravedad de lo que implica no es menor; de modo tal que estamos en condiciones de afirmar que si bien la violación de derechos fundamentales (acceso a la justicia y tutela judicial efectiva) cuantitativamente es menor, el daño en términos cualitativos es enorme, ya que “...la tutela del amparista es realmente una pieza esencial en la evolución de la

⁹ Sagües, Néstor Pedro “La cláusula de las garantías. El art. 43 de la Constitución Nacional a veinte años de la reforma de 1994”, en Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y sociales de la UNL en www.bibliotecavirtual.unl.edu.ar.

¹⁰ Tancredi, Ariel Horacio “El amparo y la reforma constitucional de 1994”, 2003, www.saij.jus.gov.ar, Id SAJ: DACC030034.

¹¹ CSJN Mattei, 29/11/1968.

¹² Corte IDH. Caso Cantos Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2002. Serie C No. 97, § 57, Corte IDH. Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2020. Serie C No. 400, § 295.

¹³ Corte IDH. Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151, § 139.

¹⁴ En igual situación se encuentra la República Argentina en relación con el instituto del Habeas Corpus, tema que si bien excede el presente trabajo, tiene también particular gravedad atento tratarse del derecho a la libertad.

efectividad concreta de la protección constitucional de los derechos...”¹⁵

Quiero finalizar con un fallo al que le tengo particular aprecio por la contundencia de sus apreciaciones:

“...[l] as normas legales deben interpretarse con una perspectiva funcional y el servicio de justicia debe ser lo que su nombre indica, un servicio, y no una traba inútil que entorpezca innecesariamente a los justiciables (...) No debe olvidarse que uno de los deberes de los tribunales es prestar a los litigantes una tutela judicial efectiva, y no que el aparato de los tribunales se convierta en una maquinaria pesada e insoportable cuya lamentable misión sea introducir ‘palos en la rueda’. Para eso no fueron designados los jueces de la Nación”¹⁶.

¹⁵ Gallegos Fedriani, Pablo; La LEY 4/6/2010.

¹⁶ Sala B de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, en los autos caratulados “VH, CM”, del 23 de febrero de 2015.

ACCESO A LA JUSTICIA Y TRABAJO JURÍDICO COMUNITARIO. REFLEXIONES DESDE EL EJERCICIO DE LA DEFENSA PÚBLICA EN LA CAUSA RIACHUELO

ACESSO À JUSTIÇA E TRABALHO JURÍDICO COMUNITÁRIO. REFLEXÕES DO EXERCÍCIO DE DEFESA PÚBLICA NA CAUSA RIACHUELO¹²

Mariel Acosta Magdalena
Abogada (UBA). Magíster en Derechos Humanos (UNLa).
macosta@mpd.gov.ar

Cecilia Calderón
Socióloga (UBA). Investigadora.
Prosecretaria Administrativa del Equipo Interdisciplinario de la DGN.
ccalderon@mpd.gov.ar

Sabrina Nahir Dentone
Abogada (UBA). Docente (UBA).
sdentone@mpd.gov.ar

Agustín Garone
Lic. en Ciencias de la Comunicación (UBA).
agarone@mpd.gov.ar

Julián González Durán
Arquitecto (UBA). Magíster en curso en Políticas Sociales Urbanas (UNTREF).
ljgonzalezduran@mpd.gov.ar

Catalina Highton
Lic. en Trabajo Social (UNLZ). Posgrado en Derechos Humanos y Política Social.
chighton@mpd.gov.ar

Andreea Parvu
Prof. en Ciencias Antropológicas (UBA).
aparvu@mpd.gov.ar

Teresita Rossetto
Abogada (UBA).
mrossetto@mpd.gov.ar

María Felicitas Tedeschi
Técnica Superior en Periodismo (TEA).
mtedeschi@mpd.gov.ar

¹ El presente artículo fue elaborado por el Equipo de Trabajo en la Causa Riachuelo y el Equipo Interdisciplinario de la Secretaría General de Política Institucional de la DGN (Defensoría General de la Nación - Argentina), ambos a cargo del Dr. Javier Lancestremere.

² Agradecemos también a **Mariano Gutiérrez**, **Antonella Tórtora** y **Nicolás Vargas**, quienes han formado parte del Equipo de Trabajo Riachuelo y de la construcción de estas reflexiones colectivas.

RESUMEN

En este artículo nos proponemos compartir algunos aspectos de nuestra práctica empírica y reflexiva en el marco del trabajo como equipo de abordaje territorial de la defensa pública en la Causa Riachuelo. Partimos de la premisa que los derechos sociales y los derechos ambientales son partes de un conjunto indivisible y por lo tanto su vulneración y restitución, respectivamente, deben ser entendidas de la misma manera. Por otra parte, argüimos que la estrategia jurídica es solamente una de las múltiples herramientas para canalizar el reclamo social, por lo que planteamos la necesidad de des-centralizar el derecho, en la ineludible tarea de articular las reglas del mundo jurídico con aquellas de las comunidades vulneradas en sus derechos socio-ambientales. En este sentido, creemos que es fundamental fortalecer el derecho a la información y participación de dichas comunidades en el ámbito jurídico, a fin de garantizar su acceso a la justicia. Por todo ello, concebimos –y aquí lo desarrollaremos– nuestra labor como un trabajo jurídico comunitario, con perspectiva transdisciplinaria, que aspira a aprehender de forma holística la especificidad del complejo entramado de relaciones sociales e institucionales de cada comunidad, transversal a la construcción y solución de su reclamo.

Palabras clave: Acceso a la justicia. Defensa Pública. Causa Riachuelo. Derechos socio-ambientales. Trabajo jurídico comunitario.

RESUMO

Neste artigo, nos propomos a compartilhar alguns aspectos de nossa prática empírica e reflexiva no âmbito do trabalho como uma equipe de abordagem territorial da defesa pública na Causa Riachuelo. Partimos da premissa de que os direitos sociais e os direitos ambientais fazem parte de um conjunto indivisível e, portanto, sua violação e restituição, respectivamente, devem ser entendidas da mesma maneira. Por outro lado, argumentamos que a estratégia jurídica é apenas uma das múltiplas ferramentas para canalizar a reivindicação social, e portanto afirmamos a necessidade de descentralizar o direito, na tarefa inevitável de articular as regras do mundo jurídico com as das comunidades cujos direitos socioambientais foram violados. Nesse sentido, acreditamos que é essencial fortalecer o direito à informação e participação dessas comunidades no campo jurídico, a fim de garantir seu acesso à justiça. Por todas essas razões, concebemos –e aqui vamos desenvolvê-lo– nosso trabalho como um trabalho jurídico comunitário, com perspectiva transdisciplinar, que aspira a apreender holisticamente a especificidade da complexa estrutura de relações sociais e institucionais de cada comunidade, transversal à construção e solução da sua reivindicação.

Palavras-chave: Acesso à justiça. Defesa Pública. Causa Riachuelo. Direitos sociambientais. Trabalho jurídico comunitário.

SUMÁRIO

INTRODUCCIÓN. 1. DERECHOS VULNERADOS Y ACCESO A LA JUSTICIA EN LA CAUSA RIACHUELO. 1.1 Origen y devenir de una causa estructural. 1.2 Vulneración de derechos sociales y ambientales, una combinación indivisible. 1.3 Las brechas físicas y simbólicas para el acceso a la Justicia de las comunidades afectadas en la Causa Riachuelo. 1.4 La conformación del Equipo Riachuelo de la DGN, un esfuerzo por profundizar el acceso a la justicia. 2. EL TRABAJO JURÍDICO COMUNITARIO DEL EQUIPO RIACHUELO. 2.1 Características del trabajo jurídico comunitario. Definiciones, objetivos y tareas. 2.2 Reflexiones a partir del trabajo jurídico comunitario. 2.2.1 ¿Trabajo interdisciplinario o transdisciplinario? 2.2.2 Des-centralizar el derecho. 2.2.3 Tensiones en la construcción colectiva y participativa de la estrategia jurídica. 2.2.4 Especificidad de los territorios. CONCLUSIÓN. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

INTRODUCCIÓN

El respeto por los Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales (DESCA) o derechos socio-ambientales está intrínsecamente relacionado con la protección de grupos en situación de vulnerabilidad, por cuanto resultan ser éstos los que sufren los efectos de la desigualdad social, favorecida por la normatividad vigente, derivando de ello el cuasi nulo acceso de su parte a esos derechos fundamentales.

Ahora bien, a partir de la firma del “Protocolo de San Salvador”, y su posterior aprobación (en Argentina en 1996), se incorporaron al orden normativo los derechos sobre el Medio Ambiente orientados a la protección de grupos específicos de la población, retomándose los contenidos del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. El concepto de DESCAs, lejos de constituirse en derechos de segunda generación, se traduce en una profundización de los Derechos Humanos, obligando a una comprensión amplia de tales derechos en su dimensión colectiva, integral, universal, indivisible y, merced al principio de interdependencia, sin jerarquías entre sí. Los DESCAs se componen de los derechos a la salud, a la alimentación, a la educación, a la vivienda, a un nivel de vida adecuado, a un medio ambiente sano, al agua, entre otros. Es decir, todos derechos interrelacionados, que constituyen obligaciones ineludibles para avanzar en la justicia socio ambiental.

El caso que se presenta a partir de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina (en adelante CSJN o la Corte) en la denominada Causa Mendoza o Causa Riachuelo³, que versa sobre los daños derivados de la contaminación ambiental del Río

³ Expediente M. 1569. X, caratulado: “Mendoza Beatriz Silva y otros c. Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza-Riachuelo)”. Beatriz Mendoza, quien le da nombre a la causa, es una de las trabajadoras de la salud de Villa Inflamable y actora de la causa. Debido al alcance de la causa en la Cuenca Matanza-Riachuelo, se ha popularizado su denominación como **Causa Riachuelo**, a la cual empleamos también en este artículo (alternadamente con “la Causa”).

Matanza-Riachuelo y que será abordado en el presente artículo, representa un importante desafío para el ejercicio de la defensa pública, en la medida que sus alcances refieren a personas cuyos derechos sociales y ambientales han sido vulnerados, configurándose como un caso de injusticia ambiental, el cual se caracteriza por la concentración de riesgos ambientales en los territorios de mayor vulneración social de la Nación y sobre quienes tienen el menor poder político y económico en nuestra sociedad.

En el primer apartado de este artículo nos proponemos, antes que nada, ilustrar brevemente el recorrido que tuvo la Causa Riachuelo hasta el dictado de la sentencia por parte de la CSJN. Luego, nos interesa describir cómo se combinan y potencian la vulneración de los derechos sociales y ambientales de la población afectada. En función de esta caracterización, abordaremos entonces los obstáculos para el acceso a la justicia que encuentran estas comunidades, como consecuencia de las lógicas y prácticas de las instituciones en su vinculación con la población involucrada. Finalmente, presentaremos aquellos mecanismos de acceso a la justicia que se han generado desde el Ministerio Público de la Defensa de la Nación Argentina (en adelante, MPD) para intervenir en la Causa Riachuelo, con el objetivo de acortar las brechas existentes para muchas de las personas implicadas en este proceso.

En el segundo apartado, desarrollaremos en qué consiste, conceptual y metodológicamente, nuestro trabajo jurídico comunitario en el marco de la Causa Riachuelo y ofreceremos humildemente algunas reflexiones que hemos trabajado a partir de la experiencia acumulada, acerca de sus límites, tensiones y potencialidades. Aspiramos a plasmar en estas páginas las situaciones y tensiones que surgen en el trabajo cotidiano que nos exigen una reflexión teórica que luego podrá potenciarse en estrategias territoriales concretas.

1. DERECHOS VULNERADOS Y ACCESO A LA JUSTICIA EN LA CAUSA RIACHUELO

1.1 Origen y devenir de una causa estructural

La Causa Riachuelo, emblemática en su rubro, se origina a partir de una demanda interpuesta en razón de las afectaciones a la salud de personas que habitan o trabajan en ámbitos propios de la cuenca hidrográfica Matanza-Riachuelo, a raíz de la grave contaminación de ese curso fluvial y sus adyacencias. La cuenca abarca una superficie de 2.047 km² en la que reside una población de aproximadamente 6 millones de personas⁴.

El proceso de contaminación de la cuenca fue agudizándose a medida que se instalaron en la zona diversas industrias que desarrollaron su actividad económica, en especial a partir de mediados del siglo pasado, con desconsideración del cuidado del medio ambiente y la salud de los habitantes de las áreas aledañas. Ello sin desmedro de la responsabilidad del

4 Cfr. Autoridad de Cuenca Matanza Riachuelo (ACUMAR). Disponible en: <http://www.ACUMAR.gob.ar/caracteristicas-cuenca-matanza-riachuelo/>.

Estado que, al no llevar a cabo de forma adecuada el control de las empresas y la planificación urbana, auspició la generación de la problemática actual.

Si bien durante la última década del siglo pasado la necesidad de sanear el Riachuelo comenzó a instalarse en la agenda pública y los sucesivos gobiernos comenzaron a proyectar planes de gestión ambiental, lo cierto es que los objetivos no lograron alcanzarse.

En la periferia del Polo Petroquímico de Dock Sud (partido de Avellaneda, Provincia de Buenos Aires), se asienta la denominada “Villa Inflamable”, radicada allí antes de la formación de ese Polo. Frente a las consecuencias palpables de la contaminación, sus habitantes quisieron tomar medidas para proteger su salud y preservar su lugar de residencia. Quienes trabajaban en la zona sufrían también los mismos riesgos ambientales, aunque no fueran residentes. En este marco, el 14 de julio de 2004, un grupo de personas que residían y/o trabajaban en este barrio presentó ante la Corte una demanda contra el Estado Nacional, la Provincia de Buenos Aires, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 44 empresas de la zona, y contra quien o quienes en definitiva resultaran responsables por los daños y perjuicios generados a esa comunidad y al ambiente. Según se detalla en la demanda, todas las personas constituidas en actoras se encontraban con niveles elevados de plomo en sangre, sufriendo severos daños en su salud como consecuencia de la contaminación ambiental. Por caso, las mujeres padecen trastornos en sus embarazos, mientras que los niños y las niñas ven alterado su metabolismo y poseen una talla y peso menor que la media. Además del reclamo personal de este grupo, se demandó por la prevención, recomposición y resarcimiento del daño colectivo infringido por las acciones contra el medio ambiente⁵.

En julio de 2008 la Corte dictó la sentencia en la que se determinó la responsabilidad que les cabe al Estado Nacional, la Provincia de Buenos Aires⁶ y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en las acciones destinadas a un mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la recomposición del ambiente y la prevención de daños futuros⁷.

La CSJN estableció un programa de intervención que obliga a la Autoridad de la Cuenca Matanza-Riachuelo (ACUMAR⁸) a seguir un cronograma de actuación de medidas que se vinculan a: a) producción y difusión de información pública; b) control de la contaminación industrial; c) saneamiento de basurales; d) extensión de obras de aguas, cloacas y desagües pluviales; e) realización de un plan sanitario de emergencia; f) adopción de un sistema internacional de medición para evaluar el grado de cumplimiento de los objetivos. Además,

⁵ Escrito de demanda: Iniciamos demanda. Medida cautelar, 14 de julio de 2004. Disponible en: www.cij.gov.ar/adj/expedientes_riachuelo/01.pdf, págs. 21 y ss.

⁶ Dentro de la Provincia se encuentran también 14 Municipios que resultan involucrados en la ejecución del Plan de saneamiento ambiental, aunque no sean condenados.

⁷ Previamente, el 20/6/2006, se dictó la primera sentencia, declarándose la CSJN competente sólo en relación a la recomposición y resarcimiento del daño colectivo, e invitando a las partes actoras a que concurran a tribunales ordinarios para el resarcimiento de los daños y perjuicios individuales.

⁸ Entidad interjurisdiccional que incluye autoridades del Poder Ejecutivo Nacional, de la Provincia de Buenos Aires y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y que tiene a su cargo la ejecución del Plan Integral de Saneamiento Ambiental de la Cuenca Matanza Riachuelo.

con el objetivo de mejorar la calidad de vida de la población, la ejecución de la sentencia también controla la realización de procesos de relocalización y reurbanización de barrios en riesgo ambiental de la Cuenca⁹.

A fin de asegurar la correcta ejecución de la sentencia, la Corte delegó el proceso de ejecución a dos Juzgados Federales de Primera Instancia que tienen la función de controlar el cumplimiento de la sentencia.

La decisión jurisdiccional de la Corte, al reconfigurar la causa como una causa de incidencia colectiva, parte de un diagnóstico integral de la problemática como consecuencia de determinadas lógicas y prácticas políticas e institucionales establecidas, que a lo largo de los años impidieron avanzar en su reversión.

Desestabilizar dicho estado de situación es posible desde un cuestionamiento sistémico e integral a las políticas públicas implementadas, así como también desde el ordenamiento de medidas estratégicas y procesos de monitoreo y control, camino que judicialmente sólo es posible de abrir desde la forma de la acción colectiva.

En este marco, no sólo son destacables las dimensiones y la complejidad de la Causa Riachuelo, sino principalmente su impacto social, en términos cuantitativos y cualitativos.

La particular situación de vulnerabilidad social de las familias afectadas, así como también la cantidad de población involucrada y el tipo obras de ejecución que la sentencia de la causa ordena para repararlas, la convierten en una causa judicial donde la dimensión social cobra un protagonismo inusitado, en el marco de la problemática ambiental.

1.2. Vulneración de derechos sociales y ambientales, una combinación indivisible

La Causa Riachuelo evidencia de un modo claro y concreto una situación de injusticia ambiental, en la medida en que ciertos grupos particulares han externalizado las consecuencias ambientales negativas de sus actividades económicas, cargando sus costos en las poblaciones más vulnerables. Es decir, la injusticia ambiental no es meramente una situación de daño del medio ambiente que debe ser reparado y saneado, debido a su impacto social general. Su sentido de injusticia no reside principalmente en el daño ambiental sino en la forma en que ese daño es distribuido socialmente, con particular afectación a los sectores en situación de mayor vulnerabilidad: aquellos grupos más perjudicados por los riesgos ambientales son justamente los mismos que sufren situaciones de pobreza estructural.¹⁰ Estas poblaciones sufren la desigualdad social y la desigualdad ambiental de forma combinada y potenciada, profundizando la situación de vulnerabilidad. Tal superposición de vulneraciones, claro está,

⁹ Estos procesos han sido comprometidos dentro del Convenio Marco: Acuerdo General para el cumplimiento del Plan de Urbanización de Villas y Asentamientos Precarios en riesgo ambiental de la Cuenca Matanza Riachuelo, Segunda y última etapa, firmado el 20 de diciembre de 2010 por todas las autoridades responsables de la ejecución de la causa "Mendoza" (Estado Nacional, la CABA, la Provincia de Buenos Aires, y los municipios involucrados) que prevé 17.771 soluciones habitacionales para familias que vivan en estos barrios en riesgo ambiental.

¹⁰ Merlinsky G. Política, derechos y justicia ambiental. El conflicto del Riachuelo, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2013.

no es casual ni coyuntural, sino consecuencia de procesos sociales e históricos.

Uno de estos procesos ha sido la apropiación de recursos públicos por parte de sectores privados para su actividad económica, y el carácter ilegal del modo de utilización de aquellos recursos públicos, incumpliendo la normativa ambiental. Por otro lado, otro evidente factor determinante es la ausencia de control, monitoreo, y sanciones por parte del Estado a dichas acciones ilegales por parte de las empresas. Por último, el tercer elemento que incide en la configuración de las desigualdades que emergen crudamente en esta causa, son los propios procesos expulsivos del mercado de suelo, cuya particular regulación actual genera que las áreas más degradadas ambientalmente sean las únicas a las que pueden acceder los grupos de bajos ingresos.

De este modo, se configuran situaciones que algunos autores llaman “hiperperiferia”, donde a las características negativas relacionadas con la desigualdad social y residencial (peor acceso a infraestructura, menores ingresos de la población o mayores obstáculos para el trabajo, etc.), se añaden condiciones de exclusión urbana, como son los graves riesgos ambientales¹¹. En este sentido, destacamos la necesidad de discutir el enfoque que invisibiliza el problema estructural de la desigualdad social sugiriendo que todos los grupos sociales estarían igualmente expuestos a los efectos nocivos de la crisis ambiental.¹²

Podemos deducir, entonces, que las zonas de mayor vulnerabilidad ambiental son aquellas donde se concentran las villas y asentamientos de la cuenca. Muchas de estas urbanizaciones deficientes se encuentran ubicadas en suelos contaminados, con condiciones inadecuadas de habitabilidad, áreas por debajo de la cota de inundación, con basurales e industrias contaminantes en su proximidad o en su mismo territorio. En este sentido, es bien ilustrativa la descripción generalizada que realiza Gabriela Merlinsky:

“(…) una persona que vive en un asentamiento informal o villa de emergencia en la cuenca Matanza Riachuelo tiene altísimas probabilidades de habitar un terreno inundable que, en caso de anegarse, acarrea la invasión de aguas contaminadas en la vivienda por el desborde del pozo ciego o cámara séptica. Si el patio tiene piso de tierra probablemente el suelo este contaminado con sustancias que provienen de la disposición de basuras domesticas o industriales. Si no tiene agua segura, el uso de cualquier perforación lo condena a tomar agua contaminada, y no tendrá suficiente agua para garantizar las condiciones mínimas de higiene que impiden el contacto con los contaminantes del suelo (que por la acción del viento se esparcen en la vivienda). Esa misma persona, posiblemente, reside a no más de cinco cuadras de un basural a cielo abierto, y si además vive en las proximidades de una industria, posiblemente esté expuesta a emanaciones peligrosas.”¹³

Como vemos en esta Causa, la vulneración de derechos sociales y ambientales es

¹¹ Torres, H. y Marques, E., Reflexões sobre a hiperperiferia: novas e velhas faces da pobreza no entorno metropolitano, Revista Brasileira de Estudos Urbanos e Regionais Nº4, 2002.

¹² Ver los conceptos de “visión standard” y “modernización ecológica” con relación a las diversas interpretaciones de la cuestión ambiental en: Harvey, D. Justice, Nature and the Geography of Difference. Oxford: Blackwell, 1996.

¹³ Merlinsky G., Op. cit.

prácticamente indivisible, evidenciando la imposibilidad de referirnos a la cuestión ambiental de la causa sin abordar necesariamente la dimensión social de la población afectada por la degradación ambiental, y su no casual especificidad en términos de vulnerabilidad social.

En este sentido, dimensionar la centralidad de la cuestión social en la causa y las características de las comunidades afectadas nos lleva a reflexionar acerca de los mecanismos, prácticas y lógicas de las instituciones judiciales en su vinculación con esta población, y sus efectos en términos de acceso a la justicia.

1.3 Las brechas físicas y simbólicas para el acceso a la justicia de las comunidades afectadas en la Causa Riachuelo

Las comunidades afectadas en la Causa Riachuelo son aquellas en situación de vulnerabilidad y riesgo ambiental, residentes en asentamientos de la Cuenca Matanza Riachuelo, que se encuentran involucradas en procesos de relocalización y/o reurbanización. Numerosas familias de estos barrios serán relocalizadas, o bien recibirán un mejoramiento en la vivienda, a través de soluciones habitacionales dispuestas por el Convenio Marco 2010¹⁴.

Teniendo en cuenta la numerosa cantidad de familias afectadas y de jurisdicciones y obras involucradas, la defensa pública continúa insistiendo en la importancia fundamental del acceso a la información y participación por parte de la población afectada a la Causa, ya que resultan ser estos prerequisites indispensables para el real acceso a la justicia. Posibilitar que los vecinos y las vecinas conozcan el estado de las obras, los planes de relocalización o (re)urbanización, los resultados a los estudios del medioambiente y de salud de la población, y toda aquella información pertinente en forma completa, adecuada, oportuna y veraz, les permite una efectiva participación en aquellas decisiones que afectan su propia vida, su presente y su futuro. Esto implica además una mayor eficacia en la toma de decisiones, ya que agiliza plazos y evita obstáculos en la ejecución de las obras.

Sin embargo, existen importantes barreras que impiden la real participación de las personas afectadas por la ejecución de la sentencia (y por ende el efectivo acceso a la justicia), que mayoritariamente no tienen que ver con la Causa Riachuelo en particular, sino con un modo de funcionamiento del sistema de administración de justicia, cuyas prácticas institucionalizadas tienen muchas veces un efecto excluyente de la población en situación de vulnerabilidad.

Se erige como principal barrera al acceso a la justicia la mirada homogeneizadora de las instituciones judiciales, basada en una concepción según la cual todas las personas tenemos las mismas oportunidades para participar en la arena pública (en el caso que nos convoca, en la causa judicial o en una mesa de trabajo) a través de un idéntico tratamiento, desconociendo así las diferencias culturales, de valores, acervos y experiencias entre grupos.

¹⁴ Referencia completa al acuerdo en la nota al pie n° 8.

El seguimiento estricto de un trato igual a fin de permitir la participación en los asuntos públicos (pero a la vez ciego a las diferencias), tiende a perpetuar el privilegio de algunos grupos y la exclusión de otros¹⁵.

Son profusas las formas palpables en las que podemos identificar aquella mirada excluyente. Entre otras: la inmensa lejanía geográfica de los órganos judiciales respecto de la mayoría de las comunidades en situación de vulnerabilidad (un/a vecino/a de Villa Inflamable del Municipio de Avellaneda, por ejemplo, tiene que recorrer 35 km en múltiples medios de transporte público para ir hasta el Juzgado Federal de Morón, donde se tramita la Causa), el exceso de datos técnicos o el abuso de lenguaje especializado, la falta de diálogo y vínculo entre las comunidades y las instituciones judiciales, las modalidades en que se “informa” a las personas afectadas (generalmente a través de plataformas digitales a las cuales es muy difícil acceder cuando no se cuenta con dispositivos tecnológicos o servicio de internet), etc. Además, la ausencia de una ley que regule los procesos colectivos (de una manera respetuosa de los derechos de la población en situación de vulnerabilidad, como lo es la mayor parte de la población afectada en este caso) genera que el trámite de la causa termine siendo poco permeable a que se produzcan instancias judiciales participativas en los territorios, que faciliten el acceso real a la justicia.

Ahora bien, entendemos que el ámbito judicial, por ser justamente un espacio que se activa a partir del deterioro de otros ámbitos tradicionales de deliberación, tiene la función de efectivizar la participación de los afectados y la restitución de derechos de las comunidades en situación de vulnerabilidad. Ello es posible a través de la creación de prácticas y mecanismos judiciales diferenciados y especiales que permitan remover los obstáculos estructurales, que no aspiren a homogeneizar a los grupos de actores sociales, sino por el contrario, consoliden un sector público heterogéneo,¹⁶ en el cual las diferencias se reconocen y se aceptan, logrando efectivamente la inclusión y participación de los grupos que menos acceden a la justicia.

1.4 La conformación del Equipo Riachuelo de la DGN, un esfuerzo por profundizar el acceso a la justicia

Frente al desafío de acortar las brechas existentes para el acceso a la justicia de la población en situación de vulnerabilidad afectada en esta causa judicial y de posibilitar un

¹⁵ Young, I. M. Vida política y diferencia de grupos: Una crítica al ideal de ciudadanía universal”, en Carme Castells (comp.), Perspectivas feministas en teoría política, Barcelona: Paidós, 1996.

¹⁶ Young, I. M. Op. cit.

mejor servicio de la defensa pública, mediante la Res. DGN N° 720/14¹⁷ se creó el Equipo de Trabajo en la Causa Riachuelo de la Defensoría General de la Nación (en adelante “Equipo Riachuelo de la DGN” o el “Equipo”), para establecer una dinámica de trabajo que garantice la presencia territorial en los barrios afectados por la Causa Riachuelo.

El Equipo está integrado por profesionales especializadas/os de diversas disciplinas, lo cual permite una asistencia integral y de proximidad, de conformidad con lo prescripto por las “Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad”. Además, asiste a las defensorías públicas oficiales que intervienen ante los Juzgados delegados por la CSJN para el seguimiento de la ejecución de la sentencia.

Las acciones del Equipo Riachuelo están dirigidas a generar el acceso a la justicia de 38 barrios del conurbano bonaerense¹⁸, realizando un abordaje territorial que implica una aproximación a las comunidades afectadas y permite, naturalmente, comenzar a dar cumplimiento al derecho a la información y participación, y con ellos al acceso a la justicia y al derecho a la vivienda adecuada.

El abordaje que realiza el Equipo se encuentra únicamente direccionado a la Provincia de Buenos Aires, como consecuencia del fructífero y estratégico convenio suscripto entre el MPD y el Ministerio Público de la Defensa del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (MPD CABA)¹⁹. Dicho convenio se hizo efectivo en virtud de la coincidencia de los objetivos institucionales y la conveniencia de una intervención que aúne los esfuerzos de ambas instituciones y posibilite la más amplia cobertura del acceso a la justicia de los sectores en situación de vulnerabilidad, constituyéndose en un modelo de buenas prácticas de articulación e intervención mancomunada entre dos organismos de defensa pública.

Tras la firma del acuerdo, las tareas de abordaje territorial en los barrios de la CABA afectados a la Causa Riachuelo son realizadas por el MPD CABA, así como toda intervención

¹⁷ A través de esta resolución, la Defensora también instruyó a magistradas/os, funcionarias/os y empleadas/os del MPD de la Nación, con intervención en la ejecución de la sentencia de la CSJN, a que orienten su accionar en los términos de los criterios y principios establecidos en el Anexo A de la Res. DGN N° 720/14, los que además del derecho a la participación también refieren al derecho a la información, el derecho a la mejora sustantiva en el bienestar, el derecho a una adecuada planificación y disposición de recursos económicos y humanos, el derecho a la provisión de soluciones alternativas que respeten su derecho al trabajo, entre otros.

¹⁸ Estos 38 barrios en los que el Equipo realiza abordaje territorial están conformados por aproximadamente 28.100 familias. Estos barrios no totalizan la cantidad de barrios de la cuenca del conurbano bonaerense, sino solamente a aquellos en los que el Equipo tiene intervención. El número de familias mencionados es aproximado, debido a las imprecisiones de los censos que fueron realizados por las autoridades gubernamentales correspondientes sin un criterio unívoco, y que además datan de diez años atrás. Estos barrios son (ordenados por Municipio): en Avellaneda (Villa Inflamable, Villa Tranquila e Isla Maciel); en Almirante Brown (14 de Noviembre, Barrio Arroyo del Rey, Barrios El Encuentro, San Pablo y La Cumbre –Burzaco-, Barrios El Trébol y Sáenz –Claypole-, Plaza CGT -San José-, 6 de Diciembre -Don Orione-); en Esteban Echeverría (9 de Enero, San Ignacio/ La Morita, Sarmiento); en La Matanza (Los Ceibos, Las Antenas y Barrio Nicole); en Lanús (La Maquinita, Villa Jardín, Villa Talleres, 10 de Enero, ACUBA, y los nuevos complejos habitacionales: Barrio Néstor Kirchner y Fabricaciones Militares) en Lomas de Zamora (Campo Unamuno en Villa Fiorito, compuesto por los barrios Libre Amanecer, Soledad, La Lonja, 1º de Octubre, Diego Armando Maradona, 3 de Enero, 17 de Marzo, 2 de Mayo y Libertad) y en Merlo (en Juancito y Las Torres).

¹⁹ La firma del “Primer Acuerdo complementario del Convenio Marco de Cooperación Institucional entre el MPD de la Nación y el MPD del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires -CABA-” se llevó a cabo el 31 de octubre de 2014, fue firmado por el Dr. Horacio Corti (a cargo del MPD CABA) y la Dra. Stella Maris Martínez (a cargo del MPD) y fue protocolizado por Res. DGN N° 1765/14 y Resolución del MPD de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires DG N°547/14.

suplementaria o derivada del abordaje territorial²⁰. Esto posibilitó que el Equipo Riachuelo pudiera focalizar su intervención en los territorios de la Provincia de Buenos Aires (los que no contaban con otra asistencia de defensa pública), en los cuales las extensas distancias territoriales generan mayores obstáculos para el acceso a la justicia. Además, a partir de este acuerdo colaborativo hemos podido articular eficazmente el trabajo de ambos organismos, logrando de esta manera maximizar y potenciar los recursos de la defensa pública.

Teniendo en cuenta la gran distancia física, pero principalmente simbólica entre las instituciones y los territorios, caracterizada en este apartado, la misión que se le presenta entonces al Equipo es la de contrarrestar la perspectiva homogeneizadora sobre los derechos, acortando las brechas existentes para el acceso a la justicia de la población en situación de vulnerabilidad. En este marco, el trabajo jurídico comunitario es el que nos permite desarrollar prácticas desde la especificidad de las comunidades afectadas en la Causa Riachuelo, construyendo estrategias en conjunto con las vecinas y los vecinos, a fin de lograr su participación efectiva.

2. EL TRABAJO JURÍDICO COMUNITARIO DEL EQUIPO RIACHUELO

2.1 Caracterización del trabajo jurídico comunitario. Definiciones, objetivos y tareas

El Equipo Riachuelo de la DGN está integrado por profesionales de diferentes disciplinas: abogacía, comunicación social y arquitectura; y trabaja conjuntamente con el Equipo Interdisciplinario de la Secretaría General de Política Institucional de la DGN, integrado por profesionales de sociología, antropología y trabajo social, lo que garantiza una perspectiva amplia e integral en la realización del trabajo jurídico comunitario. Más adelante ahondaremos en cómo concebimos la integración de diversas disciplinas para lograr una mirada transdisciplinaria.

En pos de efectivizar el acceso a la justicia, los objetivos más concretos del Equipo tienen que ver con lograr un fehaciente conocimiento de la problemática específica de cada comunidad, representar judicialmente su voluntad, peticiones y reclamos (tanto colectivos como individuales), brindar asistencia jurídica y patrocinio colectivo a familias y barrios ante los juzgados a cargo de la ejecución de la sentencia, canalizar las demandas a través de gestiones administrativas y/o judiciales y promover la proximidad de las/os vecinas/os a los organismos judiciales y ejecutivos con responsabilidades en la Causa.

Ahora bien, para lograr esos objetivos es fundamental la realización de lo que

²⁰ Cabe aclarar que, si bien las intervenciones territoriales son realizadas por el MPD CABA, el MPD sigue interviniendo en la CABA a través de las Defensorías Públicas Oficiales actuantes ante los Juzgados de ejecución delegados por la CSJN para el seguimiento del cumplimiento de la sentencia. En especial a través de la Defensoría Pública Oficial N° 2 ante los Juzgados Federales en lo Criminal y Correccional de Morón, con quienes de manera articulada se vehiculizan judicial o extrajudicialmente los reclamos territoriales producto del trabajo del MPD CABA. A su vez, el Equipo Riachuelo de la DGN también trabaja de manera articulada con dicha Defensoría para la canalización de las demandas surgidas en el territorio.

denominamos trabajo jurídico comunitario. Para el Equipo Riachuelo, el **trabajo jurídico comunitario** puede ser definido como un **proceso de construcción conjunta, entre operadores/as jurídicos/as y comunidad, de una estrategia jurídica -que incluye, pero excede el ámbito judicial- que se integra y combina con otras acciones de la comunidad para lograr el cumplimiento de los derechos vulnerados.**

Con relación a la anterior definición, vale la pena realizar algunas aclaraciones. Por un lado, entendemos al campo jurídico como aquel ámbito que no se reduce a la norma, al sistema judicial o a la justicia, sino que los abarca.

Así, “el ámbito jurídico es una de las formas en que la sociedad ha intervenido y ha influido en la construcción de lo real a través de la producción y formulación de normas y políticas para convivir, a partir de una dinámica social que se encuentra en constante movimiento”.²¹

Por otro lado, respecto del concepto de comunidad, nos parece atinado retomar la discusión que propone Cristina Cravino acerca de las formas en que las distintas agencias estatales “esencializan” a los habitantes de los barrios como grupos homogéneos, armónicos y solidarios, calificando a los barrios positivamente si tienen niveles de organización comunitaria, y negativamente si no la tienen²². En este sentido, desde la experiencia del Equipo Riachuelo, identificamos ciertas características comunes que comparten los habitantes de los barrios que a nuestro entender configuran comunidades, tales como la adscripción territorial, la autoadscripción sociocultural, problemáticas en común, reclamos por condiciones dignas de vida, instancias de organización barriales, entre otras. Sin embargo, tomamos distancia de las concepciones esencializadoras, destacando que existen en estos territorios necesidades diversas, contradicción de intereses, conflictividades internas y disputas de representación, que ponen en evidencia que comunidad no implica homogeneidad. Y principalmente tenemos en cuenta que la realidad de estos grupos no se configura al margen de los procesos estructurales o globales, sino todo lo contrario, son una expresión de los procesos sociales, políticos, económicos y culturales, históricamente determinados. Respecto de las tareas concretas desarrolladas en el trabajo jurídico comunitario, podemos incluir aquellas formas tradicionales de asistencia jurídica (realización de oficios, escritos y recursos judiciales, asistencia a audiencias judiciales, reuniones con funcionarios/as, entrevistas con familias afectadas, gestiones administrativas, realización de informes de diversas disciplinas), pero las acciones principales son aquellas vinculadas a la presencia territorial: recorridas en territorio, relevamientos, organización de las diversas demandas comunitarias, reuniones con vecinas/os y referentes barriales, participación en asambleas barriales y reuniones de

²¹ Lovisolo, Daniela y Reinoso, Viviana. Propuesta de acción comunitaria: estrategias para el ejercicio de derechos / - 1ra ed. - 1ra reimpr. - Buenos Aires: Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia A.C.I.J. 2010, https://acij.org.ar/wp-content/uploads/2011/11/calc_editorial_OUT.pdf.

²² Cravino, C. El barrio concebido como comunidad: Reflexiones acerca de algunos supuestos presentes en la focalización territorial de políticas asistenciales. Cuaderno Urbano Nº 4. Universidad del Noreste. Resistencia. 2004.

redes institucionales, participación en mesas de trabajo inter-institucionales, elaboración de materiales de acceso a información, entre otras.

Sin embargo, para que ese conjunto de tareas redunde efectivamente en un **proceso de construcción conjunta de una estrategia jurídica** es necesario un determinado posicionamiento de las/os operadora/es jurídicas/os que necesita muchas veces la deconstrucción de cierto bagaje conceptual, así como también de prácticas y comportamientos asimilados, que hacen a los usos hegemónicos del derecho. En este sentido, proponemos a continuación algunas reflexiones sobre nuestras propias prácticas: tensiones, dificultades e incluso tan solo preguntas aún sin respuestas, que surgen a partir del desarrollo de nuestro trabajo.

2.2 Reflexiones a partir del trabajo jurídico comunitario

2.2.1 ¿Trabajo interdisciplinario o transdisciplinario?

Una convicción desde la cual partimos a la hora de pensar la práctica jurídica comunitaria es que no es posible circunscribir este tipo de abordajes al desarrollo de la “abogacía comunitaria”. Creemos que la posibilidad de intervenir en procesos comunitarios necesita del aporte de miradas disciplinarias diversas y no únicamente legales, teniendo en cuenta que las realidades comunitarias necesitan ser comprendidas desde una perspectiva amplia y compleja.

A partir del camino recorrido como Equipo, fuimos reflexionando también acerca de los límites que tenía el enfoque interdisciplinario, entendido como una suma de miradas específicas donde cada operador/a realiza un abordaje exclusivo de su campo y su profesión. Si bien para algunas cuestiones particulares, muchas veces es sumamente necesario el conocimiento específico, fuimos comprendiendo que para llevar a cabo el trabajo comunitario es fundamental una **perspectiva transdisciplinaria** que logre atravesar los límites disciplinarios para construir un enfoque holístico e integrador.

Entendemos que el desafío es el de construir una mirada que permita abordar y comprender la realidad comunitaria en sus múltiples dimensiones, de una manera integradora, y no desde campos disciplinarios rígidos que por sí mismos no logran dar cuenta de las problemáticas en su complejidad, la cual reside justamente en la interacción entre fenómenos habitualmente abordados por disciplinas diversas. La realidad social está conformada por una interacción dinámica entre múltiples componentes, por lo que el conjunto de las herramientas institucionales y disciplinarias que pretenden abordarla debe a su vez constituirse en algo más que la suma de sus partes. Ergo, la necesidad de una mirada transdisciplinaria que atraviese nuestro trabajo. Tal como plantea Basarab Nicolescu:

“La transdisciplinariedad comprende, como el prefijo ‘trans’ lo indica, lo que está, a la vez, entre las disciplinas, a través de las diferentes disciplinas y más allá de toda disciplina. Su finalidad es la comprensión del mundo presente, y uno de sus imperativos

es la unidad del conocimiento”²³.

Desde esta perspectiva, creemos que son sumamente necesarios los espacios de debate y reflexión entre las/os operadoras/es de diversas disciplinas, acerca de las problemáticas y realidades comunitarias, para que ese intercambio logre una comprensión amplia y compartida, que fortalezca la capacidad interpretativa de todos los operadores y las operadoras respecto de las realidades sociales en las que intervienen.

2.2.2 Des-centralizar el derecho

Partimos de la comprensión de que los procesos de judicialización de derechos sociales son apenas una forma, entre muchas otras, en que se expresan los conflictos sociales cuya raíz es la desigualdad social estructural. Por eso, son conflictos que se visibilizan en distintas dimensiones, al igual que la lucha por el cumplimiento de esos derechos vulnerados. Es así que podemos identificar entonces la expresión territorial, política, económica, comunicacional y cultural (además de la jurídica) de esa conflictividad social.

En este sentido, es fundamental que realicemos una crítica de cierta visión derecho-céntrica muy común en el ámbito jurídico, que presupone el proceso judicial como principal escenario de desarrollo del conflicto y de su resolución.

La actitud crítica del/a operador/a jurídico/a debe ser la de combatir la pretensión totalizadora del derecho y entender que la estrategia jurídica no debería hegemonizar la lógica del reclamo social, sino acompañar y complementar una estrategia integral, que es la estrategia comunitaria. Resulta esencial que la comunidad tenga la posibilidad de articular la herramienta judicial con otras variables como lo son la incidencia comunicacional, la organización comunitaria, el diálogo con actores/as políticos/as, las acciones de protesta, etc. Para ello, los términos del conflicto -que es eminentemente social- deben ser planteados por la comunidad y no por el ámbito judicial, y mucho menos por las/os operadoras/res jurídicas/os.

Por este motivo, si bien desde la defensa pública acompañamos únicamente la dimensión jurídica del conflicto, intentamos compartir con las/os asistidas/os una visión más amplia acerca de que ésta resulta ser sólo una herramienta más en el marco de la estrategia de la organización comunitaria. De lo contrario, en muchas ocasiones, la expectativa de solución que genera la vía judicial puede tener un efecto desmovilizador para la comunidad o de contención de la conflictividad, inhabilitando el desarrollo de otras formas de reclamo que pueden ser más dinamizadoras y fructíferas.

2.2.3 Tensiones en la construcción colectiva y participativa de la estrategia jurídica

Nos proponemos reflexionar en este apartado sobre las dificultades que se presentan en el proceso de construcción de la estrategia jurídica conjuntamente con la comunidad. En

²³ Nicolescu B. La transdisciplinariedad. Manifiesto, Multiversidad Mundo Real Edgar Morin, A.C., México, 1996, Pág. 37.

primer lugar, cada operador/a realiza un proceso de reconocimiento de la comunidad del barrio -de sus organizaciones sociales, las instituciones estatales que trabajan en él, referentes barriales-, a fin de comprender sus problemáticas, su historia, sus formas de organización, sus lógicas de actuación cotidianas, y sus objetivos -a mediano y largo plazo-. A partir de este reconocimiento, se pretende posicionar como un/a interlocutor/a válido/a para establecer un diálogo con la comunidad fundado en la confianza y responsabilidad mutua y se comienza a definir colectivamente la estrategia jurídica.

No pretendemos desarrollar aquí en profundidad las implicancias de un proceso de construcción de una estrategia jurídica. Simplemente mencionaremos algunas acciones necesarias: brindar información sobre cuáles son las obligaciones y responsabilidades de los actores/as políticos/as; realizar en conjunto con la comunidad una sistematización, organización y priorización de las demandas del barrio (¿cuáles son las diferentes demandas?, ¿cuáles son las prioritarias?, ¿de qué modo se pueden conciliar demandas que aparentan ser contradictorias?); consensuar los términos del planteo (cómo integrar las formas en que la comunidad define el problema con los marcos planteados en el expediente judicial); definir posibles acciones extrajudiciales (reuniones con funcionarias/os, oficios, gestiones) y judiciales (demandas judiciales, escritos, recursos); planificar las acciones teniendo en cuenta otros procesos que se estén llevando a cabo por fuera del ámbito judicial en relación al conflicto en cuestión.

Ahora bien, sabemos que estos componentes no se desarrollan de manera lineal y ordenada, como pretende una planificación de escritorio, ni tampoco se despliegan sin dificultades. Por el contrario, durante el proceso de definición de la estrategia surgen diversas tensiones entre las lógicas institucionales y comunitarias e incluso diferentes necesidades o intereses al interior de la misma comunidad. Nombramos algunas a continuación, a modo de ejemplo:

- **La temporalidad:** Las instituciones y sus procedimientos burocráticos funcionan con tiempos que no se corresponden con los tiempos que requieren las urgencias propias de incumplimientos de derechos fundamentales. Si bien existen algunos mecanismos institucionales orientados a lograr celeridad, la realización de gestiones tanto administrativas como judiciales, así como también la efectivización de respuestas por parte de los organismos ejecutivos, aun cuando exista voluntad política de cumplir con la obligación, conllevan demoras. Esta realidad genera en algunas ocasiones tensiones y contrapuntos por la lógica y razonable exigencia comunitaria de respuestas más expeditivas ante cuestiones urgentes como problemas de salud, habitacionales o de acceso a servicios básicos urbanos.

- **La definición del conflicto:** Como ya mencionamos con anterioridad, existen tensiones en el modo en que el conflicto es planteado por la comunidad y los marcos en los que es definido en el expediente judicial, justamente porque el conflicto es previo y excede ampliamente el proceso de judicialización. En este aspecto, existe una disputa

entre lo jurídico y lo comunitario, por el sentido de lo que se está discutiendo: cuál es la problemática, cuáles son las causas, cuáles las soluciones, etc. Creemos que la función de las/os operadoras/os jurídicas/os es justamente procurar acercar los términos del planteo comunitario al ámbito jurídico, pero comprendiendo que es un campo limitado, con lógicas y reglas propias. Por lo cual el esfuerzo reside en intentar permear este mundo jurídico con las perspectivas comunitarias, pero teniendo en cuenta las especificidades y limitaciones propias de la discursividad jurídica. Muchas veces pensamos que una práctica inclusiva reside en la capacitación y el empoderamiento de la comunidad en los términos y herramientas del derecho. Sin embargo, esta Causa nos ha demostrado que en muchas ocasiones el desafío es el inverso: para lograr un real acceso a la justicia, se necesita también una alfabetización del mundo jurídico respecto de las realidades comunitarias y sus necesidades.

En la Causa Riachuelo, un ejemplo concreto de estas tensiones se da con relación a la dicotomía urbanización/relocalización. Para muchos de los barrios afectados en la Causa, la cuestión principal y el reclamo histórico reside en la reurbanización de sus barrios, donde las relocalizaciones son un componente necesario, entre muchos otros, para un proyecto de urbanización integral. En cambio, la ejecución de la sentencia judicial no se plantea en términos de reurbanización, sino principalmente, de cumplimiento del “Convenio Marco 2010” que establece la ejecución de una cantidad determinada de viviendas para relocalizaciones o mejoramientos de viviendas, y en algunos pocos casos obras de mejoramiento de acceso a servicios urbanos. El hipotético éxito de la intervención judicial a partir de la Causa Riachuelo no resolverá la problemática de fondo, porque el planteo judicial se centraliza en la contabilización de viviendas construidas y no en la urbanización del barrio.

• **Contradicción de intereses y gestión de las diferencias:** Como todo grupo social, las comunidades barriales no son homogéneas en sus intereses, opiniones y necesidades, aun cuando sufran la misma vulneración de derechos. Es así que en algunos barrios nos encontramos con familias que tienen reclamos distintos y muchas veces antagónicos. Por ejemplo, en Villa Inflamable (Avellaneda) existen sectores con diferentes planteos y expectativas acerca de su proyecto de vida: algunas/os habitantes se quieren relocalizar y otras/os prefieren permanecer en su barrio. En este sentido, es importante tener en cuenta que la configuración de esta mega-causa judicial afectó a muchas familias involuntariamente y las obligó a “juridificar”²⁴ sus problemas. La imposición de esta situación conlleva dificultades y resistencias lógicas, tanto individuales como colectivas. Cuando hay instancias de organización comunitaria consolidada, esas tensiones son saldadas en aquel ámbito y se buscan soluciones inclusivas. Pero hay barrios en los que esa organización no está desarrollada o es muy incipiente, y entonces esas diferencias devienen en conflictos intrabarriales. Es un

²⁴ Antonio Azuela define el concepto de “juridificación” como “el proceso social a través del cual las expectativas normativas que se forman en el campo ambiental (...) se convierten en enunciados jurídicos para ser incorporados al horizonte cultural de los actores que participan en dicho campo”. (Azuela, Antonio. Visionarios y pragmáticos. Una aproximación sociológica al derecho ambiental, México: IISUNAM, Fontamara, 2006, pág. 8).

desafío para las/os operadoras/es jurídicas/os la gestión de esas diferencias y la búsqueda colectiva de alternativas que abarquen las distintas perspectivas, transmitiendo también al ámbito judicial y ejecutivo la necesidad de construir respuestas diversas que tengan en cuenta las distintas necesidades dentro de las comunidades.

2.2.4 Especificidad de los territorios

Por último, nos interesa hacer hincapié en la idea de que no hay una receta universal de intervención jurídica comunitaria, ni una modalidad que se pueda elaborar con anterioridad al contacto con la comunidad. El trabajo comunitario requiere adaptar las características de intervención en función de la especificidad de cada territorio. De esta forma, podemos decir que, en pos de lograr un mismo objetivo, hay formas distintas de desarrollar el trabajo jurídico comunitario, según distintas variables que caracterizan a una comunidad en particular.

Podemos nombrar aquí algunas de esas variables que hacen a la vida de una comunidad y que pueden suponer modos distintos de intervenir desde el ámbito jurídico:

- **Niveles de organización socio-comunitaria.** En aquellos barrios donde existe mayor nivel de organización comunitaria, la definición de la estrategia jurídica se realiza principalmente con las/os referentes barriales y organizaciones comunitarias del barrio, y la herramienta judicial logra combinarse con otras estrategias comunitarias. En cambio, donde no hay organización vecinal consolidada, el/la operador/a se contacta mayormente de manera individual con las familias o en ocasiones con las instituciones barriales y delinea una estrategia en función de planteos que muchas veces son diversos, intentando conciliarlos. En este segundo caso, en general la herramienta judicial es más débil, ya que pocas veces se combina con otras acciones de la comunidad.

- **Trayectorias en el uso de herramientas institucionales.** La experiencia de las comunidades en la vinculación con las múltiples agencias del Estado difiere en cada territorio, y por ende también el conocimiento y familiaridad con los diversos organismos y mecanismos institucionales para viabilizar sus demandas. En la Provincia de Buenos Aires, generalmente, los territorios con mayor organización comunitaria son los que tienen también más experiencia en la articulación institucional. En la Causa Riachuelo intervienen una gran cantidad de organismos estatales e instituciones. Los territorios con mayor experiencia del tipo descripto logran generalmente que esta característica sea positiva, ya que supone un mayor número de interlocutores y vías donde canalizar sus reclamos, los cuales muchas veces se realizan independientemente de la intervención de operadoras/es jurídicas/os. Sin embargo, para las comunidades menos organizadas y con menos experiencia acumulada, la multiplicidad de instituciones se traduce en lógicas confusiones respecto de las responsabilidades y funciones de cada organismo, y en muchos casos se acompaña de una dilución de las obligaciones estatales. En estas realidades, es importante que las/os operadoras/es clarifiquen continuamente cuál es su propia función y la del resto de los/as

actores/as involucrados/as, como también roles y competencias correspondientes. En tal sentido, en estas situaciones la relación de la comunidad con las instituciones es mayormente “mediada” por operadoras/es jurídicas/os.

• **Prácticas y experiencias de participación.** La Causa Riachuelo tiene una importante instancia participativa, las llamadas mesas de trabajo²⁵, que son reuniones que deben realizarse cada dos meses y en las cuales, en la Provincia de Buenos Aires, se hacen presentes las/os vecinas/os, los organismos ejecutivos con responsabilidad de cumplimiento de la sentencia (ACUMAR y Municipalidades, principalmente) y el Equipo Riachuelo de la DGN. Más allá de las características de estos espacios, en las que no ahondaremos en el presente artículo, lo cierto es que en aquellos barrios que tienen más experiencia organizativa en estas prácticas, las/os vecinas/os junto a las/os operadoras/es jurídicas/os organizan cuidadosamente la convocatoria y el desarrollo de las mesas: garantizan la presencia de vecinas/os, definen temas prioritarios, solicitan con anterioridad la presencia de algún organismo cuya presencia resulta pertinente por la temática a desarrollar en dicha oportunidad, preparan documentación de algún tema que quieren abordar, etc. Todo ello logra que estos espacios sean efectivamente de deliberación, y no meramente informativos. Ello no implica, de todas maneras, un éxito asegurado, ya que los resultados de estas gestiones suponen la coincidencia de otras dimensiones que exceden al ámbito de la mesa de trabajo. En cambio, aquellas comunidades sin experiencia en prácticas de participación, en general, no logran una presencia significativa y representativa de vecinas/os en las reuniones, por lo que allí las reuniones transcurren más bien alrededor del planteo de temas particulares y no colectivos, o incluso en la exposición de conflictos intrabarriales, debilitando los reclamos comunitarios. En esos casos se dificulta la posibilidad de una experiencia de participación productiva que pueda traducirse en posibles reclamos jurídicos.

• **Lógicas de gestión de los gobiernos municipales.** En la Provincia de Buenos Aires, cada gestión municipal tiene su impronta, su forma de conducción, una metodología más o menos participativa en la construcción de la política pública, una vinculación determinada con las/os vecinas/os (algunas Municipalidades tienen equipos territoriales, otras no) y con los procesos judiciales (algunas participan más directamente en el expediente judicial, otras lo hacen mayormente a través de ACUMAR). Estas diferencias determinan entonces el modo en que las/os operadoras/es jurídicas/os nos relacionamos con la gestión municipal. En aquellas gestiones más permeables a la articulación con otros/as agentes institucionales, podemos participar en la definición de las medidas a implementar (diferenciando siempre los roles y funciones de cada organismo), aportando la perspectiva de las comunidades.

²⁵ Las Mesas de Trabajo son espacios de información, deliberación y consensos que tienen como fin garantizar la participación social en los procesos de relocalización y reurbanización en el marco de la Causa Riachuelo. Han tenido gran reconocimiento judicial, lo cual permitió luego su regulación en el apartado 6 del “Protocolo para el Abordaje de Procesos de Relocalización y Reurbanización de Villas y Asentamientos precarios en la Cuenca Matanza Riachuelo” adoptado por Resolución Presidencia ACUMAR N° 420/E 2017, B.O.22/12/2017. Disponible en: <http://www.acumar.gob.ar/wp-content/uploads/2016/12/protocolo.pdf>

En estos casos, la comunicación con la Municipalidad es más frecuente y fluida, se realizan reuniones de trabajo y las respuestas a los reclamos suelen ser más ágiles, sin requerir -en la mayoría de los casos- de medidas formales más burocráticas que suelen ralentizarlas. Otras gestiones son más reticentes a abrir espacios de participación y entablar una vinculación más estrechas con las organizaciones de su territorio. En estos casos, la comunicación es principalmente a través de las mesas de trabajo y de gestiones administrativas como oficios, mails o llamados telefónicos. En otros casos, donde no hay voluntad de articulación institucional, ni vinculación con los actores comunitarios, la comunicación se realiza a través de gestiones administrativas, pero generalmente se requieren también gestiones judiciales a través de presentaciones en el expediente.

Por lo tanto, podemos afirmar que la posibilidad de lograr el efectivo acceso a la justicia de un colectivo en situación de vulnerabilidad implica un especial esfuerzo de especificidad, es decir, definir los modos de intervención del trabajo jurídico comunitario, en función de las características particulares de cada comunidad. En este apartado hemos tratado de sintetizar algunos de los factores que influyen en tal especificidad territorial (se podrían identificar muchos otros), que pueden servir de guía orientativa a la hora de iniciar un proceso de trabajo comunitario, siempre y cuando se tenga el recaudo de la flexibilidad y la capacidad adaptativa de la intervención a las particularidades de cada territorio.

CONCLUSIÓN

En este artículo nos propusimos describir brevemente el proceso de la Causa Riachuelo y detallar cómo se combinan y potencian la vulneración de los derechos sociales y aquella de los derechos ambientales en las comunidades afectadas por la Causa. Asimismo, realizamos un breve diagnóstico acerca de las barreras que impiden un real acceso a la justicia y del efecto excluyente que tienen ciertas prácticas y usos del derecho consolidados en los sistemas institucionales, en particular, en el sistema de administración de justicia. En este marco, la conformación del Equipo Riachuelo por parte del MPD respondió a los objetivos de generar mecanismos para intervenir en la Causa Riachuelo y de acortar la brecha existente entre muchas de las personas implicadas en este proceso y el sistema de administración de justicia.

Además, la virtuosa articulación institucional que se ha logrado con el MPD CABA evidencia también la vocación de estos organismos por ampliar la cobertura territorial del servicio de defensa a todas las jurisdicciones y barrios afectados en la Causa Riachuelo, así como también maximizar y potenciar los recursos de la defensa pública.

A lo largo de estos seis años de trabajo jurídico comunitario hemos realizado nuevos aprendizajes y se nos han presentado nuevos desafíos que compartimos a lo largo de este artículo: la importancia de una perspectiva transdisciplinaria; la comprensión de que la dimensión jurídica es apenas una de las dimensiones en que se expresa el conflicto social -y por ende la estrategia jurídica es una herramienta más entre muchas otras que despliegan

las organizaciones comunitarias-; la existencia de tensiones que emergen en el proceso de construcción colectiva y participativa de la estrategia jurídica -temporalidad, definición del conflicto, contradicción de intereses y gestión de las diferencias-; y por último, tener presente que no hay una receta universal de intervención comunitaria, sino que depende de la especificidad de cada territorio -niveles de organización comunitaria, experiencia en prácticas participativas, trayectoria en el uso de herramientas institucionales, lógica de gestión de los gobiernos municipales-.

Este proceso reflexivo acerca de nuestras prácticas en el trabajo jurídico comunitario supuso también repensar nuestra posición como operadoras/es jurídicas/os, atendiendo a evitar aquel lugar muy común en el discurso del derecho que es el lugar del saber: saber qué es lo correcto, qué es lo conveniente, qué es lo necesario para nuestros/as asistidos/as. Incluso miradas que pretenden ser críticas pueden generar nuevos dogmas y afirmaciones rígidas, si no se exponen a una continua reflexión en función de la práctica en la experiencia comunitaria.

Por ello, como operadoras/es jurídicas/os nos proponemos una práctica reflexiva en proceso constante. Las dimensiones del conflicto, su temporalidad, la especificidad que requiere el abordaje territorial (entre muchas otras variables) son parte de un proceso que se piensa a sí mismo mientras se despliega, y se adapta a medida que esa reflexión se produce. Vale decir, se trata de un proceso en el que teoría -o pensamiento reflexivo- y práctica se desarrollan y dialogan entre sí permanentemente. Lograr tal instancia de pensamiento implica un convencimiento de su prioridad y un esfuerzo significativo para sostenerla en el marco de un trabajo diario caracterizado por las urgencias. En este sentido, debemos aclarar que no siempre lo logramos y las más de las veces lo apremiante demanda todo el tiempo-espacio laboral.

En síntesis, podemos afirmar que nuestra presencia territorial como operadoras/es jurídicas/os no garantiza *per se* una práctica más inclusiva o democrática del derecho, ni mucho menos efectiviza el acceso a la justicia. Sostenemos que es una condición necesaria pero no suficiente, ya que requiere además de un proceso de deconstrucción de los supuestos establecidos para poder construir nuevas prácticas realmente participativas e integradoras. Se trata de un proceso crítico imposible de realizar de manera individual o aislada, ya que necesita fundamentalmente de la discusión colectiva, transdisciplinaria y constante entre las/os operadoras/es jurídicas/os que conformamos el Equipo y del diálogo permanente con las comunidades involucradas.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AZUELA, Antonio. Visionarios y pragmáticos. Una aproximación sociológica al derecho ambiental, México: IISUNAM, Fontamara, 2006.

CRAVINO, Cristina. El barrio concebido como comunidad: Reflexiones acerca de algunos supuestos presentes en la focalización territorial de políticas asistenciales. Cuaderno Urbano Nº 4. Universidad del Noreste. Resistencia. 2004.

HARVEY, David. Justice, Nature and the Geography of Difference. Oxford, Blackwell, 1996.

LOVISOLO, Daniela y REINOSO, Viviana. Propuesta de acción comunitaria: estrategias para el ejercicio de derechos /- 1ra ed. - 1ra reimpr. - Buenos Aires: Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia A.C.I.J. 2010. https://acij.org.ar/wp-content/uploads/2011/11/calc_editorial_OUT.pdf.

MERLINSKY, María Gabriela. Política, derechos y justicia ambiental. El conflicto del Riachuelo. Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2013.

NICOLESCU, Basarab. La transdisciplinariedad. Manifiesto, Multiversidad Mundo Real. Edgar Morin, A.C., México, 1996.

TORRES, Haroldo da Gama y MARQUES, Eduardo Cesar. Reflexões sobre a hiperperiferia: novas e velhas faces da pobreza no entorno metropolitano. Revista Brasileira de Estudos Urbanos e Regionais Nº4, 2002.

YOUNG, Iris Marion. Vida política y diferencia de grupos: Una crítica al ideal de ciudadanía universal, en Carme Castells (comp.), Perspectivas feministas en teoría política, Barcelona: Paidós, 1996.

COVID-19. SU IMPACTO EN LAS PERSONAS PRIVADAS DE LIBERTAD

COVID-19. O IMPACTO NAS PESSOAS PRIVADAS DE LIBERDADE

Carlos Enrique Llera

Profesor Titular de grado en Derecho Procesal Penal y de Derecho Forense Penal y de posgrado en Ejecución Penal de la Universidad del Salvador (USAL), Argentina.

Director del Centro de Estudios Procesales de la USAL .

Defensor Público Coadyuvante en la Comisión de Cárceles de la Defensoría General de la Nación, a cargo del programa de “adultos mayores privados de libertad”.

carlosellera@gmail.com

RESUMEN

La pandemia que sufre la humanidad reclama respuestas prontas en todos los ámbitos, sobre todo en aquellos en los que puedan ser afectados grupos vulnerables. Uno de esos grupos lo constituyen las personas privadas de libertad, lo que implica que los Estados deberían tomar medidas extraordinarias destinadas a mitigar el riesgo que la propagación del covid-19 cause estragos en ese ámbito. Sobrepoblación y hacinamiento son problemas propios de los centros carcelarios en Latinoamérica, los que, además de ser violatorios de los derechos fundamentales de las personas reclusas, les colocan en grave riesgo por la llegada del virus. Frente a la crisis sanitaria a consecuencia del coronavirus, se agudizaron las condiciones de vulnerabilidad, particularmente, de quienes están en condiciones de pobreza, pobreza extrema y marginalidad con familiares privados de libertad. La cárcel se ha convertido en un factor de riesgo adicional. La situación nos interpela a adoptar una decisión que logre compatibilizar el aseguramiento de los fines del proceso con los derechos involucrados, echando mano a medidas de restricción de la libertad en domicilio, la detención domiciliaria. En el contexto extraordinario actual de pandemia, esta es la solución que mejor se ajusta a la protección integral de los derechos en juego, a la salud, a una vida digna y libre de violencia, a la familia, a la igualdad y a un *trato humanitario* a la vez que resguarda las garantías del debido proceso, defensa en juicio y el principio *pro homine*, asegurando la evitación de la trascendencia de la pena.

Palabras clave: Pandemia. Vulnerabilidad. Detención domiciliaria. Salud. Intrascendencia de la pena.

RESUMO

A pandemia sofrida pela humanidade exige respostas rápidas em todas as áreas, especialmente naquelas em que grupos vulneráveis podem ser afetados por este sucesso. Um desses grupos é formado por pessoas privadas de liberdade, o que implica que os Estados devem tomar medidas extraordinárias para atenuar o risco de que a disseminação da COVID-19 cause estragos nessa área. A superlotação das celas e o atestamento dos presos são problemas típicos dos centros prisionais da América Latina, que, além de violar os direitos fundamentais dos reclusos, os colocam em sério risco devido à chegada do vírus. Diante da crise de saúde resultante da doença que produz o Coronavírus, as condições de vulnerabilidade pioraram, principalmente para aqueles que estão em condições de pobreza, extrema pobreza e marginalidade com membros da família privados de liberdade. A prisão tornou-se um fator de risco adicional. A situação nos leva a adotar uma decisão que torne a garantia dos fins do processo compatível com os direitos envolvidos, usando medidas para restringir a liberdade em casa, a prisão domiciliar. No atual contexto extraordinário de uma pandemia, esta é a solução que melhor se adapta à proteção abrangente dos direitos em jogo, à saúde, a uma vida digna e livre de violência, à família, à igualdade e ao tratamento humanitário ao mesmo tempo em que salvaguarda as garantias do devido processo, a defesa no julgamento e o princípio pro homine, garantindo a evitação da transcendência da penalidade.

Palavras-chave: Pandemia. Vulnerabilidade. Detenção em casa. Prisão Domiciliar. Saúde. Transcendência da penalidade.

SUMARIO

INTRODUCCIÓN . 1. EL VIRUS COVID-19 Y EL DERECHO A LA SALUD DE LAS PERSONAS PRIVADAS DE LA LIBERTAD. CONCLUSIÓN

INTRODUCCIÓN

“acuérdense de los que están presos, como si ustedes lo estuvieran con ellos” Hebreos 13,3.

Me propongo reflexionar respecto de cómo debe ser abordado el estudio de un pedido de excarcelación solicitado por una persona privada de la libertad a la luz de la situación de público conocimiento que nos afecta, la propagación a escala mundial del virus COVID-19,

catalogada como pandemia¹ por la Organización Mundial de la Salud (OMS), el pasado 11 de marzo², debido a los **“niveles alarmantes de propagación y gravedad”**³.

La extraordinaria situación impone la urgente revaluación de la situación de aquellos imputados privados de su libertad que se encuentren en especial riesgo de salud frente al contagio de la enfermedad⁴.

¹ “Las Américas y el mundo se enfrentan actualmente a una emergencia sanitaria global sin precedentes ocasionada por la pandemia del virus que causa el COVID-19, ante la cual las medidas adoptadas por los Estados en la atención y contención del virus deben tener como centro el pleno respeto de los derechos humanos”. Resolución Nº. 1/2020 “*Pandemia y Derechos Humanos en las Américas*”. Adoptado por la Comisión IDH el 10/04/ 2020.

Corresponde decretar la suspensión de los plazos procesales, la realización de las audiencias fijadas y la totalidad de las diligencias pendientes de cumplimiento hasta el día 31 de marzo inclusive, habida cuenta el contexto de pandemia que padece la población mundial, en virtud de la velocidad con la que se propaga el virus COVID-19 que ha gestado una preocupante, generalizada y alarmante emergencia epidemiológica, con lo cual no cabe otra posibilidad que encuadrar la situación de hecho descripta en el tercer párrafo del artículo 157 del Código de Procedimientos. Juzgado de 1a Instancia en lo Civil y Comercial Nro. 2 de Azul • 16/03/2020 • Banco Hipotecario Nacional S.A. c. Martínez, Héctor O. s/ cobro ejecutivo • La Ley Online • AR/JUR/1034/2020 Teniendo en cuenta la situación epidemiológica declarada por la OMS motivada por la pandemia del coronavirus (COVID-19), los decretos de los Poderes Ejecutivos Nacional y Provincial 260/2020 y 531/2020 y el Acuerdo de Superintendencia del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Santiago del Estero, corresponde establecer un receso judicial extraordinario por razones sanitarias desde el 17/03/2020 al 31/02/2020, sin perjuicio de la sujeción del personal disponible a las necesidades del servicio, por lo que no deben ausentarse de sus lugares de residencia, y la suspensión de plazos procesales y administrativos, con prestación mínima de servicio. Superior Tribunal de Justicia de Santiago del Estero, sala superintendencia • 16/03/2020 • Acordada • La Ley Online • AR/JUR/1657/2020.

Considerando que los hechos de público conocimiento vinculados a la pandemia generada por COVID-19 han determinado el dictado de normativa de emergencia por los poderes ejecutivos Nacional y Provincial, que el 12 de marzo pasado se decretó la emergencia sanitaria estableciendo las medidas y recomendaciones necesarias para transitar la pandemia y que el Poder Ejecutivo provincial por decreto 266/2020 ha dispuesto licencias y medidas tendientes a evitar la circulación del virus, corresponde adherir al decreto en lo referido al régimen de licencias y establecer un receso extraordinario con régimen de feria judicial a partir del 17 y hasta el 31 de marzo con horario de atención al público de 8 a 13 horas, sin perjuicio de la recepción en todo horario de denuncias relacionadas al incumplimiento del aislamiento obligatorio. Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro • 16/03/2020 • Acordada Nº 9/2020 • La Ley Online • AR/JUR/1658/2020.

² En 11/03/2020, la OMS declaró el brote del nuevo coronavirus como una pandemia, luego de que el número de personas infectadas por COVID-19 a nivel global llegara a 118.554, y el número de muertes a 4.281, afectando hasta ese momento a 110 países, entre ellos a la Argentina (considerandos 1° y 2° del DNU).

OMS, “Preparación, prevención y control de COVID-19 en las cárceles y otros lugares de detención”, Orientación provisional del 15 de marzo de 2020. Ver <http://www.euro.who.int/en/health-topics/healthdeterminants/prisons-and-health/publications/2020/preparedness,-prevention-and-control-of-covid-19-in-prisons-and-other-places-of-detention-2020>.

³ La OMS ha evaluado este brote durante los últimos días y estamos profundamente preocupados, tanto por los niveles alarmantes de propagación y gravedad, como por los niveles alarmantes de inacción. Es por ello que hemos decidido decretar el estado de pandemia”. El director general de la Organización Mundial de la Salud (OMS), Tedros Adhanom Ghebreyesus, ha declarado que el coronavirus COvid-19 pasa de ser una epidemia a una pandemia. <https://www.redaccionmedica.com/secciones/sanidad-hoy/coronavirus-pandemia-brote-de-COvid-19-nivel-mundial-segun-oms-1895>.

⁴ Corte IDH, caso “Hernández vs. Argentina”. Sentencia de 22 de noviembre de 2019 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), parr. 88: En particular, en relación con las Reglas sobre Tratamiento de Reclusos, los Estados deben proveer atención médica calificada, inclusive psiquiátrica, a las personas privadas de libertad, tanto en situaciones de emergencia como para efectos de atención regular, ya sea en el propio lugar de detención o centro penitenciario o, en caso de no contar con ello, en los hospitales o centros de atención en salud donde corresponda otorgar ese servicio. El servicio de atención de la salud debe mantener historiales médicos adecuados, actualizados y confidenciales de todas las personas privadas de libertad, lo cual debe ser accesible para esas personas cuando lo soliciten. Esos servicios médicos deben estar organizados y coordinados con la administración general del servicio de atención en salud general, lo cual implica establecer procedimientos adecuados y expeditos para el diagnóstico y tratamiento de los enfermos, así como para su traslado cuando su estado de salud requiera cuidados especiales en establecimientos penitenciarios especializados o en hospitales civiles. Para hacer efectivos estos deberes, son necesarios protocolos de atención en salud y mecanismos ágiles y efectivos de traslado de prisioneros, particularmente en situaciones de emergencia o enfermedades graves. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_395_esp.pdf.

1. EL VIRUS COVID-19 Y EL DERECHO A LA SALUD DE LAS PERSONAS PRIVADAS DE LA LIBERTAD

La OMS recordó a todos los países y comunidades que la propagación de este virus puede frenarse considerablemente o incluso revertirse si se aplican medidas firmes de contención y control⁵.

El Organismo señaló que es posible sosegar la propagación del virus y que su impacto se puede reducir a través de una serie de medidas universalmente aplicables que suponen, entre otras cosas, la colaboración del conjunto de la sociedad para detectar a las personas enfermas, llevarlas a los centros de atención, hacer un seguimiento de los contactos, preparar a los hospitales y las clínicas para gestionar el aumento de pacientes y capacitar a los trabajadores de la salud.

La evocada declaración motivó que Poder Ejecutivo Nacional decretara, el día 12 de marzo de 2020⁶, la “**Emergencia Sanitaria**”, por el plazo de un año a partir de la entrada en vigor del Decreto 260/2020 (B.O.: 14/03/2020)⁷, en el que se precisó la necesidad de extremar los recaudos para combatir el contagio⁸.

La sucesión de casos a escala mundial llevó al Ejecutivo Nacional a dictar un nuevo

⁵ “Debemos detener, contener, controlar, retrasar y reducir el impacto de este virus a cada oportunidad que tengamos. Todas las personas están en condiciones de contribuir a este esfuerzo, de protegerse a sí mismas, de proteger a los demás, ya sea en el hogar, en la comunidad, en el sistema de atención de salud, en el lugar de trabajo o en el sistema de transporte”. <https://www.who.int/es/news-room/detail/07-03-2020-who-statement-on-cases-of-covid-19-surpassing-100-000>.

⁶ Aun antes de la declaración del PE, la Cámara Federal de Casación Penal dictó la Acordada Nº 2/20 (09/03/2020), a fin de satisfacer los estándares internacionales en materia de tutela de mujeres, niños y niñas especialmente en el contexto actual de emergencia penitenciaria formalmente declarada.. Luego por Acordada 3/20 (13/3/20), la Cámara expuso su preocupación respecto de la situación de las personas privadas de libertad, debido a las particulares características de propagación y contagio y las actuales condiciones de detención en el contexto de la declarada emergencia penitenciaria, lo que posibilita inferir “*las consecuencias sobre aquellas personas que, además, deban ser considerados dentro de un grupo de riesgo*”. Por tanto, se encomendó el preferente despacho para la tramitación de cuestiones referidas a personas privadas de libertad que conformen el grupo de riesgo debido a sus condiciones preexistentes y encomendó a las autoridades competentes la adopción de un protocolo específico para la prevención y protección del CORONAVIRUS COVID-19 en contexto de encierro. Recientemente, el pleno del cuerpo, con fecha 13/04/2020, dictó la Acordada 9/20, mediante la cual se efectuaron una serie de recomendaciones a los tribunales de la jurisdicción a fin de que adopten medidas alternativas al encierro. En este sentido, se estableció que: “*la situación pandémica del coronavirus (COVID-19) tiene la potencialidad de afectar particularmente a personas que se encuentran privadas de su libertad, máxime teniendo en cuenta las condiciones actuales de emergencia carcelaria formalmente declarada (Resolución de Emergencia Carcelaria, RESOL-2019-184-APNMJ, del 25 de marzo de 2019). Que estas especiales circunstancias exigen la adopción de medidas concretas por parte de los poderes del Estado para el adecuado resguardo de uno de los sectores más vulnerables, sobre quienes, además, existe un deber de garantía, que exige –en estas especiales circunstancias– un abordaje humanitario*”. De este modo, el pleno concluyó que: “*...surgen diversas medidas a recomendar desde dos perspectivas diferentes. Por un lado, para aliviar la situación de hacinamiento carcelario con el fin de disminuir los factores de riesgo y facilitar la atención sanitaria ante casos de COVID 19. Por el otro, para responder al entorno de aquellos internos que están dentro de alguno de los grupos de vulnerabilidad frente a la pandemia*” (el destacado no es del original).

⁷ A través del Decreto del PEN n° 260/2020 se amplió la emergencia pública en materia sanitaria establecida por Ley N° 27.541, en virtud de la Pandemia declarada por la ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (OMS) en relación con el coronavirus COVID-19, por el plazo de un (1) año, precisando la necesidad de extremar los recaudos para combatir el contagio.

⁸ Teniendo en cuenta que el encausado salió del país con destino a los Estados Unidos de América el día 8 de marzo del 2020 y retornó desde la República Oriental del Uruguay el día 14 del mismo año y que no habría permanecido aislado en su domicilio al retorno de su viaje, se configura una posible infracción al art. 205 del Código Penal, por cuanto podría haber violado el art. 7, inc. d y e del Decreto 260/20 de Emergencia Sanitaria, toda vez que aquel provenía de un país que se encuentra calificado como foco de contagio del virus COVID-19 (Coronavirus). Juzgado Federal de 1a Instancia de Campana • 16/03/2020 • G., T. s/ Violación de medidas - propagación de epidemia (art. 205 C.P.) • AR/JUR/1280/2020.

Decreto de Necesidad y Urgencia, el DNU 297/2020 (B.O. 19/03/2020)⁹, que, en lo sustancial, dispuso “...la medida de aislamiento social, preventivo y obligatorio...” de las personas que habitan en el territorio de la República Argentina; con el fin de prevenir la circulación y el contagio del virus COVID-19 y la resultante afectación de la salud pública y los demás derechos subjetivos derivados, como la vida y la integridad física de las personas.

El Poder Ejecutivo Nacional ponderó la velocidad en el agravamiento de la situación epidemiológica a escala internacional y el incremento de casos confirmados en el territorio de la Nación. Por tanto, advirtió la necesidad de adoptar medidas inmediatas para hacer frente a la emergencia, ello con el fin de mitigar la propagación del virus y su impacto en el sistema sanitario.

En sintonía con lo dispuesto en materia sanitaria, la Corte Suprema de Justicia de la Nación¹⁰ encomendó a los Magistrados Judiciales, vía la Acordada 6/2020¹¹, llevar a cabo

⁹ CCC., Cnº 19.200/2020 “KINGSTON, P.” del 21/3/2020. Se cuestionó el DNU 297/2020 que dispuso el “aislamiento social” de la población. Los vocales Rodolfo Pociello Argerich y Ricardo Matías Pinto sostuvieron su constitucionalidad. Difundido por el servicio de correo electrónico de la Secretaría de Jurisprudencia y Biblioteca de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional CCC., Cnº 19.223/2020 “ZANON ROSSI DOS SANTOS, L.” del 24/3/2020. El accionante señaló que su libertad se encontraba afectada al haber sido trasladado, al regresar de viaje por vía aérea desde la República Federativa de Brasil, a cumplir la cuarentena establecida por el DNU 297/2020 a un hotel, cuando su intención era transitarla en su domicilio particular. Los vocales Juan Esteban Cicciaro y Hernán M. López confirmaron la resolución que rechazó la acción. Difundido por el servicio de correo electrónico de la Secretaría de Jurisprudencia y Biblioteca de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional. El DNU 297/2020 dictado con el fin de evitar la propagación de la Pandemia provocada por el COVID-19, busca preservar la salud pública en forma razonable y proporcional; pues, si bien implica una severa restricción a la libertad ambulatoria tiende a la preservación del orden público, en cuanto el bien jurídico tutelado es la salud pública, no sólo del afectado en forma directa, sino de los terceros con los que se tenga contacto. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, sala de hábeas corpus • 21/03/2020 • K., P. s/ Habeas corpus • La Ley Online • AR/JUR/3147/2020.

¹⁰ En los términos de lo previsto en el art. 2 del Reglamento para la Justicia Nacional, feria extraordinaria —por las razones de salud pública referidas y atento lo dispuesto en el Decreto de Necesidad y Urgencia 297/2020— respecto de todos los tribunales federales y nacionales y demás dependencias que integran este Poder Judicial de la Nación, desde el 20 al 31 de marzo inclusive, la que, eventualmente, se extenderá por el por igual plazo que el que Poder Ejecutivo Nacional pudiera disponer su prórroga. Corte Suprema de Justicia de la Nación • 20/03/2020 • Acordada N° 6/2020 • AR/JUR/1890/2020.

¹¹ El Poder Ejecutivo Nacional, a través del DECNU-2020-325-APN-PTE (B.O. 31/03/2020), prorrogó el aislamiento social, preventivo y obligatorio hasta el 12 de abril próximo, inclusive. El jefe de Estado instó a la sociedad a seguir cumpliendo con la cuarentena que, según la prórroga, regirá hasta las cero horas del domingo 12 de abril de 2020. <https://www.infobae.com/politica/2020/03/30/alberto-fernandez-anuncia-la-extension-de-la-cuarentena-total/>. La Feria Judicial continúa en atención a lo dispuesto por el art. 2º de la Acordada 6/20 “...se extenderá por igual plazo que el PEN pueda disponer su prórroga”. <https://www.cij.gov.ar/nota-36981-Acordadas-6-2020-y-7-2020-de-la-Corte-Suprema-de-Justicia-de-la-Naci-n.html>. Ver además Acordada nro. 8/2020 de la CSJN dictada el 01/04/2020: <https://www.csjn.gov.ar/documentos/descargar/?ID=121973>. El Poder Ejecutivo Nacional, a través del DECNU-2020-355-APN-PTE (B.O. 11/04/2020), prorrogó el aislamiento social, preventivo y obligatorio hasta el 26 de abril próximo, inclusive. El jefe de Estado instó a la sociedad a seguir cumpliendo con la cuarentena que, según la prórroga, regirá desde el 13 de abril hasta el 26 de abril de 2020, ambos inclusive. Mediante el Decreto de Necesidad Urgencia (DNU) N° 355/2020, (B.O. 11/04/2020), el Poder Ejecutivo Nacional dispuso la prórroga, hasta el día 26 de abril de 2020 de la vigencia del DNU N° 297/2020, prorrogado a su vez por el DNU N° 325/2020. La Feria Judicial continúa en atención a lo dispuesto por el art. 2º de la Acordada 6/20 “...se extenderá por igual plazo que el PEN pueda disponer su prórroga”. <https://www.cij.gov.ar/nota-36981-Acordadas-6-2020-y-7-2020-de-la-Corte-Suprema-de-Justicia-de-la-Naci-n.html>. Ver además Acordada nro. 10/2020 de la CSJN dictada el 12/04/2020. Prorrogar la feria extraordinaria dispuesta por el punto resolutivo 2º de la acordada 8/2020 desde el 13 al 26 de abril, ambos incluidos, de 2020 (Acordada nro. 10/2020, punto 2º). <https://www.csjn.gov.ar/documentos/descargar/?ID=122033>. Mediante el Decreto de Necesidad Urgencia (DNU) N° 408/2020, (B.O. 26/04/2020), el Poder Ejecutivo Nacional dispuso la prórroga, hasta el día 10 de mayo de 2020 de la vigencia del DNU N° 297/2020, prorrogado a su vez por los DNU N° 325/2020 y 355/2020. La Feria Judicial continúa en atención a lo dispuesto por el art. 2º de la Acordada 6/20 “...se extenderá por igual plazo que el PEN pueda disponer su prórroga”. <https://www.cij.gov.ar/nota-36981-Acordadas-6-2020-y-7-2020-de-la-Corte-Suprema-de-Justicia-de-la-Naci-n.html>. Ver además Acordada nro. 13/2020 de la CSJN dictada el 27/04/2020. Prorrogar la feria extraordinaria dispuesta por el punto resolutivo 2º de la acordada 8/2020 desde el 13 al 26 de abril, ambos incluidos, de 2020 (Acordada nro. 10/2020, punto 2º). Mediante el Decreto de Necesidad Urgencia (DNU) N° 459/2020, (B.O. 11/05/2020), el Poder Ejecutivo Nacional dispuso la prórroga, hasta el día 24 de mayo de 2020 de la vigencia del DNU N° 297/2020, prorrogado a su vez por los DNU N° 325/2020, 355/20 y 408/20. La Feria Judicial continúa en atención a lo dispuesto por el art. 2º de la Acordada 6/20 “...se extenderá por igual plazo que el PEN pueda disponer su prórroga”. <https://www.cij.gov.ar/nota-36981-Acordadas-6-2020-y-7-2020-de-la-Corte-Suprema-de-Justicia-de-la-Naci-n.html>. Ver además Acordada nro. 14/2020 de la CSJN dictada el 11/05/2020. Prorrogar la feria extraordinaria dispuesta por el punto resolutivo 2º de la acordada 8/2020 desde el 13 al 26 de abril, ambos incluidos, de 2020 (Acordada nro. 10/2020, punto 2º)

los actos procesales que no admitieran demora o medidas que de no practicarse pudieran causar un perjuicio irreparable (art. 3), y subrayó, en lo que aquí interesa, que “A los efectos de lo previsto en el punto anterior se deberá tener especialmente en consideración, entre otras cosas, las siguientes materias: a) penal: cuestiones vinculadas con la privación de la libertad de las personas...” (Artículo 4)¹².

La situación pandémica del coronavirus (COVID-19), podría proyectar sus efectos negativos particularmente sobre las personas que se encuentran privadas de su libertad, en especial en el marco de la declarada “emergencia carcelaria”¹³.

La sumatoria de las dos emergencias -la sanitaria y la carcelaria- nos interpelan a

¹² La Cámara Federal de Casación Penal, por Acordada 3/20 expresó su preocupación respecto la situación de las personas privadas de libertad, debido a las particulares características de propagación y contagio y las actuales condiciones de detención en el contexto de emergencia penitenciaria, lo que permitía inferir *“las consecuencias sobre aquellas personas que, además, deban ser considerados dentro de un grupo de riesgo”*.

Encomendó el preferente despacho para la tramitación de cuestiones referidas a personas privadas de libertad que conformen el grupo de riesgo debido a sus condiciones preexistentes y encomendó a las autoridades competentes la adopción de un protocolo específico para la prevención y protección del CORONAVIRUS COVID-19 en contexto de encierro.

Además, a raíz de lo resuelto en la Acordada 3/20 de la Cámara Federal de Casación Penal, la Dirección General de Régimen Correccional, estableció que *“...frente al riesgo que genera el avance a nivel mundial de la enfermedad por el nuevo coronavirus (COVID-19), resulta imprescindible intensificar la adopción de medidas de prevención y control según criterios epidemiológicos, tendientes a reducir el riesgo de propagación del contagio en la población penal, y en cumplimiento de los lineamientos del Ministerio de Salud de la Nación dirigidos a la protección de la salud pública...”* (ME-2020-16932042- APN-).

Abundando, la Cámara Federal de Casación Penal dictó la Acordada N° 2/20 (9/3/20), a fin de satisfacer los estándares internacionales en materia de tutela de mujeres, niños y niñas especialmente en el contexto actual de emergencia penitenciaria formalmente declarada.

Con fecha 13/04/2020, mediante la Acordada 9/2020, la Cámara Federal de Casación Penal (CFCP), a partir de un planteo efectuado por Guillermo Todarello, defensor público oficial y co-titular de la Comisión de Cárceles de la Defensoría General de la Nación (DGN) y por Francisco Mugnolo, titular de la Procuración Penitenciaria de la Nación (PPN), recomendó a los tribunales inferiores otorgar medidas alternativas a la cárcel. La máxima autoridad del país en materia penal consideró la doble situación de emergencia actual: i) la sanitaria, declarada por la pandemia de coronavirus, y ii) la producida por el hacinamiento general que se registra en las cárceles federales *“fruto del hiperencarcelamiento”*.

La disposición fue adoptada con el objetivo de reducir la población carcelaria *“a fin de inhibir, en la mayor medida posible, el riesgo existente para la salud e integridad física de las personas privadas de su libertad y también del propio personal penitenciario”*, frente al Covid-19.

https://www.mpd.gov.ar/pdf/prensa/Acordada_9.20_CFPC.pdf

https://www.clarin.com/politica/coronavirus-argentina-camara-federal-casacion-recomendo-otorgar-arrestos-domiciliarios-pandemia_0_nfgYxLPvE.html

Dada la extraordinaria situación epidemiológica provocada por el Coronavirus COVID-19, el Consejo de la Magistratura de la Ciudad de Buenos Aires adopta medidas excepcionales de carácter preventivo:- Disponer la suspensión de los plazos judiciales en el ámbito jurisdiccional del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires -excluido el Tribunal Superior de Justicia- entre los días 17 y 31 de marzo inclusive, sin perjuicio de la validez de los actos que efectivamente se cumplan.- Disponer que durante ese período tramitarán ante el fuero Contencioso Administrativo y Tributario los amparos, medidas cautelares, asuntos alimentarios -incluidos honorarios profesionales- y demás cuestiones que a pedido de parte sean consideradas urgentes por los magistrados y puedan ser atendidas con una dotación mínima de personal.- Disponer que durante ese período tramitarán ante el fuero Penal, Contravencional y de Faltas sólo las cuestiones urgentes.- Establecer que los magistrados de ambos fueros y los miembros del Consejo de la Magistratura determinarán la dotación de personal mínima de agentes que permanecerán en funciones, no pudiendo superar un tercio (1/3) del personal a su cargo, excluyendo al personal licenciado mediante Res. Pres. N° 250/2020. Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires • 16/03/2020 • Resolución Nro. 58/2020 • La Ley Online • AR/JUR/1639/2020

¹³ Resolución de Emergencia Carcelaria, RESOL-2019184-APN-MJ, del 25 de marzo de 2019. <https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/204115/20190326>.

formular algunas presiones acerca del derecho a la salud en contextos de encierro¹⁴.

En las unidades del SPF, la sobrepoblación y el hacinamiento impiden sostener prácticas de distanciamiento social, a lo que se suman los serios problemas en materia de condiciones materiales de detención (v.gr.: la falta de ventilación), limpieza y salubridad en las instalaciones, que también hacen más factible la propagación del virus. Todo ello a su vez tiene un fuerte impacto en el deterioro de la salud física y mental de las personas privadas de libertad y en un debilitamiento de su sistema inmunológico, que las hace muy vulnerables al contagio.

El derecho a la salud¹⁵ es vital, pues sin ella todo lo demás es insuficiente y en este aspecto, conviene tener muy presente la específica condición de garante¹⁶ que le corresponde

¹⁴ El derecho a la salud está intrínsecamente ligado al derecho a la vida y, por tanto, se encuentra contemplado en el # 3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, instrumento cuyo ordinal 5 también es de vital importancia en las consideraciones relativas a la privación de libertad, condición a la que específicamente se refieren las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos, o Reglas Mandela, que son el marco general referente a las prácticas idóneas en lo concerniente a la administración penitenciaria. Está claro que los Estados son responsables por la salud de las personas que están a su cargo en los establecimientos de privación de libertad; al respecto, las citadas Reglas Mandela, en el numeral 24.1 establecen que los reclusos “...gozarán de los mismos estándares de atención sanitaria que estén disponibles en la comunidad exterior...”. Asamblea General, resolución 70/175, anexo, aprobado el 17 de diciembre del año 2015

¹⁵ Es el Estado quien debe garantizar a las personas en condición de encierro el derecho a la salud (arts. 18 y 75 inc. 22°, CN; arts. 4.1, 5 y 26, CADH; arts. 12.1 y 2, ap. “d”, PIDESC; y, reglas 24 a 35 de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos).

“...la salud es un bien público que debe ser protegido por todos los Estados y que el derecho humano a la salud es un derecho de carácter inclusivo, que guarda correspondencia con el goce de otros derechos, que comprende sus determinantes básicos y sociales como el conjunto de factores que condicionan su efectivo ejercicio y disfrute. Que el contenido del derecho a la salud se refiere al derecho de toda persona a gozar del más alto nivel de bienestar físico, mental y social. Asimismo, que este derecho incluye la atención de salud oportuna y apropiada, así como los elementos esenciales e interrelacionados de disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad de los servicios, bienes e instalaciones de salud, incluyendo los medicamentos y los beneficios del progreso científico en esta área, en condiciones de igualdad y no discriminación”. Resolución Nº. 1/2020 “Pandemia y Derechos Humanos en las Américas”. Adoptado por la Comisión IDH el 10/04/ 2020

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) se pronunció por primera vez sobre el derecho a la salud como parte integrante los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA), así como respecto de los derechos de las personas mayores. La sentencia se dio en el caso “Poblete Vilches y otros Vs. Chile” sentencia de 8 marzo de 2018, (Fondo, Reparaciones y Costas). La Corte IDH determinó que la salud es un “derecho protegido por la Convención Americana”, y que este los Estados deben “asegurar todas las medidas necesarias a su alcance, a fin de garantizar el mayor nivel de salud posible, sin discriminación”. Corte IDH, Caso Mendoza y otros Vs. Argentina,” sentencia del 14 de mayo de 2013, párr. 189. El artículo 143 de la ley 24.660 le reconoce expresamente a los privados de la libertad el derecho a la salud, a la vez que indica que la respuesta punitiva tiene como límite la integridad física y la salud psicofísica.

ORDÓÑEZ, Pablo, “Análisis de los artículos vinculados a la salud en la ley 24.660. La importancia de las “Reglas Mandela”.

<http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/comentadas/comentadas46565.pdf>

LLERA, Carlos E., “Arresto domiciliario, ajustes razonables y personas con discapacidad privadas de la libertad” <http://www.articulo12.org.ar/premios/08-llera.pdf>.

¹⁶ Fallos: 318:1894, “Dessy”. “...el ingreso a una prisión, en tal calidad (de condenado), no despoje al hombre de la protección de las leyes y, en primer lugar, de la Constitución Nacional” (voto de los jueces Fayt, Petracchi y Boggiano)

La Corte IDH, al resolver el 22 de noviembre de 2018 las “Medidas Provisionales respecto de Brasil. Asunto del Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho”, reforzó una vez más la función de garante del Estado sobre las condiciones de vida de las personas privadas de la libertad. http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/placido_se_03.pdf

La Corte IDH, máximo Tribunal de nuestro sistema regional, en varias oportunidades abordó la problemática, acuñando una doctrina diáfana que responsabiliza al Estado en tanto garante de los derechos de los individuos bajo custodia, consagrados en la Convención. “...Las autoridades penitenciarias ejercen un control o dominio total sobre las personas que se encuentran sujetas a su custodia. En este particular contexto de subordinación del detenido frente al Estado, este último tiene una responsabilidad especial de asegurar a aquellas personas bajo su control las condiciones que les permitan retener un grado de dignidad consistente con sus derechos humanos inherentes e inderogables “Caso “Caesar Vs. Trinidad y Tobago”, Sentencia del 11 de marzo de 2005, párr. 97

Corte IDH, Caso Neira Alegría y otros Vs. Perú. Sentencia de 19 de enero de 1995. Serie C No. 20, párr. 60; Caso Durand y Ugarte. Sentencia de 16 de agosto de 2000. Serie C No. 68, párr. 78; Caso Cantoral Benavides Vs. Perú. Sentencia de 18 de agosto de 2000. Serie C No. 69, párr. 87; Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros Vs. Trinidad y Tobago. Sentencia de 21 de junio de 2002. Serie C No. 94, párr. 165; Caso Lori Berenson Mejía Vs. Perú. Sentencia de 25 de noviembre de 2004. Serie C No. 119, párr. 102, entre tantos otros.

al Estado respecto de todas las personas que se encuentran detenidas¹⁷.

La salud física y mental de las personas privadas de libertad ambulatoria constituye un derecho esencial¹⁸, especialmente para la preservación de su vida. Se encuentra amparado en el artículo 18 de la CN, que consagra que las “cárceles de la Nación serán sanas y limpias”¹⁹.

Es que, las personas detenidas conservan todos sus derechos de los que no los priva su condición. La pena reside solamente en la privación de la libertad y no en el cese de otros derechos fundamentales²⁰, afirmación tributaria del **principio de humanidad de las penas**²¹, y la consecuente prohibición de penas y tratos crueles, inhumanos y degradantes²².

Las personas privadas de libertad que padezcan enfermedades graves, crónicas o terminales no deben permanecer en establecimientos carcelarios, salvo cuando los Estados puedan asegurar que tienen unidades adecuadas de atención médica para brindarles una atención y tratamiento especializado²³.

El ordenamiento jurídico pretende impedir que la privación de la libertad se muestre especialmente aflictiva y que resulte configurativa de un trato cruel, inhumano y degradante, tornando imposible la recuperación o el tratamiento médico adecuado del condenado enfermo que purga su pena en un centro carcelario.

No parece estéril añadir que, en los “Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas” (Resolución 1/08), la Comisión Interamericana

¹⁷ El art. 143 de la Ley n° 24.660 establece que “El interno tiene derecho a la salud. Deberá brindársele oportuna asistencia médica integral, no pudiendo ser interferida su accesibilidad a la consulta y a los tratamientos prescripto”, mientras que su art. 58 dispone que “el régimen penitenciario deberá asegurar y promover el bienestar psicofísico de los internos. Para ello se implementarán medidas de prevención, recuperación y rehabilitación de la salud y se atenderán especialmente las condiciones ambientales e higiénicas de los establecimientos”.

“... ante esta relación e interacción especial de sujeción entre el interno y el Estado, este último debe asumir una serie de responsabilidades particulares y tomar diversas iniciativas especiales para garantizar a los reclusos las condiciones necesarias para desarrollar una vida digna y contribuir al goce efectivo de aquellos derechos que bajo ninguna circunstancia pueden restringirse o de aquéllos cuya restricción no deriva necesariamente de la privación de libertad y que, por tanto, no es permisible. De no ser así, ello implicaría que la privación de libertad despoja a la persona de su titularidad respecto de todos los derechos humanos, lo que no es posible aceptar”. Corte IDH, “Instituto de Reeducación del Menor v. Paraguay”, sentencia del 2 de septiembre de 2004 – Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas-, párr. 153. (En similar sentido Corte IDH, “Neira Alegría y otros v. Perú”, sentencia del 19 de enero de 1995 –Fondo-, párr. 60).

¹⁸ La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido que “(...) lo dispuesto en los tratados internacionales que tienen jerarquía constitucional (...) reafirma el derecho a la preservación de la salud -comprendido dentro del derecho a la vida- y destaca la obligación impostergable que tiene la autoridad pública de garantizar ese derecho con acciones positivas”. Fallos 323:3229

¹⁹ Artículo 75, inciso 22° de la CN, se encuentra amparado, además, en los artículos 4.1, 5, 19 y 26 de la CADH; 12.1 y 2 ap. “d” del PIDESC; artículos 3 y 25 de la DUDH y en los artículos 1 y 11 de la DADDH.

²⁰ Con el reconocimiento de derechos a las personas privadas de libertad, la situación reclama un tratamiento que contemple el principio de humanidad de la pena. Constitución Nacional, art. 18, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 10.1 y Convención Americana sobre Derechos Humanos, art.5º apartado 2.

²¹ La directriz del trato humanitario en la ejecución de la pena tiene en el ámbito de la República expresa consagración normativa. Constitución Nacional, art. 75 inc. 22; Declaración Americana de los Derechos del Hombre, XXV; Convención Americana sobre los Derechos Humanos -Pacto de San José de Costa Rica, art. 5, 2; Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, art. 10; Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes -A.G., ONU, 10/12/84, Considerandos; T.S.J de Córdoba, Sentencia n° 56, 22/6/2000, “Pompas.”

²² Constitución Nacional, artículos 18; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 7; Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, art. XXVI; Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, art. 16 de la y Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 5º, Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, arts. 4, 9 y 10.

²³ Corte IDH, Caso Chinchilla Sandoval y otros Vs. Guatemala. Sentencia de 29 de febrero de 2016. Serie C No. 312, párr. 184.

de Derechos Humanos de la Organización de los Estados Americanos (O.E.A.), establece:

“Toda persona privada de libertad que esté sujeta a la jurisdicción de cualquiera de los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos será tratada humanamente, con irrestricto respeto a su dignidad inherente, a sus derechos y garantías fundamentales, y con estricto apego a los instrumentos internacionales sobre derechos humanos. En particular, y tomando en cuenta la posición especial de garante de los Estados frente a las personas privadas de libertad, se les respetará y garantizará su vida e integridad personal, y se asegurarán condiciones mínimas que sean compatibles con su dignidad”²⁴.

De este modo, al igual que el resto de la población, las personas privadas de su libertad tienen el derecho al mayor y más oportuno acceso a través de los niveles sanitarios adecuados disponibles y deberá brindarse la oportuna asistencia médica integral, debiéndose respetar los principios de equivalencia e integración.

No es ocioso recordar que la normativa protectora de los Derechos Humanos vigente es pródiga en cuanto a la obligación del Estado de garantizar adecuada atención sanitaria.

Así, el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Naciones Unidas, en su artículo 12 prevé que “Los Estados Parte del presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”. También los Principios básicos para el Tratamiento de los Reclusos en su punto 1: “Todos los reclusos serán tratados con el respeto que merecen su dignidad y valor inherentes de seres humanos” y en su punto 2 “Los reclusos tendrán acceso a los servicios de salud de que disponga el país, sin discriminación por su condición jurídica”²⁵.

²⁴ Corte IDH, caso “Hernández vs. Argentina”. Sentencia de 22 de noviembre de 2019 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), parr. 87: En relación con lo anterior, el Tribunal recuerda que toda persona privada de libertad tiene derecho a vivir en una situación de detención compatible con su dignidad personal. Asimismo, como responsable de los establecimientos de detención, el Estado debe garantizar a los reclusos la existencia de condiciones que dejen a salvo sus derechos. En relación con la atención a la salud, el cumplimiento del requisito de calidad requiere que los establecimientos, bienes y servicios de salud, además de ser aceptables desde un punto de vista cultural, deben ser apropiados desde el punto de vista científico y ser de buena calidad. Al respecto, la Corte recuerda que numerosas decisiones de organismos internacionales invocan las Reglas Mínimas de Naciones Unidas para el Tratamiento de Reclusos (en adelante, “Reglas sobre Tratamiento de Reclusos” a fin de interpretar el contenido del derecho de las personas privadas de la libertad a un trato digno y humano, lo cual se relaciona con la garantía de su derecho a la salud, como normas básicas respecto de su alojamiento, higiene, tratamiento médico y ejercicio físico, entre otros. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_395_esp.pdf.

²⁵ Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales - La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido que “(...) lo dispuesto en los tratados internacionales que tienen jerarquía constitucional (...) reafirma el derecho a la preservación de la salud -comprendido dentro del derecho a la vida- y destaca la obligación impostergable que tiene la autoridad pública de garantizar ese derecho con acciones positivas”. Fallos 323:3229.

Artículo 75, inciso 22° de la CN, se encuentra amparado, además, en los artículos 4.1, 5, 19 y 26 de la CADH; 12.1 y 2 ap. “d” del PIDESC; artículos 3 y 25 de la DUDH y en los artículos 1 y 11 de la DADDH.

Con el reconocimiento de derechos a las personas privadas de libertad, la situación reclama un tratamiento que contemple el principio de humanidad de la pena. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 10.1 y Convención Americana sobre Derechos Humanos, art.5º apartado 2- El principio de humanidad de las penas está consagrado en los arts. 10.1 del PIDCyP y 5.2 de la CADH, y su consecuencia es la prohibición de penas y tratos crueles, inhumanos y degradantes (arts. 18 de la CN, 7 del PIDCyP, 26 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 16 de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruces, Inhumanos o Degradantes y 5 de la Declaración Universal de Derechos Humanos).

Constitución Nacional, artículos 18; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 7; Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, art. XXVI; Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruces, Inhumanos o Degradantes, art. 16 de la y Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 5º, Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, arts. 4, 9 y 10.

Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cescr.aspx>.

Las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos (Reglas Mandela)²⁶, en su Regla 24 establecen que

“1. La prestación de servicios médicos a los reclusos es una responsabilidad del Estado. Los reclusos gozarán de los mismos estándares de atención sanitaria que estén disponibles en la comunidad exterior y tendrán acceso gratuito a los servicios de salud necesarios sin discriminación por razón de su situación jurídica. 2. Los servicios médicos se organizarán en estrecha vinculación con la administración del servicio de salud pública general y de un modo tal que se logre la continuidad exterior del tratamiento y la atención, incluso en lo que respecta al VIH, la tuberculosis y otras enfermedades infecciosas, y la drogodependencia.”²⁷.

La privación de la libertad, lejos de habilitar un debilitamiento de otros derechos y obligaciones de instituciones públicas requiere del refuerzo de dispositivos de promoción y protección de estos. El acceso a salud compromete la prestación efectiva de esa obligación genérica y el control de esta por parte de los agentes estatales.

Esa normativa es acorde con los lineamientos éticos que deben guiar la atención de la salud y que están contenidos en los “Principios de ética médica” acordados por la Organización de Estados Americanos (OEA) de 1982²⁸, que señalan el deber de atender a los pacientes y actuar de acuerdo con sus mejores intereses, así como el deber moral de proteger la salud de los detenidos.

Se consagra así la perspectiva de respeto de los derechos humanos que se sostiene en el cumplimiento por parte del personal de salud del deber de una asistencia compasiva, confidencial y respetuosa de la autonomía de las personas encerradas, a las que deben dirigir sus acciones.

Al marco normativo constitucional y convencional, hoy debemos añadir que nos encontramos ante un escenario extraordinario: el de una Pandemia mundial. La aparición del

²⁶ Las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos (Reglas Mandela)

https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Nelson_Mandela_Rules-S-ebook.pdf

Las “Reglas Mandela” disponen que en los establecimientos penitenciarios “Los servicios médicos se organizarán en estrecha vinculación con la administración del servicio de salud pública general”, Regla 24 de las “Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos”, Asamblea General ONU, Resolución 70/175, anexo aprobado el 17 de diciembre de 2015. Además, el Subcomité de Prevención de la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes luego de su visita a cárceles de la Argentina efectuada en el año 2012 mostró preocupación por la deficiente atención médica en las cárceles y señaló que “El Estado debe garantizar la asistencia médica efectiva en todas las cárceles durante las 24 horas del día, 7 días a la semana”. Además, recomendó al Estado argentino “que los servicios médicos sean provistos directamente por el Ministerio de Salud a nivel federal y provincial” (CAT/OP/ARG/1, 27 de noviembre de 2013).

²⁷ Abundando, la Regla 30 reza que “Un médico u otro profesional de la salud competente, esté o no a las órdenes del médico, deberá ver a cada recluso, hablar con él y examinarlo tan pronto como sea posible tras su ingreso y, posteriormente, tan a menudo como sea necesario (...) d) facilitar a los reclusos de quienes se sospeche que sufren enfermedades contagiosas aislamiento médico y un tratamiento apropiado durante el período de infección...”.

La Regla 35 postula que “1. El médico o el organismo de salud pública competente hará inspecciones periódicas y asesorará al director del establecimiento penitenciario con respecto a: a) la cantidad, calidad, preparación y distribución de los alimentos; b) la higiene y el aseo de las instalaciones y de los reclusos; c) las condiciones de saneamiento, climatización, iluminación y ventilación; d) la calidad y el aseo de la ropa y la cama de los reclusos; e) la observancia de las reglas relativas a la educación física y la práctica deportiva cuando estas actividades no sean organizadas por personal especializado.

²⁸ “Principios de ética médica” acordados por la Organización de Estados Americanos (OEA), Adoptados por la Asamblea General en su resolución 37/194, del 18 de diciembre de 1982. <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/MedicalEthics.aspx>.

COVID-19 ha provocado el despliegue universal de medidas para resguardar a los grupos de riesgo, principalmente a aquéllos que padecen ciertas patologías preexistentes, que elevan las posibilidades de que -de contraer la enfermedad- se produzca un desenlace fatal²⁹.

La experiencia acumulada en los diferentes monitoreos realizados por el Sistema Interinstitucional de Control de Cárceles³⁰, en materia de derecho a la salud y atención médica ilustra acabadamente sobre las dificultades que enfrentan las personas detenidas para acceder a los servicios de salud³¹.

Se ha comprobado que el acceso por parte de las personas privadas de su libertad a todos los insumos que aseguren la prevención de las enfermedades infectocontagiosas frecuentes en el encierro resulta limitado.

La prevalencia de estas enfermedades (en particular VHI y tuberculosis, como de otras

²⁹ La mera mención generalizada de un mayor riesgo de contagio en el ámbito carcelario no habilita automáticamente la concesión de la prisión domiciliaria en el marco la normativa de aplicación del Código Procesal Penal Federal. En efecto, se requiere de un diagnóstico específico en cabeza de autoridades competentes que determine si las condiciones de encierro dentro del ámbito del Servicio Penitenciario Federal le impiden al interno recuperarse o tratar adecuadamente su dolencia, sin perjuicio del control y/o monitoreo que realicen los magistrados en cada situación de detención y sobre cada planteo de salud en concreto. CFCP, Sala de FERIA, causa CCC 13820/2018/TO1/4/CFC2, “Schiavi, Juan Pablo”, resuelta el 09/04/2020

³⁰ Disponibles en sistemacontrolcarceles.gob.ar. <https://www.mpd.gov.ar/index.php/programas-y-comisiones/52-comision-de-carceles/593-sistema-de-coordinacion-y-seguimiento-de-control-judicial-de-unidades-carcelarias>

³¹ La Comisión de Cárcels de la Defensoría General de la Nación participa del Sistema de Coordinación y Seguimiento del Control Judicial de las Unidades Carcelarias.

El Sistema está integrado por la Comisión de Ejecución Penal de la Cámara Federal de Casación Penal; su Subcomisión, compuesta por jueces de tribunales orales y de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional; el representante de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal; los jueces nacionales de ejecución penal; la Procuración General de la Nación –Procuraduría contra la Violencia Institucional–; la Defensoría General de la Nación y la Procuración Penitenciaria de la Nación. El Centro de Estudios Legales y Sociales (C.E.L.S.) y el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal intervienen en carácter de miembros

Mediante la Resolución DGN N° 285/2020, la Defensora General de la Nación, Dra. Stella Maris Martínez solicitó a la cartera de Justicia *“la adopción, con carácter urgente, de un protocolo específico para la prevención y protección del coronavirus COVID-19 en contexto de encierro, en resguardo del derecho a la salud de las personas privadas de libertad, en especial aquellas consideradas dentro de algún otro grupo de riesgo, y de las personas vinculadas a ellos”*.

La Ministra Dra. Marcela Losardo aprobó recomendaciones a implementarse en los establecimientos del Servicio Penitenciario Federal (SPF), que figuran como Anexo II de las Resoluciones MJ N° 103 y 105/2020 del pasado 17 de marzo.

La Resolución n° 103/2020 (publicada en el B. O. el 18 de marzo de 2020), que en su art. 2 aprobó las recomendaciones a implementar en los establecimientos del Servicio Penitenciario Federal que como Anexo II (IF-2020-16930169-APN-SGJYDH#MJ) formaron parte integrante de dicho decisorio, siendo que ese anexo que fue luego sustituido por Resolución n° 105/2020 del citado ministerio (publicada en igual fecha).- Entre sus fundamentos, se tuvo en consideración que las *“...personas privadas de la libertad poseen los mismos factores de riesgo para desarrollar enfermedades que aquellos que no lo están, y además éstos se ven incrementados por el contexto de encierro. Los establecimientos penitenciarios son lugares de circulación diaria de muchas personas (personal penitenciario, personal civil, visitantes, funcionarios judiciales, proveedores) ...”*

El Director Nacional del Servicio Penitenciario Federal, Emiliano Blanco, mediante la Disposición SPF N° 48/2020, aprobó e implementó el *“Protocolo de detección, diagnóstico precoz, aislamiento preventivo y aislamiento sanitario por coronavirus COVID-19”*, que se propone reducir la propagación del brote a los establecimientos penitenciarios. Ese ordenamiento incluye medidas de prevención en materia sanitaria y determina el accionar concreto que debe realizarse ante el ingreso al ámbito penitenciario de las personas privadas de la libertad. Junto al protocolo, también entraron en vigor, a partir del 20 de marzo, el cuestionario de *“Declaración Jurada”* y el *“Flujograma del Protocolo de detección, diagnóstico precoz, aislamiento preventivo y aislamiento sanitario por coronavirus COVID-19”*.

Abundando, en 20/03/2020, el SPF aprobó el *“Protocolo de detección, diagnóstico precoz, aislamiento preventivo y aislamiento sanitario por coronavirus COVID-19”*, el cuestionario de *“Declaración Jurada”* y el *“Flujograma del Protocolo de detección, diagnóstico precoz, aislamiento preventivo y aislamiento sanitario por coronavirus 18213071-APN-DSG#SPF”* y III (DI-2020- 18212996-APN-DSG#SPF)

Luego de ello, el 24/03/2020 el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación remitió la nota nro. IF-2020-18616397-APN-MJ a la Cámara Federal de Casación Penal, a través de la cual elevó a conocimiento de ese tribunal y por su intermedio a los órganos judiciales bajo su superintendencia, el contenido de cada uno de esos protocolos a los que se hizo referencia en forma genérica en el párrafo que antecede.

no contagiosas (diabetes, hipertensión, es mayor en el contexto de encierro que en el medio libre, y en este ámbito de *emergencia sanitaria* se torna esencial considerar todos los factores que hacen a la accesibilidad de las personas detenidas a la información, a los insumos de prevención y tratamiento específico e integral por su alto grado de vulnerabilidad³².

Ante la expansión de la pandemia del coronavirus, la población carcelaria es uno de los sectores de la sociedad que más riesgos enfrenta³³.

Resulta oportuno concluir este capítulo deteniéndonos en las contundentes declaraciones *del* Alto Comisionado para los Derechos Humanos de la ONU³⁴.

La funcionaria Michel Bachelet reclamó a los Estados Nacionales que adopten medidas urgentes para proteger la salud y la seguridad de las personas que se encuentran detenidas o reclusas en otras instalaciones cerradas, como parte de los esfuerzos generales que se llevan a cabo para frenar la pandemia del Covid-19.

Ello en razón que existe el riesgo cierto que la pandemia “arrase” con las personas detenidas ya que los centros están “atestados”. Y, exhortó a las autoridades competentes a que procedan con premura a fin de reducir el número de personas detenidas, al tiempo que señaló que varios países ya habían adoptado medidas positivas al respecto.

La sobrepoblación es uno de los principales problemas, porque impide la implementación de medidas de higiene básicas y de distanciamiento social, conforme lo recomendado desde el punto de vista sanitario por la OMS.

³² “...al momento de emitir medidas de emergencia y contención frente a la pandemia del COVID-19, los Estados de la región deben brindar y aplicar perspectivas interseccionales y prestar especial atención a las necesidades y al impacto diferenciado de dichas medidas en los derechos humanos de los grupos históricamente excluidos o en especial riesgo, tales como: personas mayores y personas de cualquier edad que tienen afecciones médicas preexistentes, **personas privadas de libertad**, mujeres, pueblos indígenas, personas en situación de movilidad humana, niñas, niños y adolescentes, personas LGBTI, personas afrodescendientes, personas con discapacidad, personas trabajadoras, y personas que viven en pobreza y pobreza extrema, especialmente personas trabajadoras informales y personas en situación de calle; así como en las defensoras y defensores de derechos humanos, líderes sociales, profesionales de la salud y periodistas” (el destacado no pertenece al texto original). Resolución N.º. 1/2020 “Pandemia y Derechos Humanos en las Américas”. Adoptado por la Comisión IDH el 10/04/ 2020

³³ La Defensoría General de la Nación, la Procuración Penitenciaria de la Nación, la Comisión Provincial por la Memoria (CPM), el Centro de Estudios Legales y Sociales, la Asociación Pensamiento Penal, y otras organizaciones no gubernamentales especializadas – entre otras cosas- en la protección de los derechos humanos de las personas privadas de su libertad, solicitaron medidas urgentes para contener la situación y proteger la integridad de las personas detenidas. Entre ellas, la aplicación por parte del Poder Judicial de morigeraciones y arrestos domiciliarios para grupos vulnerables y la urgente distribución de elementos de prevención (higiene personal y general), de comida y medicamentos. En esa línea, también ha manifestado su preocupación el Comité Nacional para la Prevención de la Tortura (CNPT) y solicitó que se adopten las medidas excepcionales y urgentes que permitan contener esta emergencia; medidas orientadas fundamentalmente a descomprimir la situación de sobrepoblación y hacinamiento.

³⁴ La Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Michelle Bachelet, pidió a los gobiernos que tomen medidas urgentes para proteger la salud y la seguridad de las personas que se encuentran detenidas o reclusas en otras instalaciones cerradas, como parte de los esfuerzos generales que se llevan a cabo para frenar la pandemia del COVID-19. “El COVID-19 ha empezado a propagarse en las prisiones, las cárceles y los centros de detención de migrantes, así como en hospicios y hospitales psiquiátricos, y existe el riesgo de que arrase con las personas reclusas en esas instituciones, que se encuentran en situación de extrema vulnerabilidad”. “En muchos países, los centros de reclusión están atestados y en algunos casos lo están de manera peligrosa. A menudo los internos se encuentran en condiciones higiénicas deplorables y los servicios de salud suelen ser deficientes o inexistentes. En esas condiciones, el distanciamiento físico y el autoaislamiento resultan prácticamente imposibles”. Ginebra, Suiza, 25 de marzo de 2020. <https://acnudh.org/hay-que-tomar-medidas-urgentes-para-evitar-que-el-Covid-19-cause-estratos-en-las-prisiones/> <https://ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=25745&LangID=S>

CONCLUSIÓN

La pandemia que sufre la humanidad reclama respuestas prontas en todos los ámbitos, sobre todo en aquellos en los que puedan ser afectados grupos vulnerables.

Uno de esos grupos lo constituyen las personas privadas de libertad, lo que implica que los Estados deberían tomar medidas extraordinarias destinadas a mitigar el riesgo que la propagación del covid-19 cause estragos en ese ámbito. Sobrepopulación y hacinamiento son problemas propios de los centros carcelarios en Latinoamérica, los que, además de ser violatorios de los derechos fundamentales de las personas reclusas, les colocan en grave riesgo por la llegada del virus³⁵.

Resulta sustancial realizar un análisis pormenorizado al momento de resolver el cese o la continuidad de una prisión preventiva³⁶ a fin de determinar si quien reclama la excarcelación o una morigeración del encierro cautelar, se encuentra dentro de población de riesgo que presenta mayores posibilidades de contagio del virus COVID-19, o bien presenta en una especial condicional de vulnerabilidad³⁷ que amerita un tratamiento diferenciado³⁸.

Ha aparecido un nuevo motivo, que elevó el riesgo en la salud de los presos -el COVID-19-, principalmente de aquéllos que padecen las patologías enumeradas en la normativa dispuesta por el Ministerio de Salud en consonancia con la Organización Mundial de la Salud y la Organización Panamericana de la Salud, que debe indudablemente jugar frente al

³⁵ Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente (ILANUD) presentó el documento *“El sistema penitenciario ante la encrucijada producto de la crisis provocada por el covid-19”*. El objetivo de la publicación es informar sobre el riesgo que actualmente corren las poblaciones privadas de libertad de cara a la propagación del virus, enfocándose en las acciones que el Sistema de Naciones Unidas y otros entes supranacionales han recomendado para reducir la población privada de libertad, en función de disminuir sus consecuencias en el ámbito penitenciario. [https://www.mpd.gov.ar/pdf/prensa/ILANUD%20COVID-19%20\(1\).pdf](https://www.mpd.gov.ar/pdf/prensa/ILANUD%20COVID-19%20(1).pdf)

³⁶ La prisión preventiva es una medida cautelar de carácter excepcional -unción cautelar, única constitucionalmente admisible-, y que sólo puede tener fines procesales: i) evitar la fuga del imputado; y ii) evitar la frustración o entorpecimiento de la investigación de la verdad. Este criterio fluye del principio de inocencia, primera y fundamental garantía judicial, consagrado por la Constitución Nacional (art. 18) y los Tratados Internacionales (artículo 9 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano; Declaración Universal de los Derechos Humanos, y artículo 8.2.- de la C.A.D.H.), fue receptado por los artículos 280 y 319 del C.P.P.N. en cuanto establecen, respectivamente, que: *“la libertad personal sólo podrá ser restringida, de acuerdo con las disposiciones de este Código, en los límites absolutamente indispensables para asegurar el descubrimiento de la verdad y la aplicación de la ley”*, y que *“podrá denegarse la exención de prisión o excarcelación respetándose el principio de inocencia y el artículo 2 de este Código, cuando la objetiva y provisional valoración de las características del hecho, la posibilidad de la declaración de reincidencia, las condiciones personales del imputado, o si éste hubiere gozado de excarcelaciones anteriores, hicieren presumir, fundadamente, que el mismo intentará eludir la acción de la justicia o entorpecer las investigaciones”*.

Principio de inocencia: Fallos: 10:338; 240:160; 300:1102; 237:193; 314:1091; 316:942; 317:1985; 319:2395; 319:2741; 320:277; 320:1395; 321:3630; 324:3788; 328:3127; 328:4343; 329:2367; 329:5628; 329:6019, “Vega Giménez”; 339:1493 CSJN “Vega Giménez” Fallos: 329:6019 y arts. 18, 75 inc. 22 CN; 11.1 DUDH; XXVI DADH; 8.2 CADH; 14.2 PIDCYP).

³⁷ Las personas privadas de libertad constituyen *per se* un colectivo vulnerable. “Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad” y Acordada Nº 5/09 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

³⁸ La Procuración Penitenciaria de la Nación dictó recomendaciones y sostuvo que *“el abordaje de la crisis sanitaria en las prisiones no puede afrontarse en las actuales condiciones de hacinamiento y sobrepoblación que suscitaron la declaración de emergencia en materia penitenciaria. Este contexto en que el riesgo al contagio se ve aumentado obliga a tomar medidas de emergencia y torna aún más urgente la necesidad de reducir la población privada de libertad”* y recomienda la promoción de medidas alternativas a la prisión para el grupo de riesgo, así como también exige *“condiciones de limpieza y salubridad en los sectores que actualmente se encuentren alojadas las personas incluidas en los grupos de riesgo”*. “Recomendación para la adopción de medidas específicas de actuación en la totalidad de los establecimientos penitenciarios federales ante la pandemia del Coronavirus (COVID-19) en el marco del aislamiento social preventivo y obligatorio. DECNU-2020-297-APN-PTE”, considerandos 19, 20, 21 y 22, del 27 de marzo de 2020.

otorgamiento de la medida de morigeración para los casos en los que resulte posible³⁹.

La aparición del COVID-19, llamado Coronavirus, ha provocado el despliegue universal de medidas para resguardar a los grupos de riesgo, principalmente a aquéllos que padecen ciertas patologías preexistentes, que elevan las posibilidades de que -de contraer la enfermedad- se produzca un desenlace fatal.

Quienes, además, soportan factores adicionales, tales como las consecuencias del **hiperencarcelamiento**, que produce superpoblación carcelaria y condiciones de vida en hacinamiento⁴⁰, a cuanto cabe sumar la falta de higiene y de provisión de elementos suficientes para el aseo personal⁴¹.

Frente a la crisis sanitaria a consecuencia del coronavirus (Covid-19), se agudizaron las condiciones de vulnerabilidad, particularmente, de quienes están en condiciones de pobreza, pobreza extrema y marginalidad con familiares privados de libertad.

Es que las personas privadas de la libertad conforman un grupo de riesgo diferenciado, en atención no sólo a las patologías que padecen habitualmente, sino también por el modo en el que transcurre la vida en los centros de detención, que de por sí propiciará la transmisión de la enfermedad.

³⁹ “Adoptar medidas para enfrentar el hacinamiento de las unidades de privación de la libertad, incluida la reevaluación de los casos de prisión preventiva para identificar aquéllos que pueden ser convertidos en medidas alternativas a la privación de la libertad, dando prioridad a las poblaciones con mayor riesgo de salud frente a un eventual contagio del COVID-19, principalmente las personas mayores y mujeres embarazadas o con hijos lactantes. Resolución N° 1/2020 “Pandemia y Derechos Humanos en las Américas”. #46. Adoptado por la Comisión IDH el 10/04/ 2020.

⁴⁰ A través de la Resolución DGN N° 928/2019, la Defensora General de la Nación recomendó a defensores y defensoras oficiales que renovaran o agilizaran “los pedidos de libertad o morigeración de la situación de encierro de las personas cuya defensa ejercen” cuando advirtieran hacinamiento u otras restricciones de derechos que pudieran implicar un agravamiento de las condiciones de detención. La Dra. Stella Maris Martínez había recomendado, en esos casos, que defensores y defensoras iniciaran o continuaran acciones de hábeas corpus. https://www.mpd.gov.ar/pdf/prensa/RESOLUCION_DGN928_19.pdf. A raíz de la declaración de la emergencia sanitaria nacional a causa de la pandemia de Covid-19, a mediados de marzo la Defensora General de la Nación emitió una nueva resolución recomendando a las defensoras y defensores -entre otras cuestiones- que renueven o agilicen los pedidos de libertad o morigeración de la situación de encierro de las personas cuyas defensas ejercen, cuando se puedan incluir en el grupo de personas en riesgo ante la pandemia. Resolución DGN N° 285/2020 https://www.mpd.gov.ar/pdf/prensa/Res_DGN_285_2020.pdf.

⁴¹ El Servicio Penitenciario Federal ha adoptado distintas medidas en forma progresiva, a fin de afrontar la crisis y disponer medidas dirigidas a la preservación de la salud de las personas privadas de la libertad bajo su cuidado, a la provisión de elementos adecuados para la higiene personal y de los espacios, así como también efectuó modificaciones al régimen de visitas, dispuso los controles preventivos y diseñó un protocolo de detección precoz de COVID-19 (DI-2020-829-APN-DGRC%SPF; DI-2020-891-APN-DGRC%SPF; IF-2020-18787891-APN-DGA%SPF; ME-2020-06249384-APNDGRC%SPF; ME-2020-06256307-APN-DGRC%SPF; ME-2020-13030729-APN-DGRC%SPF; ME-2020-15351631-APN-DS%SPF; ME-2020-15442065-APN-DGRC%SPF; ME-2020-16932042-APN-DGRC%SPF; ME-2020-16939982-APN-DGRC%SPF; ME202018495259-APN-DGRC%SPF; NO-2020-18067885-APN-DSG%SPF; NO-18068337-APN-%SPF; NO-2020-190040331-APNSPF#MJ; y Boletín Normativo N° 705 en cuanto al “Protocolo de detección, diagnóstico precoz, aislamiento preventivo y aislamiento sanitario por Coronavirus COVID-19”, entre otras).

La cárcel se ha convertido en un factor de riesgo adicional⁴².

La irrupción del COVID-19 ha generado que los organismos internacionales y nacionales de protección tanto de la salud y de los Derechos Humanos de las personas privadas de la libertad hayan alertado sobre los nefastos efectos de esta enfermedad en caso de que ingrese a las prisiones, especialmente a aquellas superpobladas⁴³.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Comisión IDH)⁴⁴ exhortó a los Estados a adoptar medidas alternativas a la privación total de la libertad, siempre que fuera posible, evitando el hacinamiento⁴⁵ en las cárceles, lo que puede contribuir con la propagación del virus⁴⁶.

⁴² CCC., causa nº 19.218/2020 "PALAZZO, C. J. y otros" del 24/3/2020. Internos del Complejo Penitenciario Federal de C.A.B.A. interpusieron una acción que fue rechazada por los vocales Juan Esteban Cicciaro y Hernán M. López. Hicieron hincapié los magistrados en que las cuestiones vinculadas con las detenciones y las posibles morigeraciones estaban a cargo de los jueces a cuya disposición estaban detenidos los internos y que *"...el componente de riesgo que señalan los accionantes referido a que en los establecimientos carcelarios no estarían en condiciones de contener un posible contagio que afectaría a la población carcelaria, debe señalarse que se encuentran en vías de ejecución las recomendaciones de los jueces de ejecución referidas al actual contexto sanitario (confr. causa n° 18.616-2020 "Castro", resuelta el 17 de marzo de 2020, Sala 7), como así también, tal como señaló el juez de grado, el Poder Ejecutivo Nacional ha adoptado diversas medidas para prevenir el riesgo de contagios por coronavirus en el ámbito carcelario ("Recomendaciones para establecimientos penitenciarios" del 16 de marzo pasado y "Protocolo de detección, diagnóstico precoz, aislamiento preventivo y aislamiento sanitario por coronavirus" del 20 de marzo del corriente)..."*. Difundido por el servicio de correo electrónico de la Secretaría de Jurisprudencia y Biblioteca de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional

CCC., Causa nº 19.312/2020 "ALVAREZ, G. A." del 27/3/2020, por el cual Ignacio Rodríguez Varela y Juan Esteban Cicciaro confirmaron la resolución que rechazó la acción de habeas corpus presentada por el interno y resaltaron que *"(...) el requerimiento de disminuir sensiblemente el número de personas alojadas, mediante la concesión de arrestos domiciliarios u otros mecanismos de morigeración de la detención o de salidas anticipadas no puede prosperar, pues dichas peticiones deben cursarse ante el juez natural a cuya disposición se encuentra detenido cada interno, quien deberá analizar la situación particular del caso para adoptar una decisión fundada. (...)"* y ordenaron librar oficio a la Procuración Penitenciaria, al Comité de Crisis creado mediante Disposición DI-2020-47-APN-SPF#MJ del 12 de marzo, y al Servicio de Monitoreo e Inspección de Establecimientos Penitenciarios para ponerlos en conocimiento de lo resuelto y puedan cumplir las funciones específicas. Difundido por el servicio de correo electrónico de la Secretaría de Jurisprudencia y Biblioteca de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional

⁴³ CCC., Causa nº 19.958/2020 "PEREZ CASTELLI, J. N." del 1/4/2020, por el cual Ignacio Rodríguez Varela y Alberto Seijas, confirmaron la resolución que rechazó la acción de habeas corpus presentada por un familiar de un interno a quien se le negó la posibilidad de ingresar y entregar un paquete con elementos que consideraba que eran indispensables para la salud (frutas secas, cereales y alcohol en gel, este último se encuentra entre los elementos prohibidos, resulta inflamable.). Difundido por el servicio de correo electrónico de la Secretaría de Jurisprudencia y Biblioteca de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional.

⁴⁴ Recientemente, en ejercicio de las funciones que le son conferidas por el artículo 106 de la Carta de la Organización de los Estados Americanos y en aplicación del artículo 41.b de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el artículo 18.b de su Estatuto, la Comisión Interamericana sobre Derechos Humanos formula una serie de recomendaciones a los gobiernos de los Estados miembros que están contenidas en la Resolución Nº. 1/2020 "Pandemia y Derechos Humanos en las Américas". Adoptado por la Comisión IDH el 10/04/ 2020.

⁴⁵ CFCP, Sala II causa nº FSM 8237/2014/13/CFC1, "Procuración Penitenciaria de la Nación s/recurso de casación", reg. nº 1351/19, rta. 28/6/2019). ver voto del juez Alejandro W. Slokar, donde señala la crítica situación carcelaria fruto del *hiperencarcelamiento*, que derivó en la "emergencia carcelaria". Señaló que conforme el criterio sostenido y consolidado de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el hacinamiento constituye una violación al derecho a la integridad personal y obstaculiza el normal desempeño de las funciones esenciales en los centros penitenciarios. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Tibi Vs. Ecuador, Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114, párr. 150; Caso Fleury y otros Vs. Haití, cit., párr. 85; Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2006. Serie C No. 150, párr. 20; Caso Vélez Loor Vs. Panamá. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C No. 218, párr. 204, Caso Pacheco Teruel y otros Vs. Honduras. Fondo, reparaciones y costas. Serie C. No. 241. Sentencia de 27 de abril de 2012, párr. 67.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, "Muertes anunciadas", Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Temis, Bogotá, 1992.

⁴⁶ <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2020/060.asp>.

La Corte IDH⁴⁷ estableció que:

“Dado el alto impacto que el COVID-19 pueda tener respecto a las personas privadas de libertad en las prisiones y otros centros de detención y en atención a la posición especial de garante del Estado, se torna necesario reducir los niveles de sobrepoblación y hacinamiento, y disponer en forma racional y ordenada medidas alternativas a la privación de la libertad”⁴⁸

Corresponde tener en consideración la especial situación de encierro, el estado de salud o la edad⁴⁹, alegado por quien reclama el cese o la morigeración de un encierro cautelar que lo ubica en un particular estado de vulnerabilidad, desprotección y peligro frente a los efectos y derivaciones de la pandemia originada por la propagación del virus COVID-19, y la

⁴⁷ Los estándares fijados por la Corte IDH constituyen una imprescindible pauta hermenéutica de los deberes y obligaciones -de los estados integrantes del sistema interamericano-, derivados de la CADH (Fallos: 328:2056) y han de servir de guía para la interpretación de los preceptos contenidos en ella (Fallos: 330:3640, entre otros) (*in re* “Espíndola”, Fallos: 342:584, del 9/4/2019). Además, Fallos: 328:2056, *in re* “Simón”, voto del juez Petracchi

Sobre la imperatividad de las disposiciones del sistema interamericano de Protección de Derechos Humanos ver: CFCP, Sala IV, causa nº FSM 493/2008/TO1/4/1/CFC4, caratulada: “Riveros, Santiago Omar s/recurso de casación”, reg. nº 715/17, rta. 09/06/2017, con sus citas

⁴⁸ www.corteidh.or.cr/docs/comunicados/cp_27_2020.pdf

⁴⁹ Dado que la OMS declaró al brote de coronavirus como una pandemia, se deben adoptar todas las medidas que aseguren el derecho a la salud de la población carcelaria, extremando los cuidados médicos de aquellas personas consideradas de riesgo, por lo tanto, se dispone el arresto domiciliario de un interno que tiene 67 años de edad y diabetes, pues si bien se encuentra compensado, pertenece al grupo vulnerable según los criterios establecidos para la clasificación de riesgo en los términos de “Alerta Epidemiológica del Coronavirus CODIV 19”. Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur • 17/03/2020 • C., J. P. s/ Incidente de prisión domiciliaria • AR/JUR/1081/2020.

La prisión domiciliaria solicitada a favor de una mujer de 65 años fundada en la actual pandemia debe rechazarse, pues las patologías que sufre no resultan de gravedad, están siendo controladas y se encuentra clínicamente estable, máxime cuando no hay aún registro de casos detectados o sospechosos dentro del pabellón donde se aloja, ni en su módulo, ni en el establecimiento, ni en cárceles en la Provincia de Córdoba, ni en ninguna cárcel del país y cuando existe y se está llevando a cabo un Protocolo específico de prevención para el contagio y propagación de la enfermedad. Tribunal Oral en lo Criminal Federal Nro. 1 de Córdoba • 19/03/2020 • Antón, Mirta Graciela s/ Legajo de Ejecución Penal • La Ley Online • AR/JUR/1734/2020.

Se entiende posible la morigeración del encierro cautelar del procesado de manera temporaria hasta tanto se realicen los estudios médicos correspondientes, atendiendo a su edad —66 años—, que no se pudieron realizar los estudios requeridos para resolver su situación y que según la defensa se encontraría dentro del grupo de riesgo más vulnerable de la sociedad para la prevención del COVID-19 (Coronavirus). Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Paraná • 18/03/2020 • Incidente de prisión domiciliaria de Lazarte, Jorge Ángel • AR/JUR/1335/2020.

La excarcelación de un detenido que integra el grupo de riesgo etario de contagio de la Pandemia causada por el Coronavirus COVID-19 debe ser denegada, pues la situación de encierro no agrava su situación de riesgo, sino que profundiza la posibilidad de evitar el contagio; máxime cuando se encuentra alojado en el pabellón residencial para adultos mayores (Lesa Humanidad) donde los internos no se encuentran hacinados y donde, ante cualquier eventual urgencia, su salud se ve resguardada, ya que el imputado dispone de personal médico idóneo dentro de la unidad, tanto para su control, seguimiento e inmediata atención, en caso de que así lo requiera. Tribunal Oral en lo Criminal Federal Nro. 4 de San Martín • 18/03/2020 • Marcelo Cinto Courtaux • AR/JUR/1698/2020.

consiguiente adopción de medidas que observen principios humanitarios y sanitarios⁵⁰.

Se debe resolver teniendo en cuenta la posibilidad de aplicarle una medida que resulte ser la menos gravosa en su condición de vulnerabilidad⁵¹; y a la vez, que no se vean frustrados los fines del proceso⁵².

El Comité Nacional para la Prevención de la Tortura postuló:

“el Comité insiste en realizar un llamado a los Señores Jueces y Fiscales a tener presente la especial situación por la que atraviesa el país y el mundo, así como la imposibilidad del estado de garantizar la integridad física de muchas de las personas privadas de la libertad, antes de dictaminar en forma negativa o resolver rechazando lo peticionado”⁵³.

La situación nos interpela a adoptar una decisión que logre compatibilizar el aseguramiento de los fines del proceso con los derechos involucrados, echando mano a

⁵⁰ La Oficina Regional para Europa de la Organización Mundial de la Salud recomendó dar prioridad a las medidas no privativas de la libertad para detenidos con perfiles de bajo riesgo, con preferencia a las mujeres embarazadas y mujeres con hijos dependientes. OMS. Oficina regional para Europa. “*Preparedness, prevention and control of COVID-19 in prisons and other places of detention Interim guidance*”, 15 March 2020, p. 4. “*Preparación, prevención y control de COVID-19 en prisiones y otros lugares de detención*” (2020). Ha sostenido que “*Las personas privadas de la libertad, tales como las que residen en cárceles y en otros lugares de detención se encuentran predispuestos a ser más vulnerables a la enfermedad del coronavirus (COVID-19, por sobre la población general, en razón de las condiciones de confinamiento en las que viven juntos por prolongados períodos de tiempo. En ese sentido, la experiencia demuestra que las prisiones, cárceles e instalaciones similares las personas se encuentran en condiciones de proximidad y ello puede actuar como una fuente de infección, amplificación y diseminación de enfermedades dentro de las prisiones. La cuestión de salud en las prisiones es considerada una cuestión de salud pública. La respuesta al COVID-19 en prisiones y otros lugares de detención constituye un gran desafío y requiere el involucramiento de todo el gobierno y de toda la sociedad, por las siguientes razones: 1.- La transmisión masiva de un agente patógeno que afecta a la comunidad a la larga causa una amenaza de introducción de la infección dentro de las prisiones y otros lugares de detención; el riesgo del rápido incremento de la transmisión de la enfermedad en las prisiones y en otros lugares de detención es probable que tenga un efecto amplificador de la epidemia, multiplicándose el número de personas afectadas. 2.- Los esfuerzos para controlar el COVID-19 en la comunidad es probable que fallen si una estricta prevención de la infección y medidas de control, testeo adecuado, tratamientos y cuidados no son llevados a cabo en las prisiones y en otros lugares de detención también. 3.- En muchos países, la responsabilidad por el cuidado de la salud en las prisiones y en otros lugares de detención recae sobre el Ministerio de Justicia o Asuntos Internos. Aun cuando la responsabilidad recaiga sobre el Ministerio de Salud, la coordinación y colaboración entre la salud y los sectores de la justicia son esenciales para que la salud de las personas en las prisiones y en otros lugares de detención y la comunidad sean protegidas. 4.- Las personas en las prisiones y en otros lugares de detención se encuentran ya privados de su libertad y pueden reaccionar en forma diferente a las medidas restrictivas intensivas impuestas sobre ellos.*” <https://www.infosalus.com/asistencia/noticia-oms-publica-guia-abordar-Covid-19-carceles-20200323144600.html>.

⁵¹ CFCP, 02/04/2020. En atención a la comunicación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y consultadas las autoridades de la Cámara Federal de Casación Penal, Dres. Gustavo M. Hornos –Vicepresidente 1º– y Alejandro W. Slokar –Vicepresidente 2º–, se dispone que los órganos de la jurisdicción tomen razón y adopten los recaudos pertinentes en orden a los puntos 1 y 2 de la Recomendación de la CIDH, que a continuación se transcriben: 1. Adoptar medidas para enfrentar el hacinamiento de las unidades de privación de la libertad, incluida la reevaluación de los casos de prisión preventiva con el fin de identificar aquellos que pueden ser sustituidos por medidas alternativas a la privación de la libertad, dando prioridad a las poblaciones con mayor riesgo de salud frente a un eventual contagio del COVID-19. 2. Evaluar de manera prioritaria la posibilidad de otorgar medidas alternativas como la libertad condicional, arresto domiciliario, o libertad anticipada para personas consideradas en el grupo de riesgo como personas mayores, personas con enfermedades crónicas, mujeres embarazadas o con niños a su cargo y para quienes estén prontas a cumplir condenas. Comuníquese. Angela E. Ledesma. <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/Comunicados/2020/066.asp>.

⁵² “La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha manifestado, de manera reiterada, que toda restricción al ejercicio de un derecho debe estar prevista por ley, ser necesaria en una sociedad democrática y proporcional al fin que intenta proteger. Además, al momento de evaluar la razonabilidad y proporcionalidad de una restricción se debe examinar que no exista una medida alternativa ‘menos gravosa respecto al derecho intervenido’. Corte IDH, Opinión Consultiva nº 5, caso ‘Chaparro Álvarez y Lapo Iñiguez vs. Ecuador’, sentencia del 21 de noviembre de 2007, párrafo 93. En igual sentido, el principio pro homine o *pro persona* manda a escoger, entre varias interpretaciones posibles, aquella que tutele mejor los derechos humanos. Fallos: 332:1963, considerando 23 Principio de interpretación restrictiva: Fallos 311:948 –entre otros–, art. 18 CN.

⁵³ Comité Nacional para la Prevención de la Tortura (CNPT). Recomendaciones para organismos judiciales para reducir la población en situación de encierro <http://cnpt.gob.ar/recomendaciones-del-cnpt-ante-el-Covid-19/> <https://rednacionalor.files.wordpress.com/2020/03/medidas-occ81rganos-judiciales-cnpt-hm-1-2.pdf>.

medidas de restricción de la libertad en domicilio, la **detención domiciliaria**⁵⁴.

Insisto, en el contexto extraordinario actual de pandemia, esta es la solución que mejor se ajusta a la protección integral de los derechos en juego, a la salud⁵⁵, a una vida digna y libre de violencia, a la familia, a la igualdad y a un *trato humanitario* a la vez que resguarda las garantías del debido proceso⁵⁶, defensa en juicio⁵⁷ y el principio *pro homine*, asegurando la evitación de la *trascendencia de la pena*⁵⁸.

La detención domiciliaria constituye la solución aceptable para los casos en que el encierro carcelario implica, además, una afectación que trasciende a la persona privada de

⁵⁴ La privación cautelar de la libertad ambulatoria resulta admisible en la medida que sea absolutamente indispensable para conseguir el fin deseado y siempre que no exista una medida menos gravosa para alcanzar el objetivo propuesto. Corte IDH. Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111, §129; Caso Palamara Iribarne Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135, §197; Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez. Vs. Ecuador. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, §93; Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de mayo de 2014. Serie C No. 279, §312; Caso Wong Ho Wing Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de junio de 2015. Serie C No. 297, §248 Caso Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2018. Serie C. No. 371, §251.

El principio de provisoriedad implica que la prisión preventiva debe ser considerada una medida cautelar llamada a regir sólo durante el lapso estrictamente necesario para garantizar el fin procesal propuesto. Con legitimidad la Corte Interamericana señaló en “López Álvarez” (considerandos 73,78 y 81), la necesidad que el juzgador evalúe periódicamente si se mantienen las condiciones que justificaron el dictado y mantenimiento de la medida cautelar

Ha dicho la Cámara Nacional de Casación que: *“la existencia de un programa, en el marco del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, que posibilite la aplicación de medidas de restricción de la libertad en el domicilio, con vigilancia adecuada que puede resultar de gran utilidad para casos como el que aquí se encuentra a estudio. El mecanismo cuenta con dispositivos de vigilancia electrónica, que permiten controlar la permanencia del imputado en el domicilio fijado y, ante la eventualidad de que saliera del radio establecido o intentara desprenderse de la “pulsera”, el sistema envía una alerta inmediata que es detectada en el centro de monitoreo e informada a la autoridad judicial; todo ello, en el marco del “Programa de Asistencia de personas bajo vigilancia electrónica”. El programa incluye, a su vez, la asistencia social, psicológica y médica del imputado. Este mecanismo se encuentra implementado y es llevado adelante, en la órbita de la misma autoridad administrativa que tiene a su cargo la ejecución de las medidas de encierro –tanto procesales como materiales– como parte de una política estatal tendiente a “mejorar las condiciones de vida de las personas que cumplen una medida restrictiva de la libertad”, contribuyendo a mitigar el impacto negativo de la privación de libertad en el ámbito carcelario....CCC61537/2014/TO1/4/CNC1, causa “Arias, Héctor Ricardo s/incidente de excarcelación”.*

⁵⁵ Aun cuando existe una posibilidad cierta de que en caso de serle concedida la prisión domiciliaria a un interno que fue condenado por delitos contra la integridad sexual —sentencia no firme—, éste intente fugarse, máximo cuando el tiempo que le resta por cumplir de pena es considerable (más de 4 años); e incluso, con ello coexiste el riesgo de que el nombrado cometa otro delito (sin desatender y lamentar la grave naturaleza de los hechos por los que fue condenado), ninguna de tales hipótesis puede fundar el rechazo del arresto domiciliario, exclusivamente por el plazo durante el cual se encuentren vigentes los riesgos inherentes al contagio del COVID-19, cuando lo que está en juego es la vida del incuso, por el alto *riesgo de contagio, máxime cuando aún se encuentra vigente —aunque mermado— su estado de inocencia*. Tribunal Oral en lo Criminal Federal Nro. 5 de San Martín • 28/03/2020 • Holotte, Miguel Ángel s/ incidente de prisión domiciliaria • La Ley Online • AR/JUR/6268/2020.

⁵⁶ Principio de debido proceso: Fallos: 236:271; 268:266; 306:2101; 308:117; 311:2045. Art. 18 CN; Enmienda V y XIV Constitución de Filadelfia.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha resuelto que son descalificables como actos judiciales válidos las sentencias que omiten pronunciarse sobre cuestiones oportunamente propuestas y conducentes para ello, en tanto importan una violación a las reglas del debido proceso. Fallos: 314:1366 y 1434; 318:2678; 319:2016; 326:1969; 329:4931 y 331: 2077 *“toda sentencia constituye una unidad lógico-jurídica y no es sólo el imperio del tribunal ejercido en la parte dispositiva lo que da validez y fija los alcances del pronunciamiento, sino que esa parte dispositiva debe ser la conclusión necesaria del análisis de los presupuestos fácticos y normativos efectuado en sus fundamentos”*. Fallos: 334:490, con cita de fallos 308:139 y 313:475.

⁵⁷ Principio defensa en juicio: Fallos: 212:473; 255:91; 318:1269; 318:1711. Arts. 18.3 CN, 8.2 CADH, 14.3 PIDCP.

⁵⁸ El encierro preventivo del encausado/a no solo repercute en su situación individual, sino que se proyecta sobre su núcleo familiar. Debe gobernar el principio constitucional de *trascendencia mínima de la pena*. CFCP, Sala II, causa n° 684/2013: “Álvarez Contreras, Flor de María s/ recurso de casación”, reg. n° 1363/13, rta.20/09/2013.

libertad⁵⁹, si desde siempre se reclama que las penas no se proyecten a la familia del justiciable⁶⁰.

A idéntica conclusión podemos arribar en los supuestos de prisión en caso de condenados⁶¹. La ley 24.660 no puede admitir que la detención domiciliaria sea sustituta de la prisión solo en el supuesto que el condenado se halle afectado por una enfermedad incurable e irreversible, como la establecía su antigua redacción. La expresión “trato humano al condenado” reclama que le permita tener una buena calidad de vida – ya sea en prisión o en su domicilio–; lo contrario desnaturalizaría el sentido del instituto como alternativa de prisión. También se desvirtuaría si se tolerase el cumplimiento de la pena de prisión cuando una enfermedad no le permita soportar la privación de libertad sin ocasionar un riesgo para la vida o la salud psicofísica, al igual que si se probase que el encierro en un establecimiento empeora su delicado estado de salud, lo contrario acarrearía que la pena privativa de libertad se convierta en una pena privativa de la salud o pena corporal, constitucionalmente prohibida⁶².

Resolver en sentido contrario implicaría una contradicción de la propia Ley 24.660, esa interpretación sería violatoria de su artículo 143, cuando reconoce a los internos condenados el derecho a la salud, al tiempo que predica que la respuesta punitiva tiene su límite en la integridad física y la salud psicofísica⁶³.

⁵⁹ Del voto del juez Alejandro W. Slokar en la causa CFCP, Sala de FERIA, CPF14833/2018/TO1/6/CFC1 “Ramírez, Sofía s/recurso de casación”, registro nº 6/20, resuelta el 27 de marzo de 2020.

⁶⁰ El principio de intrascendencia de la pena prevista en el art. 5.3 de la C.A.D.H., que establece que aquella no puede trascender de la persona del delincuente.

⁶¹ El régimen progresivo previsto para la ejecución de penas privativas de libertad –artículo 5 de la citada ley– constituye una modalidad distinta y excepcional de su cumplimiento –al punto que se puede otorgar independientemente de la evolución que hubiese desarrollado en el tratamiento individual carcelario–, del monto de la pena impuesta y de la naturaleza del delito que hubiese cometido, pues prioriza condiciones más dignas en el modo de cumplir la condena humanizando el castigo, antes que el aseguramiento pleno que ofrece la prisión.

⁶² Juzgado Nacional de Ejecución Penal nro. 5, de la jueza María Jimena Monsalve, causa nro. 18978/2016/TO1/EP1.

⁶³ Dispuesto el arresto domiciliario se podrán imponer al interno obligaciones, tales como: 1) prohibición de ausentarse del domicilio donde cumplirá la medida de morigeración de prisión, quedando sólo autorizado su egreso, en forma excepcional, por razones de urgencia médica, debiendo acreditar dicha circunstancia al Tribunal y a la Dirección Nacional de Control y Asistencia de la Ejecución Penal en el plazo de 48 horas de producida, y comparecer todas las veces que fuera convocado a los estrados, bajo apercibimiento de revocar el régimen de morigeración de prisión; 2) comunicar a la Dirección Nacional de Control y Asistencia de la Ejecución Penal, a fin que, una vez finalizada la emergencia sanitaria, comience con la supervisión y control del régimen dispuesto, debiéndose informar semanalmente a la judicatura; 3) requerir a la Dirección Nacional de Readaptación Social, dependiente de la Subsecretaría de Relaciones con el Poder Judicial y Asuntos Penitenciarios del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, a fin que, en los términos de la Resolución 1379/2010 (B.O. 01/07/2015) de dicho Ministerio, disponga las medidas del caso para que el personal del “Programa de Asistencia de Personas bajo Vigilancia Electrónica” le coloque, en caso de ser posible, un mecanismo de vigilancia electrónica; 4) poner en conocimiento del Sr. Director del C.P.F. donde este alojado el interno que deberá trasladar –en el día de la fecha– al domicilio donde cumplirá la respectiva medida de morigeración de prisión; 5) requerir que previo a cumplir el traslado se adopten las medidas necesarias para descartar –por el momento– que el justiciable presenta síntomas compatibles con el COVID-19; y 6) labrar acta donde el interno deberá ser notificado de todo lo dispuesto y luego remitir aquélla constancia en el plazo de 24 horas al correo electrónico del Tribunal.

EXPERIENCIA Y DESAFÍOS DE LA DEFENSA PÚBLICA EN LOS BARRIOS POPULARES DE ARGENTINA

EXPERIÊNCIA E DESAFIOS DA DEFESA PÚBLICA NOS BAIRROS POPULARES DA ARGENTINA

Sebastian Tedeschi

Romina Tuliano Conde

Juan Martín Camusso

Marina del Sol Alvarellós

RESUMEN

La desigualdad socio-espacial que padecen los habitantes de los barrios populares de la Argentina, afectados por las precarias condiciones materiales y de infraestructura, la falta de acceso a servicios básicos y la vulneración de sus derechos sociales en general, ha quedado relegada en las prioridades del poder público. El sistema judicial tampoco ha podido abordar de manera adecuada los conflictos que existen en estos territorios. La complejidad de las vulneraciones de derechos sociales en los barrios populares exige un tratamiento por parte de los operadores jurídicos que excede al que tradicionalmente se ha dado a los casos individuales, y requiere la incorporación de las problemáticas de poblaciones vulnerables en la agenda de la defensa pública. En este trabajo analizaremos el papel del Ministerio Público de la Defensa en el marco de estos conflictos colectivos y la evolución de su rol desde la tradicional defensa individual hasta el actual abordaje territorial como causas sociales de exclusión. Para ello, haremos referencia a dos experiencias exitosas de litigio colectivo llevadas adelante por el Programa de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, sobre el derecho a la vivienda e integración urbana y el acceso a internet, como nuevos derechos fundamentales para los sectores populares. A partir del análisis de las estrategias de defensa en ambos casos y de la mención de dificultades que se presentan habitualmente en estos procesos judiciales, señalaremos desafíos que enfrenta el sistema judicial para responder adecuadamente frente a vulneraciones de derechos sociales en barrios populares.

RESUMO

A desigualdade socioespacial sofrida pelos habitantes dos assentamentos precários da Argentina, afetada pelas precárias condições materiais e de infraestrutura, a falta de acesso a serviços básicos e a violação de seus direitos sociais em geral, foram relegadas nas prioridades

do poder público. O sistema judicial também foi incapaz de lidar adequadamente com os conflitos existentes nesses territórios. A complexidade das violações dos direitos sociais nos assentamentos populares requer tratamento por parte dos operadores legais que excede o tradicionalmente dado a casos individuais e exige a incorporação dos problemas das populações vulneráveis na agenda de defesa pública. Neste trabalho, analisaremos o papel do Ministério Público da Defesa no contexto desses conflitos coletivos e a evolução de seu papel da defesa individual tradicional para a abordagem territorial atual como causas sociais de exclusão. Para isso, vamos nos referir a duas experiências bem-sucedidas de litígios coletivos, realizadas pelo Programa de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da *Defensoría General de la Nación*, sobre direito à moradia e integração urbana e acesso à Internet, como novos direitos fundamentais para os setores populares. Com base na análise das estratégias de defesa nos dois casos e na menção das dificuldades que geralmente surgem nesses processos judiciais, apontaremos desafios que o sistema judicial enfrenta ao responder adequadamente às violações dos direitos sociais nos assentamentos precários.

SUMÁRIO

INTRODUCCIÓN 1. DOS CASOS DE LITIGIO ESTRATÉGICO DEL PROGRAMA DESC.
1.1. El caso del Barrio “El Campito”. 1.2. El Caso del Barrio Rivadavia.
2. DESAFÍOS PARA EL LITIGIO ANTE VULNERACIONES DE DERECHO EN LOS BARRIOS POPULARES.

INTRODUCCIÓN

Los barrios populares de Argentina han estado históricamente relegados en las prioridades del poder público. Hasta hace muy pocos años estos barrios ni siquiera aparecían en los mapas y el estado apenas sabía cuántos eran y donde estaban. En estos barrios donde sus habitantes se enfrentan a graves vulneraciones de sus derechos sociales en un contexto de superposición de diversas condiciones de vulnerabilidad. Así es donde viven muchas personas migrantes internos y externos, muchos niños, personas con discapacidad, muchos hogares en cabeza de mujeres, entre otras diversidades.

Lo cierto es que esta omisión de los gobiernos no se ha limitado al poder ejecutivo sino que del mismo modo está presente en el sistema judicial en donde queremos poner el foco. El rostro más visible del Estado que conocer las personas que provienen de barrios populares es el de las fuerzas de seguridad, quedando relegada la presencia de las agencias del estado que deben garantizar los derechos sociales de sus pobladores.

Hace tres años en Argentina se hizo un relevamiento (formalizado a partir del Decreto

n° 358/2017, que crea el Registro Nacional de Barrios Populares en Proceso de Integración Urbana) que contabilizó más de 4 millones de personas, de los cuales casi el 50% son niños y adolescentes¹ que viven en 4416² barrios populares. De ese total, el 13% de esa población no tiene acceso a agua potable y un 42% no cuenta con redes de cloaca (Plan Nacional de Agua Potable y Saneamiento, 2017). Muchos de ellos, a su vez, carecen de una provisión estable de electricidad y están amenazados por continuos accidentes eléctricos y cortes de suministro, de acceso al servicio público de gas, de una telefonía y acceso a internet limitado o inexistente. Estos barrios también suelen tener las peores conexiones a las redes de transporte y tienden a ser los más afectados por inundaciones y muchos de ellos están en contactos con basurales y otras fuentes de residuos tóxicos.

A modo de ejemplo podemos destacar que, según datos oficiales, en el 68% de los barrios populares del país la mayoría de los habitantes no accede formalmente al servicio de energía eléctrica, en el 89% de los casos la mayoría de los habitantes no accede formalmente al servicio de agua potable, en el 98% de estos barrios la mayoría de los habitantes no cuenta con servicio de red cloacal, y en el 99% de los casos la mayoría de los pobladores no tiene acceso formal a la red de gas natural³.

Lo cierto es que ahora, en contexto de la pandemia por el COVID - 19, esta situación puso en evidencia la enorme deuda que tiene la política pública con estos sectores que sufrieron el contagio más rápidamente y con menos condiciones para protegerse. Sin embargo mucho antes ya se vislumbraba la gran desigualdad social espacial que sufren estos barrios. Además de padecer una situación de inseguridad en la tenencia de la tierra y una urbanización deficitaria en clara violación a la Constitución Nacional⁴.) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (Art. 11.1), por otra parte están mal servidos por la red de servicios públicos de saneamiento, electricidad, recolección de residuos, transporte, salud, educación y protección contra la contaminación ambiental y desastres climáticos o incendios. Se constata que la inversión pública en infraestructura ha relegado históricamente a estos barrios, mientras que se han desarrollado acciones de embellecimiento de fachadas de carácter meramente estético que no han incidido en mejorar la situación de precariedad en las condiciones de vida.

¹ Informe "Asentamientos informales y derechos humanos" Defensoría del Pueblo de la Nación. Buenos Aires, 15 de mayo de 2018. Ver <https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Housing/InformalSettlements/ArgentinaDefensorPueblo.pdf>.

² Conforme surge del sitio web oficial del Registro Nacional de Barrios Populares en Proceso de Integración Urbana (RENABAP). Ver <https://www.argentina.gob.ar/habitat/renabap>.

³ Conforme datos de la Secretaría de Integración Socio-Urbana del Ministerio de Desarrollo Territorial y Hábitat de la Nación, a febrero de 2020. Ver <https://www.argentina.gob.ar/noticias/barrios-populares>.

⁴ Arts. 14 bis, 3er párr. *El Estado otorgará los beneficios de la seguridad social, que tendrá carácter de integral e irrenunciable. En especial, la ley establecerá: el seguro social obligatorio, que estará a cargo de entidades nacionales o provinciales con autonomía financiera y económica, administradas por los interesados con participación del Estado, sin que pueda existir superposición de aportes; jubilaciones y pensiones móviles; la protección integral de la familia; la defensa del bien de familia; la compensación económica familiar y el acceso a una vivienda digna.*

Art. 75 inc. 19 2do párr. 19. *Proveer al crecimiento armónico de la Nación y al poblamiento de su territorio; promover políticas diferenciadas que tiendan a equilibrar el desigual desarrollo relativo de provincias y regiones. Para estas iniciativas, el Senado será Cámara de origen.*

En el **plano organizativo del poder judicial** la división de competencias sigue vinculada a la división federal y provincial y luego a las especialidades tradicionales del derecho: civil, contencioso administrativo ha impactado en el modo de abordar estos los conflictos por las vulneraciones de derechos sociales en estos barrios. Para poner un ejemplo, un acción de desalojo de un barrio popular en la ciudad de Buenos Aires, si el predio es de un propietario privado se tramita en la justicia civil, pero si se quiere hacer una acción de amparo para regularizar o urbanizar o reclamar la relocalización con participación de los vecinos, esos pobladores se deberán accionar ante la justicia contencioso administrativa local. En cambio si se quiere reclamar por el mejoramiento de la red de servicios públicos en algunos casos se deberá demandar en la Justicia local a la Ciudad de Buenos Aires, en otros casos: gas, electricidad, teléfonos e internet, se deberá demandar a las empresas que prestan estos servicios en el fuero Civil y comercial federal. Finalmente si se acciona por discriminación en el transporte se debe recurrir al fuero contencioso administrativo federal. Ello impacta negativamente en la capacidad del poder judicial para reparar estas vulneraciones de derechos en estos barrios.

También los **planes de estudios de las facultades de derecho** siguen organizando sus departamentos y estudios en una lógica tradicional marcada por las divisiones clásicas de las ramas del derecho. Los departamentos académicos de nuestras escuelas de derecho pocas veces articulan en institutos que hagan un encuadre integral de problemáticas que sea interdisciplinario hacia adentro (entre ramas del derecho que abordan una misma problemática) y hacia afuera con otras disciplinas economía, sociología urbana, geografía, antropología, etc

Después de la reforma constitucional de 1994 con la incorporación del Pacto internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales en el plexo constitucional argentino, progresivamente comenzaron a plantearse litigios en relación a la falta de cumplimiento de los DESC. Sin embargo la agenda judicial ha estado sobrerrepresentada por reclamos vinculados al derecho a la salud de sectores medios y de seguridad social, aquí sí de una manera más generalizada entre sectores sociales.

Tal como surge de un informe diagnóstico reciente sobre acceso a la justicia en materia de derechos económicos, sociales y culturales elaborado por un experto con el apoyo EUROsociAL+ para el Programa de Derechos Económicos Sociales y Culturales de la Defensoría General de la Nación, los la mayoría de los planteos vinculados con el derecho a la salud son referidos a personas que cuentan con cobertura del subsistema de salud de obras sociales o medicina prepaga, pero pocos casos de personas sin cobertura, en general migrantes, indígenas, o en condiciones de extrema pobreza- y en menor medida el derecho a la seguridad social resultan los más frecuentes e insumen la mayor carga de trabajo de los defensores públicos oficiales federales. En el mismo sentido, el estudio constató que son poco frecuentes las intervenciones de las defensorías oficiales con relación a grupos

especialmente vulnerables, como los habitantes de asentamientos informales⁵.

De este modo, otros planteos como los relacionados con el ejercicio del derecho a la vivienda, a la alimentación, a la integración urbana, agua, saneamiento, energía, al transporte, o el acceso a internet aparecieron postergados hasta nuestros días.

La defensa pública estuvo históricamente enfocada en la defensa penal y civil no patrimonial de personas que invocaban pobreza. Esa función se desarrollaba en un contexto en donde los tribunales de justicia tampoco tramitaban conflictos que tuvieran que ver con la efectivización de los derechos económicos, sociales y culturales. En realidad muchos conflictos que eran abordados como meros asuntos patrimoniales, por ejemplo los desalojos de población vulnerables, no se los visibilizaba como conflictos en donde se vulneran derechos sociales.

En los últimos 15 años el MPD ha procurado abordar esta demanda creciente y a la vez propiciar nuevos litigios que atiendan las problemáticas de los barrios populares. Un paso muy importante en el cambio de perspectiva se dio a partir de 2008 con una instrucción de la Defensoría General de la Nación:

A los Defensores Públicos de Menores e Incapaces para que tomen intervención en los procesos de desalojo en los que se vean afectados los derechos de los menores de edad a fin de adoptar las medidas necesarias que tengan por objeto la protección integral de los derechos de los niños, niñas y adolescentes reconocidos en nuestro ordenamiento jurídico nacional e instrumentos internacionales de Derechos Humanos en los que el Estado es parte⁶.

Entre otras medidas se debe destacar la creación de un área de DESC desde 2010, luego programa desde 2016, el convenio del MPD con el Ministerio de Justicia a los fines de brindar a la población que asiste a los Centros de Acceso a la Justicia orientación general, asistencia y/o patrocinio, capacitar a los agentes que se desempeñan en estos dispositivos y realizar actividades conjuntas para la promoción de derechos, y la creación del Equipo de Trabajo Río Matanza Riachuelo, también desde 2014, para trabajar en los barrios afectados por la contaminación de este río y realizar un abordaje territorial en el proceso de ejecución de sentencia dictada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa “Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios - Daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza Riachuelo”. También el Programa sobre Diversidad Cultural ha intervenido desde hace 12 años en diferentes conflictos de pueblos indígenas y otras minorías, quienes por situaciones de desplazamiento forzado también han enfrentado situaciones de vulneración de derechos en el ámbito urbano.

En esta línea, la nueva ley orgánica del Ministerio Público de la Defensa (Ley n° 27.149), del año 2015, incorpora esta visión en cuanto a la prestación de un servicio que este dirigido a

⁵ Programa EUROsociAL+, Programa para la Cohesión Social en América Latina, “Diagnóstico, línea de base y hoja de ruta. Asistencia técnica para la realización de un diagnóstico, línea de base y hoja de ruta para la promoción del acceso a la justicia en materia de derechos económicos, sociales y culturales en la Defensoría General de la Nación en Argentina”, abril de 2018.

⁶ Defensoría General de la Nación. Resolución N 1119/2008.

la defensa de los derechos humanos, especialmente de las personas y colectivos vulnerables.

En efecto, esta norma define al MPD como “una institución de defensa y protección de los derechos humanos que garantiza el acceso a la justicia y la asistencia jurídica integral, en casos individuales y colectivos” y establece como función principal la promoción de medidas tendientes a “la protección y defensa de los derechos fundamentales de las personas, en especial de quienes se encuentren en situación de vulnerabilidad”⁷. En cuanto a los principios específicos, conforme los cuales los integrantes del MPD deben desarrollar su actividad, incluye la promoción del acceso a la justicia de quienes se encuentren en condición de vulnerabilidad o con discriminación estructural, que estará sujeto a un diligenciamiento preferencial⁸, y prevé el establecimiento de mecanismos para la interacción efectiva del MPD con distintos sectores sociales y el trabajo en red para la difusión de derechos y el acceso a la justicia⁹.

La nueva ley orgánica también incorpora previsiones referidas al trabajo de casos que exceden el planteo tradicional en clave individual, vinculados con problemáticas colectivas y sectores vulnerables, que generalmente revisten mayor complejidad. En este sentido, incluye como áreas de colaboración dentro de la estructura de la Defensoría General de la Nación, grupos de abordaje territorial para sectores desaventajados (art. 10.i.7) y establece la obligación de los integrantes del MPD de informar a la DGN aquellos casos de trascendencia o complejidad que requieran de un conocimiento o asistencia especial (art. 24).

Siguiendo esta lógica, establece entre las funciones del Defensor General de la Nación impulsar la protección colectiva de derechos humanos¹⁰, así como tomar intervención, por sí o por medio de un defensor público de la DGN, en aquellos casos en que la muestra o reiteración de patrones de desconocimiento y violación de derechos y garantías trasciendan el caso individual, alcanzando impacto institucional¹¹.

A la vez, se delinea el nuevo y más amplio perfil que deberán tener los defensores oficiales y se ponen en cabeza de estos magistrados funciones que van más allá de la asistencia y patrocinio de casos individuales de quienes invoquen su situación de pobreza. Así, por ejemplo se dispone que los defensores oficiales deben, además, ejercer el patrocinio y representación en juicio como actor o demandado de quienes se encuentren en situación de vulnerabilidad, y de consumidores o usuarios ante conflictos en las relaciones de consumo¹².

Se incorporan, asimismo, nuevas funciones que tienen que ver con el tratamiento de casos de mayor complejidad, como intentar la conciliación y ofrecer medios alternativos a la resolución judicial de conflictos, con carácter previo a la promoción de un proceso en los casos, materias y fueros que corresponda, convocar personas a su despacho cuando

⁷ Ley 27.149, Art. 1.

⁸ Ley 27.149, Art. 5.

⁹ Ley 27.149, Art. 6.

¹⁰ Ley 27.149, Art. 35 inc. b).

¹¹ Ley 27.149, Art. 35 inc. d).

¹² Ley 27.149, Art. 42.

sea necesario para el desempeño de su ministerio, realizar visitas y tomar medidas para asegurar la vigencia de los derechos y garantías de los asistidos o defendidos alojados en establecimientos de detención, de internación o que impliquen cualquier forma de privación de la libertad, y desplegar acciones de abordaje territorial y relevamiento de demandas individuales y colectivas, si las características de la problemática o la situación de vulnerabilidad las exigieren, para la optimización de la prestación del servicio.

En especial, este artículo estipula como obligación de los defensores públicos promover la defensa considerando la perspectiva de género y la diversidad cultural, así como promover la defensa y protección de los DESC mediante acciones judiciales y extrajudiciales, individual o colectivo, y actuar en coordinación con la Defensoría General de la Nación en la representación de intereses colectivos o difusos.

Además del Programa DESC y el Equipo de Trabajo Río Matanza Riachuelo, otros programas y comisiones de la DGN también atienden de diferentes modos situaciones de los barrios vulnerables, tales como el Programa Acceder y la Comisión sobre temática de Género que atienden consultas en es estos barrios y la comisiones de Migrantes y refugiados, que tienen entre sus asistidos muchas personas que viven en estos barrios.

Desde su inicio como área el Programa DESC viene impulsando la incorporación en la agenda del MPD las problemáticas de los barrios populares a través de la defensa de diferentes conflictos que se viven en estos sectores. Muchas de estas consultas llegaron a la defensa pública de la mano de organizaciones de vecinos que no encontraban un canal judicial para encaminar sus frustrados reclamos expresados en términos de protesta social o reclamos administrativos. En este artículo vamos a presentar dos casos representativos de esta línea de trabajo.

Antes de relatar los conflictos resulta pertinente destacar algunas cuestiones procesales y de índole organizativa que se ven impactadas por este tipo de litigio. Estos casos difieren en su dinámica del caso judicial tradicional.

En primer lugar les asistidos son un colectivo más bien heterogéneo de vecinos, organizaciones sociales y políticas que reclaman una mejora de la situación social del barrio o que se articulan para defenderse de una amenaza de desalojo. Esto marca desde el principio una dinámica de relación diferente. Ya no es el consultante que viene al despacho del defensor, sino que es el equipo de trabajo de la Defensoría el que va al barrio. En el barrio hay diversas opiniones por lo que se requiere un esfuerzo organizativo: convocar a una asamblea, tal vez hacer un material de difusión para avisar a los vecinos que no conocen la iniciativa. Luego en la asamblea se requiere no solo conocer la problemática sino también capacitar a los pobladores en sus derechos sociales y abrir un debate sobre las opciones estratégicas para llegar a una solución del conflicto, o al menos a una mejora de las condiciones.

Para firmar la demanda, los vecinos, no siempre están organizados, entonces hay que ayudar a elegir delegados o representantes, tanto para las firmas, como para asistir

a reuniones de negociación con la contra parte o a las audiencias judiciales. En ocasiones, en audiencias de negociación hay que solicitar a los jueces que difieran la decisión para una consulta previa con los pobladores que no asistieron para confirmar una línea de solución preventivamente acordada. Además en estos conflictos sociales suelen actuar otras organizaciones sociales y políticas, así como se utilizan estrategias diversas a la vía judicial, como las protestas sociales, denuncias en los medios de comunicación y en las redes sociales, que al incidir en el conflicto, representan una tensión para la defensa pública, que, por un lado debe mantener su independencia de influencia política, pero por otro no puede actuar totalmente descoordinada de los otros actores del conflicto, para lograr la reparación de derechos que persigue por la vía judicial.

Lo cierto es que, además de requerir la conformación de equipos interdisciplinarios, la formación de los integrantes de las defensorías en instrumentos para realizar este tipo de intervención social, se encuentran con múltiples obstáculos desde los tribunales. A modo de ejemplo, podemos mencionar experiencias en las cuales a pesar de que actuábamos como patrocinantes¹³ (no como representantes legales), los jueces no dejaban ingresar a los pobladores en sus despachos o salas de audiencia. Pretendían hacer una audiencia de negociación solo con los defensores y sin la presencia de nuestros asistidos. Una especie particular de aporofobia judicial.

En términos del proceso judicial, el procedimiento judicial tampoco está preparado para intervenir adecuadamente en estos conflictos. El proceso bilateral adversarial no siempre es lo suficiente flexible como para brindar herramientas para la solución de las controversias que se plantean en estos barrios. Aquí también se advierte la mala preparación de los operadores judiciales en tramitar, no lo procesal, sino también los aspectos culturales, políticos y emocionales de estos conflictos.

En términos de infraestructura huelga agregar los problemas estructurales y edificios que padecen las sedes judiciales, son pocas las salas de audiencia que pueden albergar un espacio suficiente y adecuado para la concertación de actores sociales o un número elevado de representaciones institucionales y muchos magistrados no están preparados para una coordinación de las intervenciones de manera apropiadas dirigida a la concertación de soluciones.

Las vicisitudes del antes y durante el proceso, no son menores luego de la sentencia. Pues está estudiada la dificultad de ejecución de las sentencias colectivas, las que implican desembolso de fondos públicos por las trabas propias de los sistemas de compras y contrataciones, pero también por la segmentación y burocratización de las áreas estatales,

¹³ En la Argentina los abogados y defensores oficiales pueden actuar por derecho propio, con el patrocinio de un abogado o como apoderados con representación legal de su mandante o asistido. Cuando el defensor actúa como patrocinante se requiere la presencia y firma del mandante en todos los actos relevantes del proceso (Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, Arts. 46 y ss.). En la actualidad solo están eximidos actos de mero trámite que pueden peticionarse solo con la firma del abogado o defensor, sin su poderdante.

que a veces es aprovechada para solapar el cumplimiento de la manda judicial.

1. DOS CASOS DE LITIGIO ESTRATÉGICO DEL PROGRAMA DESC

1.1. El caso del Barrio “El Campito”

Desde diciembre de 2015 el Programa de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Defensoría General de la Nación asiste a los vecinos y vecinas del barrio popular “El Campito”, en el barrio Nueva Pompeya de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, frente al intento de la Agencia de Administración de Bienes del Estado (AABE) de desalojarlos de sus viviendas sin ofrecer previamente ninguna solución habitacional alternativa. Todo ello a través del procedimiento especial que establece la Ley 17.091, en el que no se reconoce a los pobladores el derecho a ser parte ni la posibilidad de ejercer siquiera su derecho de defensa en juicio¹⁴.

En lo que suele ser una normalidad para este tipo de desalojos en inmuebles propiedad del Estado, las familias jamás habían sido notificadas de la demanda y solo habían logrado ser informadas al respecto debido a la actitud proactiva de la Defensora de Menores, a quien el Juzgado había dado intervención luego de constatar la presencia de numerosos niños, niñas y adolescentes. Así fue como un grupo de vecinos de “El Campito” se acercó por primera vez al Programa de Derechos Económicos Sociales y Culturales, desde donde se elaboró una estrategia de intervención a fin de lograr que sean considerados como partes en el proceso y la suspensión del mismo hasta tanto se estableciera una instancia de diálogo y negociación con las autoridades gubernamentales para que se les garantice el derecho a la vivienda.

Desde aquel primer encuentro llevamos cabo sucesivas reuniones informativas en el barrio y un relevamiento con la asistencia del Programa de Problemáticas Sociales de la DGN y la participación de todos los vecinos, lo que nos permitió reconstruir los antecedentes del caso, como así también la historia del lugar y de sus habitantes. “El Campito” se trataba de un asentamiento con más de 25 años de antigüedad en un predio fiscal afectado al servicio del Ferrocarril Belgrano, denominado “Ex Playa Ferroviaria Estación Doctor Antonio Sáenz”. Allí vivían unas 36 familias de muy bajos recursos que nucleaban aproximadamente a unas 150 personas, incluyendo numerosos niños, niñas y adolescentes, trabajadores migrantes, así como adultos mayores y personas con alguna discapacidad o graves problemas de salud.

¹⁴ La Ley 17.091, dictada en 1966 durante la dictadura militar del Gral. Onganía, se encuentra aún hoy vigente y es utilizada por diversos organismos del Estado Nacional para lograr la recuperación inmediata de inmuebles de su propiedad cedidos en concesión. Sin embargo, también es utilizada para lograr el desalojo de familias que informalmente tienen sus viviendas en esos terrenos, incluso cuando no haya de por medio ningún contrato de concesión. En su artículo 1 establece lo siguiente: “En los casos en que se hubiere otorgado la concesión de inmuebles de propiedad del Estado (...), una vez vencido el plazo pactado o declarada su rescisión por la autoridad administrativa, el concesionario deberá restituir los bienes dentro del término de diez (10) días corridos. Caso contrario el organismo competente, acreditando el cumplimiento de los recaudos establecidos en el párrafo anterior, podrá requerir a la justicia el inmediato desalojo del concesionario o de cualquier otro ocupante. Efectuada la presentación requerida, los jueces, sin más trámite, ordenarán el lanzamiento con el auxilio de la fuerza pública, sin perjuicio de las acciones de orden pecuniario que pudieran corresponder a ambos contratantes”.

Ninguno de sus habitantes tenía seguridad en la tenencia de su vivienda y la mayoría carecía de acceso regular a los servicios esenciales.

Según narraban los vecinos, hacía algunos años el Estado Nacional había demolido los antiguos galpones del ferrocarril y había colocado muros para cercar el sector donde se encontraban sus viviendas. Luego, a través del Programa de Crédito Argentino del Bicentenario para la Vivienda Única Familiar, PROCREAR¹⁵, se había comenzado a construir un desarrollo urbanístico que de acuerdo a la información de prensa, contendría más de 900 viviendas destinadas a familias de clase media. Toda esa información, no obstante, jamás había sido suministrada oficialmente por parte de ninguna agencia gubernamental a las personas afectadas. No se les había dado ningún tipo de participación, información ni mucho menos realizado una consulta sobre el proyecto urbanístico al que se estaba destinando el terreno donde tenían sus viviendas. Muy por el contrario, la estrategia gubernamental había sido impulsar el desalojo de estas familias, calificándolas como “intrusos y/u ocupantes” y utilizando para ello el procedimiento “inaudita parte” de la Ley 17.091, sin ofrecer previamente ningún tipo de solución habitacional alternativa.

- ***El proceso de desalojo “inaudita parte”***

Una respuesta tradicional y pasiva a un conflicto de este tipo podría haber sido asistir individualmente a cada familia o derivarlas a la autoridad competente a fin de exigir algún tipo de subsidio habitacional cuando fueran finalmente desalojadas. La primera estrategia de intervención del Programa DESC como patrocinantes de los vecinos y vecinas de “El Campito”, en cambio, consistió en presentarse en el proceso de desalojo y solicitar que fueran tenidos colectivamente como parte para ejercer el derecho constitucional de defensa en juicio. Desde un primer momento, se planteó la inconstitucionalidad de la aplicación del procedimiento de la Ley 17.091, por violar la garantía de proceso legal establecida en la Constitución Nacional y los estándares de debido proceso que según el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas deben cumplir los desalojos de viviendas para no ser considerados como desalojos forzosos¹⁶. Al mismo tiempo, se solicitó la convocatoria a una audiencia y la suspensión del proceso para desarrollar una instancia de diálogo con las autoridades.

¹⁵ El Programa de Crédito Argentino del Bicentenario para la Vivienda Única Familiar, PROCREAR, fue creado por el Decreto 902 de junio de 2012 con el objetivo de facilitar el acceso a la vivienda propia de la población y la generación de empleo como políticas de desarrollo económico y social.

¹⁶ En efecto, la Observación General Nro. 7 del Comité DESC establece que “aunque la debida protección procesal y el proceso con las debidas garantías son aspectos esenciales de todos los derechos humanos, tienen especial pertinencia para la cuestión de los desalojos forzosos” (párr. 15). Y agrega que “entre las garantías procesales que se deberían aplicar en el contexto de los desalojos forzosos figuran: a) una auténtica oportunidad de consultar a las personas afectadas; b) un plazo suficiente y razonable de notificación a todas las personas afectadas con antelación a la fecha prevista para el desalojo; c) facilitar a todos los interesados, en un plazo razonable, información relativa a los desalojos previstos y, en su caso, a los fines a que se destinan las tierras o las viviendas; d) la presencia de funcionarios del gobierno o sus representantes en el desalojo, especialmente cuando éste afecte a grupos de personas; e) identificación exacta de todas las personas que efectúen el desalojo; f) no efectuar desalojos cuando haga muy mal tiempo o de noche, salvo que las personas afectadas den su consentimiento; g) ofrecer recursos jurídicos; y h) ofrecer asistencia jurídica siempre que sea posible a las personas que necesiten pedir reparación a los tribunales” (párr. 15).

Lamentablemente, estos planteos realizados en febrero de 2016 fueron rechazados sin otra justificación que la mera aplicación del procedimiento “sin más trámite” establecido en la misma Ley 17.091 cuya constitucionalidad que estábamos atacando. Seguidamente fue rechazada la apelación, el recurso extraordinario y finalmente, en febrero de 2017, también el recurso de queja planteado ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Se cerraba así para las familias afectadas toda posibilidad de participar y plantear la vulneración a su derecho a la vivienda en el marco de ese proceso de desalojo.

A pesar de estos rechazos, la estrategia defensorista había logrado en la práctica postergar el lanzamiento durante más de un año, mientras desde el Programa DESC se lograba fortalecer la confianza con el colectivo de vecinos y se procuraba establecer vínculos institucionales con la AABE y el programa PROCREAR para promover una instancia extrajudicial de negociación. Sin embargo, a comienzos del año 2017 la AABE ya tenía la vía libre para impulsar el proceso y exigir que se disponga el lanzamiento. En ese contexto se planteó a los vecinos y vecinas de “El Campito” la posibilidad de desarrollar una segunda estrategia de intervención: la presentación de un amparo contra el Estado nacional y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires pero esta vez como demandantes de derechos.

- ***El amparo colectivo por el derecho a la vivienda***

En abril de 2017, tras un pedido de información pública sobre los antecedentes administrativos de la afectación del predio fiscal en cuestión al proyecto urbanístico de PROCREAR, se interpuso finalmente una acción de amparo colectivo en la que se demandó a la Agencia de Administración de Bienes del Estado (AABE), al entonces Ministerio del Interior, Vivienda y Obras Públicas del Estado Nacional y al Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, por la omisión que significó planificar y comenzar a ejecutar el proyecto urbanístico “Estación Sáenz” sin informar, consultar ni dar participación a los vecinos de “El Campito”, como principales afectados. Allí se solicitó la apertura y monitoreo de una mesa de diálogo para alcanzar una solución que evite el desalojo y garantice a los vecinos su derecho a la vivienda.

Al poco tiempo de la interposición de la acción de amparo, en mayo de 2017 el Poder Ejecutivo Nacional creó a través del Decreto Nº 358/2017 el Registro Nacional de Barrio Populares en Proceso de Integración Urbana (RENABAP), en el cual se incluyó a “El Campito”. El reconocimiento por parte del Estado nacional de la preexistencia de este barrio popular a los fines de su integración socio urbana fortaleció enormemente nuestros argumentos y nos permitió ampliar el objeto de la acción de amparo: se solicitaba ya no solo la apertura de una mesa de diálogo con carácter previo a cualquier decisión que pudiera significar el desalojo del predio, sino también que el objetivo de esa mesa de diálogo debía ser la regularización e integración socio urbana del barrio, o bien el desarrollo de un plan de relocalización en viviendas adecuadas.

El amparo obtuvo dictamen fiscal favorable y antes de que el juzgado pudiera expedirse sobre su procedencia, las autoridades de la AABE, a través de su Dirección de Asuntos

Comunitarios, finalmente nos comunicaron su predisposición para entablar una instancia de diálogo extrajudicial con los vecinos de “El Campito”. Se informó dicha circunstancia al juzgado, que desde entonces ha venido suspendiendo periódicamente los plazos procesales del amparo a la espera de un acuerdo entre las partes.

- ***La negociación extrajudicial***

A partir de mediados de 2017 y en paralelo a la estrategia judicial que se mantenía con los plazos suspendidos, se comenzó a desarrollar con la participación activa de los vecinos un proceso de negociación directa con la AABE a los fines de alcanzar una solución habitacional para todos los habitantes del asentamiento. Este proceso se consolidaría luego con la sanción en octubre de 2018 de la Ley 27.453 de “Regularización Dominial Para la Integración Socio Urbana”, que dispuso la suspensión por 4 años de los desalojos de barrios populares registrados en el RENABAP.

Asistir a un colectivo de vecinos en un proceso de negociación requirió un gran compromiso por parte del equipo de trabajo del Programa DESC para generar confianza, buena comunicación y finalmente acuerdos, primero entre los propios vecinos del barrio, y luego en la relación con los diferentes interlocutores presentados por la AABE. Para ello fue necesario llevar a cabo numerosas reuniones y encuentros con los vecinos, informándolos sobre sus derechos y fortaleciendo especialmente las capacidades de negociación de sus referentes. Este continúa al día de hoy siendo un proceso lleno de dificultades, con avances, retrocesos y un sinnúmero de inconvenientes prácticos que se presentan sobre la marcha, pero en el marco del cual se han alcanzado importantes compromisos que se han mantenido a pesar del cambio de las autoridades en diciembre de 2019.

En resumen, a la fecha de presentación del presente trabajo en julio de 2020, se ha concretado exitosamente la relocalización de 26 familias en viviendas adecuadas en el complejo urbanístico de Procrear denominado Estación Buenos Aires, a unas 20 cuadras de “El Campito” en un barrio nuevo de viviendas públicas. Queda aún pendientes de ejecución los compromisos asumidos respecto de las situaciones de otras 8 familias que aún habitan en “El Campito” y la adopción de medidas para garantizar la continuidad de las fuentes de ingresos que se verán afectadas por la relocalización.

1.2. EL CASO DEL BARRIO RIVADAVIA

Desde el año 2015 y a partir del Convenio Específico entre el Instituto Nacional contra la Discriminación y el Ministerio Público de la Defensa, el Programa DESC patrocina a vecinos de los barrios Rivadavia I y II en una acción colectiva contra la empresa Telefónica de Argentina S.A., por discriminación en la prestación de los servicios de telefonía e internet en dichos barrios.

El barrio Rivadavia está ubicado al sur del barrio de Flores de la Ciudad de Buenos Aires. Es el producto de la urbanización, a fines del siglo pasado, de asentamientos precarios que se

emplazaban en la zona. En él viven 2140 familias, es decir aproximadamente 8700 personas.

La empresa encargada de prestar el servicio de telefonía básica en esa zona de la Ciudad de Buenos Aires no lo hace correctamente, en el barrio, como debería. Tampoco provee internet por cable. El motivo que alega frente a los vecinos es que el barrio en cuestión se trata de una “zona peligrosa” en dos sentidos: en primer lugar, porque estima que allí sus operadores estarían expuestos a ser víctimas de delitos; y, en segundo lugar, porque el mal estado de las instalaciones eléctricas los colocaría en riesgo de sufrir accidentes laborales. Frente a ello, la actitud de esta empresa ha sido dejar de mantener adecuadamente las líneas telefónicas existentes y no instalar líneas nuevas, impidiéndoles a los habitantes del barrio contar con comunicaciones de teléfono fijo regulares en condiciones adecuadas, como las que poseen otros vecinos de la ciudad, ni con acceso al servicio de internet cableado que se provee por los mismos medios. Según la propia empresa de telefonía, la medida afectaría a 978 clientes.

Luego de una serie de reclamos e intentos de negociación, los vecinos lograron que la empresa se comprometiera y, efectivamente, comenzara a reparar los postes y el cableado existente en el barrio, pero, al poco tiempo, suspendió ese compromiso alegando nuevamente la peligrosidad de la zona. Entonces, algunos vecinos acudieron al Programa DESC y, con su patrocinio, demandaron a la empresa solicitando que se le ordene prestar estos servicios regularmente y sin discriminación, reparando las instalaciones que hubiera que reparar y ampliando su prestación a los nuevos usuarios que lo requirieran. Se sostuvo que se estaba incumpliendo injustificadamente con las modalidades en que debían prestarse los servicios y que esa conducta resultaba discriminatoria desde el punto de vista del derecho de los consumidores y usuarios. Y asimismo se destacó que la falta de acceso a estos servicios avasalla derechos fundamentales tales como la salud, la educación, el trabajo y el acceso a la información.

La empresa, al contestar la demanda, enfatizó el “riesgo eléctrico”: adujo que las instalaciones eléctricas irregulares no permitirían llevar a cabo las tareas de mantenimiento y ampliación necesarias para cumplir con las demandas de los vecinos y con las obligaciones que asumiera como concesionaria de un servicio público. Como respuesta, los vecinos observaron que dicho riesgo no fue obstáculo para que antes la empresa se comprometiera y comenzara a reparar sus instalaciones en el barrio. Asimismo, destacaron que, en todo caso, el riesgo eléctrico proviene del obsoleto tipo de cableado utilizado y que si esta invirtiera en infraestructura, como lo hace en otros barrios de la ciudad, instalando líneas soterradas de fibra óptica, la cuestión se resolvería fácilmente; el riesgo eléctrico quedaría anulado.

En el caso, se obtuvo una medida cautelar para que la empresa repare y mantenga los cableados ya existentes en los barrios, medida que fue confirmada por la Cámara con el argumento de que la privación del servicio de telefonía e internet “restringe derechos fundamentales reconocidos en nuestra Constitución Nacional como ser la educación, salud, igualdad real de trato y oportunidades (arts. 14, 16, 32 y 75 incs. 19, 22 y 23) y la garantía

constitucional que ampara la libertad de expresión que comprende la búsqueda, recepción y difusión de información e ideas de toda índole a través del servicio de internet (art. 1° de la ley 26.032)”. Frente a los recursos interpuestos por la empresa demanda, dicha cautelar fue finalmente confirmada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación. No obstante, la empresa continúa incumpléndola, razón por la cual se ha solicitado y obtenido favorablemente por parte del Juzgado la intimación bajo apercibimiento de imponer astreintes, resolución que en 2018 fue confirmada por la Cámara y actualmente a la espera de que se resuelva el recurso extraordinario presentado por la empresa.

En este caso, la actuación de la defensa pública ha querido demostrar que la desigualdad social tiene una dimensión territorial. Las ciudades frecuentemente expresan, en su disposición espacial, las desigualdades económicas y sociales existentes entre sus habitantes. Las personas que habitan los barrios pobres suelen tener menores oportunidades laborales y educativas. Su lugar de residencia, muchas veces, dificulta el acceso igualitario a los bienes y servicios, y la igualdad de oportunidades de desarrollar el proyecto de vida que deseen para sí mismas. El litigio ha querido introducir en la operación de interpretación jurídica la cuestión de la desigualdad socio-urbana, el derecho a la ciudad y el de acceso a internet como derecho fundamental, haciendo hincapié que los efectos de las decisiones judiciales sobre ella permiten llegar a soluciones más justas en los conflictos que afectan a los barrios segregados, persiguiendo el ideal regulativo que, en materia de igualdad, apuntala nuestra Constitución.

Estos dos casos relatados son una muestra de algunos otros casos en los que el juzgado accionó judicialmente para evitar desalojos, buscar la regularización de los barrios o denunciar la discriminación de otros servicios públicos como el de transporte que perjudican a estos barrios.

2. DESAFÍOS PARA EL LITIGIO ANTE VULNERACIONES DE DERECHO EN LOS BARRIOS POPULARES

A partir de estas experiencias de litigio y otras que aquí no incluimos, pensamos en algunos lineamientos que deberían pensarse para mejorar la capacidad e idoneidad del sistema judicial para dar una mejor calidad de respuesta a las violaciones de derecho sociales colectivas que sufren estos barrios.

Un primer desafío tiene se vincula en mejorar la capacidad de interacción de la defensa pública con los actores sociales que participan activamente en los territorios. La especialidad técnica de la defensa puede ser un gran aliado y completo de otras estrategias de exigibilidad de derecho sociales que desarrollan las ONGs y organizaciones comunitarias que pueden complementan para fortalecer las estrategias de litigio.

Un segundo desafío y tal vez principal, para el litigio de vulneraciones de derecho en los barrios populares, es la capacitación de los operadores del sistema en el abordaje de conflictos colectivos, complejos y que involucran a población vulnerable. Esta capacitación

debe incluir no sólo herramientas para comprender las reglas procesales y la lógica del litigio colectivo, en términos de representación, publicidad, remedios diversos, participación de actores políticos y sociales, rol judicial activo, sino también la formación en derechos humanos y género y la incorporación de estas perspectivas por parte de quienes ejercen la defensa y de quienes deciden, de manera de posibilitar una mayor sensibilidad en relación con las problemáticas planteadas y las personas que las sufren. La defensa pública también requiere el fortalecimiento de equipos interdisciplinarios en las disciplinas sociales y políticas públicas para articular demandas con el profesionalismo necesario para ajustarse a los patrones técnicos involucrados en los conflictos. Algunas experiencias del MPD de Argentina han comenzado a trabajar en esa perspectiva tales como el Equipo de Salud Mental, la Comisión de Género y su programa de patrocinio y el Equipo de abordaje territorial de la causa Mendoza (Contaminación del Riachuelo).

El tercer desafío se dirige a la necesidad de contar con una mejor y adecuada infraestructura judicial que permita que los tribunales sean un ámbito idóneo para tramitar los conflictos colectivos de los barrios populares. Esta mejora debe ser de las instalaciones, del equipamiento, del personal, dinámicas y el uso de materiales didácticos para los debates en las audiencias. En este sentido resulta imprescindible incorporar en los cuerpos de peritos oficiales profesionales de las ciencias sociales, antropólogos que ayuden a brindar un conocimiento social y cultural profesional adecuado a los conflictos que se debaten y un cuerpo de intérpretes de las diversas lenguas indígenas que se hablan en nuestro país, aun en los barrios populares de las ciudades más centrales.

Si tenemos en cuenta que la mayoría de los barrios populares suelen estar muy lejos de la sede de los tribunales judiciales, también es una responsabilidad del poder judicial, para garantizar una tutela judicial efectiva, garantizar el traslado o subsidio para el traslado de los vecinos hacia las sedes judiciales de modo que les permita participar de todos los actos procesales relevantes.

Sin perjuicio de ello resulta evidente que se requiere una mayor desconcentración de los juzgados y defensorías para que se vuelvan lugares cercanos en los territorios en donde se emplazan estos barrios.

Por último, y no solo para estos casos, resulta necesaria una reforma procesal que establezca herramientas que instrumenten el proceso colectivo, que permitan los procesos complejos, la oralización y mayor inmediación en el proceso y que en los conflictos en los que se dirimen derechos sociales de personas en situación de vulnerabilidad, más allá que el encuadre tradicional los clasifique como cuestiones patrimoniales, se establezca algunos de los principios rectores que el Código Civil y Comercial prevé exclusivamente para los casos de derecho de familia como son: tutela judicial efectiva, intermediación, oficiosidad, oralidad, y en

relación a la prueba libertad, amplitud y flexibilidad¹⁷.

¹⁷ Código Civil y Comercial. Art.706. Principios generales de los procesos de familia. El proceso en materia de familia debe respetar los principios de tutela judicial efectiva, intermediación, buena fe y lealtad procesal, oficiosidad, oralidad y acceso limitado al expediente.

- a) Las normas que rigen el procedimiento deben ser aplicadas de modo de facilitar el acceso a la justicia, especialmente tratándose de personas vulnerables, y la resolución pacífica de los conflictos.
- b) Los jueces ante los cuales tramitan estas causas deben ser especializados y contar con apoyo multidisciplinario.
- c) La decisión que se dicte en un proceso en que están involucrados niños, niñas o adolescentes, debe tener en cuenta el interés superior de esas personas.

Art. 709. Principio de oficiosidad. En los procesos de familia el impulso procesal está a cargo del juez, quien puede ordenar pruebas oficiosamente.

El impulso oficioso no procede en los asuntos de naturaleza exclusivamente económica en los que las partes sean personas capaces.

Art. 710. Principios relativos a la prueba. Los procesos de familia se rigen por los principios de libertad, amplitud y flexibilidad de la prueba. La carga de la prueba recae, finalmente, en quien está en mejores condiciones de probar.

**REFORMA JUBILATORIA DE JUECES Y FUNCIONARIOS
DEL PODER JUDICIAL Y MINISTERIOS PÚBLICOS DE ARGENTINA
LEY 27.546**

**REFORMA DE APOSENTADORIA DE JUÍZES E FUNCIONÁRIOS
DO PODER JUDICIAL E DOS MINISTÉRIOS PÚBLICOS DA ARGENTINA
LEI 27.546**

María Victoria Caeiro
Especialista en Derecho Administrativo Económico por Universidad Católica Argentina.
Abogada por Universidad Nacional de Córdoba.
Se ha desempeñado en el Poder Judicial de la Nación y
actualmente lo hace en el Ministerio Público de la Defensa de Salta.
victoriacaeiro@hotmail.com

RESUMEN

La estrecha relación entre independencia judicial e intangibilidad, no estuvo presente en los debates parlamentarios que precedieron la ley 27.456, ni sus alcances constitucionales e institucionales para el sistema democrático. Los principios de independencia, intangibilidad judicial e igualdad ante la ley, que dieron fundamento al régimen jubilatorio especial, amparan el derecho de magistrados y funcionarios. No hay favoritismo ni preferencias, por el rol del Poder Judicial de la Nación y Ministerios Público Fiscal y de la Defensa, en el sistema tripartito de poderes del régimen democrático y federal (arts. 1º, 108 y ss., 120 y ss. CN).

Palabras clave: Jubilación. Magistrados. Funcionarios. Independencia e Intangibilidad judicial.

RESUMO

A estreita relação entre independência judicial e intangibilidade não estava muito presente nos debates parlamentares que antecederam a Lei 27.456, nem seu escopo constitucional e institucional para o sistema democrático. Os princípios de independência, intangibilidade judicial e igualdade perante a lei, que fundou o sistema especial de aposentadoria que protege o direito de magistrados e funcionários, não devem ser ignorados. Não há favoritismo ou preferência pelo papel do poder judiciário da nação e do Ministério Público e dos Ministérios da Defesa, no sistema tripartido de poderes do regime democrático e federal (arts. 1, 108 e segs., 120 e segs. CN).

Palavras-chave: Aposentadoria. Magistrados Funcionários. Independência e intangibilidade judicial

SUMARIO

INTRODUCCIÓN. 1. MODIFICACIONES INTRODUCIDAS POR LEY 27.546 AL RÉGIMEN JUBILATORIO DE PODER JUDICIAL Y MINISTERIO PÚBLICO FISCAL Y DE LA DEFENSA. 2. ESTADO DE MAGISTRATURA. EXÉGESIS DE LA PROBLEMÁTICA. 3. INDEPENDENCIA E INTANGIBILIDAD JUDICIAL. 3. 1. Independencia judicial es derecho humano de personas y sociedad. 3. 2. Intangibilidad remuneratoria y su extensión a haberes previsionales. Jurisprudencia de la CSJN. 4. PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y REGLAMENTOS PARLAMENTARIOS. CONCLUSIÓN.

INTRODUCCIÓN

La ley 24.018 fue sancionada, dictada y promulgada en 1991¹. Estableció el régimen de asignaciones mensuales vitalicias para quien ejerza la presidencia y vicepresidencia de la Nación. Constituye también un sistema jubilatorio especial, destinado a personas que desempeñan la magistratura en la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Poder Judicial, Ministerio Público, Fiscalía Nacional de Investigaciones Administrativas.

Asimismo, en su versión primitiva, abarcaba a parlamentarios/os de Cámaras de Senadores y Diputados de la Nación; Ministros del Poder Ejecutivo Nacional, y funcionarios de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, según anexo inicial.

La especialidad de su preceptiva es característica principal, pues está destinada a atender situaciones jubilatorias, de personas que ejercen cargos públicos de jerarquía institucional, diseñados para el desenvolvimiento del sistema democrático de gobierno (art. 1° Constitución Nacional).

La significación de especialidad del ordenamiento descarta nociones de privilegio, pues se asienta exclusivamente, en la atención particularizada de determinadas funciones del Estado. Sus cardinales e importantes actividades originan un específico régimen de jubilaciones y pensiones.

Así lo entendió el legislador de 1991, al unificar en un mismo reglamento, ejes especiales de la política jubilatoria, requisitos para la obtención de beneficios de pasividad, modalidades de cálculos y actualizaciones.

Esta naturaleza particular y especial de la ley 24.018, fue reconocida por los poderes legislativo y ejecutivo que intervinieron en su dictado, y avalada en pacífica jurisprudencia de la CSJN. En igual forma lo admitieron sucesivas administraciones gubernamentales.

El Tribunal sostuvo:

“...la protección que el legislador ha dispensado al régimen de jubilaciones correspondiente a los magistrados no se sustenta en bases discriminatorias o de

¹ PEN, Decreto 2599/91 (Bs. As., 9/12/91, B. O. 18/12/91), presidencia del Dr. Carlos Menem.

privilegio, sino que, por el contrario, goza de una particularidad que surge de los principios que preservan las instituciones republicanas. Se trata de propósitos últimos de independencia funcional, que se infieren de los principios de intangibilidad y de inamovilidad de los magistrados en sus cargos, y que justifican una innegable diferencia respecto de los regímenes laborales, no sólo del trabajador sometido al derecho común, sino también respecto del empleado o funcionario público. El fundamento de tales principios -que justifican las distinciones para evitar que los otros poderes del Estado -administrativo o legislativo- dominen la voluntad de los jueces con la amenaza de reducir su salario, de hacerlos cesar en sus cargos o de jubilarlos, y ello favorezca un ámbito proclive a componendas contrarias a la independencia de criterio para la función jurisdiccional (...) la finalidad de preservar un régimen propio en materia previsional es evitar que se maneje a los magistrados con la amenaza de frustrar sus expectativas de vida decorosa para la vejez” (“Gaibisso, César A. y otros c/ Estado Nacional, M.de Justicia s/ amparo ley 16.986”, 2001)².

Las directrices de la ley 24.018, en líneas generales, han permanecido vigentes durante prácticamente diecinueve años.

Si bien la ley 25.668 sancionada por el Congreso en 2002, intentó abrogarla³, el decreto del PEN 2322/2002 de promulgación parcial⁴, observó la derogación de los artículos 1° a 17 y 26 a 36, provocando su subsistencia.

En febrero de 2020, el Poder Ejecutivo envió al Congreso, un proyecto de modificación de la ley 24.018, referido a la situación de pasividad de la magistratura del Poder Judicial, Ministerio Público, funcionariado en cargos concernientes, y servicio exterior de la Nación (ley 22.731).

La iniciativa oficial progresó en las Cámaras de Diputados y Senadores, con oposición y resistencia de estamentos y gremios vinculados al quehacer judicial⁵ y, algunas objeciones de partidos políticos minoritarios.

La sesión especial en Diputados de 26 de febrero de 2020, muestra disidencias reglamentarias relativas a la formación e invalidez del quórum⁶.

Se suscitó una cuestión de privilegio, debido a la permanencia en la bancada mayorita-

² CSJN, Fallos: 324:1177 (10/4/01).

³ Esta abrogación comprendió también a las leyes 22.731 y 21.540.

⁴ B.O., 19/11/2002, firmado por el Dr. Eduardo Duhalde en calidad de Presidente Interino, por aplicación de la Ley de Acefalía y Ministros: Alfredo N. Atanasof, Jorge R. Matzkin, Aníbal D. Fernández, Ginés M. González García, María N. Doga, Graciela Camaño, Graciela Giannettasio, Juan J. Álvarez, Roberto Lavagna y Carlos F. Ruckauf. El mencionado decretó: “Artículo 1°. Obsérvese el artículo 1° del Proyecto de Ley registrado bajo el N° 25.668 en cuanto dispone la derogación de la Ley N° 22.731, los artículos 1° a 17 y 26 a 36 de la Ley N° 24.018 y la Ley N° 21.540. Art. 2°. Obsérvense en su totalidad los artículos 2°, 3°, 4°, 5°, 6° y 7° del Proyecto de Ley registrado bajo el N° 25.668. Art. 3°. Con las salvedades establecidas en los artículos anteriores, cúmplase, promúlgase y téngase por Ley de la Nación el Proyecto de Ley registrado bajo el N° 25.668.”

⁵ En la Comisión de Presupuesto y Hacienda, previa, se convocó una sesión, con invitación a la Asociación de Magistrados, Asociación de Fiscales, Federación Argentina de Magistrados, Asociación del Personal del Servicio Exterior de la Nación, Sindicato de Trabajadores Judiciales y Unión de Empleados Judiciales de la Nación, entre otros, quienes expusieron sus criterios. La Comisión de Previsión y Seguridad Social se integró en ese acto.

⁶ Archivo Online, <https://www4.hcdn.gob.ar/sesionesxml/provisorias/137-15.htm>, consultado en abril 2020.

ria de un miembro que fuera nombrado embajador de Brasil con acuerdo del Senado⁷, por tal razón se solicitó la suspensión del acto. El planteo se centró en la incompatibilidad del impugnado aduciendo su pertenencia a la esfera del servicio exterior y Poder Ejecutivo nacional.

La objeción fue denegada por la Presidencia del Cuerpo que dispuso continuar la deliberación. Disconformes los impugnantes del bloque en minoría abandonaron la sesión.

Aprobada la reforma por ambas Cámaras, se sancionó la ley 27.546, que derogó parcialmente la 24.018, entrando en vigencia por decreto 349/2020 el 7/4/20⁸.

Quedaron sin modificar, las asignaciones especiales para presidente/a, vicepresidente/a de la Nación y jueces/as de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (arts. 1 a 7 de la ley 24.018 en su dicción original).

1. MODIFICACIONES INTRODUCIDAS POR LEY 27.546 AL RÉGIMEN JUBILATORIO DEL PODER JUDICIAL Y MINISTERIO PÚBLICO FISCAL Y DE LA DEFENSA

En las siguientes reflexiones sólo se anotarán las modificaciones efectuadas al sistema de jubilatorio de magistrados/as y funcionarios/as del Poder Judicial.

Las recientes reformas introducidas por la ley 27.546, cambiaron las leyes 24.018 - Régimen Previsional de magistrados y funcionarios del Poder Judicial y del Ministerio Público de la Nación – y 22.731 - Régimen especial de los Funcionarios del Servicio Exterior de la Nación.

La nueva legislación sustituye los arts. 8, 9, 10, 31 y 32, incorpora el art. 10 bis, agregando un segundo párrafo al art. 30 y se derogan los incisos a), b), c) y e) del artículo 16 de la ley 24.018 y el decreto 109 del PEN de fecha 12/01/1976.

El art 1 de la nueva ley, sustituye el art. 8 de la 24.018 y estipula que la norma se aplica a magistrados y funcionarios del Poder Judicial, conforme la enumeración del Anexo I, que incluye: a) Magistrados/as y Funcionarios/as de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y Juez/a que no alcance los requisitos del Título I de la ley; b) Magistrados/as y Funcionarios/as de otras instancias del Poder Judicial de la Nación (de todos los fueros, incluyendo el Electoral). c) Magistrados/as y Funcionarios/as del Ministerio Público Fiscal. d) Magistrados/as y funcionarios/as del Ministerio Público de la Defensa. Como novedad, se incorpora la categoría jefe de despacho.

El art. 2 modificó el art. 9 de la ley y sube la edad jubilatoria masculina a sesenta y cinco (65) años (en forma escalonada a partir de 2020 para llegar a dicha edad en 2025), mientras que la edad jubilatoria de mujeres continúa en sesenta (60) años. Con esta disposición se igualan las franjas etarias a la norma previsional ordinaria (ley 24.241).

Requiere la acreditación de 30 años de servicios con aportes computables en uno o

⁷ En la objeción, se argumentó que el diputado impugnado, por Orden del Día N° 540 de la Cámara de Senadores de la Nación, había sido designado embajador en Brasil.

⁸ B.O. 06/04/2020.

más regímenes incluidos en el sistema de reciprocidad jubilatorio, variando la previsión anterior que exigía treinta años de servicios, de los cuales veinte años tenían que ser con aportes computables en uno o más regímenes.

El régimen original, exigía para obtener los beneficios de esta ley especial, una antigüedad en el desempeño laboral por quince (15) años continuos o veinte (20) discontinuos en el Poder Judicial, Ministerio Público de la Nación, provincias adheridas al Régimen de Reciprocidad Jubilatoria, o Fiscalía Nacional de Investigaciones Administrativas, más cinco (5) años como mínimo en los cargos indicados en el artículo 8. De no reunirse tales requisitos se requería haberse desempeñado en los últimos diez (10) años como mínimo en dichos cargos.

Es decir, si se trataba de funcionarios y magistrados que hubiesen tenido antigüedad en la prestación de servicios, en el Poder Judicial, MPN, provincias o Fiscalía de Investigaciones Administrativas, por 15 años continuos o 20 discontinuos, sólo se solicitaba haberse desempeñado cinco años en los puestos enunciados en el Anexo I del art. 8.

Pero para aquellos casos de personas que no tuvieran antigüedad previa en esos organismos, se reclamaba el desempeño mínimo durante los diez (10) últimos años de servicios, en las plazas comprendidas en el referido artículo 8.

Actualmente, se obliga en todos los casos, un desempeño continuo como mínimo diez (10) años de servicios o quince (15) discontinuos en las categorías indicadas en el artículo 8°, siempre que se encontraren en su ejercicio, al momento de cumplir los demás requisitos necesarios para obtener la jubilación ordinaria.

Se han realizado cambios en relación al método para determinar el haber inicial y la movilidad.

En relación al haber inicial, el anterior art. 10 disponía que el monto de la jubilación ordinaria fuera equivalente al ochenta y dos por ciento (82%) de la remuneración correspondiente al interesado en el cargo que ocupaba al momento del cese en el servicio.

Actualmente, las reformas introducidas por el art. 3 de la ley 27.546, establecen que el haber inicial de la jubilación ordinaria para magistrados/as y funcionarios/as, será equivalente al ochenta y dos por ciento (82%) del promedio de las últimas ciento veinte (120) remuneraciones actualizadas, sujetas a aportes y contribuciones, por el desempeño de los puestos mencionados en el artículo 8°, percibidas durante el período inmediato anterior al cese definitivo en el servicio.

Además, dispone que en ningún caso el haber podrá ser superior a la remuneración total, sujeta a aportes y contribuciones, previa deducción del aporte personal jubilatorio de la jerarquía correspondiente al cese definitivo en el servicio, y que dicho estipendio será móvil.

Asimismo, se agregó el art. 10 bis, para regular supuestos referidos a magistrados/as y funcionarios/as, que no acreditaran la totalidad de los servicios exigidos en el inciso a) del artículo 9. Esto es, que no reúnan una antigüedad continua de 10 años o discontinua de 15 años, en los cargos comprendidos en el artículo 8°.

En tales supuestos, se determinó que tendrán derecho al reconocimiento del período durante el cual se hayan desempeñado en dichas funciones, a través del examen de las diferencias del haber previsional determinado, según las pautas del artículo 10 y el previsto por el régimen general fijado por la ley 24.241 y sus modificatorias, de acuerdo a un esquema de prorrata tempore, con ajuste a lineamientos que al respecto fije la reglamentación.

El art. 5 incorpora un segundo párrafo al artículo 30 de la ley 24.018.

Respecto a esta reforma cabe señalar que se mantuvo lo señalado en el primer párrafo del texto original, en cuanto dispone que en caso de invalidez sobreviniente del titular, no se exija el cumplimiento de requisitos relativos a edad y tiempo de funciones.

Y luego bajo el párrafo agregado, se instauró para la determinación del haber inicial, el mismo método fijado en el art. 8 para las jubilaciones ordinarias.

Esto es que el promedio del haber de la jubilación por invalidez de los magistrados/as y funcionarios/as mencionados en el artículo 8°, que se incapacitaren hallándose en el ejercicio de sus funciones, será equivalente al ochenta y dos por ciento (82%) del promedio de las últimas ciento veinte (120) remuneraciones actualizadas, sujetas a aportes y contribuciones, por el desempeño de los cargos a que refiere el artículo 8, percibidas durante el período inmediato anterior a la contingencia. Si el período de servicio fuere menor a ciento veinte (120) meses se promediarán las remuneraciones actualizadas percibidas durante ese lapso.

Lo último guarda conformidad con la lógica que impera en el otorgamiento de las jubilaciones por invalidez, ya que en estos supuestos, no puede exigirse el cumplimiento de los iguales requisitos para los que no se incapacitan.

Por ello, es coherente, lo afirmado en cuanto a que si el período de servicio es menor a ciento veinte (120) meses, se promediarán las remuneraciones actualizadas cobradas durante ese lapso efectivo trabajado.

En relación al artículo 31, sustituido por el art. 6 de la ley, cabe señalar que mientras el texto original preveía que los aportes a realizar debían ser el equivalente al 12% de lo percibido, la nueva redacción estipula que ellos aportes equivaldrán a la alícuota determinada en el artículo 11 de la ley 24.241 (en relación de dependencia es de 11%) y sus modificatorias, incrementada en siete (7) puntos porcentuales, sobre la remuneración total percibida en el desempeño de sus funciones

En caso de pensión por fallecimiento, el art 7 sustituyó el art. 32 de la ley 24.018. En la redacción anterior a la reforma, se había considerado que equivaldría al porcentaje del 75% del haber de retiro del causante, a favor de la viuda o viudo o conviviente en los términos de la ley 23.570, en concurrencia con los hijos e hijas solteros hasta los 18 años de edad, salvo, que estuvieren incapacitados, donde no se aplicaba este límite de edad⁹.

El art 14 de la ley 27.546 consignó, como novedad, - no está plasmada en el texto actu-

⁹ La actual legislación remite a lo establecido en el art. 53 de la ley 24.241, en lo que hace a su porcentaje al 70%, conforme lo dispuesto por el art. 98 de la ley 24.241. Se advierte aquí, una sustancial diferencia y reducción en el porcentaje base de este beneficio.

alizado de la ley 24.018 -, que la Secretaría de Seguridad Social del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social elaborará anualmente un informe sobre la sustentabilidad económica, financiera y actuarial de los regímenes previsionales vigentes por las leyes 22.731 y 24.018 y sus modificatorias, y lo elevará para su consideración a la Comisión Bicameral de Control de los Fondos de la Seguridad Social creada en el ámbito del Honorable Congreso de la Nación.

Dentro del Título IV de la 27.546, se encuentran disposiciones transitorias en tres previsiones, los arts. 15, 16 y 17.

En el art 15 se instauró una escala progresiva en cuanto al aumento de la edad requerida para los hombres, de 65 años, a partir del año 2020 y hasta el año 2025.

El art. 16 fija que quienes se hayan desempeñado o desempeñen a la fecha de entrada en vigencia de la reforma, en las funciones del Anexo I texto anterior a la modificación, quedarán comprendidos en el régimen de la ley 24.018 y sus modificatorias. El tiempo de servicio en dichos cargos será considerado para acreditar el requisito dispuesto en el inciso a) del artículo 9 de la ley 24.018 y sus modificatorias.

El art. 17 prevé diferenciación en la movilidad de los haberes de funcionarios/as y magistrados/as del Poder Judicial de la Nación, hasta tanto se expida la Comisión Ad Hoc a que hace referencia el artículo 56 de la ley 27.541¹⁰ y el Congreso de la Nación dicte la ley respectiva.

Se distingue así, que regirá la movilidad dispuesta en el artículo 27 de la ley 24.018:

“a) Para los beneficios ya otorgados a la fecha de la entrada en vigencia de la ley 27.546, se aplicará lo dispuesto en el artículo 27 de la ley 24.018 y sus modificatorias y en el artículo 6° de la ley 22.731, respectivamente; b) Para los beneficios que se otorguen a partir de la entrada en vigencia de la presente ley se aplicará el porcentaje fijado en el artículo 10 de la ley 24.018 y sus modificatorias y en el artículo 4° de la ley 22.731, respectivamente, sobre el promedio de las remuneraciones que allí se refieren, actualizadas al valor del salario correspondiente a cada categoría o cargo vigente al momento del cese. Igual criterio se aplicará para determinar la movilidad de los haberes.”

Esto significa que los beneficiarios/as de jubilaciones y pensiones ya otorgadas bajo el régimen anterior a esta reforma, conservarán el derecho a que la movilidad se determine en función de la ley vigente al momento de otorgamiento de su beneficio.

Sin embargo, la sujeción al art. 56 de la ley 27.541 para la movilidad prevista en ambos incisos, podría ser entendida como transitoria.

¹⁰ El art. 56 de la ley 17.541 dispone: “El Poder Ejecutivo nacional convocará una comisión integrada por representantes del Ministerio de Economía, del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social y miembros de las comisiones del Congreso de la Nación competentes en la materia, para que en el plazo de ciento ochenta (180) días, revise la sustentabilidad económica, financiera y actuarial y proponga al Congreso de la Nación las modificaciones que considere pertinentes relativas a la movilidad o actualización de los regímenes especiales prevista en el artículo 2° del decreto 137/2005, el artículo 1° incisos b) y c) de la ley 26.508, el artículo 1° del decreto 1.199/2004 en el marco de las resoluciones MTEySS 268/2009, 824/2009 y 170/2010 y resolución SSS 9/2010, la ley 26.913 según decreto 1.058/2014, el artículo 3° de la ley 27.452, el artículo 5° punto II y artículo 14 de la ley 27.260 texto según ley 27.467, el artículo 2° de la ley 23.848, el artículo 3° de la ley 27.329, el artículo 7° de la ley 22.929 conforme decreto 160/2005, el artículo 27 de la ley 24.018, el artículo 6° de la ley 22.731, los artículos 75, 94 y concordantes de la ley 19.101, de los artículos 5° a 10 de la ley 13.018 y 107 y siguientes de la ley 20.416, y de los artículos 4° a 6° y 13 de la ley 23.794, y de toda otra norma análoga que corresponda a un régimen especial, contributivo o no contributivo, de acuerdo a lo que establezca la reglamentación.”

Bajo el Título V, se resuelven dos importantes derogaciones.

A través del art. 18 se suprimen los incisos a), b), c) y e) del artículo 16 de la ley 24.018, que disponía la conservación del estado judicial de magistrados/as en retiro del Poder Judicial de la Nación. Con la consecuente posibilidad de su convocatoria a ocupar cargos de igual jerarquía, ante casos de suspensión, licencia o vacancia en el Poder Judicial, Ministerio Público de la Nación o en la Fiscalía Nacional de Investigaciones Administrativas.

Al presente sólo quedó vigente la incompatibilidad para el desempeño de empleos públicos o privados, excepto la comisión de estudios o la docencia. El art. 19 invalida el decreto del PEN 109 del 12 de enero de 1976, donde instituía que el organismo encargado de intervenir en la liquidación y pago de jubilaciones y pensiones acordadas o a acordar por aplicación de la ley 18.469, se efectuarán por intermedio de la Dirección Administrativa y Contable del Poder Judicial de la Nación.

2. ESTADO DE MAGISTRATURA. EXÉGESIS DE LA PROBLEMÁTICA

La reforma a la Constitución Nacional de 1994 crea por el artículo 114 el Consejo de la Magistratura nacional.

La norma le confiere atribuciones para dictar reglamentos relacionados con la organización judicial y aquellos necesarios, a fin de asegurar independencia a la magistratura y eficaz prestación de servicios de justicia.

Lo dispuesto en el artículo 7, inciso 2, de la ley 24.937 (1998)¹¹, reglamentaria del Consejo de la Magistratura¹², lo faculta a prescribir ordenaciones para el ejercicio de facultades conferidas por la Constitución Nacional y leyes.

La redacción original de la 24.018, preveía subsistencia del estado judicial de magistradas/os y funcionarios/as en pasividad, a efectos de disponer subrogaciones, reemplazos o interinatos para casos de suspensión, licencia o vacancia de titulares, como se dijo anteriormente.

La lógica era la específica capacitación que acredita el ejercicio continuado de la magistratura en prolongados lapsos. Ello justificaba la convocatoria de personas experimentadas en la función.

Así expresaba el art. 16 de la 24.018:

“Artículo 16. a) Los magistrados y funcionarios jubilados en virtud de disposiciones legales específicas para el Poder Judicial de la Nación conservarán el estado judicial y podrán ser llamados a ocupar transitoriamente en los casos de suspensión, licencia o vacancia, el cargo que desempeñaban en oportunidad de cesar en el servicio u otro de igual jerarquía del Poder Judicial o del Ministerio Público de la Nación o de la Fiscalía Nacional de Investigaciones Administrativas....”

¹¹ B.O., 06/01/1998.

¹² T.O. 1999 y sus modificatorias.

Se indicó que el artículo 16 quedó derogado por ley 27.546¹³ en cuatro de sus cinco incisos, continuando sólo el apartado d), referido al régimen de incompatibilidades para pasivos: desempeño de empleos públicos o privados, excepto la comisión de estudios o la docencia.

Esta derogación incide respecto del art. 7 de la ley 27.439 (2018) - Régimen de Subrogancias - en vigencia, donde prevé para vacancias de jueces, que la Cámara Federal o Nacional competente, procederá a desinsacular al subrogante mediante sorteo público.

Una vez cumplimentado el orden de prelación establecido en los artículos 2°, 3° y 4° (agotamiento de la lista de jueces titulares en ejercicio y conjueces designados por las Cámaras)¹⁴, dice el indicado artículo 7, podrá convocarse a: *“b) Magistrados jubilados en los términos del artículo 16 de la ley 24.018 y sus modificatorias, que no hubieran alcanzado la edad de setenta y cinco (75) años. Los interesados contemplados en el inciso b) del presente artículo deberán inscribirse en el registro que al efecto habiliten las respectivas cámaras.”*

Pero dicho artículo 16 de la 24.018 ha quedado parcialmente derogado.

De allí, una cuestión importante consiste en establecer, las consecuencias y alcances de esa derogación, respecto a reemplazos que con anterioridad al dictado de la ley 27.546, se habían decidido por aplicación de los señalados artículos 7 (ley 27.439) y 16 (ley 24.018 original).

Es decir, ¿puede o no aplicarse retroactivamente la 27.546 a fin de enervar o eliminar designaciones anteriores de magistrados/as y funcionarios/as en situación de retiro, que fueron resueltas mediante actos administrativos regulares y firmes, en tiempo de vigencia del indicado art. 16?

La cuestión conduce al artículo 7° del Código Civil y Comercial, que en torno a la eficacia temporal de leyes, señala:

“A partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. Las leyes no tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público, excepto disposición en contrario. La retroactividad establecida por la ley no puede afectar derechos amparados por garantías constitucionales. Las nuevas leyes supletorias no son aplicables a los contratos en curso de ejecución, con excepción de las normas más favorables al consumidor en las relaciones de consumo.”

¿La situación de los reemplazantes jubilados que fueron designados previamente a la señalada ley, está amparada por la doctrina de derechos adquiridos?

En palabras de la CSJN, *“Existe un derecho adquirido cuando bajo la vigencia de una ley, el particular ha cumplido todos los actos y condiciones sustanciales y los requisitos formales previstos en aquella para ser titular de un determinado derecho, de manera que la situación jurídica general creada por esa ley se transforma en una situación jurídica concreta e*

¹³ El art. 18 de ley 27.546, dice: *“Deróganse los incisos a), b), c) y e) del artículo 16 de la ley 24.018.”*

¹⁴ Con la limitación del art. 13, que dispone: *“Los jueces subrogantes permanecerán en el cargo hasta el cese de la causal que generó su designación. En ningún caso la subrogancia podrá exceder el plazo de un (1) año contado desde la designación, prorrogable por igual plazo siempre que medie causa justificada, a cuyo vencimiento se producirá la caducidad de pleno derecho de aquélla y serán inválidas las actuaciones que se realizaren con posterioridad, sin perjuicio de las sanciones administrativas o penales que pudieren corresponder....”*

individual en cabeza del sujeto, que, como tal, se hace inalterable y no puede ser suprimida por Ley posterior sin agravio al derecho de propiedad consagrado en el art.17 de la Constitución Nacional¹⁵.”

Uno de los principios que informa el sistema previsional, es la prelación del derecho adquirido, amparado por normas constitucionales específicas, como las provenientes de los arts. 14, 14 bis, 17, 28, 75, inc. 23 de la Constitución Nacional, art. 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 26, Convención Americana sobre Derechos Humanos, entre otras normativas protectorias¹⁶.

Los actos administrativos que invisten un determinado “status”, dan nacimiento a un derecho adquirido y ponen en juego la pertinente garantía constitucional¹⁷.

De modo similar, señala Marienhoff, “... Para que un derecho sea reconocido es indispensable que previamente haya sido “adquirido”, pues no puede “reconocerse” un derecho que no existe...”¹⁸

Para la protección de los derechos adquiridos, se ha recordado que la Constitución Nacional no contiene normas respecto a la validez intemporal de las leyes, pudiendo el legislador y el juez establecer, cada uno según su caso la oportunidad que una nueva normativa destruya o modifique un mero interés, una simple facultad o un derecho en expectativa.

Pero es inadmisibles aceptar que a través de leyes o disposiciones novedosas, puedan resultar arrebatados o alterados derechos adquiridos bajo el amparo de una legislación anterior.

La permanencia del estado judicial que reconocía el derogado artículo 16 de la 24.018, era causa de convocatoria de magistrados/s y funcionarios/as en retiro, por lo cual, si en su mérito obraron designaciones de reemplazo, ellas tienen carácter de derechos adquiridos, hasta tanto se dispongan nombramientos de titulares.

Una solución institucional, respecto de quienes fueron designados con anterioridad a la derogación del art. 16, podría encontrar sustento en la medida adoptada por la CSJN en “Rosza, Carlos Alberto y otro s/ recurso de casación”, 23 de mayo de 2007¹⁹.

Allí, no obstante considerarse inconstitucional el régimen del Consejo de la Magistratura (Resolución 76/04), se decidió:

¹⁵ CSJN Fallos 316: 2090; 317: 1462, entre muchos otros.

¹⁶ PALACIO DE CAEIRO, Silvia B., *Constitución Nacional en la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, Ed. La Ley, Bs. As., 2011, p. 293.

¹⁷ Ídem, p. 562 y ss.

¹⁸ MARIENHOFF, Miguel S., “Derecho adquirido y derecho ejercido: pretendidas diferencias en cuanto a su protección jurídica”, *Revista de Derecho Administrativo*, Año 1 N° 1, Mayo-Agosto 1989, Ed. Depalma. p. 11 y ss.

¹⁹ CSJN Fallos: 330: 2361. El tribunal oral en un proceso penal decretó la nulidad de diversas resoluciones emitidas por un magistrado nombrado según el Régimen de Subrogaciones de la resolución 76/2004 del Consejo de la Magistratura, disponiendo la remisión de los autos a la Cámara de Apelaciones para que sortease otro juez. No obstante, con sustento en la acordada 7/2005 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, decidió no efectivizar tal remisión y suspender las actuaciones. La Cámara Nacional de Casación Penal, por su parte, admitiendo el recurso del Ministerio Público Fiscal, declaró la constitucionalidad del citado régimen y anuló la resolución del tribunal oral. Concedido el recurso extraordinario deducido por la defensa, la Corte Suprema declaró la inconstitucionalidad del régimen impugnado, pero consideró válidas tanto las actuaciones cumplidas por el suplente como los nombramientos realizados en virtud de aquél, manteniendo las designaciones.

“Mantener en el ejercicio de sus cargos a quienes han sido designados para ejercer la función jurisdiccional en los tribunales que se encuentran vacantes hasta que cesen las razones que originaron su nombramiento o hasta que sean reemplazados, o ratificados, mediante un procedimiento constitucionalmente válido que deberá dictarse en el plazo máximo de un año.”

En relación a magistrados/as y funcionarios/as en retiro, que no fueron regularmente nombrados en el lapso anterior a la vigencia de la 27.546, cabe indicar que en principio, por la doctrina judicial de la CSJN sostenida en el caso “Badaro”, no hay derechos adquiridos al mantenimiento de leyes o regímenes jurídicos²⁰. De ahí, cabe aplicar la nueva disposición.

La CSJN expresa que la cuestión constitucional que da lugar la aplicación de las leyes, no alcanza a modificación, derogación o sustitución de los regímenes normativos, pues nadie tiene derecho adquirido al mantenimiento de leyes o reglamentos, ni a la inalterabilidad de los mismos²¹.

Ello claro está, si su constitucionalidad no fuese discutida, o si controvertida que fuera no se la convalidara judicialmente.

El artículo 17 de la 24.018, también merece examen detallado, pues se relaciona con el sistema de reemplazos de magistrados y funcionarios, punto sensible sobre el que se ha dictado diversa normativa, que marca diferentes criterios y posiciones de políticas legislativas y ejecutivas.

La norma en su texto primitivo:

Artículo 17. “A los fines del artículo precedente, las Cámaras Nacionales de Apelaciones formarán todos los años, antes del 20 de diciembre, las listas de magistrados y funcionarios jubilados entre quienes, durante el año siguiente se desinsaculará en cada caso quien haya de subrogar al magistrado o funcionario titular, u ocupar interinamente el cargo vacante.”

Se recuerda, que la ley 24.018 intentó ser abrogada por el Congreso de la Nación por ley 25.668 (2002), pero el decreto de promulgación parcial 2322/2002 lo impidió, al observar la derogación de los artículos 1 a 17 y 26 a 36, que continuaron en vigencia. Más adelante el artículo 17 fue derogado mediante la ley 26.376 (2008)²².

En esta se fijaba un procedimiento para designación de jueces subrogantes. Pero la ley 26.376, fue abrogada por ley 27.145 (2015)²³, que determinó un nuevo método.

Esta última, fue abrogada a su vez, por citada ley 27.439 (2018)²⁴ en vigencia.

El sucesivo proceso de abrogaciones ha dejado válido el art. 17, que en su texto original, alude a la confección de listas de magistrados jubilados para cobertura interina de vacantes.

²⁰ CSJN Fallos: 330:4866 (2007). Ídem: 308:199, entre otros.

²¹ CSJN Fallos: 299: 93.

²² B.O., 05/6/2008. El art. 5° derogaba expresamente el artículo 17 de la ley 24.018.

²³ B.O., 18/6/2015. El art. 9° dispuso la derogación del artículo 31 del decreto ley 1285/58, las leyes 26.372 y 26.376 y toda otra norma que se oponga a la presente.

²⁴ B.O. 6/6/18.

Cabe señalar que en la página web oficial de publicación legislativa, dicha norma aparece derogada por la ley 25.668²⁵, lo que en principio y según lo expresado, se trataría de una anotación errónea.

Por lo dicho, una exégesis intersectada y sin presuponer inconsecuencia en el legislador, conduciría a posibilitar subrogaciones por parte de magistradas/os jubilados, conforme el estado legislativo descripto. Pero este resultado se muestra incongruente con la derogación parcial de varios incisos del art. 16 relacionado.

Finalmente, en materia de reemplazos por traslados de jueces rige la Resolución 270/2019 del Consejo de la Magistratura²⁶.

3. INDEPENDENCIA E INTANGIBILIDAD JUDICIAL

Las alternativas públicas que rodearon el dictado de la ley 27.546, conducen a resaltar dos básicos principios constitucionales, que constituyen hitos de la magistratura: independencia judicial e intangibilidad de remuneraciones.

La independencia judicial halla fundamento en la igualdad ante la ley de todos los habitantes y ciudadanos (art. 16 C.N.).

Este postulado, esencial de la república, lleva a considerar que la igualdad sustantiva no es una declaración formal; consiste en la perseverancia de aplicar las normas jurídicas, sin distinción, de personas, grupos o categorías.

Por ello, el principio de independencia judicial ha ocupado atención en el plano internacional de los dos órganos máximos de aplicación de tratados de derechos humanos – Corte IDH y Comisión IDH - de la región América Latina y Caribe, quienes se han pronunciado sobre el tema.

La observancia por Argentina de tal principio es obligatoria, debido a dos razones fundamentales: fundarse en el sistema republicano tripartito de gobierno instaurado por la Carta Magna y, por la jerarquía constitucional de los convenios derechos humanos según el art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional.

El control de convencionalidad impone atender desde todas las categorías y estamentos del Estado compromisos internacionales. Entre los cuales, resaltan la independencia e intangibilidad judicial, como módulos imprescindibles para desenvolvimiento del sistema democrático y republicano.

En general, las constituciones, leyes y programas de los Estados de la región, contienen prescripciones formales de independencia e intangibilidad judicial, pero la práctica y experiencia indican, que no han sido suficientes para su imponer su respeto a gobiernos y sociedad.

²⁵ Online, <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/417/texact.htm>. Consulta: abril 2020. "Artículo 17.- (Artículo derogado por art. 5° de la Ley N° 26.376 B.O. 5/6/2008)."

²⁶ B.O. 09/10/2019. Modifica la Resolución C.M. N° 155/00.

Independencia e intangibilidad judicial, no deben ser entendidas como nociones meramente conceptuales o sostenidas en planos teóricos; su cumplimiento no se satisface con leyes y normas neutras.

Se imponen conductas estatales, de autoridades públicas, y también de personas privadas, específicas y concretas, destinadas a respetar, proteger y acatar, pues sobre aquellas se construye toda la actividad jurisdiccional del Poder Judicial

La CSJN argentina posee importante jurisprudencia en la materia (doctrina de Fallos: 313:344; 314:760 y 881; 319:24; 322:1616; 325:3514, entre muchos otros).

3. 1. Independencia judicial es derecho humano de personas y sociedad

En un trabajo aparecido en 2015 y titulado “La independencia judicial en la Corte Interamericana de Derechos Humanos”²⁷, se sostuvo que es un derecho humano de toda sociedad democrática y constituye para el Estado de Derecho, una de las bases principales de la separación de los poderes públicos, según lo reconoce reiterada jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos²⁸.

El Preámbulo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos reafirma el propósito 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 y deberes esenciales del hombre”.

Este requerimiento se ajusta a la norma de interpretación consagrada en el artículo 29.c de la Convención.

El principio de independencia judicial constituye uno de los pilares básicos de las garantías del debido proceso, motivo por el cual debe ser respetado en todas las áreas del procedimiento y ante todas las instancias procesales en que se decide sobre los derechos de la persona.

Los pactos internacionales de derechos humanos establecen el derecho de toda persona a ser oída por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial²⁹.

Esto se forja del art. 26 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948; art. 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966; art. 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica” de 1969; art. 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; principios 2, 3 y 4 de Principios Básicos de las Naciones Unidas.

El principio de independencia judicial resulta imprescindible para la protección de los

²⁷ PALACIO DE CAEIRO, Silvia B. “La independencia judicial en la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, LA LEY, 19 de agosto de 2015, p. 1/5.

²⁸ Estas reflexiones están basadas en estudios realizados en la obra AAVV *Tratados de Derechos Humanos y su Influencia en el Derecho Argentino*, PALACIO DE CAEIRO, Silvia B. (directora) y CAEIRO, María Victoria (coordinadora), La Ley, Bs.As., 2015. Véase principalmente la Sección Sexta, “Garantías judiciales. Acceso a la jurisdicción. Tutela judicial efectiva. Plazo razonable. Protección judicial y procesos constitucionales”.

²⁹ CSJN, Fallos: 330: 2361.

derechos fundamentales, por lo que su alcance debe garantizarse inclusive, en situaciones especiales, como lo es el estado de excepción.

Así lo señaló la Corte IDH en *Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela* (2009); Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú (2001)³⁰; *Caso Valencia Hinojosa y otra vs. Ecuador* (2016)³¹, entre otros.”

Conforme a la jurisprudencia de la Corte IDH y Corte Europea de DDHH, así como de los Principios básicos de las Naciones Unidas relativos al tema de la judicatura, las siguientes garantías se derivan de la independencia judicial: adecuado proceso de nombramiento, inamovilidad en el cargo, garantía contra presiones externas, protección de magistrados frente a tales circunstancias.

El ejercicio autónomo e independiente de los jueces, debe ser resguardado por el Estado, en su faceta institucional, esto es, en relación con el Poder Judicial como sistema, y en conexión con su vertiente individual, es decir, con relación a la persona del juez o funcionario judicial específico.

Esto emerge de la jurisprudencia de la Corte IDH entre otros: *Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) Vs. Venezuela* (2008) y *Caso Reverón Trujillo Vs. Venezuela* (2009)³².

La dimensión objetiva del principio de independencia judicial, se relaciona con aspectos esenciales para el Estado de Derecho, tales como el principio de separación de poderes y el rol que cumple la función judicial en una democracia.

Esa evaluación objetiva trasciende la figura del juez e impacta colectivamente en toda la sociedad.

Existe una relación directa entre la dimensión objetiva de la independencia judicial y la dimensión subjetiva configurada por el derecho de los jueces a acceder y permanecer en sus cargos en condiciones generales de igualdad, como expresión de su garantía de estabilidad, lo que se puso de resalto en *Caso del Tribunal Constitucional (Camba Campos y Otros) vs. Ecuador* (2013)³³.

La protección radica en evitar que el sistema judicial en general y sus integrantes en particular se vean sometidos a posibles restricciones indebidas en el ejercicio de su función por parte de órganos ajenos al Poder Judicial, o incluso por parte de aquellos magistrados que ejercen funciones de revisión o apelación³⁴.

³⁰ Cfr. *Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 30 de junio de 2009, párr. 68. *Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú*, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2001, párr. 73

³¹ Cfr. *Caso Valencia Hinojosa y otra vs. Ecuador*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 29 de noviembre de 2016.

³² Cfr. *Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela*, párr. 55, y *Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela*, párr. 67.

³³ Cfr. *Caso del Tribunal Constitucional (Camba Campos y Otros) vs. Ecuador*. Sentencia de 28 de agosto de 2013, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párr.190.

³⁴ Cfr. *Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú*, párr. 75.

La independencia judicial no sólo debe analizarse en relación con el justiciable, pues el juez debe contar con garantías que la hagan posible.

La Corte IDH precisa que la violación de la garantía de la independencia judicial, en lo que atañe a la inamovilidad y estabilidad de un juez en su cargo, debe analizarse a la luz de los derechos convencionales de un juez cuando se ve afectado por una decisión estatal que afecte arbitrariamente el período de su nombramiento³⁵.

En tal sentido, la indemnidad institucional de la independencia judicial se relaciona directamente con el derecho del juez de permanecer en su cargo, como consecuencia de la protección de inamovilidad en el cargo.

Por su lado, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos – Comisión IDH - a través de su documento *“Garantías para la independencia de las y los operadores de justicia. Hacia el fortalecimiento del acceso a la justicia y el estado de derecho en las Américas”* (2013), ha realizado una importante contribución al tema.

Señala el mencionado instrumento:

“1. La vigencia de los derechos y libertades en un sistema democrático requiere un orden jurídico e institucional en el que las leyes prevalezcan sobre la voluntad de los gobernantes y los particulares, y en el que exista un efectivo control judicial de la constitucionalidad y legalidad de los actos del poder público. Con tal propósito, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, “Comisión”, “Comisión Interamericana”, o “CIDH”) ha resaltado el rol fundamental que desempeñan las y los operadores de justicia para hacer preservar el Estado de Derecho, posibilitando que toda denuncia pueda tomar su correcto cauce a través de los mecanismos jurisdiccionales dispuestos por el Estado, y en casos de violaciones a derechos humanos sea posible investigar, castigar efectivamente a los responsables y recibir una reparación, garantizando a su vez un debido proceso a toda persona que pueda ser sometida al ejercicio del poder punitivo del Estado. 2. Tal y como lo ha expresado la Relatora Especial de Naciones Unidas sobre la Situación de Defensores de Derechos Humanos, cuando las y los operadores de justicia contribuyen a que se logre el acceso efectivo a la justicia y realizan “un esfuerzo especial en un proceso para que se imparta justicia de manera independiente e imparcial y garantizar así los derechos de las víctimas, puede decirse que actúan como defensores de los derechos humanos. Bajo dicha perspectiva, en el ámbito de la Comisión Interamericana, la Relatoría sobre Defensores y Defensoras de Derechos Humanos ha sido el punto focal encargado de realizar el seguimiento y monitoreo respecto de la situación de operadoras y operadores de justicia reconociendo la función esencial que realizan para la defensa contribuyen a que se logre el acceso efectivo a la justicia y realizan “un esfuerzo especial en un proceso para que se imparta justicia de manera independiente e imparcial y garantizar así los derechos de las víctimas, puede decirse que actúan como defensores de los derechos humanos.”

En la CSJN, hay numerosos precedentes que sustentan el principio de independencia judicial, criterios que surgen por ejemplo, de casos “Rizzo, Jorge Gabriel (apod. lista 3 Gente

³⁵ Cfr. *Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú*, párr. 75.

de Derecho) s/acción de amparo c/ Poder Ejecutivo Nacional, Ley 26855 s/medida cautelar” de 18/6/2013³⁶ y “Aparicio, Ana Beatriz” de 21 de abril de 2015³⁷.

En “Uriarte, Rodolfo Marcelo y otro c/ Consejo de la Magistratura de la Nación s/ acción mere declarativa de inconstitucionalidad”, 4/11/2015³⁸, se dijo: “El principio de independencia judicial constituye uno de los pilares básicos de las garantías del debido proceso, motivo por el cual debe ser respetado en todas las áreas del procedimiento y ante todas las instancias procesales en las que se decida sobre los derechos de la persona. (...) El objetivo del principio de independencia judicial radica en evitar que el sistema judicial en general, y sus integrantes en particular, se vean sometidos a posibles restricciones indebidas en el ejercicio de su función por parte de órganos ajenos al Poder Judicial.”

En “Schiffrin, Leopoldo Héctor c. Poder Ejecutivo Nacional s/ acción meramente declarativa”, 21/3/17³⁹, la CSJN, expresó que “el principio de la independencia judicial, que constituye uno de los pilares básicos del sistema de división de poderes sobre el que se asienta la forma republicana de gobierno adoptada por la Constitución Nacional. En este punto, cabe recordar la tradicional regla según la cual los jueces gozan -entre otras- de la garantía de inamovilidad en el cargo, como forma de asegurar el ejercicio independiente e imparcial de su función⁴⁰. (...) la garantía de inamovilidad consiste, esencialmente, en asegurar a los magistrados que su permanencia en el cargo no estará condicionada a la exclusiva voluntad discrecional de otros poderes; pues ello los colocaría en un estado precario, de debilidad y dependencia frente a aquellos que tienen en sus manos la decisión sobre la permanencia en funciones, y los sometería a posibles restricciones indebidas en el ejercicio de su función. (...) la inamovilidad no exige un cargo de por vida, sino un sistema jurídico institucional que cree las condiciones necesarias para que los jueces se desempeñen bien y legalmente, de manera independiente y sin injerencia o presión de poderes externos, con el objeto de impedir el predominio de intereses subalternos sobre el interés supremo de la justicia y de la ley.”

El diálogo inter jurisdiccional en torno al principio de independencia judicial, entre la Corte IDH, CSJN, Tribunal Europeo de Derechos Humanos – TEDH, otros órganos judiciales máximos de la región, declaraciones y documentos internacionales, demuestran coincidencia acerca que el principio de independencia judicial, es parte integrante de los derechos humanos de personas y sociedad.

3. 2. Intangibilidad remuneratoria de magistrados y su extensión a haberes jubilatorios. Jurisprudencia de la CSJN

³⁶ CSJN Fallos: 336:760.

³⁷ CSJN Fallos: 338:284.

³⁸ CSJN Fallos: 338:1216.

³⁹ CSJN Fallos: 340:257. Lorenzetti (Voto Propio) - Maqueda (Voto Propio) - Rosatti (Voto Propio) - Rosenkrantz (Disidencia Propia).

⁴⁰ CSJN Fallos: 314:881 y 749; 315:2386; 324:1177; 325:3514; 338:284 y 1216.

El art. 110 de la Constitución Nacional, en texto sancionado en 1953 y mantenido en la reforma constitucional de 1994, establece:

“Los jueces de la Corte Suprema y de los tribunales inferiores de la Nación conservarán sus empleos mientras dure su buena conducta, y recibirán por sus servicios una compensación que determinará la ley, y que no podrá ser disminuida en manera alguna, mientras permaneciesen en sus funciones⁴¹.”

La intangibilidad es una cláusula constitucional que tiene estrecha vinculación con la independencia judicial. Aquella protege de formas de presión externas que pueden conspirar contra ésta, por ello la compensación de los jueces no admite disminución ni limitaciones.

El art. 110 de la C.N. fue adoptado tomándose como modelo a la Constitución de EEUU y no mereció discusión en la Convención Constituyente de 1853 ni en la de 1994.

La sujeción entre independencia e intangibilidad judicial ha sido resaltada en la jurisprudencia de la CSJN.

En 2019 se pronunció sentencia en “Alonso de Martina, Marta Inés y otros s/ amparo”, 12/11/2019, donde se sostuvo: “La garantía de intangibilidad de los sueldos judiciales (arts. 110 de la Constitución Nacional y 154 de la Constitución de la Provincia del Chaco), es un elemento sustancial para la independencia del Poder Judicial, y por lo tanto, del sistema republicano; no está conferida para exclusivo beneficio personal de los jueces y juezas, ni de su derecho de propiedad, sino para resguardar su función y el entre los poderes estatales y tiene por objeto garantizar la independencia e imparcialidad de la justicia en cuanto poder del Estado. (Voto del juez Lorenzetti).”

“La garantía de la intangibilidad de las remuneraciones, custodia de la independencia del Poder Judicial y, por ende, del sistema republicano de gobierno, está comprendida entre las condiciones de la administración de justicia exigibles a las provincias a los fines contemplados en el art. 5° de la Ley Fundamental ...(Voto del juez Rosatti).”

El fundamento de la intangibilidad como garantía de la independencia judicial, no sólo respecto a las remuneraciones de magistrados en actividad, sino también con relación a quienes están en situación de pasividad, como se sostuvo en varios casos.

Pueden citarse “Argüello Varela, Jorge Marcelo c/ Estado Nacional - C.S.J.N. s/ amparo”⁴², “Ojea Quintana” (1996)⁴³, “Craviotto, Gerardo Adolfo y otros c/ Estado Nacional”⁴⁴, “Gaibisso, César A. y otros c/ Estado Nacional”⁴⁵, entre otros.

⁴¹ La cláusula es análoga a la incorporada en la Constitución de Estados Unidos de 1787, art. III, Sec. 1°.

⁴² CSJN Fallos 316:1551. En este caso se aseveró: “...el sentido y alcance de la protección que el régimen de jubilaciones dispensa a los magistrados en situación de retiro aparece inspirada en propósitos últimos de garantía e independencia funcional análogos a los que sustenta el principio de intangibilidad de la remuneración de los jueces durante la judicatura” (Sentencia del 30 de junio de 1993).

⁴³ CSJN, Fallos: 319:1331.

⁴⁴ CSJN Fallos 322:752, la Corte remitió al dictamen del Procurador General.

⁴⁵ CSJN Fallos 324:1177, cit.

En el citado “Gaibisso”⁴⁶, el voto mayoritario de la CSJN, reafirmó que “la intangibilidad de la remuneración de los jueces ha sido establecida no por razón de la persona de los magistrados, sino en mira a la institución del Poder Judicial de la Nación, a la que los constituyentes han querido liberar de toda presión por parte de los otros poderes, para preservar su absoluta independencia...”.

Este criterio se reiteró en “Gutiérrez, Oscar Eduardo c/ ANSeS” (2006)⁴⁷ donde se dictó la sentencia con integración parcial de conjuces y la Dra. Carmen Argibay como miembro titular.

Esta magistrada afirmó: “... que el monto del haber que le corresponde a un juez jubilado forma parte de la expectativa de todo magistrado en actividad, quien ya sea por comenzó a denostárselas de modo oficial, instalándose en la comunidad y opinión pública, calificativos y nociones de “privilegio”, “prerrogativas” y adjetivos semejantes. Un hecho fortuito (incapacidad sobreviniente) o por el transcurso del tiempo (cumplimiento de la edad requerida para el retiro o jubilación), cuenta con tal régimen y haber para el ejercicio independiente y sereno de su función, que es precisamente lo que persigue la garantía constitucional de incolumidad de las remuneraciones. En tal sentido se puntualizó que tal garantía no se vería salvaguardada si los magistrados viesan frustrada su expectativa a obtener en el futuro una jubilación que les permita mantener similar nivel de vida al que tienen en actividad. (...) Máxime si se tiene en cuenta que el ejercicio de la magistratura judicial conlleva la prohibición absoluta de ejercer, con la excepción de la docencia universitaria, no sólo la profesión de abogado sino cualquier actividad rentada. El magistrado resigna una característica propia del ejercicio de la profesión de abogado a saber, un derecho a la retribución que guarde relación con la entidad económica de los intereses que defiende a cambio de la tranquilidad de espíritu que suscita contar con un nivel decoroso de vida durante la función activa y esperar un nivel razonablemente proporcionado en la vejez. En esa línea de razonamiento, se puntualizó en el mencionado precedente que los magistrados en pasividad mantienen su condición de tales, al grado de poder ser convocados para desempeñarse en el cargo que tenían al momento de jubilarse sin posibilidad de negarse o excusarse (conf. arts. 16 y 17, ley 24.018), de donde puede concluirse que continúan amparados por el art. 110 de la Constitución Nacional; se afirma así, también, el derecho a percibir en la proporción fijada por la ley jubilatoria la parte correspondiente del total de lo percibido por el juez en actividad, salvo lo establecido sobre viáticos y gastos de representación sujetos a rendición de cuentas. (...) Que en tal sentido, debe señalarse que una inveterada jurisprudencia del Tribunal ha admitido la validez de distinciones establecidas por el legislador ante supuestos que éste considere distintos, en tanto no sean arbitrarias, es decir, no obedezcan a propósitos de injusta persecución”.

⁴⁶ CSJN, Fallos: 324:1177, cit.

⁴⁷ LA LEY, 2006-C-598.

ón o indebido beneficio, sino como se señaló a razones objetivas...”⁴⁸.

La sujeción entre los postulados de independencia e intangibilidad judicial está presente en todos los razonamientos traídos a colación, fundada en normas constitucionales y convenios supranacionales que amparan derechos humanos.

4. PRINCIPIO DE LEGALIDAD CONSTITUCIONAL Y REGLAMENTOS PARLAMENTARIOS

Por el principio constitucional de división de poderes, en general, las decisiones de otras autoridades del Estado, cuando actúan ajustadas a competencia, facultades y marcos reglamentarios, resultan “cuestiones políticas no justiciables”.

Por ello, deben ser evaluadas con criterios especialmente estrictos⁴⁹, a fin de prevenir la invasión de poderes y asegurar el necesario equilibrio institucional del sistema republicano.

En el debate de la ley 27.546, se planteó en la Cámara de Diputados una cuestión reglamentaria de privilegio, referida a la formación de quórum, requerimiento establecido por el art. 64 de la Constitución Nacional para poder sesionar válidamente⁵⁰.

La situación, según fueren las circunstancias específicas del caso, podría convocar un análisis de constitucionalidad, desde la proyección del principio de legalidad constitucional (arts. 19, 28, 33, 64, 76 C.N.), cuya base se sustenta en la prohibición de convalidar leyes defectuosas en su origen.

La finalidad del control de constitucionalidad desde esta perspectiva, es resguardar la distribución constitucional de las competencias de los órganos estatales en el dictado de la legislación o en el cumplimiento de actos públicos conforme a reglamentos, de los cuales se deriva la regla constitucional de especialidad, en cuanto a la competencia de los órganos públicos⁵¹.

Ellos sólo pueden ejercer sus funciones en los términos de las facultades expresamente conferidas por las normas constitucionales, legales y reglamentarias, quedándoles expresamente prohibido extralimitar sus atribuciones o facultades regladas.

Puede afirmarse, a los órganos legislativos, ejecutivos - administrativos y judiciales, “todo lo que no les está expresamente permitido, está prohibido”⁵².

El principio de legalidad resulta idóneo para habilitar el control del proceso de formación, sanción, promulgación y modificación de las leyes, el cual puede quedar invalidado si

⁴⁸ Con cita, CSJN Fallos: 176:73, “Fisco c/ Medina”.

⁴⁹ CSJN Fallos: 333:1023.

⁵⁰ Constitución Nacional. “Artículo 64. Cada Cámara es juez de las elecciones, derechos y títulos de sus miembros en cuanto a su validez. Ninguna de ellas entrará en sesión sin la mayoría absoluta de sus miembros; pero un número menor podrá compeler a los miembros ausentes a que concurran a las sesiones, en los términos y bajo las penas que cada Cámara establecerá.”

⁵¹ PALACIO DE CAEIRO, Silvia B., *Constitución Nacional en la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, cit., p. 573 y ss. Véase también, “El control de constitucionalidad de oficio de normas previsionales. El caso “Blanco” de la Corte Suprema”, LA LEY 19/02/2019, 2.

⁵² CSJN Fallos: 32:120; 137:47. En ellos se dijo: “Es de la esencia del sistema constitucional que nos rige, la limitación de los poderes públicos a sus atribuciones y facultades demarcadas como derivadas de la soberanía del pueblo, por su expreso consenso”.

se constata la violación del procedimiento constitucional.

Para realizar el control de validez normativo, se impone el análisis de la competencia del órgano que emitió la disposición, como también la forma y método aplicado en la génesis de la ley, norma o acto de que se trate.

En la formación y modificación de toda normativa debe respetarse el debido proceso constitucional, relativo a competencia, arbitrio y facultades del órgano legislativo o ejecutivo que lo dicta, según se trate de leyes o reglamentos respectivamente.

En la jurisprudencia de la CSJN, la exigencia del cumplimiento reglamentario como sustento normativo, se puso de manifiesto en el caso “Binotti, Julio C. c. Honorable Senado de la Nación”, resuelto el 15 de mayo de 2007⁵³.

El Tribunal admitió que el planteo del actor era cuestión justiciable y la pertinencia de control de constitucionalidad, aseverando que resultaba “...procedente revocar la sentencia que rechazó la acción de amparo por la cual el actor pretende la declaración de nulidad de la votación realizada en la sesión de la Cámara de Senadores de la Nación que no aprobó su ascenso al grado inmediato superior, ya que el cómputo de la mayoría absoluta fue realizado considerando sólo los senadores presentes que emitieron su voto, pese a que el texto del Reglamento vigente —en el caso, año 2002— era claro en el sentido de que el término “senadores presentes” para formar el quórum legal incluía al “senador presente” que con autorización del cuerpo se abstuviese de votar⁵⁴.”

La invalidez de la sesión en “Binotti”, se constató por inobservancia del reglamento parlamentario a que debió ajustarse el Senado para asumir su competencia en los términos prescriptos⁵⁵.

Esta postura fue reiterada en el caso “Blanco”⁵⁶, al señalarse “Ningún departamento del Gobierno puede ejercer lícitamente otras facultades que las que le han sido acordadas”.⁵⁷

CONCLUSIÓN

La estrecha relación entre independencia judicial e intangibilidad, no estuvo muy presente en los debates parlamentarios que precedieron la ley 27.456, ni sus alcances constitucionales e institucionales para el sistema democrático.

⁵³ CSJN Fallos: 330:2222. Un agente del Congreso de la Nación promovió acción de amparo procurando la nulidad de la votación realizada en la sesión de la Cámara de Senadores por la que se rechazó el ascenso propuesto a su respecto por el Poder Ejecutivo. Sostuvo que no se había alcanzado la mayoría requerida para tomar una decisión, porque los nueve senadores que se abstuvieron de votar no podían ser considerados ausentes. El amparo fue rechazado en primera y segunda instancia. Interpuesto y concedido el recurso extraordinario, la Corte Suprema, por mayoría, lo declara procedente, revoca la sentencia y declara la nulidad de la votación cuestionada.

⁵⁴ *Ibid.* Del dictamen del Procurador Fiscal subrogante que la Corte hace suyo.

⁵⁵ CSJN Fallos: 322:752. “Craviotto c. E.N.”; Fallos: 322:792. “Unamuno c. E.N.”; Fallos: 324:1177. “Gaibissio c. E.N.”; Fallos: 324:1177.

⁵⁶ CSJN Fallos: 341:1924. Maqueda, Lorenzetti, Rosatti (Voto Conjunto) - Highton (Voto Propio) - Rosenkrantz (Disidencia Propia).

⁵⁷ PALACIO DE CAEIRO, Silvia B., “El control de constitucionalidad de oficio de normas previsionales. El caso “Blanco” de la Corte Suprema”, cit.

La decisión legislativa estuvo centrada en razones de solidaridad, desigualdad de corte social y económico. Asimismo en la sustentabilidad financiera, actuarial y la sostenibilidad de regímenes de seguridad social. La consideración de ellos fue *leiv motiv* de la reforma.

Desde esas perspectivas, se han valorado las graves consecuencias de emergencias económicas y políticas que atraviesa Argentina desde mucho tiempo atrás. Ellas generan estado de pobreza y necesidades sociales en la población.

Sin embargo, aunque esa consideración sensible de la ciudadanía y su justicia resulte un punto trascendente, no deben ignorarse los principios de independencia, intangibilidad judicial e igualdad ante la ley.

Ellos dieron motivo al primitivo régimen jubilatorio especial que ampara el derecho de jueces y funcionarios, atendiendo a la importante función institucional y social que cumplen, en la construcción del sistema tripartito de poderes que caracteriza el régimen democrático y federal (art. 1° C.N.).

MUJERES CON DISCAPACIDAD PSICOSOCIAL INTERNADAS POR MOTIVOS DE SALUD MENTAL: SISTEMAS DE APOYO Y POLÍTICAS PÚBLICAS PARA EL EJERCICIO DE LA MATERNIDAD DESDE UNA PERSPECTIVA INTERSECCIONAL Y DE GÉNERO

MULHERES COM DEFICIÊNCIA PSICOSSOCIAL INTERNADAS POR MOTIVOS DE SAÚDE MENTAL: SISTEMAS DE APOIO E POLÍTICAS PÚBLICAS PARA O EXERCÍCIO DA MATERNIDADE A PARTIR DE UMA PERSPECTIVA INTERSECCIONAL E DE GÊNERO

Florencia Molina Chávez

Maestranda en Derechos Humanos y Políticas Públicas (UNLA, Argentina). Docente en la materia Familia y Sucesiones de la carrera de Derecho en la Universidad Nacional de Avellaneda, Argentina. Se desempeña en la Unidad de Letrados de Salud Mental para Personas Mayores de Edad de la Defensoría General de la Nación, Argentina.

*Abogada (UBA, Argentina)
florenmolina3@gmail.com*

Mercedes Robba

Especialista en derecho de familia (UBA, Argentina). Docente en la materia Familia y Sucesiones en la Facultad de Derecho, UBA, Argentina. Docente en la materia Elementos de Derecho de familia, Carrera de Trabajo Social, Universidad Nacional de José C. Paz, Argentina. Se desempeña en la Unidad de Letrados de Salud Mental para Personas Mayores de Edad de la Defensoría General de la Nación., Argentina. Abogada (UBA, Argentina)

mercedesrobba@gmail.com

RESUMEN

En el presente trabajo abordamos la normativa nacional e internacional sobre discapacidad y salud mental en Argentina. En particular, describimos la regulación sobre internaciones por salud mental y el rol de la defensa pública en estos casos. Advertimos las situaciones de desigualdad de género y los obstáculos para garantizar el derecho a ejercer la maternidad de las mujeres con discapacidad psicosocial internadas por motivos de salud mental. Finalmente, exponemos la necesidad de abordajes y políticas públicas diseñadas desde una perspectiva interseccional y de género.

Palabras clave : Mujeres. Maternidad. Discapacidad. Salud mental. Interseccionalidad.

RESUMO

Neste artigo, abordaremos os regulamentos nacionais e internacionais sobre deficiência e saúde mental na Argentina. Em particular, descrevemos a regulamentação sobre as internações por saúde mental e o papel da defesa pública nesses casos. Alertamos sobre situações de desigualdade de gênero e os obstáculos para garantir o direito ao exercício da maternidade para mulheres com deficiência psicosocial internadas por motivos de saúde

mental. Por fim, expomos a necessidade de abordagens e políticas públicas planejadas a partir de uma perspectiva interseccional e de gênero.

Palavras-chave: Mulheres. Maternidade. Pessoa com deficiência. Saúde mental. Interseccionalidade

SUMARIO

INTRODUCCIÓN. 1. MODELOS DE ABORDAJE DE LA DISCAPACIDAD Y DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. 2. INTERNACIONES POR MOTIVOS DE SALUD MENTAL DESDE UNA MIRADA CON PERSPECTIVA DE GÉNERO. 4. PREJUICIOS Y PRÁCTICAS ESTATALES DISCRIMINATORIAS ENTORNO A LA MATERNIDAD DE LAS MUJERES CON DISCAPACIDAD PSICOSOCIAL INTERNADAS POR MOTIVOS DE SALUD MENTAL. 4. MUJERES-MADRES INTERNADAS POR MOTIVOS DE SALUD MENTAL: LA INTERSECCIONALIDAD DE LAS MÚLTIPLES FORMAS DE DISCRIMINACIÓN. 5. POLÍTICAS PÚBLICAS DESDE LA INTERSECCIONALIDAD. CONCLUSIÓN. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

INTRODUCCIÓN

Históricamente las tareas de cuidado han sido asignadas a las mujeres. Esta naturalización del maternalismo¹, entendido como la perspectiva que supone básicamente a las mujeres como madres y como las mejores cuidadoras de sus hijos/as, no sólo implica una desigualdad de género, sino que, además, asigna a las mujeres un rol estereotipado asociado a la maternidad. El movimiento feminista cuestiona este rol asignado culturalmente a las mujeres y pone el foco en el derecho de las mujeres a decidir ser madre o a decidir no serlo.

Desde esos cuestionamientos, nos preguntamos ¿qué sucede cuando una mujer con discapacidad psicosocial² internada por motivos de salud mental desea ser madre? ¿Qué sucede cuándo una mujer con discapacidad psicosocial internada por motivos de salud mental ejerce sola sin ninguna red de apoyo las tareas de cuidado de sus hijos/as?

Cuando se trata de mujeres que cursan internaciones por problemáticas de salud mental, se suman prejuicios y estigmatizaciones por parte de la sociedad, los organismos de protección de derechos, los organismos judiciales y los equipos tratantes de salud mental que consideran que los padecimientos psíquicos impiden, por sí mismos, que la mujer pueda decidir ser madre o no serlo y que pueda ejercer tareas de cuidado de sus hijos/as.

Desde esos puntos de partida, el presente artículo tiene por objeto, por un lado, vis-

¹ Faur, Eleonor, "El cuidado infantil desde las perspectivas de las mujeres-madres. Un estudio en los barrios populares del Área Metropolitana de Buenos Aires", Esquivel Valeria, Faur Eleonor y Jelin Elizabeth (editoras), *Las Lógicas del Cuidado Infantil, Entre las familias, el Estado y el mercado*, Ides, Buenos Aires, 2012, p. 115.

² Término abarcativo de la discapacidad psicosocial o intelectual.

ibilizar los obstáculos que se advierten para garantizar el derecho de las mujeres con discapacidad psicosocial a ejercer la maternidad por sobre cualquier condicionamiento impuesto por la discapacidad cuando cursan una internación por motivos de salud mental³. Por otro lado, nos proponemos resaltar la imperiosa necesidad de un abordaje desde una perspectiva interseccional que tome en consideración los múltiples factores de discriminación a los que se ven expuestas las mujeres con discapacidad psicosocial internadas por motivos de salud mental; de modo que se garantice la incorporación de la perspectiva de género de forma transversal en el diseño de políticas públicas destinadas a ellas.

1. MODELOS DE ABORDAJE DE LA DISCAPACIDAD Y DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

En la actualidad no caben dudas que la discapacidad es una cuestión de derechos humanos. Sin embargo, hasta hace relativamente poco, el tratamiento de la discapacidad se llevaba a cabo desde lo que se ha denominado el modelo médico-rehabilitador, según el cual las causas generadoras de la discapacidad eran científicas y derivaban en limitaciones individuales de las personas. Desde ese paradigma, la discapacidad se contemplaba como una anomalía que debía ser abordada a través de políticas sanitarias y asistenciales que tuvieran por objeto la normalización de las personas con discapacidad (en adelante PCD), a quienes era imprescindible rehabilitar⁴. Como consecuencia de esa visión, se consideraba que las PCD no eran sujetos plenos de derecho sino objeto de tutelaje.

A partir de los años 80 del siglo XX, y como consecuencia de la organización social de las PCD, surge el modelo social de la discapacidad, el cual entiende que las causas de la discapacidad no radican en las limitaciones individuales, sino en los obstáculos sociales. Es decir, la discapacidad refiere a “las limitaciones de la propia sociedad, para prestar servicios apropiados y para asegurar adecuadamente que las necesidades de las personas con discapacidad sean tenidas en cuenta dentro de la organización social”⁵.

Este modelo propone la necesidad de un cambio social que comprenda que la persona con discapacidad debe ser tratada como sujeto pleno de derechos, con igual dignidad y valor que las demás, y que debe reconocerse su titularidad en todos los derechos, fundamentalmente, respecto de su capacidad plena para ejercerlos por sí misma⁶. En consecuencia, se entiende que lo que las PCD pueden aportar a la sociedad dependerá de su

³ El presente texto fue elaborado a partir del artículo previo de las autoras titulado: “Maternidad y discapacidad psicosocial desde un enfoque feminista, interseccional y de derechos humanos”, RDF 94, 08/05/2020, 38, p. 38-51. Cita Online: AR/DOC/857/2020.

⁴ Palacios, Agustina, *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, CINCA, 2008, p. 66 y ss.

⁵ Palacios, Agustina, op. cit., p. 103.

⁶ “Reforma legal en base a la Convención Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”, Revista Capacidad Jurídica y Acceso a la Justicia: una Propuesta de Reforma Legal desde las Organizaciones de Personas con Discapacidad, 2010, p. 13-27.

inclusión y la aceptación de la diferencia.

En el ámbito internacional de los derechos humanos, el modelo social de la discapacidad ha sido receptado por la Convención sobre derechos de las personas con discapacidad (en adelante CDPD), que en Argentina goza de jerarquía constitucional desde el 22 de diciembre de 2014.

La CDPD define a las personas con discapacidad como: “...aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás” (art. 1).

Asimismo, consagra como principios generales del sistema: la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones y la independencia de las personas; la igualdad y no discriminación; la participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad; la igualdad de oportunidades; y la accesibilidad⁷.

En particular, en relación con el derecho a la igualdad y no discriminación, la CDPD reconoce que las mujeres y niñas con discapacidad están sujetas a múltiples formas de discriminación y, por lo tanto, los Estados Parte deben adoptar medidas para asegurar que puedan disfrutar plenamente y en igualdad de condiciones de todos los derechos humanos y libertades fundamentales (art. 6).

En este sentido, los ajustes razonables⁸ y los apoyos⁹ para el goce y ejercicio de los derechos se constituyen en figuras imprescindibles para evitar decisiones sustitutivas de la voluntad, y garantizar el ejercicio efectivo de los derechos por parte de las personas con discapacidad.

Asimismo, la CDPD en su art. 23 reconoce el derecho a la vida familiar de las personas con discapacidad, que implica un expreso reconocimiento del derecho a la sexualidad de éstas. En este sentido dispone:

“Los Estados Partes tomarán medidas efectivas y pertinentes para poner fin a la discriminación contra las personas con discapacidad en todas las cuestiones relacionadas con [...] la familia, la paternidad y las relaciones personales, y lograr que las personas con discapacidad estén en igualdad de condiciones con las demás a fin de asegurar que: [...] b) Se respete el derecho de las personas con discapacidad a decidir libremente y de manera responsable el número de hijos que quieren tener y el tiempo que debe transcurrir entre un nacimiento y otro, y a tener acceso a información, educación sobre reproducción y planificación familiar apropiados para su edad, y se ofrezcan los medios necesarios que les permitan ejercer esos derechos; [...] 2. Los Estados Partes garantizarán

⁷ Art. 3 de la CDPD.

⁸ Art. 2 de la CDPD define a los ajustes razonables como las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales.

⁹ Art. 12 de la CDPD dispone que los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida y adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica.

los derechos y obligaciones de las personas con discapacidad en lo que respecta a la custodia, la tutela, la guarda, la adopción de niños o instituciones similares, cuando esos conceptos se recojan en la legislación nacional; en todos los casos se velará al máximo por el interés superior del niño. **Los Estados Partes prestarán la asistencia apropiada a las personas con discapacidad para el desempeño de sus responsabilidades en la crianza de los hijos. [...] 4. [...] En ningún caso se separará a un menor de sus padres en razón de una discapacidad del menor, de ambos padres o de uno de ellos”.**

Por su parte, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer (en adelante CEDAW) dispone que los Estados partes deben adoptar todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, deben asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, los mismos derechos a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos (art. 16, inc. e).

En este mismo sentido, las Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad (1993)¹⁰, en su art. 9¹¹ resaltan la obligación de los Estados de promover acciones a fin de que las mujeres con discapacidad puedan ejercer la maternidad, entre otros derechos sexuales y reproductivos.

Tal como hemos señalado, para garantizar el efectivo ejercicio de este derecho por parte de las mujeres con discapacidad psicosocial, en algunos casos puede requerirse la aplicación de las figuras de los ajustes razonables y apoyos.

Es en virtud de estas obligaciones que el Estado argentino asumió internacionalmente que se deben implementar todas las medidas necesarias para que las personas con discapacidad puedan gozar y ejercer sus derechos en igualdad de condiciones con las demás; y su no cumplimiento implica un trato discriminatorio.

2. INTERNACIONES POR MOTIVOS DE SALUD MENTAL DESDE UNA MIRADA CON PERSPECTIVA DE GÉNERO

En el presente apartado analizaremos la legislación existente en materia de salud mental, y el impacto que generan las internaciones involuntarias y su prolongación por cuestiones sociales, para luego enfocarnos en los efectos concretos que genera en las mujeres

¹⁰ Aprobadas por Resolución 48/96 de la Asamblea General, el 20 de diciembre de 1993.

¹¹ Art. 9:2: Las personas con discapacidad no deben ser privadas de la oportunidad de experimentar su sexualidad, tener relaciones sexuales o tener hijos. Teniendo en cuenta que las personas con discapacidad pueden tropezar con dificultades para casarse y para fundar una familia, los Estados deben promover el establecimiento de servicios de orientación apropiados. Las personas con discapacidad deben tener el mismo acceso que las demás a los métodos de planificación de la familia, así como a información accesible sobre el funcionamiento sexual de su cuerpo. 3. Los Estados deben promover medidas encaminadas a modificar las actitudes negativas ante el matrimonio, la sexualidad y la paternidad o maternidad de las personas con discapacidad, en especial de las jóvenes y las mujeres con discapacidad, que aún siguen prevaleciendo en la sociedad. Se debe exhortar a los medios de información a que desempeñen un papel importante en la eliminación de las mencionadas actitudes negativas.

con discapacidad psicosocial y sus derechos.

En Argentina, la ratificación de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad¹², la sanción de la Ley Nacional de Salud Mental N° 26.657¹³ (en adelante LNSM) y la posterior reforma del Código Civil y Comercial de la Nación¹⁴ (en adelante CCCN) implicaron grandes avances y el reconocimiento de derechos humanos fundamentales de las personas con discapacidad psicosocial, en especial de aquellas personas internadas sin su consentimiento por motivos de salud mental.

La sanción en el año 2010 de la LNSM implicó un cambio de paradigma, buscando dejar atrás el viejo modelo tutelar en el campo de la salud mental, por el reconocimiento como sujetos de derechos de las personas con padecimientos mentales. Pero a la vez significó un cambio en el rol del Estado constituyéndose en regulador del poder médico y garante de condiciones de dignidad e igualdad ciudadana para las personas bajo su protección¹⁵.

Es importante señalar que la LNSM generó grandes debates ideológicos y políticos, porque, tal como señala Barcala, “modifica la relación de poder vigente entre las teorías y los dispositivos clínicos positivistas y los que promueven prácticas comunitarias de promoción de la salud”¹⁶. En este mismo sentido, Galende señala:

“lo que se encuentra en juego son, por un lado, la psiquiatrización de la pobreza que produce el hospital psiquiátrico, basada en el ejercicio del poder; y por el otro, la ética de integración comunitaria, centrada en la palabra como medio terapéutico, al cuidado y al restablecimiento del lazo social a través de intervenciones en la comunidad, y con un rol central en la participación del usuario/a y su familia y el consentimiento para el tratamiento”¹⁷.

Así la LNSM, reglamentada por el decreto 603/13¹⁸, se encuadra en el modelo social de la discapacidad, presenta un carácter inclusivo y de perspectiva multidisciplinar, reconociendo a la salud mental como “un proceso determinado por componentes históricos, socio-económicos, culturales, biológicos y psicológicos, cuya preservación y mejoramiento implica una dinámica de construcción social vinculada a la concreción de los derechos humanos

¹² En el año 2008, Argentina ratificó la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su protocolo facultativo mediante la Ley 26.378. Disponible en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/140000-144999/141317/norma.htm>, compulsado el 27/07/2020.

¹³ En el año 2010, Argentina sancionó la Ley 26.657. Disponible en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=175977>, compulsado el 27/07/2020.

¹⁴ En el año 2014, Argentina sancionó el Código Civil y Comercial de la Nación, que entró en vigor en el año 2015. Disponible en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/norma.htm>, compulsado el 27/07/2020.

¹⁵ Galende, Emiliano y Kraut, Alfredo, “La intervención estatal en defensa del paciente”, en Revista del Ministerio Público de la Defensa de la Nación”, N°11, Año 2016, p.7.

¹⁶ Barcala, Alejandra, “Interdisciplina y Ley de Salud Mental. El trabajo interdisciplinario enmarcado en el apoyo a la defensa técnica a personas internadas en forma involuntaria”, en Revista del Ministerio Público de la Defensa de la Nación”, N°11, Año 2016, p.72.

¹⁷ Barcala Alejandra, “Interdisciplina y Ley de Salud Mental. El trabajo interdisciplinario enmarcado en el apoyo a la defensa técnica a personas internadas en forma involuntaria”, op. cit, p.72.

¹⁸ Disponible en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/215000-219999/215485/norma.htm>, compulsado el 27/07/2020.

y sociales de toda persona”¹⁹. Parte de un principio fundamental que es la presunción de capacidad de todas las personas, el cual luego va a ser reforzado por el art.31 del CCCN disponiendo que la capacidad de ejercicio de la persona humana se presume, aun cuando se encuentre internada en un establecimiento asistencial.

Entre las principales innovaciones de la LNSM podemos mencionar: el derecho de recibir atención sanitaria y social integral y humanizada, garantizando la integración familiar, laboral y comunitaria; el derecho a ser tratado/a por la alternativa terapéutica más conveniente, que menos restrinja derechos y libertades, considerando a las internaciones como un recurso terapéutico y excepcional por el menor tiempo posible; el abordaje interdisciplinario garantizando la atención por profesionales, técnicos y trabajadores de distintas disciplinas de la salud; la desinstitucionalización mediante la prohibición de creación de nuevos manicomios y la promoción de la atención primaria de la salud y en dispositivos comunitarios y hospitales generales; el control judicial activo y periódico; garantizando el acceso a la justicia y el derecho a ser oído y el debido proceso teniendo derecho a contar con asistencia jurídica legal gratuita en los casos de internaciones involuntarias.

De acuerdo con la LNSM, las internaciones por problemáticas de salud mental pueden ser voluntarias e involuntarias. En el primer caso, es voluntaria cuando la persona otorga su consentimiento informado para someterse al tratamiento de internación. En estas internaciones, la persona en cualquier momento podrá decidir hacer abandono de la internación. A la vez, la normativa establece que en los casos que las internaciones se prolonguen por más de 60 días el/la juez/a debe evaluar si continúa con dicho carácter o si debe ser considerada involuntaria²⁰. En cambio, la internación coactiva, o sin consentimiento de la persona, es de carácter excepcional, siempre que no sea posible el abordaje ambulatorio y sólo procede ante situaciones de riesgo cierto e inminente para la persona o para terceros evaluado por un equipo interdisciplinario²¹. Ante estos tipos de internaciones, se establece el derecho de la persona a designar un/a abogado/a²², y si no lo hiciere, el Estado debe proporcionárselo.

En agosto de 2011, el Ministerio Público de la Defensa dispuso la creación de la Unidad de Letrados art.22 de la Ley 26.657²³, con la función de ejercer la defensa de personas mayores de 18 años de edad internadas involuntariamente por razones de salud mental, en instituciones públicas o privadas de la Ciudad de Buenos Aires, y sin proceso de determinación

¹⁹ Art.3 de la Ley N° 26.657.

²⁰ Art. 18 de la Ley N° 26.657.

²¹ Art. 20 y 21 de la Ley N° 26.657. El Decreto N° 603/13 en su art. 20 entiende por riesgo cierto e inminente aquella contingencia o proximidad de un daño que ya es conocido como verdadero, seguro e indubitable que amenace o cause perjuicio a la vida o integridad física de la persona o de terceros.

²² Art.22 de la Ley N° 26.657.

²³ Res. DGN N° 558/11 y 841/11. Art.47 Ley N° 27.149. La Unidad de Letrados art. 22 Ley N° 26.657 está conformada por letrados/as y equipos interdisciplinarios con profesionales de Psicología, Psiquiatría y Trabajo Social, a fin de garantizar una defensa técnica especializada, y tiene como objetivo proveer asistencia jurídica gratuita a las personas internadas en forma involuntaria. A través del contacto con una abogada o abogado defensor, se materializa el derecho de toda persona internada contra su voluntad a ser escuchada y a poder acceder a la justicia.

de su capacidad jurídica. Son funciones de la defensa garantizar que se respeten los derechos de las personas internadas y ejercer la defensa en la internación, siempre debiendo estar a la voluntad y preferencias de la persona internada, en lo relativo a su atención y tratamiento.

Desde el derecho internacional de los derechos humanos, la internación involuntaria por motivos de salud mental es considerada una restricción a la libertad ambulatoria, disponiendo la CDPD que en ningún caso el hecho de que haya una discapacidad puede justificar una privación de la libertad²⁴. En este sentido, la LNSM consagra expresamente a la internación forzosa para resguardar la salud como una privación a la libertad y, en razón de ello, determina su control judicial, asignando a los/as jueces/zas un rol central debiendo examinar que dichas medidas respeten los recaudos de legalidad, proporcionalidad y razonabilidad exigidos para toda restricción de un derecho humano²⁵. A la vez, establece al Órgano de Revisión de Salud Mental, como autoridad de control, en la supervisión periódica de las internaciones involuntarias o voluntarias prolongadas.

Ahora bien, dicha restricción se torna ilegítima cuando la internación deja de responder a motivos de salud mental y se fundamenta en problemáticas de orden social debido a que en el marco de la comunidad no se han creado los dispositivos y apoyos necesarios para la atención e inclusión comunitaria. Sin embargo, la situación de vulnerabilidad y desigualdad a la que se ven expuestos/as los/as pacientes sociales no resulta aislada, ni sectorializada; por el contrario, es sufrida por un gran número de personas²⁶.

La LNSM prohíbe la posibilidad de que una internación se prolongue por motivos de orden social y establece en cabeza del órgano jurisdiccional la obligación de requerir las medidas necesarias para su abordaje y solución²⁷.

En el año 2019 se realizó por primera vez en Argentina el Censo Nacional de Personas Internadas por Motivos de Salud Mental²⁸. Para ello se censaron 162 instituciones, de las cuales sólo 41 fueron del sector público, es decir que el 75% pertenece a instituciones privadas, sin embargo, la distribución de personas es homogénea, la mitad de la población internada se encuentran en el sector público. En relación con la distribución por identidad de género, se observó que el 49% de las personas se auto-percibieron como varones y el 45% como mujeres, no se contó con la información del 5% de las personas y, el resto, se identificó con otros géneros. Cabe destacar que, según los datos publicados, sólo el 36,4%

²⁴ Art. 14 de la CDPD.

²⁵ Laufer Cabrera, Mariano, "Derechos Humanos de las personas con discapacidad", en Revista del Ministerio Público de la Defensa de la Nación, N°11, Año 2016, p.14.

²⁶ Maestri, Victoria, Molina Chávez, Florencia y Freije, Joaquín, "Justiciabilidad de los derechos fundamentales", en Derecho de Familia, Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2016-IV, p.42.

²⁷ La LNSM establece en su art. 18: "[...] En caso de que la prolongación de la internación fuese por problemáticas de orden social, el juez deberá ordenar al órgano administrativo correspondiente la inclusión en programas sociales y dispositivos específicos y la externación a la mayor brevedad posible, comunicando dicha situación al órgano de revisión creado por esta ley".

²⁸ La LNSM establece en su art. 35 que a los 180 días de su sanción debía realizarse un censo nacional de personas internadas y reiterarse en un plazo máximo de 2 años. Dicho censo tuvo lugar nueve años después. Disponible en: http://www.msal.gob.ar/images/stories/bes/graficos/0000001549cnt-2019-09-06_primer-censo-nacional-personas-internadas-por-motivos-de-salud-mental.pdf, compulsado el 26/7/2020.

de las personas internadas presentaban una situación de riesgos cierto e inminente para sí o para terceros, mientras que el 37,2% permanecen internadas por problemáticas sociales y/o vivienda y el 21,5% sería por otros motivos. También, el 60,4% de las personas no habría prestado su consentimiento informado para la internación. Por último, se informa que el promedio de internación es de 8 años, y que el 53% de las personas estuvo internada dos años o más y un 25% de personas estuvo internada once años o más.

Es preciso señalar que, si bien el censo permite visibilizar la gran cantidad de pacientes sociales, es decir, de personas que permanecen institucionalizadas por largos períodos de tiempo debido a problemas sociales, no da cuenta del lugar en que mayormente se concentra dicho colectivo, es decir, si se trata de instituciones públicas o privadas, aunque la experiencia nos permite inferir, sin muchas dudas, que la mayoría se concentra en el sector público²⁹.

La investigación “Vidas Arrasadas”³⁰ permitió reflejar la grave situación de personas internadas en condiciones de alta médica y que, por motivos ajenos a su situación de salud mental, permanecen internadas en una institución psiquiátrica, por carecer de recursos sociales, económicos, culturales, afectivos, entre otros. En relación con ello la CSJN, en el fallo “R., M. J.”³¹ sostuvo que

“[...] la carencia de opciones en el marco de la comunidad, determina que los pacientes permanezcan internados, en muchos casos, por prolongados períodos con frecuencia *sine die*, luego que se haya estabilizado su condición psiquiátrica y cuando podrían reinsertarse en la comunidad si se dispusiera de servicios y apoyos adecuados”, y que debido a “[...] la debilidad jurídica estructural que sufren las personas con padecimientos mentales (de por sí vulnerables a los abusos), crea verdaderos “grupos de riesgo” en cuanto al pleno y libre goce de los derechos fundamentales”³².

En Argentina, aún hoy, a casi 10 años de la sanción de la LNSM, los manicomios y/o hospitales monovalentes constituyen la principal política pública en salud mental³³. La institucionalización manicomial tiene graves consecuencias sobre los derechos, cuerpos, autonomía y subjetividades de las personas. Sin embargo, este proceso tan devastador sólo

²⁹ Durante el año 2019 la Unidad de letrados de personas mayores de edad intervino en más de 3800 casos (mediante presentaciones, requerimientos, vistas y traslados, en expedientes judiciales) y se brindó defensa técnica en más de 2700 internaciones involuntarias acaecidas en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Del total de casos en que brindó defensa, aproximadamente el 54% de internaciones se dieron en instituciones públicas. Sin perjuicio de lo pretendido en los arts. 27 y 28 de la ley 26.657, el mayor porcentaje de internaciones en el sector público se sigue produciendo en hospitales monovalentes (Borda, Moyano, Alvear): estos representan el 41% de los casos de la Unidad, mientras que solo el 13% de las internaciones comunicadas a la defensa fueron efectuadas en hospitales generales. Cfr. https://www.mpd.gov.ar/pdf/Informe%20Anual%202019_compressed.pdf, p. 115, compulsado el 26/7/2020.

³⁰ Centro de Estudios Legales y Sociales y Mental Disability Rights International, *Vidas arrasadas. La segregación de las personas en los asilos psiquiátricos argentinos*, Siglo XXI editores, Buenos Aires, 2008, pág. 43.

³¹ CSJN, “R., M. J. s/insania”, Fallos: 331:211.

³² CSJN, “R., M. J. s/insania”. La CSJN, ya se había pronunciado, en los precedentes “Tufano” (CSJN, “T., R. A s/internación”, rta. el 27/12/2005, Fallos 328:4832) y “Hermosa” (CSJN, “H., L. A s/insania – proceso especial”, rta. el 12/6/2007, Fallos 330:2774), respecto a la necesidad de prestar singular atención a procesos en los cuales se encuentren en juego o vulnerados derechos de personas con padecimientos mentales, siendo obligación de los operados judiciales garantizar “tutela judicial efectiva y debido proceso”.

³³ Amendolaro, Roxana, “Mujeres con discapacidad psicosocial institucionalizadas en Argentina: Reconocimiento pleno de sus derechos sexuales y reproductivos”, *Especialización Internacional en Políticas Públicas y Justicia de Género*, CLACSO, cohorte 2017-2018, p.12.

puede tener lugar gracias a la existencia de un “[...] pacto social que discrimina, excluye e invisibiliza a aquellas personas que presentan diferencias respecto de la pauta hegemónica de adaptación social”³⁴.

En este sentido, sin duda, la experiencia de una mujer con discapacidad psicosocial internada por problemáticas de salud mental en relación con el ejercicio de sus derechos sexuales y reproductivos, y más específicamente respecto del ejercicio de la responsabilidad parental, será cualitativamente diferente a la de una mujer que no pasó por dicha institucionalización e incluso a la de varones institucionalizados.

Algunas profesionales señalan que:

“la ideología con respecto a las pacientes mujeres es peor que para la de los hombres. Es sumamente patriarcal, tutelar y biologicista -reduciendo los trastornos de salud mental a un origen solamente orgánico y no atendiendo a la multideterminación en juego-. Se ve que se las retiene mucho más, como se retiene a las mujeres en sus casas, mientras que en el Borda se intenta sacar a la gente. De esta forma, los abusos son así porque el dispositivo mismo lo permite”³⁵.

En este aspecto, el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en la O.G N° 3 (2016) sobre las mujeres y niñas con discapacidad observó que

“a las mujeres con discapacidad, con mayor frecuencia que a los hombres con discapacidad y que a las mujeres sin discapacidad, se les niega el derecho a la capacidad jurídica. Sus derechos a mantener el control de su salud reproductiva, en particular sobre la base de un consentimiento libre e informado³⁶, a fundar una familia, a elegir dónde y con quién vivir, a la integridad física y mental, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, son a menudo vulnerados mediante los sistemas patriarcales de sustitución en la adopción de decisiones”.

A lo largo de los años de funcionamiento de la Unidad de Letrados del Art. 22 LNSM hemos podido observar que la internación involuntaria por salud mental de una mujer con discapacidad psicosocial muchas veces implica poner en cuestión su derecho a ejercer la maternidad, y tiene como correlato, la separación y/o institucionalización transitoria de sus hijos/as. Pese a la gran cantidad de instrumentos internacionales y nacionales que abogan por el derecho de las mujeres con discapacidad a ejercer la maternidad por sobre cualquier condicionamiento impuesto por la discapacidad, aún hoy nos encontramos frente a una gran cantidad de prejuicios y estigmatizaciones por parte de los organismos de protección de derechos, de operadores judiciales y de los propios equipos tratantes de salud mental que consideran que los padecimientos psíquicos impiden *per se* el ejercicio de la función mater-

³⁴ Amendolaro, Roxana, op. cit, p. 11.

³⁵ Amendolaro, Roxana, op. cit, p. 13.

³⁶ Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Observación General núm. 1 (2014) relativa al igual reconocimiento como persona ante la ley.

na.

En muchos casos se trata de mujeres que, hasta el momento de la internación, se hacían cargo solas del cuidado de sus hijos/as y que, como consecuencia de que no cuentan con ningún tipo de red familiar y/o afectiva que pueda suplir sus funciones durante la internación, se adoptan medidas excepcionales que disponen la separación y/o cese de contacto con sus hijos/as. Sin embargo, una vez que la mujer se encuentra compensada, se impide la revinculación y/o o restitución del vínculo materno-filial, generando un gran sufrimiento y preocupación de la mujer internada.

Los distintos organismos intervinientes, y muchas veces los propios equipos tratantes, desconocen la voluntad de estas mujeres de hacerse cargo del cuidado de sus hijos/as. Se apela al interés superior del niño/a sin poder explicar los perjuicios que se derivarían de la revinculación y/o crianza por parte de estas mujeres. Incluso, en los casos en que la mujer cuenta con la recomendación terapéutica de su equipo tratante de recomponer el vínculo filial, muchas veces resulta difícil que eso se habilite porque los organismos específicos de niñez han tomado participación judicial y se oponen a ello.

Asimismo, en otros casos, se advierte que para lograr el egreso de los niños/as junto a su madre, se requiere de dispositivos habitacionales específicos que puedan albergar a ambos y que trabajen en pos del fortalecimiento de la autonomía y maternaje de estas mujeres. De esto se colige que resulta menester petitionar a los organismos estatales y al poder judicial la provisión urgente de dichos dispositivos convivenciales a fin de garantizar la internación de las mujeres junto a sus hijos e hijas.

La ausencia u omisión por parte del Estado en la provisión de los recursos necesarios para garantizar la vida familiar de las mujeres con discapacidad psicosocial y de sus hijos/as importa también prolongar una internación que carece de justificación y por tanto se ha tornado ilegítima, lo cual conlleva a la necesidad de una protección especial de parte del derecho y del sistema judicial en su conjunto³⁷.

También cabe poner de resalto otra complejidad que suele darse en estos casos como es la multiplicidad de expedientes judiciales, en virtud de las diferentes formas de discriminación y vulnerabilidad a la que se ven expuestas las mujeres con discapacidad psicosocial. En ocasiones las mujeres con discapacidad psicosocial se encuentran atravesando situaciones de violencia de género por parte de su pareja, tornándose necesario la denuncia y adopción de medidas de protección, para lo que se requiere que cuenten con patrocinio específico para el resguardo de sus derechos durante la internación y una vez que hayan obtenido el alta médica³⁸. Asimismo, en aquellos casos en que se toman medidas de separación de sus hijos/as y

³⁷ Centro de Estudios Legales y Sociales, *Derechos humanos en Argentina: Informe 2009*, Siglo XXI Editores, Buenos Aires, 2009.

³⁸ En estos casos se han generado articulaciones con el Patrocinio Jurídico Gratuito para Víctimas de Violencia de Género de la DGN, Dirección General de Acompañamiento, Orientación y Protección a las Víctimas (DOVIC) y la Unidad Fiscal Especializada de Violencia contra las Mujeres (UFEM), ambas de la Procuración General de la Nación, entre otros organismos. Informe anual MPD 2019, p. 118-120 Disponible en: https://www.mpd.gov.ar/pdf/Informe%20Anual%202019_compressed.pdf, compulsado el 26/7/2020.

se inician expedientes judiciales de control de legalidad, se procura coadyuvar a estas mujeres para que accedan a la defensa técnica específica en dichos juicios y para que su voluntad, deseos y preferencias puedan ser oídos, y evitar que se decrete el estado de adoptabilidad ³⁹.

En estos casos, la defensa técnica en los diferentes expedientes judiciales se encuentra a cargo simultáneamente de diferentes organismos del Estado u/o áreas dentro de la propia Defensoría General de la Nación. Esta situación provoca grandes dificultades, llevando en ocasiones a la propia confusión de la mujer involucrada, viéndose expuesta a exponer la problemática en reiteradas oportunidades, y eventuales diferencias de criterios en las estrategias de intervención; siendo imprescindible profundizar la articulación, cooperación, y los ajustes razonables del servicio de acceso a la justicia que debe brindarse, a efectos de no perjudicar a la mujer que atraviesa estas múltiples vulnerabilidades⁴⁰. Todas estas situaciones han sido visibilizadas en los informes anuales del Ministerio Público de la Defensa por parte de la Unidad de Letrados del art. 22 desde el año 2012⁴¹.

El Órgano Nacional de Salud Mental (ORN) mediante la Resolución S.E. N° 3/19 sobre “Derechos sexuales y reproductivos. Derecho al maternaje de las mujeres y otras personas gestantes con discapacidad mental alojadas en establecimientos de salud mental”⁴² da cuenta de las múltiples formas de discriminación y violencia a la que se ven expuestas las mujeres en el marco de las internaciones. Asimismo, advierte que en estas instancias se da una invisibilización de la desigualdad estructural y se acentúa la falta de reconocimiento y del ejercicio de sus derechos fundamentales y, en particular, sus derechos sexuales, reproductivos y no reproductivos.

Entre las principales observaciones realizadas por el ORN en los casos que intervino, podemos destacar: la existencia de prejuicios y estigmatizaciones partiendo de la presunción de incapacidad en razón del padecimiento de salud mental, y la omisión en el establecimiento de los mecanismos de apoyo al maternaje que en cada caso se requerían; la sustitución de las opiniones y deseos de las mujeres a la hora de tomar decisiones; en los establecimientos psiquiátricos se observó que el principal abordaje suele centrarse en la definición del diag-

³⁹ Generalmente se realiza la derivación para el patrocinio jurídico a las defensorías públicas oficiales. Informe anual MPD 2019, p. 118-120. Disponible en: https://www.mpd.gov.ar/pdf/Informe%20Anual%202019_compressed.pdf, compulsado el 26/7/2020.

⁴⁰ Si la mujer no cuenta con autonomía para desplazarse o con una red familiar que pueda acompañarla a los diferentes organismos y/o defensorías, resulta sumamente difícil que pueda sostener en el tiempo dichos patrocinios y por tanto la defensa de sus derechos. Informe anual MPD 2019, p. 118. Disponible en: https://www.mpd.gov.ar/pdf/Informe%20Anual%202019_compressed.pdf, compulsado el 26/7/2020.

⁴¹ Cfr. Informe anual MPD 2012, p. 21, <https://www.mpd.gov.ar/users/uploads/Informe%20Anual%202012.pdf>. Informe anual MPD 2013, p.24 y 26, <https://www.mpd.gov.ar/users/uploads/Informe%20Anual%202013.pdf>. Informe anual MPD 2014, p.144-145 y 147 <https://www.mpd.gov.ar/users/uploads/Informe%20Anual%202014%20con%20correccion.pdf>. Informe anual MPD, 2015, p.158, 159 y 160, <https://www.mpd.gov.ar/pdf/Informe%20Anual%202015.pdf>. Informe anual MPD, 2016, p.143-144 y 146-147, <https://www.mpd.gov.ar/pdf/Informe%20Anual%202016.pdf>. Informe anual MPD, 2017, p.84 y 86 <https://www.mpd.gov.ar/pdf/Informe%20Anual%202018%20web-comprimido.pdf>. Informe anual MPD, 2019, p.118-120, https://www.mpd.gov.ar/pdf/Informe%20Anual%202019_compressed.pdf, compulsados el 26/7/2020.

⁴² Disponible en: <https://www.mpd.gov.ar/pdf/saludmental/Res%20SE%2003%202019%20Recomendacion%20Maternaje.pdf>, compulsado el 27/07/2020.

nóstico médico y del tratamiento de sus síntomas sin reparar en las obligaciones del Estado de mantener una estrategia integral de atención; la ausencia de articulación entre los distintos equipos de atención del lugar de internación y del hospital que posteriormente debe atender el parto. También, se constató que luego del parto son separadas de sus hijos/as, siendo internadas en servicios diferentes, no se promueve el vínculo entre ambos, justificando esta medida por tratarse de una persona con discapacidad psicosocial o intelectual a pesar de que no existan indicadores de riesgo cierto e inminente o sintomatología compatible con descompensaciones. Por último, del relevamiento del ORN surge que se presentan situaciones de vulnerabilidad psicosocial vinculadas a factores tales como: el tiempo prolongado de institucionalización, la carencia de una red socioafectiva continente y la ausencia de una alternativa habitacional que resulte acorde a las necesidades de la mujer y que posibilite tanto la continuidad del tratamiento como las medidas de apoyo necesarias para el ejercicio de la maternidad. Dichas prácticas, atentan contra el derecho de las mujeres a poder ejercer la maternidad y a poder vivir con sus hijos/as y a requerir asistencia o apoyos que le garanticen tales derechos.

En este sentido, el ORN concluye que para trabajar desde una perspectiva de género en salud mental se necesitan cambios en los marcos teóricos y en las prácticas dentro del campo de la salud. Por ello, se hace imprescindible contar con intervenciones por parte de los equipos tratantes con una perspectiva que aborde transversalmente cuestiones de género y de discapacidad para facilitar la autonomía personal e independencia de las personas involucradas, revisar estereotipos de género y discriminación, y la necesidad del establecimiento de políticas públicas en los distintos niveles de gobierno⁴³.

Es claro que en los casos de mujeres con discapacidad psicosocial que se encuentran internadas por problemáticas de salud mental, la desigualdad y discriminación se agudizan con respecto a otras mujeres, por la ausencia de medidas de acción positiva hacia la discapacidad en las políticas públicas encaminadas a la conciliación de la vida familiar.

La inexistencia de servicios y apoyos adecuados en la comunidad exigen por parte del poder judicial la adopción de medidas necesarias para priorizar la atención de la salud y el otorgamiento de los recursos adecuados para garantizar los derechos de las mujeres y sus hijos/as. Desterrar los prejuicios generalizados en torno a la capacidad para ejercer la maternidad de estas mujeres resulta un imperativo urgente para tener una sociedad más justa e igualitaria.

3. PREJUICIOS Y PRÁCTICAS ESTATALES DISCRIMINATORIAS ENTORNO A LA MATERNIDAD DE LAS MUJERES CON DISCAPACIDAD PSICOSOCIAL INTERNADAS POR MOTIVOS DE SALUD MENTAL

⁴³ Resolución de la Secretaría Ejecutiva del Órgano de Revisión de Salud Mental N° 3/2019, sobre el documento “Derechos sexuales y reproductivos. Derecho al maternaje de las mujeres y otras personas gestantes con discapacidad mental alojadas en establecimientos de salud mental”.

En relación con las mujeres con discapacidad psicosocial, es habitual escuchar frases como:

“no saben, no entienden qué es una relación sexual; tienen una sexualidad descontrolada; no quieren o no pueden tener relaciones sexuales; no quieren o no pueden tener hijos; no son atractivas y no son deseadas; no estarían en condiciones de criar hijos; es poco probable que alguna vez tengan una pareja; si llegan a tener pareja será con una persona con discapacidad; toda relación sexual con ellas es, en realidad, un abuso sexual; no pueden tomar decisiones racionales sobre su vida, su sexualidad o su reproducción”.

¿Qué tienen en común todas esas frases? Todas son prejuicios⁴⁴ y desconocen los derechos de las mujeres con discapacidad psicosocial.

Como señala Peláez:

“Lamentablemente, pese a los logros alcanzados por las mujeres con discapacidad en muchos ámbitos de su vida (empleo, participación en los movimientos asociativos, etc.), los viejos modelos están especialmente arraigados en torno a todo lo que tenga que ver con su capacidad para experimentar su sexualidad y maternidad, por lo que la idea de que no pueden o no deben ejercerlas por una «incapacidad presupuesta» está ampliamente extendida en toda la sociedad, desde la propia familia a los profesionales que trabajan en el sector. Por esta razón, se llega a justificar prácticas tan lesivas para los derechos de la persona como (la esterilización forzosa y el aborto coercitivo) o no se abordan en profundidad el sufrimiento y angustia de aquellas mujeres con discapacidad que, logrando llevar adelante su embarazo, se ven obligadas por diversas causas a separarse de sus hijos e hijas; lo cual, además del importante impacto que supone para éstos, repercute muy negativamente en su recuperación. En este último caso, como en los anteriores, si no se actúa, no es por falta de alternativas; puesto que todo ello podría evitarse realizando una gestión adecuada de los riesgos y estableciendo medidas de apoyo orientadas a mantener el vínculo y promover la reunificación del núcleo familiar. El problema reside en la mentalidad que caracteriza a cada sociedad; en definitiva, en la cultura y modo de pensar que condiciona las actuaciones de todos los actores que en ella participan. Ellos son los que tienen en su mano las herramientas para instaurar el imperiosamente necesario cambio de paradigma y erradicar para siempre la imagen errónea que injustamente se ha difundido de las mujeres y niñas con discapacidad. Sin embargo, pese a que existen iniciativas encaminadas a cambiar esta imagen, el ejercicio de la maternidad y, en general, de los derechos sexuales y reproductivos en igualdad de condiciones sigue resultado complejo de materializar cuando existe una discapacidad”⁴⁵.

Estos prejuicios no solo condicionan a las familias de las mujeres con discapacidad psicosocial, y a la sociedad en general, sino también a los operadores judiciales y los organismos administrativos de protección de derechos que intervienen en casos que involucran a mujeres con discapacidad psicosocial.

⁴⁴ Disponible en: https://www.clarin.com/sociedad/discapacidad-sexualidad-lanzan-campana-nosotros-tambien-gozamos_0_UWbq-gZno.html, compulsado el 27/07/2020.

⁴⁵ Manual. La transversalidad de género en las políticas públicas de discapacidad, Peláez Narváez, Ana y Villarino, Pilar (directoras), Volumen II, Primera edición, CERMI, Madrid, diciembre de 2013, p. 137-8.

Estos prejuicios inundan los expedientes administrativos y judiciales y determinan las decisiones que allí se toman respecto de las mujeres con discapacidad psicosocial, en detrimento de sus derechos y los de sus hijas/os.

Claramente este tipo de decisiones constituyen **decisiones discriminatorias por motivos de discapacidad**, en los términos de la CDPD. En este punto, resulta necesario remarcar que el artículo 2 de la CDPD sostiene que se entiende por **discriminación por motivos de discapacidad** cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo. Incluye todas las formas de discriminación, entre ellas, la denegación de ajustes razonables.

La eliminación de estos prejuicios en el imaginario social y, en lo que aquí respecta, en los operadores judiciales y organismos administrativos de protección de derechos constituye aún hoy una deuda que es imperioso saldar a fin de lograr que las mujeres con discapacidad psicosocial puedan ejercer efectivamente sus derechos, en igualdad de condiciones con el resto de las personas. Esta situación deviene aún más imperiosa en los casos en que las mujeres con discapacidad psicosocial se encuentran atravesando una situación de internación por motivos de salud mental, en las cuales, como se dijo, se agudiza la desigualdad y discriminación por la ausencia de sistemas de apoyo y políticas públicas con enfoque interseccional que puedan garantizar sus derechos a la maternidad, al ejercicio de la responsabilidad parental y a la vida familiar.

En Argentina, lamentablemente, resulta una práctica estatal bastante habitual, tanto por parte de operadores judiciales como organismos administrativos de protección de derechos, la situación de privar a las mujeres con discapacidad psicosocial internadas por motivos de salud mental del ejercicio de la maternidad por causa de la discapacidad, basadas en prejuicios y estereotipos, y bajo el pretexto de protección de derechos de las personas en situación de vulnerabilidad⁴⁶.

El derecho a la igualdad y a la no discriminación por motivos de discapacidad implica que no puede limitarse a una mujer con discapacidad psicosocial a ejercer la maternidad y, a su vez, no puede negarse al niño/a a ser criado por su familia biológica, sobre la base de que, justamente por su discapacidad, la mujer no puede ejercer ese rol. Una decisión judicial en este sentido vulnera abiertamente este derecho a la vez que desconoce el modelo social de la discapacidad.

En relación con lo anterior, el modelo social de la discapacidad pone a cargo de la sociedad

⁴⁶ Por ejemplo, ver: CSJN, "I.J.M s/ protección especial", 7 de junio de 2016, Fallos 339:795; Cám Civ., Sala C, Expte. 51456/2016, "B., G. L. s/control de legalidad - ley 26.061", 10 de julio de 2017; Cám Civ., Sala L, Expte. 62449/2014, "A.J.I. s/control de legalidad - ley 26.061", 7 de abril de 2017; Cám Civ., Sala C, Expte. 73683/2014, "NN O P, D. s/control de legalidad - ley 26.061", 5 de octubre de 2016; Cám Civ., Sala L, Expte. 71140/2014, "I.L.E. Y OTRO s/control de legalidad - ley 26.061", 10 de marzo de 2016; Cám Civ., Sala L, Expte. 67.783/2014, "R.C.A. Y OTRO s/control de legalidad - ley 26.061", 9 de marzo de 2016; entre otros.

y del Estado la obligación de adoptar medidas de apoyo que impliquen ajustes razonables para que una mujer con discapacidad psicosocial pueda ejercer su derecho a ejercer la maternidad.

Se trata de no imponer sobre la mujer con discapacidad psicosocial exigencias en cuanto a su dificultad de criar a su hijo, situación en la que el Estado tiene obligación de tomar intervención y asistir a la mujer para que pueda ejercer la función de crianza con ayuda de diversos dispositivos que le permitan ejercitar su derecho que es a la vez el derecho de su hijo/a a ser criado por su familia de origen.

En definitiva, el concepto de discriminación por motivo de discapacidad no solo debe tener impacto sobre las legislaciones nacionales antidiscriminatorias en materia de discapacidad, sino que también debe verse reflejado en las resoluciones judiciales que deciden respecto de la vida familiar de las mujeres con discapacidad y sus hijos/as⁴⁷.

4. MUJERES-MADRES INTERNADAS POR MOTIVOS DE SALUD MENTAL: LA INTERSECCIONALIDAD DE LAS MÚLTIPLES FORMAS DE DISCRIMINACIÓN

Las mujeres que atraviesan una situación de discapacidad se ven expuestas a condiciones de mayor desventaja que los hombres con discapacidad o de las mujeres sin discapacidad, requiriendo de medidas específicas de protección, en virtud de la múltiple discriminación que sufren, tanto por su situación de género como por su discapacidad⁴⁸, más aún cuando atraviesan una internación de salud mental.

Las mujeres con discapacidad tienen pocas posibilidades de asistir a la escuela, obtener un trabajo, formar una familia y hacerse cargo del cuidado de sus hijos/as; lo cual genera una enorme desventaja social, económica, educativa, laboral y personal. Como consecuencia de lo anterior, las mujeres con discapacidad atraviesan situaciones de pobreza extrema que, junto con otros ejes de discriminación que padecen, generan un importante factor de riesgo para el ejercicio de sus derechos fundamentales⁴⁹. Además, en las situaciones que sí asisten a la escuela, tienen trabajo, se encargan de los cuidados de hijos/as, dichas actividades y tareas se interrumpen al cursar una internación por salud mental, es decir, se corta, en general, todo lazo social y comunitario. En otras palabras, durante las internaciones de salud mental se suspende el ejercicio de innumerables derechos, entre ellos, el derecho a la maternidad y las tareas de cuidado de hijos/as. Estas situaciones constituyen discriminaciones contras las mujeres con discapacidad psicosocial, en los términos de la CDPD -como se dijo anteriormente- y también en los términos de la CEDAW.

⁴⁷ Muñoz Genestoux, Rosalía y Robba, Mercedes, "El derecho de las mujeres con discapacidad a la maternidad", *Revista Derecho de Familia*, 2016-VI, Abeledo Perrot, Buenos Aires, Diciembre 2016, p. 22.

⁴⁸ Retana Salazar, Adriana, "Artículo 6 CDPC: Mujeres con discapacidad", Pablo Rosales (coordinador), *Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad ONU Comentada*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, p. 100.

⁴⁹ Molina Chávez, María Florencia y Valente, Soledad, "Maternidad y Discapacidad Mental", *Revista Latinoamericana en Discapacidad, Sociedad y Derechos Humanos*, Volumen 2, Número 2, Buenos Aires, 2018, p. 183.

En este sentido, la CEDAW⁵⁰ uno de los instrumentos internacionales más importante para el abordaje del problema de la discriminación asociado a la cuestión de género, en su art. 1 entiende por **discriminación contra la mujer** a:

“toda distinción, exclusión a restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por 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”.

Asimismo, en el Preámbulo se incluye a la discapacidad entre la enumeración de factores que repercuten sobre determinados grupos de mujeres, haciéndolas más susceptibles de ser vulnerables a la violencia en todas sus formas.

Es en virtud de las múltiples formas de discriminación que deben afrontar las mujeres con discapacidad que la CDPD establece, en sus art. 6 y 7, el deber de los Estados de adoptar todas las medidas necesarias para **“asegurar que puedan disfrutar plenamente y en igualdad de condiciones de todos los derechos humanos y libertades fundamentales”**⁵¹. De hecho, en su Recomendación General número 24⁵², el Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer, reconociendo las diferencias biológicas entre mujeres y hombres como eventuales causas de las diferencias en el estado de salud, dejó claro que también hay factores sociales determinantes en esas diferencias e, incluso, toda una multiplicidad de variables entre las propias mujeres. Por este motivo, manifiesta que debe:

“prestarse especial atención a las necesidades y los derechos en materia de salud de las mujeres pertenecientes a grupos vulnerables y desfavorecidos», en cuya enumeración incluye a las niñas y a las mujeres con discapacidad. Ellas, por su género, tienen características y factores privativos en relación con el hombre que han de ser tenidos en cuenta a la hora de proteger su salud; pero, además, por su situación de discapacidad, requieren una atención específica orientada a facilitarles el ejercicio de sus derechos en igualdad de condiciones que las demás. Así, los Estados deben disponer las medidas que sean precisas para garantizarles el acceso a los servicios de atención médica de calidad y aceptables para ellas; es decir, aquellos que se presten desde el consentimiento previo de la mujer, con respeto a su dignidad, salvaguardando su intimidad y con consideración a sus necesidades y perspectivas”⁵³.

En este sentido, Ana Peláez señala:

⁵⁰ Ratificada por Argentina el 15 de julio de 1985 y con jerarquía constitucional desde la reforma de la Carta Magna en el año 1994.

⁵¹ Art. 6 CDPD.

⁵² ONU, Recomendación General nº 24, Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, 20º período de sesiones, 1999, Artículo 12 de la Convención, La mujer y la salud. Disponible en: https://conf-dts1.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechos_hum_Base/CEDAW/00_4_obs_grales_CEDAW.html#GEN24, compulsado el 28/97/2020.

⁵³ Manual. La transversalidad de género en las políticas públicas de discapacidad, op. cit., p. 136-7.

“Desde luego, no se trata de defender un modelo único en el que las mujeres con discapacidad se tengan que aferrar a la idea y condición de que ellas y sólo ellas habrán de ser las que atiendan, cuiden y eduquen a sus hijos e hijas; entre otras cosas, porque tales responsabilidades han de compartirse también con los padres. Pero sí se trata de defender un derecho: el de ser madre, que está por encima de cualquier condicionamiento impuesto por la discapacidad. Pese a que existen importantes instrumentos de derechos humanos que reconocen el derecho de las mujeres con discapacidad a la maternidad, y otros tantos manifiestos y recomendaciones que abogan por él, la práctica nos lleva a afirmar que su verdadero disfrute y ejercicio están todavía lejos de conseguirse. [L]as barreras sociales —que al final terminan repercutiendo en la práctica profesional— siguen persistiendo...Y así, la prevalencia de las negativas representaciones sociales que de las mujeres con discapacidad se tiene en cuanto a la maternidad, unida a la falta de provisión de servicios públicos (o, incluso privados) de apoyo a esta importantísima función social que facilite la autonomía personal e independencia de todas estas mujeres, hacen que se las siga condenando a no ser madres o, de serlo, delegar las responsabilidades relativas al cuidado de sus hijos o hijas en personas de su confianza, en el mejor de los casos”⁵⁴.

Pese a que existen diferentes instrumentos internacionales que garantizan el derecho a ejercer la maternidad de las mujeres con discapacidad, el viejo modelo rehabilitador está arraigado en todo lo que tenga que ver con su capacidad para experimentar su sexualidad y maternidad y, además, generalmente se invisibiliza que las mujeres con discapacidad se ven afectadas por múltiples factores de discriminación que no solo incluyen el género y la discapacidad sino también la situación económica o la clase; la etnia; la situación migratoria o de refugio, entre otros. Por esta razón es que se sigue separando a las mujeres con discapacidad de sus hijos/as, particularmente cuando se encuentran internadas por motivos de salud mental, lo cual provoca un gran sufrimiento y angustia repercutiendo muy negativamente en su autonomía.

Consideramos que estas diversas formas de discriminación que sufren las mujeres con discapacidad internadas por motivos de salud mental deben abordarse desde la interseccionalidad, en los términos de la Corte Interamericana de derechos humanos (en adelante CortelDH)⁵⁵.

En dicho precedente, la CortelDH sostuvo:

“...en el caso de Talía confluyeron en forma interseccional múltiples factores de vulnerabilidad y riesgo de discriminación asociados a su condición de niña, mujer, persona en situación de pobreza y persona con VIH. La discriminación que vivió Talía no sólo fue ocasionada por múltiples factores, sino que derivó en una forma específica de discriminación que resultó de la intersección de dichos factores, es decir, si alguno de dichos factores no hubiese existido, la discriminación habría tenido una naturaleza diferente”⁵⁶.

⁵⁴ Peláez Narváez, Ana, “El derecho a ser madre”, *Maternidad y discapacidad*, CERMI, 2009, p. 16.

⁵⁵ Corte IDH. Caso Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C No. 298.

⁵⁶ Corte IDH. Caso Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C No. 298, párr. 290.

En el voto del juez Ferrer de dicha sentencia, se consideró:

“la interseccionalidad de la discriminación no sólo describe una discriminación basada en diferentes motivos, sino que evoca un encuentro o concurrencia simultánea de diversas causas de discriminación. Es decir, que en un mismo evento se produce una discriminación debido a la concurrencia de dos o más motivos prohibidos. Esa discriminación puede tener un efecto sinérgico, que supere la suma simple de varias formas de discriminación, o puede activar una forma específica de discriminación que sólo opera cuando se combinan varios motivos de discriminación. No toda discriminación múltiple sería discriminación interseccional. La interseccionalidad evoca un encuentro o concurrencia simultánea de diversas causas de discriminación. Ello visibiliza una discriminación que sólo se produce cuando se combinan dichos motivos”⁵⁷.

La consolidación del modelo social de la discapacidad receptado en el art. 12 CDPD, que reconoce la plena capacidad de las personas con discapacidad, constituye una base fundamental para exigir todas las garantías que sean precisas para el ejercicio de la maternidad de las mujeres con discapacidad en igualdad de condiciones que las demás, incluidos los apoyos que sean pertinentes en el caso y, a la vez, impone tener en cuenta los múltiples factores de discriminación que pueden confluir en una mujer con discapacidad internada por motivos de salud mental. En estas situaciones, habrá que tener en cuenta la discapacidad, el género, la internación por salud mental y, además, la situación de pobreza, su condición migratoria, su raza, etc., entre otros múltiples factores que pueden concurrir a la vez.

Remover, desde un enfoque interseccional, las prácticas estigmatizantes y discriminatorias que se desarrollan contra las mujeres con discapacidad internadas por motivos de salud mental, es uno de los mayores desafíos, pero a la vez constituye el principal objetivo de cualquier política democrática con perspectiva de derechos humanos.

5. POLÍTICAS PÚBLICAS DESDE LA INTERSECCIONALIDAD

Las tareas de cuidado históricamente han sido asignadas a la familia, sin embargo, quienes han asumido y aún hoy continúan principalmente a cargo de esa responsabilidad son las mujeres-madres. La distribución social de las tareas de cuidado tiene consecuencias tanto en términos de igualdad de género como de oportunidades y logros⁵⁸.

En este sentido, ONU Mujeres, en su Plan estratégico para las Américas 2018-2021⁵⁹, establece, como una de sus prioridades, el impulso de políticas infantiles y familiares que faciliten la participación económica de las mujeres y promuevan la distribución de responsabi-

⁵⁷ Voto del Juez Ferrer Mc Gregor en el **Caso Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador**.

⁵⁸ Esquivel, Valeria, Faur, Eleonor y Jelin, Elizabeth, “Hacia la conceptualización del cuidado: familia, mercado y estado”, Esquivel, Valeria, Faur, Eleonor y Jelin Elizabeth (editoras), *Las Lógicas del Cuidado Infantil, Entre las familias, el Estado y el mercado*, Ides, Buenos Aires, 2012, p. 12.

⁵⁹ Disponible en: <https://www.unwomen.org/es/digital-library/publications/2017/8/un-women-strategic-plan-2018-2021>, compulsado el 27/07/2020.

lidades entre mujeres y hombres relativas a los trabajos de cuidados no retribuidos.

Por otra parte, la oferta de cuidados también es desigual en términos de clase social y lugar de residencia. Tal como señala Faur, hay una relación directa entre la oferta pública y la organización social de cuidado que adopta la familia, por ejemplo: si existe una gran cantidad de jardines maternales entonces la mujer puede combinar los cuidados familiares con la asistencia a esos espacios⁶⁰. En cambio, ante la ausencia de oferta, el cuidado queda depositado en la familia que debe recurrir al mercado o delegar ese cuidado entre los diferentes miembros. Por lo que se hace necesario pensar y exigir una corresponsabilidad del Estado en las tareas de cuidado⁶¹.

Si tenemos en cuenta la situación de desigualdad estructural en que se encuentran las mujeres con discapacidad internadas por motivos de salud mental, sin duda, las políticas públicas se configuran como un elemento imprescindible para garantizar el ejercicio de su derecho a la maternidad.

En este punto, advertimos que en la mayoría de las situaciones en las cuales las mujeres con discapacidad psicosocial internadas por motivos de salud mental cuentan con familiares, referentes afectivos o comunitarios que las acompañan y ayudan logran ejercer el derecho a la maternidad con la colaboración de estos apoyos informales. Sin embargo, también observamos que cuando las mujeres carecen de redes de contención por parte de sus familias o referentes afectivos dependen mucho más de los servicios estatales y, como se dijo, lamentablemente es usual que se prolonguen las internaciones por períodos extensos de tiempo en espera de un dispositivo acorde que cuente con apoyos para el ejercicio de la maternidad y puedan vivir juntos a sus hijos/as.

El diseño de políticas públicas adecuadas que garanticen el derecho de maternaje de las mujeres con discapacidad que cursan una internación por salud mental debe realizarse desde un enfoque interseccional, que tenga en cuenta todas las posibles situaciones de exclusión o discriminación que pueden afectar este colectivo (la desigualdad de género, la situación socioeconómica o de clase, la orientación sexual, nivel educativo, etc.). Es necesario atender a la interrelación de estos y otros constructores sociales que también normativizan la vida de las personas con discapacidad y producen situaciones concretas de exclusión⁶². De lo contrario, se corre el riesgo de diseñar políticas públicas sesgadas que privilegian a unos grupos frente a otros al obviar el hecho de que las situaciones de discriminación y exclusión se constituyen relacionamente a través del solapamiento de desigualdades de distinto origen.

En esta línea de ideas, se ha dicho:

“Trasladar estas experiencias de base a un manual sobre la transversalidad de género en las políticas públicas de discapacidad puede servir a no naturalizar/homogeneizar la

⁶⁰ Diálogos del SIPI, Conversación con Eleonor Faur, febrero de 2015. Disponible en: http://www.sipi.siteal.iipe.unesco.org/sites/default/files/sipi_publicacion/sipi_dialogo_eleonor_faur.pdf, compulsado el 28/07/2020.

⁶¹ Faur, Eleonor, “El cuidado infantil desde las perspectivas de las mujeres-madres. Un estudio en los barrios populares del Área Metropolitana de Buenos Aires”, op. cit., p. 132.

⁶² Manual. La transversalidad de género en las políticas públicas de discapacidad, op. cit., p.18-20.

categoría «mujer», y la categoría «persona con discapacidad», mostrando la diversidad de las mujeres y de las personas con discapacidad, y la complejidad de sus situaciones sociales asociadas a los criterios de exclusión [...]. Es decir, introducir enfoques y metodologías que tengan siempre en cuenta el aspecto relacional de las exclusiones y las discriminaciones, cuando trabajamos la perspectiva de género en las políticas y los derechos de las personas con discapacidad. El enfoque interseccional, aplicado a la discapacidad, aboga por una apertura metodológica donde se consideren siempre todas las posibles situaciones de exclusión o discriminación que pueden afectar a personas con discapacidad (no sólo la desigualdad de género), incluso que una misma persona con discapacidad puede padecer varias de estas situaciones a la vez: su situación socioeconómica o de clase, tener una orientación sexual minoritaria (lesbianas, bisexuales), tener identidades de género diversas (transexuales), ser de alguna minoría étnica (gitanos/as, etc.), su situación legal (sin papeles, refugiados/as, migrantes), tener bajo nivel de estudios, etc., además del hecho de ser mujer. Y sobre todo tener en cuenta las relaciones entre estas situaciones de exclusión, evitando verlas como criterios separados o una mera suma de discriminaciones. El enfoque interseccional intentaría analizar cómo se viven las situaciones sociales y personales de las personas con discapacidad, articuladas con todas esas otras formas de opresión o potencial discriminación que hemos enumerado anteriormente, u otras posibles (no sólo la desigualdad de género), pero sobre todo las relaciones de estos criterios entre sí”⁶³.

En resumen, cualquier política pública y sistemas de apoyo que se establezca para garantizar la vida familiar de las mujeres con discapacidad internadas por motivos de salud mental debe abordar transversalmente cuestiones de género, diversidad funcional como así también otros ejes de discriminación, a fin de que faciliten la autonomía personal e independencia de todas las mujeres involucradas. En este sentido, una política pública será adecuada cuando responda al modelo social de la discapacidad⁶⁴ y al enfoque interseccional.

Hoy en nuestro país, uno de los mayores obstáculos para concretar el derecho a la maternidad de las mujeres con discapacidad psicosocial que cursan una internación por salud mental está dado por la falta de políticas públicas adecuadas que se constituyan en los apoyos necesarios para garantizar tal derecho. Ante la ausencia de recursos adecuados, se pretende que las mujeres con discapacidad se adapten a los recursos existentes, en lugar de que los recursos sean los adecuados a cada caso. Esto no puede conducir a otro resultado que el fracaso y frustración de los derechos de las mujeres con discapacidad.

Consideramos imperiosa la creación de dispositivos que tiendan a favorecer los espacios de acompañamiento y autovalimiento con el objeto de favorecer la vida independiente

⁶³ Manual. La transversalidad de género en las políticas públicas de discapacidad, op. cit., p. 36-37.

⁶⁴ Robba, Mercedes, “El derecho a la maternidad de las mujeres con problemáticas de salud mental”. Disponible en: http://dpicuantico.com/area_diario/doctrina-en-dos-paginas-diario-dpi-suplemento-derecho-civil-bioetica-y-derechos-humanos-nro-33-17-10-2017/, compulsado el 28/07/2020.

de las mujeres con discapacidad y sus hijos/as⁶⁵.

Resulta necesario comprender que el derecho de ejercer la maternidad de las mujeres con discapacidad y el derecho de los hijos/as a ser criados por su familia de origen son las dos caras de una misma moneda y que se hace imperativo el diseño de políticas públicas con una perspectiva articulada que garantice el acceso simultáneo de las mujeres con discapacidad y de los niños/as y adolescentes a sus derechos.

La puesta en práctica del modelo social de la discapacidad impone tanto a los operadores judiciales como a los diferentes agentes estatales que, ante la situación de madres con discapacidad psicosocial que requieran medidas especiales (recursos, apoyos y ajustes razonables) para ejercer la crianza de sus hijos/as, la mirada no esté puesta en evaluar exhaustivamente a esa madre en búsqueda de sus (erróneamente denominadas) debilidades sino en exigir al Estado que agote todas las medidas posibles para que las madres y sus hijos/as puedan gozar de su derecho a vivir en familia⁶⁶.

La decisión de separar a estas madres de sus hijos/as no puede ser consecuencia de la ausencia de políticas públicas de cuidado y apoyo. En ningún caso la discapacidad puede constituirse en la razón de la privación de este derecho; por el contrario, es esa vulnerabilidad la cual obliga al Estado a brindar las políticas públicas necesarias para que estas madres puedan fortalecer su autonomía y decidir de qué manera organizar el cuidado de sus hijos/as.

CONCLUSIÓN

En virtud de los compromisos internacionales asumidos por el Estado argentino, resulta imperiosa la adopción de acciones positivas tendientes a garantizar el derecho de las mujeres con discapacidad psicosocial a ejercer la maternidad por sobre cualquier condicionamiento impuesto por la discapacidad y el derecho de sus hijos/as a vivir en familia.

También es necesario trabajar fuertemente para derribar los perjuicios y estigmatizaciones a los que aún hoy se ven sometidas las mujeres con discapacidad psicosocial por parte de la sociedad, los organismos de protección de derechos, los operadores judiciales y los equipos tratantes de salud mental. Se hace fundamental que cada uno de estos actores escuche las experiencias y estrategias diseñadas por estas mujeres para ejercer las tareas de cuidado, de modo de requerir en cada caso los apoyos necesarios para el ejercicio de la maternidad.

Ante la ausencia de políticas públicas que brinden los recursos adecuados, la respuesta no puede ser la prolongación de internaciones que carecen de criterio ni la separación de sus hijos/as, desconociendo los derechos de estas mujeres y eximiendo de

⁶⁵ En el ámbito del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires solo existe una casa de medio camino para mujeres con discapacidad psicosocial y sus hijos/as. Esta casa de medio camino es un dispositivo comunitario de salud mental que tiene por objeto fortalecer el vínculo entre madres e hijos y cuenta con diversos profesionales psiquiatras, psicólogos, trabajadores sociales, terapeuta ocupacional, enfermeras, maestra jardinera y operadores sociocomunitarios que ayudan en el fortalecimiento de los vínculos familiares.

⁶⁶ Molina Chávez, Florencia y Valente, Soledad, *Maternidad y Discapacidad*, op. cit, p. 184.

responsabilidad al Estado.

Por el contrario, las múltiples situaciones de desigualdad a la que se ven expuestas requieren un fuerte compromiso de los actores involucrados y extremar las medidas buscando equilibrar las desventajas estructurales en que se encuentra este colectivo y, de esta manera, garantizar el efectivo ejercicio del derecho a la maternidad.

Desde una mirada con perspectiva de género, junto con el modelo social de la discapacidad y con enfoque interseccional, se impone una corresponsabilidad del Estado en las tareas de cuidado que desarrollan las mujeres con discapacidad psicosocial que cursan una internación por motivos de salud mental. El diseño de políticas públicas adecuadas se constituye en un elemento imprescindible para garantizar derechos humanos fundamentales como es el derecho a vivir en familia.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Amendolaro, Roxana, “Mujeres con discapacidad psicosocial institucionalizadas en Argentina: Reconocimiento pleno de sus derechos sexuales y reproductivos”, Especialización Internacional en Políticas Públicas y Justicia de Género, CLACSO, cohorte 2017-2018.

Barcala, Alejandra, “Interdisciplina y Ley de Salud Mental. El trabajo interdisciplinario enmarcado en el apoyo a la defensa técnica a personas internadas en forma involuntaria”, en Revista del Ministerio Público de la Defensa de la Nación”, N°11, Año 2016.

Centro de Estudios Legales y Sociales y Mental Disability Rights International, Vidas arrasadas. La segregación de las personas en los asilos psiquiátricos argentinos, Siglo XXI editores, Buenos Aires, 2008.

Centro de Estudios Legales y Sociales, Derechos humanos en Argentina: Informe 2009, Siglo XXI editores, Buenos Aires, 2009.

Esquivel, Valeria, Faur, Eleonor y Jelin, Elizabeth, “Hacia la conceptualización del cuidado: familia, mercado y estado”, Esquivel, Valeria, Faur, Eleonor y Jelin Elizabeth (editoras), Las Lógicas del Cuidado Infantil, Entre las familias, el Estado y el mercado, Ides, Buenos Aires, 2012.

Faur, Eleonor, “El cuidado infantil desde las perspectivas de las mujeres-madres. Un estudio en los barrios populares del Área Metropolitana de Buenos Aires”, Esquivel Valeria, Faur Eleonor y Jelin Elizabeth (editoras), Las Lógicas del Cuidado Infantil, Entre las familias, el Estado y el mercado, Ides, Buenos Aires, 2012.

Galende, Emiliano y Kraut, Alfredo, “La intervención estatal en defensa del paciente”, en Revista del Ministerio Público de la Defensa de la Nación”, N°11, Año 2016.

Laufer Cabrera, Mariano, “Derechos Humanos de las personas con discapacidad”, en Revista del Ministerio Público de la Defensa de la Nación”, N°11, Año 2016.

Maestri, Victoria, Molina Chávez, Florencia y Freije, Joaquín, “Justiciabilidad de los derechos fundamentales”, en Derecho de Familia, Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2016-IV.

Molina Chávez, Florencia y Robba, Mercedes, “Maternidad y discapacidad psicosocial desde un enfoque feminista, interseccional y de derechos humanos”, RDF 94, 08/05/2020, 38, Cita Online: AR/DOC/857/2020.

Molina Chávez, Florencia y Valente, Soledad, “Maternidad y Discapacidad Mental”, Revista Latinoamericana en Discapacidad, Sociedad y Derechos Humanos, Volumen 2, Número 2, Buenos Aires, 2018.

Muñoz Genestoux, Rosalía y Robba, Mercedes, “El derecho de las mujeres con discapacidad a la maternidad”, Revista Derecho de Familia, 2016-VI, Abeledo Perrot, Buenos Aires, diciembre 2016.

Palacios, Agustina, El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, CINCA, 2008.

Peláez Narváez, Ana, “El derecho a ser madre”, Maternidad y discapacidad, CERMI, 2009.

Peláez Narváez, Ana y Villarino, Pilar (directoras), Manual. La transversalidad de género en las políticas públicas de discapacidad, Volumen II, Primera edición, CERMI, Madrid, diciembre de 2013.

“Reforma legal en base a la Convención Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”, Revista Capacidad Jurídica y Acceso a la Justicia: una Propuesta de Reforma Legal desde las Organizaciones de Personas con Discapacidad, 2010.

Retana Salazar, Adriana, “Artículo 6 CDPC: Mujeres con discapacidad”, Pablo Rosales (coordinador), Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad ONU Comentada, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012.

Robba, Mercedes, “El derecho a la maternidad de las mujeres con problemáticas de salud mental”. Disponible en: http://dpicuantico.com/area_diario/doctrina-en-dos-paginas-diario-dpi-suplemento-derecho-civil-bioetica-y-derechos-humanos-nro-33-17-10-2017/.

¿HOMICIDAS O VÍCTIMAS? LEGÍTIMA DEFENSA DE LAS MUJERES EN SITUACIÓN DE HOMICIDIO Y LOS DESAFÍOS DE LA PSICOLOGÍA FORENSE

HOMICIDAS OU VÍTIMAS? LEGÍTIMA DEFESA DAS MULHERES EM HOMICÍDIOS E OS DESAFIOS DA PSICOLOGIA FORENSE

Melina Siderakis

*Licenciada en Psicología. Profesora Adjunta de la Cátedra de Psicología Jurídica de la Universidad de Buenos Aires. Docente de la Carrera de Especialización en Psicología Forense de la Universidad de Buenos Aires. Perito Psicóloga del Cuerpo de Peritos y Consultores Técnicos de la Defensoría General de la Nación. Argentina
msiderakis@mpd.gov.ar*

Vanesa Maero Suparo

*Licenciada en Psicología. Integrante del Equipo de Evaluación Funcional y Cognitiva de Salud Mental "Hospital B. Moyano". Docente de la Carrera de Especialización en Psicología Forense de la Universidad de Buenos Aires. Jefa del Departamento de Psicología del Cuerpo de Peritos y Consultores Técnicos de la Defensoría General de la Nación. Argentina
vmaero@mpd.gov.ar*

Daniela Verónica Maza

*Abogada. Especializada en género y derecho. Diplomada en gestión de organizaciones con perspectiva de género. Especialista en políticas públicas y justicia de Género. Técnica en Igualdad de Género. Doctoranda en Ciencias Jurídicas. Docente e investigadora en las áreas relacionadas con salud, discapacidad, género y cuidados. Defensora Pública Coadyuvante de la Defensoría ante los Tribunales Federales de la CABA. Argentina.
dmaza@mpd.gov.ar*

RESUMEN

La Psicología Forense es la ciencia que auxilia al sistema de justicia y propone un ejercicio del Derecho más ajustado a la realidad psicosocial de las personas. La legítima defensa como recurso jurídico responde a un Derecho Penal androcéntrico, será necesario entonces una intervención de la Psicología Forense con perspectiva de género que facilite un marco de intervención respetuoso de los DDHH de las mujeres imputadas por el homicidio de su pareja. Comprender los procesos de victimización que sufren las mujeres que padecen violencia de género, posibilitará no incurrir en criminalizaciones injustas y construir un Derecho Penal más igualitario.

Palabras clave: Legítima defensa. Violencia. Género. Mujeres homicidas.

RESUMO

A Psicologia Forense é a ciência que ajuda o sistema judiciário e propõe um exercício do Direito mais adequado à realidade psicossocial das pessoas. A defesa legítima como recurso legal responde a um Direito Penal androcêntrico; será necessária uma intervenção da Psicologia Forense com uma perspectiva de gênero que facilite um quadro de intervenção respeitoso dos Direitos Humanos das mulheres imputadas pelo homicídio de seu parceiro. A compreensão dos processos de vitimização sofridos por mulheres que sofrem violência de gênero tornará possível não incorrer em criminalizações injustas e construir um Direito Penal mais igualitário.

Palavras-chave: Legítima defesa. Violência. Gênero. Mulheres homicidas.

SUMARIO

INTRODUCCIÓN. 1. PERSPECTIVA DE GÉNERO Y PSICOLOGÍA FORENSE. 2. LEGÍTIMA DEFENSA DESDE LA PSICOLOGÍA FORENSE. CONCLUSIÓN. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

INTRODUCCIÓN

En este trabajo no nos preocupamos tanto por la pregunta, sino por la relevancia que ella tiene en la estructuralidad jurídica al imponer posicionamientos procesales *ab initio* a efectos de cumplir con la obligación de investigar. Aplicar nuevas perspectivas y articulaciones es el desafío que hoy las disciplinas enfrentan para garantizar el cumplimiento de los derechos, pero también exige a quienes operan jurídicamente amplificar las miradas monofocales muchas veces ausentes en la investigación, en la producción de conocimiento, en las prácticas profesionales, que luego se trasladan a las respuestas jurisdiccionales. Superar la conceptualización y posicionamiento de una persona en el proceso penal observando y distinguiendo su condición social, de género, su nivel de dependencia, su condición migrante, etc. implica no asumir una homogeneidad comportamental que en definitiva sostiene de manera sistemática la desigualdad y los mandatos que reproducen y perpetúan discriminaciones múltiples.

1. PERSPECTIVA DE GÉNERO Y PSICOLOGÍA FORENSE

La palabra “forense” deriva del latín “forensis”, referido al forum de las ciudades romanas; el espacio destinado a resolver los asuntos comerciales y legales de la ciudadanía. El Diccionario de la Real Academia Española dirá que es “El lugar en el cual los tribunales

escuchan y definen causas o el encuentro de especialistas para debatir una cierta cuestión ante un auditorio.” La Psicología Forense será entonces el entrecruzamiento discursivo entre la Psicología y el Derecho. En palabras de Urra Portillo¹ la **Psicología Forense** es “...la ciencia que enseña la aplicación de todas las ramas y saberes de la Psicología ante las preguntas de la Justicia, y coopera en todo momento con la Administración de Justicia, actuando en el foro (tribunal), mejorando el ejercicio del Derecho...”.

La Psicología y el Derecho son disciplinas que comparten el objeto de intervención: la conducta de las personas. En palabras de Munné², “...son ciencias llamadas a entenderse como ciencias humanas del comportamiento y sociales...”. En el último tiempo el diálogo y el trabajo colaborativo entre profesionales del Derecho y de la Psicología se ha visto intensificado requiriéndose cada vez en mayor medida, el aporte de las y los profesionales de la Psicología a la realidad del mundo jurídico.

Sánchez Pescador³ afirma que la Psicología Forense se caracteriza por ser un instrumento técnico al servicio de la Administración de Justicia, lo cual implica que es un servicio público. Desempeña su función preponderantemente en instituciones gubernamentales por lo que las/los profesionales, en esos casos, son funcionarias/os públicos, es decir que representan al Estado, por cuya cuenta y orden actúan. En este sentido la disciplina se ve especialmente obligada a reflexionar sobre su importancia, teniendo en cuenta que la práctica profesional tiene múltiples incumbencias en el devenir cotidiano de la ciudadanía a través de la instrumentalización del sistema de justicia.

La reflexión sobre la práctica profesional y su importancia nos lleva directamente a pensar su marco de intervención, en particular cuando se abordan problemáticas sociales que derivan en reproches criminales a mujeres. En este punto, la normativa internacional y nacional obliga a la utilización de la **perspectiva de género** en el diseño y aplicación de las políticas públicas: entre las recomendaciones realizadas a nivel internacional se encuentra la IV Conferencia Mundial de la Mujer (Beijing 1995), en la que se renovó el compromiso de la comunidad internacional para lograr la igualdad entre los géneros, y se invitó a los gobiernos y a los demás agentes a: “...integrar la perspectiva de género en todas las políticas y los programas para analizar sus consecuencias en mujeres y hombres respectivamente ... La nueva estrategia fue denominada “gender mainstreaming...”⁴.

La reforma de la Constitución Nacional de 1994 incorpora la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW siglas en inglés) en el artículo 75 inc. 22. como uno de los tratados de derechos humanos con jerarquía superior

¹ Urra Portillo, J. (1993) Manual de Psicología Forense Madrid, España: Ed. Siglo XXI de España Editores S.A.

² Munné, F. (1987) La investigación y la intervención psicológicas en el sistema jurídico. Papeles del Psicólogo. Colegio Oficial de Psicólogos. Madrid. España.

³ Sánchez Pescador, L. (1992) Persona, Sociedad y Ley en Centros de Estudios Judiciales, Colección Cursos, Volumen 10.

⁴ Informe de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, Beijing, 4 a 15 de septiembre de 1995 (publicación de las Naciones Unidas, número de venta: S.96.IV.13), cap. I, resolución 1, anexo I.

a las leyes y rango constitucional. El texto de este instrumento jurídico está centrado en la discriminación hacia las mujeres y la define en su artículo 1º de la siguiente manera:

...a los efectos de la presente Convención, la expresión discriminación contra la mujer denotará 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...

Posteriormente, mediante la Recomendación General Nº 19 de 1992 el Comité de CEDAW, expresa que “...la violencia dirigida contra la mujer porque es mujer o que la afecta en forma desproporcionada...incluye actos que infligen daños o sufrimientos de índole física, mental o sexual, amenazas de cometer esos actos, coacción y otras formas de privación de la libertad...”.

La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, también conocida como Convención de Belém do Pará (aprobada por la Ley 24.632), afirma que la violencia contra las mujeres constituye una violación de los derechos humanos y limita de forma parcial o total, el reconocimiento, goce y ejercicio de tales derechos para las mujeres⁵, a su vez otorga el mandato específico al país para adoptar las disposiciones legislativas necesarias para hacer efectiva la Convención⁶ y la obligación de abstenerse de cualquier acción o práctica de violencia contra la mujer y velar por que las autoridades, sus funcionarios, personal y agentes e instituciones se comporten de conformidad con esta obligación⁷.

Ahora bien, el Comité de Expertas del Mecanismo de Seguimiento de la Convención de Belém do Pará (CEVI), como órgano técnico es el responsable del análisis y evaluación del proceso de implementación de la Convención en los Estados, en el año 2018⁸ reconoció que la violencia contra las mujeres sigue siendo una realidad en la región, siendo particularmente visible en el feminicidio/femicidio y en la violencia cometida por parejas o exparejas de las mujeres.

En la misma oportunidad, el Comité destacó que ha llamado su atención una situación que se viene presentando de manera recurrente y es el caso de muchas mujeres que han terminado con la vida o le han provocado una lesión a sus agresores al ser víctimas de agresiones ilegítimas en el ámbito de sus relaciones interpersonales, ello abarcaría el ámbito doméstico y aquellos actos defensivos frente a agresiones de violencia. Esto de la mano de problemas estructurales en el acceso a justicia para las mujeres de la región, ha causado que muchas de ellas sean procesadas penalmente por el delito de homicidio o de lesiones en sus múltiples tipos a pesar de haber actuado en defensa de sus propias vidas, e incluso de las de sus hijos o hijas.

⁵ Art. 4 y 5 de la Convención.

⁶ Art. 7 inc. h) de la Convención.

⁷ Art. 7 inc. a) de la Convención.

⁸ Decimoquinta reunión del Comité de Expertas el 3, 4 y 5 de diciembre de 2018 realizada en Washington D.C.

Esta situación invocó el interés de organizaciones gubernamentales y de diversos tribunales, tomando nota del contexto de violencia de género en el que se encontraban las mujeres, por ejemplo la Corte de Justicia de la Nación de México ha sido enfática al sostener que las mujeres que sufren violencia doméstica y enfrentan cargos penales por haber agredido a sus victimarios deben ser juzgadas con perspectiva de género⁹.

En el año 2009 en virtud de dar cumplimiento a los mandatos que emergen de las Convenciones y compromisos internacionales, en Argentina se sanciona la Ley 26.485 de “Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en los Ámbitos en que desarrollen sus Relaciones Interpersonales”. Esta ley establece los tipos de violencia y los modos de perpetración, siendo la violencia institucional una de ellas.

Con este escenario normativo, retomando la propuesta de trabajar interdisciplinariamente en la investigación de estos casos, la mirada interseccional sobre las imputaciones dirigidas hacia las mujeres¹⁰ por el homicidio de su pareja aparece como un campo de innovación que visibiliza problemáticas sociales, culturales, políticas y jurídicas concretas cuya complejidad se oculta y resiste a ser observada con el uso de los mecanismos tradicionales, ya que su complejidad se subsume en reduccionismos que pretenden tomar una foto de las circunstancias y desvanecer las vulneraciones de las mujeres imputadas y el *continuum* de violencia en el que son subsumidas, incluso con la imputación penal.

Estas acciones investigadoras contribuyen a evidenciar cómo se generan las relaciones de poder y cuestionan las categorías que utilizamos como universales y totalizantes, poniendo en evidencia que a menudo encierran naturalizaciones, estandarizaciones y normalizaciones. Por ello, superar las desigualdades de género, requiere la institucionalización de la perspectiva de género en el ámbito del poder judicial, fortaleciendo las capacidades técnicas, perfeccionando los análisis y diagnósticos que originan y sostienen la discriminación y la violencia contra las mujeres.

La transversalidad de la perspectiva de género supone la incorporación de esta última en la formación de integrantes y operadores del Sistema de Asistencia Judicial (SAJ), sin interesar si son o no especializados en género, ya que las cuestiones de este tipo atraviesan toda la práctica judicial, sin interesar si el caso es, o no, uno que exprese manifiestamente la violencia de género. He ahí la trascendencia de sensibilizar y capacitar a los y las empleados/as y funcionarios/as en la adopción de una perspectiva de género y derechos humanos, en particular a las personas encargadas de hacer cumplir la ley, a todas aquellas personas que deban intervenir en la asistencia y protección integral de las víctimas, etc., precisamente porque los déficits en la formación favorecen la reproducción de concepciones estereotipadas

⁹ Corte Suprema de la Nación de México. Mujeres que sufren violencia doméstica y enfrentan cargos por haber agredido a sus víctimas deben ser juzgadas con perspectiva de género. <http://www.internet2.scjn.gob.mx/red2/comunicados/noticia.asp?id=4687>.

¹⁰ En éste artículo hablaremos de mujeres, concibiendo dicho término como una construcción sociopolítica, como una identidad que puede ser adoptada por diferentes corporalidades, acorde con los lineamientos de la Ley de Identidad de género N° 26.743.

y discriminatorias que perjudican principalmente a la mujer, constituyendo una violación a sus derechos y un incumplimiento de las obligaciones estatales.¹¹

Las obligaciones específicas que, para el Estado y sus autoridades a nivel federal, nacional, subnacional, local y descentralizado, nacen de la conjunción de ambas convenciones son las de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos, según los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. Por ello, el Estado es responsable de los actos u omisiones de todos sus órganos y agentes -provengan de cualquiera de los poderes: Ejecutivo, Legislativo y Judicial-, así como por los actos u omisiones de agentes privados facultados por el derecho de ese Estado para ejercer atribuciones del poder público, entre ellos los organismos privados que prestan servicios públicos¹² o los que actúan siguiendo instrucciones o bajo la dirección o el control del Estado¹³, que incurran en violencia por motivo de género contra las mujeres o todo acto o práctica de discriminación directa o indirecta contra la mujer, debiendo contar con un marco jurídico y de servicios jurídicos efectivos y accesibles para enfrentarla.

También es responsable el Estado parte en la Convención, que no adopte todas las medidas adecuadas para prevenir los actos de violencia por razón de género contra la mujer en los casos en que sus autoridades tengan conocimiento o deban ser conscientes del riesgo de dicha violencia, o cuando no se investigue, enjuicie y castigue a los autores ni ofrezca reparación a las víctimas y supervivientes de esos actos, en la medida en que ello ha sido entendido como un permiso tácito o una incitación a cometer actos de violencia por razón de género contra la mujer¹⁴.

En cuanto al alcance de esas obligaciones, tanto la Corte Interamericana de Derechos Humanos como la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, han establecido que todos los órganos del Estado, incluidos los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles se encuentran obligados a hacer un control de convencionalidad que abarque el tratado y la jurisprudencia internacional¹⁵.

Alda Facio expresa: “...El estudio del derecho como discurso de poder puede ser clave para las mujeres porque puede demostrar cómo el derecho es patriarcal más allá de la norma, aún la norma protectora de los derechos de las mujeres...”¹⁶. Sobre ésta afirmación se impone entonces promover una Psicología Forense desde una perspectiva de género, adecuando los contenidos académicos y la práctica profesional a los nuevos estándares

¹¹ Maza, Daniela y Guagnino Verónica. Premio de Formación Judicial 2018. (2do puesto) otorgado por la temática “Innovaciones en Gestión Judicial. Escuela Judicial del Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires. Trabajo Titulado “Gender Compliance, un sistema de cumplimiento de estándares de género”.

¹² Vgr. la atención por agentes privados de la salud, la educación, de los lugares de detención, etc.

¹³ En el sistema punitivo, por ejemplo, podrían incluirse los actos de las organizaciones o instituciones encargadas de la ejecución de reglas de conducta o medidas cautelares.

¹⁴ Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. Recomendación general núm. 19, párr. 9.

¹⁵ CSJN, Mazzeo, del 13 de julio de 2007, considerando 20 y Corte IDH, Cabrera García y Montiel Flores vs. México, del 26 de noviembre de 2010, párr. 225. Serie C No. 220.

¹⁶ Facio, A. (1995) Género y Sociedad. Santo Domingo, Vol. 3, No. 1, mayo-agosto.

nacionales e internacionales. En éste camino, se hace necesario repensar los aportes de la Psicología Forense al Derecho Penal.

2. LEGÍTIMA DEFENSA DESDE LA PSICOLOGÍA FORENSE

El comienzo de un proceso judicial siempre es el comienzo de una controversia en donde las partes involucradas deben sumar al expediente todos los medios de prueba que posibiliten aportar conocimiento en la línea de sus argumentaciones. Como el Tribunal no tiene un conocimiento directo de los hechos, la ley le posibilita conocerlos por medio de estas herramientas legales denominadas medios de prueba. La pericia oficia como un medio de prueba, como un instrumento que le permitirá al Juzgador un panorama más acabado de la situación de las personas imputadas por un delito, “...lo que distingue a la pericia del resto de los medios de prueba es que la pericial intenta lograr la convicción del tribunal respecto de hechos técnicamente complejos, o sobre aspectos especializados de hechos determinados...”¹⁷

La labor pericial psicológica siempre es un desafío. Cuando estamos actuando de peritos y debemos evaluar a una mujer imputada por el homicidio de su pareja, en aquellos casos donde el homicidio es consecuencia directa de la violencia de género sufrida por la mujer en forma sistemática, el desafío es mayor, porque no sólo debemos hacer una valoración situacional del momento en que se sucedieron los hechos, sino que será de fundamental interés y necesidad hacer una evaluación histórica, de proceso, que nos permita dar cuenta de la evolución de la dinámica personal y relacional de ese vínculo, para comprender en su complejidad la conducta homicida de la mujer imputada.

En estos casos la peritación psicológica requiere en forma *sine qua non* la formación en perspectiva de género, no es posible una intervención pertinente, efectiva y deontológicamente correcta sin una adecuada formación, sin haber deconstruido¹⁸ viejas categorías teóricas y posicionamientos subjetivos sesgados. El género es una categoría de análisis que nos constituye como sujetos y como profesionales, categoría que denota un conjunto de ideas, normas y convenciones sociales sobre el comportamiento de las personas según su sexo en un momento o lugar histórico dado. Joan Scott dirá que el género “...es un elemento constitutivo de las relaciones sociales, basado en las diferencias percibidas entre los sexos y formas de significar las relaciones de poder, implicando jerarquías...”¹⁹

Para la intervención pericial en estos casos es de utilidad, el aporte de elementos necesarios y suficientes para que el sistema judicial pueda tener un criterio acabado

¹⁷ Flores, P. (2005). La prueba pericial de parte en el proceso civil. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia. España.

¹⁸ La *deconstrucción* es un concepto que proviene de la Filosofía, su autor es Jacques Derrida (1967), y el Feminismo lo ha utilizado para dar cuenta de un proceso que tiene tres objetivos generales: la desnaturalización del sentido común acerca del género, la desidentificación del sí mismo respecto de los estereotipos de género y, por último, como práctica de politización, entendiendo que las certezas y la verdad, siempre tienen que ver con el ejercicio del poder.

¹⁹ Scott, J. (2008). Género e historia. México. FCE. Universidad Autónoma de la Ciudad de México.

respecto de lo sucedido, ir evaluando las condiciones de la legítima defensa, tal cual la expresa la ley. El Código Penal de la Nación Argentina en su artículo 34, inciso 6, exime de responsabilidad penal a quienes actúen en defensa propia o de sus derechos siempre que se reúnan tres circunstancias: a) agresión ilegítima, b) necesidad racional del medio empleado para impedirla o repelerla c) falta de provocación suficiente por parte de quien se defiende.

Tomemos en primer lugar la primera circunstancia, la **agresión ilegítima**. La mujer que se defiende de la violencia de género de su pareja, está siendo agredida en forma ilegítima. El CEVI sostiene que no cabe duda que la violencia basada en el género es una agresión ilegítima y se encuentra definida y sancionada en el artículo 2 de la Convención de Belém do Pará (1994) y en la Declaración sobre la eliminación de la violencia contra las mujeres (1993). Entender la violencia de género como una violación de DDHH nos permite enmarcar dicha dinámica relacional en el plano de la ilegitimidad, de la victimización. Es importante aclarar este punto porque algunas conceptualizaciones o marcos teóricos interpretativos pueden hablar de vínculos de violencia simétrica o de vínculos patológicos, o de cualquier otra forma diagnóstica que pueda incurrir en invisibilizaciones de la violencia de género.

Muchas veces se puede cometer el error de diagnosticar una violencia simétrica cuando en verdad la conducta de la mujer, que sí puede estar presente, solo es defensiva y con fines de autopreservación. Al mismo tiempo que reconocer la ilegitimidad de la violencia de género, es fundamental dar cuenta de las formas en que la violencia de género puede expresarse al interior de una relación de pareja. Explicitar y enumerar las diferentes formas en que la violencia de género se manifiesta, le confiere a la pericia fuerza probatoria y brinda la posibilidad de que el Tribunal se aproxime de un modo más explícito a la realidad psíquica de la peritada. En Argentina la Ley Nacional de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales Nº 26.485 (2009 y modificatorias), retomando la clasificación de la Convención de Belém Do Pará (1994), conceptualiza distintos tipos de violencia de género categorizándolas en:

Física: La que se emplea contra el cuerpo de la mujer produciendo dolor, daño o riesgo de producirlo y cualquier otra forma de maltrato o agresión que afecte su integridad física.

Psicológica: La que causa daño emocional y disminución de la autoestima o perjudica y perturba el pleno desarrollo personal o que busca degradar o controlar sus acciones, comportamientos, creencias y decisiones, mediante amenaza, acoso, hostigamiento, restricción, humillación, deshonor, descrédito, manipulación o aislamiento.

Sexual: Cualquier acción que implique la vulneración en todas sus formas, con o sin acceso genital, del derecho de la mujer de decidir voluntariamente acerca de su vida sexual o reproductiva a través de amenazas, coerción, uso de la fuerza o intimidación, incluyendo la violación dentro del matrimonio o de otras relaciones vinculares o de parentesco, exista o no convivencia, así como la prostitución forzada, explotación, esclavitud, acoso, abuso sexual

y Trata de mujeres.

Económica y patrimonial: La que se dirige a ocasionar un menoscabo en los recursos económicos o patrimoniales de la mujer, a través de la perturbación de la posesión, tenencia o propiedad de sus bienes, pérdida, sustracción, destrucción, retención o distracción indebida de objetos, instrumentos de trabajo, documentos personales, bienes, valores y derechos patrimoniales.

Simbólica: La que a través de patrones estereotipados, mensajes, valores, íconos o signos transmita y reproduzca dominación, desigualdad y discriminación en las relaciones sociales, naturalizando la subordinación de la mujer en la sociedad.

Política: La que se dirige a menoscabar, anular, impedir, obstaculizar o restringir la participación política de la mujer, vulnerando el derecho a una vida política libre de violencia y/o el derecho a participar en los asuntos públicos y políticos en condiciones de igualdad con los varones.²⁰

Asimismo desde la Psicología Forense, además de la valoración diagnóstica de la violencia de género y de las formas de su manifestación como modo de acreditación de la agresión ilegítima, debe aportarse información sobre las consecuencias psicopatológicas que sufren las mujeres víctimas de violencia de género en la pareja, las cuales han sido descritas por innumerables autores/as. Tanto la violencia física como la sexual se han vinculado con un riesgo mayor de resultados de salud mental adversos en las mujeres.²¹ Los más frecuentes son la depresión, intentos de suicidio, el trastorno por estrés postraumático, otros trastornos de estrés y ansiedad, trastornos del sueño y de los hábitos alimentarios y trastornos psicosomáticos²². La Organización Mundial de la Salud observará que

...Estas formas de violencia también pueden ser causa de depresión, trastorno de estrés postraumático y otros trastornos de ansiedad, insomnio, trastornos alimentarios e intento de suicidio, las mujeres que han sufrido violencia de pareja tienen casi el doble de probabilidades de padecer depresión y problemas con la bebida...²³

Desde la teoría del trauma podemos dar cuenta claramente del impacto traumático de la violencia en cualquiera de sus formas. El impacto que produce el trauma tiene efectos multidimensionales, afectando la totalidad del funcionamiento psíquico de quien lo padece. Dicha afectación no puede ser explicada por la mera sumatoria de los síntomas evidenciados sino que deben ser leídos en el contexto de una interacción vincular abusiva, donde el sometimiento a continuos malos tratos van socavando a la mujer provocando un “silencioso” daño en su personalidad, con impacto en el núcleo de su identidad, en la forma y calidad de sus relaciones, así como las alteraciones profundas a todos los niveles del funcionamiento

²⁰ Inciso incorporado por art. 3 de la Ley 27.533 BO. 20/12/2019.

²¹ Campbell J. C. (2002) Health consequences of intimate partner violence. *Lancet*, 359(9314):1331–36

²² Jewkes R., Sen P., García-Moreno C. (2002) La violencia sexual. En: Krug EG, Dahlberg L, Mercy J, Zwi A, Lozano R, eds. Informe mundial sobre la violencia y la salud. Ginebra, Organización Mundial de la Salud. 2002, 159-198.

²³ <https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/violence-against-women>.

psicológico. En 1992 Judith Herman, definió el **Trastorno por Estrés Postraumático Complejo (TEPT-C)**²⁴ y dio cuenta de las alteraciones psíquicas que un hecho traumático crónico e interpersonal pueden provocar. Los criterios por ella propuestos para el diagnóstico del Trastorno por Estrés Postraumático Complejo, revelan una historia de sometimiento a un control totalitario y absoluto por un período prolongado de meses o años, oscilaciones en la regulación del afecto e impulsividad, alteraciones en la conciencia y a nivel atencional, alteraciones en la percepción del sí mismo, así como alteraciones de la percepción de la figura del abusador, del intimidador, alteraciones en la relación con otros, somatizaciones y alteración del sistema de significados.

La Dra. Lenore Walker, destacada especialista en la temática de la mujer víctima de violencia, describe el **Síndrome de la Mujer Maltratada**²⁵ (en adelante SMM) para la comprensión del impacto traumático que implica para las mujeres ser víctimas de violencia de género en la pareja. Describe un patrón de síntomas que presentan las mujeres después de haber mantenido una relación íntima en la que padecieron abusos físicos, psicológicos y/o sexuales y en la que la pareja ejerció el poder y el control con el fin de obligarla a satisfacer sus deseos sin tener en cuenta sus sentimientos o derechos. El SMM está constituido por 6 grupos de criterios:

- 1- Recuerdos perturbadores del acontecimiento traumático.
- 2- Hiperexcitación y elevados niveles de ansiedad.
- 3- Conducta elusiva y entumecimiento emocional expresados en forma de depresión, disociación, minimización, represión y renuncia.
- 4- Relaciones interpersonales conflictivas debido al poder ejercido por el agresor y sus medidas de control.
- 5- Distorsión de la imagen corporal y dolencias físicas y/o somáticas.
- 6- Problemas sexuales.

En la entrevista pericial se debe evaluar la presencia del SMM, aunque cabe aclarar que no es excluyente, es decir que no todas las mujeres víctimas de violencia de género presentan este síndrome, lo cual no quiere decir que no hayan sufrido procesos de victimización.

Ahora bien, pasemos a otro aspecto importante que el Derecho Penal contempla a la hora de la valoración de la legítima defensa: la **inminencia de la agresión**.

Uno de los requisitos legales que más dificultad presenta para plantear la legítima defensa en los casos donde la mujer termina con la vida de su agresor, es la inminencia de la agresión, por cuanto muchas de estas situaciones tienen lugar en momentos donde el hombre está durmiendo o en una postura que a prima facie puede suponerse “pasiva”. Sin embargo, la violencia intrafamiliar tiene, como fuera mencionado, características particulares que requieren un tratamiento especial por parte de todos los operadores jurídicos.

²⁴ Herman, J. (1992). Complex PTSD: A syndrome in survivors of prolonged and repeated trauma. *Journal of Traumatic Stress*, 5(3), 377–391.

²⁵ Walker, L. (2012). *El Síndrome de la Mujer Maltratada*. Desclee de Brouwer Editores. España.

Especialmente en éste apartado, hay que prever las advertencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, cuando afirma

“... conforme los estándares del Sistema Interamericano de los Derechos Humanos, la reacción de las víctimas de violencia de género no puede ser medida con los estándares de la legítima defensa utilizado en otro tipo de casos pues, en los casos de violencia contra la mujer, tiene características específicas que deben ser contemplados por los jueces...”²⁶

Sobre este tópico el CEVI pone de manifiesto que el requisito de la inminencia debe ser considerado desde una perspectiva de género, en primer lugar porque lo opuesto conlleva a prohibirle a las mujeres salidas excepcionales cuando su integridad esté en riesgo, y, en segundo término porque la violencia en la pareja no debe concebirse como hechos aislados, sino que se debe comprender su intrínseco carácter continuo, pues permanentemente se merman derechos como la libertad, la seguridad y la integridad física y psíquica. La continuidad de la violencia existe ya que puede suceder en cualquier momento, y la mujer vive en constante tensión, con temor y preocupación esperando una agresión, por lo que el requisito de inminencia debe ser comprendido más allá del momento exacto de la agresión ilegítima. Concluye que existe en estos contextos inminencia permanente.²⁷

Para determinar entonces la inminencia de la agresión que promoverá en la mujer la conducta lesiva defensiva hay que comprender las dinámicas relacionales y sus modos de presentación; muchas veces para la mirada de un examinador desprevenido la agresión puede no haber sido inminente, por lo que la legítima defensa no será considerada. Para lo mismo nos valdremos de dos conceptos fundamentales: el Consenso Implícito Rígido y el Ciclo de la Violencia Conyugal.

El concepto de Consenso Implícito Rígido²⁸ hace referencia a que “...la violencia se manifiesta de forma ritualizada: una cierta escena se repite de manera casi idéntica...por lo general se observa una anticipación e incluso una preparación de la secuencia violenta...es obvio que habrá violencia, no puede ser de otra manera...”. La mujer se encuentra presa de una “trampa” relacional de la cual no puede escapar en donde conoce la dinámica vincular y sabe, en muchos casos, que en determinadas circunstancias la violencia se tornará imparable, y en algunas circunstancias hasta letal.

Dentro del ámbito intrafamiliar y máxime en una pareja constituida desde hace muchos años, existen “sutiles” señales verbales y/o comportamentales que sólo pueden ser decodificadas y significadas por los integrantes del sistema familiar (pareja conyugal, hijos, hijas, etc.) y que advierten de las situaciones o conductas que se van a desencadenar. Esta situación pasa en infinitas escenas cotidianas sin mediar conflicto alguno, pero se dan de una

²⁶ Villalba, G. (2020) www.saij.gob.ar Id SAIJ: DACF200014.

²⁷ Decimoquinta Reunión del Comité de Expertas (5/12/2018).

²⁸ Perrone, R., Nannini M. (1998) “Violencia y abusos sexuales en la familia”. Un abordaje sistémico y comunicacional. Ed. Paidós Terapia Familiar.

manera mucho más “aguda” en aquellos sistemas familiares donde la resolución de conflictos adquiere modalidades violentas. Por supuesto que para las personas ajenas a estos sistemas éstas “señales” resultan imperceptibles y por lo tanto carecen de valor y sentido por lo que no pueden tampoco prever así como dimensionar el conflicto que sobrevendrá.

Sin embargo para aquellos que integran el sistema familiar, estas “señales” (que pueden ser desde miradas, posturas corporales, gestos sutiles, hasta amenazas directas) son las que les advierten y permiten significar así como dimensionar la magnitud y gravedad de un evento violento que se va a desencadenar, posibilitando avizorar una conducta novedosa o diferente y que se aparta, de alguna manera, del repertorio de las conductas violentas ya conocidas. En estas situaciones las posibilidades de modificar los resultados, aun con conductas de extrema sumisión y pasividad, resultan imposibles o bien el mal sufrido será mucho peor o con consecuencias más dañinas de las ya vividas (por ejemplo cuando estas mujeres saben que la violencia recaerá mortíferamente sobre un hijo/hija o ellas mismas). En esta línea, y tal como plantea Julieta Di Corleto “...La defensa será legítima cuando no se pueda hacer esperar...”²⁹, esto cobra una relevancia especial si se tiene en consideración la discriminación que puede realizarse entre la finalización de una agresión y el momento que media entre un episodio violento y otro, donde es la mujer u otros integrantes de la familia los que pueden decodificar las “señales” destacadas anteriormente, como indicadores inequívocos del advenimiento de una nueva conducta violenta, la que muchas veces tiene no sólo como “blanco” a la mujer, sino a los hijos e hijas como forma indirecta del daño hacia ella.

El segundo concepto que nos permite aportar consideraciones psicológicas forenses fundamentales para explicar la secuencia de la dinámica relacional es la Teoría del Ciclo de la Violencia Conyugal de Lenore Walker (1979)³⁰, una de las teorías más difundidas sobre las fases por las que atraviesa la violencia de género en la pareja. La teoría comprueba que la violencia no es al azar o permanente, sino que su dinámica se presenta en ciclos repetitivos, compuestos por tres fases de violencia que tienen una duración variable y diferentes formas de manifestación. La primer fase se denomina fase de acumulación de la tensión: en esta fase se produce una escalada gradual de tensión. Es una etapa sin duración determinada en donde se dan incidentes de celos, gritos o pequeños conflictos. La mujer trata de ajustar su comportamiento de modo de no alterar a la pareja, intenta calmarla creyendo que así se acabarán las discusiones. Cada incidente de agresión menor producen un aumento gradual de la tensión cognitiva, emocional y conductual del agresor. La segunda fase se denomina fase de agresión, o de estallido de la violencia: es la fase más breve y de mayor riesgo de vida para la mujer. En un contexto de desborde y estallido de la violencia el hombre agrede física, psicológica y/o sexualmente a su pareja. La tercera, y última fase es la fase de conciliación o

²⁹ Di Corleto, J. (2006) “Mujeres que matan. Legítima defensa en el caso de las mujeres golpeadas”. Artículo publicado en la Revista de Derecho Penal y Procesal Penal Lexis Nexis Nº 5/2006.

³⁰ Walker, L. (2012). El Síndrome de la Mujer Maltratada. Desclee de Brouwer Editores. España.

de luna de miel: en esta fase el agresor suele pedir perdón y promete a la víctima que éste comportamiento no volverá a repetirse, utiliza estrategias de manipulación afectiva con el único fin de que la víctima no abandone la relación. La tensión acumulada durante la fase de acumulación de la tensión y la fase de agresión han desaparecido. Esta fase de conciliación finaliza cuando el agresor tiene la certeza de que la relación no finalizará, por lo que se ponen otra vez en marcha el ciclo.

Las características particulares de la violencia contra las mujeres en el ámbito intrafamiliar, sus formas y consecuencias permiten comprender que en dicho contexto la percepción de una amenaza torna la agresión en inminente. En la mujer víctima de maltrato, la noción de peligro se instala en una actualidad constante, en donde cualquier conducta o la falta de ella promueve situaciones en donde será objeto de la agresión. El conocimiento sobre estas dinámicas vinculares requiere una reinterpretación en el significado legal tradicional que se le da a la inminencia de la agresión en vistas a determinar la legítima defensa, entendiendo que la violencia es cíclica y en este contexto los intersticios entre cada agresión, sólo son momentos que preceden a un nuevo ataque en ese desequilibrio constante de poder. El CEVI señala que cuando se cuenta con un patrón regular de violencia, así como con el conocimiento de la mujer de que la violencia va a ocurrir de nuevo, puede considerarse razonable la convicción de la mujer de que su agresor la iba a asesinar.³¹

Es decir que estos dos constructos, el ciclo de la violencia conyugal y el consenso implícito rígido, nos permiten comprender en muchos casos, el fundamento psicológico del acto homicida por parte de la mujer; especialmente en aquellas circunstancias en que la violencia no fue objetivamente inmediata para la mirada de un observador externo, pero sí fue inminente para la cognición y experiencia de la mujer, por lo cual se vio compelida a actuar en defensa de su integridad. La inminencia permanente de la agresión, en contextos de violencia contra la mujer, se caracteriza por la continuidad de la violencia y su carácter cíclico. En este sentido, tal como explica Zaffaroni “... no sería correcto identificar la inminencia con la inmediatez en el tiempo cronológico entre la agresión y defensa. La agresión puede ser inminente pero no inmediata...”³².

Pasemos a ahora a analizar el fundamento de la **necesidad y racionalidad de la defensa**. La legítima defensa es procedente como causal de justificación cuando la acción defensiva ha sido racional y necesaria, afirmará el Derecho Penal. Aquí muchas veces escuchamos en los tribunales las siguientes preguntas: ¿Por qué la mujer no abandonó al maltratador antes?, ¿Por qué no huyó en el momento en que se desencadenó el hecho?, ¿Por qué no hizo la denuncia frente a las violencias previas del maltratador?, ¿Por qué llegó a ese extremo?

Para responder a estos interrogantes desde la Psicología Forense, apelaremos a

³¹ Causa “XXX s/ Homicidio Agravado por el vínculo” del 28/4/2014. STJ de San Luis in re “Gómez, María Laura s/ Homicidio simple”, sentencia nro. 10/12 del 28/2/2012. En Decimoquinta Reunión del Comité de Expertas (MESECVI).

³² Zaffaroni, E.- Alagia, A.- Slokar, A. (2000) “Derecho Penal Parte General”. Editorial Ediar. Buenos Aires.

conceptos tales como: Terror Íntimo (Copelon, R. 1997) Síndrome de Indefensión Aprendida (Walker, L. 1979) y Ruta crítica (OMS 2000).

En este contexto, minimizar la violencia como un antecedente determinante de la dinámica conyugal devela el gran desconocimiento que existe acerca de las relaciones de dominación que se dan en el ámbito intrafamiliar y en cómo la violencia es vivenciada como el *Terror Íntimo*, tal como lo describe Rhonda Copelon y que de alguna manera impide a la mujer atrapada en esta modalidad vincular eludir la violencia con una simple conducta de huida, ya que ha perdido la capacidad de defenderse como consecuencia de una desvalorización absoluta sobre sus capacidades y fortalezas.

Tal como refiere Copelon “...Aunque es ampliamente practicada, la tortura es condenada universalmente como una de las formas más nefandas de violencia y, por consiguiente, proporciona un marco de referencia para examinar la gravedad de la violencia doméstica...”³³. En este sentido los castigos físicos, psicológicos, sexuales, económicos así como el aislamiento del entorno como terror continuo es un daño comparable, a la tortura de las dictaduras más crueles, pudiendo considerarse ésta con efectos aún más devastadores por cuanto la figura del torturador es alguien a quien se ha amado, en quien se ha confiado y junto a quien se habían construido proyectos y depositado expectativas de vida. La pretensión de huida sin más, se asienta en un prejuicio social histórico, como si fuera de una obviedad insoslayable el pensar que una persona tiene los recursos psíquicos como para adoptar una conducta así, donde además, sabido es que los momentos de mayor recrudecimiento de la violencia son aquellos donde la mujer intenta separarse del agresor, poniéndose en una situación de mayor riesgo en ese momento³⁴.

En una relación donde la desigualdad es la base de su conformación, la violencia es unidireccional e íntima reflexiona Perrone³⁵ indicando que:

“...el que actúa la violencia se define como existencialmente superior al otro, y este por lo general lo acepta. La diferencia de poder entre uno y otro puede ser tan grande que el que se encuentra en posición baja no tiene alternativa y debe someterse contra su voluntad. En el nivel social, se conoce esta violencia bajo la forma de tortura y genocidio...”³⁶.

Cabe recordar también cuando el autor, en otro de sus libros afirma que:

...La violencia puede revestir formas imparables, subterráneas, y pulverizar así las certezas más esenciales... Lo que parece ser un acuerdo entre dos adultos, resulta en realidad una aceptación sin opción posible por falta de alternativas y de apoyos

³³ Copelon R. (1997) *Terror íntimo: la violencia doméstica entendida como tortura en Derechos Humanos de la Mujer*. Editado por Rebecca J. Cook. Bogotá.

³⁴ Di Corleto J. (2006) “Mujeres que matan. Legítima defensa en el caso de las mujeres golpeadas”. Artículo publicado en la Revista de Derecho Penal y Procesal Penal Lexis Nexis Nº 5/2006.

³⁵ El Dr. Reynaldo Perrone es psiquiatra, terapeuta individual, de pareja y familia. Argentino, residente en Francia desde hace más de cuarenta años. Autor de varios libros y múltiples artículos sobre la temática de violencia en el ámbito intrafamiliar.

³⁶ Perrone R. (2012) “El Síndrome del Ángel- Consideraciones acerca de la agresividad”. Ed. Paidós Terapia Familiar. Bs. As.

relacionales sólidos...³⁷

Por supuesto que la posibilidad de defenderse y repeler un ataque no sólo tiene que ver con la fuerza efectiva que se pueda desplegar, sino con los recursos psíquicos con los que se cuente y esto principalmente estará en relación a la autoestima y confianza, ya que ambos conceptos están íntimamente ligados con la posibilidad de adoptar conductas de resistencia y oposición frente a ataques violentos. No obstante, las desventajas en las que suelen encontrarse las mujeres en el contexto de violencia en la pareja no sólo respecto de la contextura física, la diferencia de pesos, altura y fuerza, sino y de manera especial, sobre la pobre percepción de sí misma y sus capacidades, conjuntamente con la sobrevaloración del agresor, se ven compelidas a actuar en los fugaces momentos en donde dispondrán de una mínima posibilidad de defenderse exitosamente, anticipando la conducta que saben se desencadenará y de la que muy probablemente, una vez desplegada, ya no tengan posibilidad de defensa o bien sus consecuencias sean irreversibles.

La Dra. L. Walker explica el Síndrome de la Indefensión Aprendida³⁸ como un constructo teórico que nos permite comprender el condicionamiento psicológico que sufre la mujer víctima de violencia en la pareja y como él mismo nos permite abordar las consecuencias cognitivas, emocionales y motivacionales que trae aparejado:

1. El maltrato repetitivo disminuye en la mujer su capacidad de respuesta asertiva. Con el tiempo asume un rol pasivo. Se observa en la misma una falta de motivación para iniciar otras respuestas que sí podía controlar, observándose mayores periodos de latencia en las respuestas, y menores conductas exitosas (déficit motivacional).
2. La habilidad cognitiva para percibir el éxito se modifica. No cree que su respuesta le traerá resultados favorables. Se observa una marcada dificultad para asimilar que su respuesta podría tener efecto sobre otros acontecimientos o situaciones (déficit cognitivo).
3. Las experiencias repetidas de acontecimientos incontrolables y violentos llevan a la mujer a un estado caracterizado por el incremento de la ansiedad y el miedo que, con el devenir del tiempo, podría terminar en depresión (déficit afectivo).

Éste concepto nos permite comprender por qué las mujeres presentan dificultades para abandonar a su pareja maltratante. Según esta experta, las víctimas no delatan a su maltratador abiertamente por temor a represalias o a empeorar la situación que están viviendo, sobre todo en el caso de depender económicamente de su agresor o de tener hijos e hijas con él. Lenore Walker ha aportado a la psicología de la violencia de género un instrumento muy útil para entender el padecimiento de las mujeres maltratadas y el difícil camino que atraviesan para romper definitivamente con su maltratador, siendo lo mismo a veces imposible. Investigaciones recientes contribuyen a explicar que la imposibilidad de

³⁷ Perrone, R., Nannini M. (1998) "Violencia y abusos sexuales en la familia". Un abordaje sistémico y comunicacional. Ed. Paidós Terapia Familiar. Bs.As.

³⁸ Walker, L. (2012). El Síndrome de la Mujer Maltratada. Desclee de Brouwer Editores. España.

salir del ciclo de la violencia agrava las consecuencias y abre camino a un desenlace fatal.

Parte de la invisibilización de la violencia contra las mujeres en el ámbito intrafamiliar se debe a una organización social basada en la desigualdad, pero también contribuye la escasa comprensión que se tiene a nivel social sobre estas dinámicas violentas, así como la ineficacia de las instituciones estatales y los operadores del sistema que pivotan entre la falta de recursos y en muchos casos la desidia personal e institucional de quien “prefiere mirar para otro lado”. La falta de detección, registro y seguimiento de estas situaciones agravan la dificultad que se les presenta a las mujeres para denunciar la violencia de la que son objeto.

El inicio de la *Ruta Crítica* se puede ubicar entonces en el develamiento por fuera del sistema familiar de la violencia padecida y éste será un primer intento de salir del lugar de sometimiento y de iniciar otros caminos para abandonar la situación de violencia.

...Los factores que impulsan a las mujeres a buscar soluciones para sus problemas de violencia intrafamiliar pueden ser de dos tipos: internos o externos. Los factores internos están asociados a procesos personales, sentimientos, representaciones sociales y razonamientos de las mujeres. Los factores externos se relacionan con las influencias que reciben las mujeres de su medio exterior, tales como apoyos, recursos materiales, información, existencia y calidad de los servicios, aumento de la violencia o efectos de la violencia en otras personas de la familia. En la vida concreta de una mujer afectada, estos dos tipos de factores están íntimamente relacionados y se refuerzan mutuamente...³⁹.

Esta salida, este empoderamiento puede durar más o menos tiempo, pero nunca es lineal, ya que se plantean una multiplicidad de dificultades para poder especialmente “sostener” la decisión tomada. La Ruta Crítica se define:

...como los caminos que toman las mujeres para salir de su situación de violencia... Siguiendo esta Ruta, conocemos los factores que impulsan a las mujeres a buscar ayuda, las dificultades encontradas para llevar adelante tal decisión, sus percepciones sobre las respuestas institucionales, y las representaciones sociales y significados sobre la violencia intrafamiliar que existen entre el personal de las instituciones que deben ofrecer respuestas a este serio problema de salud pública...⁴⁰.

Cuando la ruta crítica se convierte en una “carrera de obstáculos” muchas veces favorecen el retorno a la situación de violencia que una vez se pretendió abandonar.

Entonces, frente al fundamento de la necesidad y racionalidad *de la defensa* será importante aportar desde la valoración psicológica forense elementos que permitan comprender cómo, en algunos casos la acción defensiva de la mujer ha sido racional y necesaria por las consecuencias y condicionamientos psicológicos que ha sufrido. Al respecto la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina en el fallo “Leiva, María Cecilia s/ homicidio simple” del 1

³⁹ Shrader, E., Sagot, M. (1998) “La ruta crítica de las mujeres afectadas por la violencia intrafamiliar en América Latina. Protocolo de Investigación” – OPS/OMS Programa Mujer, Salud y Desarrollo. (1998).

⁴⁰ Idem.

de noviembre de 2011⁴¹ sostuvo que frente al requisito de racionalidad del medio empleado:

...tanto en el caso concreto como en similares, se aprecian diferentes sugerencias de los impugnantes, acerca de lo que se debería o podría haber hecho la mujer en lugar de matar a su marido con un arma de fuego. Sin embargo, todas esas propuestas -denunciar, huir con su hija, separarse- parecen únicamente realizarse en “el reino de lo ideal”, pues la realidad -plasmada en las estadísticas- demuestra lo opuesto, reflejando la imposibilidad tanto objetiva como subjetiva de escapar fácilmente del círculo de violencia doméstica. A la vez que éstas contradicen el contenido de los instrumentos internacionales y normas internas sobre la materia, como fuera sostenido por la Corte Suprema al declarar que “aquella afirmación (...) para descartar un supuesto de legítima defensa, que a partir del mero hecho de la permanencia de la imputada en el domicilio en que convivía con el occiso -a la cual asigna, sin más, un carácter voluntario-, deriva que se sometió libremente a una hipotética agresión ilegítima, no sólo soslaya las disposiciones de convenciones internacionales y normas internas que avanzan sobre la materia, sino que lisa y llanamente aparece en colisión con su contenido...Por último queremos abordar el tema de la **ausencia de provocación suficiente**. En la valoración de la legítima defensa, el derecho penal determina que la conducta lesiva de la persona imputada no tiene que ser consecuencia o resultado de un conflicto que ella misma haya provocado. El CEVI ha señalado, en relación con este punto, que este requisito ha sido utilizado de forma errónea, por ejemplo ante las denuncias de violencia sexual, en donde se argumenta que la mujer ha provocado el delito. Advierte que los estereotipos de género causan que se insinúe que la mujer consintió lo que pasó, o, cuanto menos, generó que la agredieran, bien sea por andar sola, por andar de noche, por su comportamiento, etc. Es decir que una visión estereotipada de las circunstancias opera en la búsqueda de justificaciones que habilitan la violencia hacia las mujeres y limita un análisis profundo sobre la agresión, su proporcionalidad y razonabilidad, imponiendo sentidos que reproducen y perpetúan desigualdades.

Son numerosos los estudios que se han realizado para la comprensión de la violencia en la pareja, y todos ellos remarcan que la violencia no es consecuencia de una provocación de la víctima, ni depende en última instancia de la misma, sino que la violencia es consecuencia del perfil de personalidad del agresor. No hay reciprocidad en los vínculos violentos, la violencia es exclusiva responsabilidad de quien la ejerce.

Será entonces necesario dar cuenta brevemente del perfil de los hombres que ejercen violencia de género en la pareja para describir cuáles suelen ser los factores que se ponen en juego para el desarrollo de las conductas de maltrato. Al respecto autoras/es como: Beck (1999), D. Dutton (1995), Echeburúa (1997) y M. Dohmen (2002) han descripto ampliamente el perfil de los hombres que ejercen violencia en la pareja para explicar las dinámicas de maltrato.

Donald Dutton (1995) en su libro sobre el perfil psicológico del golpeador afirma:

“...La violencia conyugal no debe verse como un acto aislado, sino como el producto de una constelación de personalidad...El objetivo de la violencia es conservar esa

⁴¹ CSJN. L.421.XLIV.

personalidad, el ejercicio de la violencia tiene una función indispensable: preservar el sentimiento de integridad...La violencia es un medio aprendido de autopreservación. El golpeador actúa con brutalidad para mantener intacto su concepto de sí mismo. Solo cuando ejerce la violencia se siente poderoso y entero...”⁴²

La Lic. Mónica Dohmen (2002) en sus teorizaciones sobre el perfil del hombre violento describe que:

“...existen innumerables excusas y mitos para justificar la violencia del hombre hacia su pareja, como el alcoholismo, el desempleo, el estrés, etc... éstos, lejos están de ser la causa de la violencia conyugal en tanto en la misma hay una selectividad y autocontrol, en el sentido de quién será la víctima y dónde se desarrollará el nuevo episodio de maltrato...en los violentos las distorsiones del pensamiento y la inhabilidad emocional suelen explicar el mecanismo de la violencia...”⁴³

Por su parte Aaron Beck (1999) refiere que:

“...a pesar de las diferencias que existen entre cada ofensor y las variaciones en su comportamiento violento típico, se pueden identificar ciertos factores psicológicos comunes... el individuo violento posee una visión distorsionada del mundo y de las relaciones interpersonales, y ésta creencia distorsionada suscita en él sentimientos de ira que compensará con la violencia...”⁴⁴

Por último traemos las palabras de Echeburúa (1997):

“...estos sujetos suelen estar afectados asimismo por numerosos sesgos cognitivos relacionados, por una parte con creencias equivocadas sobre los roles sexuales y la inferioridad de la mujer y, por otra, con ideas distorsionadas sobre la legitimación de la violencia como forma de resolver los conflictos... además es frecuente en ellos la negación del problema, así como la atribución a la pareja del origen del conflicto...”⁴⁵

Los y las profesionales más destacados en la temática concluyen en lo mismo: la violencia es responsabilidad del hombre que la ejerce, aspecto que será pertinente aclarar en las pericias psicológicas forenses, sobre todo en aquellos casos en donde el sistema judicial le impute a la mujer que ella haya provocado la situación de violencia que terminó en el homicidio de su pareja.

CONCLUSIÓN

Un estudio realizado por la OMS (2005) demuestra que en el mundo, una de

⁴² Dutton D. , Golant S. (1995) “El Golpeador. Un perfil psicológico”. Ed. Paidós. Bs. As.

⁴³ Dohmen, M. (2002) “Violencia masculina en la pareja”. Ed. Paidós. Bs. As.

⁴⁴ Beck A. (1999) “Prisioneros del odio. Las bases de la ira, la hostilidad y la violencia”. Ed Paidós. Bs. As.

⁴⁵ Echeburúa E. (1997) “Tratamiento cognitivo-conductual de hombres violentos en el hogar: un estudio piloto”. Revista Análisis y modificación de la conducta. Vol. 23. N° 89. España.

cada seis mujeres es víctima de violencia en el hogar⁴⁶. Las investigaciones demuestran sistemáticamente que una mujer tiene mayor probabilidad de ser asesinada por su compañero afectivo que por otra persona (Amnistía Internacional, 2012; Naciones Unidas, 2006; OMS, 2005). El registro de femicidios en Argentina de 2019 arrojó que el 70% de los femicidas fueron parejas o exparejas de la víctima⁴⁷. Las Reglas de Bangkok afirman que se han documentado en países de todo el mundo altos niveles de violencia doméstica y abuso físico y sexual contra la mujer previos a su encarcelamiento⁴⁸. Di Corleto⁴⁹ informa que en Argentina, diferentes estudios sugieren que, previo al ingreso a la prisión, el 39% de las mujeres experimentó abusos por parte de su cónyuge.

La violencia de género en la pareja es un grave problema de salud pública, en Argentina una mujer es víctima de femicidio cada 30 horas aproximadamente. No obstante estos datos abrumadores, observamos que las mujeres que matan a sus parejas en un contexto de violencia de género son muy pocas. Las mujeres no suelen contemplar el homicidio como una vía favorable de resolución de la violencia, son muchas más las mujeres asesinadas que las homicidas. Lenore Walker, en unos de sus últimos libros afirma:

...A las mujeres maltratadas que matan se las puede diferenciar por el peligro percibido en sus circunstancias, y por la gravedad y brutalidad del abuso violento que han sufrido... Las mujeres maltratadas matan por miedo... Una mujer soporta un gran sufrimiento antes de recurrir a la defensa física de su propia vida y bienestar...⁵⁰

La Dra. Angela Browne, (1983) comparó cuarenta casos de mujeres imputadas por el homicidio de su pareja con una submuestra de cien mujeres maltratadas. La única diferencia que encontró fue la percepción de la violencia por parte de las mujeres. Las mujeres que habían matado, percibían que sus parejas usaban mayor violencia y con más frecuencia y que las lesiones ocasionadas eran cada vez más graves comparadas con aquellas mujeres maltratadas que no matan⁵¹. Podemos arribar a una conclusión posible: las mujeres que matan a sus parejas son casos excepcionales en relación con el porcentaje de mujeres víctimas de violencia conyugal.

Ahora bien, la Dra. Ann Jones (1980) en una investigación pudo revelar de qué manera reacciona el sistema de justicia de los Estados Unidos frente a éstos casos "...el poder del patriarcado se sostiene en las sentencia... No obstante en algunos casos hemos pasado de la silla eléctrica a la legítima defensa en éstas últimas décadas..."⁵². La legítima defensa responde

⁴⁶ http://www.who.int/gender/violence/who_multicountry_study/en/index.html.

⁴⁷ <https://www.csjn.gov.ar/omrecopilacion/omfemicidio/homefemicidio.html>.

⁴⁸ Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas, 2011.

⁴⁹ Di Corleto J. (2006) "Mujeres que matan. Legítima defensa en el caso de las mujeres golpeadas". Artículo publicado en la Revista de Derecho Penal y Procesal Penal Lexis Nexis Nº 5/2006.

⁵⁰ Walker L. (2013) "Amar bajo el terror ¿Por qué algunas mujeres maltratadas matan y cómo la sociedad responde? Queimada Ediciones. España.

⁵¹ Idem Ant.

⁵² Jones, A. (1980) "Women who kill". The Feminist Press. Ed. Henry Holt & Co. 1st Edición.

a una concepción androcéntrica del derecho, por lo que en muchos casos no se toman en cuenta las especiales características que enfrentan las mujeres víctimas de violencia de género, ni tampoco sus historiales y contexto de violencia previa a los fines de la aplicación de esta causal. El análisis de la doctrina y la jurisprudencia demuestra un amplio margen de discrecionalidad, rayana en la arbitrariedad, a los fines de aplicar esta causa de justificación cuando son imputadas estas mujeres por evitar la agresión⁵³.

Las mujeres que matan a sus parejas muestran rasgos de arrepentimiento, angustia y culpa por lo sucedido, especialmente en los casos en que el homicidio privará a sus hijos e hijas de un padre y del ideal de “familia unida” por el cual ellas han sacrificado tanto. Es esperable observarlas en el contexto de la evaluación pericial desconcertadas por lo ocurrido, no pudiendo asimilar el desenlace fatal que las encuentra imputadas penalmente por un delito, que claramente no planificaron ni pudieron evitar.

Aportar elementos para comprender que las mujeres sometidas a este continuum de violencia son víctimas, y no homicidas, será una tarea central de la Psicología Forense. Sobre todo para no incurrir en errores que nos lleven a pensar en la posibilidad de la inimputabilidad como estrategia defensiva. Las mujeres que se defienden de un ataque no tienen problemas de salud mental que les impida comprender o dirigir su conducta. El comportamiento de una mujer maltratada que mata hay que entenderlo como normal, en términos de normalidad jurídica. La mayoría de las mujeres maltratadas que matan lo hacen en defensa propia, no porque estén perturbadas mentalmente. La inimputabilidad no sólo no es una solución, sino que en la medida que la perspectiva de género vaya ganando espacio dentro del discurso de las ciencias jurídicas y psicológicas, ésta será una opción que irá perdiendo fuerza argumental.

En virtud de lo mismo creemos que es indispensable la intervención pericial de la Psicología Forense como disciplina, en tanto podría aportar elementos de prueba que permitan una comprensión más acabada de la situación de peligro en el que la mujer vive cuando es víctima de violencia intrafamiliar; reinterpretando los requisitos de la legítima defensa con perspectiva de género, para argumentar a favor, en los casos que corresponda, de la exención de la responsabilidad penal cuando en éste contexto (siendo víctimas de violencia) matan a sus parejas.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Beck A. (1999) **“Prisioneros del odio. Las bases de la ira, la hostilidad y la violencia”**. Ed Paidós. Bs. As.

Calo, O. (2002) **La interacción del profesional con los códigos en Revista Argentina de Psicología, APBA**, Número 45.

⁵³ Rioseco Ortega, L. (1999) “Culminación de la violencia doméstica: Mujeres que asesinan a sus parejas - defensas penales posibles”. En: FACIO, Alda, FRIES, Lorena (eds.). Género y Derecho. LOM Ediciones/ La Morada. Chile.

Campbell J. C. (2002) **Health consequences of intimate partner violence**. Lancet, 359(9314):1331–36

CSJN, Mazzeo, del 13 de julio de 2007, considerando 20 y Corte IDH, Cabrera García y Montiel Flores vs. México, del 26 de noviembre de 2010, párr. 225. Serie C No. 220.

Copelon R. (1997) **Terror íntimo: la violencia doméstica entendida como tortura en Derechos Humanos de la Mujer**. Editado por Rebecca J. Cook. Bogotá.

Cortina, A. (2002) **La dimensión Pública de las Éticas Aplicadas en Revista Iberoamericana de Educación**. Número 29. Ediciones OEI.

Echeburúa E. (1997) **“Tratamiento cognitivo-conductual de hombres violentos en el hogar: un estudio piloto”**. Revista Análisis y modificación de la conducta. Vol. 23. N° 89. España.

Declaración sobre la **Eliminación de la Violencia contra la Mujer**. Organización de Naciones Unidas. Nueva York. Naciones Unidas, 1993.

Di Corleto, J. (2006) **“Mujeres que matan. Legítima defensa en el caso de las mujeres golpeadas”**. Artículo publicado en la Revista de Derecho Penal y Procesal Penal Lexis Nexis N° 5/2006.

Di Corleto, J. (2013) **“Medidas alternativas a la prisión y violencia de género”**, en Género, Sexualidades y Derechos Humanos, Revista Electrónica Semestral del Programa Mujeres, Género y Derechos Humanos. Centro de Derechos Humanos Vol. I N° 02 Julio 2013. Facultad de Derecho, Universidad de Chile.

Dohmen, M. (2002) **“Violencia masculina en la pareja”**. Ed. Paidós. Bs. As.

Dutton D. , Golant S. (1995) **“El Golpeador. Un perfil psicológico”**. Ed. Paidós. Bs. As.

Facio Montejo, A. (2002) **Con los lentes del género se ve otra justicia**, en Revista El otro derecho N° 28, Bogotá.

Facio, A. (1995) **Género y Sociedad. Santo Domingo**, Vol. 3, No. 1, mayo-agosto.

Flores, P. (2005). **La prueba pericial de parte en el proceso civil**. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia. España

Herman, J. (1992). Complex PTSD: **A syndrome in survivors of prolonged and repeated trauma**. Journal of Traumatic Stress, 5(3), 377–391.

Informe de la **Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer**, Beijing, 4 a 15 de septiembre de 1995 (publicación de las Naciones Unidas, número de venta: S.96.IV.13), cap. I, resolución 1, anexo I.

Jewkes R., Sen P., Garcia-Moreno C. (2002) **La violencia sexual**. En: Krug EG, Dahlberg L, Mercy J, Zwi A, Lozano R, eds. Informe mundial sobre la violencia y la salud. Ginebra, Organización Mundial de la Salud. 2002, 159-198.

Jones, A. (1980) **“Women who kill”**. The Feminist Press. Ed. Henry Holt & Co. 1st Edición.

Munné, F. (1987) **La investigación y la intervención psicológicas en el sistema jurídico**. Papeles del Psicólogo. Colegio Oficial de Psicólogos. Madrid. España.

Nogueira, R. (2002) **Consentimiento Informado en Psicoterapia en Revista Perspectivas Bioéticas- FLACSO**.

Perrone, R., Nannini M. (1998) **“Violencia y abusos sexuales en la familia”**. Un abordaje sistémico y comunicacional. Ed. Paidós Terapia Familiar.

Perrone R. (2012) **“El Síndrome del Angel- Consideraciones acerca de la agresividad”**. Ed. Paidós Terapia Familiar. Bs. As.

Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas, 2011.

Rioseco Ortega, L. (1999) **“Culminación de la violencia doméstica: Mujeres que asesinan a sus parejas - defensas penales posibles”**. En: FACIO, Alda, FRIES, Lorena (eds.). Género y Derecho. LOM Ediciones/ La Morada. Chile.

Sánchez Vázquez, M.J. (2016) **Lecturas éticas sobre el sujeto moral hoy en Contribuciones éticas al ámbito científico y profesional de la Psicología**. Libro de Cátedra de la Facultad de Psicología de la Universidad Nacional de La Plata.

Sánchez Pescador, L. (1992) **Persona, Sociedad y Ley**. Publicación del Centros de Estudios Judiciales, Colección Cursos, Volumen 10. Madrid, España.

Scott, J. (2008). **Género e historia**. México. FCE. Universidad Autónoma de la Ciudad de México.

Shrader, E., Sagot, M. (1998) **“La ruta crítica de las mujeres afectadas por la violencia intrafamiliar en América Latina. Protocolo de Investigación”** – OPS/OMS Programa Mujer, Salud y Desarrollo. (1998)

Urra, J. (1993) **Confluencia entre psicología y derecho**. En J. Urra y B. Vázquez (Comps.) Manual de Psicología Forense. Madrid: Siglo XXI

Villegas Díaz, M. (2010) **Homicidio De La Pareja En Violencia Intrafamiliar: Mujeres Homicidas Y Exención De Responsabilidad Penal**. *Rev. derecho (Valdivia)* [online]. 2010, vol.23, n.2 [citado 2020-07-19], pp.149-174. Disponible en: <https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502010000200008&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0718-0950. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502010000200008>

Villalba, G. (2020) www.saij.gob.ar Id SAIJ: DACF200014

Walker, L. (2012). **El Síndrome de la Mujer Maltratada**. Desclée de Brouwer Editores. España.
Walker L. (2013) **“Amar bajo el terror ¿Por qué algunas mujeres maltratadas matan y cómo la sociedad responde?”** Queimada Ediciones. España.

Zaffaroni, E.- Alagia, A.- Slokar, A. (2000) **“Derecho Penal Parte General”**. Editorial Ediar. Buenos Aires.

OS DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS, CULTURAIS E AMBIENTAIS DESCA: BREVE ANÁLISE PROSPECTIVA DOS DESAFIOS PÓS-PANDEMIA

LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES, CULTURALES Y MEDIOAMBIENTALES DESCA: BREVE ANÁLISIS PROSPECTIVO DE LOS DESAFÍOS POST-PANDEMIA

Denise Tanaka dos Santos

Doutora e Mestre em Direito das Relações Sociais pela PUC/SP. Cursando DESCA e Migrantes/Refugiados pela UBA organizado pela REDESCA da CIDH e pela CortelIDH.

*Membro do Conselho Editorial da Revista da DPU. Defensora Pública Federal
denise.santos@dpu.def.br*

RESUMO

O presente trabalho pretende abordar, de forma sucinta, o direito internacional dos direitos humanos econômicos, sociais, culturais e ambientais DESCA, notadamente no ambiente do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos. Ademais, abordar-se-ão, segundo uma metodologia sistemática, alguns aspectos relevantes para a busca da efetividade desses direitos conjugados de forma prospectiva com os desafios decorrentes da Pandemia.

Palavras-Chave: Direito Internacional. Direitos Humanos. DESCA. CIDH. Pandemia COVID-19.

RESUMEN

Este documento tiene la intención de abordar brevemente el derecho internacional sobre los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales DESCA, especialmente en el contexto del sistema interamericano para la protección de los derechos humanos. Además, se abordarán de acuerdo con una metodología sistemática algunos aspectos relevantes para la búsqueda de la efectividad de estos derechos combinados prospectivamente con los desafíos derivados de la Pandemia.

Palabras Clave: Derecho Internacional. Derechos Humanos. DESCA. CIDU. Pandemia COVID-19.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO. 1. O DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS DESCA. 1.1 Breve análise histórica. 1.2 O Sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos. 1.3 O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos DESCA. 2. BREVE ANÁLISE PROSPECTIVA DA CONJUGAÇÃO DA EFETIVIDADE DO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS DESCA E DOS DESAFIOS DECORRENTES DA PANDEMIA. 2.1 A complexi-

dade da globalização e os desafios dos DESCA no pós-Pandemia. 2.2 Breves prospecções sobre os desafios pós-Pandemia. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

INTRODUÇÃO

O direito internacional dos direitos humanos apresenta um conceito em transformação com características próprias que circundam notadamente o núcleo da pessoa humana em sua dignidade inerente e também conquistada ao longo do processo histórico da humanidade.

Deflui dessa ideia que os direitos humanos estão se construindo e se adequando a cada período histórico, a cada desafio mundial, a cada etapa de mudanças globais.

Na medida em que as pessoas humanas enfrentam esses desafios buscam conquistar direitos. É verdade que apesar de declarados em inúmeros Documentos Internacionais ainda resta um grande passo aos direitos humanos: a sua efetividade concreta.

À luz de um corte epistemológico temporal no direito internacional, durante a elaboração da Declaração Universal dos Direitos do Homem, foram detectados sinais de uma nova era. Os mesmos sinais trazidos pelas colonizações e pelas Revoluções.

Neste momento cabe uma reflexão: há sinais de uma nova era com novos desafios no cenário pós-Pandemia?

Por essas razões, é proposto este trabalho para abordar algumas formas de busca da efetividade do direito internacional dos direitos humanos DESCA, com uma breve conjugação prospectiva desses direitos em face dos desafios do pós-Pandemia.

1. O DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS DESCA

1.1 Breve análise histórica

O direito internacional dos direitos humanos apresenta um conceito em transformação com características próprias que circundam notadamente o núcleo da pessoa humana em sua dignidade inerente e conquistada ao longo do processo histórico da humanidade.

Deflui dessa ideia que os direitos humanos estão se construindo e se adequando a cada período histórico, a cada desafio mundial, a cada etapa de mudanças globais.

Na medida em que as pessoas humanas enfrentam esses desafios buscam conquistar direitos. É verdade que apesar de declarados em inúmeros Documentos Internacionais ainda resta um grande passo aos direitos humanos: a sua efetividade concreta.

Em breves linhas, cumpre destacar uma visão histórica sobre os direitos humanos segundo Fábio Konder Comparato. Para o jurista o centro das atenções recai no homem e em sua dignidade humana. E ele questiona: mas em que consiste, afinal, a dignidade humana? A resposta a essa indagação fundamental foi dada, sucessivamente, nos campos da religião,

da filosofia e da ciência.¹

Inicialmente, a justificativa religiosa da preeminência do ser humano no mundo surgiu com a afirmação da fé monoteísta. A grande contribuição do povo da Bíblia à humanidade, uma das maiores, aliás, de toda a História, foi a ideia da criação do mundo por um Deus único e transcendente. Os deuses antigos, de certa forma, faziam parte do mundo, como super-homens, com as mesmas paixões e defeitos do ser humano.

Em seguida, a dignidade humana foi abordada na indagação central de toda a filosofia: Que é o homem? A sua simples formulação já postulava a singularidade eminente deste ser, capaz de tomar a si mesmo como objeto de reflexão. A característica da racionalidade, que a tradição ocidental sempre considerou como atributo exclusivamente humano revelou-se, sobretudo nesse sentido reflexivo, a partir do qual, como se sabe, Descartes deu início à filosofia moderna.

A justificativa científica da dignidade humana sobreveio com a descoberta do processo de evolução dos seres vivos, embora a primeira explicação do fenômeno, na obra de Charles Darwin, rejeitasse todo finalismo, como se a natureza houvesse feito várias tentativas frustradas, antes de encontrar, por mero acaso, a boa via de solução para a origem da espécie humana.²

Outro item importante sobre os direitos humanos é seu conceito, uma vez que são definições em evolução, que carregam dentro de si todo um contexto histórico de conquistas de direitos ao longo do tempo, em determinados espaços territoriais, que se iniciaram fixados dentro de fronteiras soberanas de Estados e partiram para a expansão e queda dessas fronteiras com a conquista de espaços globais.

O conceito moderno de direitos humanos, como direitos declarados de pessoas humanas, se desenvolveu com a proclamação da Declaração Universal de Direitos do Homem, em 1948.

Além desse aspecto, cumpre sublinhar que direitos humanos são direitos contemplados por normas internacionais inseridas no direito internacional público e garantidas pelo sistema internacional de proteção (sistema global da ONU e sistemas regionais de proteção

¹ COMPARATO, Fábio Konder **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 12. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. P. 16-22.

² Quanto às justificativas científicas da dignidade humana vale destaque às palavras de Comparato notadamente nos dias atuais: Ora, apesar da aceitação geral das explicações darwinianas, vai aos poucos abrindo caminho no mundo científico a convicção de que não é por acaso que o ser humano representa o ápice de toda a cadeia evolutiva das espécies vivas. A própria dinâmica da evolução vital se organiza em função do homem. Nestas condições, é razoável aceitar-se, como postulado científico, que toda a evolução das espécies vivas se encaminhou aleatoriamente em direção ao ser humano, como poderia, também de forma puramente aleatória, ter conduzido à degeneração e à morte universal? Muito mais abstrusa que a explicação mitológica e religiosa tradicional parece, assim, a ideia de que o advento do ser humano na face da Terra seria o resultado de um estupendo acaso. Pois se a evolução avança sem rumo, como nave desbussolada através da História, esta nada mais seria, como exclamou o desespero de Macbeth, que a *tale, told by an idiot, full of sound and fury, signifying nothing*. Se a humanidade ignora o sentido da Vida e jamais poderá discerni-lo, é impossível distinguir a justiça da iniquidade, o belo do horrendo, o criminoso do sublime, a dignidade do aviltamento. Tudo se identifica e se confunde, no magma caótico do absurdo universal, aquele mesmo abismo amorfo e tenebroso que, segundo o relato bíblico, precedeu a Criação. Para a sabedoria antiga, aliás, a geração do mundo não tem apenas um sentido ontológico, com o nascimento dos diversos entes que o povoam. Ela exprime, antes, um sentido axiológico, com a organização de uma escala universal de valores, que vai aos poucos se explicitando. *In.*: COMPARATO, Fábio Konder **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 12. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. P. 16-22.

tais como os sistemas europeu, interamericano e africano).

Em verdade, após a 2ª Guerra Mundial, em 10 de dezembro de 1948, foi proclamada a Declaração Universal dos Direitos do Homem DUDH, como um marco histórico de conquistas da pessoa humana e da humanidade, como um conjunto de pessoas.

A DUDH declara direitos e, à guisa de exemplo, os contidos nos artigos 1º, 22 e 25:

Artigo I. Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade; Artigo XXII. Todo ser humano, como membro da sociedade, tem direito à segurança social, à realização pelo esforço nacional, pela cooperação internacional e de acordo com a organização e recursos de cada Estado, dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento da sua personalidade; Artigo XXV 1. Todo homem tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem-estar.

Amoroso Lima vislumbra na análise da Declaração Universal de Direitos do Homem DUDH, de 1948, um prenúncio de uma nova era. De fato, equipara-se a Declaração citada como os sinais trazidos pela colonização europeia sobre suas colônias, a Revolução Francesa e a Revolução Industrial.³

Sinais estes que descortinaram novas mudanças econômicas, introduzindo transformações sociais e políticas até então desconhecidas. Nessa medida, a Declaração Universal de Direitos do Homem DUDH apresenta-se como um anúncio de um novo período histórico.

A análise desse autor para o futuro não compreende apenas uma compilação de artigos e normas preexistentes, tampouco define a vida política interna e internacional dos Estados modernos, haja vista que tais fatores são secundários. Trata-se, portanto, de uma nova era de civilização universal futura: a sociedade capitalista vai se consolidando.

Amoroso Lima traz três conclusões relacionadas a essa nova era:

- (1) a instabilidade e a imprevisibilidade dos acontecimentos futuros. Assim, há sinais de uma nova era, sem, contudo, saber-se o conteúdo dos próximos acontecimentos. A única certeza é a imprevisibilidade dos fenômenos político-sociais futuros;
- (2) fim da civilização e não o fim de um século. O mesmo ocorreu com a Revolução Francesa, no século XVIII, a qual dominou o século XVIII, e a Revolução Industrial no século XIX, com efeitos no século XX;
- (3) apesar de sentirem-se seus sinais, do surgimento de uma nova era, não se sabe precisamente para onde caminha o século XXI.⁴

Nessa toada, a pessoa humana surge como um potencial sujeito de direitos em nível internacional, nos termos do Artigo II da DUDH: todos os seres humanos podem invocar os direitos e as liberdades proclamados na presente Declaração, sem distinção alguma, nomeadamente de raça, de cor, de sexo, de língua, de religião, de opinião política ou outra, de ori-

³ LIMA, Alceu Amoroso. **Os direitos do homem e o homem sem direitos**. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1974, *passim*.

⁴ *Ibidem*, 1974, *passim*.

gem nacional ou social, de fortuna, de nascimento ou de qualquer outra situação.

Além disso, não será feita nenhuma distinção fundada no estatuto político, jurídico ou internacional do país ou do território da naturalidade da pessoa, seja esse país ou território independente, sob tutela, autônomo ou sujeito a alguma limitação de soberania.

À luz dos sinais dessa nova era, na qual não se sabia precisamente para onde caminhar a humanidade rumo ao século XXI, serão analisados os Direitos Econômicos, Sociais, Culturais e Ambientais DESCA no Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos.

1.2 O Sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos

Para a análise dos direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais DESCA no sistema interamericano de proteção de direitos humanos é importante para sua contextualização uma rápida apresentação dos sistemas de proteção internacional e regionais dos direitos humanos.

De início, deve-se apontar a subdivisão do Direito Internacional Público na proteção dos direitos humanos: o Direito Internacional dos Direitos Humanos, o Direito Internacional Humanitário e o Direito Internacional dos Refugiados. De forma generalizada, o Direito Internacional dos Direitos Humanos abrange de forma subsidiária todas as dimensões de direitos humanos.

Essas dimensões de direitos não acontecem de forma sucessiva, uma vez que há direitos perenes que representam como que uma síntese entre direitos individuais e direitos sociais.

Ao se referir aos direitos, Alceu Amoroso Lima afirma que “para compreendermos a sua persistência, basta deslocá-los de uma linha de sucessão para uma linha de coexistência. São estados simultâneos e não estados sucessivos. Convivem. Não se sucedem”.⁵

Nesse quadro de coexistência e de convivência das dimensões dos direitos humanos, consolida-se o Sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos das Organizações das Nações Unidas ONU, cuja estrutura se baseia em cinco principais órgãos: a Assembleia Geral, o Conselho de Segurança, o Conselho Econômico e Social ECOSOC, o Secretariado e o Tribunal Internacional de Justiça.

Em seguida, passaremos a analisar um dos Sistemas Regionais de Proteção: o Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos.

1.3 O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos DESCA

Dentre os Sistemas Regionais de Proteção de Direitos Humanos há que se apontar o Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos.

⁵ LIMA, Alceu Amoroso. *Os direitos do homem e o homem sem direitos*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1974, p. 16.

A Carta da Organização dos Estados Americanos OEA e a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem foram aprovadas na Nona Conferência Internacional Americana realizada em Bogotá, Colômbia, em 1948.

Esses Documentos Internacionais trouxeram inovações quanto à afirmação dos direitos fundamentais da pessoa humana, como um dos princípios fundadores da Organização, e quanto à busca da solidariedade, da justiça social e, dentre tantos outros, ao direito da pessoa humana ao acesso à justiça e à assistência jurídica para fazer valer seus direitos.

O Sistema Interamericano de Direitos Humanos é composto especialmente pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos CIDH e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos CortelDH.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos CIDH é órgão principal e autônomo da Organização dos Estados Americanos OEA encarregado da promoção e da proteção dos direitos humanos no continente americano.

A CIDH foi criada pela Organização dos Estados Americanos OEA em 1959 e, juntamente com a Corte Interamericana de Direitos Humanos CortelDH, instalada em 1979, faz parte do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos SIDH.

Essa Comissão é um dos órgãos principais da OEA e tem como função promover a observância e a defesa dos direitos humanos, a servir como órgão consultivo da OEA nessa matéria e realizar seu trabalho com base em três pilares: o Sistema de Petição Individual; o monitoramento da situação dos direitos humanos nos Estados Membros e a atenção a linhas temáticas prioritárias.

Com essa estrutura, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos CIDH considera fundamental dar atenção às populações, às comunidades e aos grupos historicamente submetidos à discriminação com a formação de outros conceitos: o princípio *pro homine* (segundo o qual a interpretação de uma norma deve ser realizada da maneira mais favorável ao ser humano), a necessidade de acesso à justiça, e a incorporação da perspectiva de gênero em todas suas atividades.

Com fundamento nesses três pilares apresentados foi criada a Relatoria Especial sobre Direitos Econômicos, Sociais, Culturais e Ambientais REDESCA da Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Conforme consta nas informações públicas da OEA sobre a origem da Relatoria Especial sobre Direitos Econômicos, Sociais, Culturais e Ambientais REDESCA destacam-se as que seguem.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos CIDH trabalha há décadas no respeito e garantia de direitos econômicos, sociais e culturais na região. Em 2012, a CIDH criou uma Unidade de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, que estava inicialmente a cargo da Comissária Rose-Marie Belle Antoine (Santa Lúcia) e desde janeiro de 2014, a cargo do Co-

missário Paulo Vannuchi (Brasil).⁶

Em seu compromisso de aprofundar o trabalho sobre o assunto, as inúmeras demandas das organizações da sociedade civil e também as de muitos Estados, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos CIDH decidiu criar uma Relatoria Especial para esses direitos em 2014. Em abril do mesmo ano, o processo começou através da abertura de um fundo especial para captar os recursos necessários para seu financiamento.

Identificados os recursos para sua implementação, em 2017, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos CIDH abriu um concurso público para a posição de Relator de Direitos Econômicos, Sociais, Culturais e Ambientais DESCAs, acrescentando os direitos Ambientais para o mandato. O Relator Especial da DESCAs é responsável por apoiar a CIDH no cumprimento de seu mandato de promover e proteger os direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais nas Américas.

Como afirmou o Presidente da CIDH, o Comissário James Cavallaro: “Com a criação da Relatoria Especial da DESCAs, a Comissão Interamericana procura fortalecer e aprofundar seu trabalho para defender e proteger os direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais”. Por sua parte, o Comissário Paulo Vannuchi destacou: “Este é um passo de grande importância na história da CIDH e na história dos direitos humanos na região”.⁷

No cumprimento de seu mandato, a REDESCAs vem identificando a existência de alguns avanços, sobretudo de grandes desafios e atentados em relação aos DESCAs, principalmente no que tange a pessoas, grupos e coletivos vivendo em situação de pobreza e pobreza extrema, como os que se encontram em situação de vulnerabilidade ou de discriminação histórica.

Nesse contexto, a REDESCAs trabalha de acordo com uma agenda integral que inclui os seguintes temas e direitos: pobreza e desigualdade, água e saneamento, alimentação, direitos trabalhistas, direitos sindicais, direitos humanos e empresas, meio ambiente e mudanças climáticas, educação, moradia, previdência social, cuidado, saúde e direitos culturais cujos conteúdos devem ser objeto de observação como desafios pós-Pandemia.

2. BREVE ANÁLISE PROSPECTIVA DA CONJUGAÇÃO DA EFETIVIDADE DO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS DESCAs E DOS DESAFIOS DECORRENTES DA PANDEMIA

A partir do contexto histórico do direito internacional dos direitos humanos DESCAs, inseridos no Sistema Interamericano de Proteção, notadamente com a criação da REDESCAs, abordar-se-ão alguns aspectos relevantes para a busca da efetividade desses direitos conjugados de forma prospectiva com os desafios decorrentes da Pandemia.

Para tanto, é importante contextualizado com alguns sinais de uma nova era, aponta-

⁶ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS OEA. Disponível em: <https://www.oas.org/es/cidh/desca/mandato/origen.asp>. Acesso em 20.mai.20.

⁷ Ibid. Disponível em: <https://www.oas.org/es/cidh/desca/mandato/origen.asp>. Acesso em 20.mai.20.

dos no século passado, nos quais não se sabia precisamente para onde caminhar a humanidade rumo ao século XXI.

Assim propõe-se uma breve conjugação prospectiva dos Direitos Econômicos, Sociais, Culturais e Ambientais DESCA, em face dos sinais de uma nova era que surgem em determinados períodos históricos para a humanidade, entre os quais estão os desafios decorrentes da pandemia no ambiente pós-Pandemia decorrente do COVID-19.

2.1 A complexidade da globalização e os desafios dos DESCA no pós-Pandemia

Com a finalidade de se pensar em uma conjugação prospectiva dos Direitos Econômicos, Sociais, Culturais e Ambientais DESCA em face de alguns dos sinais de uma nova era, entre os quais a Pandemia do século XXI, é importante apontar a complexidade da globalização como um desses prenúncios.

A complexidade da globalização, segundo um aspecto operacional, trouxe ao cenário internacional um incremento nas tarefas estatais. Em verdade, pode-se pensar em democracia e pluralidade de soluções políticas e jurídicas, com a participação de organizações internacionais privadas, além da complexa fase moderna da economia globalizada.⁸

Como ilustração, destaca-se Fritjof Capra. Trata-se de um físico teórico austríaco e escritor que desenvolve trabalho na promoção da educação ecológica. Ele explica a origem do poder:

o exercício do poder, a submissão de um ser humano à vontade de outro ser humano, inevitável na sociedade complexa numa moderna economia internacionalizada, utilizando cada vez mais novas tecnologias. O poder pode ser maligno do ponto de vista social, mas do mesmo ponto de vista, também é essencial. O papel essencial do poder na organização social está ligado aos inevitáveis conflitos de interesses de segmentos sociais diferentes e até antagônicos.⁹

Convém registrar as observações de Capra sobre a transformação do poder na medida em que a revolução da Informática não só deu origem a uma nova economia como também transformou de modo decisivo as relações de poder tradicionais.

Na era da Informação, a organização em rede tornou-se um elemento importante de todos os segmentos da sociedade. Cada vez mais, as funções sociais dominantes organizam-se em torno de redes, e a participação nessas redes é uma forma crítica de poder. A ascensão da sociedade em rede foi acompanhada pelo declínio do Estado nacional como entidade soberana.¹⁰

Sobre a complexidade da globalização, importante apontar Manuel Castells para quem

⁸ SANTOS, Denise Tanaka dos. **As ações governamentais de assistência social: o contexto do artigo 204 da Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, *passim*.

⁹ CAPRA, Fritjof. **As conexões ocultas: ciência para uma vida sustentável**. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Cultrix, 2005, p. 99-102.

¹⁰ *Ibidem*, p. 159-160.

a capacidade instrumental do Estado-Nação está comprometida de forma decisiva pela globalização das principais atividades econômicas, pela globalização da mídia e da comunicação eletrônica e pela globalização do crime”.¹¹

Castells destaca a estrutura e o processo na crise contemporânea dos Estados-Nação, inclusive como desafios para o século XXI:

Observamos o impacto direto da globalização e da reestruturação do capitalismo sobre a legitimidade do Estado, mediante o dismantelamento parcial do Estado do bem-estar social, a desorganização das estruturas produtivas tradicionais aumentando a instabilidade de emprego, a extrema desigualdade social e a conexão entre importantes setores da economia e da sociedade em rede globais, ao mesmo tempo que grandes parcelas da população e do território são excluídas do sistema dinâmico e globalizado: os processos contribuem para a perda da capacidade de o Estado atender às exigências sociais e, em última análise, para o comprometimento de sua legitimidade.¹²

Na mesma linha, Anthony Giddens define a globalização como: “intensificação das relações sociais em escala mundial, que ligam localidades distantes de tal maneira que acontecimentos locais são modelados por eventos ocorrendo a muitas milhas de distância e vice-versa. Este é um processo dialético porque tais acontecimentos locais podem se deslocar numa direção anversa às relações muito distanciadas que os modelam”.¹³

Nesse contexto complexo, o significado dos modelos legais é potenciado pelo das normas subordinadas e vice-versa, ocorrendo mutações do sentido de um e de outro em uma correlação funcional, concreta e dinâmica. Ambos, em conjunto, compõem o macromodelo do ordenamento jurídico.¹⁴

Ao tentar entender a complexidade da sociedade capitalista internacionalizada e com sua economia cada vez mais globalizada, logo complexa, intrincada nas suas correlações das forças sociais e de poder, atenta-se para a visão de Edgar Morin sobre seu conceito de complexidade:

A um primeiro olhar, a complexidade é um tecido (*complexus*: o que é tecido junto) de constituintes heterogêneas inseparavelmente associadas: ela coloca o paradoxo do uno e do múltiplo. Num segundo momento, a complexidade é efetivamente o tecido de acontecimentos, ações, interações, retroações, determinações, acasos, que constituem nosso mundo fenomênico. Mas então a complexidade se apresenta com os traços inquietantes do emaranhado, do inextricável, da desordem, da ambiguidade, da incerteza.¹⁵

Para Morin, a existência de um excesso de complexidade que, para ele, é desestrutu-

¹¹ CASTELLS, Manuel. **O poder da identidade. A era da informação: economia, sociedade e cultura.** Trad. do original *The Power of identity*. São Paulo: Ed. Paz e Terra, v. 2, 2001, p. 288-298.

¹² *Ibidem*, p. 315-348.

¹³ GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade.** Trad. Raul Fiker. São Paulo: Editora UNESP, 1991, p. 69-70.

¹⁴ REALE, Miguel. **O direito como experiência: introdução à epistemologia jurídica.** 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1992, *passim*.

¹⁵ MORIN, Edgar. **Introdução ao pensamento complexo.** Trad. Eliane Lisboa. Porto Alegre: Sulina, 2006, p. 13-14.

rador. Nesse caso, o autor entende que quanto mais complexa uma organização, mais ela tolera a desordem, e os indivíduos estão mais aptos a tomar iniciativa para resolver problemas sem a hierarquia central.

Edgar Morin aponta uma forma de não desintegração de uma organização com excesso de complexidade se houver a existência de uma solidariedade profunda entre seus membros. Assim, ele afirma que “a verdadeira solidariedade é a única coisa que permite o incremento da complexidade”.¹⁶

Deflui do exposto que na construção científico-sistemática da conjugação prospectiva dos direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais DESCA em face de alguns dos sinais de uma nova era, entre os quais a Pandemia do século XXI, observa-se a complexidade da globalização como um desses prenúncios, cujo contraponto para sua sobrevivência é especialmente a solidariedade.

2.2 Breves prospecções sobre os desafios pós-Pandemia

Partindo-se da solidariedade como um contraponto à complexidade da globalização, passaremos a pensar sobre os desafios pós-Pandemia pelo COVID-19, notadamente no ambiente do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos Econômicos, Sociais, Culturais e Ambientais DESCA.

Destaque-se que os desafios pós-Pandemia deste século XXI não são novos, pelo contrário, já foram detectados anteriormente e com a Pandemia estão agravando o quadro que já era desfavorável.

Dessa forma, inserido no Sistema Interamericano de Proteção, na CIDH, ao longo de sua história, a REDESCA vem identificando grandes desafios e atentados em relação aos DESCA, principalmente no que tange a pessoas, grupos e coletivos vivendo em situação de pobreza e pobreza extrema, como os que se encontram em situação de vulnerabilidade ou de discriminação histórica.

Em verdade, sobre as prospecções dos desafios pós-Pandemia, verifica-se que os problemas não são novos e serão aprofundados. Esse um dos pontos importantes a serem analisados para se buscar a efetividade e a concretude de direitos iniciando-se, por exemplo, por intermédio da solidariedade para assim dar voz aos que não tem vozes, para dar direitos às pessoas humanas que ainda não são sujeitos de direitos.

Boaventura de Sousa Santos assevera que a hegemonia global dos direitos humanos como linguagem de dignidade humana convive com a perturbadora constatação de que a maioria da população mundial não é sujeito de direitos humanos, mas objeto dos seus discursos.

Nesse sentido, o modo como o discurso dos direitos humanos se solidificou, apartan-

¹⁶ *Ibidem*, p. 93-94.

do sujeitos e objetos, é bem captada por Makau Mutua (2001) quando defende a existência de uma metáfora fundadora constituída pela tríade “salvadores, selvagens, e vítimas”, à luz da qual se estabelecem as práticas e os discursos hegemônicos dos direitos humanos.¹⁷

Dessa forma, a efetividade de direitos pode eventualmente quicá ultrapassar os limites da solidariedade e buscar a efetividade de direitos dessas pessoas humanas que ainda não são sujeitos de direitos e não têm vozes no ambiente dos DESCA.

Outro ponto de destaque sobre as prospecções dos desafios pós-Pandemia e a efetividade de direitos DESCA é a necessidade do acesso à justiça e dos sistemas públicos de assistência judiciária aos necessitados nos termos da Convenção Americana de Direitos Humanos.

O artigo 8º da Convenção que determina as Garantias Judiciais destaca que: Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

É direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor e é direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei.

Da mesma forma, o artigo 25 da Convenção estabelece que: Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais.

Nesse sentido os Estados Partes comprometem-se: a assegurar que a autoridade competente prevista pelo sistema legal do Estado decida sobre os direitos de toda pessoa que interpuser tal recurso; a desenvolver as possibilidades de recurso judicial; e a assegurar o cumprimento, pelas autoridades competentes, de toda decisão em que se tenha considerado procedente o recurso.

Além disso, outro ponto a ser discutido de forma prospectiva como um dos desafios nesta nova era pós-Pandemia e nos parâmetros de dar voz aos que não têm vozes é a construção científica do desenvolvimento progressivo, constante no artigo 26 da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Esse artigo foi objeto de decisão da Corte Interamericana e apesar de entendimentos contrários e de críticas a Corte Interamericana garantiu a justiciabilidade direta dos direitos

¹⁷ SANTOS, Boaventura de Sousa. **O pluriverso dos Direitos Humanos: a diversidade das lutas pela dignidade** / Boaventura de Sousa Santos, Bruno Sena Martins (organizadores). 1. ed.—Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2019. P. 16-18.

econômicos, sociais e culturais.^{18 19}

Neste momento de Pandemia, a construção do desenvolvimento progressivo poderá ser abordada especialmente com os desafios do direito humano à saúde.

Na mesma linha de prospecção sobre os desafios pós-Pandemia foi realizado no sistema do Conselho Econômico e Social das Nações Unidas (*The Economic and Social Council*) notadamente nas Organizações relacionadas tais como o FMI e o Banco Mundial o pedido de alívio de dívidas aos países mais pobres do mundo.²⁰

Além dos grandes desafios e atentados em relação aos DESCA, já anteriormente apontados, no que tange a pessoas, grupos e coletivos vivendo em situação de pobreza e pobreza extrema, como os que se encontram em situação de vulnerabilidade ou de discriminação histórica, a REDESCA trabalha de acordo com uma agenda integral que inclui os seguintes temas e direitos: pobreza e desigualdade, água e saneamento, alimentação, direitos trabalhistas, direitos sindicais, direitos humanos e empresas, meio ambiente e mudanças climáticas, educação, moradia, previdência social, cuidado, saúde e direitos culturais. E essa agenda deverá ser revista diante das consequências da Pandemia.

Conforme estabelecido no Mapa Estratégico da REDESCA (2018-2021), são conteúdos chave para o mandato: indivisibilidade, progressividade, gênero, diversidade e interseccionalidade, Desenvolvimento e Direitos Humanos (Agenda 2030), interdisciplinariedade, educação e direitos humanos, e anticorrupção.²¹

Por fim, a partir do estabelecimento da solidariedade como contraponto à complexidade da globalização e dos seus efeitos gerados em nível mundial, foram iniciadas algumas

¹⁸ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS CIDH. Direitos econômicos, sociais e culturais. Artigo 26. Desenvolvimento progressivo. Os Estados Partes comprometem-se a adotar providências, tanto no âmbito interno como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em 20.mai.20.

¹⁹ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS OEA. La Relatoría Especial sobre Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales (REDESCA) de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) saluda la decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Lagos del Campo v. Perú, de 31 de agosto de 2017, notificada el 13 de noviembre del mismo año, mediante la cual declaró por primera vez la violación del artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Esta decisión representa un hito histórico en la jurisprudencia interamericana y un paso hacia adelante en la región en la interdependencia e indivisibilidad de los derechos civiles y políticos y los DESCA. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2017/181.asp>. Acesso em 20.mai.20.

²⁰ AGÊNCIA BRASIL. O Banco Mundial e o Fundo Monetário Internacional emitiram uma carta conjunta solicitando “alívio imediato de dívidas aos países mais pobres do mundo”. De acordo com o documento, a abrangência da pandemia de covid-19 vai além da esfera da saúde, e terá “consequências econômicas e sociais severas” para nações que abrigam largas parcelas de pessoas em condições desfavoráveis. O ofício pede que instituições financeiras de países que fazem parte da Associação Internacional de Desenvolvimento suspendam pagamentos e cobranças de dívidas. Esses países abrigam um quarto da população mundial geral e dois terços da população mundial que vive em extrema pobreza e serão os mais afetados pela pandemia. “Isso ajudará as necessidades imediatas de liquidez dos países da Associação Internacional de Desenvolvimento para enfrentar os desafios impostos pelo surto de coronavírus e permitir tempo para uma avaliação do impacto da crise e das necessidades de financiamento de cada país”, afirma o documento assinado pelas instituições. A maioria dos 76 países que recebem apoio da Associação Internacional de Desenvolvimento tem renda nacional bruta per capita abaixo de 1.175 dólares. Publicado em 25/03/2020. Por Andrea Shalal, da Reuters – Washington. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/internacional/noticia/2020-03/banco-mundial-e-fmi-pedem-alivio-de-divida-para-paises-mais-pobres>. Acesso em 15.mai.20.

²¹ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS OEA. Disponível em: <https://www.oas.org/pt/cidh/mandato/que.asp>. Acesso em 18.mai.20.

medidas sobre os novos desafios pelo REDESCA especialmente nas Resoluções 01/2020, esta adotada em 10 de abril de 2020, que trata da Pandemia e dos Direitos Humanos nas Américas, e a Resolução 2/2020, de 15 de abril de 2020, sobre o fortalecimento do seguimento de medidas cautelares vigentes.

CONCLUSÃO

Acerca dos desafios decorrentes da Pandemia mister apontar o que consta no Relatório 01/2020 sobre os grupos em situação de especial vulnerabilidade e sobre a necessidade de cooperação internacional e do intercâmbio de boas práticas.

Destaque-se que como afirmado neste trabalho os desafios pós-Pandemia não são novos, pelo contrário, já foram detectados anteriormente e com a Pandemia serão agravados.

Trata-se, portanto, dentre tantas, de uma forma de dar efetividade aos direitos humanos, com solidariedade, e de dar voz às pessoas humanas vulneráveis, que neste século XXI ainda não são sujeitos de direitos. E, de maneira especial, dar acesso à justiça aos necessitados através dos sistemas públicos de assistência judiciária:

III. Grupos en situación de especial vulnerabilidad

Recordando que al momento de emitir medidas de emergencia y contención frente a la pandemia del COVID-19, los Estados de la región deben brindar y aplicar perspectivas interseccionales y prestar especial atención a las necesidades y al impacto diferenciado de dichas medidas en los derechos humanos de los grupos históricamente excluidos o en especial riesgo, tales como: personas mayores y personas de cualquier edad que tienen afecciones médicas preexistentes, personas privadas de libertad, mujeres, pueblos indígenas, personas en situación de movilidad humana, niñas, niños y adolescentes, personas LGBTI, personas afrodescendientes, personas con discapacidad, personas trabajadoras, y personas que viven en pobreza y pobreza extrema, especialmente personas trabajadoras informales y personas en situación de calle; así como en las defensoras y defensores de derechos humanos, líderes sociales, profesionales de la salud y periodistas. Teniendo en particular consideración que en el contexto de pandemia, por lo general, los cuidados de las personas enfermas o necesitadas de especial atención recaen fundamentalmente en las mujeres, a expensas de su desarrollo personal o laboral, existiendo un escaso nivel de institucionalización y reconocimiento social o económico para tales tareas de cuidados que en tiempo de pandemia se vuelven aún más necesarios y exigentes.

Cooperación internacional e intercambio de buenas prácticas

81. Dar cumplimiento efectivo al compromiso de adoptar medidas, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, para asegurar la realización del derecho a la salud, a otros DESCA y al conjunto de los derechos humanos, en el marco de contextos de pandemia y sus consecuencias, conforme a las reglas generales del derecho internacional e interamericano.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

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

AGÊNCIA BRASIL. Reuters. Washington. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/internacional/noticia/2020-03/banco-mundial-e-fmi-pedem-alivio-de-divida-para-paises-mais-pobres>. Acesso em 15.mai.20.

BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito**. Trad. Daniela Beccaccia Versiani. Barueri, SP: Manole, 2007

CAPRA, Fritjof. **As conexões ocultas: ciência para uma vida sustentável**. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Cultrix, 2005.

CASTELLS, Manuel. **O poder da identidade. A era da informação: economia, sociedade e cultura**. Trad. do original The Power of identity. São Paulo: Ed. Paz e Terra, v. 2, 2001.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS CIDH. https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em 20.mai.20.

_____. Direitos econômicos, sociais e culturais. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em 20.mai.20.

COMPARATO, Fábio Konder **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 12. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

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

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Dicionário da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1975.

GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. Trad. Raul Fiker. São Paulo: Editora UNESP, 1991.

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

LIMA, Alceu Amoroso. **Os direitos do homem e o homem sem direitos**. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1974.

MORIN, Edgar. **Introdução ao pensamento complexo**. Trad. Eliane Lisboa. Porto Alegre: Sulina, 2006.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS OEA. Disponível em: <https://www.oas.org/pt/cidh/mandato/que.asp>. Acesso em 18.mai.20.

_____. Disponível em: <https://www.oas.org/es/cidh/desca/mandato/origen.asp>. Acesso em 20.mai.20.

_____. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2017/181.asp>. Acesso em 20.mai.20.

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

SANTOS, Boaventura de Sousa. **O pluriverso dos Direitos Humanos: a diversidade das lutas pela dignidade** / Boaventura de Sousa Santos, Bruno Sena Martins (organizadores). 1. ed. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2019

SANTOS, Denise Tanaka dos. **As ações governamentais de assistência social: o contexto do artigo 204 da Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

ATIVISMO DEFENSORIAL E A PRESUNÇÃO *EX CONSTITUTIONE* DE LEGITIMIDADE DA DEFENSORIA PÚBLICA PARA A PROMOÇÃO E DEFESA DE DIREITOS SOCIAIS

EL ACTIVISMO DEFENSIVO Y LA PRESUNCIÓN *EX CONSTITUTIONE* DE LEGITIMIDAD DE LA DEFENSORÍA PÚBLICA PARA LA PROMOCIÓN Y DEFENSA DE LOS DERECHOS SOCIALES

Jaime Leônidas Miranda Alves

Mestrando em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí. Especialista em Direito Público pela PUC-Minas e Direito Constitucional pela Universidade Cândido Mendes.

Professor universitário. Membro da Comissão de Direitos do Consumidor da Associação Nacional das Defensoras e Defensores Públicos. Defensor Público do Estado de Rondônia.

(ANADEP).

jaime_lmiranda@hotmail.com

RESUMO

A Constituição Federal de 1988 fez uma importante escolha política, cujos reflexos são sentidos intensamente no que tange à efetivação dos direitos fundamentais: a opção pelo modelo público de assistência jurídica gratuita, conferindo esse mister à Defensoria Pública. De 1988 para cá, a Defensoria Pública ganhou corpo, especialmente com a edição das Emendas Constitucionais n. 45/2004, 69/2012, 74/2013 e 80/2014, que lhe conferiram autonomia administrativa e financeira, além de ampliar sensivelmente seu rol de atribuições. A doutrina da Defensoria Pública também é campo fértil, tendo em vista a adesão e o reconhecimento da teoria *custos vulnerabilis*. Nessa conjectura, a pesquisa questiona se, ao lado do ativismo judicial, tão debatido pela doutrina, é possível reconhecer a existência de um ativismo defensorial, conceito que busca consagrar toda essa interpretação ampliativa do leque de atribuições da Defensoria Pública e, partindo daí, questionar a correlação existente entre o ativismo defensorial e a eficácia dos direitos sociais. Sobre o ativismo defensorial, formou-se o seguinte convencimento: (i) Apenas uma forma de interpretação – a extensiva – é adequada quando se discute a legitimidade para a atuação da Defensoria Pública em matéria de direitos fundamentais; (ii) Em havendo pleito de proteção ou promoção de direito social, há presunção *ex constitutione* de legitimidade da Defensoria Pública para atuar no caso concreto, sendo vencida a presunção tão somente se comprovado que o direito ao qual se pleiteia tutela não compõe o núcleo duro da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III da CF/88).

Palavras-chave: Ativismo defensorial. *Custos vulnerabilis*. Defensoria Pública. Direitos sociais.

RESUMEN

La Constitución Federal de 1988 hizo una elección política importante, cuyos reflejos se sienten intensamente con respecto a la realización de los derechos fundamentales: la opción del modelo público de asistencia legal gratuita, que confiere esta tarea al Defensor Público. Desde 1988, la Oficina del Defensor Público ha tomado forma, especialmente con la edición de las Enmiendas Constitucionales n 45/2004, 69/2012, 74/2013 y 80/2014., Que le dio autonomía administrativa y financiera, además de ampliar significativamente su papel. La doctrina de la Oficina del Defensor Público también es un campo fértil, en vista de la adhesión y el reconocimiento de la teoría de las vulnerabilidades de los costos. En esta conjetura, la investigación cuestiona si, junto con el activismo judicial, tan debatido por la doctrina, es posible reconocer la existencia de un activismo defensivo, un concepto que busca consagrar toda esta interpretación amplia del rango de atribuciones del Defensor Público y, a partir de ahí, cuestionar La correlación entre el activismo de incidencia y la efectividad de los derechos sociales. Con respecto al activismo de defensa, se formó la siguiente condena: (i) Solo una forma de interpretación, la extensa, es adecuada cuando se discute la legitimidad para el desempeño de la Oficina del Defensor Público en asuntos de derechos fundamentales; (ii) En caso de protección o promoción del derecho social, existe una presunción de constitución de legitimidad del Defensor Público para actuar en el caso específico, la presunción se vence solo si se demuestra que el derecho a la protección que se busca no es parte del *núcleo duro*. La dignidad de la persona humana (art. 1, III de CF / 88).

Palabras clave: Activismo defensivo. *Custos Vulnerabilis*. Defensor público. Derechos sociales.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO. 1. A DEFENSORIA PÚBLICA COMO FORMA DE CONSAGRAÇÃO DO SISTEMA PÚBLICO DE ASSISTÊNCIA JURÍDICA GRATUITA. 2. A CRISE EFICACIONAL DOS DIREITOS SOCIAIS. 3. ATIVISMO DEFENSORIAL COMO FORMA DE CONSAGRAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS EM TEMPOS DE CRISE. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

INTRODUÇÃO

A pesquisa tem por objetivo primeiro expor um fenômeno de alargamento das atribuições conferidas à A Defensoria Pública, o que vem se observando nos últimos tempos. A partir daí, uma vez compreendido o objeto da pesquisa, analisar-se-á se existe relação entre esse “ativismo defensorial” – nome dado ao fenômeno e a consagração, no plano material, dos direitos sociais.

A pesquisa se justifica pela fundamentalidade do questionamento proposto: a

Defensoria Pública é, por força de previsão constitucional, instituição responsável pela defesa e promoção dos direitos fundamentais dos necessitados, incluído aí os direitos sociais. Desse modo, há relação intrínseca entre a atuação da Defensoria Pública e a tutela da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III da Constituição Federal), justificando-se daí a necessidade de que o estudo sobre o tema seja constante.

A pesquisa se estrutura da seguinte forma: primeiro são apresentados os modelos de prestação de assistência jurídica gratuita, até o ponto da pesquisa em que se debruça sobre o modelo público e, por consequência, a Defensoria Pública pós Constituição Federal de 1988.

A título de antítese, apresentam-se os desafios eficacionais dos direitos sociais, que reclamam uma atuação positiva por parte do Poder Público para que sejam implementados. Ou seja, exigem um fazer.

E esse fazer agora é interpretado sob a luz da Defensoria Pública. Na síntese, é apresentado o chamado “ativismo defensorial”, teoria criada nessa oportunidade, que tem como escopo compreender qual o papel da Defensoria Pública e, especialmente, como dever ser interpretadas as suas atribuições constitucionais.

Desse modo, pretende-se compreender, à luz da necessária tutela dos direitos fundamentais, como deve ser compreendida a atuação da Defensoria Pública.

Isso tudo a partir da utilização da hermenêutica constitucional enquanto método jurídico-filosófico, do método de pesquisa indutivo e da técnica bibliográfica.

1. A DEFENSORIA PÚBLICA COMO FORMA DE CONSAGRAÇÃO DO SISTEMA PÚBLICO DE ASSISTÊNCIA JURÍDICA GRATUITA

Conforme previsto no art. 134 da Constituição Federal, a Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º.

A redação do art. 345, supramencionado, já torna claro o perfil constitucional conferido à da Defensoria Pública, projetado especialmente a partir da edição da Emenda Constitucional de nº. 80/2014: a EC 80/2014, decorrente da Proposta de Emenda à Constituição 247/2013, de autoria dos deputados federais Mauro Benevides (PMDB-CE), Alessandro Molon (Rede-RJ) e André Moura (PSC-SE) e conhecida como PEC Defensoria Para Todos, dentre outros aspectos inclui disposição nos Atos e Disposições Constitucionais Transitórias determinado que “no prazo de oito anos, a União, os estados e o Distrito Federal deverão contar com defensores públicos em todas as unidades jurisdicionais (...)” (artigo 98, parágrafo 1º).

Ademais, a partir da EC 80/2014 verificou-se a projeção da Defensoria Pública a um

patamar normativo inédito, novo perfil constitucional que traz como obrigação ao Poder Público o dever de universalizar o acesso à Justiça e garantir a existência de defensores públicos em todas as unidades jurisdicionais no prazo máximo de oito anos, além de insculpir as seguintes inovações: i) inserção da Defensoria Pública em seção exclusiva no rol das funções essenciais à Justiça, separada, agora, da advocacia; ii) explicitação ampla do conceito e da missão da Defensoria Pública; iii) inclusão dos princípios institucionais da Defensoria Pública no texto constitucional; e iv) aplicação de parte do regramento jurídico do Poder Judiciário, no que couber, à Defensoria Pública, principalmente a iniciativa de lei.

Nessa senda, destaca-se que a inclusão da Defensoria no capítulo destinado às “Funções Essenciais à Justiça” revela a compreensão do constituinte que a Defensoria Pública não se encontra subordinada a qualquer dos Poderes do Estado, sendo-lhe conferida natureza de entidade autônoma, a fim de que possa atuar de maneira ativa na defesa dos direitos humanos dos necessitados.

Esse posicionamento, inclusive, já foi adotado pelo Supremo Tribunal Federal, em voto proferido pelo Ministro Dias Tóffoli, no julgamento da ADI no 5.296 MC/DF, in verbis:

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, estabeleceram-se, a par dos Poderes da República, e logo em seguida ao capítulo reservado ao Poder Judiciário, as denominadas funções essenciais à Justiça. Assim, o Título IV da Constituição Federal versa sobre a Organização dos Poderes: seu Capítulo I trata do Poder Legislativo; o Capítulo II, do Poder Executivo; o Capítulo III, do Poder Judiciário; e o Capítulo IV, das chamadas funções essenciais à Justiça - na Seção I, do Ministério Público; na Seção II, da Advocacia Pública; e na Seção III, da Advocacia e da Defensoria Pública. Verifica-se, então, que, por disposição da Constituição, o Ministério Público, a Advocacia Pública e a Defensoria Pública são instituições que não integram, em minha leitura do texto constitucional, a estrutura de nenhum dos três Poderes. Como funções essenciais à Justiça, estão separadas tanto do Legislativo, quanto do Executivo, quanto do Judiciário. Formam, em verdade, um complexo orgânico de Instituições Constitucionais ou Instituições Primárias do Estado Democrático de Direito. Diogo Esteves e Franklyn Silva, na obra intitulada Princípios institucionais da Defensoria Pública, traçam importantes considerações sobre a distinta posição, no texto da CF/88, das “funções essenciais à Justiça”. (STF - Pleno - ADI no 5.296 MC/DF - Relatora Min. Rosa Weber I Voto proferido pelo Min. Dias Toffoli, decisão: 18-05-2016)

Conforme Franklyn Roger¹, a Defensoria Pública é pensada, no seio da Constituição Federal de 1988, como forma a evitar o arbítrio e o desrespeito aos direitos fundamentais do indivíduo, estando alocada num quarto complexo orgânico, intitulado de “Funções Essenciais à Justiça” (Capítulo IV), ao lado do Ministério Público, da Advocacia Pública e da Advocacia Privada.

O que se verifica é uma “moderna disposição organizacional, decorrente da Evolução do Direito Político e da necessidade de criação de mecanismos de controle das funções

¹ ROGER, Franklyn; ESTEVES, Diogo. Princípios institucionais da Defensoria Pública. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense. 2010.

estatais, garantindo-se o respeito irrestrito aos direitos fundamentais e a perpetuidade incondicional do Estado Democrático de Direito (art. 3º-A da LC no 80/ 1 994)”(2018, p. 69) o que permite a conclusão de que a Defensoria Pública não se encontra vinculada a nenhum dos Poderes Estatais, revelando-se errônea a afirmação de que a Instituição estaria integrada ao Poder Executivo, ao Poder Legislativo ou ao Poder Judiciário. Com efeito, a Defensoria Pública caracteriza-se como uma instituição extrapoder, na medida em que não depende de nenhum dos Poderes do Estado e não pode nenhum de seus membros receber instruções vinculantes de qualquer autoridade pública, sendo verdadeira consagração do modelo público de assistência jurídica gratuita².

2. A CRISE EFICACIONAL DOS DIREITOS SOCIAIS

O Estado brasileiro é, notadamente, um Estado que, no plano econômico, adotou o modelo de Estado Social, ou *Welfare State*³. Tal afirmação torna-se hialina quando se observa o teor da Constituição Federal de 1988, que, conforme é cediço, inaugurou, aqui, o Estado Constitucional Moderno.

Assim, a Constituição Federal de 1988, não apenas representou um salvo-conduto que superou a ditadura ao trilhar os caminhos da democracia, mas, inspirada em o que se denominou ‘supremacia axiológica’⁴, trouxe os direitos fundamentais ao centro da discussão jurídica.

Ademais, no plano jurídico, a promulgação da Constituição Federal representou o deslocamento do núcleo do ordenamento jurídico, uma vez que deixou o antigo Código Civil de “exercer o papel de um direito geral que conferia uma certa unidade dogmática ao ordenamento. Nesse ambiente [...] é que a Constituição passou a ocupar um espaço de preeminência”⁵.

De tudo o que foi dito, destaca-se que a Constituição Federal de 1988, imbuída no movimento de constitucionalização do direito ordinário deu grande destaque à questão dos direitos fundamentais.

Nesse diapasão, os direitos fundamentais passaram a serem considerados cláusulas pétreas e, mais que isso, condição de possibilidade para o desenvolvimento do neoconstitucionalismo, na medida em que estabelecem o mínimo necessário à manutenção da vida dig-

² Modelo adotado pela CF/88 (art. 134). O Poder Público contrata “advogados públicos” (expressão tecnicamente inadequada) para atuar específica e exclusivamente em prol dos hipossuficientes. Nesse último modelo enquadra-se a atuação da Defensoria Pública.

³ O *welfare state*, uma das marcas da “era dourada” de prosperidade do pós-guerra, significou mais do que um simples incremento das políticas sociais no mundo industrial desenvolvido. Em termos gerais, representou um esforço de reconstrução econômica, moral e política. Economicamente, significou um abandono da ortodoxia da pura lógica do mercado, em favor da exigência de extensão da segurança do emprego e dos ganhos como direitos de cidadania; moralmente; a defesa das ideias de justiça social, solidariedade e universalismo. Politicamente, o *welfare state* foi parte de um projeto de construção nacional, a democracia liberal, contra o duplo perigo do fascismo e do bolchevismo. Muitos países se auto-proclamaram *welfare states*, não tanto por designarem desses modo as suas políticas sociais, quanto por promoverem uma integração social nacional. (ESPING-ANDERSEN, 1995, p. 72).

⁴ BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil), 2005, p. 70.

⁵ NOJIRI, Sergio. Neoconstitucionalismo versus Democracia: um olhar positivista. Editora Juruá, Curitiba: 2012, p. 90.

na do indivíduo e de toda a coletividade.

Direitos fundamentais são em certa medida definidos como direitos humanos positivados, em determinado momento, em uma Constituição e, nessa senda, acerca dos direitos humanos, Alexy ⁶confere-lhes a estrutura de princípio como dimensão central de análise de proporcionalidade. Obtempera:

Direitos humanos são direitos abstratos. Eles se referem simpliciter, por exemplo, à liberdade e à igualdade, à vida e à propriedade, à liberdade de expressão e à proteção da personalidade. Como direitos abstratos, os direitos humanos inevitavelmente colidem com outros direitos humanos e com interesses coletivos, como a proteção do meio ambiente e a segurança pública.

Daí porque posicionar-se no sentido de que não obstante a questão da justificabilidade dos direitos humanos ser respondida por sua própria necessidade, tem-se que os direitos, uma vez positivados e, por isso, fundamentais, revestem-se de caráter judiciável. Vale dizer, os direitos fundamentais emanam, sob o prisma do Estado, um dever, seja ele positivo (*Eingriffsverbote*), seja negativo (*Schutzgebote*)..

Haveria, assim, não apenas uma proibição do excesso (*Überrmassverbot*), mas também uma proibição de omissão (*Unterrmassverbot*), e, de forma latente, ambas tuteladas pela Constituição Federal.

Os direitos fundamentais – e cabe aqui mencionar a balizada classificação doutrinária de dimensões de direitos – são percebidos sob as óticas subjetiva e objetiva. A compreensão de uma ótica objetiva é o que, atualmente, possibilita falar em deveres do Estado para com o indivíduo, ou dito de outra forma, em prestações positivas das quais não cabe ao Estado se escusar, ainda que sob a alegação de uma hipotética reserva do possível⁷.

A Constituição Federal de 1988 buscou enfrentar a questão social por meio de uma agenda que garanta um mínimo de condições para os cidadãos e, nesse aspecto, elevou à natureza de norma constitucional “temas como previdência social, assistência social, educação, saúde, geração de emprego, miséria, habitação, transportes, saneamento básico e reforma agrária, são fundamentais”⁸.

Os direitos sociais, por conseguinte, vistos como direito de segunda geração, surgem “a partir dessa lógica constatação, a evolução da dogmática constitucional propiciou significativos avanços acerca da aptidão funcional dos direitos fundamentais, expandindo sua for-

⁶ ALEXY, Robert. A existência dos direitos humanos. In: ALEXY, Robert; BAEZ, Narciso Leandro Xavier; SANDKÜHLER, Hans Jörg et al. (org.) Níveis de efetivação dos direitos fundamentais civis e sociais: um diálogo Brasil e Alemanha. Joaçaba: Unoesc, 2013, p. 67-76.

⁷ A cláusula da “reserva do possível” – ressalvada a ocorrência de *justo* motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade. (STF RECURSO EXTRAORDINÁRIO 482.611 SANTA CATARINARELATOR : MIN. CELSO DE MELLO, 2010).

⁸ MEZZAROBBA, Orides; SOUZA, José Fernando de. O positivismo jurídico: em busca de um novo paradigma emancipador a partir dos conflitos sociais no Brasil. In: Níveis de Efetivação dos Direitos Fundamentais Civis e Sociais: um diálogo Brasil e Argentina. Joaçaba: Editora Unoesc, 2013, p. 476.

ça garantista para além do abstencionismo estatal, exigindo do Estado uma atuação ativa⁹.

Toda essa digressão teórica apenas para salientar que a Constituição Federal de 1988 se destacou das demais constituintes da história brasileira ao conferir aos indivíduos direito potestativo de exigir a concretização, no plano material, do rol de direitos previsto constitucionalmente.

Essa posição de sujeição estatal, característica do constitucionalismo social, acontece a partir da opção legislativa do Constituinte em carregar o texto da Constituição Federal de comandos de agir, no mister de estabelecer, no plano material, o baluarte da justiça social.

Uma vez que os direitos fundamentais são normas para o futuro ou, vale dizer, normas de eficácia mediata e diferida, para que atinjam o plano material dependem a) da atuação positiva do legislador constituído no sentido de complementar sua significação e; b) da consecução de políticas públicas com o intuito de que o mito dos direitos sociais ultrapasse a sua mera normatização.

Nesse jaez, acerca das implicações da relevância dada pelo constituinte aos direitos sociais e sua natureza de princípio-fim, dispõe Mancuso¹⁰:

Ao contemporâneo Estado Social de Direito não mais contenta uma singela divisão em Poderes (palavra que denota um ranço autoritário, ligado a uma concepção arcaica e estática da Autoridade Pública), mas, antes e superiormente, cabe falar numa divisão em Funções, visão mais afinada com a ideia de um Estado retributivo e prestador, engajado socialmente – o ideário do Welfare State – e comprometido com a consecução de metas e programas adrede estabelecidos, no ambiente de uma desejável telocracia.

O amplo rol de direitos sociais previsto na Constituição Federal de 1988 teve como uma de suas consequências a ampliação da atuação do Poder Judiciário, fenômeno conhecido como ativismo judicial. Desta feita, conquanto permite-se o entendimento de que os direitos sociais são judiciáveis, uma vez que, em não sendo implementados no campo fático, Surge para o indivíduo – ou a coletividade – a possibilidade de pleitear a sua consecução em juízo.

Com efeito, passa o Poder Judiciário a condenar o Poder Executivo à prática de determinada conduta ativa. É o que parte da doutrina denomina, em determinada esfera, de invasão constitucional de competências, ou de judicialização da política. Acerca do tema, Habermas:

Orientada por normas fundamentais, a jurisprudência precisa voltar seu olhar, normalmente dirigido para a história institucional da ordem jurídica, para problemas do presente do futuro. Icenborg Maus teme, de um lado, que a justiça intervenha em competências legislativas para as quais ela não possui uma legitimação democrática e que ela promova e confirme, de outro lado, uma estrutura jurídica flexível, a qual vem ao encontro da autonomia dos aparelhos do Estado – de tal modo que a legitimação

⁹ FELDENS, Luciano. Direitos fundamentais e Direito Penal: a Constituição penal. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 44.

¹⁰ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 328.

democrática do direito também pode ser solapada por este lado¹¹.

O ativismo judicial é, por conseguinte, um dos reflexos da crise do *Welfare State*, vez que surge a partir do momento em que – imbuídos pelo princípio do acesso pleno à justiça – cada vez mais indivíduos rompem a inércia do Poder Judiciário com o fim de reclamar por aquilo que está constitucionalmente assegurado.

A manifesta incapacidade do Estado em concretizar de maneira efetiva os direitos sociais ganha relevo na medida em que, não obstante a Constituição Federal traçar os contornos de um Estado Social, o sistema de governo adota uma política neoliberal, aproximando-se do chamado ‘estado mínimo’. Tudo em resposta à crise econômica que acometeu o Ocidente na década de 1990.

Com efeito, na contramão do que está constitucionalmente previsto, inclusive como fundamento da República – haja vista que os direitos fundamentais vem como, em primeiro plano, instrumento à consolidação da dignidade humana – os anos de 1990 rompem, no Brasil, com a teoria keynesianista como resposta às exigências internacionais, tais como do Congresso de Washington, do FMI e do Banco Mundial, adotando por vezes, um modelo liberal de Estado. Como consequência, passou-se a imprimir um novo contorno à visão dos direitos sociais¹². Ademais, há de ressaltar que, nas palavras de Sarlet “a crise do Estado Social de Direito é, também e de certa forma, a crise da democracia”¹³.

Assim, está-se frente a um Estado que prevê, mas não cumpre; vultoso número de indivíduos, que exige seus direitos perante o Poder Judiciário e; por um fim, um Judiciário moroso que, no mister de salvaguardar preceitos constitucionais, com eles esbarra ao estender por demasia seu limite de atuação.

3. ATIVISMO DEFENSORIAL COMO FORMA DE CONSAGRAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS EM TEMPOS DE CRISE

Em sede de síntese, analisa-se a relação entre os desafios eficientes dos direitos sociais e a atuação institucional da Defensoria Pública.

¹¹ HABERMAS, Jürgen. Más allá del estado nacional. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 2003, p. 306.

¹² [...] uma série de direitos garantidos passa a ser revista e, diante de um modelo internacional globalizante, a legislação trabalhista é a primeira a sofrer as consequências com a intensa busca em suprimir os direitos trabalhistas em favor da flexibilização do mercado e a mudança do modelo do Estado-Providência, que passa a ser visto como um ônus excessivo e gerador da crise fiscal que assola os países do Norte e, por via de consequência, os países do Sul devem redirecionar suas agendas para atender aos interesses de uma nova ordem que se instala. No Brasil, a globalização pega o país no contrapé, pois a então recente Constituição de 1988 descreve uma série de direitos sociais, que, passam a ser lidos pela agenda neoliberal como assistencialismo. Dessa forma, a interpretação da Constituição passa a obedecer às regras de um Estado mínimo e, por essa ótica, os direitos são lidos como privilégio que o Estado regulador não pode tolerar e, portanto, a privatização dos serviços públicos é imprescindível para garantir o ajuste fiscal e, principalmente, cumprir com a agenda internacional. (MEZZAROBBA, Ordes; SOUZA, José Fernando de. O positivismo jurídico: em busca de um novo paradigma emancipador a partir dos conflitos sociais no Brasil. In: Níveis de Efetivação dos Direitos Fundamentais Cíveis e Sociais: um diálogo Brasil e Argentina. Joaçaba: Editora Unoesc, 2013, p. 477).

¹³ SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais na constituição de 1988. Revista Diálogo Jurídico. Ano I, vol. I, n. 9. 1, Abril de 2001, p. 4.

Em relação aos direitos sociais, retoma-se o que já foi dito: estes, em razão de sua natureza, exigem uma atuação positiva por parte do Poder Público.

No que toca à Defensoria Pública, partindo-se do art. 134 da Constituição Federal, hialino o seu dever de defesa e proteção dos direitos humanos dos grupos vulneráveis.

Nessa perspectiva, o questionamento passa a ser o seguinte: como deve ser interpretada a atuação da Defensoria Pública em prol da defesa e promoção dos direitos dos necessitados? E a resposta constitucionalmente adequada é apenas uma: de forma ampliativa.

Essa amplitude pode ser observada com construções teóricas que vem ganhando espaço na doutrina e na jurisprudência, a exemplo do *custos vulnerabilis*, do *amicus comunitas* e do *custos libertatis*.

Nessa perspectiva, partindo da lição de Casas Maia¹⁴, entende-se que *custos vulnerabilis* significa que a finalidade institucional da Defensoria Pública se volta, dentre outras, à proteção dos grupos hipossuficientes.

A Defensoria Pública é guardiã dos vulneráveis, sendo interesse institucional a sua defesa, em juízo ou fora dele. Em razão disso, a Defensoria Pública pode atuar de ofício, em nome próprio, sempre que presente interesse de pessoa ou grupo vulnerável, independentemente do questionamento da existência de advogado constituído.

Com a teoria *custos vulnerabilis*, ampliou-se a compreensão da vulnerabilidade, apta a atrair a atuação da Defensoria Pública. Essa não é mais simplesmente econômica, mas organizacional, e deve ser analisada casuisticamente, a fim de se detectar a presença dos chamados grupos hipervulneráveis (mulheres, idosos, crianças, pessoas com deficiência, comunidade LGBTQIA+ etc).

Noutra senda, a ideia de *amicus comunitas* significa que a Defensoria Pública representa interesses de parcela da sociedade (comunidade).

Por fim, *custos libertatis* consigna a possibilidade de a Defensoria Pública intervir sempre no processo penal, ainda que o réu conte com patrono particular, ante a vulnerabilidade do processado frente à acusação.

E não só na doutrina se percebe um avanço da previsão da função institucional da Defensoria Pública, tendo o mesmo movimento sido acompanhado pelo legislador e pela jurisprudência.

Para além das modificações a nível constitucional já mencionadas, destaca-se a Le nº. 11.448/2017 que tornou expressa a legitimidade da Defensoria Pública para propor ação civil pública na defesa de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Destaca-se, inclusive, que esse dispositivo teve sua constitucionalidade questionada pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público, tendo o STF, com acerto, julgado improcedente o pedido (STF. Plenário. ADI 3943/DF, Rel. Min. Cármen Lúcia,

¹⁴ CASAS MAIA, Maurílio. A Defensoria Pública e a tutela de segmentos sociais vulneráveis: a missão constitucional de *custos vulnerabilis*. In: Alves, Jaime Leônidas Miranda. Travessa, Júlia Lordêlo. A Defensoria Pública e os trinta anos da Constituição Federal. V. 1. São Paulo: Editora Biblioteca 24 horas, 2019, p. 403-442.

julgado em 6 e 7/5/2015.).

Em sentido parecido, a Lei 12.313/2010, que modificou a Lei de Execução Penal para fazer constar, em seu art. 16, o dever das unidades da Federação em ter serviços de assistência jurídica, integral e gratuita, pela Defensoria Pública, dentro e fora dos estabelecimentos penais. A mesma lei fez constar expressamente a Defensoria Pública atuando na condição de órgão da execução penal (art. 61, VIII do Código Penal).

Esses preceitos são reformados pelo Código de Processo Civil, em seu art. 186, que estabelece que a Defensoria Pública exercerá a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa dos direitos individuais e coletivos dos necessitados, em todos os graus, de forma integral e gratuita.

Mais que isso, a amplitude da interpretação vem como consectário lógico da percepção que a Defensoria Pública representa a dimensão objetiva¹⁵ do direito fundamental incrustado no art. 5º, LXXIV, da Constituição Federal (o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos;).

De tudo o que foi exposto, fica evidente que nos últimos anos houve um crescimento não propriamente das atribuições da Defensoria Pública, mas da forma com que os atores do sistema de justiça encaram essas atribuições.

Para além da atuação na defesa das diversas espécies de vulnerabilidade, como bem salientado por Casas Maia (2019), é certo que, quando se tratar de direitos sociais, toda a esfera de atuação da Defensoria Pública precisa ser interpretada ampliativamente. E a isso se dá o nome de ativismo defensorial.

Não significa fazer que a Defensoria Pública tem atribuição genérica e abstrata, tendo em vista que sua conformação constitucional e missão institucional não podem se confundir com aquela do Ministério Público.

Contudo, diante da necessária defesa, judicial ou extrajudicial, de direito social, na medida em que este compuser o núcleo duro da dignidade da pessoa humana, deve-se ler ampliativamente a atribuição da Defensoria Pública, haja vista que aquele que reclama a defesa de direito social deve ser, presumidamente, considerado pessoa em situação de vulnerabilidade.

Claro, não é a defesa de todo direito social aprioristicamente pensado que justificado que justifica a atuação da Defensoria Pública, sob pena de desvirtuar a atuação.

Em síntese, ativismo defensorial significa a ideia de que, em havendo necessidade de defesa, judicial ou extrajudicial, de direito social, há uma presunção de legitimidade da atuação da Defensoria Pública, estando afastada essa legitimidade tão somente se comprovado que o direito que se pleiteia não compõe o núcleo duro da dignidade da pessoa humana.

¹⁵ Direitos fundamentais enquanto uma ordem objetiva de valores a serem buscados pelo Estado. Eficácia irradiante dos direitos fundamentais.

“Ativismo defensorial” surge como expressão em contraponto ao judicial, não no sentido de crítica, mas da necessária interpretação extensiva do leque de atribuições da Defensoria Pública e, bem assim, especificamente em relação à defesa e promoção dos direitos fundamentais, mormente os sociais, da presunção *ex constitutione* de legitimidade da Defensoria Pública para tanto.

CONCLUSÃO

A pesquisa parte da construção do chamado “ativismo defensorial”.

Desta feita, se utilizando da hermenêutica constitucional enquanto método jurídico-filosófico, do método de pesquisa indutivo e da técnica bibliográfica, pode-se perceber o seguinte:

(a) A Defensoria Pública foi prevista no art. 134 da Constituição Federal como consagração do modelo público de assistência jurídica gratuita, representação da dimensão objetiva do direito fundamental previsto no art. 5º, LXXIV.

(b) Nos últimos anos, tanto do ponto de vista doutrinário, quando do direito positivo e da jurisprudência, houve uma ressignificação da forma de compreensão da atuação da Defensoria Pública, o que pode ser demonstrando com a menção às teorias do *custos vulnerabilis*, *amicus comunitas* e *custos libertatis*.

c) Os direitos fundamentais, por exigirem do Poder Executivo uma atuação positiva (implementação no caso concreto) sofrem para que sua eficácia ultrapassa o plano estritamente formal, sendo necessário que se construam, a nível acadêmico e prático, soluções a essa crise eficaional.

d) Ao lado do ativismo judicial, percebe-se um fenômeno que se deu o nome de ativismo defensorial, sendo este compreendido sob uma dupla perspectiva:

d1) Apenas uma forma de interpretação é adequada quando se discute a legitimidade para a atuação da defensoria pública em matéria de direitos fundamentais: a interpretação extensiva.

d2) Em havendo pleito de proteção ou promoção de direito social, há presunção *ex constitutione* de legitimidade da Defensoria Pública para atuar no caso concreto, sendo vencida a presunção tão somente se comprovado que o direito ao qual se pleiteia tutela não compõe o núcleo duro da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III da CF/88).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. A existência dos direitos humanos. In: ALEXY, Robert; BAEZ, Narciso Leandro Xavier; SANDKÜHLER, Hans Jörg et al. (org.) Níveis de efetivação dos direitos fundamentais civis e sociais: um diálogo Brasil e Alemanha. Joaçaba: Unoesc, 2013, p. 67-76. _____. La institucionalización de la justicia. Edición y presentación: José Antonio Seoane. Traducción de José Antonio Seoane, Eduardo Roberto Soderoy y Pablo Rodríguez. Granada: Comares, 2005.

_____. Teoria dos Direitos Fundamentais. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil), 2005. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/7547/neoconstitucionalismo-e-constitucionalizacao-do-direito> Acesso em 21/01/2020.

CASAS MAIA, Maurilio. A Defensoria Pública e a tutela de segmentos sociais vulneráveis: a missão constitucional de *custos vulnerabilis*. In: Alves, Jaime Leônidas Miranda. Travessa, Júlia Lordêlo. A Defensoria Pública e os trinta anos da Constituição Federal. V. 1. São Paulo: Editora Biblioteca 24 horas, 2019, p. 403-442.

CAPPELETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à Justiça. Sergio A. Fabris editor, 1988.

FELDENS, Luciano. Direitos fundamentais e Direito Penal: a Constituição penal. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

GOSTA, Esping-Andersen. O futuro do welfare state na nova ordem mundial. Lua Nova: Revista de Cultura e Política. 1995, n.35, pp. 73-111.

HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade. 2. ed. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MEZZAROBBA, Orides; SOUZA, José Fernando de. O positivismo jurídico: em busca de um novo paradigma emancipador a partir dos conflitos sociais no Brasil. In: Níveis de Efetivação dos Direitos Fundamentais Cíveis e Sociais: um diálogo Brasil e Argentina. Joaçaba: Editora Unoesc, 2013.

NOJIRI, Sergio. Neoconstitucionalismo versus Democracia: um olhar positivista. Editora Juruá, Curitiba: 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais na constituição de 1988. Revista Diálogo Jurídico. Ano I, vol. I, n.º. 1, Abril de 2001, Salvador - Bahia, Brasil.

SILVA, Viviani Leite da . A coisa julgada nas ações coletivas. Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção de Grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Prof. Luís Roberto Gomes. 2003.

A DEFENSORIA PÚBLICA COMO GARANTIA FUNDAMENTAL NA DEMOCRACIA: UM ESTUDO COMPARADO ENTRE BRASIL E COLÔMBIA

A DEFENSORÍA PÚBLICA COMO GARANTÍA FUNDAMENTAL EN LA DEMOCRACIA: UN ESTUDIO COMPARATIVO ENTRE BRASIL Y COLOMBIA

Angie Mercedes Serrato Osorio

Mestranda em Direito

Universidade Federal do Ceará (UFC)

Bolsista da Organização dos Estados Americanos (OEA).

Colômbia

adv.angie012@gmail.com

Edilson Santana Gonçalves Filho

Defensor Público Federal

Defensoria Pública da União

Mestrando em Direito (UFC)

Brasil

edilsonsgf@yahoo.com.br

RESUMO

Este trabalho tem como objetivo fundamental apresentar um breve estudo comparado sobre o direito à assistência jurídica gratuita e integral fornecida pelos diferentes modelos de Defensoria Pública adotados no Brasil e na Colômbia, a partir das recomendações feitas pela Organização dos Estados Americanos – OEA. Foi usado o método dedutivo de abordagem, com auxílio de uma pesquisa descritiva e bibliográfica na qual se comparou o alcance dos tipos brasileiro e colombiano, assim como o dialético e qualitativo. Ao final, conclui-se qual dos regimes jurídicos institucionais melhor atende ao direito humano de acesso à justiça e contribui para o desenvolvimento e consolidação do Estado Social e Democrático de Direito.

Palavras-chave: Defensoria Pública. Direito Comparado. Acesso à Justiça. Assistência jurídica. Democracia.

RESUMEN

El objetivo fundamental de este trabajo es presentar un breve estudio de derecho comparado sobre la asistencia jurídica gratuita e integral ofrecida por los diferentes modelos de Defensoría Pública adoptados en el Brasil y en Colombia, a partir de las recomendaciones formuladas por la Organización de los Estados Americanos - OEA. Se utilizó el método

de enfoque dedutivo, com a ajuda de uma investigação descritiva e bibliográfica em la que se comparó el alcance de los tipos brasileño y colombiano, así como el dialéctico y cualitativo. Al final, se concluyó cuál de los regímenes jurídicos institucionales satisface mejor el derecho humano de acceso a la justicia y contribuye al desarrollo y consolidación del Estado Social y Democrático de Derecho.

Palabras clave: Defensoría Pública. Derecho Comparado. Acceso a la Justicia. Asistencia Jurídica. Democracia.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO. 1. A DEFENSORIA PÚBLICA À LUZ DAS RECOMENDAÇÕES DA ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS – OEA. 2. A DEFENSORIA PÚBLICA E A DEMOCRATIZAÇÃO DOS DIREITOS: UM EXERCÍCIO COMPARADO. 2.1. A Defensoria Pública no Brasil. 2.2 A Defensoria Pública na Colômbia. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

INTRODUÇÃO

A necessidade de poder é uma realidade social. No entanto, para seu exercício saudável, o poder encontra na democracia a fórmula de compreensão “de todos” (ou da maioria) em um processo de decisão e organização dos rumos da vida em sociedade. Acontece que o espaço público não é uma mera reprodução dos espaços privados; a política se gradua na sociedade, atribuindo-se às pessoas o poder e a vontade de mudança, de certa forma, nos limites do Estado ou além deles.

À vista disso, como decorrência do contexto histórico, notadamente o ocidental, explicitado pelos eventos que sucederam nos últimos dois séculos, se insere uma preferência pelo Estado Democrático de Direito Social, como atributo da forma-Estado definida pela Carta Política de 1988¹, para o caso do Brasil, e pela Constituição Nacional de 1991², para o caso da Colômbia, com vistas ao seu maior potencial de realização da cidadania, do sentimento republicano e também pelo seu notável respeito aos valores da dignidade da pessoa humana e aos direitos fundamentais: individuais e sociais. Juridicamente, é pelo Estado Democrático de Direito Social desenhado nas constituições que se construíram e se aprimoraram os mecanismos para o exercício do poder.

Entretanto, a realidade mostra que a luta por modificações legislativas é apenas o

¹ A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 declara expressamente o Estado Democrático de Direito já no seu primeiro artigo e abre espaço para os direitos de cunho social nos artigos 6º ao 11 e artigo 193.

² Artigo 1º da Constituição Nacional - “Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general”.

primeiro passo para a efetivação de direitos. O grande desafio, atualmente, é solidificar as instituições democráticas para que sejam capazes de propiciar os caminhos que garantam a inclusão social e a justiça aos que querem ter, ser e poder, como instrumento para a concretização do que foi anunciado pelas Constituições.

Nesta senda, a Defensoria Pública representa uma instituição essencial para o Estado Democrático de Direito, devido ao papel constitucionalmente atribuído de promover a assistência jurídica a uma parcela da sociedade, vulnerabilizada e que tem sido protagonista de um projeto excludente de sociabilidade, com vistas à superação de obstáculo ao acesso à justiça.

Portanto, o foco principal deste documento acadêmico, sem pretender esgotar o tema, é evidenciar, a partir de uma análise comparada, que a existência e o dinamismo da Defensoria Pública são os instrumentos à serviço da construção de uma sociedade civil, onde os valores que definem um Estado democrático de Direito Social avançado (liberdade, igualdade e justiça) alcançam o máximo grau de eficácia a entaves da materialização do direito fundamental de acesso à justiça, aqui representado pela assistência jurídica.

O artigo realiza uma análise comparativa de sistemas diversos de assistência jurídica gratuita atribuídos às Defensorias Públicas no Brasil e na Colômbia como instrumento de acesso à justiça para a população vulnerável, a partir das recomendações feitas pela Organização dos Estados Americanos – OEA. Vislumbra-se pertinência nessa comparação, porque, à primeira vista, são institutos equivalentes na ciência jurídica, com diferenças específicas que, grosso modo, não os distanciam. São instituições que comportam operadores jurídicos e políticos de igual importância em ambos os países, nações com problemáticas sociais similares, sobretudo a desigualdade social, circunstância essa típica dos países latino-americanos e do terceiro mundo.

O método empregado é o dedutivo de abordagem, que permite partir de premissas gerais para se chegar a uma conclusão específica sobre os modelos aqui confrontados. Serve-se, ademais, do método dialético, com o objetivo de buscar possíveis sínteses para as divergências levantadas. Quanto ao procedimento, utiliza-se o método comparativo, fazendo uso da interpretação sistêmica. O tipo de pesquisa é o bibliográfico, a partir de livros e artigos científicos.

É importante ressaltar a ausência de intenção de que a construção discursiva feita com base nos referenciais e nas categorias teóricas escolhidas seja compreendida como única explicação possível ou tomada como pretensão de verdade absoluta. Na realidade, as reflexões ora elaboradas consistem em tentativas de racionalização da matéria, as quais podem servir como horizonte para futuras pesquisas, a confirmar ou a refutar o entendimento esposado sobre o tema em estudo.

1. A DEFENSORIA PÚBLICA À LUZ DAS RECOMENDAÇÕES DA ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS – OEA

Inicialmente, apresenta-se algumas notas, de forma resumida, sobre os institutos da justiça gratuita, da assistência judiciária e da assistência jurídica, devido a que existe na atividade dos juristas - e até mesmo no ordenamento normativo - confusão etimológica entre estes três conceitos, os quais são comumente interpretados como sinônimos, apesar de não os serem, pois cada qual possui o seu próprio significado e função.

De início, a confusão ocorre entre justiça gratuita e assistência judiciária. Até mesmo os textos normativos por vezes confundem tais institutos, como por exemplo, o revogado artigo 4º da Lei n.º 1.060/50, que estabeleceu normas para a concessão de assistência judiciária aos necessitados, ao afirmar que a parte gozará da assistência judiciária quando não puder arcar com os custos econômicos do processo, sendo-lhe conferida a isenção de custas e emolumentos. Este preceito normativo trata do conceito de justiça gratuita e não assistência judiciária.

Visando aclarar a questão, o Código de Processo Civil brasileiro de 2015 (Lei n.º 13.105/2015) revogou expressamente diversos artigos da Lei 1.060/50 (artigo 1.017, III do *codex processualis*), dentre eles o artigo 4º supramencionado, realizando a separação dos institutos, passando a ser a base da regulamentação da “gratuidade da justiça” no Brasil. A regulamentação quanto à “assistência jurídica gratuita” tem seu regramento na Lei Complementar n.º 80/1994 (Lei Nacional da Defensoria Pública), como corolário do artigo 5º, LXXIV, da Constituição Federal.

Nesse complexo cenário de heterogeneidade teórica, conceitual e analítica, seguindo a já tradicional distinção feita por Pontes de Miranda:

Assistência judiciária e benefício da justiça gratuita não são a mesma coisa. O benefício da justiça gratuita é direito à dispensa provisória de despesas, exercível em relação jurídica processual, perante o juiz que promete a prestação jurisdicional. É instituto de direito pré-processual. A assistência judiciária é a organização estatal, ou paraestatal, que tem por fim, ao lado da dispensa provisória das despesas, a indicação de advogado. É instituto de direito administrativo.³

Daí, extrai-se que a justiça gratuita se refere à isenção todas as custas e despesas judiciais e extrajudiciais relativas aos atos indispensáveis ao andamento do processo até o seu provimento final. A assistência judiciária é aquela prestada por um profissional (geralmente indicado pelo juízo processante) visando a realização da defesa em um processo judicial ou para a efetivação de um ato processual.

Por sua vez, a assistência jurídica, conceito mais moderno, é algo mais amplo do que a assistência judiciária, que se cinge a garantir a gratuidade do patrocínio da causa por advogado.

³ MIRANDA, F. C. P. de. **Comentários ao código de processo civil**: arts. 1 a 45, tomo 1. 5. ed. rev. e amp. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 383.

Trata-se de serviço prestado com um campo mais alargado, que vai além da atuação dentro de um processo judicial. É dizer, engloba a assistência judiciária, mas vai além, envolvendo atividades de assistência extrajudicial e a promoção de direitos humanos, permitindo e assegurando, por exemplo, aos assistidos, a possibilidade de receber orientações, esclarecimento de dúvidas e até mesmo um programa de informações a toda a comunidade.

À vista disso, pode-se dizer que enquanto a justiça gratuita se relaciona à dispensa das despesas processuais e extraprocessuais, a assistência judiciária engloba o serviço gratuito de representação, em Juízo, da parte que requer e tem deferida a citada assistência. Por sua vez, a assistência jurídica integral e gratuita é um termo mais amplo, que envolve não somente a assistência judiciária, mas também a consultoria e a orientação jurídica.

Disso decorre a ideia de que, nos Estados contemporâneos é possível identificar, de forma esquemática, quatro modelos de prestação de assistência jurídica: 1) o primeiro é denominado *pro bono*, no qual a assistência é prestada por profissionais liberais (advogados), sem contraprestação monetária. Em razão da ausência de contrapartida pecuniária, costuma-se afirmar que tal modelo é exercido em regime de caridade, por razões humanitárias. 2) o segundo modelo, denominado *judicare*, contempla uma assistência que é prestada por um advogado, porém, nesse caso poderá ocorrer remuneração pelos cofres públicos. 3) O *salaried staff model*, no qual a prestação de assistência é realizada por profissionais que recebem uma remuneração fixa para o desempenho da função como um todo (e não caso a caso, como ocorre no *judicare*), de modo que um corpo de profissionais é remunerado para atuar em todas as causas. 4) Por fim, o modelo *misto*, onde mesclam-se as fórmulas dos sistemas mencionados acima.

Note-se que a figura institucional da Defensoria Pública, objeto central de estudo do presente documento, entendida como uma garantia dos direitos dos juridicamente necessitados, a qual compreende, além da representação em juízo e da defesa judicial, o aconselhamento, a consultoria, a informação jurídica e também a assistência aos carentes em matéria de atos jurídicos extrajudiciais, se enquadra no conceito epistemológico de assistência jurídica - *salaried staff model*, o qual tem ampla adesão dos países sul-americanos, conforme será demonstrado mas à frente.

E é justamente nesse sentido que, através das resoluções AG/RES. 2656 (XLI-O/11), AG/RES. 2714 (XLII-O/12), AG/RES. 2801 (XLIII-O/13) e AG/RES. 2821 (XLIV-O/14), a Organização dos Estados Americanos – OEA, reconheceu a importância fundamental do serviço da Defensoria Pública para a promoção e a proteção do direito ao acesso à justiça de todas as pessoas, em especial daquelas que se encontram em situação especial de vulnerabilidade e, em consequência, recomendou aos Estados membros que já disponham do serviço de assistência jurídica que adotem medidas que garantam que os defensores públicos oficiais gozem

de independência e a instituição de autonomia⁴.

Assim, percebe-se, através da interpretação dos dispositivos acima apontados que a Defensoria Pública deve ter maior combatividade na defesa do juridicamente necessitado, o que só pode ser garantido com a ausência de hierarquia administrativa com os demais órgãos e Poderes, que porventura poderão figurar no polo passivo das ações manejadas pelos defensores públicos, bem como através da discutida estruturação e independência financeira.

Com efeito, não há como falar em fortalecimento e aprimoramento das Defensorias Públicas sem trazer à tona a necessidade da sua efetiva autonomia administrativa, funcional e financeira. A autonomia funcional representa o direito de agir e decidir sem pressões externas vindas de outros órgãos, instituições, Poderes, seguindo somente o preceituado nas leis, Constituição e demais instrumentos regulamentadores. Relaciona-se, portanto, à liberdade que tem cada Defensoria Pública de tomar as decisões que lhe são próprias, subordinando-se apenas à Constituição e às leis, e não a outros órgãos do Estado. Não se confunde com a independência funcional, que, por sua vez, é do membro (do defensor público) e deve ser igualmente garantida, referindo-se à atuação livre de pressões externas e internas, não sofrendo a ingerência para a realização das suas atividades.

Com a autonomia administrativa, a Instituição adquire capacidade para gerir e resolver os assuntos da sua competência e organização interna. Ou seja, a entidade Estatal tem o poder de decidir sobre a situação funcional de seus membros, tanto os da ativa como os inativos; prover os cargos quando necessários, visando maior efetividade dos serviços; adquirir bens para a estruturação, manutenção e consumo das defensorias públicas e decidir a respeito de todos os problemas que surjam no desempenho de suas atividades.

Em relação à autonomia financeira, permite-se à Instituição, em primeiro lugar, ter os recursos próprios necessários para cumprir as funções que a lei impõe e, em segundo lugar, elaborar sua proposta orçamentária, respeitando, evidentemente, os limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias.

Desse modo, note-se que a Organização dos Estados Americanos – OEA pretende que os Estados garantam aos cidadãos assistência jurídica através de uma Defensoria Pública forte e estruturada, dotada de autonomia funcional, administrativa e financeira, com independência de atuação de seus membros, a fim de alcançar a própria garantia e efetividade do regime democrático, já que ela é o elemento pelo qual se irá viabilizar o exercício, por parte de cada cidadão hipossuficiente, dos direitos e garantias individuais que o Constituinte – no Brasil e na Colômbia – preocupou-se em assegurar, consagrando assim a igualdade substancial, independentemente da condição financeira, social, racial ou outro tipo de discriminação negativa.

⁴ Também no sentido de fomentar as Defensorias Públicas Oficiais gratuitas e integrais, como órgãos independentes, com autonomia funcional e financeira, visando fortalecer o acesso à justiça por parte das pessoas em condições de vulnerabilidade, foi expedida Recomendação pelo Conselho do Mercado Comum do MERCOSUL (MERCOSUR/CMC/REC. N° 01/12).

2. A DEFENSORIA PÚBLICA E A DEMOCRATIZAÇÃO DOS DIREITOS: UM EXERCÍCIO COMPARADO

Os direitos sociais possuem direta relação com a dignidade da pessoa humana e com a democracia, já que integram o Estado (Constitucional) Democrático de Direito⁵. Este vínculo se evidencia ainda mais considerando-se que, em certo sentido, todos os direitos fundamentais são sociais, por terem uma dimensão comunitária e serem dependentes, em maior ou menor medida, de prestações estatais para se concretizarem. A mesma fragilidade da qual os direitos sociais se ressentem atinge, também, a democracia, no que concerne à sua efetiva realização para o universo de cidadãos que compõem o projeto de Estado Constitucional, atualmente em sua versão mais avançada, é dizer, Democrático e Social⁶. Neste contexto, a Defensoria Pública se apresenta como instituição vocacionada para promoção e salvaguarda daqueles direitos, enquanto expressão e instrumento do regime democrático, desde que dotada de um perfil que lhe permita o fiel desempenho de sua missão.

Neste quadrante, a Defensoria Pública, constituída como um órgão de assistência jurídica que pretende atingir os fins da democracia, pode ser objeto de um retrato comparativo nas ordens jurídicas da Colômbia e do Brasil, a partir de um exercício acadêmico. Conforme ressalta Carlos Ferreira de Almeida:

O estudo de direito comparado é uma ferramenta útil por várias razões: proporciona um melhor conhecimento do próprio sistema jurídico e de seus institutos, aprimora a interpretação das normas jurídicas, serve de referência para a construção de uma política legislativa melhor qualificada e potencia a compreensão da cultura, dos valores e dos costumes de outros países.⁷

É essa análise que se pretende fazer, ainda que de forma sucinta.

2.1 A Defensoria Pública no Brasil

No Brasil, se fez opção pelo *salaried staff model*, criando um organismo específico, a Defensoria Pública, instituição composta por defensores públicos, selecionados por meio de provas públicas abertas a todos os advogados que comprovarem o exercício de atividade jurídica, que se volta ao desempenho da assistência jurídica integral e gratuita, conforme assinala o artigo 134 da Constituição Federal brasileira. A insuficiente instalação da Defensoria Pública e o alto índice de pobreza no país permite identificar, todavia, no campo prático, algo similar ao modelo *juridicare*, ainda que de forma subsidiária e temporária, através da indica-

⁵ Neste sentido: HÄBERLE, Peter. Dignità dell'uomo e diritti sociali nelle costituzioni degli stati di diritto. 1990. In BORGHI, Marco. **Costituzione e diritti sociali**. Fribourg: Institut du Fédéralisme Fribourg Suisse, 1990. p. 99-100.

⁶ Neste sentido: SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos sociais entre proibição de retrocesso e avanço do poder judiciário? Contributo para uma discussão. In NETTO, Luísa Cristina Pinto; BITENCOURT NETO, Eurico (Coord.) **Direito administrativo e direitos fundamentais: diálogos necessários**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 175-214.

⁷ FERREIRA DE ALMEIDA, Carlos. **Introdução ao Direito Comparado**. Coimbra: Almedina, 1998. p. 93.

ção e remuneração dos denominados “advogados dativos”, aqueles nomeados para a defesa de caso específico no qual a parte é economicamente necessitada, sendo posteriormente remunerados pelo Poder Público pela prática do ato (processo, audiência, apresentação de defesa etc.).

No entanto, trata-se de uma prática em rota de inconstitucionalidade, ou seja, somente se mostra possível diante da ausência de Defensoria Pública efetivamente instalada na localidade e enquanto perdurar essa situação, sendo certo que, nos termos do artigo 98 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, a União, os Estados e o Distrito Federal deverão contar com defensores públicos em todas as unidades jurisdicionais, o que, segundo o dispositivo, deverá ocorrer no prazo de oito anos, a contar de 2014, ou seja, até o ano 2022.

A existência da Defensoria Pública não impede a prestação de assistência voluntária, por razões de humanidade. No sistema brasileiro, contudo, há direito subjetivo à assistência jurídica. Esta é uma importante diferença para o *pro bono*, no qual conta-se com a boa vontade do profissional caridoso, o qual não está impedido de agir altruistamente, mesmo em locais onde a Defensoria esteja efetivamente instalada, porém, não pode ser obrigado a atuar.

Dito em outros termos, o defensor público, no Brasil, não pode, em tese, recusar a atuação em um caso, salvo diante de situações nas quais a própria lei permita e mediante expressa fundamentação, com direito à recurso da parte que solicita a assistência, que pode requerer a reanálise desta decisão que a indefere. É importante pontuar que, diferentemente do que ocorre com a gratuidade da justiça, que é analisada pelo juiz, o deferimento ou não da assistência jurídica fica a cargo do membro da Defensoria Pública.

É possível, por fim, a atuação de escritórios de prática jurídica por meio de convênios com a Defensoria Pública. É ilegal, contudo, a utilização de verbas públicas para o custeio de outro sistema de assistência jurídica gratuita que não o da Defensoria Pública, contrariando o preceito constitucional (artigo 134, *caput*, c/c 5º, LXXIV da Constituição brasileira) que atribuiu a um órgão específico a função. Regulamento a disposição constitucional, o artigo 4º, parágrafo 5º da Lei Complementar 80 de 1994 é claro ao dispor que “a assistência jurídica integral e gratuita custeada ou fornecida pelo Estado será exercida pela Defensoria Pública”.

A salvaguarda normativa visa evitar qualquer tentativa de substituir o modelo constitucionalmente estabelecido, seja por ato comissivo, dando indevida destinação a verbas públicas para a criação ou manutenção de sistema de assistência diverso do instituído pelo constituinte, seja por omissão, afastando-se do dever de estruturar o órgão, o que, ao final, terão o condão de esvaziar ou enfraquecer a própria assistência jurídica gratuita, estatuída pela carta constitucional como direito fundamental.

As origens do cargo de defensor público no Brasil ligam-se ao serviço de assistência anteriormente existente Estado Rio de Janeiro, dentro dos quadros da Procuradoria Geral de Justiça (Lei Estadual 2.188/1954), ou seja, inserido inicialmente na estrutura do Ministério Público. Posteriormente, em decorrência das disposições da Constituição do novo Estado do

Rio de Janeiro de 1975, que fundiu as experiências dos Estados do Rio de Janeiro e da Guanabara, a Lei Complementar Estadual nº 06, de 12 de maio de 1977, criou a Assistência Judiciária como órgão autônomo, com atribuições próprias, cuja chefia da instituição àquela altura se apartava e não mais era subordinada à Procuradoria Geral de Justiça.

A Constituição Federal de 1988⁸, no afã de estabelecer uma instituição constitucionalmente programada à defender os necessitados e peculiar ao Estado Social de Direito, foi a primeira no país a incluir a Defensoria Pública no texto constitucional, como a entidade responsável nacionalmente pela realização da prestação de assistência jurídica integral e gratuita, por meio de um corpo de defensores públicos que seguem regras próprias de seleção, remuneração e atuação.

A experiência observada após oitenta e oito demonstrou a necessidade de aprimoramento da previsão constitucional trazida pela redação inicial da carta, considerando o desenvolvimento institucional e as necessidades que vieram a se apresentar no curso desses anos. A Assembleia Nacional Constituinte já alertava para a necessidade de uma Defensoria Pública autônoma, configurando uma promessa do constituinte⁹. As alterações vieram com as emendas constitucionais 45 de 2004, 74 de 2013 e 80 de 2015, sendo a mais importante delas a autonomia conferida à instituição, o que se mostrou imprescindível à necessária independência de daquela que litiga diariamente com o Poder Executivo, o mesmo que deveria proteger e efetivar direitos fundamentais. Daí o embate institucional, com o fito de fazer efetivos tais direitos, inclusive o próprio acesso à justiça.

A Defensoria Pública brasileira configura categoria que não se confunde com o Ministério Público, Judiciário ou Advocacia. O novo perfil constitucional deixa indubitável que a atividade “defensorial” é única, possuindo traços distintivos, a exemplo da promoção de direitos humanos e da educação em direitos, o que a distingue, inclusive, da advocacia pública e privada.

Assim, a Constituição Federal estabelece a existência de três poderes: Poder Executivo, Poder Legislativo e Poder Judiciário (artigo 2º da Constituição Federal). Ao lado desses, há previsão de duas instituições autônomas: a Defensoria Pública e o Ministério Público (artigos 134, §§ 2º e 3º e 127, §2º da Constituição Federal, respectivamente). Embora a instituição deva ser, por essência, independente (especialmente em razão de suas atribuições e da independência funcional de seus membros, conforme a LC 80/1994), não lhe era atribuída, até a alteração promovida pelas emendas, autonomia funcional, administrativa e a iniciativa de sua proposta orçamentária.

Daí que a instituição em seu atual delineamento é dotada de autonomia, que, em seu

⁸ Para um histórico detalhado da assistência jurídica gratuita no Brasil, ver: GONÇALVES FILHO, Edilson; MAIA, Maurílio Casas; ROCHA, Jorge Bheron. *Custos vulnerabilis: a Defensoria Pública e o equilíbrio nas relações político-jurídicas dos vulneráveis*. Belo Horizonte: CEI, 2020.

⁹ ROCHA, Jorge Bheron. O Histórico do Arcabouço Normativo da Defensoria Pública: da Assistência Judiciária à Assistência Defensorial Internacional. In: *Os Novos Atores da Justiça Penal*. Coimbra: Livraria Almedina, 2016, p. 265-315.

aspecto funcional e administrativo, lhe garante gerenciar seu próprio seu funcionamento, como, por exemplo, a alocação de seus membros, sem ingerências externas de outros órgãos ou Poderes. Além disso, aos defensores públicos se garante a independência funcional. Veja-se, assim, que a autonomia institucional se refere à instituição, à Defensoria Pública. Já a independência funcional é voltada ao membro. A independência funcional do defensor público melhor se concretiza em um ambiente de autonomia da instituição Defensoria Pública.

No tocante à autonomia financeira da Defensoria, a Constituição garantiu tão somente a iniciativa de sua proposta orçamentária, mas não determinou um percentual mínimo de valores que devem ser destinados à instituição por cada ente federativo, como acontece com o Ministério Público. De toda forma, restou assegurado que a proposta será encaminhada pelo Defensor Público-Geral ao Presidente da República, para consolidação – ou seja, sem possibilidade de modificação, salvo se estiver fora dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias – e posterior envio ao Parlamento, assim como ocorre com os demais Poderes e órgãos autônomos.

Neste ponto, importa frisar que a Defensoria Pública brasileira é dividida em vários ramos, que correspondem aos entes federados, seguindo a mesma sistemática de organização atribuída ao Poder Judiciário. Assim, fala-se em Defensoria Pública da União e em Defensoria Pública dos Estados, assim como em Defensoria Pública do Distrito Federal, como ramos institucionais.

Importa destacar, dentro desse cenário, que embora a Lei Complementar 80/1994 seja a norma federal que trata do assunto, ficou reservado ao âmbito legislativo estadual legislar sobre pontos específicos do respectivo ramo da Defensoria, de forma que é possível encontrar divergências no tratamento institucional entre os Estados federados, inclusive no que concerne à previsão de orçamento mínimo e vinculante a ser repassado à Defensoria Pública pelo Poder Executivo.

Como já mencionado, Constituição Federal determinou que, até o ano de 2022, os entes federados deverão contar com defensores públicos em todas as unidades jurisdicionais (segundo o artigo 98, §1º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias). Diante disso, como instituição nacional, a Defensoria Pública deve estar presente em todo o território brasileiro, o que vem sendo implementado paulatinamente, nada obstante sejam grandes as resistências enfrentadas, sendo uma das mais relevantes a ausência de verbas para a expansão, a qual exige a instalação de mais núcleos de atuação e a contratação de mais defensores e servidores. Hoje, a instituição encontra-se em funcionamento em todas as capitais dos Estados da federação e em diversas outras localidades, sendo certo, todavia, que ainda está distante de alcançar a capilaridade necessária ao amplo e efetivo acesso à justiça, em razão de fatores que lhes são externos, mormente a mencionada questão orçamentária.

São inúmeras as funções atribuídas aos defensores públicos, que, além de não serem limitadas por matéria ou campo de atuação (cível, criminal, administrativo, etc.), podem

ocorrer em todos os âmbitos da justiça e instâncias administrativas. Portanto, a atuação é ampla e decorre de três expressões-chave constantes no artigo 134 da Constituição Federal, quais sejam: a Defensoria Pública (1) “como expressão e instrumento do regime democrático”, responsável pela (2) “promoção dos direitos humanos” e (3) “defesa dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita”, dos necessitados.

Para tanto, pode o defensor se valer de uma grande número de instrumentos processuais e extraprocessuais, seja para a defesa de uma pessoa ou de um grupo, podendo atuar tanto como representante da parte, quanto, em alguns casos, em legitimação extraordinária, atuando em nome próprio em defesa de direito alheio, o que ocorre, neste último exemplo, quando se utiliza da denominada ação civil pública, que se volta para a defesa de direitos difusos de uma coletividade¹⁰. Neste aspecto, destaca-se a possibilidade de a Defensoria Pública intervir em processos de terceiros, quando a decisão possa afetar direitos de indivíduos ou grupos vulneráveis, o que vem sendo denominado de intervenção *custos vulnerabilis*, admitida pelo Superior Tribunal de Justiça do Brasil¹¹.

Observa-se então que, no tocante à Defensoria Pública brasileira, suas atribuições não são tipicamente administrativas. Isto porque exerce função essencial à justiça, sendo instituição voltada ao seu pleno acesso e, como decorrência disso, à efetividade dos demais direitos humanos e fundamentais pelos mais necessitados e vulneráveis, historicamente excluídos, se voltando, muitas vezes, contra o próprio Poder Executivo, responsável pela efetivação de direitos fundamentais.

Fruto do Estado Democrático de Direito, caracterizado por ser um Estado Social com tentativas de maior lapidação, a Defensoria Pública brasileira – em seus moldes atuais - revela uma tentativa de dar voz aos vulneráveis. Ela, enquanto instrumento do regime democrático, promove não só a isonomia, mas também a *isegoria*, no sentido grego (ισηγορία), consistente no princípio de igualdade de manifestação dos cidadãos onde se discuta os assuntos da pólis¹². Não por outro motivo é prevista como “expressão e instrumento do regime democrático”, responsável, fundamentalmente, pela promoção dos direitos humanos e pela defesa dos necessitados.

Segundo dados coletados no 2º semestre de 2018 pela Associação Nacional das Defensoras e Defensores Públicos (ANADep), no âmbito das Defensorias Públicas Estaduais (o que engloba a Defensoria de cada Estado federado e do Distrito Federal) o Brasil possui 5.961 membros em atividade, tendo realizado mais de 14 milhões de atendimentos por ano, apesar de só estar presente em quarenta por cento das comarcas (unidades jurisdicionais) do

¹⁰ Sobre o delineamento da Defensoria Pública e sua atuação em causas coletivas, ver: GONÇALVES FILHO, Edilson. **Defensoria Pública e a tutela coletiva dos direitos: teoria e prática**. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2020.

¹¹ Sobre o tema, ver: GONÇALVES FILHO, Edilson; MAIA, Maurílio Casas; ROCHA, Jorge Bheron. **Custos vulnerabilis: a Defensoria Pública e o equilíbrio nas relações político-jurídicas dos vulneráveis**. Belo Horizonte: CEI, 2020.

¹² CHAUÍ, Marilena. O que é pólis? In NOVAIS, Adauto (org.). **O esquecimento da política**. Rio de Janeiro: Agir, 2007.

país¹³. No âmbito federal, dados levantados pela Defensoria Pública da União - DPU apontam que, apesar do período de austeridade vivenciado no Brasil, o número de atendimentos realizados por esta instância até agosto de 2019 havia crescido 15,5% em relação ao mesmo período do ano anterior. Foram 170.883 atendimentos a mais, totalizando, ao final do ano, 1.882.211 atendimentos, contando a instituição com apenas 640 defensores públicos federais, distribuídos em 70 unidades. O número representa menos de trinta por cento dos municípios onde há sede da Justiça Federal e que deveriam contar com a presença da DPU, além de apontar um déficit de cinquenta e cinco por cento quanto ao número de profissionais que seriam necessários para atender a demanda (o que totalizaria 1.403 defensores). Comparativamente com os anos anteriores, verifica-se um incremento no número de atendimentos: 1.611.252 em 2016; 1.792.880 em 2017; 1.830.384 em 2018; 1.882.211 em 2019¹⁴. Em números consolidados, a Defensoria Pública no Brasil, em todos os seus ramos, possui 6.601 defensores públicos, tendo realizado quase 16 milhões de atendimentos em um ano. Diante desse quadro, é perceptível que os defensores públicos no Brasil têm excessiva demanda de trabalho sob sua responsabilidade, pois o volume de tarefas acumuladas por eles é superior àquele que seria adequado para o desempenho de suas atividades.

2.2 A Defensoria Pública na Colômbia

No caso da Colômbia, existem três sistemas de representação para facilitar o acesso à justiça dos cidadãos quando estes não estão em condições de assumir os custos de contratação de um advogado, são estes: 1) a defesa *ex officio*, exercida por advogados particulares nomeados para o efeito e sem direito a remuneração; 2) a defesa pública, realizada por advogados contratados pela *Defensoria del Pueblo*, remunerados pela prestação de seus serviços; 3) a representação por estudantes adscritos a clínicas jurídicas universitárias, os quais não recebem remuneração alguma pelo trabalho que desempenham. No caso destes últimos, a competência para agir está limitada para alguns assuntos, geralmente processos de menor quantia.

No entanto, salvo ao que respeita à *Defensoria del Pueblo*, esta não é a oportunidade de entrar em pormenores sobre cada um deles, bastando assinalar que são vistos como mecanismos jurídicos para a concretização do direito fundamental de acesso à justiça no processo de inclusão social, em um modelo de Estado que se autoproclama como de direito e democrático, mas que simultaneamente convive com um profundo abismo social entre os que têm e os que querem ter, entre os que são e os que querem ser, entre os que podem e os que querem poder.

¹³ ANADEP; APADEP. **Apresentando a Defensoria Pública**: retrato de uma instituição em desenvolvimento. Disponível em: <https://www.apadep.org.br/wp-content/uploads/2018/11/book-defensoria-pu%CC%81blica.pdf>. Acesso em: 23 jun. 2020.

¹⁴ DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO. **Defensoria Pública da União**: passado, presente e futuro. 2. ed. Brasília: Defensoria Pública-Geral da União, 2020.

Na Colômbia, a obrigação do Estado de proporcionar defensores públicos para àqueles que se encontram na impossibilidade econômica ou social de assegurar a defesa dos seus direitos foi outorgada à *Defensoria del Pueblo*, uma espécie de Ouvidoria Nacional de Direitos Humanos, ou *Ombudsman*, criada mediante os artigos 281⁹¹⁵ a 282⁹¹⁶ da Constituição Nacional de 1991, nomeadamente, o nº 4 do artigo 282º, que confiou ao *Defensor del Pueblo* a organização e gestão da Defensoria Pública. Esta função foi exercida em geral pela Lei nº 24 de 1992 e, em particular, pela Lei nº 941 de 2005, mediante as quais criou-se e desenvolveu-se, respectivamente, a Direção Nacional da Defensoria Pública, entidade responsável pela administração e prestação do serviço em concreto.

De maneira ampla, percebe-se que a Direção Nacional da Defensoria Pública é o órgão dentro da *Defensoria del Pueblo*, responsável pelo recrutamento dos Defensores Públicos, através da figura de um contrato de prestação de serviços profissionais. Deve selecionar os profissionais mediante convocatória que é realizada por meio de uma prova escrita, orientá-los à execução de suas atividades e acompanhar os serviços prestados pela Defensoria Pública. Em síntese, observa-se que o órgão será o responsável por administrar o serviço de assistência jurídica dentro da Defensoria.

Por sua parte, a *Defensoria del Pueblo* foi regulamentada pela Lei 24 de 1992, modificada pelo Decreto-Lei 25 de 2014, que estabeleceu as funções do *Defensor del Pueblo* (máxima autoridade desta entidade Estatal), a forma como seria eleito e quem poderia ser eleito, bem como a estrutura orgânica da instituição e o carácter vinculativo dos seus relatórios, entre outras matérias. Da mesma forma, assinala-se que, em princípio, a *Defensoria del Pueblo* era um órgão administrativa e financeiramente autónomo que fazia parte do Ministério Público, exercia as suas funções sob a direção suprema do Procurador-Geral e era essencialmente responsável pela promoção, exercício e divulgação dos direitos humanos (art. 1.º). Contudo, o Ato Legislativo n.º 02, de 1 de julho de 2015, alterou o artigo 281º da Constituição e determinou que “O *Defensor del Pueblo* exercerá sus funções de maneira autónoma “ (artigo 24.º), deixando assim de fazer parte do Ministério Público, como anteriormente indicado.

À vista disso, pode-se afirmar que, na Colômbia assim como no Brasil, a Constituição Nacional indica a existência de três ramos do poder público: Executivo, Legislativo e Judiciário (Art. 113º C.P.). No entanto, para o caso colombiano, além dos organismos que compõem ditos ramos, a *Defensoria del Pueblo* e o Ministério Público, estão constituídos como organismos autónomos e independentes que desempenham as outras funções do Estado. Este último, por sua vez, formado pela Procuradoria-Geral da República e pelas Personerías Municipais (artigo 118º da Constituição). Então, mesmo que a Direção Nacional da Defensoria Pública na Colômbia não constitua um órgão autónomo e independente, a entidade da qual

¹⁵ Artículo 281. El Defensor del Pueblo formará parte del Ministerio Público y ejercerá sus funciones bajo la suprema dirección del Procurador General de la Nación. Será elegido por la Cámara de Representantes para un período de cuatro años de terna elaborada por el Presidente de la República”.

¹⁶ Artículo 282. El Defensor del Pueblo velará por la promoción, el ejercicio y la divulgación de los derechos humanos”.

depende é considerada como tal.

No que respeita ao princípio da independência funcional, ele reflete a autonomia administrativa e financeira que possui a *Defensoria del Pueblo* perante os outros órgãos, não podendo sofrer, dessa maneira, qualquer interferência política visando a prejudicar a sua atuação. A independência e a autonomia estão relacionadas à capacidade institucional de autogestão com patrimônio próprio, isto é, a auto-organização administrativa e financeira para cumprir sua missão, permitindo à instituição vincular-se apenas ao cumprimento da Constituição e das leis e desobrigando-a de cumprir ordens ou recomendações de outros órgãos ou poderes.

Tendo em conta os parágrafos anteriores, pode-se fazer a seguinte reflexão: a autonomia administrativa e financeira da *Defensoria del Pueblo* tem um impacto direto na prestação da assistência que fornece a Direção Nacional da Defensoria Pública, tal como o pretende as recomendações da Organização dos Estados Americanos- OEA, na medida que evita quaisquer pressões, ingerências ou atitudes que venham a ceifar ou embaraçar a obtenção do direito pleiteado pelo assistido, além de configura-se como um instrumento válido e fundamental para a consecução de um serviço institucional, mormente, para a garantia da liberdade de atuação dos membros, defensores públicos, impedindo a reativação da proteção dos direitos dos assistidos por ingerências e interesses governamentais externos.

Neste contexto, é importante ressaltar que o serviço de Defensoria Pública na Colômbia tem a mesma conotação de assistência jurídica gratuita que possui no Brasil, pois é um serviço integral que envolve não somente a assistência judiciária, mas também a consultoria e a orientação jurídica. Em outras palavras, a assistência jurídica que fornece a Direção Nacional da Defensoria Pública engloba a esfera administrativa, tanto na área civil como na criminal, o que inclui recursos administrativos, acompanhamento do inquérito, acompanhamento da lavratura do auto de prisão em flagrante delito e atendimento jurídico carcerário, entre outros.

Seguindo as linhas precedentes, ao fazer uma comparação das atribuições conferidas para as Defensorias Públicas quanto à espécie de direitos para a qual se permite ao membro da instituição atuar, pode-se dizer que, desafortunadamente, na Colômbia, ao contrário do Brasil, o órgão defensorial cinge sua atuação a poucos ramos do direito, pois de conformidade com o artigo 21º da Lei 24 de 1992, o serviço da Direção Nacional da Defensoria Pública só seria prestado em matéria penal, civil, laboral e contencioso administrativo. No entanto, o trabalho dos defensores está essencialmente na área da justiça penal, gerando programas concretos como a implementação do sistema penal acusatório (Lei 906 de 2004), justiça penal ordinária (Lei 600 de 2000), justiça penal militar, assistência nos turnos das unidades de reação imediata (Decreto 1542 de 1997), ou seja, para condenados, indígenas, casas de justiça, entre outros, incluindo unidades especiais de defensores públicos para cassação, revisão e representação judicial de menores.

E justamente neste cenário se pode dizer que a Direção Nacional da Defensoria Pública da Colômbia desde o ano 2007 goza de condições particulares, pois a partir desse ano a entidade dispõe de seus próprios laboratórios de investigação criminal e um corpo de investigadores e criminalistas que prestam assistência permanente aos defensores. Ou seja, a atuação defensorial conta com o apoio de grupos de profissionais que se distinguem pela sua especialidade e possibilidade real de apoiar as intervenções dos defensores, tanto na investigação de campo como durante os juízos orais, o que inclui consultoria, diagnóstico, perícia etc.

Note-se que este tipo de apoio, construído sobre a forma como funciona um Ministério Público, não é encontrado em outros sistemas de defesa conhecidos (tampouco no modelo defensorial do Brasil), o que resulta em diferença significativa em comparação com outros modelos de Defensoria Pública em todo o mundo. Em qualquer caso, é necessário verificar os efeitos que esta plataforma produz, ou seja, o seu funcionamento para a obtenção dos efeitos esperados.

Com respeito aos modelos de Defensoria Pública adotados na Colômbia e no Brasil, observa-se que ambos envolvem a tutela de direitos transindividuais, genericamente considerados, o que permite maior capacidade de transformação social, tornando mais igualitário e eficiente o acesso à justiça, por meio da coletivização das demandas.

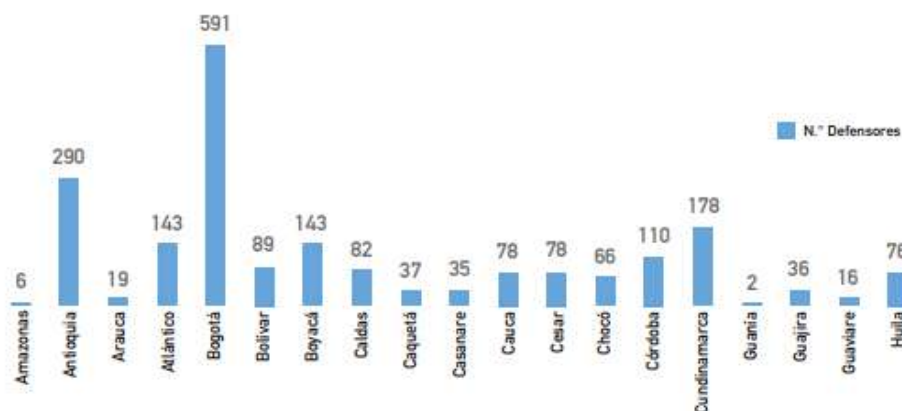
Quanto à extensão dos serviços das Defensorias Públicas em cada unidade nacional, pode-se afirmar que, na Colômbia, assim como no caso do Brasil, deveria haver atendimento em todo o território nacional. Contudo, infelizmente, ainda não saiu do papel esse ideal, pois a efetivação desse serviço, no plano prático, vem encontrando obstáculos. Isso ocorre porque a elite Colombiana não tolera que os pobres discutam os seus direitos em igualdade de condições.

É importante destacar que a dimensão territorial e populacional de cada unidade nacional interfere na almejada completude de acesso à justiça. Por exemplo, o Brasil tem maior população e maior área de extensão do que a Colômbia. Essa circunstância, sem dúvida, tem refletido na implantação do serviço quanto à sua disposição aos cidadãos para o atendimento do maior número de localidades possíveis.

Acerca dos números na Colômbia, de acordo com estatísticas emitidas pelo Sistema de Informação Missionar Vision Web ATQ, no ano 2018, a entidade recebeu 96.174 requerimentos, registados e atendidos pelas Defensorias Regionais, Defensorias Delegadas, o Gabinete de Assuntos Internacionais e a Direção Nacional de Atenção e Trâmite de Reclamações. Deste número, 22.848 correspondem a serviços de assessoria, 38.044 a reclamações e 35.282 a pedidos.

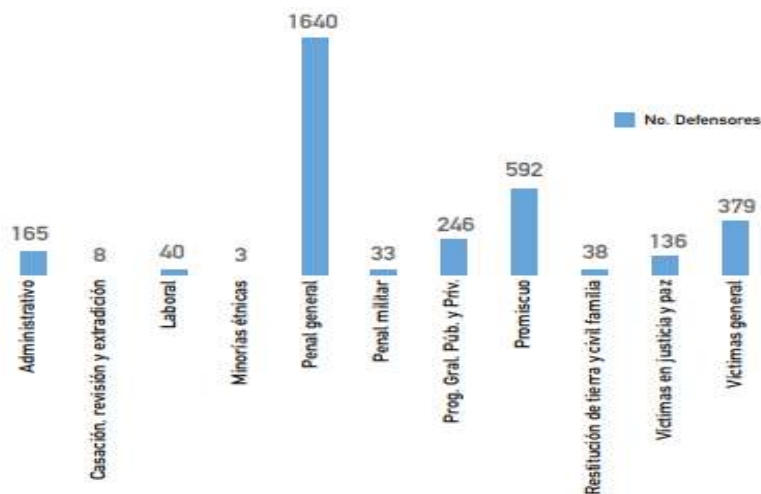
É de notar que até 2018 a entidade contratou os serviços de 3.280 defensores públicos, dos quais 2.195 estavam ligados à área penal, 489 ao direito público e privado e 595 à área especial. Os gráficos abaixo mostram como os operadores do Sistema Nacional de Defesa Pública na colômbia são distribuídos em cada uma das Defensorias Regionais, evidenciando que o serviço é prestado em cada circuito judicial do país:

Gráfico 1. Distribuição da contratação de defensores públicos por região



Fuente: Grupo de Registro y Selección de Operadores, Dirección Nacional de Defensoría Pública.

Gráfico 2. Distribuição da contratação de defensores públicos por programas



Fuente: Grupo de Registro y Selección de Operadores, Dirección Nacional de Defensoría Pública. Fecha: 05 de marzo de 2019.

Nesse sentido, quanto à extensão dos serviços das Defensorias Públicas em cada unidade nacional, pode-se afirmar que, como se observa no gráfico 1, na Colômbia, ao contrário do caso do Brasil, existe atendimento em quase todo o território nacional. Por sua vez, pode-se extrair do gráfico 2 que o trabalho dos defensores está essencialmente focalizado na área da justiça penal. E justamente por essa razão a Direção Nacional da Defensoria Pública da Colômbia desde o ano 2007 goza de condições particulares.

Todo o anterior demonstra que a criação de mecanismos para permitir que qualquer pessoa possa pleitear seus direitos, independentemente de seus recursos materiais, é um dos mais importantes e fundamentais instrumentos de afirmação dos direitos humanos e, conseqüentemente, do desenvolvimento no Estado Democrático de Direito, pois um Estado somente conseguirá se tornar efetivamente democrático, enfrentando, dentre outras, a questão da minoração das desigualdades sociais, que passa, necessariamente, pelo direito humano e fundamental de acesso à justiça, aqui representado pela assistência jurídica prestada pela Direção Nacional da Defensoria Pública.

CONCLUSÃO

À vista do caso estudado e dos argumentos expostos, é possível alcançar algumas importantes conclusões.

Primeiramente, constata-se que a Defensoria Pública representa, de maneira geral, um avanço positivo da democracia, enquanto garantia fundamental. A assistência jurídica para os necessitados, corolário do direito ao acesso à justiça, é instrumento de destacada importância para que se possa alcançar a efetiva igualdade jurídica e fática entre os homens, fundamento da democracia, que se liga à efetivação de direitos fundamentais, inclusive aqueles tidos como sociais. Nesse complexo cenário, mais importante do que a distinção terminológica, o imperioso é que a assistência se concretize e desempenhe a nobre função de humanizar o acesso à ordem jurídica, superando o diminuto papel de mera assistência judiciária. Não se trata, aqui, da garantia meramente formal do direito de ação, mas sim, do acesso efetivo e pleno à justiça, à ordem jurídica, da possibilidade do ser humano conviver em uma sociedade onde o direito é instrumento de exercício do Estado Social e Democrático de Direito.

Nesse sentido, constata-se que Direitos, Justiça e Democracia são conceitos intrinsecamente relacionados. O fortalecimento das Defensorias Públicas, concebida para a garantia dos direitos e do acesso à Justiça por parte das camadas mais vulneráveis da população, passa, nesse sentido, pela efetivação de processos participativos, seja internamente ou mesmo junto à população.

Constata-se que é por meio das Defensorias Públicas que o Brasil e a Colômbia têm cumprindo sua política pública de garantir o acesso à justiça às pessoas desprovidas de recursos para fazer frente aos obstáculos que se apresentam aos mais vulneráveis.

Destaque-se que muitos são os pontos convergentes entre a Defensoria do Brasil e a Defensoria da Colômbia. Trata-se de instituições republicanas e constitucionais. Ambas nasceram no cenário de reconstrução democrática, primadas pela cidadania e respeito à dignidade da pessoa humana. Por isso mesmo, ocupam posição de destaque no âmago da organização política do Estado.

Observou-se que embora a Direção Nacional da Defensoria da Colômbia seja um órgão que está adstrito à *Defensoria del Pueblo* (tipo de Ouvidoria Nacional, que é autônoma), por conexidade aquela também possui autonomia administrativa financeira, tal como pretende as recomendações da Organização dos Estados Americanos-OEA. Quanto à Defensoria do Brasil, ela própria, é instituição dotada de autonomia.

A presença da instituição, tanto no Brasil quanto na Colômbia, revela-se essencial à manutenção do Estado Constitucional, no qual se impõe a promoção da cidadania, da dignidade da pessoa humana e a efetivação dos direitos políticos, econômicos, sociais, culturais e ambientais, com o escopo de concretizar a igualdade substancial, *conditio sine qua non* para a realização de uma sociedade realmente justa e democrática.

No entanto, adverte-se que, na Colômbia, o modelo *salaried staff* foi uma opção mais propriamente voltado a demandas criminais do que para uma política pública de acesso à justiça como instrumento de ampliação de oportunidades e capacidades. Ali, o âmbito de atuação da Defensoria tem um rol limitado de direitos e não preza por uma assistência jurídica integral, pretensão adotada no sistema brasileiro.

A este respeito, é importante assinalar que os defensores públicos, como agentes de promoção da dignidade da pessoa, devem atuar extrajudicialmente, difundindo mecanismos alternativos de solução de controvérsias e, especialmente, participando diretamente junto às comunidades e aos movimentos sociais, inclusive com a colaboração efetiva na educação e capacitação jurídica da população. Essa perspectiva não demonstra ser, a priori, os desígnios da Defensoria Pública da Colômbia, mas sim para a instituição do Brasil.

É de se ver que a insuficiência de Defensores Públicos no Brasil e a existência de unidades jurisdicionais não atendidas impõem restrições e asseveram as desigualdades relativas ao acesso à Justiça nas regiões do país, evidenciando a necessidade de o Estado propiciar os meios para que a instituição se faça presente em todo o território nacional, a fim de que possa realizar a sua missão constitucional. Essa circunstância, como pode-se observar nos gráficos, parece, *a priori*, que vem sendo superada de forma mais célere na Colômbia. Apesar dos avanços, a estágio atual da Defensoria Pública, de forma geral, em ambos os países é incompatível com a importância de suas atribuições, devendo os Estados propiciar os meios para que a instituição se faça presente em todos os âmbitos de atuação (aspecto substancial), assim como em todo o território nacional (aspecto material), a fim de que possa efetivar a assistência jurídica integral e gratuita, concretizando o direito ao acesso à justiça.

Comparativamente, pode-se concluir que o modelo brasileiro, de maneira geral, ainda

que deficitário em alguns pontos e sujeito a críticas, melhor atende ao direito humano de acesso à justiça e contribui para o desenvolvimento e consolidação do Estado Social e Democrático de Direito, contribuindo para a proteção e emancipação dos vulneráveis, o que vai ao encontro do conceito mais alargado de assistência jurídica mencionado neste estudo, que inclui, entre outros aspectos, a função de orientação, a educação em direitos, a tutela individual e a coletiva, assim como coloca os membros da instituição como agentes políticos de transformação social, considerando a instituição como fonte emancipatória e ação impulsora do Estado Democrático de Direito. Isto não significa que o modelo brasileiro não deva buscar inspiração em alguns aspectos adotados pelo colombiano, especialmente naquilo que traga maior salvaguarda aos indivíduos e grupos vulnerabilizados e seja mais favorável aos direitos humanos, privilegiando o princípio *pro homine*.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AIDEF. **Diagnóstico de la defensoría pública en América**. 2012. Disponível em: <<http://www.forumjusticia.com.br/wp-content/uploads/2015/08/Diagnostico-DP.pdf>>. Acesso em: 29 abr. 2020.

ALBUQUERQUE, Felipe Braga. **Direito e Política: pressupostos para a análise de questões políticas pelo judiciário à luz do princípio democrático**. São Paulo: Conceito, 2013.

ALVES, Cléber Francisco. **Justiça para todos! Assistência jurídica gratuita nos Estados Unidos, na França e no Brasil**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006.

ANADEP; APADEP. **Apresentando a Defensoria Pública**: retrato de uma instituição em desenvolvimento. Disponível em: <https://www.apadep.org.br/wp-content/uploads/2018/11/book-defensoria-pu%CC%81blica.pdf>. Acesso em: 23 jun. 2020.

BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

CAVALCANTE, Bruno Braga; ROCHA, Jorge Bheron. A atuação defensorial como amicus democratize: fortalecendo as relações interinstitucionais e prevenindo violações a direitos. **Livro de teses e práticas exitosas**: Defensoria Pública: memória, cenários e desafios.

CONADEP: Rio de Janeiro. 2019. página 159/165

CASAS MAIA, Maurilio. A Defensoria Pública no novo Código de Processo Civil (NCPC): Primeira Análise. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 265, p. 301-341, Mar. 2017.

CASAS MAIA, Maurílio. **Defensoria Pública, Democracia e Processo**. Florianópolis: 2017, p. 121-128.

CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução Ellen Gracie Nothfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993.

CHAUÍ, Marilena. **O que é polícia?** In NOVAIS, Adauto (org.). O esquecimento da política. Rio de Janeiro: Agir, 2007.

DEFENSORIA PUBLICA DE COLOMBIA. **XXVI informe del defensor del pueblo al Congreso de la Republica**. Parte II – informe de gestión. Julio de 2019. Bogotá D. C., Colombia.

DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO. **Defensoria Pública da União: passado, presente e futuro**. 2. ed. Brasília: Defensoria Pública-Geral da União, 2020.

ESTEVES, Diogo; SILVA, Franklyn Roger Alves. **Princípios institucionais da defensoria pública**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

FERREIRA DE ALMEIDA, Carlos. **Introdução ao Direito Comparado**. Coimbra: Almedina, 1998. p. 93.

Córdoba, J. El Defensor del Pueblo. **Antecedentes, desarrollo y perspectivas de la institución del Ombudsman en Colombia**. Bogotá, Colombia: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez C. Ltda., 1992.

FENSTERSEIFER, Tiago. **Defensoria Pública na Constituição Federal**. São Paulo: Forense, 2017.

FERREIRA DE ALMEIDA, Carlos. **Introdução ao Direito Comparado**. Coimbra: Almedina, 1998.

GONÇALVES FILHO, Edilson; MAIA, Maurílio Casas; ROCHA, Jorge Bheron. **Custos vulneráveis: a Defensoria Pública e o equilíbrio nas relações político-jurídicas dos vulneráveis**. Belo Horizonte: CEI, 2020.

GONÇALVES FILHO, Edilson. **Defensoria Pública e a tutela coletiva dos direitos: teoria e prática**. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2020.

GONZÁLEZ, Pedro. A definição constitucional da Defensoria Pública como expressão e instrumento do regime democrático: para além de sua função simbólica. In: ALVES, Cleber

Francisco GONZÁLEZ, Pedro. **Defensoria Pública no Século XXI: Novos horizontes e desafios**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 5-51.

HÄBERLE, Peter. Dignità dell'uomo e diritti sociali nelle costituzioni degli stati di diritto. 1990. In BORGHI, Marco. **Costituzione e diritti sociali**. Fribourg: Institut du Fédéralisme Fribourg Suisse, 1990. p. 99-100.

KETTERMANN, Patrícia. **Defensoria Pública**. São Paulo: Estúdio Editores, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos sociais entre proibição de retrocesso e avanço do poder judiciário? Contributo para uma discussão. In NETTO, Luísa Cristina Pinto; BITENCOURT NETO, Eurico (Coord.) **Direito administrativo e direitos fundamentais: diálogos necessários**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 175-214.

MARCACINI, A. T. R. **Assistência jurídica, assistência judiciária e justiça gratuita**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

MELO, André Luís Alves. Assistência Jurídica nos países de língua espanhola: defesa pública x defensoria del Pueblo. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 518-4864, Teresina, ano 17, n. 3114, 10 jan. 2012.

MERCOSUR/CMC/REC. N° 01/12. Defensa pública oficial autónoma e independiente como garantía de acceso a la justicia de las personas em condiciones de vulnerabilidad. **Revista das Defensorias Públicas do MERCOSUL**, Brasília: Defensoria Pública da União, n.4, p. 136, junho. 2015.

DE MIRANDA, F. C. P. de. **Comentários ao código de processo civil**: arts. 1 a 45, tomo 1. 5. ed. rev. e amp. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 383.

MORAES, G. B. P. **Assistência jurídica, defensoria pública e o acesso à jurisdição no estado democrático de direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997.

LIMA, Frederico Viana de. **Defensoria pública**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2014.

NETO, José Wellington Bezerra da Costa. **Assistência judiciária gratuita: acesso à justiça e carência econômica**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

ROCHA, Jorge Bheron. Defensoria Pública Amicus Democratiae: atuação em prol da afirmação do Estado Democrático de Direito e da prevalência e efetividade dos direitos humanos independentemente de configuração de vulnerabilidades. In: GONÇALVES FILHO, Edilson Santana et al. Trabalhos apresentados no I Painel de Debates do grupo “escrevendo a Defensoria”. **Revista da Defensoria Pública da União**, n. 11, 2018. p. 355-.

ROCHA, Jorge Bheron. **Legitimidade a Defensoria Pública para Ajuizamento de Ação Civil Pública Tendo por Objeto Direitos Transindividuais**. Florianópolis: Empório Modara. 2018.

SADEK, Maria Tereza Aina. Acesso à justiça: porta de entrada para a inclusão social. In LIVIANU, R. (coord.). **Justiça, cidadania e democracia** [online]. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisa Social, 2009. p. 170-180. Disponível em: <http://books.scielo.org>.

SANTOS, Caio Santiago Fernandes. **Defensoria Pública e os movimentos sociais: novas possibilidades de acesso à justiça no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2017.

STUDER, Georgy Louis Schubert. Defensa publica y autonomia. **Revista das Defensorias Públicas do MERCOSUL**, Brasília: Defensoria Pública da União, n.3, p. 114-122, junho. 2013.

MIGRAR É UM DIREITO: MIGRAÇÃO E O SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS¹

MIGRAR ES UN DERECHO: LA MIGRACIÓN Y EL SISTEMA INTERAMERICANO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

Maria Cecília Lessa da Rocha
Doutoranda em Direito pela
Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-RIO).
Mestra em Ciências Jurídicas pela PUC-Rio. Defensora Pública Federal.
maria.rocha@dpu.def.br

Catarina Mendes Valente Ramos
Mestranda em Direitos Humanos e Democracia pela UFPR. Ex-estagiária da DPU/RJ.
catamvramos@gmail.com

Luana Mariani de Aguiar Furtado
Acadêmica de Direito da UERJ. Estagiária da 1ª Defensoria Regional
de Direitos Humanos da DPU/RJ
luanamariani@hotmail.com

RESUMO

O artigo aborda a temática da migração humana como um direito autônomo. Nesse sentido, apresentam-se os fatos e os argumentos em prol do direito humano a migrar, bem como a principal contraposição a essa ideia, que reside na soberania nacional dos Estados. Para demonstrar como o Sistema Interamericano de Direitos Humanos enfrenta o assunto, são apresentados decisões, relatórios e informes da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, bem como sentenças e opiniões consultivas da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que em alguma medida corroboram a nossa conclusão sobre o necessário reconhecimento de que migrar é um direito humano.

Palavras-chave: Migração. Direitos humanos. Sistema Interamericano de Direitos Humanos. *Jus cogens*. Soberania.

RESUMEN

El texto aborda el tema de la migración humana como un derecho autónomo. En este sentido, se presentan los hechos y argumentos a favor del derecho humano a migrar, así

¹ Este artigo é resultado dos encontros e debates das/os participantes do Grupo de Estudos sobre o Sistema Interamericano de Direitos Humanos da Defensoria Pública da União no Rio de Janeiro (DPU/RJ).

como la principal oposición a esta idea, que reside en la soberanía nacional de los Estados. Para demostrar cómo el Sistema Interamericano de Derechos Humanos aborda el asunto, se presentan decisiones, informes e informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, así como sentencias y opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que corroboran en cierta medida nuestra conclusión sobre el reconocimiento de que la migración es un derecho humano.

Palabras clave: Migración. Derechos humanos. Sistema Interamericano de Derechos Humanos. *jus cogens*. Soberanía.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO. 2. POR UM DIREITO HUMANO A MIGRAR. 3. MIGRAÇÃO E A COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. 4. A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E A PROTEÇÃO AOS MIGRANTES. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

INTRODUÇÃO

O fenômeno da migração não é novidade na pauta política, social ou jurídica, embora nunca deixe de ser atual. Individual ou coletivamente, as pessoas sempre migraram, desde os tempos mais remotos, por isso podemos tomar este assunto como algo intrínseco à própria condição humana em sociedade. Daí tamanha atualidade da questão: ela nunca se torna obsoleta, apenas se renova de tempos em tempos, ganhando novos contornos e desafios conforme os avanços e os retrocessos da sociedade no passar das épocas.

A migração consiste no deslocamento do ser humano pelo globo terrestre, de forma temporária ou permanente², e se dá pelos mais variados motivos, como a busca por melhores condições econômicas e sociais, escassez de alimentos, motivações políticas, guerras e conflitos armados, desastres naturais e ambientais, entre outros fatores que ameaçam a sobrevivência. Ao fim e ao cabo, como bem lembra Ventura, as pessoas migram porque buscam a felicidade³, o que se traduz numa vida digna e livre de amarras, algo que pode ser absolutamente inalcançável em determinados contextos políticos, sociais e econômicos de alguns Estados. Mais do que felicidade, pode-se dizer que parcela significativa dos migrantes está à procura de humanidade.

² A nova Lei de Migração brasileira (Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017), em seu artigo 1º, §1º, incisos II e III, nos oferece as definições que diferenciam o imigrante e o emigrante no contexto do Brasil. Assim, o imigrante é definido como a “pessoa nacional de outro país ou apátrida que trabalha ou reside e se estabelece temporária ou definitivamente no Brasil”, enquanto o emigrante é aquele “brasileiro que se estabelece temporária ou definitivamente no exterior”.

³ VENTURA, Deisy. **Migrar é um direito humano**. Opera Mundi, 2014. Disponível em: <https://operamundi.uol.com.br/opiniao/33594/migrar-e-um-direito-humano>. Acesso em 22 mai 2020.

Além disso, a migração pode ser interna ou internacional, conforme o deslocamento se dê dentro das fronteiras do país de origem ou as ultrapasse, mirando um novo Estado. Dá-se, nesse texto, maior enfoque ao migrante internacional, na medida em que as maiores problemáticas sobre o tema se revelam nesse âmbito, em que aparece o embate entre o direito a migrar e a soberania nacional dos Estados. O migrante internacional, portanto, é “toda pessoa que transcende fronteiras com o fim de estabelecer de forma provisória ou permanente em outro país, que não o de origem”⁴.

Pode-se diferenciar a migração como voluntária ou forçada. No primeiro caso, o migrante opta por sair de seu lugar de origem para buscar novas oportunidades em outra região ou país, a fim de realizar um projeto de vida⁵. Nessas situações, pressupõe-se que exista uma margem de escolha para o indivíduo. Já a migração forçada ocorre por motivos alheios à vontade, geralmente pelo temor de perseguição ou por uma conjuntura de risco no país de origem, como é o caso dos refugiados⁶. Ventura ilustra criticamente tal diferenciação:

A diferença entre refugiado e migrante é que o segundo quer partir, enquanto o primeiro não pode ficar. Mas, por vezes, essa diferença não é tão clara. Por exemplo, quando há catástrofes naturais ou grande miséria e desemprego em um país, é difícil dizer se queremos partir ou se não podemos ficar.⁷

Embora a classificação possa ser feita, existe um sem número de situações limítrofes, além de fluxos migratórios mistos, a ponto de ser praticamente impossível caracterizar uma migração como forçada ou voluntária. Por isso defende-se que as lacunas existentes no âmbito jurídico, em relação à tutela dos migrantes, devem ser analisadas para que a proteção seja ampliada⁸.

A realidade é que não só os refugiados experimentam dificuldades em seu deslocamento, mas também os migrantes de forma geral, que enfrentam as mais diversas mazelas durante

⁴ REDIN, Giuliana. Novo marco legal para a política imigratória no Brasil: por um direito humano de imigrar. In: REDIN, Giuliana; MINCHOLA, Luís Augusto Bittencourt (coord.). **Imigrantes no Brasil: proteção dos direitos humanos e perspectivas político-jurídicas**. Curitiba: Juruá Editora, 2015, p. 124.

⁵ MIRANDA, Beatriz Dias. **Migração e impactos psicológicos: diferenças entre migrantes voluntários e migrantes involuntários**. Anais da 56ª Reunião Anual da SBPC, Cuiabá, jul. 2004. Disponível em: http://www.sbpcnet.org.br/livro/56ra/banco_senior/RESUMOS/resumo_275.html. Acesso em 29 mai 2020.

⁶ Quanto à condição de refugiado, segundo a Convenção sobre o Estatuto dos Refugiados de 1951, modificada pelo Protocolo sobre o Estatuto dos Refugiados de 1967, o termo se refere à pessoa que, devido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raça, religião, nacionalidade, pertencimento a determinado grupo social ou opiniões políticas, se encontre fora do país de nacionalidade; ou que, sem nacionalidade, e estando fora do país onde teve residência habitual, não possa, ou por causa de tais temores, não queira regressar a ele. No âmbito Sistema Interamericano, a Declaração de Cartagena de 1984 amplia a definição de refugiado contida na Convenção de 1951, ao incluir as pessoas que tenham fugido dos seus países porque a sua vida, segurança ou liberdade tenham sido ameaçadas por violência generalizada, agressão estrangeira, conflitos internos, violação maciça dos direitos humanos ou outras circunstâncias que tenham perturbado gravemente a ordem pública. Também com alcance regional, a Opinião Consultiva nº 25, de 30 de maio de 2018, da Corte Interamericana de Direitos Humanos, trata do direito humano de buscar e receber asilo no marco do Sistema Interamericano, dispondo sobre a interpretação e o alcance dos artigos 5, 22.7 e 22.8 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

⁷ VENTURA, Deisy. Migrar é um direito. In: *Revista E*, São Paulo, SESC, v. 02, n. 236, fev. 2016. Disponível em: https://www.sescsp.org.br/online/artigo/9732_NOVAS+MIGRACOES. Acesso em 23 mai 2020.

⁸ MENDES, Victor Augusto; GRAJZER, Deborah Esther; FISORI, Raphael Feitosa. Assistência humanitária aos migrantes forçados: definição normativa e recebimento da ajuda humanitária. In: JUBILUT, Liliana Lyra... [et al.]. *Direitos Humanos e vulnerabilidade e o direito humanitário*. Boa Vista: Editora da UFRB, 2019, p. 757.

e após o trânsito, carecendo no mais das vezes das garantias de direitos mais fundamentais reconhecidas internacionalmente. Daí a preocupação da Organização das Nações Unidas (ONU) em lançar, em 2016, a Declaração de Nova York para os Refugiados e os Migrantes⁹, chamando a atenção para uma crise humanitária que atinge milhões de pessoas pelo mundo¹⁰.

Ao defender-se o direito a migrar e a fruição de direitos humanos pelos migrantes, uma questão deve ser tomada como preliminar: a atenção especial para com o vocabulário utilizado no contexto migratório, pois a estigmatização desse grupo de pessoas começa, antes de tudo, com a terminologia das palavras empregadas.

Por exemplo, a referência aos imigrantes “ilegais”, apesar de comum, é marginalizadora. Da mesma forma quando se fala em “crise de refugiados”, cria-se a imagem de que esses indivíduos são um problema a ser solucionado. Esse olhar crítico para a terminologia estigmatizante se revela também na mudança empreendida pelo Brasil, que substituiu o antigo Estatuto do Estrangeiro pela Lei de Migrações de 2017. As alterações na legislação, que tiveram como ponto de partida a mudança de denominação de “estrangeiro” para “migrante”, refletiram o deslocamento do seu próprio conteúdo, antes pautado na segurança nacional, e agora fundamentado, sobretudo, em critérios humanizantes, garantistas¹¹ e no respeito aos direitos humanos.

Vê-se, portanto, que as expressões discriminatórias adotadas, por si só, acabam por retirar os migrantes do escopo de proteção da lei, em contrariedade aos princípios da universalidade, indivisibilidade e inalienabilidade dos direitos humanos¹². Por isso é tão urgente que se lance um olhar humanizado sobre a questão.

2. POR UM DIREITO HUMANO A MIGRAR

Desde o fim da Segunda Guerra Mundial, em 1945, a proteção dos direitos humanos foi alçada à escala internacional, a partir da criação da ONU¹³. Essa nova ordem de proteção internacional foi consagrada com a Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, fundada, sobretudo, no valor da dignidade humana.

Ainda que a Declaração Universal de Direitos Humanos seja, formalmente, uma recomendação da Assembleia Geral das Nações Unidas aos seus membros, não existe hoje qualquer dúvida sobre o caráter vinculante dos direitos humanos nela previstos. Certo é que

⁹ ONU. Declaração de Nova York para os Refugiados e os Migrantes, 2016. Disponível em: <https://www.un.org/pga/70/wp-content/uploads/sites/10/2015/08/HLM-on-addressing-large-movements-of-refugees-and-migrants-Draft-Declaration-5-August-2016.pdf>. Acesso em 02 jun 2020.

¹⁰ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direitos Humanos**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2019, p. 431. E-book.

¹¹ Ibid., p. 432-433.

¹² FARENA, Maritza Natalia Ferretti Cisneros. Algumas notas sobre direitos humanos e migrantes. In: *Jura Gentium - Rivista di filosofia del diritto internazionale e della politica globale*, 2008. Disponível em: <https://www.juragentium.org/topics/migrant/pt/ferretti.htm>. Acesso em 22 mai 2020.

¹³ REZEK, José Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*, 13. ed. rev., aumen. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 253-254.

tais direitos são reconhecidos como normas imperativas de direito internacional geral, o que, juridicamente, denomina-se *jus cogens*¹⁴.

Já o direito humano a migrar, propriamente dito, começou a ser pensado e concretizado, efetivamente, com a criação do Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR), em 1950, cuja função essencial é a tutela dos refugiados, que gozam de proteção especial no âmbito internacional. Os Estados são obrigados a acolher o solicitante de refúgio até que se defina por completo seu estatuto jurídico¹⁵, respondendo a um verdadeiro dever de acolhimento.

Portanto, desde o pós-guerra, os direitos humanos ganharam dimensão muito ampliada, com a proposta de responder às violências dos governos totalitários e à perseguição institucionalizada às minorias.

Diversos diplomas internacionais celebrados a partir de então trouxeram regras protetivas aos migrantes¹⁶. Destaca-se o artigo 13.2 da Declaração Universal de Direitos Humanos, que estabelece que “toda pessoa tem o direito de deixar qualquer país, inclusive o próprio, e a este regressar”. Já a Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros de suas Famílias, prevê, de forma geral, que os direitos humanos são extensíveis a todos os trabalhadores migrantes, independentemente de estarem em situação regular no país.

Esta convenção ainda não foi ratificada pelo Brasil e por boa parte dos países desenvolvidos. Nada obstante, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, na Opinião Consultiva n. 18, determinou que os Estados membros da OEA têm o dever de respeitar e garantir os direitos dos trabalhadores migrantes indocumentados, como se verá com mais detalhes adiante. Isso porque o direito à igualdade pertence ao *jus cogens* internacional e independe da ratificação de tratados específicos para que se imponha aos Estados o dever de observação¹⁷.

Para a proteção aos migrantes, tem relevo o princípio da igualdade e não discriminação, amplamente consagrado nos tratados e convenções de direitos humanos. De fato, todo esse arcabouço protetivo edifica-se sobre a concepção do ser humano como um fim em si mesmo:

¹⁴ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 238-239. Uma definição convencional para o *jus cogens* pode ser extraída do art. 53 da Convenção de Viena sobre o Direitos dos Tratados (1969), segundo o qual não se confere validade a um tratado que, no momento de sua conclusão, conflite com uma norma imperativa de Direito Internacional geral. Define a Convenção que “uma norma imperativa de Direito Internacional geral é uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados como um todo, como norma da qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por norma ulterior de Direito Internacional geral da mesma natureza”.

¹⁵ RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 1.313. E-book.

¹⁶ Alguns exemplos podem ser citados: Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem, 1948, artigos VIII e XXVII; Declaração Universal de Direitos Humanos, 1948, artigos 9, 13 e 14; Protocolo nº 4 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, 1963, artigos 2, 3 e 4; Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, 1966, artigos 12 e 13; Convenção Americana sobre Direitos Humanos, 1969, artigo 22; Carta Africana sobre os Direitos Humanos e dos Povos, 1981, artigo 12; Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros de suas Famílias, 1990, artigo 8º; Convenção da União Africana sobre a Proteção e Assistência às Pessoas Deslocadas internamente na África (Convenção de Kampala), 2009, artigos 3.1.a, 4.1, 4.4, 4.5, 7.5.a e 7.5.d.

¹⁷ RAMOS, André de Carvalho, Op. cit., p. 1.315.

todos, pelo simples fato de terem nascido humanos, são dotados de razão e, também por isso, possuem dignidade intrínseca¹⁸. Por estarem umbilicalmente ligados ao princípio da dignidade humana, os direitos humanos são universais e não se concebem distinções por motivo de sexo ou de raça, ou mesmo entre nacionais e imigrantes.

Este paradigma da modernidade, qual seja, o homem como sujeito de direitos inalienáveis, se desenvolveu simultaneamente à noção de Estado, sobretudo no pensamento iluminista do século XVIII. Fruto das reflexões desse período, define-se para o Estado seus elementos constitutivos: território, povo e governo soberano. Também é neste momento que se consolidam as concepções de “homem”, como sujeito universal, e a de “direitos do homem”. Desde suas origens, portanto, a noção de Estado é tensionada pela ideia da pessoa humana como sujeito de direitos.

O pêndulo da história moderna, que desde o início tendeu à soberania estatal, somente no século XX pendeu para a maior proteção à pessoa, como dito. Além dos tratados internacionais celebrados pelos Estados, de forma a autolimitar sua autonomia, o desenvolvimento da doutrina do *jus cogens* internacional tem importante papel nesse movimento.

Especificamente quanto à proteção ao direito humano a migrar, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, em seu informe dedicado à mobilidade humana nas Américas, ressalta que “a importância da migração como direito se materializou no reconhecimento do que vem sendo denominado como o direito humano de toda pessoa a migrar, tanto interna como internacionalmente, assim como do direito a não migrar forçadamente”¹⁹. Observa-se, contudo, que o direito a entrar, circular e residir em um país, para a Comissão, restringe-se àquelas pessoas que possuem autorização legal para tanto, o que ainda se mostra aquém do que aqui se defende.

Atualmente, o Direito Internacional da Mobilidade Humana não assegura o direito de ingresso em qualquer país, mas somente o direito de sair do país e o direito de buscar asilo²⁰. É neste ponto, possivelmente, que se encontra a maior controvérsia sobre o direito a migrar. Ainda que diversos diplomas internacionais tratem da proteção aos migrantes, e mesmo especialistas e estudiosos reconheçam a migração como direito humano, persiste a oposição do exercício deste direito à soberania dos Estados.

No entanto, é como um desdobramento especial do princípio da igualdade e não discriminação, e com base em normas do *jus cogens* internacional, que se faz pertinente pensar em um direito a migrar autônomo e vindicável nos planos interno e internacional.

Não se trata somente do respeito aos direitos humanos dos migrantes depois de

¹⁸ As bases filosóficas deste pensamento podem ser encontradas, sobretudo, em Kant. Cf. KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*: tradução nova com introdução e notas por Guido Antônio de Almeida. São Paulo: Discurso Editorial: Barcarolla, 2009, p. 243-244.

¹⁹ CIDH. *Derechos humanos de migrantes refugiados, apátridas, víctimas de trata de personas y desplazados internos*: normas y estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 46/15, 2015, p. 39 (tradução livre).

²⁰ RAMOS, André de Carvalho. *Op.cit.*, 2019, p. 1.313.

já estarem instalados no Estado receptor, como de regra está consagrado nos tratados internacionais, mas também de um verdadeiro e autêntico direito humano a migrar. Não se pretende com isso afirmar que o direito a migrar seja absoluto²¹, mas tampouco a soberania dos Estados o é. Busca-se apontar que, de acordo com o direito internacional dos direitos humanos, o direito a migrar pode ser reconhecido autonomamente, a despeito do contexto social, político e econômico do país ou da região de origem do migrante. Isto significa que, independentemente da motivação e das causas, o desejo e o ato de migrar de qualquer pessoa deve ser respeitado e protegido tanto pelo Estado de origem (ou Estado que envia) quanto pelo Estado receptor.

Com o advento da Carta da Organização das Nações Unidas e a posterior Declaração Universal dos Direitos Humanos, a soberania estatal deixou de ser uma carta branca para o exercício do poder do Estado, desde então submetido à garantia da paz e dos direitos humanos²². Entende-se a soberania como um atributo fundamental do Estado, mas as competências estatais por ela conferidas não são ilimitadas, justamente porque existe uma ordem jurídica internacional²³.

Isso quer dizer que, embora nenhuma outra entidade possua competências superiores às conferidas pela soberania estatal, estas encontram o seu limite no âmbito internacional e, sobretudo, no *jus cogens*, com suas características da imperatividade e da indisponibilidade.

Sabe-se que as resistências internas na recepção de imigrantes são encontradas, principalmente, nos países desenvolvidos, como é o caso de boa parte da Europa e dos Estados Unidos. Porém, como bem nota Ventura, uma política migratória restritiva “gera clandestinidades em cascata”. É preciso atentar-se para os malefícios da excessiva restrição ao direito a migrar, pois ao dificultar a entrada regular de migrantes, o Estado facilita todo o sistema de tráfico de pessoas e sustenta o trabalho dos chamados coites, que organizam o cruzamento ilegal das fronteiras²⁴. E é a partir da saída do Estado de origem, passando por todo o percurso até o cruzamento das fronteiras do Estado destinatário, que se verifica o início de uma série de violações de direitos humanos que enfrentam os migrantes, o que não pode ser tolerado em nome da soberania nacional.

Além do mais, a situação migratória irregular favorece outras práticas depois que o

²¹ É possível pensar, por exemplo, que o Estado não reconheça o direito a migrar de uma pessoa em dívida com a Justiça no Estado que envia, como é o caso de um condenado criminalmente que ainda não cumpriu sua pena. No sentido oposto, não se concebe que um Estado, por suposto exercício de soberania, possa impedir o ingresso de migrantes para proteger o mercado de trabalho nacional. Isto porque, sendo a proteção do ser humano o fim de toda e qualquer sociedade, não se mostra legítima a tentativa de impedir que a pessoa busque a felicidade, ou até mesmo a própria sobrevivência, com base em critérios econômicos.

²² ALVES, Angela Limongi Alvarenga; TEMER, Thaís. **Intervenção humanitária e soberania estatal**: uma relativização necessária para a proteção dos direitos humanos? In: JUBILUT, Liliana Lyra...[et al.]. Direitos Humanos e vulnerabilidade e o direito humanitário. Boa Vista: Editora da UFRF, 2019, p. 180-181.

²³ REZEK, José Francisco. *Op. cit.*, p. 259.

²⁴ VENTURA, Deisy. **Migrar é um direito humano**. *Op.cit.*

imigrante já está instalado no Estado receptor, como a exploração de seu trabalho, o difícil acesso à escolarização das crianças e aos sistemas de saúde, o que produz um quadro ainda mais abrangente de violações aos direitos desses indivíduos.²⁵ De fato, a permanência documentada em um país acaba sendo determinante para a fruição de direitos sociais e econômicos do imigrante.

Nessa ordem de ideias, a mobilidade humana é reivindicada como verdadeiro direito por se constituir como um contrapeso ao desequilíbrio econômico e político entre o Norte e o Sul globais²⁶, ou seja, entre os países desenvolvidos e os subdesenvolvidos ou em desenvolvimento. Diante da dinamicidade do mundo contemporâneo bem como da produção de desigualdades sociais em larga escala, não é possível que ainda se defenda o fechamento das fronteiras e a disciplina dos corpos em movimento, mediante a criminalização do migrante ou a sua completa estigmatização²⁷.

Ao passo que o fluxo de migrantes pelo mundo ganha mais volume a cada ano²⁸, as fronteiras dos Estados também se multiplicam, porém, não se tornam impermeáveis. Sob o aspecto fático, o fenômeno da migração continuará ocorrendo pelas mais variadas necessidades que compelem os indivíduos a ingressarem em tamanha jornada, sobretudo dificuldades econômicas e sociais. Ainda que existam limites geográficos pautados na soberania estatal, esse dado nunca impediu as pessoas de migrarem e jamais impedirá. Apesar disso, as condições enfrentadas pelos migrantes continuam sendo extremamente precárias, e no contexto atual de ascensão de governos autoritários e nacionalistas, o quadro ainda se agrava. Daí porque a demanda por uma cidadania global é tão urgente²⁹.

O cerne da questão está no fato de que quanto mais restrições sejam criadas ao direito a migrar, mais violações a direitos humanos se produzem, na medida em que os migrantes em situação irregular são ainda mais vulnerabilizados e impedidos de acessar direitos básicos. É preciso olhar o fenômeno com lentes realistas, reconhecer o direito a migrar e enxergá-lo à luz dos direitos humanos e do direito humanitário, com o propósito de garantir verdadeira inclusão social a todos os migrantes.

²⁵ VENTURA, Deisy. Migrar é um direito. *Op. cit.* Nas palavras da autora, “a livre circulação de pessoas, considerada uma das mais importantes características do nosso tempo, é uma das liberdades mais mal distribuídas no mundo”.

²⁶ GUERTECHIN, Thierry Linard de. Direito a migrar versus soberania dos Estados à luz da ética econômica e social. In: *Revista Interdisciplinar da Mobilidade Humana*, ano XVI, n. 31, 2008, p. 388.

²⁷ MORAES, Ana Luisa Zago de. *Crimigração: a relação entre política migratória e política criminal no Brasil*. São Paulo: IBCCRIM, 2016, p. 306. Nas palavras da autora: “A criminalização das migrações e as medidas administrativas que tornam os indivíduos ilegais e expulsáveis não têm reduzido os fluxos migratórios, ou seja, não são instrumentos eficazes para controlar a mobilidade humana, a própria resistência da multidão ao cativo e a luta contra a sujeição de pertencer a uma nação e dos limites que ela impõe à subjetividade”.

²⁸ Segundo estimativas do Relatório de Migração Global 2020, o mundo tem hoje cerca de 272 milhões de migrantes internacionais. A ONU relata que, em 20 anos de produção desse mesmo relatório, houve um acréscimo de 122 milhões de migrantes internacionais. Disponível em: <https://news.un.org/pt/story/2019/11/1696031>. Acesso em 29 mai 2020.

²⁹ MORAES, Ana Luisa Zago de. *Op. cit.*, p. 46.

3. MIGRAÇÃO E A COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

No âmbito do Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH) muito se avançou no sentido da proteção aos migrantes, em que pese ainda não se possa falar no reconhecimento do direito a migrar como direito autônomo e vindicável no plano internacional.

Nos limites do que se propõe neste artigo, é relevante apontar aspectos fundamentais da proteção conferida pelo SIDH aos migrantes, sob o prisma da atuação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) e da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), pois, acredita-se, é a partir da atuação e da interpretação do direito, cada vez mais protetiva por parte desses órgãos internacionais que se poderá chegar ao reconhecimento do direito a migrar no *corpus juris* interamericano.

A CIDH conta com uma vasta produção no que tange ao direito migratório, seja em relação à apresentação de seus informes temáticos e regionais, seja nos exames de mérito de casos que analisa. Em sua organização interna, conta com uma relatoria específica para cuidar do tema, a Relatoria sobre os Direitos dos Migrantes, que tem como objetivo “promover o respeito e garantia de direitos dos migrantes e suas famílias, solicitantes de asilo, refugiados, apátridas, vítimas de tráfico de pessoas, deslocados internos, assim como outros grupos de pessoas vulneráveis no contexto de mobilidade humana”³⁰.

A Comissão produziu informes temáticos sobre migração nas Américas, com destaque para *Derechos humanos de migrantes, refugiados, apátridas, víctimas de trata de personas y desplazados internos: Normas y Estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, do ano de 2015³¹. Nele, são trazidos os principais conceitos para diversos grupos de pessoas em situação de mobilidade, informando também as fontes de direito que protegem cada uma das supracitadas categorias, bem como as obrigações de respeito e garantia a que estão submetidos os Estados.

Além disso, a Comissão tem analisado o mérito de diversos casos envolvendo a proteção dos migrantes, a partir dos direitos previstos na Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH ou Convenção), em especial o artigo 22, concernente à circulação e à residência. As demandas abarcam desde a prerrogativa de sair livremente de um país com

³⁰ OEA. Relatoria sobre los Derechos de los Migrantes: Mandato y Funciones. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/migrantes/mandato/mandato.asp>. Acesso em 27 mai 2020.

³¹ CIDH. Derechos humanos de migrantes, refugiados, apátridas, víctimas de trata de personas y desplazados internos: Normas y estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. OEA/Ser.L/V/II.Doc. 46/15, de 31 dezembro 2015. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/MovilidadHumana.pdf>. Acesso em 27/05/2020. Dentre os mais recentes, pode-se citar também os informes “Derechos humanos de los migrantes y otras personas en el contexto de la movilidad humana en México”, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 48/13, de 30 de dezembro de 2013; e “Report on immigration in the United States: Detention and due process”, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 78/10, de 30 de dezembro de 2010.

documentos³² e de buscar e receber asilo³³, passando pelas hipóteses de não ser expulso do país do qual é nacional³⁴ ou de limitação à prerrogativa estatal de expulsão de estrangeiros³⁵, até o princípio de não devolução – *non refoulement*³⁶.

Por estar prevista na Carta da Organização dos Estados Americanos (OEA)³⁷, a competência da Comissão não se restringe à CADH, de modo que pode analisar denúncia de violação de direitos humanos em casos concretos mesmo em relação àqueles Estados que não assinaram a Convenção, mas que fazem parte da OEA.

Ante a impossibilidade de analisar detidamente os informes e os diversos casos sobre o tema, optou-se por uma abordagem de caso tendo os Estados Unidos da América (EUA) como objeto de análise. A escolha não é aleatória e tem em conta a importância das questões de direito migratório na fronteira deste país com o México³⁸.

Os Estados Unidos estão submetidos à CIDH no tocante à elaboração de relatórios, bem como ao seu sistema específico de petições, ainda que não tenham ratificado a CADH. Entre 2006 e 2012, a Comissão recebeu 562 petições contra os Estados Unidos; uma média de 80 petições por ano³⁹. Os casos sobre residência de estrangeiros em território norte-americano que agrupamos como temas de imigração, situações de deportação de imigrantes residentes permanentes, imigrantes indocumentados e refugiados correspondiam a 13,43%⁴⁰.

A situação dos migrantes nos Estados Unidos já foi objeto de diversos informes temáticos. Em 2010 foi analisada a questão do respeito ao devido processo legal da detenção de pessoas

³² Em 1983, a CIDH condenou o Estado uruguaio por não renovar o passaporte de um de seus cidadãos, violando assim o direito à residência e ao trânsito do mesmo. Considerou que o direito ao passaporte é uma consequência lógica do direito de sair e regressar ao país natal. [CIDH. Resolução n.º 18/83, caso 2711, Uruguai, 30 de junho de 1983.]

³³ Segundo a CIDH, critérios do Estado Nacional e de Convenções internacionais devem ser observados para que se possa conceder asilo, que é direito de toda pessoa. No caso, os EUA interceptaram e mandaram para o país de origem haitianos que buscavam refúgio no exterior. [CIDH. Informe n.º 51/96, Comité Haitiano de Derechos Humanos et al. vs. Estados Unidos, caso 10.675, 13 de março de 1997].

³⁴ A CIDH reconhece como um direito absoluto viver na pátria, inclusive como um atributo de personalidade. [CIDH. Resolução n.º 11/85, Caso 9269, Chile, 5 de março de 1985].

³⁵ CIDH. Informe n.º 49/99, Caso Loren Laroye Riebe Star, Jorge Barón Guttlein y Rodolfo Izal Elorz vs. México, Caso 11.610, 13 de abril de 1999.

³⁶ CIDH. Informe n.º 51/96, Comité Haitiano de Derechos Humanos et al. vs. Estados Unidos. Op.cit.

³⁷ Art 106. Haverá uma Comissão Interamericana de Direitos Humanos que terá por principal função promover o respeito e a defesa dos direitos humanos e servir como órgão consultivo da Organização em tal matéria

³⁸ Os Estados Unidos, dentre os países do Norte global desenvolvido, é um dos que recebe maior fluxo de migrantes. Em regra, são pessoas que buscam melhores condições de vida e de trabalho. Ao longo de sua história, a política migratória norte-americana oscilou entre atrativa e restritiva à migração, a depender, sobretudo, dos acontecimentos econômicos e necessidade de mão de obra. Atualmente, a política migratória é a mais restritiva possível, com o projeto do governo Trump de construção de uma barreira física, um muro, na fronteira com o México e a ação estatal que ganhou grande repercussão internacional de separar as famílias migrantes, com total desproteção às crianças. A separação das famílias derivou da política de “tolerância zero” anunciada pelo governo Trump através de memorando enviado no dia 6 de abril para promotores federais. Como ação concreta, passou-se a processar criminalmente o maior número possível de imigrantes que entram ou permanecem sem autorização no país. A lei de referência é o Ato de Imigração e Nacionalidade de 1952, que estabelece que uma pessoa que entra nos EUA sem autorização está cometendo um ato infracional, um crime mais leve, que pode ser processado em um tribunal criminal ou civil. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-44584132>. Acesso em 17/06/2020.

³⁹ MAIA, Marrielle; MACIEL, Débora Alves; KOERNER Andrei (org). Os Estados Unidos e a Comissão Interamericana de Direitos Humanos: denúncias, Interações – Brasília: FUNAG, 2017, p. 85.

⁴⁰ Ibidem, p. 86.

migrantes nos Estados Unidos⁴¹, e em 2013 a situação dos migrantes mexicanos ou daqueles que utilizam o México como país de trânsito para chegar ao território estadunidense⁴². O informe mais recente trata da situação dos direitos humanos de famílias, meninos, meninas e adolescentes desacompanhados, refugiados e migrantes nos Estados Unidos⁴³.

A CIDH ressaltou que, no caso de pessoas vulneráveis, como solicitantes de asilo, refugiados, vítimas de tráfico de pessoas, crianças e adolescentes, sobreviventes de tortura, mulheres grávidas, mães lactantes, idosos e pessoas com alguma deficiência física ou mental, os Estados Unidos devem adotar medidas legislativas para garantir que estas pessoas não sejam postas em detenção migratória. A Comissão também recomendou que os Estados Unidos adotassem medidas para facilitar a regularização das pessoas em situação migratória irregular, proporcionassem assistência adicional e suspendessem automaticamente os processos de expulsão em casos de abuso pelas autoridades migratórias⁴⁴.

Essa preocupação se reflete nos relatórios de mérito dos casos analisados pela Comissão Interamericana. Até a produção deste artigo, apenas um caso havia sido apreciado em 2020 – no dia 22 de abril – pela CIDH, envolvendo justamente os Estados Unidos, e concernente à prisão arbitrária durante mais de 11 (onze) anos de um imigrante chamado Djamel Ameziane⁴⁵. Nele, a CIDH expressa sua preocupação quanto à violação do princípio do *non refoulement* dos refugiados, uma vez que coloca em risco os direitos mais básicos do indivíduo, sem uma análise adequada de seus processos individuais⁴⁶.

Caso emblemático acerca dos direitos migratórios tratado pela Comissão Interamericana foi o *Caso dos Trabalhadores Indocumentados vs. Estados Unidos da América*⁴⁷, que versa sobre discriminação de direitos trabalhistas e recursos de emprego devido ao seu status de imigração. Estas demandas na verdade são múltiplas, uma vez que há flagrante discriminação no tratamento dado aos migrantes que se encontram em situação irregular mesmo em

⁴¹ CIDH. Informe sobre migraciones en Estados Unidos: Detenciones y debido proceso = Report on immigration in the United States: Detention and due process. OEA/Ser.L/V/II. Doc.78/10, 2010. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/migrantes/docs/pdf/Migrantes2011.pdf>. Acesso em 27 mai 2020.

⁴² CIDH. Derechos humanos de los migrantes y otras personas en el contexto de la movilidad humana en México. OEA/Ser.L/V/II. Doc.48/13, 2013. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/migrantes/docs/pdf/Informe-Migrantes-Mexico-2013.pdf>. Acesso em 27 mai 2020.

⁴³ CIDH. Situación de derechos humanos de familias, niños, niñas y adolescentes no acompañados refugiados y migrantes en los Estados Unidos de América. OEA/Ser.L/V/II.155 Doc.16, 2015, p. 119. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/migrantes/docs/pdf/Informe-Migrantes-Mexico-2013.pdf>. Acesso em 27/05/2020. A leitura do informe revela que a situação de vulnerabilidade de crianças migrantes nos Estados Unidos não é recente.

⁴⁴ Idem, par. 577.5.

⁴⁵ CIDH. Informe No. 29/20 Caso 12.865 Informe De Fondo (Publicación). Djamel Ameziane v. Estados Unidos. OEA/Ser.L/V/II Doc. 39, 22 de abril de 2020.

⁴⁶ No caso, o sr. Ameziane foi detido ilegalmente na prisão de Guantanamo após buscar refúgio no Afeganistão em decorrência de sua atividade religiosa, de modo que a CIDH ressaltou que: “como lo ha reconocido la Corte Interamericana, la determinación de un reclamo de non refoulement, como la determinación del estatus de refugiado, “implica una valoración y decisión sobre el posible riesgo de afectación a sus derechos más básicos, como la vida, la integridad y la libertad personal. [...] En particular, el cumplimiento de la obligación de non-refoulement necesariamente implica que esas personas no pueden ser [...] expulsadas sin un análisis adecuado e individualizado de sus peticiones, lo que incluye el derecho de apelar cualquier decisión”. [Idem, p. 70/71].

⁴⁷ CIDH. Informe No. 50/16, Caso 12.834, Informe De Fondo (Publicación). Trabajadores Indocumentados Estados Unidos De América. Ser.L/V/II.159 Doc. 59, 30 de Novembro de 2016.

relação aos diversos outros direitos fundamentais que detêm como indivíduos.

Isso pois empregadores consideram que os trabalhadores imigrantes sem documentos não têm direitos legais em contextos diferentes daqueles já reconhecidos pela Suprema Corte dos Estados Unidos⁴⁸, quais sejam, aqueles relacionados à liberdade de associação para trabalhadores indocumentados, o que não abrange outros contextos, como o acesso a indenizações, acidentes de trabalho, discriminação e a responsabilidade em caso de acidente de trabalho.

Um exemplo de uma das vítimas fora o do sr. Zumaya, que após um acidente de trabalho teve que passar por três cirurgias, somando despesas médicas de mais de 35 mil dólares. Do mesmo modo, o sr. Lizalde sofreu um acidente em sua mão, foi operado e, quando foi buscar indenização em decorrência do acidente, foi preso por “fraude documental” – por ter colocado um número de previdência social falso para conseguir seu trabalho –, e deportado para o México, sem se consultar com um médico para medir o tamanho da incapacidade que o acidente lhe causou.

Nesse sentido, a CIDH examinou a demanda frente à proteção dos direitos de igualdade perante a lei, o reconhecimento de personalidade jurídica, direitos civis como um todo, direito à justiça e à previdência social. Também ressaltou que, conquanto Estados e particulares não estejam obrigados a empregar imigrantes indocumentados, uma vez que o façam, devem respeitar a igualdade de condições trabalhistas, de tratamento legal, jurisprudencial e social.

A Comissão observou repetidamente que o direito à igualdade e à não discriminação estabelecido no artigo II é um princípio fundamental do Sistema Interamericano De Direitos Humanos (“SIDH”). O princípio da não discriminação é a espinha dorsal dos sistemas universal e regional de proteção dos direitos humanos. Como em todos os direitos e liberdades fundamentais, a Comissão observou que os Estados não apenas são obrigados a garantir proteção igual perante a lei, mas também devem tomar as medidas legislativas, normativas e outras necessárias para garantir o gozo efetivo dos direitos protegidos pelo artigo II da Declaração Americana. [...] No entanto, ao estabelecer uma relação de trabalho, a Comissão considera que as proteções conferidas por lei aos trabalhadores, com toda a gama de direitos e obrigações cobertas, devem ser aplicadas a todos os trabalhadores sem discriminação, ser documentadas e não documentadas⁴⁹.

Deste modo, resta clara a importância que a Comissão Interamericana de Direitos Humanos tem para demandas que envolvam direitos migratórios. Não apenas por contar com uma relatoria especializada e realizar informes temáticos e regionais, como por ter a atribuição para analisar casos de flagrantes violações de direitos humanos também de países que não assinaram a CADH, como é o exemplo dos Estados Unidos, uma vez que estão vinculados à Comissão pela carta da OEA.

O estudo de caso dos EUA é importante para ressaltar que o direito a migrar, bem

⁴⁸ Caso Hoffman Plastic Compounds, Inc. c. Junta Nacional de Relaciones Laborales, 535 U.S. 137 (2002). CIDH, idem, p. 1.

⁴⁹ Ibidem, p. 19.

como os direitos humanos internacionalmente reconhecidos, são normas imperativas de direito internacional geral, de forma que a omissão desse país em assinar a CADH não o exime de obrigações *jus cogens*.

4. A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E A PROTEÇÃO AOS MIGRANTES

Como a CIDH, a Corte Interamericana de Direitos Humanos tem papel relevante na consolidação de padrões de proteção aos migrantes nas Américas. Ainda que sua jurisprudência não afirme o direito a migrar de forma autônoma, os paradigmas da Corte são fundamentais para assentar o princípio da igualdade e não discriminação, garantindo direitos aos migrantes, com a correlata obrigação de proteção pelos Estados-Partes da OEA.

A Corte possui importantes precedentes sobre o direito dos migrantes e as obrigações dos Estados-Partes na Convenção Americana de Direitos Humanos. Padrões de proteção foram definidos em três Opiniões Consultivas (OC), a OC nº 16, sobre **O Direito à Informação sobre a Assistência Consular no Marco do Devido Processo Legal**, e OC nº 18, sobre **A Condição Jurídica e os Direitos dos Migrantes Indocumentados**, publicadas respectivamente em 1999 e 2003. A OC nº 21, de 2014, solicitada pela Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai, sobre **Direitos e Garantias de Meninas e Meninos no Contexto da Migração e/ou Necessidade de Proteção Internacional**.

No exercício de sua função contenciosa, a Corte também fixou parâmetros para a proteção aos migrantes ao apreciar fatos concretos e até mesmo contextos sistêmicos de discriminação contra imigrantes, como nos três casos contenciosos julgados entre 2005 e 2014, tendo a República Dominicana como parte e haitianos ou dominicanos descendentes de haitianos como vítimas⁵⁰.

Nos limites do que nos interessa neste artigo e com vistas a apresentar alguns dos paradigmas presentes hoje no *corpus juris* interamericano, este tópico trará breves considerações sobre as duas primeiras Opiniões Consultivas da Corte IDH que dizem respeito à proteção dos migrantes, OC nº 16 e OC nº 18, bem como alguns apontamentos quanto à situação de discriminação sistêmica contra imigrantes haitianos e seus descendentes ao abordar o **Caso das Pessoas Dominicanas e Haitianas Expulsas vs. República Dominicana**.

As Opiniões Consultivas 16/99 e 18/03 foram solicitadas pelo México, com fundamento no artigo 64.1 da Convenção Americana. Ambas têm motivação em situações reais vividas por imigrantes mexicanos em território norte-americano⁵¹.

⁵⁰ Refere-se ao *Caso das Crianças Yean e Bosico* (2005), ao *Caso Nadege Dorzema e Outros* (2012) e ao *Caso das Pessoas Dominicanas e Haitianas Expulsas* (2015). Além desses, encontram-se ainda no repertório da Corte IDH na temática Migração, Refúgio e Apátridas o *Caso Vélez Loor vs. Panamá* (2010), o *Caso Família Pacheco Tíneo vs. Estado Plurinacional da Bolívia* (2013) e o *Caso Wong Ho Wing vs. Peru* (2015).

⁵¹ Como já referido, até o momento, os Estados Unidos da América não ratificaram a CADH e não aceitaram a jurisdição contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Na função consultiva, a Corte não aprecia um caso concreto de violação aos direitos humanos, o que não impede que exemplos possam ser levados em conta na análise interpretativa, indicando que o Parecer Consultivo não constitui uma mera especulação acadêmica e que a sua finalidade está justamente em beneficiar de forma concreta a proteção internacional dos direitos humanos⁵².

Na OC n° 16 discutiu-se o direito à informação das pessoas migrantes privadas de liberdade da possibilidade de assistência consular como garantia do devido processo legal, em especial para as pessoas apenadas com a pena de morte⁵³. A análise se deu em torno do artigo 36 da Convenção de Viena sobre Relações Consulares.

A Corte assentou, em primeiro lugar, que o artigo 36 da Convenção de Viena sobre Relações Consulares reconhece ao detido estrangeiro direitos individuais, entre eles o direito à informação sobre a assistência consular, ao qual corresponde o dever correlativo de informar a cargo do Estado receptor.

A Convenção de Viena sobre Relações Consulares não se destinou a tratar de direitos dos cidadãos dos Estados-Partes, “mas garantir às repartições consulares o eficaz desempenho de suas funções em nome de seus Estados respectivos”⁵⁴. A consulta, não obstante, limitou-se a questionar se uma norma desta Convenção (e não todo o tratado) traz uma previsão de proteção à pessoa, ou assim pode ser considerado à luz da jurisprudência consultiva da Corte IDH.

Utilizando-se da interpretação evolutiva no âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos, a Corte entendeu que a norma da Convenção que consagra a comunicação consular tem um duplo propósito: reconhecer o direito dos Estados de assistir os seus nacionais através das atuações do funcionário consular e, de forma paralela, reconhecer o direito correlativo do nacional do Estado que envia de ter acesso ao funcionário consular com o fim de buscar esta assistência⁵⁵, não estando este direito subordinado aos protestos do Estado que envia. Acrescentou-se, assim, mais uma garantia no marco do devido processo legal⁵⁶.

⁵² Quanto à sua função consultiva afirma: “A Corte considera que não deve se pronunciar sobre a apresentação de supostas acusações ou provas contra um Estado, porque no caso de fazê-lo, estaria em contradição com a natureza de sua função consultiva e impediria ao Estado respectivo a oportunidade de defesa no marco do procedimento contencioso. [...] no exercício de sua função consultiva, a Corte não está chamada a resolver questões de fato, mas a elucidar o sentido, propósito e razão das normas internacionais sobre direitos humanos”. O Direito à Informação sobre a Assistência Consular no âmbito das Garantias do Devido Processo Legal. Opinião Consultiva OC-16/99, de 1º de outubro de 1999. Série A Nº 16, par.47.

⁵³ Opinião Consultiva OC-16/99, *idem*, par. 66.

⁵⁴ Prefácio da Convenção de Viena sobre Relações Consulares.

⁵⁵ Em sua sentença, a Corte lembrou que no caso relativo ao pessoal diplomático e consular dos Estados Unidos da América em Teerã, os Estados Unidos da América relacionaram o artigo 36 da Convenção de Viena sobre Relações Consulares com os direitos dos nacionais do Estado que envia. Argumento este acolhido pela Corte Internacional de Justiça. Opinião Consultiva OC-16/99, *Op. cit.*, par. 75.

⁵⁶ A comunicação ao Estado que envia, nos termos do artigo 36.1.b) da Convenção de Viena sobre Relações Consulares, deve ser feita “sem tardar”. Nesse ponto, a interpretação dada pela Corte fixou que a comunicação do Estado Receptor deve ser efetiva e oportuna, ou seja, permitir que o detido obtenha dela um efeito útil à sua defesa e ocorrer no momento processual adequado para tal objetivo. Portanto, o Estado deve cumprir seu dever de informar o detido sobre os direitos que lhe reconhece no momento mesmo de privá-lo de liberdade ou, ao menos, antes de prestar sua primeira declaração perante a autoridade. Opinião Consultiva OC-16/99, *idem*, par. 98 a 106.

Assentado que o artigo 36 da Convenção de Viena sobre Relações Consulares garante ao migrante detido o direito a ser informado quanto à assistência consular, a Corte emitiu opinião afirmando que a inobservância do direito à informação constitui uma violação dos direitos consagrados nos artigos 14 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, 3 da Carta da OEA e II da Declaração Americana.

Quanto às consequências, a Corte fixou que a inobservância do direito à informação do detido estrangeiro, reconhecido no artigo 36.1.b) da Convenção de Viena sobre Relações Consulares, afeta as garantias do devido processo legal e, nestas circunstâncias, a imposição da pena de morte constitui uma violação do direito a não ser privado da vida “arbitrariamente”, nos termos das disposições relevantes dos tratados de direitos humanos, em especial a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (artigo 4), o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (artigo 6), trazendo para os Estados-Partes as consequências jurídicas inerentes a uma violação desta natureza, isto é, as atinentes à responsabilidade internacional do Estado e ao dever de reparação⁵⁷.

A OC nº 16 guarda relevância especial na utilização pela Corte IDH da interpretação evolutiva no âmbito do Direito Interamericano dos Direitos Humanos, permitindo extrair uma norma protetiva aos imigrantes de um tratado de âmbito universal e que não teve como objeto a salvaguarda dos direitos humanos, o que permitiu uma ampliação da proteção aos migrantes, independente da celebração de tratado internacional de direitos humanos.

Na OC nº 18 discutiu-se o status jurídico dos migrantes não documentados no exercício e desfrute de direitos trabalhistas e sua compatibilidade com a obrigação dos Estados americanos de garantir os princípios de igualdade jurídica, não discriminação e proteção igualitária e efetiva da lei, consagrados em instrumentos internacionais de proteção aos direitos humanos. Destaca-se nesse parecer o dever dos Estados-Partes de observância das obrigações impostas pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos, em especial aquela oponível *erga omnes*, em contraste com a consecução de certos objetivos de política interna estatal⁵⁸.

Destaca-se dois aspectos assentados pela Corte: o princípio da igualdade e não discriminação expressando “que existe um dever universal de respeitar e garantir os direitos humanos, emanado daquele princípio geral e básico”⁵⁹ e seu caráter de *jus cogens*.

⁵⁷ A Corte também se manifestou quanto ao alcance do dever estatal de informar, reiterando que o dever de observar a norma internacional se impõe aos Estados independente de sua forma de organização interna: “as disposições internacionais que dizem respeito à proteção dos direitos humanos nos Estados americanos, inclusive a consagrada no artigo 36.1.b) da Convenção de Viena sobre Relações Consulares, devem ser respeitadas pelos Estados americanos partes das respectivas convenções, independentemente de sua estrutura federal ou unitária”. Opinião Consultiva OC-16/99, *ibidem*, par. 141 (ponto resolutivo n. 8).

⁵⁸ O pedido de parecer do México versou sobre a interpretação das seguintes normas internacionais: os artigos 3.1 e 17 da Carta da Organização dos Estados Americanos; o artigo II (Direito de Igualdade perante a Lei) da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem; os artigos 1.1 (Obrigação de Respeitar os Direitos), 2 (Dever de Adotar Disposições de Direito Interno), e 24 (Igualdade perante a Lei) da Convenção Americana; os artigos 1, 2.1 e 7 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, e os artigos 2.1, 2.2, 5.2 e 26 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. *Condição Jurídica e Direitos dos Migrantes Indocumentados*. Opinião Consultiva OC-18/03, 17 de setembro de 2003. Série A Nº 18, par. 3.

⁵⁹ Opinião Consultiva OC-18/03, *idem*, par. 86.

Ao abordar o princípio da igualdade e não discriminação, a Corte utilizou os termos distinção e discriminação, empregados, respectivamente, para indicar a diferenciação jurídica admissível, em virtude de ser razoável, proporcional e objetivo, em oposição à diferenciação inadmissível, por violar os direitos humanos.

Enquanto a expressão discriminação faz referência a toda exclusão, restrição ou privilégio que não seja objetivo e razoável, que redunde em prejuízo aos direitos humanos, a distinção entre as pessoas feita a partir de aspectos justificáveis, de forma objetiva e razoável, pode significar maior proteção aos direitos humanos, em especial quando se propõe a contrabalancear desigualdades de fato, constituindo-se em um instrumento para a proteção de quem deva ser protegido, considerando a situação de maior ou menor vulnerabilidade em que se encontra⁶⁰.

O passo seguinte foi determinar se o princípio de igualdade e não discriminação tem caráter de *jus cogens*. Diz a Corte que “[o] conceito de *jus cogens* esteve em suas origens vinculado particularmente ao direito dos tratados. Tal como está formulado o *jus cogens*, no artigo 53 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, ‘[é] nulo um tratado que, no momento de sua conclusão, conflite com uma norma imperativa de Direito Internacional geral’. Por sua vez, o artigo 64 da mesma Convenção se refere ao *jus cogens* superveniente, ao afirmar que ‘[s]e sobreviver uma nova norma imperativa de Direito Internacional geral, qualquer tratado existente que estiver em conflito com essa norma torna-se nulo e extingue-se’”. Quanto ao direito internacional dos direitos humanos prossegue a Corte em seu Parecer:

Ao se referir, em particular, à obrigação de respeito e garantia dos direitos humanos, independentemente de quais destes direitos estejam reconhecidos por cada Estado em regras de caráter interno ou internacional, a Corte considera evidente que todos os Estados, como membros da comunidade internacional, devem cumprir essas obrigações sem discriminação alguma, o que se encontra intrinsecamente relacionado ao direito a uma proteção igualitária perante a lei, que por sua vez decorre “diretamente da unidade de natureza do gênero humano e é inseparável da dignidade essencial da pessoa”. O princípio de igualdade perante a lei e não discriminação se estende a toda atuação do poder do Estado, em qualquer de suas manifestações, relacionada com o respeito e garantia dos direitos humanos. **Este princípio pode ser considerado efetivamente como imperativo do Direito Internacional geral, visto que é aplicável a todo Estado, independentemente de que seja parte ou não em determinado tratado internacional, e gera efeitos com respeito a terceiros, inclusive a particulares.** Isso implica que o Estado, seja no âmbito internacional ou em seu ordenamento interno, e por atos de qualquer de seus poderes ou de terceiros que atuem sob sua tolerância, aquiescência ou negligência, não pode atuar contra o princípio de igualdade e não discriminação, em detrimento de um determinado grupo de pessoas.⁶¹

⁶⁰ Opinião Consultiva OC-18/03, *ibidem*, par. 84 e 89 a 91. Esta é a ideia que está na base, por exemplo, das políticas de ações afirmativas e observa o princípio de justiça distributiva.

⁶¹ Opinião Consultiva OC-18/03, *idem*, par. 100 (Grifo nosso).

O princípio de igualdade e não discriminação é, portanto, norma internacional de caráter *jus cogens*, obrigando os Estados americanos, nos planos interno e internacional, independentemente de serem partes de tratados internacionais de direitos humanos⁶².

Como consequência da força cogente do princípio de igualdade e não discriminação, para além de lhes ser interdito a adoção de leis ou políticas discriminatórias, os Estados estão obrigados a adotar medidas positivas para reverter ou mudar situações discriminatórias existentes em suas sociedades em detrimento de determinado grupo de pessoas, o que implica num dever especial de proteção que o Estado exerce a respeito de atos e práticas de terceiros que, sob sua tolerância ou aquiescência, criem, mantenham ou favoreçam as situações discriminatórias.

Em que pese reconhecer que “a situação regular de uma pessoa em um Estado não é condição necessária para que este Estado respeite e garanta o princípio da igualdade e não discriminação”, a Corte assentou que o Estado pode conceder um tratamento distinto entre os migrantes documentados e os imigrantes indocumentados, ou entre migrantes e nacionais, desde que esse tratamento diferenciado seja razoável, objetivo, proporcional, e não lese os direitos humanos⁶³.

Ao assim decidir quanto à interpretação da norma internacional, especialmente por verter esta possibilidade de “tratamento distinto” em termos amplos, a Corte IDH ainda se afasta da posição defendida no presente artigo, de que o direito a migrar é direito humano autônomo e vindicável internacionalmente, que não pode ser limitado senão para salvaguarda e segurança das próprias pessoas⁶⁴.

Quanto ao preciso ponto da consulta, a condição jurídica e direitos dos migrantes indocumentados em suas relações de trabalho, a Corte sublinhou a maior vulnerabilidade dos trabalhadores migrantes em relação aos trabalhadores nacionais. De par com toda a fundamentação sobre o princípio da igualdade e não discriminação, a Corte assentou que a qualidade migratória de uma pessoa não pode constituir, de nenhuma maneira, uma justificativa para privá-la do desfrute e do exercício de seus direitos humanos, entre eles os de caráter trabalhista.

O migrante, ao assumir uma relação trabalhista, adquire direitos por ser trabalhador, que

⁶² Diz o Parecer: “Em concordância com isso, este Tribunal considera que o princípio de igualdade perante a lei, igual proteção perante a lei e não discriminação, pertence ao *jus cogens*, já que sobre ele descansa todo o arcabouço jurídico da ordem pública nacional e internacional e é um princípio fundamental que permeia todo ordenamento jurídico. Atualmente, não se admite nenhum ato jurídico que entre em conflito com este princípio fundamental. Não se admitem tratamentos discriminatórios em detrimento de nenhuma pessoa, por motivos de gênero, raça, cor, idioma, religião ou convicção, opinião política ou de outra natureza, origem nacional, étnica ou social, nacionalidade, idade, situação econômica, patrimônio, estado civil, nascimento ou qualquer outra condição. Este princípio (igualdade e não discriminação) faz parte do Direito Internacional geral. Na atual etapa da evolução do Direito Internacional, o princípio fundamental de igualdade e não discriminação ingressou no domínio do *jus cogens*”. Opinião Consultiva OC-18/03, *idem*, par. 101.

⁶³ *Idem*. par. 119.

⁶⁴ Entende-se inadmissível que se restrinja a liberdade de circulação e residência para imigrantes que buscam melhores condições de vida e de trabalho, sendo atentatória ao direito de migrar qualquer política de restrição à imigração que supostamente vise salvaguardar a “segurança nacional”, a “comunidade nacional” ou o “mercado de trabalho interno”.

devem ser reconhecidos e garantidos, independentemente de sua situação regular ou irregular no Estado de emprego. Estes direitos são consequência da relação trabalhista.⁶⁵

Mesmo diante do caráter privado da relação de trabalho, a Corte estabeleceu que a obrigação de respeito e garantia dos direitos humanos, que normalmente tem seus efeitos nas relações entre os Estados e os indivíduos submetidos à sua jurisdição, também projeta seus efeitos nas relações interindividuais. Desta forma, a violação a direitos humanos em meio a uma relação entre particulares pode ensejar para o Estado-Parte a responsabilidade internacional⁶⁶.

Não restam dúvidas de que os padrões firmados pela Corte IDH nas Opiniões Consultivas aqui tratadas são de suma importância para a proteção aos direitos humanos dos migrantes, sobretudo por suas repercussões sobre o devido processo legal em favor dos não-nacionais. Contudo, ainda nesta seara é preciso avançar para que se possa reconhecer de forma autônoma o direito a migrar.

As sentenças, diferente dos pareceres consultivos, resultam do juízo feito pela Corte quando da violação de determinado direito ou direitos humanos por um certo Estado-Parte na CADH, que aceite sua jurisdição contenciosa. Nessa função a Corte está diante de casos concretos de suposta violação, devendo empreender a análise direta dos fatos comprovados. Trata-se do exercício da função jurisdicional propriamente dita.

O conhecimento das sentenças da Corte IDH em matéria de proteção aos migrantes é igualmente relevante, pois delas também resultam novos paradigmas de proteção aos direitos humanos que se acrescem a todo o *corpus juris* interamericano. Apresentam-se a seguir breves considerações sobre o *Caso das Pessoas Dominicanas e Haitianas Expulsas vs. República Dominicana*⁶⁷.

Para melhor compreender o cenário de violação sistêmica dos direitos humanos dos migrantes na região, é preciso ter em conta que a República Dominicana e o Haiti dividem territorialmente a Ilha de São Domingos, segunda maior ilha do Caribe depois de Cuba. Em que pese dividirem uma área geográfica relativamente pequena, uma superfície de cerca de 76 000 km², os dois países possuem processos históricos distintos.

O Haiti é uma nação majoritariamente francófona, embora a maioria da população fale crioulo haitiano. Foi o primeiro país negro independente do mundo após a Revolução que durou de 1791 a 1804, liderada pelos negros escravizados⁶⁸. Ao passo que a República

⁶⁵ Opinião Consultiva OC-18/03, *ibidem*, par. 134.

⁶⁶ “A obrigação imposta pelo respeito e garantia dos direitos humanos diante de terceiros se baseia também em que os Estados são os que determinam seu ordenamento jurídico, o qual regula as relações entre particulares e, portanto, o direito privado, de modo que também devem velar para que nessas relações privadas entre terceiros sejam respeitados os direitos humanos, já que do contrário o Estado pode acabar sendo responsável pela violação dos direitos”. Opinião Consultiva OC-18/03, *idem*, par. 146 e 147.

⁶⁷ A escolha desta decisão, considerando existirem outras na mesma temática, foi intencional, pois pretendeu-se apresentar uma das situações crônicas de violação aos direitos humanos dos migrantes nas Américas, que diz respeito ao tratamento que os imigrantes haitianos e os dominicanos descendentes de haitianos recebem na República Dominicana.

⁶⁸ Sobre a Revolução Haitiana indica-se Os Jacobinos Negros de C. L. R. James, publicado no Brasil pela Editora Boitempo (2010). O processo revolucionário no Haiti cobrou um alto preço. Por ter se insurgido contra a escravidão e o colonialismo, o Haiti foi rapidamente excluído do lucrativo comércio antilhano da época, o que resultou no empobrecimento do país, que persiste até os dias atuais, sendo o Haiti um dos países mais pobres das Américas.

Dominicana fez parte da América Hispânica, e tem o espanhol como língua oficial, sendo um país de maioria católica⁶⁹. Essas diferenças socioculturais e políticas, somadas às questões econômicas, são determinantes para consolidar esse contexto de discriminação estrutural contra haitianos e seus descendentes na República Dominicana.

Em 12 de julho de 2012, a CIDH submeteu à Corte o caso contra o Estado da República Dominicana. Segundo a Comissão, o caso estava relacionado à detenção arbitrária e expulsão sumária do território da República Dominicana das diversas famílias compostas por haitianos e dominicanos de ascendência haitiana, incluindo meninas e meninos, sem o devido processo de expulsão estabelecido no direito interno. Além disso, a Comissão apontou também a existência de obstáculos discriminatórios para que os migrantes haitianos pudessem registrar seus filhos e filhas nascidos em território dominicano e obter a nacionalidade dominicana⁷⁰.

Neste sumário estudo de caso, destaca-se o reconhecimento pela Corte IDH do contexto sistêmico e estrutural de discriminação sofrido pela população haitiana e de ascendência haitiana na República Dominicana. Logo de início, a Corte apontou que, no exercício de sua jurisdição contenciosa, reconheceu em diversas oportunidades contextos históricos, sociais e políticos que permitiram situar os fatos alegados no marco de proteção interamericano. O reconhecimento de tais contextos, longe de distanciar os juízes dos fatos concretos, possibilitou sua caracterização como parte de um padrão sistemático de violações aos direitos humanos, sendo objeto de ponderação para afirmar a responsabilidade internacional do Estado.

No *Caso das Pessoas Dominicanas e Haitianas Expulsas*, a Corte se manifestou sobre a situação socioeconômica da população haitiana na República Dominicana e a discriminação contra ela; sobre dificuldade de obtenção de documentos de identidade para as pessoas dominicanas de ascendência haitiana; e quanto à alegada existência de uma prática sistemática de expulsões coletivas de cidadãos haitianos e dominicanos de ascendência haitiana. Em todas essas dimensões reafirmou as condições de miséria, privação de serviços básicos e discriminação a que está exposta a população haitiana que vive na República Dominicana, bem como os dominicanos de ascendência haitiana.

O reconhecimento do contexto estrutural de discriminação teve, no caso, importante impacto sobre a distribuição do ônus da prova.

Neste caso, dadas as suas particularidades, especialmente as condições de pobreza e precariedade das supostas vítimas, é pertinente a aplicação de determinadas diretrizes na apreciação da prova. Isso, porque foram alegadas algumas circunstâncias fáticas, cujas próprias características resultam na ausência de documentação ou registro. [...]

⁶⁹ “[E]m 1695, o Tratado de Rijswijk entre França e Espanha [assinado em 1697 na cidade de mesmo nome] deu aos franceses direito legal sobre a parte ocidental da ilha”. JAMES, C. L. R. *Op. cit.*, p. 20.

⁷⁰ Os fatos narrados dizem respeito a expulsões coletivas e tiveram lugar entre 1999 e 2000. A CIDH sustentou a violação por parte da República Dominicana dos direitos à personalidade jurídica, integridade pessoal, liberdade pessoal, garantias judiciais, a proteção da família, os direitos da criança, a nacionalidade, propriedade, circulação e residência, igualdade e não discriminação e proteção judicial, consagrado nos artigos 3, 5, 7, 8, 17, 19, 20, 21, 22.1, 22.5, 22.9, 24 e 25 da Convenção Americana, em relação ao artigo 1.1 do mesmo instrumento. *Caso das Pessoas Dominicanas e Haitianas Expulsas vs. República Dominicana. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 25 de novembro de 2013. Série C No. 282, par. 3.

Desse modo, enquanto normalmente a falta de documentação pessoal ou de registro dos procedimentos administrativos ou judiciais indicaria que os fatos alegados não aconteceram, no presente caso, não se pode interpretar assim, pois tal ausência de documentação ou registro faz parte do marco fático submetido ao exame do Tribunal, e tem concordância com o contexto acreditado que, além disso, inclui um padrão sistemático de expulsões, inclusive mediante atos coletivos ou procedimentos que não implicavam em uma análise individualizada.⁷¹

Ao cabo da instrução probatória, a Corte entendeu pela responsabilização da República Dominicana devido à violação dos direitos humanos das vítimas⁷².

Em casos como este, têm destaque as reparações referentes ao dever de não-repetição. Uma vez reconhecido o quadro sistêmico de violações aos direitos humanos, o Estado está obrigado à adoção de medidas internas para que cessem situações semelhantes.

No caso analisado, a Corte verificou que, em 2010, foi publicada a reforma da Constituição da República Dominicana que, em seu artigo 18.3, incluía uma terceira exceção a respeito da aquisição da nacionalidade por *ius soli*, dispondo que não serão dominicanas as pessoas nascidas em território nacional, filhas e filhos de estrangeiros “que se encontrem em trânsito ou residam ilegalmente em território dominicano”⁷³.

Diante da possibilidade real de que a norma constitucional em questão agravasse os casos de negativa da nacionalidade e registro aos filhos e filhas de haitianos nascidos na República Dominicana, violando com isso o direito ao reconhecimento da personalidade jurídica e o direito à nacionalidade, como medida de não-repetição, coube ao Estado, por determinação da Corte, adotar, em um prazo razoável, as medidas necessárias para tornar sem efeito toda norma, de qualquer natureza, assim como toda prática, ou decisão, ou interpretação, que estabeleça ou tenha como efeito que a estadia irregular dos pais estrangeiros motive a negação da nacionalidade das pessoas nascidas em território da República Dominicana⁷⁴.

⁷¹ A Corte tem reiterado que para um tribunal internacional os critérios de avaliação das provas são diferentes daqueles dos sistemas legais internos, e tem sustentado que pode avaliar livremente as provas, de acordo com o critério da crítica *sã*. *Ibidem*. par. 193 e 194.

⁷² A Corte IDH entendeu pela violação dos direitos ao reconhecimento da personalidade jurídica, à nacionalidade e ao nome, consagrados nos artigos 3, 20 e 18 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, bem como, pelo conjunto de tais violações, o direito à identidade, em relação à obrigação de respeitar os direitos sem discriminação, estabelecido no artigo 1.1 da Convenção, em relação às vítimas; violou a proibição de expulsão coletiva de estrangeiros, reconhecida no artigo 22.9 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em relação ao descumprimento da obrigação de respeitar os direitos sem discriminação, estabelecida no artigo 1.1 da Convenção, em detrimento das vítimas de nacionalidade haitiana; violou os direitos às garantias judiciais e à proteção judicial, reconhecidos nos artigos 8.1 e 25.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos; violou o direito à proteção à família, reconhecido no artigo 17.1 da Convenção, em relação ao descumprimento da obrigação de respeitar os direitos convencionais sem discriminação, estabelecida no artigo 1.1 da Convenção; por fim, violou o direito à proteção da honra e da dignidade, pela violação do direito a não ser objeto de ingerências arbitrárias na vida privada e familiar, reconhecido no artigo 11.2 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

⁷³ *Ibidem*. par. 178.

⁷⁴ Confira-se os “Pontos Resolutivos” da sentença (par. 512), em especial o item 19. *Caso das Pessoas Dominicanas e Haitianas Expulsas vs. República Dominicana*. *idem*. par. 512.

Vê-se, a partir de suas decisões e pareceres, que a Corte desempenha no Sistema Interamericano de Direitos Humanos papel fundamental na introdução de padrões de proteção aos migrantes nas Américas. Não obstante, sua jurisprudência ainda precisa avançar no sentido de reconhecer o direito a migrar, autônomo e vindicável no plano internacional, o que poderá partir da interpretação *pro persona* do artigo 22 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos que consagra o direito de circulação e de residência e, sobretudo, do princípio da igualdade e não discriminação inscrito no *jus cogens*.

CONCLUSÃO

Como se procurou demonstrar, na esfera internacional, o direito autônomo a migrar deve se fundamentar em norma internacional cogente e, por isso, deve ser observado por todos os Estados, que não podem se escusar diante das obrigações suscitando preceitos de soberania.

Por meio dos casos concretos, foram apresentadas duas situações crônicas de violação aos direitos dos migrantes nas Américas, nos Estados Unidos e na República Dominicana. A partir dos exemplos destes países, é possível concluir que, embora os padrões consolidados pelo Sistema Interamericano sejam importantes para a promoção dos direitos humanos no contexto da migração, tanto a Comissão como a Corte ainda não reconhecem o direito humano a migrar de forma autônoma.

Esta omissão é temerária, pois retroalimenta a desigualdade, a discriminação e a xenofobia existentes, minando as bases para o reconhecimento da cidadania em outros moldes que não aquele do estrito paradigma da soberania estatal. Por isso reivindica-se um esforço contínuo em prol da afirmação de um verdadeiro direito a migrar, o que passa, necessariamente, por uma postura ativa dos órgãos do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, em conjunto com o Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados e a Organização Internacional de Migração.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, Angela Limongi Alvarenga; TEMER, Thaís. Intervenção humanitária e soberania estatal: uma relativização necessária para a proteção dos direitos humanos? In: JUBILUT, Liliana Lyra... [et al.]. *Direitos Humanos e vulnerabilidade e o direito humanitário*. Boa Vista: Editora da UFRR, 2019.

CIDH. *Derechos humanos de migrantes, refugiados, apátridas, víctimas de trata de personas y desplazados internos: Normas y estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. OEA/Ser.L/V/II.Doc. 46/15, 2015.

CIDH. *Derechos humanos de los migrantes y otras personas en el contexto de la movilidad humana en México*. OEA/Ser.L/V/II. Doc.48/13, 2013.

CIDH. *Informe No. 29/20, Caso 12.865 Informe De Fondo (Publicación). Djamel Ameziane v. Estados Unidos*. OEA/Ser.L/V/II Doc. 39 22 abril 2020.

CIDH. *Informe n.º 49/99, Caso Loren Laroye Riebe Star, Jorge Barón Guttlein y Rodolfo Izal Elorz vs. México*, Caso 11.610, 13 de abril de 1999.

CIDH. *Informe n.º 51/96, Comité Haitiano de Derechos Humanos et al. vs. Estados Unidos, caso 10.675*, 13 de março de 1997.

CIDH. *Informe sobre migraciones en Estados Unidos: Detenciones y debido proceso = Report on immigration in the United States: Detention and due process*. OEA/Ser.L/V/II. Doc.78/10, 2010.

CIDH. *Resolução n.º 11/85, Caso 9269, Chile*, 5 de março de 1985.

CIDH. *Resolução n.º 18/83, caso 2711, Uruguai*, 30 de junho de 1983.

CIDH. *Situación de derechos humanos de familias, niños, niñas y adolescentes no acompañados refugiados y migrantes en los Estados Unidos de América*. OEA/Ser.L/V/II.155 Doc.16, 2015, p. 119.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

Corte IDH. *Caso Meninas Yean e Bosico vs. República Dominicana*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. 08.09.2005. Série C nº 130.

Corte IDH. *Caso Nadege Dorzema e Outros vs. República Dominicana*. Mérito, Reparações e Custas. 04.09.2012. Série C nº 251.

Corte IDH. *Opinião Consultiva OC-16/99*, de 1º de outubro de 1999. Série A Nº 16.

Corte IDH. *Opinião Consultiva OC-18/03*, de 17 de setembro de 2003. Série A Nº 18.

Corte IDH. *Opinião Consultiva OC-21/14*, de 19 de agosto de 2014. Série A Nº 21.

Corte IDH. *Opinião Consultiva OC-25/18*, de 30 de maio de 2018. Série A Nº 25.

Corte IDH. *Caso de Pessoas Dominicanas e Haitianas Expulsas vs. República Dominicana*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. 28.06.2014. Série C nº 282.

FARENA, Maritza Natalia Ferretti Cisneros. Algumas notas sobre direitos humanos e migrantes. In: *Jura Gentium - Rivista di filosofia del diritto internazionale e della politica globale*, 2008.

GUERTECHIN, Thierry Linard de. Direito a migrar versus soberania dos Estados à luz da ética econômica e social. In: *Revista Interdisciplinar da Mobilidade Humana*, ano XVI, n. 31, 2008.

JAMES, C. L. R. *Os jacobinos negros*, Toussaint L'Ouverture e a revolução de São Domingos. 1 ed. rev. São Paulo: Boitempo, 2010.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*: tradução nova com introdução e notas por Guido Antônio de Almeida. São Paulo: Discurso Editorial: Barcarolla, 2009.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de Direitos Humanos*, 6. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2019. E-book.

MENDES, Victor Augusto; GRAJZER, Deborah Esther; FISORI, Raphael Feitosa. Assistência humanitária aos migrantes forçados: definição normativa e recebimento da ajuda humanitária. In: JUBILUT, Liliana Lyra... [et al.]. *Direitos Humanos e vulnerabilidade e o direito humanitário*. Boa Vista: Editora da UFRR, 2019.

MIRANDA, Beatriz Dias. *Migração e impactos psicológicos*: diferenças entre migrantes voluntários e migrantes involuntários. Anais 56ª Reunião Anual SBPC, Cuiabá, jul. 2004.

MORAES, Ana Luisa Zago de. *Crimigração*: a relação entre política migratória e política criminal no Brasil. São Paulo: IBCCRIM, 2016.

OEA. *Relatoría sobre los Derechos de los Migrantes*: Mandato y Funciones.

ONU. *Declaração de Nova York para os Refugiados e os Migrantes*, 2016.

ONU, *Relatório de Migração Global 2020*.

RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*, 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. E-book.

REDIN, Giuliana. Novo marco legal para a política migratória no Brasil: por um direito humano de migrar. In: REDIN, Giuliana; MINCHOLA, Luís Augusto Bittencourt (coord.). *Imigrantes no Brasil: proteção dos direitos humanos e perspectivas político-jurídicas*. Curitiba: Juruá Editora, 2015. Editora, 2015.

REZEK, José Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*, 13. ed. rev., aumen. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

TOLLEY, H. *Interest Group Litigation to Enforce Human Rights*. Political Science Quarterly, p. 617-638, 1990-1991.

VENTURA, Deisy de Freitas Lima. Migrar é um direito. In: *Revista E*, São Paulo, SESC, v. 02 fe 2016, n. 236, 2016.

VENTURA, Deisy. *Migrar é um direito humano*. Opera Mundi, 2014.

CARÊNCIA DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAN NO BRASIL: A CONJUNTURA DO DHAA DOS GRUPOS EM SITUAÇÃO DE VULNERABILIDADE DURANTE A PANDEMIA DE COVID-19

FALTA DE POLÍTICAS PÚBLICAS SOBRE SAN EN BRASIL: LA CONJUNCIÓN DEL DHAA DE LOS GRUPOS EN SITUACIÓN DE VULNERABILIDAD DURANTE LA PANDEMIA DE COVID-19

Thaís Aurélio Garcia

Mestra em Direito Processual e Cidadania pela Universidade Paranaense .

Defensora Pública Federal em Brasília/DF -Brasil.

thais.garcia@dpu.def.br

Wagner Wille Nascimento Vaz

Defensor Público Federal. Defensoria Pública da União - Brasil.

Defensor(a) Regional de Direitos Humanos do Estado do Pará/PA.

wagner.vaz@dpu.def.br

RESUMO

A pandemia de COVID-19 acentuou as desigualdades sociais e econômicas no Brasil. A insegurança alimentar, a expansão da fome e da desnutrição atingiu sobremaneira as populações mais vulneráveis. A tomada de decisões e a retomada de políticas públicas de assistência social e de segurança alimentar e nutricional são medidas imprescindíveis para se evitar um colapso da democracia e do Estado de Direito em países em subdesenvolvimento. Ações de distribuição de alimentos atendem de forma emergencial a necessidade a alimentos, devendo ser consorciadas a políticas públicas que contemplem a soberania alimentar. O papel da Defensoria Pública e da Comissão Interamericana são essenciais ao monitoramento do direito à alimentação adequada.

Palavras-chave: Pandemia de COVID-19. Direito humano à alimentação adequada. Soberania alimentar. Políticas Públicas. Grupos socialmente vulneráveis.

RESUMEN

La pandemia de COVID-19 acentuó las desigualdades sociales y económicas en Brasil. La inseguridad alimentaria, la expansión del hambre y la desnutrición ha afectado particularmente a las poblaciones *más* vulnerables. La toma de decisiones y la reanudación de las políticas públicas de asistencia social y seguridad alimentaria y nutricional son medidas esenciales para evitar el colapso de la democracia y el Estado de Derecho en los países subdesarrolla-

dos. Las acciones de distribución de alimentos satisfacen la necesidad de alimentos en una emergencia y deben combinarse con políticas públicas que contemplen la soberanía alimentaria. El papel de la Defensoría del Pueblo y la Comisión Interamericana son esenciales para vigilar el derecho a una alimentación adecuada.

Palabras clave: Pandemia de COVID-19. Derecho humano a una alimentación adecuada. Soberanía alimentaria. Políticas públicas. Grupos socialmente vulnerables.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO. 2. NECESSIDADE DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE SEGURANÇA ALIMENTAR E NUTRICIONAL NO BRASIL. 3. ATUAÇÃO DA DPU PARA GARANTIA DO DIREITO À ALIMENTAÇÃO AOS GRUPOS SOCIALMENTE VULNERÁVEIS. 4. MONITORAMENTO DO DHAA NO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

INTRODUÇÃO

A Declaração de Emergência em Saúde Pública de Importância Internacional pela Organização Mundial de Saúde (OMS) diante da pandemia de COVID-19, em 30 de janeiro de 2020, importou na necessidade da adoção de medidas pelos Estados com vistas a evitar a disseminação do novo coronavírus e a enfrentar a potencialização da crise econômica, social e de saúde advinda para muitos países das Américas.

Em que pesem informações dissonantes entre Municípios, Estados e Governo Federal, por meio da Lei nº 13.979/2020, foram estabelecidas no Brasil medidas como isolamento social, quarentena, uso obrigatório de máscaras de proteção individual, resguardado o funcionamento dos serviços públicos e atividades essenciais, considerados os indispensáveis ao atendimento das necessidades inadiáveis da população.

Outras medidas protetivas da integridade física e existencial do ser humano também foram adotadas, a exemplo da proibição de grandes aglomerações, fechamento de escolas, restrições de transporte público e/ou de locais de trabalho, considerando que o direito à saúde se insere no mínimo existencial dos seres humanos¹, sendo pautado pelos princípios da prevenção e da precaução, os quais orientam que, em caso de dúvida ou incerteza, deve-se agir prevenindo.

Contudo, referidas medidas impõem impacto significativo às atividades econômicas e comerciais, urbanas e rurais, atingindo de forma desproporcional as populações vulneráveis, a exemplo das famílias rurais em situação de extrema pobreza. Além de a pandemia causar

¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. **ARE 745745 AgR**. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, de 2 de dezembro de 2014. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7516923>. Acesso em: 20 jun. 2020.

milhares de mortes, traz a lume a desigualdade que ressoa das diferentes formas de como as pessoas são afligidas.

Nesse sentido, a garantia da segurança alimentar e nutricional e a implementação dos 17 (dezessete) Objetivos de Desenvolvimento Social (ODS) até 2030 (Resolução A/RES/70/1, de 2015), compromisso assumido pelo Brasil junto à ONU, tornaram-se mais desafiadores sobretudo para os pobres e grupos socialmente vulneráveis, em que se inserem os trabalhadores informais, indígenas e comunidades tradicionais, famílias rurais, mulheres, crianças, idosos, pessoas com deficiência, pessoas em situação de rua, catadores, refugiados e migrantes, mais afetados com a pandemia, com as medidas de isolamento social e com a já existente carência de políticas públicas para garantir-lhes o mínimo existencial.

O número global de mortes excede 650 mil e o número de casos confirmados superior a 17 milhões². No Brasil, país mais afetado na América Latina e o segundo no mundo, o número de mortes registradas já ultrapassa 91 mil³, com a ressalva de que não há estatísticas sobre os impactos da COVID-19 sobre as pessoas em situação de vulnerabilidade, do que se depreende uma deficiência de dados nos painéis públicos.

Por sua vez, o Relatório sobre os ODS, elaborado em 2020 com a participação de organizações internacionais e regionais, agências, fundos e programas do Sistema ONU, ilustra as implicações da pandemia para os ODS⁴, porquanto o cenário de insegurança alimentar, de violação do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e da acentuação das desigualdades sociais e regionais já não vinha sendo acompanhado dos esforços dos Estados em lidar com esses problemas.

Corroborando para essa constatação o Relatório da Organização das Nações Unidas para a Alimentação e a Agricultura (FAO), o qual alertou que em 2019 os números da subnutrição no mundo tiveram uma retomada de crescimento representada em mais de 820 milhões de pessoas sem acesso à alimentação digna e adequada, bem como que as persistentes desigualdades de distribuição de renda, não tratadas no contexto do desenvolvimento econômico, já demonstravam que a fome e a desnutrição voltaram a crescer no Brasil⁵.

De acordo com o Relatório sobre os ODS, mais de 130 milhões de pessoas podem ser atingidas pela fome e subnutrição em 2020⁶. No Brasil, por exemplo, antes da pandemia, já

² WORLD HEALTH ORGANIZATION. Coronavirus disease (COVID-19): **Situation Report - 193**. 2020. Disponível em: https://www.who.int/docs/default-source/coronaviruse/situation-reports/20200731-covid-19-sitrep-193.pdf?sfvrsn=42a0221d_2. Acesso em: 31 jul. 2020.

³ BRASIL. Ministério da Saúde. **Painel Coronavírus**. Atualizado em: 30/07/2020. Disponível em: <https://covid.saude.gov.br/>. Acesso em: 31 jul. 2020.

⁴ UNITED NATIONS. **The Sustainable Development Goals Report 2020**. Disponível em: <https://unstats.un.org/sdgs/report/2020/The-Sustainable-Development-Goals-Report-2020.pdf>. Acesso em: 22 jun. 2020.

⁵ FOOD AND AGRICULTURE ORGANIZATION OF THE UNITED NATIONS. **The state of food security and nutrition in the world: safeguarding against economic slowdowns and downturns**. Rome, 2019, p. 9 e 119. Disponível em: [http://www.fao.org/3/ca5162en/ca5162en.pdf](https://www.fao.org/3/ca5162en/ca5162en.pdf). Acesso em: 22 jun. 2020.

⁶ UNITED NATIONS. **The Sustainable Development Goals Report 2020**, p. 28. Disponível em: <https://unstats.un.org/sdgs/report/2020/The-Sustainable-Development-Goals-Report-2020.pdf>. Acesso em: 22 jun. 2020.

havam sido contabilizadas 13,5 milhões de pessoas em situação de extrema pobreza⁷, o que já demandaria *de per se* uma governança mais incisiva em torno da segurança alimentar e nutricional, haja vista o retorno do país ao Mapa da Fome.

Milhares de famílias rurais se encontram atualmente em situação de vulnerabilidade, seja em decorrência da suspensão dos canais de comercialização de seus produtos, seja em razão da concentração das políticas públicas para subsidiar o modelo hegemônico de produção de alimentos, pautado no desmatamento, na monocultura e no uso de agrotóxicos.

Os agricultores familiares passam por dificuldades decorrentes do fechamento temporário de restaurantes, da paralisação das aquisições pelo Programa Nacional de Alimentação Escolar (PNAE), da redução ou interrupção da comercialização nas feiras livres e nos mercados e das medidas restritivas de deslocamentos intermunicipais ou de restrição do transporte público⁸.

A situação de pobreza desses grupos socialmente vulneráveis pode recrudesce caso haja a quebra de cadeias de produção e comercialização de produtos da agricultura familiar, bem como caso não haja políticas públicas coerentes ao estímulo creditício dessas atividades.

Tendo em conta os impactos diferenciados e interseccionais causados pela pandemia sobre a realização de direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais para certos grupos e populações em situação de especial vulnerabilidade, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos elaborou a Resolução nº1/2020, que realça a importância da adoção de políticas que previnam o contágio, garantam o acesso ao sistema público de saúde e permitam medidas de seguridade social.

A Sala de Coordenação e Resposta Oportuna e Integrada à crise em relação à pandemia da Covid-19 (Sacroi Covid-19) também foi criada com esse escopo de monitoramento e acompanhamento das violações dos direitos humanos de populações e grupos em situação de vulnerabilidade.

Os cortes expressivos nos orçamentos da seguridade social e de segurança alimentar no Brasil, ao ponto de comprometer o fornecimento e a destinação das cestas básicas de forma célere e regular aos povos indígenas, comunidades tradicionais e famílias rurais em situação de vulnerabilidade, revelam um impasse e uma real ameaça à sobrevivência e subsistências desses grupos.

Nesse passo, a atuação da Defensoria Pública da União, em parceria com a sociedade civil, emerge de grande importância, haja vista que o risco de exacerbação da crise econômica

⁷ BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Síntese de indicadores sociais: **uma análise das condições de vida da população brasileira**. Rio de Janeiro: 2019, p. 61. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101678.pdf>. Acesso em: 25 jun. 2020.

⁸ RIBEIRO-SILVA, Rita de Cássia; SANTOS, Marcos Pereira; CAMPELLO, Tereza; ARAGÃO, Érica; GUIMARÃES, Jane Mary de Medeiros; FERREIRA, Andréa; BARRETO, Mauricio Lima; SANTOS, Sandra Maria Chaves dos. Implicações da pandemia COVID-19 para a segurança alimentar e nutricional no Brasil. **Ciência e Saúde Coletiva**. Jun/2020. Disponível em: <http://www.cienciaesaudecoletiva.com.br/artigos/implicacoes-da-pandemia-covid19-para-a-seguranca-alimentar-e-nutricional-no-brasil/17648?id=17648&id=17648&id=17648>. Acesso em: 29 jun. 2020.

e social e da insegurança alimentar em países em desenvolvimento é motivo de preocupação que demanda enfrentamento emergencial, seja por meio do monitoramento das políticas públicas adotadas ou da carência destas, seja mediante a correção das deficiências identificadas.

2. NECESSIDADE DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE SEGURANÇA ALIMENTAR E NUTRICIONAL NO BRASIL

O direito fundamental à alimentação adequada, previsto nos artigos 6º, *caput*, e 227 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88)⁹, compõe o mínimo existencial necessário à garantia da dignidade da pessoa humana e já havia sido consagrado internacionalmente com a criação da Organização das Nações Unidas para a Agricultura e Alimentação (FAO) pela ONU em 1945 e com a Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948 (artigo XXV)¹⁰.

Considerada a relevância desse direito condicionante da vida humana, o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), de 1966, incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto nº 591/1992, no artigo 11, prevê o direito à alimentação adequada e impõe aos Estados Partes o dever de proteger todas as pessoas contra a fome¹¹.

Nessa esteira, o artigo 12 do “Protocolo de San Salvador”, Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ao se referir à alimentação e nutrição adequadas, explicita a obrigação dos Estados em aperfeiçoar os métodos de fornecimento e distribuição de alimentos:

1. Toda pessoa tem direito a uma nutrição adequada que assegure a possibilidade de gozar do mais alto nível de desenvolvimento físico, emocional e intelectual.
2. A fim de tornar efetivo esse direito e de eliminar a desnutrição, os Estados Partes comprometem-se a aperfeiçoar os métodos de produção, abastecimento e distribuição de alimentos, para o que se comprometem a promover maior cooperação internacional com vistas a apoiar as políticas nacionais sobre o tema.¹²

Depreende-se a relevância da subscrição de tratados de direitos humanos, pois assegura a submissão estatal à jurisdição internacional e, por conseguinte, desponta como uma imprescindível ferramenta de limitação da discricionariedade estatal, tal como defendido

⁹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**, de 5 de outubro de 1988. Brasília, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 18 jun. 2020.

¹⁰ ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, de 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>. Acesso em: 18 jun. 2020.

¹¹ BRASIL. Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992. **Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm. Acesso em: 18 jun. 2020.

¹² BRASIL. Decreto nº 3.321, de 30 de dezembro de 1999. **Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais “Protocolo de São Salvador”**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3321.htm. Acesso em: 18 jun. 2020.

por Andrew Moravcsik¹³, ainda mais se se considerar o contexto democrático brasileiro em construção, muitas vezes suscetível a instabilidades.

Outro importante marco legal para a segurança alimentar e nutricional no Brasil foi a Lei nº 11.346/2006, a chamada Lei Orgânica de Segurança Alimentar e Nutricional (LOSAN)¹⁴, que criou o Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional (SISAN), a fim de assegurar o direito humano à alimentação adequada, por meio de políticas, planos, programas e ações definidas pelo poder público com a participação da sociedade civil organizada, levando em consideração as dimensões ambientais, culturais, econômicas, regionais e sociais. Em síntese, esse diploma legal:

[...] aponta para o imperativo estatal de promover políticas públicas suficientes em matéria alimentar, de modo a assegurar o desfrute do direito em questão, erradicando a fome e garantindo o acesso de todos a alimentos adequados ao seu desenvolvimento saudável e bem-estar.¹⁵

O artigo 2º da LOSAN acrescenta que a alimentação como direito fundamental do ser humano e inerente à dignidade da pessoa humana, é indispensável à realização dos demais direitos consagrados na CRFB/88, extraíndo-se do § 2º desse artigo os deveres do poder público em “respeitar, proteger, promover, prover, informar, monitorar, fiscalizar e avaliar a realização do direito humano à alimentação adequada, bem como garantir os mecanismos para sua exigibilidade”¹⁶.

A garantia da disponibilidade regular e permanente de alimentos de qualidade e em quantidade suficiente depende da implementação de programas especiais de assistência aos grupos socialmente vulneráveis e outros segmentos empobrecidos da população, nos termos do Comentário Geral nº 12 do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (CDESC), do Alto Comissariado de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas, o qual também enfatiza que o problema da fome e da inanição não reside na falta de alimento, mas na ausência de distribuição equitativa do alimento disponível¹⁷.

Convém assinalar que a promoção do acesso universal à alimentação adequada e saudável como prioridade para as famílias e pessoas em situação de insegurança alimentar e nutricional, constou como desafio prioritário do II Plano Nacional de Segurança Ali-

¹³ MORAVCSIK, Andrew. 2000. The Origins of Human Rights Regimes: Democratic Delegation in Postwar Europe. *International Organization*, v. 54, n. 2, 2000, p. 217-249.

¹⁴ CONSEA. **Losan é indispensável à realização de direitos consagrados na Constituição Federal**. 15/09/2016. Disponível em: <http://www4.planalto.gov.br/consea/comunicacao/noticias/2016/setembro/losan-e-indispensavel-a-realizacao-de-direitos-consagrados-na-constituicao-federal>. Acesso em: 23 jun. 2020.

¹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais em espécie. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 641.

¹⁶ BRASIL. **Lei nº 11.346, de 15 de setembro de 2006**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11346.htm. Acesso em: 23 jun. 2020.

¹⁷ NAÇÕES UNIDAS. Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Comentário Geral n. 12: **o direito à alimentação adequada (art.11)**. 1999. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atualizacao-e-conteudos-de-apoio/publicacoes/alimentacao-adequada/Comentario%20Geral%20No%2012.pdf>. Acesso em: 25 jun. 2020.

mentar e Nutricional¹⁸.

Ademais, “acabar com a fome, alcançar a segurança alimentar e melhoria da nutrição e promover a agricultura sustentável” consiste no Objetivo de Desenvolvimento Sustentável da ONU número dois da Agenda 2030¹⁹ e demanda políticas públicas integradas, que beneficiem a agricultura familiar.

A despeito de nas últimas décadas diversas políticas públicas terem sido criadas para o combate da fome e desnutrição²⁰ e de o Brasil já ter sido considerado um dos países que mais impulsionou a agricultura familiar²¹, muitas políticas públicas voltadas à soberania alimentar estão retrocedendo devido sobremaneira à Emenda Constitucional nº 95/2016, que congelou os gastos públicos por 20 anos para as áreas sociais e à gestão desses recursos públicos pautada no discurso de austeridade fiscal²², importando na reinserção do país no mapa da fome.

A desestruturação das políticas públicas de segurança alimentar e nutricional pode ser exemplificada pela extinção do Conselho Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional (Consea), que era um órgão de assessoramento imediato à Presidência da República, incumbido de monitorar as situações de violação ao direito à alimentação adequada e de orientar na definição das ações governamentais necessárias sempre com a participação democrática.

Dessa forma, com a extinção do Consea pela Medida Provisória nº 870/2019, o qual também consistia em órgão integrante do SISAN, esse sistema restou prejudicado, assim como a consecução da Política Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional (PNSAN). Isso pode ser corroborado pelo fato de que, em 2014, a Secretaria Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional (SESAN/MDS) geria um orçamento de R\$ 2,5 bilhões, ao passo que em 2019 passou a dispor de apenas R\$ 447 milhões²³.

O desmantelamento da política de segurança alimentar foi acompanhado pela paralisação de praticamente todos os programas e ações e do desalinhamento de políticas públicas

¹⁸ CÂMARA INTERMINISTERIAL DE SEGURANÇA ALIMENTAR E NUTRICIONAL (CAISAN). **II Plano Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional**. 2018. Disponível em: http://www.mds.gov.br/webarquivos/arquivo/seguranca_alimentar/caisan/Publicacao/Caisan_Nacional/PLANSAN%202016-2019_revisado_completo.pdf. Acesso em: 25 jun. 2020.

¹⁹ NAÇÕES UNIDAS. **Objetivos de Desenvolvimento Sustentável Transformando Nosso Mundo: A Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável**. 2015. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2015/10/agenda2030-pt-br.pdf>. Acesso em: 25 mar. 2020.

²⁰ COMISSÃO ECONÔMICA PARA A AMÉRICA LATINA E O CARIBE (CEPAL). **Panorama Social da América Latina**, 2019. Resumo executivo (LC/PUB.2020/1-P), Santiago, 2020. Disponível em: https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/45090/1/S1900909_pt.pdf. Acesso em: 12 mar. 2020.

²¹ ROSERO, Fernando; YONFÁ, Yolanda Carbonell; REGALADO, Fabián. **Soberanía Alimentaria, modelos de desarrollo y tierras en Ecuador**. Quito: Centro Andino para la Formación de Líderes Sociales, 2011.

²² RIBEIRO-SILVA, Rita de Cássia; SANTOS, Marcos Pereira; CAMPELLO, Tereza; ARAGÃO, Érica; GUIMARÃES, Jane Mary de Medeiros; FERREIRA, Andréa; BARRETO, Mauricio Lima; SANTOS, Sandra Maria Chaves dos. Implicações da pandemia COVID-19 para a segurança alimentar e nutricional no Brasil. **Ciência e Saúde Coletiva**. Jun/2020. Disponível em: <http://www.cienciaesaudecoletiva.com.br/artigos/implicacoes-da-pandemia-covid19-para-a-seguranca-alimentar-e-nutricional-no-brasil/17648?id=17648&id=17648&id=17648>. Acesso em 29 jun. 2020.

²³ BRASIL. Comissão Organizadora da I Conferência Nacional, Popular, Autônoma: por Direitos, Democracia e Soberania e Segurança Alimentar e Nutricional. **Garantir o direito à alimentação e combater a fome em tempos de coronavírus: a vida e a dignidade humana em primeiro lugar!** 2020, p. 3. Disponível em: <https://fase.org.br/wp-content/uploads/2020/03/2020-recomendacoes-sobre-direito-alimentacao-no-contexto-da-covid-2.pdf>. Acesso em 25 jun. 2020.

de enfrentamento da pandemia de COVID-19 entre o governo federal e os governos estaduais.

Isso pode ser evidenciado na ausência de utilização dos recursos primordiais destinados ao enfrentamento da crise até o início de julho do ano de 2020, haja vista que, de acordo com o Sistema Integrado de Planejamento e Orçamento (Siop) do governo federal, apenas 40% do orçamento destinado ao enfrentamento da crise foi utilizado, de modo que os recursos não estão alcançando os Estados e Municípios e tampouco se convertendo em políticas públicas para a população²⁴.

Não bastasse isso, as políticas públicas, que antes eram fomentadas de forma transversal, estão sendo reduzidas ou mesmo extintas, comprometendo-se a subsistência dos grupos socialmente vulneráveis.

Verifica-se a importância de valorização do Programa Nacional de Fortalecimento da Agricultura Familiar (Pronaf), com a criação de linhas especiais de crédito, com taxas de juros reduzidas, bem como com o restabelecimento dos recursos do Pronaf Mais Alimentos, visando à proteção das famílias rurais que praticam a agricultura familiar.

Além disso, a aquisição da produção dos agricultores familiares pelo poder público deve ser incrementada, de forma a valorizar regionalmente os produtos agrícolas e da agricultura familiar, destinando-os à formação de estoques estratégicos e à distribuição aos grupos sociais em situação de pobreza ou outro tipo de vulnerabilidade.

Essa política pública já foi consubstanciada no Programa de Aquisição de Alimentos da Agricultura Familiar (PAA) e conta com a participação da Companhia Nacional de Abastecimento (CONAB)²⁵. Esse programa precisa ser fortalecido com mais recursos públicos, pois garante a compra com doação simultânea dos alimentos a pessoas em situação de risco alimentar e deve estar associado à distribuição de cestas básicas a famílias carentes e em vulnerabilidade²⁶.

Outro exemplo de programa que foi afetado decorre da merenda escolar comprada dos agricultores familiares locais. O Programa Nacional de Alimentação Escolar (PNAE), criado pela Lei nº 11.947/2009, prevê que no mínimo 30% do valor repassado pelo Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação (FNDE) para o PNAE deve ser utilizado na compra de alimentos provenientes da agricultura familiar. Com a pandemia e a suspensão das aulas nos estabelecimentos das escolas, esse programa precisa ser adaptado em todo o país, mantendo-se a aquisição desses alimentos para a distribuição em cestas básicas às famílias dos estudantes.

Ademais, cumpre destacar a relevância e a imprescindibilidade do Programa de Distri-

²⁴ LIPORACE, Teresa; ZIGONI, Carmela; PINHEIRO, Luiza; ODA, Paula; SILVA, Alan Rossi; ROCHA, Júlia; SAKAI, Juliana. **Organizações explicam denúncia por violações ao direito à informação**. 2020. Disponível em: <https://idec.org.br/idec-na-imprensa/organizacoes-explicam-denuncia-por-violacoes-do-estado-ao-direito-informacao>. Acesso em 28 jun. 2020.

²⁵ COMPANHIA NACIONAL DE ABASTECIMENTO (CONAB). Programa de Aquisição de Alimentos - PAA: Resultados das Ações da Conab em 2017. **Compêndio de Estudos Conab**. v. 13. Brasília, 2018. Disponível em: file:///C:/Users/dpu/Desktop/Material%20de%20estudo%20-%20seguran%C3%A7a%20alimentar/CompendioZdeZEstudosZdaZConabZ-ZV13Z-ZResultadosZdoZPAAZemZ2017_1.pdf. Acesso em: 25 jul. 2020.

²⁶ BRASIL. Comissão Organizadora da I Conferência Nacional, Popular, Autônoma: por Direitos, Democracia e Soberania e Segurança Alimentar e Nutricional. **Garantir o direito à alimentação e combater a fome em tempos de coronavírus: a vida e a dignidade humana em primeiro lugar!** 2020, p. 3. Disponível em: <https://fase.org.br/wp-content/uploads/2020/03/2020-recomendacoes-sobre-direito-alimentacao-no-contexto-da-covid-2.pdf>. Acesso em 25 jun. 2020.

buição de Alimentos a grupos populacionais específicos (Cestas), não obstante padecer de cortes orçamentários comprometedores da segurança alimentar.

No contexto da pandemia de COVID-19, as ações de distribuição de alimentos exsurtem como mecanismo de garantia do acesso regular e permanente a alimentos de qualidade e em quantidade suficiente, o que implica no fornecimento de cestas básicas com previsibilidade e regularidade a famílias vulneráveis à fome, diante da situação emergencial reconhecida.

O Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos firmou o Termo de Execução Descentralizada - TED nº 003/2020 com a Companhia Nacional de Abastecimento (CONAB), repassando recursos equivalentes a R\$ 35.772.826,85 para a aquisição e disponibilização de alimentos aos povos e comunidades tradicionais (indígenas e quilombolas) em situação de vulnerabilidade em relação a sua segurança alimentar e nutricional em face da pandemia do novo coronavírus (COVID-19).

A Ação Orçamentária nº 2792, referente à Ação de Distribuição de Alimentos (ADA), que vem sendo executada desde 2003 em parceria firmada com a CONAB, a qual recebe recursos do Ministério da Cidadania, é regida pelo Acordo de Cooperação n. 001/2010, publicado no DPU, em 15/10/2010, com o propósito de garantir a distribuição gratuita de cestas de alimentos às famílias que se encontram em situação de insegurança alimentar e nutricional.

Ocorre que a Ação Orçamentária nº 2792 vem apresentando redução de seu orçamento nos últimos anos, motivo pelo qual a referida política passou a ser priorizada, a partir de 2018, para atendimento exclusivo de povos indígenas e comunidades quilombolas, conforme exposto na Nota Técnica nº 2/2020 de 14/02/2020, da Coordenação-Geral de Apoio a Grupos e Populações Tradicionais e Específicas, do Ministério da Cidadania.

No ano de 2020 houve uma nova significativa redução orçamentária da ADA, e os recursos estão comprometidos para a manutenção dos atendimentos aos estados com decisões judiciais em andamento, motivo pelo qual não existe previsão de orçamento extra para ações emergenciais de enfrentamento aos efeitos socioeconômicos negativos da pandemia do COVID-19, nos termos da Nota Técnica nº 7/2020 de 28/05/2020, da mesma Coordenação.

Não há previsão de política pública federal para a garantia da alimentação adequada no Brasil, durante a pandemia da COVID-19, mediante a distribuição direta ou indireta de gêneros alimentícios a famílias rurais em situação de vulnerabilidade não pertencentes a povos indígenas e comunidades quilombolas e, portanto, que não podem ser atendidas pelo Termo de Execução Descentralizada - TED nº 003/2020.

Por conseguinte as políticas públicas federais no Brasil não estão observando os princípios da universalidade, indivisibilidade, interdependência, participação e inclusão, equidade e não discriminação e monitoramento dos direitos humanos.

A título de exemplo, no Estado do Pará, existem mais de 360.000 (trezentos e sessenta mil) famílias em situação de extrema pobreza e residentes no meio rural, conforme os dados do Cadastro Único para Programas Sociais (CadÚnico), sendo que, destas, apenas cerca de

13.000 (treze) mil foram beneficiadas pelo Programa Fomento nos últimos anos, conforme informado pela Nota Técnica nº 7/2020 de 28/05/2020, da Coordenação-Geral de Apoio a Grupos e Populações Tradicionais e Específicas, do Ministério da Cidadania.

Em um cenário em que são acentuadas as vulnerabilidades e o aumento do número de pessoas em situação de extrema pobreza e de fome e desnutrição, mister a adoção de medidas emergenciais que contemplem a um só tempo a implementação e a retomada das políticas públicas de segurança alimentar e nutricional, com investimentos nos programas de Aquisição de Alimentos (PAA) e Nacional de Alimentação Escolar (PNAE), a criação de linhas de créditos especiais a agricultores familiares e a distribuição de cestas básicas.

Trata-se de medidas convergentes ao Guia para a ação política de enfrentamento à pandemia sob princípios democráticos denominado “Carta Democrática Interamericana”, publicado pela Organização dos Estados Americanos (OEA) e que dispõe sobre a inclusão social e a erradicação da pobreza para a promoção dos princípios democráticos como elementos fundamentais para a restauração econômica e social²⁷.

3. ATUAÇÃO DA DPU PARA GARANTIA DO DIREITO À ALIMENTAÇÃO AOS GRUPOS SOCIALMENTE VULNERÁVEIS

A Administração Pública, ao não dar efetividade aos comandos legais constitucionais acima referidos por meio de políticas públicas de forma integrada e transversal, está não só violando os termos do artigo 37 da CRFB/88, mas, ainda, cometendo violação aos direitos humanos internacionalmente protegidos e rompendo com as metas dos ODS da Agenda 2030.

Com a pandemia de COVID-19, a efetivação de direitos e o cumprimento dessas metas tornaram-se ainda mais inverossímeis, ao que se soma a contração da economia regional entre 3% e 4% na América Latina, de acordo com as previsões da Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe²⁸.

Importa realçar que a alimentação insere-se entre os fatores determinantes e condicionantes da saúde, a teor do artigo 3º, *caput*, da Lei nº 8.080/90 e, sem as prestações estatais materiais correlacionadas ao direito à vida e ao princípio da dignidade da pessoa humana (STF, ARE 685.230 AgR/MS, Segunda Turma, Rel. Min. Celso de Mello, DJE 25/3/2013), há grave violação desse direito fundamental. Convém conferir a lição de Miriam Villamil Baestro Floriano:

A violação do direito humano à alimentação adequada vitimiza a sociedade como um

²⁷ ORGANIZAÇÃO DE ESTADOS AMERICANOS (OEA). La Carta Democrática Interamericana 2020: Guía de acción política para enfrentar la pandemia del COVID-19. 2020, p. 22. Disponível em: <http://www.oas.org/documents/spa/press/La-CDI-Guia-de-accion-politicapara-la-pandemia-5.28.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2020.

²⁸ FIOCRUZ. Resposta Global à Covid-19: uma visão do ponto de vista socioeconômico, diplomático e sanitário. 2020, p. 39. Disponível em: https://www.arca.fiocruz.br/bitstream/icict/42018/1/panorama_resposta_global3_covid19.pdf. Acesso em: 20 jul. 2020.

todo, afrontando sua concepção coletiva do justo. Inobstante, de forma inexorável e cruel, atinge a cidadania do faminto e do desnutrido, do relegado à extrema pobreza. Fere o mais mezinheiro entendimento a noção de que é possível garantir-se verdadeiramente a liberdade, o direito de voto, o direito de locomoção, o direito à educação, à saúde, à liberdade de credo, dentre tantos outros direitos fundamentais e humanos, previstos tanto na Constituição federal como em tratados, pactos e convenções internacionais, sem a anterior realização do direito humano à alimentação adequada, que é pressuposto à continuidade da própria vida, bem maior a ser tutelado. A violação do direito em epígrafe macula o próprio regime democrático de direito.²⁹

A fim de evitar esse cenário, Taís Lopes, professora do Instituto de Nutrição Josué de Castro (INJC) e representante da UFRJ no Conselho Estadual de Segurança Alimentar e Nutricional (Consea/RJ), realça que são necessárias ações emergenciais do Estado em conjunto com a sociedade civil organizada com vistas a garantir às populações mais vulneráveis o acesso físico e econômico aos alimentos³⁰.

Tem conta esse contexto, a Defensoria Pública da União (DPU) expediu a Recomendação nº 3799757 - DPU PA/GABDPC PA/DRDH AP PA, dirigida ao Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos e ao Ministério da Cidadania, sendo que, a despeito de não possuir caráter vinculativo e obrigatório, (i) é meio extrajudicial voluntário e amigável de prevenção de ações judiciais, (ii) constitui em mora o destinatário quanto às providências recomendadas (artigo 397, parágrafo único, do Código Civil), e (iii) constitui-se em elemento probatório em futuras ações judiciais.

O objeto da recomendação corresponde à adoção pelos Ministérios citados de todas as medidas necessárias para o fortalecimento orçamentário e operacional da Ação de Distribuição de Alimentos (ADA), ou outra política federal equivalente a ser estabelecida, em caráter emergencial, com a finalidade de garantir o direito à alimentação adequada das famílias rurais em situação de vulnerabilidade, ainda que não pertencentes a povos indígenas e comunidades quilombolas e, portanto, não atendidas pelo Termo de Execução Descentralizada - TED nº 003/2020, a fim de atenuar situações de extremo risco social e de insegurança alimentar.

Acresça-se que foi recomendada a promoção, por meio dessas políticas, da distribuição direta ou indireta de gênero alimentícios a essas famílias, de forma regular, enquanto durar a pandemia da COVID-19, notadamente àquelas que se encontram em situação de extrema pobreza (renda per capita de até R\$ 89,00).

Por fim, a recomendação orientou para o estabelecimento de instrumentos de cooperação com o Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (INCRA), Estados e Municí-

²⁹ FLORIANO, Miriam Villamil Baestro. Reflexões em torno do Direito Humano à Alimentação Adequada: a experiência da Construção do Marco Legal no Rio Grande do Sul. In: PIOVESAN, Flávia; CONTI, Luiz Irio. (Coord). **Direito Humano à alimentação Adequada**. Lúmen Júris: Rio de Janeiro, 2007, p. 196-197.

³⁰ UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO (UFRJ). **Segurança alimentar e nutricional em tempos de pandemia**. 2020. Disponível em: <https://ufrj.br/noticia/2020/04/08/seguranca-alimentar-e-nutricional-em-tempos-de-pandemia>. Acesso em: 25 maio 2020.

pios, dentre outros, visando à efetivação dessas medidas e à identificação de outros grupos rurais em situação de vulnerabilidade que necessitem de reforço alimentar durante a pandemia, seja a partir da análise do Sistema de Vigilância Alimentar e Nutricional (SISVAN) ou do CadÚnico, por exemplo.

Ressalte-se que, ainda que sejam efetivadas as ações de distribuição de alimentos ou mecanismos congêneres a contento, mister a retomada de políticas públicas que garantam a autonomia das famílias rurais em situação de vulnerabilidade. Sobre o assunto, Roberto Grassi Neto destaca que o desafio da segurança alimentar e nutricional no Brasil não está restrito à garantia do acesso a alimentos³¹ e Maria de Fátima Machado de Albuquerque complementa que o desafio se elastece à produção e à disponibilidade de alimentos, assim como às relações entre o ser humano e o alimento³².

Trata-se da soberania alimentar, a qual encontrou guarida como direito nas novas constituições plurinacionais do Equador e da Bolívia.

De uma interação sinérgica das normas constitucionais brasileiras, pode-se depreender que a soberania alimentar encontra amparo nos artigos 1º (fundamentos da República Federativa do Brasil: soberania e dignidade da pessoa humana); 4º (princípios das relações internacionais: independência nacional, autodeterminação dos povos, integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações); 5º, XXIII (função social da propriedade); 6º (direito à alimentação) e 225 (direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado).

A intrínseca relação entre a soberania alimentar e a autodeterminação dos povos pode ser constatada na lição de Eduardo Galeano:

A independência se restringe ao hino e à bandeira, se não se fundamenta na soberania alimentar. Tão só a diversidade produtiva pode nos defender dos mortíferos golpes da cotação internacional, que oferece pão para hoje e fome para amanhã. A autodeterminação começa pela boca.³³

Aliada à interação sinérgica das normas constitucionais descritas, o Decreto nº 7.272/2010, regulamentador da LOSAN, contemplou a soberania alimentar como diretriz e objetivo específico da Política Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional (PNSAN). Além disso, está também consagrada como diretriz da Política Nacional de Agroecologia e Produção Orgânica (PNAPO), instituída pelo Decreto nº 7.794/2012.

Para além das políticas públicas e programas sociais que atendam situações de calamidade, sem que traduzam resultados permanentes³⁴, é preciso se debruçar sobre a fome e a

³¹ GRASSI NETO, Roberto. *Segurança alimentar: da produção agrária à proteção do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 60.

³² ALBUQUERQUE, Maria de Fátima Machado de. *A segurança alimentar e nutricional e o uso da abordagem de direitos humanos no desenho das políticas públicas para combater a fome e a pobreza*. Revista de Nutrição, Campinas, p. 895-903, nov./dez. 2009.

³³ GALEANO, Eduardo. *As Veias Abertas da América Latina*. 2010, p. 7. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/BibliotecaDigital/BibDigitalLivros/TodosOsLivros/As-Veias-Abertas-da-America-Latina.pdf. Acesso em: 20 jul. 2020.

³⁴ CASTRO, Josué de. *Geografia da fome. O dilema brasileiro: pão ou aço*. Rio de Janeiro: Edições Antares, 1984, p. 169.

desnutrição mediante mudanças estruturais de geração de emprego, de renda, melhoria do sistema de saúde e educação públicas, dentre outras³⁵.

Josué de Castro, que foi médico, geógrafo, presidente do Conselho Executivo da FAO em 1951 e embaixador da ONU em 1962, defendeu que a fome não consiste apenas na privação de comida³⁶, bem como que não há espaço para explicações deterministas e simplistas que vinculem a fome e a miséria ao excesso populacional, haja vista que há uma causa associada ao processo de colonização³⁷, do qual o Brasil ainda não se libertou.

Dessa forma, a atuação da Defensoria Pública deve estar atenta não só à garantia do direito à alimentação, mas também à soberania alimentar, haja vista que desta depende a garantia do mínimo existencial.

Percebe-se ser corolário lógico da previsão constitucional que considera essa instituição com permanente e essencial à função jurisdicional do Estado, haja vista que está incumbida, enquanto expressão e instrumento do regime democrático, da orientação jurídica, da promoção dos direitos humanos e da defesa em todos os graus dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma dos artigos 5º, LXXIV e 134 da CRFB/88.

Cabe à Defensoria Pública a defesa dos direitos e interesses de pessoas hipossuficientes, o que envolve, além do aspecto econômico, outras modalidades específicas de vulnerabilidade, como a jurídica, organizacional e a circunstancial (ADI 3.943/DF, STF, Plenário, Relatora Min. Cármen Lúcia, julgado em 07.05.2015, DJE de 06.08.2015; e EREsp 1.192.577/RS, STJ, Corte Especial, Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 21.10.2015, DJE de 13.11.2015).

As Regras de Acesso à Justiça das Pessoas em Condição de Vulnerabilidade (100 Regras de Brasília), aprovadas pela XIV Conferência Judicial Ibero-americana, em março de 2008, definem pessoas em situação de vulnerabilidade como sendo aquelas que, por razão da sua idade, gênero, estado físico ou mental, ou por circunstâncias sociais, econômicas, étnicas e/ou culturais, encontram especiais dificuldades em exercer com plenitude perante o sistema de justiça os direitos reconhecidos pelo ordenamento jurídico.

O artigo 4º da LC 80/1994 estabelece como funções da Defensoria Pública a promoção e a conscientização dos direitos humanos, da cidadania e do ordenamento jurídico, assim como da mais ampla defesa dos direitos fundamentais dos necessitados, abrangendo seus direitos individuais, coletivos, sociais, econômicos, culturais e ambientais e as políticas públicas essenciais à concretização desses direitos, inclusive mediante a exigência de que o ente político inclua a previsão dos custos em seus planos orçamentários.

³⁵ BEURLIN, Alexandra. **Direito humano à alimentação adequada no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 83.

³⁶ CASTRO, Josué de. Geografia da fome. **O dilema brasileiro: pão ou aço**. Rio de Janeiro: Edições Antares, 1984, p. 334.

³⁷ ANDRADE, Manuel Correia. Josué de Castro: **o homem, o cientista e seu tempo**. Revista Estudos Avançados, São Paulo, v. 11, n. 29, 1997.

4. MONITORAMENTO DO DHAA NO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS

Integram o Sistema Interamericano de proteção dos Direitos Humanos (SIDH) a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, as quais, tendo em conta na Convenção Americana sobre os Direitos Humanos (1969), se destinam à promoção e proteção dos direitos humanos, sobretudo por meio de petições individuais, monitoramento das violações a esses direitos e por iniciativas dirigidas a linhas temáticas prioritárias.

Em se tratando do direito humano à alimentação adequada (DHAA), impende citar a decisão da CIDH quanto ao caso nº 12.053 (Comunidades Indígenas Mayas do Distrito de Toledo vs. Belice), em que foi reconhecida a violação do direito de propriedade ao povo indígena maia, em razão das concessões estatais a madeiras, de modo que foram feitas recomendações ao Estado de Belice, visando à defesa dos recursos naturais e da forma de vida desse povo, bem como à reparação ambiental dos danos causados³⁸.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos também já reconheceu a violação aos direitos à alimentação adequada e à água, de forma inédita a partir do artigo 26 da Convenção Americana, no caso “Comunidades indígenas membros da Associação Lhaka Honhat (nossa terra) vs. Argentina”, relacionado a cinco povos originários da província de Salta (Wichí (Mataco), Iyjawaja (Chorote), Komlek (Toba), Niwackle (Chulupí) e Tapy’y (Tapiete), na fronteira com o Paraguai e a Bolívia. A decisão ordenou diversas medidas de reparação e restituição, ante a construção de uma ponte internacional construída no território desses povos, sem prévia consulta e ante a exploração ilegal de madeira e outras atividades que afetaram o modo de vida dessas populações³⁹.

A exemplo desses casos de realce do DHAA, já se antevê que o papel tanto da Comissão quanto da Corte Interamericana de Direitos Humanos será proeminente na promoção e defesa desse direito, no contexto da pandemia de COVID-19.

Por meio da Relatoria Especial sobre Direitos Econômicos, Sociais, Culturais e Ambientais (REDESCA) foram publicadas diretrizes para a proteção da saúde e dos direitos afetados pelas medidas de controle da disseminação do novo coronavírus, considerando os grupos em situação de vulnerabilidade, a exemplo dos povos indígenas, populações rurais, migrantes, pessoas privadas de liberdade, grupos sociais nas periferias das cidades e grupos econômicos negligenciados pelas redes de segurança social, pessoas com deficiência, pessoas com

³⁸ ORGANIZAÇÃO DE ESTADOS AMERICANOS (OEA). Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Informe nº 40/04. Caso 12.053. Fondo **Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo vs. Belice**, 12 octubre de 2004. Disponível em: <http://www.cidh.oas.org/annualrep/2004sp/Belize.12053.htm>. Acesso em: 21 jul. 2020.

³⁹ ORGANIZAÇÃO DE ESTADOS AMERICANOS (OEA). Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Caso Comunidades Indígenas Miembros de La Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina**. San José, Costa Rica, 2 de abril de 2020. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/comunicados/cp_24_2020.pdf. Acesso em: 23 jul. 2020.

certas patologias e doenças, os idosos e as crianças e adolescentes⁴⁰.

A CIDH instalou a Sala de Coordenação e Resposta Oportuna e Integrada à crise em relação à pandemia da Covid-19 (Sacroi Covid-19) para fortalecer o monitoramento dos direitos humanos de populações e grupos vulneráveis diante do impacto causado pela pandemia⁴¹.

Como uma das primeiras iniciativas da Sacroi Covid-19 foi elaborada a Resolução nº 1/2020, intitulada “Pandemia e Direitos Humanos nas Américas”, a qual contém 85 recomendações aos Estados membros, a fim de que insiram os direitos humanos em suas estratégias, políticas e medidas dirigidas ao enfrentamento da pandemia, especialmente que sejam direcionadas em favor das populações mais vulneráveis⁴².

Paralelamente a Sacroi Covid-19 criou um site para facilitar o acesso à informação sobre o monitoramento das respostas dos Estados membros quanto aos direitos humanos, contendo comunicados de imprensa, boletins informativos e foros sociais, que discutem o papel das instituições nacionais de direitos humanos no contexto da pandemia, bem como lançou o Sistema interamericano de monitoramento de recomendações (SIMORE Interamericano)⁴³.

Dessa forma, sobreleva a importância da sociedade civil organizada para informar e denunciar o descumprimento pelo Estado Brasileiro, na adoção das políticas públicas de segurança alimentar e de assistência social, sob a escusa de obediência do teto de gastos imposto pela Emenda Constitucional nº 95/2016.

A própria CIDH e a REDESCA assinalaram o aumento substantivo da pobreza e da pobreza extrema devido à pandemia do COVID-19 e suas consequências, bem com que, se os Estados não assumirem desde já políticas e decisões claras que lhes permitam garantir os DESCAs dessas pessoas em situação de vulnerabilidade, as quais já enfrentam um fardo desproporcional, a situação se agravará exponencialmente, com risco de deterioração da democracia e do Estado de Direito⁴⁴.

Asseveram, ainda, que a tutela do direito à saúde está vinculada às condições em que se encontrem os determinantes sociais, devendo os Estados adotarem concomitantemente medidas de emergência e medidas duradouras, no que tange aos direitos à moradia adequada e ao acesso à água potável, por exemplo. Trata-se de oportunidade para os Estados encurtarem as

⁴⁰ ORGANIZAÇÃO DE ESTADOS AMERICANOS (OEA). **La CIDH y su REDESCA instan a asegurar las perspectivas de protección integral de los derechos humanos y de la salud pública frente a la pandemia del COVID-19**. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2020/060.asp>. Acesso em: 22 jul. 2020.

⁴¹ ORGANIZAÇÃO DE ESTADOS AMERICANOS (OEA). **CIDH instala su Sala de Coordinación y Respuesta Oportuna e Integrada a Crisis para la Pandemia del COVID-19**. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2020/063.asp>. Acesso em: 24 jul. 2020.

⁴² COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CIDH). Resolução nº 1/2020. **Pandemia e direitos humanos nas Américas**, de 10 de abril de 2020. Disponível em: <https://www.oas.org/pt/cidh/decisiones/pdf/Resolucao-1-20-pt.pdf>. Acesso em: 24 jul. 2020.

⁴³ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CIDH). **SACROI COVID-19**. Disponível em: http://www.oas.org/es/cidh/SACROI_COVID19/. Acesso em: 20 jul. 2020.

⁴⁴ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CIDH). **A CIDH e sua REDESCA exortam os Estados a efetivamente proteger as pessoas que vivem em situação de pobreza e de pobreza extrema nas Américas em face da pandemia do COVID-19**. Disponível em: <https://www.oas.org/pt/cidh/prensa/notas/2020/124.asp>. Acesso em: 22 jul. 2020.

desigualdades sociais e salvaguardarem o gozo efetivo dos DESCAs sem discriminação⁴⁵.

Por toda a contribuição da CIDH e da REDESCA, no monitoramento dos Estados, que antes mesmo da pandemia, já sonegavam direitos às populações mais pobres, ignorando as medidas efetivas ao enfrentamento das desigualdades sociais, convém trazer a lição de Antônio Augusto Cançado Trindade de que o acesso direto do ser humano às instâncias jurisdicionais acrescido da intangibilidade da jurisdição internacional perfazem cláusulas pétreas da proteção internacional dos direitos humanos, consagrando o tratamento do ser humano como sujeito de direito internacional dos direitos humanos⁴⁶.

O Estado Brasileiro, caso negligencie a necessidade de destinação de políticas públicas sociais e de segurança alimentar nutricional, bem como a necessidade de incremento das políticas já existentes, em virtude do contexto da pandemia, incorrerá em violações de direitos humanos aos grupos sociais específicos, a exemplo das famílias rurais em situação de vulnerabilidade, concorrendo para que haja o aumento das pessoas em extrema pobreza e para a pauperização da efetivação dos DESCAs.

CONCLUSÃO

Das medidas restritivas decorrentes da pandemia de COVID-19 emergiram a acen-tuação das vulnerabilidades, bem como as assimetrias sociais e econômicas, evidenciando-se o rompimento das metas dos ODS da Agenda 2030, as violações ao artigo 37 da CRFB/88 e aos direitos fundamentais.

A emergência sanitária, em que milhões de pessoas perderam a vida, implicou em aumento das desigualdades e em maior afetação das pessoas mais vulneráveis, em um contexto em que o número de pessoas em situação de pobreza e extrema pobreza também aumentou.

Há um estado de insegurança alimentar e nutricional no Brasil, com ofensa ao direito à alimentação adequada, que conta com previsão constitucional e em tratados internacionais, diante da paralisação das políticas públicas sociais e de SAN, com amparo na Emenda Constitucional nº 95/2016, e em razão da desarticulação das políticas de enfrentamento da pandemia entre os governos estaduais e federal.

O esvaziamento das políticas públicas tratadas, que sofrem com os cortes nos orçamentos, decorre de um projeto ultraneoliberal incapaz de assegurar direitos e que cria uma situação insustentável, especialmente para as populações já vulnerabilizadas. Em um sistema de proteção social fraco, pessoas pobres e em situação de vulnerabilidade estão desprotegidas.

⁴⁵ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CIDH). **A CIDH e sua REDESCA exortam os Estados a efetivamente proteger as pessoas que vivem em situação de pobreza e de pobreza extrema nas Américas em face da pandemia do COVID-19**. Disponível em: <https://www.oas.org/pt/cidh/prensa/notas/2020/124.asp>. Acesso em: 22 jul. 2020.

⁴⁶ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **El acceso directo del individuo a los Tribunales Internacionales de derechos humanos**. Bilbao: Universidad de Deusto, 2001, p. 19/39.

As famílias rurais em situação de vulnerabilidade, por exemplo, foram impactadas de forma injusta e desproporcional, assim como comunidades tradicionais e indígenas sofrem com ameaças e violações à soberania alimentar e nutricional e com a expansão da fome e da desnutrição.

Como estratégias de recuperação social e econômica em países em desenvolvimento, há que serem criados alicerces de proteção social, em contraposição aos avanços das políticas neoliberais.

A compreensão de que a pandemia não pode ser considerada uma escusa no cumprimento de direitos é o primeiro passo para se prevenirem violações dos direitos humanos e o agravamento das vulnerabilidades em que se encontram determinados grupos e populações.

A esses esforços e esclarecimentos devem ser dirigidas políticas públicas céleres, que contemplem as condicionantes sociais, se destinem às pessoas em situação de pobreza e extrema pobreza, sejam inclusivas e levem em consideração a soberania alimentar, sob pena de se tornar insustentável a manutenção do Estado de Direito.

A garantia da disponibilidade regular e permanente de alimentos de qualidade e em quantidade suficiente depende da implementação de programas especiais de assistência aos grupos socialmente vulneráveis e outros segmentos empobrecidos da população.

As políticas públicas devem ser instituídas e reforçadas de forma integral e transversal para a garantia da soberania alimentar, sob pena de haver retrocessos sociais, para atendimento de necessidades emergenciais e a longo prazo. Nesse sentido, o fornecimento de cestas básicas, em caráter de urgência, a grupos socialmente vulneráveis, de forma regular e previsível, visa, a um só tempo, assegurar a alimentação adequada e a observância do isolamento social. Contudo, essa ação de distribuição de alimentos deve estar acompanhada de políticas públicas e programas sociais consistentes e permanentes que contemplem a solução a longo prazo para as dificuldades econômicas decorrentes da pandemia e para a consecução da soberania alimentar.

Demanda-se uma atuação potencializada da Defensoria Pública da União, tendo em conta seu papel constitucional como instituição essencial à função jurisdicional do Estado, como instrumento do Estado Democrático de Direito vocacionado à orientação jurídica, promoção dos direitos humanos e defesa dos direitos em todos os graus, diante dos novos desafios de efetivação dos DESCA, face à pandemia de COVID-19.

O artigo pretendeu destacar as estratégias de enfrentamento das vulnerabilidades sociais que foram acentuadas pela pandemia, agravando o estado de insegurança alimentar de populações em situação de extrema pobreza, citando exemplo de atuação extrajudicial da Defensoria Pública da União.

Além disso, foi enfatizada a imprescindibilidade do monitoramento das políticas públicas ou da carência destas pela CIDH e a importância da atuação da Defensoria Pública da União, extrajudicial e judicialmente, por encontrar essa instituição respaldo para a defesa dos

DESCA tanto no Poder Judiciário quanto no Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBUQUERQUE, Maria de Fátima Machado de. A segurança alimentar e nutricional e o uso da abordagem de direitos humanos no desenho das políticas públicas para combater a fome e a pobreza. **Revista de Nutrição**, Campinas, p. 895-903, nov./dez. 2009.

ANDRADE, Manuel Correia. Josué de Castro: **o homem, o cientista e seu tempo**. Revista Estudos Avançados, São Paulo, v. 11, n. 29, 1997.

ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 10 de dezembro de 1948**. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>. Acesso em: 18 jun. 2020.

BEURLEN, Alexandra. **Direito humano à alimentação adequada no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2008.

BRASIL. Comissão Organizadora da I Conferência Nacional, Popular, Autônoma: por Direitos, Democracia e Soberania e Segurança Alimentar e Nutricional. Garantir o direito à alimentação e combater a fome em tempos de coronavírus: **a vida e a dignidade humana em primeiro lugar!** 2020, p. 3. Disponível em: <https://fase.org.br/wp-content/uploads/2020/03/2020-recomendacoes-sobre-direito-alimentacao-no-contexto-da-covid-2.pdf>. Acesso em 25 jun. 2020.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de 5 de outubro de 1988**. Brasília, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 18 jun. 2020.

_____. Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992. **Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm. Acesso em: 18 jun. 2020.

_____. Decreto nº 3.321, de 30 de dezembro de 1999. **Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais “Protocolo de São Salvador”**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3321.htm. Acesso em: 18 jun. 2020.

_____. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Síntese de indicadores sociais: **uma análise das condições de vida da população brasileira**. Rio de Janeiro: 2019, p. 61. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101678.pdf>. Acesso em: 25 jun. 2020.

_____. **Lei nº 11.346, de 15 de setembro de 2006.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11346.htm. Acesso em: 23 jun. 2020.

_____. Ministério da Saúde. **Painel Coronavírus.** Atualizado em: 30/07/2020. Disponível em: <https://covid.saude.gov.br/>. Acesso em: 31 jul. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. **ARE 745745 AgR.** Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, de 2 de dezembro de 2014. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7516923>. Acesso em: 20 jun. 2020.

CÂMARA INTERMINISTERIAL DE SEGURANÇA ALIMENTAR E NUTRICIONAL (CAISAN). **II Plano Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional.** 2018. Disponível em: http://www.mds.gov.br/webarquivos/arquivo/seguranca_alimentar/caisan/Publicacao/Caisan_Nacional/PLAN-SAN%202016-2019_revisado_completo.pdf. Acesso em: 25 jun. 2020.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **El acceso directo del individuo a los Tribunales Internacionales de derechos humanos.** Bilbao: Universidad de Deusto, 2001, p. 19/39.

CASTRO, Josué de. Geografia da fome. **O dilema brasileiro: pão ou aço.** Rio de Janeiro: Edições Antares, 1984.

COMISSÃO ECONÔMICA PARA A AMÉRICA LATINA E O CARIBE (CEPAL). **Panorama Social da América Latina, 2019.** Resumo executivo (LC/PUB.2020/1-P), Santiago, 2020. Disponível em: https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/45090/1/S1900909_pt.pdf. Acesso em: 12 mar. 2020.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CIDH). **A CIDH e sua REDESCA exortam os Estados a efetivamente proteger as pessoas que vivem em situação de pobreza e de pobreza extrema nas Américas em face da pandemia do COVID-19.** Disponível em: <https://www.oas.org/pt/cidh/prensa/notas/2020/124.asp>. Acesso em: 22 jul. 2020.

_____. Resolução nº 1/2020. **Pandemia e direitos humanos nas Américas,** de 10 de abril de 2020. Disponível em: <https://www.oas.org/pt/cidh/decisiones/pdf/Resolucao-1-20-pt.pdf>. Acesso em: 24 jul. 2020.

_____. **SACROI COVID-19.** Disponível em: http://www.oas.org/es/cidh/SACROI_COVID19/. Acesso em: 20 jul. 2020.

COMPANHIA NACIONAL DE ABASTECIMENTO (CONAB). Programa de Aquisição de Alimentos - PAA: **Resultados das Ações da Conab em 2017**. Compêndio de Estudos Conab. v. 13. Brasília, 2018. Disponível em: file:///C:/Users/dpu/Desktop/Material%20de%20estudo%20-%20seguran%C3%A7a%20alimentar/CompendioZdeZEstudosZdaZConabZ-ZV13Z-ZResultadosZdoZPAAZemZ2017_1.pdf. Acesso em: 25 jul. 2020.

CONSEA. **Losan é indispensável à realização de direitos consagrados na Constituição Federal**. 15/09/2016. Disponível em: <http://www4.planalto.gov.br/consea/comunicacao/noticias/2016/setembro/losan-e-indispensavel-a-realizacao-de-direitos-consagrados-na-constituicao-federal>. Acesso em: 23 jun. 2020.

FIOCRUZ. Resposta Global à Covid-19: **uma visão do ponto de vista socioeconômico, diplomático e sanitário**. 2020, p. 39. Disponível em: https://www.arca.fiocruz.br/bitstream/ict/42018/1/panorama_resposta_global3_covid19.pdf. Acesso em: 20 jul. 2020.

FLORIANO, Miriam Villamil Baestro. Reflexões em torno do Direito Humano à Alimentação Adequada: a experiência da Construção do Marco Legal no Rio Grande do Sul. In: PIOVESAN, Flávia; CONTI, Luiz Irio. (Coord). **Direito Humano à alimentação Adequada**. Lúmen Júris: Rio de Janeiro, 2007, p. 196-197.

FOOD AND AGRICULTURE ORGANIZATION OF THE UNITED NATIONS. The state of food security and nutrition in the world: **safeguarding against economic slowdowns and downturns**. Rome, 2019, p. 9 e 119. Disponível em: <https://www.fao.org/3/ca5162en/ca5162en.pdf>. Acesso em: 22 jun. 2020.

GALEANO, Eduardo. **As Veias Abertas da América Latina**. 2010, p. 7. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/BibliotecaDigital/BibDigitalLivros/TodosOsLivros/As-Veias-Abertas-da-America-Latina.pdf. Acesso em: 20 jul. 2020.

GRASSI NETO, Roberto. Segurança alimentar: **da produção agrária à proteção do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2013.

LIPORACE, Teresa; ZIGONI, Carmela; PINHEIRO, Luiza; ODA, Paula; SILVA, Alan Rossi; ROCHA, Júlia; SAKAI, Juliana. **Organizações explicam denúncia por violações ao direito à informação**. 2020. Disponível em: <https://idec.org.br/idec-na-imprensa/organizacoes-explicam-denuncia-por-violacoes-do-estado-ao-direito-informacao>. Acesso em 28 jun. 2020.

MORAVCSIK, Andrew. 2000. The Origins of Human Rights Regimes: Democratic Delegation in Postwar Europe. **International Organization**, v. 54, n. 2, 2000, p. 217-249.

NAÇÕES UNIDAS. Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. **Comentário Geral n. 12: o direito à alimentação adequada (art.11)**. 1999. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/publicacoes/alimentacao-adequada/Comentario%20Geral%20No%2012.pdf>. Acesso em: 25 jun. 2020.

_____. Objetivos de Desenvolvimento Sustentável Transformando Nosso Mundo: **A Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável**. 2015. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2015/10/agenda2030-pt-br.pdf>. Acesso em: 25 mar. 2020.

ORGANIZAÇÃO DE ESTADOS AMERICANOS (OEA). **CIDH instala su Sala de Coordinación y Respuesta Oportuna e Integrada a Crisis para la Pandemia del COVID-19**. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2020/063.asp>. Acesso em: 24 jul. 2020.

_____. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Informe nº 40/04. Caso 12.053. Fondo **Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo vs. Belice**, 12 octubre de 2004. Disponível em: <http://www.cidh.oas.org/annualrep/2004sp/Belize.12053.htm>. Acesso em: 21 jul. 2020.

_____. Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Caso Comunidades Indígenas Miembros de La Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina**. San José, Costa Rica, 2 de abril de 2020. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/comunicados/cp_24_2020.pdf. Acesso em: 23 jul. 2020.

_____. **La CIDH y su REDESCA instan a asegurar las perspectivas de protección integral de los derechos humanos y de la salud pública frente a la pandemia del COVID-19**. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2020/060.asp>. Acesso em: 22 jul. 2020.

_____. La Carta Democrática Interamericana 2020: **Guía de acción política para enfrentar la pandemia del COVID-19**. 2020, p. 22. Disponível em: <http://www.oas.org/documents/spa/press/La-CDI-Guia-de-accion-politicapara-la-pandemia-5.28.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2020.

RIBEIRO-SILVA, Rita de Cássia; SANTOS, Marcos Pereira; CAMPELLO, Tereza; ARAGÃO, Érica; GUIMARÃES, Jane Mary de Medeiros; FERREIRA, Andréa; BARRETO, Mauricio Lima; SANTOS, Sandra Maria Chaves dos. Implicações da pandemia COVID-19 para a segurança alimentar e nutricional no Brasil. **Ciência e Saúde Coletiva**. Jun/2020. Disponível em: <http://www.cienciae>

saudecoletiva.com.br/artigos/implicacoes-da-pandemia-covid19-para-a-seguranca-alimentar-e-nutricional-no-brasil/17648?id=17648&id=17648&id=17648. Acesso em 29 jun. 2020.

ROSETO, Fernando; YONFÁ, Yolanda Carbonell; REGALADO, Fabián. **Soberanía Alimentaria, modelos de desarrollo y tierras en Ecuador**. Quito: Centro Andino para la Formación de Líderes Sociales, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais em espécie. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARI-
NONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 641.

UNITED NATIONS. **The Sustainable Development Goals Report 2020**, p. 28. Disponível em: <https://unstats.un.org/sdgs/report/2020/The-Sustainable-Development-Goals-Report-2020.pdf>. Acesso em: 22 jun. 2020.

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO (UFRJ). **Segurança alimentar e nutricional em tempos de pandemia**. 2020. Disponível em: <https://ufrj.br/noticia/2020/04/08/seguranca-alimentar-e-nutricional-em-tempos-de-pandemia>. Acesso em: 25 maio 2020.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. Coronavirus disease (COVID-19): **Situation Report - 193**. 2020. Disponível em: https://www.who.int/docs/default-source/coronaviruse/situation-reports/20200731-covid-19-sitrep-193.pdf?sfvrsn=42a0221d_2. Acesso em: 31 jul. 2020.

**ENSINO OBRIGATÓRIO SOBRE HISTÓRIA E CULTURA AFRO-BRASILEIRA.
COMUNIDADES REMANESCENTES DE QUILOMBOS:
POLÍTICAS DE ACESSO À TERRA**

**EDUCACIÓN OBLIGATORIA SOBRE HISTORIA Y CULTURA AFROBRASILEÑA.
COMUNIDADES REMANENTES QUILOMBOLAS:
POLÍTICAS DE ACCESO A LA TIERRA**

*José Roberto Fani Tambasco
Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais (UMSA-AR).
Coordenador Nacional do Grupo de Trabalho Comunidades Tradicionais da DPU.
Defensor Público Federal.
jose.tambasco@dpu.def.br*

RESUMO

A obrigatoriedade no ensino fundamental e médio sobre a história e a cultura afro-brasileira no que se refere às comunidades remanescentes quilombolas, necessita estar amparada por subsídios que permitam aos alunos, mais do que se verem como sujeitos da história, entenderem a resistência das comunidades negras na defesa de seus meios de vida tradicional e, sobretudo, o direito inalienável aos seus territórios. O conhecimento normativo internacional, constitucional e ordinário são as ferramentas básicas para a compreensão destes povos como sujeitos autônomos de direito, a garantia de acesso a seus territórios como direito inalienável, e, a proteção ao meio ambiente, como direito fundamental de caráter coletivo cuja titularidade é inerente a estas comunidades.

Palavras-chave: Comunidades quilombolas. Ensino história e cultura afro brasileira. Quilombos, direitos e garantias.

RESUMEN

La educación obligatoria en las escuelas primarias y secundarias sobre la historia y cultura afrobrasileña con respecto a las comunidades remanentes de quilombolas, debe ser apoyada por subsidios que permitan a los estudiantes, más que verse a sí mismos como sujetos de la historia, comprender la resistencia de las comunidades en defensa de sus medios de vida tradicionales y, sobre todo, el derecho inalienable a sus territorios. El conocimiento normativo internacional, constitucional y ordinario son las herramientas básicas para entender a estos pueblos como sujetos de derecho autónomos, la garantía de acceso a sus territorios como un derecho inalienable, y, la protección del medio ambiente, como un derecho colec-

tivo fundamental cuya propiedad es inherente a estas comunidades.

Palabras clave: Comunidades quilombolas. Enseño historia y cultura afrobrasileña. Quilombos, derechos y garantías.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO. 1.COMUNIDADES TRADICIONAIS REMANESCENTES DE QUILOMBOS. 2. TERRITÓRIO TRADICIONAL. 3. ACESSO AOS DIREITOS. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICA.

INTRODUÇÃO

Este trabalho é uma síntese da disciplina: Comunidades remanescentes de quilombos: políticas de acesso à terra, integrante da grade disciplinar oferecida no curso de pós-graduação, *lato sensu*, de história e cultura da África, afro-brasileira e indígena, pela Universidade de Vassouras, cujo objetivo geral é a capacitação do corpo discente para o exercício de assessoria histórico-cultural, pesquisa e ensino em disciplinas definidas pelas Leis nº 10.639/03 e nº 11.645/08¹.

A Lei de diretrizes e bases da educação no Brasil encontra-se consolidada pela Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, inicialmente redigida em desacordo com os preceitos da educação multicultural, ou seja consoante ao conjunto de estratégias baseadas em programas curriculares que expressem a diversidade de culturas e estilos de vida, que possam promover a mudança de percepções e atitudes que facilitem a compreensão e a tolerância entre indivíduos de origens étnicas diversas, sendo necessário, desta forma, para sua evolução em nosso ambiente de democracia social, a introdução do ensino da História e Cultura Afro-Brasileira e Africana, através da Lei nº 10.639/03, e posteriormente passando a abranger, também, a cultura indígena pela Lei nº 11.645/08,

Não havendo dúvidas que o ensino pluriétnico foi negligenciado em detrimento de uma cultura eurocentrista, podemos inferir que a educação, como ser vivo em transformação permanente, necessita, dentro deste modelo de transformação, ampliar seus olhares para promover a inclusão do conhecimento dos direitos de suas minorias étnicas, neste caso específico, dos membros das comunidades tradicionais remanescentes de quilombos.

Acreditando que cada membro do corpo discente, de alguma forma, será um elemento de multiplicação dos conhecimentos e direitos destas comunidades, desenvolvemos, como metodologia, uma síntese da temática com foco no conhecimento dos conceitos básicos de sujeitos de direito, o território como objeto de interesse fundamental, as relações de direito que lhes são inerentes, e a garantia dos seus direitos com o devido acesso ao esta-

¹ <https://www.universidadedevassouras.edu.br/posgraduacao/latosensu/historiaecultura>.

mento dos poderes constituídos em sede nacional e internacional.

O primeiro capítulo apresenta uma evolução normativa do conceito de comunidades tradicionais, englobando uma visão histórica e jurídica com realce à invisibilidade destes povos tribais e semitribais, porém com foco no processo evolutivo de inserção das comunidades tradicionais quilombolas na legislação brasileira, essencialmente ambiental por sua relação com seus territórios, e sua conquista da condição de sujeitos autônomos de direito.

O segundo capítulo abrange a natureza seus territórios, apresentando uma visão histórica e jurídica de resistência aos interesses dos grandes proprietários de terras, assim como as ameaças impostas pelas limitações ambientais inerentes ao desenvolvimento legislativo ambiental aplicado dissociadamente do necessário respeito aos interesses das comunidades tradicionais.

O último capítulo versará sobre o exercício de seus principais direitos baseados na legislação internacional, constitucional e ordinária, assim como sua defesa em face da dissonância legislativa pátria diante dos princípios e paradigmas exarados pelos órgãos de garantia da ordem jurídica internacionais.

Na certeza de que nossas breves e concisas apreciações aqui apresentadas somente representarão uma semente no campo da educação em direitos das comunidades tradicionais quilombolas, acreditamos que este trabalho será um incentivo ao aprofundamento quanto à temática por nossos professores e sobretudo pelos defensores de nossa cidadania popular.

1. COMUNIDADES TRADICIONAIS: REMANESCENTES DE QUILOMBOS

Um estudo do conceito de comunidades tradicionais em nosso ordenamento jurídico deve ter como ponto de partida o indicativo de que elas sempre estiveram inseridas no cotidiano brasileiro, no entanto legalmente invisíveis, portanto sem o reconhecimento de suas capacidades jurídicas para serem reconhecidas como sujeitos autônomos de direito.

Na literatura acadêmica, ainda que majoritários os estudos etnográficos, antropológicos e sociológicos sobre as comunidades indígenas, fartas são as citações da existência de comunidades culturalmente diferenciadas assentadas em territórios distintos, cabendo ressaltar que o nomadismo cigano em nosso entender não faculta sua exclusão do núcleo comum que integra este conceito².

A inserção da terminologia jurídica no nosso ordenamento legislativo, com consequente reconhecimento da capacidade jurídica destas comunidades tradicionais, remonta de forma incipiente à Convenção nº 107 da Organização Internacional do Trabalho - OIT, de 05 de junho de 1957, concernente à proteção e integração das populações indígenas e

² Para melhor entendimento da mutabilidade sociocultural Cigana e a inserção do território como elemento de referência destas comunidades indicamos a leitura de nosso artigo: *Ciganos no sul do Estado do Rio de Janeiro: Transformações sociais e acesso aos direitos fundamentais*.

outras populações tribais e semitribais, aprovada pelo Decreto Legislativo nº 20, de 1965 e promulgada pelo Decreto nº 58.824, de 1966.

Esta Convenção, como revela-se pela leitura de seu art. 1º. alínea 3, voltava-se ao integracionismo (assimilacionismo) dos povos tribais e semitribais, pensamento contrário aos ditames da Constituição Federal de 1988, portanto não recepcionada ou seja não acolhida no ordenamento jurídico por força da disposição do art. 215, §1º, normativo de reconhecimento e proteção da cultura indígena, além da, subsequente, aplicação dos princípios das convenções internacionais para a evolução da teoria integracionista com inserção de uma nova visão interculturalista, expressa pelo art. 232, onde, essencialmente, os indígenas passaram a serem sujeitos autônomos de direito, o que evidentemente, em nosso entendimento, estendeu-se, face ao princípio da igualdade, às Comunidades Tradicionais Remanescentes de Quilombos - CTRQ (art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais transitórias -ADCT) cuja inserção no texto constitucional causou espanto face à singularidade da terminologia *remanescentes de quilombos*.

Segundo Flávio dos Santos Gomes³, os movimentos de resistência à escravidão através de fugas com estabelecimento de comunidades de fugitivos receberam inúmeras denominações pelos países escravagistas das Américas: *cumbes* na Venezuela; *palenques* na Colômbia; *maroons* na Jamaica, Caribe inglês e sul dos Estados Unidos; *bush negroes* no Suriname; *maronage* no Caribe Francês; e *cimaronaje* em Cuba e Porto Rico.

No Brasil, estes movimentos inicialmente receberam a denominação de mocambos, que na linguagem *Kimbundu* e *Kicongo* significavam “pau de fieira, tipo de suportes com forquilha utilizados para erguer choupanas nos acampamentos”, com seu primeiro registro na Bahia em 1575, somente vindo a serem denominados quilombos, através de registro documental, a partir do século XVIII, porém respeitadas as regionalidades com a manutenção da dupla designação⁴.

Quilombo, vocábulo presente no léxico *quimbundo* (*kilombo*) e também no *umbundo* (*ochilombo*), idiomas da região africana hoje denominada Angola, significavam acampamento⁵, porém Laurentino Gomes⁶ esclarece que na linguagem *Cassanje* indicavam as fortificações dos guerreiros *Jagas*, liderados pela mítica rainha *Ginga*, visão corroborada por Alberto da Costa e Silva que informa haver no Reino de *Libolo* uma organização guerreira *ovibunda* disciplinadíssima e rigorosa, denominada quilombo⁷.

Suas formas sociais e econômicas de existência ainda são um desafio aos historiadores brasileiros, tanto pela diversidade regional de nosso país continental, tanto pelo enorme lap-

³ GOMES, Flávio dos Santos. Mocambos e quilombos: uma história do campesinato negro no Brasil. São Paulo: Claro Enigma, 2015. Fls. 10.

⁴ *Opus cit.* Fls. 11.

⁵ LOPES, Nei. Dicionário de história da África: Séculos VII a XVI. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2017. Fls. 246.

⁶ GOMES, Laurentino. Escravidão: do primeiro leilão de cativos em Portugal até a morte de Zumbi dos Palmares. Vol 1, 1ª Edição, Rio de Janeiro: Globo Livros, 2019. Fls. 410.

⁷ Silva, Alberto da Costa. A África e a escravidão, de 1500 a 1700. 2ª ed.- Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011. Fls. 421.

so temporal de suas existências, e também pela falta de registros históricos, mas em face da natureza de expropriação ou predação de bens de terceiros, podemos inferir que a denominação *quilombola* ou *calhambola*, como integrantes de quilombo, devido a uma afinidade histórica com o movimento de resistência à escravidão e relação direta com a marginalidade, tornaram-se conceitos não favoráveis à relação com a minoria no poder econômico e político, e com o fim da escravatura em 1888, passaram ao desuso e esquecimento.

Estas terras quilombolas cuja posse se somaram a outras adquiridas através de legados testamentários, alienação por compra, doação, ou por ocupação em entornos de construções religiosas ou fazendas abandonadas⁸, passaram a ser conhecidas por inúmeras denominações através dos tempos, tais como terra de santo, terra de negro, terra de pretos, comunidades rurais negras, e seus ocupantes pela intensa miscigenação racial, natural na formação de nosso povo, foram sendo classificados por outras denominações raciais (caborés, cabras, mulatos..) apartadas de sua herança histórica de resistência..

O termo quilombo reaparece na metade do século XX, através do ativismo dos movimentos negros brasileiros, como elemento de engajamento na luta social, sendo relevante neste cenário citar Abdias do Nascimento, que veio a ser Deputado Federal e Senador da República, tendo editado a revista cultural *Quilombo* e autor do livro *O quilombismo*,⁹ onde a terminologia encontra sua ressignificação como modelo para a reforma da estrutura social baseada em discriminações raciais.

José Maurício Arruti¹⁰, discutindo, ainda, a terminologias *remanescentes de quilombos*, apresenta, entre outras similares apreciações, que “o artigo teria sido algo improvisado, sem uma proposta original clara ou maiores discussões posteriores”, posição corroborada por Aldemir Fiabini¹¹ que informa “durante o processo constituinte, nem uma única discussão foi registrada nos anais do congresso sobre o futuro art. 68 do ADCT. Incluído inicialmente em uma das propostas sobre a proteção do patrimônio cultural brasileiro. ”

Em meio às inúmeras discussões interpretativas a Associação Brasileira de Antropologia -ABA, no ano de 1994, “ elaborou documento definindo quem eram os sujeitos de direitos referidos no artigo 68 do ADCT/CF/88 na expressão “remanescentes de comunidades de quilombos”, demonstrando os novos significados que o uso de termos adquire nas ações orientadas pela existência do dispositivo constitucional, questionando a utilização de formas de identificação e classificação estranhas aos próprios atores sociais, baseados em critérios “historiográficos”, “arqueológicos”, raciais e/ou culturais : “ Trata-se de sujeitos com história de resistência à escravidão, organizados em conformidade sua situação atual. São grupos étnicos, que existem e persistem ao longo da história como um “tipo organizacional” “não se

⁸ CARRIL, Lourdes. Terra de negros: herança de quilombos. São Paulo: Scipione, 1997. Fls . 10

⁹ NASCIMENTO, Abdias. O quilombismo. 2ª ed. — Brasília: Fundação Cultural Palmares, 2002.

¹⁰ ARRUTI, José Maurício. Mocambo: antropologia e história do processo de formação quilombola. Bauru: Edusc, 2006. Fls. 67.

¹¹ FIABINI, Adelmir. Mato, palhoça e Pilão. O quilombo, da escravidão às comunidades remanescentes (1532-2004). 2ª ed. - São Paulo: Expressão Popular, 2012. Fls. 358.

refere a resíduos arqueológicos de ocupação temporal ou comprovação biológica. Também não se trata de grupos isolados ou de uma população estritamente homogênea. Da mesma forma nem sempre foram constituídos a partir de uma referência histórica comum, construídas a partir de vivências e valores partilhados. Neste sentido, constituem grupos étnicos conceitualmente definidos pela antropologia como um tipo organizacional que confere pertencimento através de normas e meios empregados para indicar afiliação ou exclusão”.¹²

Sob a influência das transformações constitucionais a legislação ambiental brasileira, por diversas vezes, legislou sobre a temática relacionada às comunidades tradicionais, mas, contida pela ausência de uma visão social progressista, perdeu oportunidades de avançar, como no caso do Decreto 98.897, de 30 de janeiro de 1990, que instituiu as Reservas Extrativistas¹³, onde no artigo 1º optou por inferir o uso dos territórios a “populações extrativistas”, mantendo esta mesma linha de raciocínio na redação da Lei de Política Agrícola, lei nº 8.171, de 17 de janeiro de 1991, que em seu art. 45, Parágrafo único, previu o apoio do Poder Público ao associativismo e cooperativismo dos produtores rurais e *extensivo aos grupos indígenas, pescadores artesanais e àqueles que se dedicam às atividades de extrativismo vegetal não predatório*.

Nesta seara podemos visualizar que o legislador evoluiu bastante, passando a reconhecer as populações tradicionais, expandindo o conceito de populações extrativistas, e conferindo-lhes um conceito normativo, ainda que simplista, mas já lhes possibilitando o exercício de suas legitimações na temática territorial, o que, também, podemos constatar através da leitura do art. 5º da Lei nº 9.985, de 18 de julho de 2000, Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza –SNUC.

Ressaltando-se, ainda nesta fase anômica, sob a perspectiva da ausência de definição do conceito de comunidades tradicionais, que o poder executivo, editou o primeiro ato normativo para regulamentação do procedimento de identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos de que trata o art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias - ADCT, através do Decreto nº 3.912 de 10 de setembro de 2001 com evidente caráter restritivo aos direitos destas comunidades impondo um marco temporal como indicativo de ocupação dos territórios quilombolas e também dispondo sobre o procedimento para reconhecimento das comunidades quilombolas com caráter nitidamente inviabilizador à promoção do fim social indicado pela Constituição Federal.

Com a mudança de ideologia governamental, houve a revogação da norma citada através do Decreto nº 4.887, de 20 de novembro de 2003, que passou a fornecer um elemento

¹² (Grupo de Trabalho “ Comunidades Negras Rurais”/ABA. Documento do Grupo de Trabalho sobre Comunidades Negras Rurais, Associação Brasileira de Antropologia, 1994) [www.aba.abant.org.br › files](http://www.aba.abant.org.br/files).

¹³ A ideia de Reserva Extrativista surgiu em 1985 durante o 1o. Encontro Nacional dos Seringueiros como uma proposta para assegurar a permanência dos seringueiros em suas colocações ameaçadas pela expansão de grandes pastagens, pela especulação fundiária e pelo desmatamento. O conceito surgiu entre populações extrativistas a partir da comparação com as reservas indígenas e com as mesmas características básicas: as terras são da União e o usufruto é das comunidades. Uma espécie de reforma agrária apropriada para os moradores da floresta. <http://www.memorialchicomendes.org/reservas-extrativistas/>.

essencial para a compreensão da temática, assim como fortalecimento das garantias destas comunidades, em seu art. 2º:

Consideram-se remanescentes das comunidades dos quilombos, para os fins deste Decreto, os grupos étnico-raciais, segundo critérios de auto-atribuição, com trajetória histórica própria, dotados de relações territoriais específicas, com presunção de ancestralidade negra relacionada com a resistência à opressão histórica sofrida.

As forças políticas conservadoras apresentaram uma Ação Declaratória de Inconstitucionalidade (ADIN nº 3239 –DF) perante ao STF, alegando que o Decreto nº 4.887/03 era formalmente inconstitucional, pois, ao inovar na ordem jurídica, criando direitos e deveres para particulares, invadiu o espaço reservado à lei em sentido estrito; criou nova espécie de desapropriação, diversa das modalidades previstas no art. 5º, inciso XXIV, da Constituição Federal e das reguladas pela legislação correspondente; ser errônea a utilização do critério da autoatribuição para a identificação dos remanescentes dos quilombos mediante mera declaração do próprio interessado e que o art. 68 do ADCT exige, para o reconhecimento da propriedade nele prevista, a comprovação da efetiva ocupação das terras pelos remanescentes, e não apenas descendentes dos quilombolas; que a qualificação das terras como áreas ocupadas por remanescentes dos quilombos não poderia ser atribuída pelos próprios interessados, devendo antes ser objetos de estudos histórico antropológicos.

No ano de 1989 a Organização Internacional do Trabalho – OIT, decidiu pela revisão da Convenção nº 107, reconhecendo a necessidade de evolução do conceito integracionista e conseqüentemente procedeu à elaboração de uma nova norma substitutiva, denominada Convenção nº 169, promulgada e inserida em nosso ordenamento através do Decreto nº 5.051, de 19 de abril de 2004 na qualidade de norma supralegal ou infraconstitucional.

Mesmo sendo explícita a diferenciação entre os povos indígenas e tribais, por esta Convenção, persistiram dúvidas quanto ao conceito de povos semitribais, questão que veio a ser, posteriormente, aclarada por inúmeras decisões da Corte Internacional de Direitos Humanos – CortelDH, sobretudo através do paradigma: Caso do povo Saramaka vs. Suriname, sentença de 28 de novembro de 2007, restando claro que as Comunidades Tradicionais Remanescentes Quilombolas encontram-se sob o pálio das normas convencionais.

Ainda neste período o direito ambiental inseriu a terminologia populações tradicionais, sem muito apuro na singularidade buscada por objeto, no teor da Lei nº 11.284, de 2 de março de 2006, que dispõe sobre a gestão de florestas públicas para a produção sustentável, em seu artigo 3º, X, onde são elencados os conceitos considerados para os fins da Lei: “Comunidades locais: populações tradicionais e outros grupos humanos, organizados por gerações sucessivas, com estilo de vida relevante à conservação e à utilização sustentável da diversidade biológica”

Assim como, também, na Lei nº 11.428, de 22 de dezembro de 2006, que dispõe sobre a utilização e proteção da vegetação nativa do Bioma Mata Atlântica, e dá outras providências, em seu art. 3º, II, onde são expostos os conceitos para efeitos da lei: “População

tradicional: população vivendo em estreita relação com o ambiente natural, dependendo de seus recursos naturais para a sua reprodução sociocultural, por meio de atividades de baixo impacto ambiental¹⁴”.

No ano de 2018 houve o julgamento pela Corte Constitucional pela improcedência da ADIN 3239, no entanto, somente vindo a ocorrer o trânsito em julgado da decisão com o julgamento final dos Embargos de Declaração no ano de 2020¹⁵, quando houve o esclarecimento da impossibilidade da fixação do denominado marco temporal requerido no pedido inicial, podendo-se ressaltar para a melhor compreensão da decisão os seguintes trechos do acórdão do julgamento principal:

4. O art. 68 do ADCT assegura o direito dos remanescentes das comunidades dos quilombos de ver reconhecida pelo Estado a propriedade sobre as terras que histórica e tradicionalmente ocupam – direito fundamental de grupo étnico-racial minoritário dotado de eficácia plena e aplicação imediata. Nele definidos o titular (remanescentes das comunidades dos quilombos), o objeto (terras por eles ocupadas), o conteúdo (direito de propriedade), a condição (ocupação tradicional), o sujeito passivo (Estado) e a obrigação específica (emissão de títulos), mostra-se apto o art. 68 do ADCT a produzir todos os seus efeitos, independentemente de integração legislativa.

6. O compromisso do Constituinte com a construção de uma sociedade livre, justa e solidária e com a redução das desigualdades sociais (art. 3º, I e III, da CF) conduz, no tocante ao reconhecimento da propriedade das terras ocupadas pelos remanescentes das comunidades dos quilombos, à convergência das dimensões da luta pelo reconhecimento – expressa no fator de determinação da identidade distintiva de grupo étnico-cultural – e da demanda por justiça socioeconômica, de caráter redistributivo – compreendida no fator de medição e demarcação das terras.

7. Incorporada ao direito interno brasileiro, a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho – OIT sobre Povos Indígenas e Tribais, consagra a “consciência da própria identidade” como critério para determinar os grupos tradicionais aos quais aplicável, enunciando que Estado algum tem o direito de negar a identidade de um povo que se reconheça como tal.

8. Constitucionalmente legítima, a adoção da autoatribuição como critério de determinação da identidade quilombola, além de consistir em método autorizado pela antropologia contemporânea, cumpre adequadamente a tarefa de trazer à luz os destinatários do art. 68 do ADCT, em absoluto se prestando a inventar novos destinatários ou ampliar indevidamente o universo daqueles a quem a norma é dirigida. O conceito vertido no art. 68 do ADCT não se aparta do fenômeno objetivo nele referido, a alcançar todas as comunidades historicamente vinculadas ao uso linguístico do vocábulo quilombo. Adequação do emprego do termo “quilombo” realizado pela Administração Pública às balizas linguísticas e hermenêuticas impostas pelo texto-norma do art. 68 do ADCT. Improcedência do pedido de declaração de inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, do Decreto 4.887/2003

¹⁴ Cujas definições só ocorreram com a inserção no direito ambiental do novo Código Florestal, através da Lei nº 12.651, de 25 de maio de 2012, que as definiu em seu artigo 3º, inciso X.

¹⁵ www.stf.jus.br

A demora do julgamento desta ação (2004 a 2020) e, também, por força do voto do relator em 2012, contrário aos interesses das comunidades quilombolas, ter perdurado no tempo até o julgamento, ocorreram inúmeras decisões judiciais de inconstitucionalidade em primeira instância, que suspenderam os processos de desapropriação das áreas necessárias à titulação dos quilombos, causando sérios prejuízos ao fortalecimento do movimento social destes povos.

Dentro deste contexto normativo ocorreu uma evolução do pensamento legislativo, agora sob influência do pensamento jurídico filosófico denominado neoconstitucionalismo, também denominado pós-positivismo, que engloba, em apertada síntese, o devido respeito no ordenamento jurídico ao convencionalismo e decisões de cortes internacionais como paradigmas em direitos humanos, para que, então, houvesse uma discussão sobre o conceito que melhor poderia expressar os interesses dos povos tribais e semitribais, procedimento que foi muito bem sintetizado pelo Conselho Nacional de Direitos Humanos, através de seu relatório Povos livres, territórios em luta - relatório sobre os direitos dos povos e comunidades tradicionais¹⁶, apresentado no ano de 2018, cujas referências históricas transcrevemos a seguir:

A Convenção 169 ofereceu, assim, um novo paradigma para o reconhecimento à diferença por meio da autoidentificação e de direitos territoriais e à consulta prévia em processos que ameacem a continuidade dos modos de vida de povos e comunidades tradicionais. Para que o Estado brasileiro pudesse ressignificar a noção de povos tribais (termos da Convenção 169) para o desenvolvimento de uma categoria apropriada à realidade do país, investiu-se na construção de um conceito unificador da sociodiversidade. Era necessário nominar para quem se dirige a política. Assim, da mesma forma que chamamos de povos indígenas um conjunto de distintas etnias com identidades próprias e de comunidades quilombolas, um conjunto de comunidades negras, em sua maioria rurais, que se identificavam de maneiras distintas, também era preciso que tivéssemos um conceito amplo, onde os segmentos, as identidades distintas conseguissem se enxergar e para as quais o Estado direcionaria ações, programas e recursos financeiros. No momento da construção do conceito, havia, ainda, a preocupação de não fechar tanto o conceito a ponto de excluir segmentos que não estavam organizados o suficiente para reivindicar participação e inclusão e também não deixá-lo tão amplo que coubessem todos os setores economicamente marginalizados, mas não identitariamente distintos. Também se questionava a unidade a ser utilizada, se seriam comunidades tradicionais ou povos tradicionais. Como resultado de diversos diálogos e consultas optou-se, em sua primeira versão, pelo termo “comunidades”, que como frisado por Mauro Almeida, em encontro de especialistas promovido pelo Ministério do Meio Ambiente (MMA) e Ministério do Desenvolvimento Social (MDS), comunidade é “um grupo que interage diretamente – face a face – e que é capaz de agir coletivamente a partir dessas interações” (LITTLE, 2006, pg. 9). Assim, foi criada em 2004 a primeira versão da comissão nacional, com o termo comunidades tradicionais. Seguindo a mesma lógica, foi realizado em 2005 o I Encontro Nacional das Comunidades Tradicionais. A partir deste encontro

¹⁶ <https://www.gov.br/mdh/pt-br/acao-a-informacao/participacao-social/conselho-nacional-de-direitos-humanos-cndh/relatorios>.

os movimentos sociais representativos dos segmentos sociais aos quais se destinava a nova construção de políticas públicas se inseriu de maneira decisiva nas discussões para a construção de um conceito unificador da complexa diversidade sociocultural destes segmentos. Como resultado das discussões do I Encontro e das oficinas de trabalho para construção da Política Nacional, a unidade foi ampliada, sendo incluídas as identidades étnicas, passando o conceito a tratar de povos e comunidades. O conceito utilizado atualmente foi, então, construído a partir da parceria estabelecida entre a sociedade civil representativa destes segmentos sociais socioculturalmente diferenciados, governo federal e comunidade acadêmica. O conceito buscou dialogar com estes três distintos setores, sendo o peso da sociedade civil decisivo, especialmente na definição de suas unidades “povos” e “comunidades”.

Importante ainda destacar que o conceito não pretendeu ser limitador e nominador dos segmentos justamente pelo entendimento de que anos, muitas vezes, séculos de invisibilidade perante um Estado opressor levaram diversos segmentos a não se autodefinirem até o momento e que uma possível nominação poderia significar o risco de esquecimento ou apagamento de uma identidade ainda não revelada.

Culminando-se, então, com a publicação do Decreto nº 6.040, de 7 de fevereiro de 2007 que instituiu a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais, onde através de seu art 3º, I, inseriu-se o conceito definitivo de comunidades tradicionais em nosso ordenamento:

Povos e Comunidades. Tradicionais: grupos culturalmente diferenciados e que se reconhecem como tais, que possuem formas próprias de organização social, que ocupam e usam territórios e recursos naturais como condição para sua reprodução cultural, social, religiosa, ancestral e econômica, utilizando conhecimentos, inovações e práticas gerados e transmitidos pela tradição;

A fixação de um conceito bem elaborado que possibilitou o engajamento social dos mais diversos grupos populacionais e suas diversidades culturais pelo Decreto nº 6.040/07 foi de tamanha importância para o mundo legal que permitiu a inclusão do reconhecimento das Comunidades Tradicionais pela Lei nº 12.512 de 2011 no bojo da Lei nº 11.326, de 24 de julho de 2006, que estabelece as diretrizes para a formulação da Política Nacional da Agricultura Familiar e Empreendimentos Familiares Rurais, em seu art. 3º, §2º: integrantes de comunidades remanescentes de quilombos rurais e demais povos e comunidades tradicionais que atendam simultaneamente aos incisos II, III e IV *do caput do art. 3º* ¹⁷.

Ainda podemos ressaltar que nesta fase de reconhecimento das diretrizes normativas a legislação ambiental, através da Lei nº 13.123 de 20 de maio de 2015, relativa ao acesso ao patrimônio genético, inerente a proteção e o acesso ao conhecimento tradicional associado e sobre a repartição de benefícios para conservação e uso sustentável da biodi-

¹⁷ II - utilize predominantemente mão-de-obra da própria família nas atividades econômicas do seu estabelecimento ou empreendimento; III - tenha percentual mínimo da renda familiar originada de atividades econômicas do seu estabelecimento ou empreendimento, na forma definida pelo Poder Executivo; IV - dirija seu estabelecimento ou empreendimento com sua família.

versidade, através do art. 2º, IV, inseriu o conceito de comunidades tradicionais em perfeita conformidade com a norma geral estabelecida pelo Decreto nº 6.040/07: “comunidade tradicional - grupo culturalmente diferenciado que se reconhece como tal, possui forma própria de organização social e ocupa e usa territórios e recursos naturais como condição para a sua reprodução cultural, social, religiosa, ancestral e econômica, utilizando conhecimentos, inovações e práticas geradas e transmitidas pela tradição;”

Sendo factível, diante da evolução das normas conceituais, concluir que o conjunto das comunidades tradicionais exemplificado pelos povos quilombolas, ciganos, povos de religião de matriz africana, seringueiros, castanheiros, quebradeiras de coco-de-babaçu, comunidades de fundo de pasto, faxinalenses, pescadores artesanais, marisqueiras, ribeirinhos, varzeiros, caçaras, praieiros, sertanejos, jangadeiros, ciganos, açorianos, campeiros, varzanteiros, pantaneiros, caatingueiros, é um conceito aberto que permite o enquadramento de outras comunidades que encontrem similaridades nos seus modos de vida com os normativos impostos como parâmetros pelo conceito legal fixado pelo Decreto nº 6.040/07.

2. TERRITÓRIO TRADICIONAL

Na sociedade brasileira após o início da conquista portuguesa, no início do século XVI, passamos a conviver com uma estratificação geográfica onde, afastando-se, ou melhor ignorando-se, os direitos tradicionais tribais dos ocupantes do território conquistados, as terras foram divididas em Capitanias pela Carta Foral de 06 de outubro de 1531, sistema administrativo português que já vigia nas colônias portuguesas africanas.

Roberto Moreira de Almeida, citado por Rocha¹⁸, no que se refere à legitimação dos conquistadores em contraposição aos direitos dos ocupantes originários, esclarece para fins de caracterização patrimonial histórica que “toda a terra, antes ocupada pelos silvícolas, por direito de ocupação (descobrimento), passou a pertencer à coroa portuguesa”.

No entanto, este sistema *sesmarial*, criado em 1375 por D. Fernando I, através da Lei de Sesmarias e introduzido nas Ordenações Afonsinas de 1446, reproduzido nas Ordenações Manuelinas (1514) e também posteriormente nas Ordenações Filipinas (1603), implementado através da distribuição de Capitanias, ou seja, em face de uma macro divisão geográfica do território em quatorze divisões, não alcançou o resultado esperado para a consolidação da posse portuguesa nas terras brasileiras.

A coexistência de propriedades legitimadas pela concessão de sesmarias em convivência com as áreas denominadas posses ilegítimas no espaço geográfico colonial, coabitavam, ambas as formas de ocupação, com o mesmo espaço geográfico dos povos tribais, habitantes nativos das terras, e também com os povos semitribais, comunidades formadas por pessoas

¹⁸ Rocha, Ibrahim et al. *Manual de Direito agrário constitucional: lições de direito agroambiental*. Belo Horizonte,: Fórum, 2015. Fls. 65

escravizadas evadidas de suas míseras condições de escravização denominadas desde o século XVI como mocambos ou quilombos, assim como também pelas comunidades formadas por libertos e por pessoas livres que ocuparam-se das atividades extrativistas agrícolas e de pesca.

Através da resolução nº 76 de 17 de julho de 1822, extinguiu-se, oficialmente o sistema de concessão dos títulos de sesmarias para que, então, anteriormente à titulação se efetuasse a exploração da atividade agropecuária, desejando, o ainda então Príncipe Regente Perpétuo do Reino do Brasil, que a efetivação da concessão ou titulação da sesmaria ocorresse somente após a constatação da efetiva ocupação e exploração da terra concedida, no entanto sua regulamentação dependeria da efetiva convocação da assembleia geral constituinte.¹⁹

Este sistema perdurou até a vigência da Lei das Terras Devolutas, mais popularmente conhecida como Lei de Terras (Lei nº 601 de 18 de setembro de 1850, regulamentada pelo Decreto nº 1.318/64), que visava ordenar o sistema agrário nacional através do reconhecimento da propriedade das terras devolutas pelo Estado, para tanto tornando extinta a modalidade de concessão de sesmarias sem ônus para o concessionário, com exceção das áreas de fronteira,

Outro ponto importante, nesta conjectura legal, para o sistema agrário nacional foi a determinação do registro das terras como forma de legitimação das propriedades rurais, criando-se os Registros Paroquiais ou Registros do Vigário, onde eram inscritos/registrados tanto as Cartas de Sesmarias como as posses ilegítimas, ou seja: aquelas sem título constituinte da propriedade.

No entanto, estes registros eram realizados mediante o pagamento de taxas relativas por cada letra inserida nas anotações, desta forma, não só os povos tribais e os semitribais, por questões de estarem a margem do estamento legal, como também aos pequenos agricultores restou inviabilizado o necessário registro por questões econômicas e também por falta da devida compreensão do instrumento ora implantado em divergência ao seu modo de vida calcado na exploração itinerante dos territórios em que praticavam suas atividades.

Com o término do Império em 1889, a nova Constituição republicana de 1891, inovou a ordem da política agrária determinado a descentralização federativa com o repasse das terras devolutas para a administração e propriedade dos Estados Federativos em detrimento da União Federal.

A Constituição Federal de 1988, manteve a natureza pública dos Territórios Indígenas como sendo Terras da União, como já definida pela Constituição Federal de 1967 (pela Emenda 01/69), mantendo-se a posse como o direito real de uso. Nesta mesma CF/88 o legislador, através dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT, inovou reconhecendo os territórios quilombolas como legado histórico destas comunidades aos seus remanescentes:

Definindo-se, posteriormente através do Decreto nº 4.887 de 20 de novembro de 2003, a natureza jurídica destes territórios destinados aos povos semitribais denominados quilombolas:

¹⁹ <https://arisp.wordpress.com/2011/03/11/resolucao-76-de-17-de-julho-de-1822/> Fonte: Coletânea de Legislação e Jurisprudência Agrária e Correlata organizada por Joaquim Modesto Pinto Júnior e Valdez Farias (Brasília: MDA, 2007, p. 44).

Art. 17. A titulação prevista neste Decreto será reconhecida e registrada mediante outorga de título coletivo e pró-indiviso às comunidades a que se refere o art. 2º, caput, com obrigatória inserção de cláusula de inalienabilidade, imprescritibilidade e de impenhorabilidade.

Considerando-se o novo paradigma constitucional relativo à preocupação com o meio ambiente, através das normas do art. 225 da CF/88, reconhecido como direito fundamental de terceira geração ou dimensão, combinado com o fortalecimento do reconhecimento social das, antes quase invisíveis, comunidades tradicionais, surge uma nova modalidade de ocupação territorial denominada como *posse agroecológica*²⁰, inserida no ordenamento normativo através do Decreto nº 98.897, de 30 de janeiro de 1990 que *dispõe sobre as reservas extrativistas e dá outras providências*.

Cabendo ressaltar a regulamentação do art. 225 da CF/88 através da inserção do Sistema Nacional de Unidades de Conservação - SNUC, pela Lei nº 9.985, de 18 de julho de 2000²¹ que por seu art. 4º, XIII, passou a incluir o reconhecimento das comunidades tradicionais entre seus objetivos: “proteger os recursos naturais necessários à subsistência de populações tradicionais, respeitando e valorizando seu conhecimento e sua cultura e promovendo-as social e economicamente”.

Por fim, essencial concluirmos esta análise sobre o papel ambiental dos territórios tradicionais nos termos conceituais do Decreto nº 6.040 de 07 de fevereiro de 2007 que instituiu a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais, firmando legalmente a definição atual do conceito de territórios tradicionais, a qual deve ser acolhida, juntamente com os ditames oriundos do macrosistema jurídico internacional (convenções e decisões das Cortes de direitos humanos), para nortear a legislação pátria no que tange ao devido reconhecimento destes territórios como objetos de direito:

II - Territórios Tradicionais: os espaços necessários a reprodução cultural, social e econômica dos povos e comunidades tradicionais, sejam eles utilizados de forma permanente ou temporária, observado, no que diz respeito aos povos indígenas e quilombolas, respectivamente, o que dispõem os arts. 231 da Constituição e 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e demais regulamentações;

Conceito normativo que estabelecido pelos limites convencionais de nossa sociedade conservadora, representada pelo poder legislativo, já nasceu sem poder suprir as necessidades das evoluções sociais dos povos e comunidades tradicionais, como por exemplo das **quebradeiras de coco de babaçu**, cujo território geográfico alcança quatro estados do Norte e Nordeste, desenvolvendo-se uma economia que necessita de acesso livre às palmeiras de babaçu, as quais com o mote de “babaçu livre” vem gerando a criação de lei municipais e esta-

²⁰ Rocha. Opus cit, fls. 91

²¹ Muito embora, não esteja integralmente recepcionado pela convenção nº 169 da OIT, necessitando de aprimoramento técnico para adequar-se ao efetivo reconhecimento dos territórios tradicionais e suas comunidades tribais e semitribais como sujeitos de direito.

duais de proteção às palmeiras e de acesso a este grupo, composto de cerca de quatrocentas mil mulheres, aos frutos caídos nos limites das propriedades privadas, em geral latifúndios.²²

Razões pelas quais é preciso que ampliemos nosso entendimento sobre a significação dos territórios para a sobrevivência destas comunidades tradicionais, ampliando-se, assim, os limites normativos relacionados ao seu acesso e permitindo-se a manutenção do modo de vida, econômico e cultural tradicionais destes povos tribais e semitribais existentes em nosso imenso território nacional.

3. ACESSO AOS DIREITOS

O auto reconhecimento, ou auto atribuição, de uma comunidade quilombola deve ocorrer através do registro da manifestação coletiva de seus integrantes junto à Fundação Cultural Palmares (<http://www.palmares.gov.br/>).

O Parágrafo Único, art. 17 do Decreto 4.887/03, determina que serão representadas na titulação territorial por suas associações, uma pessoa jurídica sem fins econômicos, com respectivo registro cartorial e inscrição no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas.

A delimitação do território tradicional, ou seja, aquele ocupado historicamente pela comunidade, será realizado pelo Instituto Nacional da Reforma Agrária – INCRA, através da elaboração de um Relatório Técnico de Identificação e Delimitação- RTID.

A titulação do território será coletiva e pró-indivisa, com cláusulas de inalienabilidade, imprescritibilidade e de impenhorabilidade, e ocorrerá, se necessário, após o término do processo de desinstituição administrativa dos invasores que não possuam título justo ou através de processo judicial de desapropriação.

Tratando-se de interesse federal constitucional todo o procedimento de titulação ocorre na esfera judicial federal, assim a defesa do território e de sua comunidade de ameaças relacionadas à impedirem a efetivação de seu objetivo, mesmo durante o procedimento de titulação, será realizada pela Polícia Federal.

A ausência de titulação do território não impede a defesa quanto a ameaças de desalojamento territorial da população ou de danos ambientais causados por projetos privados e públicos, pois toda comunidade tradicional tem o direito de ser consultada previamente, de forma livre, desimpedida, informada e de boa fé (Convenção nº 169 – OIT), sobre os atos que tenham repercussão direta ou indireta sobre seus meios de vida e interesses tradicionais, cabendo para tanto, esgotados os meios jurídicos internos, acessar às instâncias internacionais de direitos humanos.

Todas as comunidades tradicionais tem a garantia de acesso a seus direitos funda-

²² ALMEIDA, Alfredo Wagner Berno de. Quebradeiras de coco babaçu: um século de mobilizações e lutas - Repertório de fontes documentais e arquivísticas, dispositivos legais e ações coletivas (1915-2018) / Márcia Anita Sprandel (Coautora) - Manaus: UEA Edições / PNCSA, 2019.

mentais, tais como saúde, educação, energia elétrica e incentivos à produção agrícola, através das políticas de apoio e desenvolvimento governamentais, entre eles, ressaltamos a prestação de assistência jurídica gratuita, que deverá ser prestada pela Defensoria Pública da União em todos os atos relativos à sua constituição legal, acesso a políticas públicas e sobretudo na defesa de seus territórios e integridade física dos povos quilombolas na luta por seus direitos históricos de reparação.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Alfredo Wagner Berno de. **Quebradeiras de coco babaçu: um século de mobilizações e lutas** - Repertório de fontes documentais e arquivísticas, dispositivos legais e ações coletivas (1915-2018) / Márcia Anita Sprandel (Coautora) - Manaus: UEA Edições / PNCSA, 2019.

ALMEIDA, Flávio Gomes de; SOARES, Luiz Antônio Alves. **Ordenamento territorial: Coletânea de textos com diferentes abordagens no contexto brasileiro**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2009.

ARRUTI, José Maurício. **Mocambo: antropologia e história do processo de formação quilombola**. Bauru: Edusc, 2006.

CARRIL, Lourdes. **Terra de negros: herança de quilombos**. São Paulo: Scipione, 1997.

FIABINI, Adelmir. **Mato, palhoça e Pilão. O quilombo, da escravidão às comunidades remanescentes (1532-2004)**. 2ª ed. - São Paulo: Expressão Popular, 2012.

GOMES, Flávio dos Santos. **Mocambos e quilombos: Uma história do campesinato negro no Brasil**. São Paulo: Claro enigma, 2015.

GOMES, Laurentino. **Escravidão: do primeiro leilão de cativos em Portugal até a morte de Zumbi dos Palmares**. Vol 1, 1ª Edição, Rio de Janeiro: Globo Livros, 2019.

GUIMARÃES, Elionne. **Terra de preto: usos e ocupação de terra por escravos e libertos (Vale do Paraíba mineiro, 1850-1920)**. Niterói: Editora da UFF, 2009.

LOPES, Nei. **Dicionário de história da África: Séculos VII a XVI**. Belo Horizonte. Autêntica Editora, 2017.

MELLO, Marcelo Moura. **Reminiscências dos quilombos: territórios da memória em uma comunidade rural**. São Paulo: Editora Terceiro Nome, 2012.

MOURA, Clóvis. **Quilombos**: resistência ao escravismo. São Paulo: Editora Ática, 1989.

MOURA, _____. **Os quilombos e a rebelião negra**. São Paulo: Brasiliense, 2009.

MUSSOLINI, Gioconda. **Ensaio de Antropologia indígena e caçara**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1980.

NASCIMENTO, Abdias. **O quilombismo**. Brasília/Rio de Janeiro: Fundação Cultural Pamares, 2002.

Plano Nacional de desenvolvimento sustentável dos povos e comunidades tradicionais de matriz africana: 2013/15. Brasília: Presidência da República, 2013.

Rocha, Ibraim et al. **Manual de Direito agrário constitucional**: lições de direito agroambiental. Belo Horizonte,: Fórum, 2015

SANTOS, Maria Elizabete Gontijo; CAMARGO, Pablo Matos. **Comunidades quilombolas de Minas Gerais no século XXI**: História e resistência. Belo Horizonte: CEDEFES, 2008.

SCHWARCZ, Lilia Moritz; MACHADO, Maria Helena Toledo (organizadoras). **Emancipação, inclusão e exclusão: desafios do passado e do presente**. São Paulo: EDUSP, 2018.

Silva, Alberto da Costa. **A África e a escravidão, de 1500 a 1700**. 2ª ed.- Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011

TAMBASCO, José Roberto Fani. **Ciganos no sul do Estado do Rio de Janeiro**: transformações sociais e acesso aos direitos fundamentais. Em Revista da Defensoria Pública da União – nº 11. Brasília: DPU, 2018

REFLEXOS SOCIAIS DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

REFLEJOS SOCIALES DE LA AUDIENCIA JUDICIAL DEL ARRESTADO

Camila Paiva Gouvêa Teixeira

Graduada em Direito pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho - UNESP

Analista Técnico Administrativa na Defensoria Pública da União em Campinas/SP

camila.paiva@dpu.def.br

RESUMO

A Audiência de custódia é uma medida pré-processual que garante que o preso seja, no prazo de 24 horas, encaminhado à presença de um magistrado para verificação da necessidade de manter a prisão ou de ordenar sua liberdade. Nesta audiência, estarão presentes também o membro do Ministério Público e o Defensor do preso. Prevista em Tratados Internacionais ratificados pelo Brasil, referida audiência possui como finalidade a preservação dos direitos fundamentais do preso, bem como garantir direitos sociais. A pessoa levada presa, na maioria dos casos, encontra-se em estado de vulnerabilidade social, necessitando de cuidados psicossociais. Assim, na audiência de custódia deve-se detectar as necessidades do custodiado e encaminhá-lo para a assistência social. Amparado, as chances de reincidência diminuem, o que auxilia na manutenção da segurança pública após o livramento do detento. Ademais, a liberdade do custodiado traz economias ao Estado e, ao contrário do que muitos pensam, pode ser a chave para uma sociedade mais igualitária e com maior acesso à justiça.

Palavras-chave: Audiência de custódia. Reflexos sociais. Assistência Social. Segurança Pública. Economia.

RESUMEN

La audiencia judicial del arrestado es una providencia pre-procesal que asegura que el detenido sea, en 24 horas, llevado a la presencia de un juez para verificar la necesidad de mantener el arresto o de ordenar su libertad. En esa audiencia, participan también el integrante del Ministerio Público y el Defensor del detenido. Con previsión en Tratados Internacionales ratificados por Brasil, la audiencia tiene como propósito mantener los derechos fundamentales de la persona arrestada y también algunos derechos sociales. El arrestado, en la mayoría de los casos, encuentrase en situación de vulnerabilidad social, necesitando ayuda psicosocial. Por lo tanto, la audiencia judicial del arrestado es el momento de detectar las necesidades por que pasa el detenido y llevarlo a la Asistencia Social. Soportado socialmente, la posibilidad de que vuelva a cometer un crimen es reducida, así pues, después de su libertad, la se-

guridad pública es mantenida. Además, la libertad del arrestado trae economía al gobierno y, contrario lo que piensa mucha gente, puede ser el camino para una sociedad más igualitaria y con más acceso a la justicia.

Palabras clave: Audiencia judicial del arrestado. Reflejos sociales. Asistencia Social. Seguridad Pública. Economía.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 1. PREVISÃO LEGAL DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA E SUA IMPLANTAÇÃO NO BRASIL 2. CONCEITO DE AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA 3. FINALIDADES DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA 4. REFLEXOS PRÁTICOS DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA 4.1. Reflexos econômicos/ financeiros gerados pela audiência de custódia 4.2. Reflexos na Segurança Pública: análise das estatísticas de liberdade garantida após a audiência e reiteração delitiva 4.3. Reflexos em relação aos direitos sociais. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

INTRODUÇÃO

A audiência de custódia é um instituto que decorre de Convenções Internacionais ratificadas pelo Brasil. A partir de sua implantação, almeja-se que o preso seja, rapidamente, levado à autoridade judiciária para que apure se sua prisão é necessária e se foi vítima de qualquer tipo de agressão ou tortura. Nesta audiência, estarão presentes também o membro do Ministério Público, que zela pela legalidade da prisão, e o Defensor, responsável por interceder em favor dos direitos do custodiado, havendo prévia notificação da família do preso.

Assim, a audiência de custódia garante maior controle da legalidade dos encarceramentos. Desdobram-se dela reflexos sociais importantes, como a segurança pública após a liberdade da pessoa presa em flagrante, economia pública com estruturas prisionais e gastos com aparelhamento assistencial ao custodiado.

Grande polêmica surge em relação à possível reincidência das pessoas rapidamente colocadas em liberdade, fato que traz uma sensação de insegurança à população. Verifica-se que uma maneira de diminuir a criminalidade é atentar-se, em audiência, às necessidades do preso e trabalhar as questões sociais que o levaram a delinquir, encaminhando-o a atendimento multidisciplinar para sustentar um retorno saudável à sociedade.

Assim, a audiência de custódia não pode ser apenas mais um rito a ser seguido, mas deve ser implementada de forma a atingir suas finalidades sociais, necessitando para isso, de aparelhamento, em especial no setor de assistência social. Só assim se poderá ter uma decisão sobre manutenção ou não da prisão que seja ao mesmo tempo justa, econômica e segura, tanto para a sociedade quanto para o custodiado.

1. PREVISÃO LEGAL DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA E SUA IMPLANTAÇÃO NO BRASIL

A audiência de custódia é uma prática recente do Judiciário brasileiro em atenção à sua previsão em diversos Tratados e Convenções de Direitos Humanos ratificados voluntariamente pelo Brasil. Com efeito, pode-se citar a Convenção Americana dos Direitos Humanos (CADH), também conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, importante dispositivo do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, ratificada pelo Brasil. Esta Convenção trata da audiência de custódia no artigo 7, item 5¹:

Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.

Além da CADH, a Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas, validada pelo Brasil pelo Decreto 8766/2016, prevê em seu artigo XI que deve ser realizada audiência de custódia, expressando que: “toda pessoa privada de liberdade deve ser mantida em lugares de detenção oficialmente reconhecidos e apresentada, sem demora e de acordo com a legislação interna respectiva, à autoridade judiciária competente.”².

Também o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos vigora no ordenamento brasileiro por meio do Decreto 592/1992, e nele está previsto no artigo 9, item 3 que “Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade. (...)”³.

Embora não existam no Brasil leis regularizadoras do tema, os Acordos Internacionais incorporados ao ordenamento jurídico nacional devem ser seguidos. Mesmo com as previsões supralegais, o Brasil não tinha criado condições para que este direito do preso fosse exercido, até o ano de 2015. Foi neste ano que o Supremo Tribunal Federal confirmou a realização das audiências de custódia ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 5240⁴, situação igualmente verificada no voto proferido pelo Ministro Marco Aurélio, relator na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347⁵.

¹ Organização dos Estados Americanos, **Convenção Americana de Direitos Humanos** (“Pacto de San José de Costa Rica”), 1969. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>>. Acesso em: 22 jul. 2020.

² BRASIL, Decreto nº 8.766, de 11 de maio de 2016. Promulga a Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas, firmada pela República Federativa do Brasil, em Belém, em 10 de junho de 1994. **Diário Oficial (da) República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 11 maio 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/decreto/D8766.htm>. Acesso em: 24 jun. 2020.

³ BRASIL, Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. **Diário Oficial (da) República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 6 jul. 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 24 jun. 2020.

⁴ Plenário confirma validade de normas do TJ-SP sobre audiências de custódia. **Notícias STF**, Brasília, 20 ago. 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=298112&caixaBusca=N>>. Acesso em: 22 jul. 2020.

⁵ STF inicia julgamento de ação que pede providências para crise prisional. **Notícias STF**, Brasília, 27 ago. 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=298600>>. Acesso em: 22 jul. 2020.

Assim, em fevereiro de 2015, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) lançou o “Projeto Audiência de Custódia” em São Paulo para garantir sua realização, assinando, posteriormente, acordos com o Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD) para difusão do projeto por todo o país⁶. Um ano depois, em fevereiro de 2016, entrou em vigor a Resolução nº 213, conforme disposto em seu artigo 17⁷. De autoria do próprio CNJ, a Resolução regulamenta referidas audiências no Poder Judiciário nacional.

Segundo dados do Conselho Nacional de Justiça⁸, de fevereiro de 2015 a dezembro de 2019, foram feitas, aproximadamente, 652 mil audiências de custódia em todo o Brasil. Em 2019, foi criado o “Programa Justiça Presente”, fruto da parceria do CNJ com o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, apoiado pelo Ministério da Justiça e Segurança Pública. Este programa tem o intuito de verificar os problemas estruturais no sistema prisional e socioeducativo do país, para fortalecimento e expansão das audiências de custódia.

2. CONCEITO DE AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

O próprio termo “audiência de custódia” é *sui generis*, não encontrando correspondência exata nas legislações externas. Apesar de poder-se nomeá-la de outras formas, “audiência de custódia” é a expressão mais utilizada pelo judiciário e pela imprensa brasileira⁹.

Com base nas legislações internacionais já citadas, Caio Paiva¹⁰ explica o conceito de audiência de custódia:

A audiência de custódia consiste, portanto, na condução do preso, sem demora, à presença de uma autoridade judicial que deverá, a partir de prévio contraditório estabelecido entre o Ministério Público e a defesa, exercer um controle imediato da legalidade e da necessidade da prisão, assim como apreciar questões relativas à pessoa do cidadão conduzido, notadamente a presença de maus tratos e tortura.

Assim, verifica-se que a audiência de custódia é método que pretende assegurar o respeito aos direitos fundamentais do preso. Sua prática visa proporcionar a eficácia de garantias constitucionais, como a prevista no artigo 5º, inciso XLIX da nossa Carta Magna, que expõe: “É assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral”¹¹.

⁶ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Sistema Carcerário, Execução Penal e Medidas Socioeducativas - Histórico**. Brasília: CNJ, 2016. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario/historico/>>. Acesso em: 22 jul. 2020.

⁷ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Resolução nº 213 de 15 de dezembro de 2015**. Brasília: CNJ, 15 dez. 2015. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2234>>. Acesso em: 19 jun. 2020.

⁸ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Audiência de Custódia**. Brasília: CNJ, 2016. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario/audiencia-de-custodia/>>. Acesso em: 20 jun. 2020.

⁹ PAIVA, Caio Cezar de Figueiredo. **Audiência de custódia e o processo penal brasileiro**. 3. ed. rev., atual. e ampl. Boa Esperança: CEI, 2018, p. 38. E-Book. Disponível em: <file:///C:/Users/Particular/Downloads/E-book_Caio%20Paiva_%20audiencia_custodia.pdf>. Acesso em: 13 jul. 2020.

¹⁰ Ibid., p. 38.

¹¹ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 13 jun. 2020.

A CADH apenas menciona que o preso deve ser apresentado “sem demora”, não fixando um prazo específico¹², mas Caio Paiva salienta que se deve observar em primeiro lugar se há prazo na legislação interna do país¹³.

A Lei 12.403/2011¹⁴ modificou o art. 306 do Código de Processo Penal para dispor o prazo de 24 horas, atualmente utilizado na realização da audiência de custódia:

Art. 306. A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados, imediatamente, ao juiz competente, ao Ministério Público e à família do preso ou à pessoa por ele indicada.

§ 1º Em até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, será encaminhado ao juiz competente o auto de prisão em flagrante e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública.

§ 2º No mesmo prazo, será entregue ao preso, mediante recibo, a nota de culpa, assinada pela autoridade, com o motivo da prisão, o nome do condutor e os das testemunhas¹⁵.

Assim, para que sejam evitadas prisões desnecessárias, ilegais ou arbitrárias, o CNJ adota, em sua Resolução 213/2015, o prazo de 24 horas contadas a partir da prisão do acusado para realizar-se a audiência de custódia¹⁶.

Ressalta-se que este prazo, apesar de ser o mais razoável, pode ser excepcionado conforme o caso concreto¹⁷. O importante é verificar se a audiência é célere o suficiente para inibir as prisões ilegais e, efetivamente, garantir o respeito aos direitos humanos do custodiado que adentra ao sistema carcerário do Brasil. É sabido que mais da metade dos presos brasileiros são provisórios, ou seja, há apenas uma suspeita de que podem ter cometido crimes e não uma decisão concreta. Isso eleva a importância da audiência de custódia com o fim de se evitar constrangimento ilegal ao direito fundamental da liberdade de ir e vir¹⁸.

Como instrumento do processo penal que determina que todo preso seja levado em 24 horas à presença de uma autoridade judicial, para que esta avalie a legalidade e necessidade de manutenção da prisão, referida audiência vai na contramão do impulso de “pren-

¹² Organização dos Estados Americanos, **Convenção Americana de Direitos Humanos** (“Pacto de San José de Costa Rica”), 1969. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>>. Acesso em: 22 jul. 2020.

¹³ PAIVA, Caio Cezar de Figueiredo. **Audiência de custódia e o processo penal brasileiro**. 3. ed. rev., atual. e ampl. Boa Esperança: CEI, 2018, p. 47. E-Book. Disponível em: <file:///C:/Users/Particular/Downloads/E-book_Caio%20Paiva_%20audiencia_custodia.pdf>. Acesso em: 13 jul. 2020.

¹⁴ BRASIL, Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e dá outras providências. **Diário Oficial (da) República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 04 maio 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12403.htm>. Acesso em: 23 jul. 2020.

¹⁵ BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de Outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Diário Oficial (da) República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 3 out. 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 23 jul. 2020.

¹⁶ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Resolução nº 213 de 15 de dezembro de 2015**. Brasília: CNJ, 15 dez. 2015. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2234>>. Acesso em: 19 jun. 2020.

¹⁷ PAIVA, Caio Cezar de Figueiredo. op. cit., p. 48.

¹⁸ CANINEU, Maria Laura. O direito à ‘audiência de custódia’ de acordo com o direito internacional. **Boletim Informativo da Rede Justiça Criminal**, ed. 5, ano 3, 2013. Disponível em: <<https://redejusticacriminal.files.wordpress.com/2013/07/rjc-boletim05-aud-custodia-2013.pdf>>. Acesso em: 21 jun. 2020.

der para frear a impunidade”, admitindo uma postura pouco popular nos dias que vivemos¹⁹.

Este instrumento processual possui como inspiração o princípio da presunção de inocência²⁰. Assim dispõe Caio Paiva: “A audiência de custódia, conforme veremos adiante, surge justamente neste contexto de conter o poder punitivo, de potencializar a função do processo penal – e da jurisdição – como instrumento de proteção dos direitos humanos”²¹.

Percebe-se que seu conceito está atrelado à sua finalidade, sendo a audiência de custódia método que propõe maior eficácia e celeridade no controle do encarceramento. Passa-se então à análise de suas finalidades.

3. FINALIDADES DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

A audiência de custódia tem a finalidade de proporcionar a humanização na execução criminal, à medida que, apresentando a pessoa presa, rapidamente, a uma autoridade e possibilitando seu contato com a família e com seu defensor, permite-se que alguns de seus direitos fundamentais sejam preservados. Além do que, a integridade física do custodiado pode ser mantida, prevenindo-se maus tratos e inclusive torturas por parte de agentes e policiais²².

Além de velar pela vida do preso, a audiência de custódia tem como escopo evitar prisões ilegais e arbitrárias, avaliando-se, rapidamente, eventual necessidade ou perigo de ser o custodiado posto em liberdade. O CNJ sintetiza as principais finalidades da audiência de custódia, expondo que:

O juiz analisa a prisão sob o aspecto da legalidade, da necessidade e da adequação da continuidade da prisão ou da eventual concessão de liberdade, com ou sem a imposição de outras medidas cautelares. Avalia, ainda, eventuais ocorrências de tortura ou de maus-tratos, entre outras irregularidades²³.

O custodiado pode falar ao magistrado sobre suas condições pessoais e circunstâncias de sua prisão, bem como denunciar eventual excesso ou tortura a que tenha sido submetido. Assim, a autoridade judiciária deve ter o condão de fazer cessar, imediatamente, qualquer ilegalidade de direitos que o preso esteja sofrendo; seja prisão arbitrária, desnecessária ou até, em casos mais graves, torturas físicas e psicológicas. No Brasil, apenas os

¹⁹ PAIVA, Caio Cezar de Figueiredo. **Audiência de custódia e o processo penal brasileiro**. 3. ed. rev., atual. e ampl. Boa Esperança: CEI, 2018, p. 35. E-Book. Disponível em: <file:///C:/Users/Particular/Downloads/E-book_Caio%20Paiva_%20audiencia_custodia.pdf>. Acesso em: 13 jul. 2020.

²⁰ MARQUES, Mateus. Sobre a implantação da audiência de custódia e a proteção de direitos fundamentais no âmbito do sistema multinível. In: Andrade, Mauro Fonseca; Alflen, Pablo Rodrigo. **Audiência de custódia: da boa intenção à boa técnica**. Porto Alegre: FMP, 2016, p. 16. E-Book. Disponível em: <file:///C:/Users/Particular/Downloads/e-Book-AUDIENCIA_DE_CUSTODIA.pdf>. Acesso em: 23 jul. 2020.

²¹ PAIVA, Caio Cezar de Figueiredo. op. cit., p. 36.

²² PAIVA, Caio Cezar de Figueiredo. op. cit., p. 9.

²³ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Audiência de Custódia**. Brasília: CNJ, 2016. Disponível em: < https://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario/audiencia-de-custodia/>. Acesso em: 20 jun. 2020.

juízes tem esse poder de atuação²⁴.

A apresentação imediata do preso garante que os responsáveis pelo encarceramento tenham ciência de que qualquer agressão ou tortura que praticarem será, rapidamente, conhecida pelo juiz, pelo Ministério Público e pela defesa. Isto contribui para que seja evitada a violência policial e preservada a vida, a integridade física e moral do preso. Também contribui para que prisões ilegais sejam prontamente detectadas²⁵. Trata-se da preservação de direitos humanos fundamentais garantidos pelo artigo 5º da Constituição Federal:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do **direito à vida**, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante²⁶.

Portanto, verifica-se que é essencial para a manutenção dos direitos à vida e à integridade pessoal do custodiado que o juiz tenha contato com ele²⁷, e que este declare e demonstre se sofreu ameaças ou maus tratos. A finalidade de conduzir o preso, pessoalmente, à presença do magistrado é a de evitar execuções sumárias e desaparecimentos forçados.

Tão relevante é essa conduta que a Corte Interamericana de Direitos Humanos decidiu que, ainda que estejam vigorando no país medidas que suspendam garantias constitucionais, o Estado deve apresentar o preso sem demora ao juiz, sob pena de violar seus direitos fundamentais e a própria CADH²⁸. No entanto, a Convenção prevê em seu artigo 27.1 a possibilidade de suspensão desta garantia em caso de guerra, perigo público ou outra emergência:

Em caso de guerra, de perigo público, ou de outra emergência que ameace a independência ou segurança do Estado-parte, este poderá adotar as disposições que, na medida e pelo tempo estritamente limitados às exigências da situação, suspendam as obrigações contraídas em virtude desta Convenção, desde que tais disposições não sejam incompatíveis com as demais obrigações que lhe impõe o Direito Internacional e não encerrem discriminação alguma fundada em motivos de raça, cor, sexo, idioma, religião ou origem social²⁹.

A pandemia do coronavírus encaixa-se no conceito de emergência, pautado pela Con-

²⁴ PAIVA, Caio Cezar de Figueiredo. **Audiência de custódia e o processo penal brasileiro**. 3. ed. rev., atual. e ampl. Boa Esperança: CEI, 2018, p. 50. E-Book. Disponível em: <file:///C:/Users/Particular/Downloads/E-book_Caio%20Paiva_%20audiencia_custodia.pdf>. Acesso em: 13 jul. 2020.

²⁵ PAIVA, Caio Cezar de Figueiredo. *op.cit.*, p. 44.

²⁶ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 13 jun. 2020.

²⁷ PAIVA, Caio Cezar de Figueiredo. *op. cit.* p. 9.

²⁸ PAIVA, Caio Cezar de Figueiredo. **Audiência de custódia e o processo penal brasileiro**. 3. ed. rev., atual. e ampl. Boa Esperança: CEI, 2018, p. 45. E-Book. Disponível em: <file:///C:/Users/Particular/Downloads/E-book_Caio%20Paiva_%20audiencia_custodia.pdf>. Acesso em: 13 jul. 2020.

²⁹ Organização dos Estados Americanos, **Convenção Americana de Direitos Humanos** ("Pacto de San José de Costa Rica"), 1969. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>. Acesso em: 22 jul. 2020.

venção. Por esse motivo, foi editada a Resolução do CNJ nº 322 em 01/06/2020, que dispõe que as audiências de custódia serão retomadas somente quando puderem ser realizadas junto aos órgãos de segurança pública³⁰. O CNJ aprovou, ainda, em 10/07/2020, uma resolução que impede o acontecimento de audiências de custódia por videoconferência, pois seria impossível por meio virtual aferir se o custodiado sofreu maus tratos ou qualquer tipo de abuso³¹.

O dilema sobre a realização da audiência de custódia por videoconferência existe desde sua implantação. Explica-se que há violação de duas de suas características importantíssimas: a autoridade judiciária não entra em contato direto com o preso e este não tem entrevista pessoal e reservada com seu defensor, fato que fere a ampla defesa. Se a audiência virtual ocorresse, o custodiado ficaria no estabelecimento prisional e poderia ser coagido a não depor sobre eventuais maus tratos sofridos ou sobre a arbitrariedade de sua prisão.

Para que os direitos fundamentais do preso sejam preservados, além da presença do magistrado na audiência de custódia, garante-se a presença do membro do Ministério Público e do Defensor. O representante do Ministério Público opinará sobre a legalidade da prisão; se a prisão em flagrante deve ser convertida em preventiva ou se o preso deve ser posto em liberdade provisória, com ou sem imposição de medidas cautelares. Pode também ponderar sobre a necessidade de prisão domiciliar³².

Já o advogado do custodiado ou seu Defensor Público deverão primeiro explicar-lhe as finalidades da audiência. Durante sua realização, poderão requerer medidas liberatórias ou outras em favor da pessoa detida³³. Especialmente, se o custodiado for vítima de agressão policial, o Defensor pode requerer ao juiz que a audiência seja realizada sem a presença dos policiais responsáveis pela sua condução e, no caso de manutenção da prisão, deve zelar para que o preso seja incluído em um cadastro de pessoas em estado de vulnerabilidade e requerer que sejam feitas perícias médicas regulares sobre sua integridade física e psicológica³⁴. Muitas vezes, este preso necessita de assistência social para proteção de seus direitos, tais como contato com a família, higiene e assistência religiosa.

Assim, começa-se a perceber como a audiência de custódia pode ter como finalidade preservar direitos fundamentais da pessoa levada presa, bem como favorecer a manutenção de alguns direitos sociais. No entanto, o tema é alvo de polêmica entre doutrinadores e ci-

³⁰ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Resolução nº 322 de 01 de junho de 2020**. Brasília: CNJ, 01 jun. 2020. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3333>>. Acesso em: 23 jul. 2020.

³¹ ANGELO, Tiago. CNJ proíbe audiências de custódia por videoconferência. **Revista Consultor Jurídico**, 10 jul. 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-jul-10/cnj-proibe-audiencias-custodia-videoconferencia>>. Acesso em: 23 jul. 2020.

³² CORREGEDORIA GERAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE SÃO PAULO. **Ministério Público e Audiência de Custódia**. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/corregedoria_geral/Publicacoes/Minist%C3%A9rio%20P%C3%BAblico%20e%20Audi%C3%Aancia%20de%20Cust%C3%B3dia.pdf>. Acesso em: 21 jul. 2020.

³³ PAIVA, Caio Cezar de Figueiredo. **Audiência de custódia e o processo penal brasileiro**. 3. ed. rev., atual. e ampl. Boa Esperança: CEI, 2018, p. 125. E-Book. Disponível em: <file:///C:/Users/Particular/Downloads/E-book_Caio%20Paiva_%20audiencia_custodia.pdf>. Acesso em: 13 jul. 2020.

³⁴ Ibid., p. 129.

dados, no que se refere ao direito social à segurança da população, bem como em relação a questões de economia pública. Explica o major Carlos Henrique Cardozo, membro do batalhão da Polícia Militar de Maringá:

O grande embate do tema é que uma corrente de doutrinadores defende a audiência de custódia como solução para diminuição da população carcerária e prisões ilegais, ao passo que outra corrente se posiciona no sentido de que aumentarão os índices de criminalidade, uma vez que em 24 horas os infratores estarão nas ruas novamente, bem como aumento dos gastos públicos, em especial na área de segurança pública com contratação de novos policiais, compra de viaturas e equipamentos³⁵.

Ao colocar o preso em liberdade após um curtíssimo tempo de detenção, a sociedade muitas vezes é induzida à sensação de impunidade e insegurança, imaginando uma possibilidade de reiteração delitiva e a falta de segurança pública. No entanto, foi explicado que a decisão de liberdade cabe apenas aos magistrados, e é sempre fundamentada.

Outro questionamento relevante, é o de que a audiência de custódia possa ser vista como meio de economia nos estabelecimentos carcerários, pois menos pessoas precisarão, realmente, ficar instaladas nessas instituições. Deve-se lembrar que a penitenciária precisa conter uma estrutura capaz de fornecer ao preso o mínimo existencial em relação à manutenção de sua saúde, bem como garantir sua assistência material, jurídica e inclusive religiosa. Para essa finalidade, existe o “Projeto Estratégico - Promoção de Direitos no Sistema Prisional”, que integra o Planejamento Estratégico do Ministério da Justiça, financiado pelo Governo, com a finalidade de aumentar e especializar a oferta de serviços de assistência social no âmbito do sistema prisional³⁶. Quanto mais presos, maior é o gasto com assistência.

No Brasil, os presídios enfrentam superlotação, onde predomina falta de higiene e condições subumanas, ficando difícil a reinserção social da pessoa. Assim, a audiência de custódia pode aliviar este panorama³⁷.

Outra finalidade a ser considerada é a de que se garanta ao custodiado, posto em liberdade, o atendimento a seus direitos sociais, tendo em vista que o magistrado, ao inquiri-lo, pode detectar fragilidades e encaminhá-lo a atendimento dos serviços sociais, para inclusão em políticas de saúde, trabalho, renda, moradia e educação, por exemplo³⁸.

³⁵ CARDOZO, Carlos Henrique. Reflexos sociais da audiência de custódia na cidade de Maringá. **Revista de Ciências Policiais da APMG**, São José dos Pinhais, v. 1, p. 56, 2018. Disponível em: <<http://www.revistas.pr.gov.br/index.php/apmg/edicao-1-artigo-04>>. Acesso em: 24 jul. 2020.

³⁶ ASSISTÊNCIA social, jurídica e religiosa. Assistência social. **Departamento Penitenciário Nacional**. Disponível em: <<http://depen.gov.br/DEPEN/dirpp/cgpc/assistencia-social-juridica-e-religiosa>>. Acesso em: 25 jul. 2020.

³⁷ MOTA, Karine Alves Gonçalves; VILANOVA, Rafael Guimarães. Audiências de Custódia: Um Estudo Sobre Seus Reflexos na População Carcerária do Estado do Tocantins. **Revista Âmbito Jurídico**, 04 dez. 2019. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-processual-penal/audiencias-de-custodia-um-estudo-sobre-seus-reflexos-na-populacao-carceraria-do-estado-do-tocantins/>>. Acesso em: 24 jul. 2020.

³⁸ BALLESTEROS, Paula R. **Implementação das audiências de custódia no Brasil: análise de experiências e recomendações de aprimoramento**. Brasília, 2016, p. 53. Disponível em: <<http://depen.gov.br/DEPEN/dirpp/cgap/fortalecimento-da-politica/implementacaodasaudienciasdecustodianobrasilanalisedeexperienciaserecomendacoesdeaprimoramentorevisado.pdf>>. Acesso em: 25 jul. 2020.

Como os reflexos sociais da audiência de custódia são temas pouco explorados pela doutrina, entende-se oportuno fazer uma análise mais detalhada sobre eles.

4. REFLEXOS PRÁTICOS DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

4.1. Reflexos econômicos/ financeiros gerados pela audiência de custódia

No primeiro semestre de 2015, no estado do Paraná, 25 mil pessoas haviam sido encarceradas. Os gastos anuais dispendidos com cada preso giravam em torno de R\$ 3.000,00 (três mil reais). Assim, estimou-se uma possível economia de R\$ 75.000.000,00 (setenta e cinco milhões de reais) por ano³⁹, com a implantação efetiva do projeto de audiência de custódia. Embora não se tenha encontrado evidências de que esse numerário foi atingido no Paraná, em novembro de 2015 o ministro Ricardo Lewandowski, à época presidente do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e do Supremo Tribunal Federal (STF), noticiou que desde a implantação das audiências de custódia no país, já se verificava uma economia nos cofres públicos de R\$ 500.000.000,00 (quinhentos milhões de reais)⁴⁰.

Em Cuiabá, no ano de 2017, cada preso custava para o Estado entre R\$ 1.900,00 (mil e novecentos reais) e R\$ 5.000,00 (cinco mil reais). Segundo dados do Tribunal de Justiça de Mato Grosso, naquele ano, as economias trazidas pela audiência de custódia giraram em torno de R\$ 84.000.000,00 (oitenta e quatro milhões de reais)⁴¹.

Apesar da economia em estruturas prisionais, a experiência em Maringá, em 2015, apontou outra questão que envolve gastos públicos, qual seja, o déficit estrutural em relação ao número de magistrados, membros do Ministério Público, Defensores Públicos, policiais e viaturas, lembrando que todos devem estar disponíveis para que a audiência ocorra em 24 horas⁴².

4.2. Reflexos na Segurança Pública: análise das estatísticas de liberdade garantida após a audiência e reiteração delitiva

Na cidade de São Paulo, no ano de 2015, durante o primeiro dia que a audiência de custódia foi posta em prática, 24 pessoas foram apresentadas aos magistrados. Destas, 17

³⁹ ÁVILA, Gustavo Noronha de. A audiência de custódia e ilegalismo: reflexões iniciais sobre as práticas em Maringá (PR). In: Andrade, Mauro Fonseca; Alflen, Pablo Rodrigo. **Audiência de custódia: da boa intenção à boa técnica**. Porto Alegre: FMP, 2016, p. 147. E-Book. Disponível em: <file:///C:/Users/Particular/Downloads/e-Book-AUDIENCIA_DE_CUSTODIA.pdf>. Acesso em: 23 jul. 2020.

⁴⁰ Judiciário brasileiro economiza R\$ 500 milhões com audiências de custódia. **JurineWS**, 03 nov. 2015. Disponível em: <http://jurineWS.com.br/judiciario-brasileiro-economiza-r-500-milhoes-com-audiencias-de-custodia>. Acesso em: 25 jul. 2020.

⁴¹ Mais de 2,2 mil presos são soltos após audiências de custódia em Cuiabá em 2017 e TJMT aponta economia de R\$ 84 milhões. **G1 MT**, Mato Grosso, 08 nov. 2018. Disponível em: <https://g1.globo.com/mt/mato-grosso/noticia/2018/11/08/mais-de-22-mil-presos-sao-soltos-apos-audiencias-de-custodia-em-cuiaba-em-2017-e-tjmt-aponta-economia-de-r-84-milhoes.ghtml>. Acesso em: 25 jul. 2020.

⁴² ÁVILA, Gustavo Noronha de. op.cit., p.149.

obtiveram liberdade provisória, ou seja, a grande maioria. Segundo Fauzi Hassan Choukr, este resultado era incomum na prática, e foi claramente uma consequência da rápida apresentação do custodiado ao juiz⁴³. Em São Paulo, entre março e junho do mesmo ano, 1.300 presos por furto obtiveram o direito de responder em liberdade. Comparando o número de furtos do período com o mesmo período do ano anterior, verificou-se que houve queda de 8,7% no total⁴⁴. Este fato demonstra que a decisão dos magistrados de conceder liberdade aos presos não afetou a segurança pública, e que o encarceramento por si só não deve ser visto como sinônimo de justiça.

Já a cidade de Maringá/PR começou a adotar a medida pré-processual de audiência de custódia em 17 de Novembro de 2015. Foi feito um estudo comparando o número de furtos e roubos nos seis meses que antecederam a implementação da medida, e nos seis meses posteriores, ou seja, até 17 de Maio de 2016, tendo sido desenvolvido para tanto o “Sistema de Gerenciamento das Audiências de Custódia” (SIGAC), que fornece maior confiabilidade dos dados⁴⁵. Percebeu-se que o número de furtos aumentou nos meses que se seguiram ao implemento das audiências de custódia. Quanto à infração roubo, houve diminuição entre os meses de novembro a fevereiro, porém, houve aumento na quantidade total⁴⁶.

Entre o mês de novembro de 2015 e o mês de maio de 2016, 56% dos presos por furto obtiveram liberdade e 44% permaneceram encarcerados, enquanto apenas 19% dos presos por roubo obtiveram liberdade e 81% continuaram presos⁴⁷. Assim, mais da metade dos custodiados pelo crime de furto foi solta, e o índice deste crime aumentou. Contudo, no caso do roubo, menos de 20% dos custodiados foram soltos e o crime apresentou igualmente aumento.

Conforme dados do Tribunal de Justiça do Mato Grosso, noticiados pelo portal G1, em 2017, na capital Cuiabá, 42% dos indivíduos que tiveram audiência de custódia continuaram presos por conversão da prisão em preventiva, enquanto 57% foram soltos. O número de pessoas que foram novamente detidas, pelo cometimento de qualquer infração, foi de 14% do total⁴⁸.

Assim, percebe-se que a relação entre o número de pessoas que permaneceram presas e o número de pessoas que foram libertadas, por si só, não é suficiente para afirmar que

⁴³ CHOUKR, Fauzi Hassan. Audiência de custódia: resultados preliminares e percepções teórico-práticas. In: Andrade, Mauro Fonseca; Alflen, Pablo Rodrigo. **Audiência de custódia: da boa intenção à boa técnica**. Porto Alegre: FMP, 2016, p. 122. E-Book. Disponível em: <file:///C:/Users/Particular/Downloads/e-Book-AUDIENCIA_DE_CUSTODIA.pdf>. Acesso em: 23 jul. 2020.

⁴⁴ Audiências de custódia não aumentam número de furtos no estado de São Paulo. **Revista Consultor Jurídico**, 17 set. 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-set-17/audiencias-custodia-numero-furtos-cai-estado-sao-paulo>>. Acesso em: 24 jul. 2020.

⁴⁵ CARDOZO, Carlos Henrique. Reflexos sociais da audiência de custódia na cidade de Maringá. **Revista de ciências policiais da APMG**, São José dos Pinhais, v. 1, p. 64, 2018. Disponível em: <<http://www.revistas.pr.gov.br/index.php/apmg/edicao-1-artigo-04>>. Acesso em: 24 jul. 2020.

⁴⁶ Ibid, p. 65.

⁴⁷ Ibid, p. 66 e p. 67.

⁴⁸ Mais de 2,2 mil presos são soltos após audiências de custódia em Cuiabá em 2017 e TJMT aponta economia de R\$ 84 milhões. G1 MT, Mato Grosso, 08 de nov. de 2018. Disponível em: <<https://g1.globo.com/mt/mato-grosso/noticia/2018/11/08/mais-de-22-mil-presos-sao-soltos-apos-audiencias-de-custodia-em-cuiaba-em-2017-e-tjmt-aponta-economia-de-r-84-milhoes.ghtml>>. Acesso em: 25 jul. 2020.

a audiência de custódia trouxe mais ou menos segurança à população. Este fator deve ser visto agregado aos critérios que embasaram a decisão de manutenção ou não da prisão, bem como à maneira que o custodiado é amparado após ser posto em liberdade.

4.3. Reflexos em relação aos direitos sociais

Foi disposto que uma das finalidades da audiência de custódia é a apresentação do preso ao magistrado, membros do Ministério Público e Defensor, no intuito de preservar direitos individuais e sociais. No entanto, segundo os dados fornecidos pelo CNJ, das audiências de custódia realizadas no Brasil em 2015 até abril de 2016, em apenas 11,25% dos casos (8.425 em números absolutos) houve encaminhamento social ou assistencial para as pessoas postas em liberdade⁴⁹.

Pesquisas mostraram que, no período de 10/08/2015 a 30/06/2017, no Estado do Tocantins, apenas 0,58% dos custodiados foram encaminhados ao serviço social. Embora os presos informassem em audiência questões relacionadas ao uso de drogas, a esmagadora maioria não foi encaminhada para tratamento nos Centros de Atendimento Psicossocial, (CAPS), bem como não houve direcionamento ao Sistema Único de Saúde (SUS) ou à rede de assistência social do Sistema Único de Assistência Social (SUAS). Essas atitudes são contrárias aos fins propostos pela audiência de custódia, firmada nos Tratados de Direitos Humanos, e banalizam o seu procedimento. Afetam também a possibilidade de concessão de medidas cautelares alternativas à prisão, uma vez que a pessoa não terá o devido acompanhamento⁵⁰.

Entre 01/01/2018 e 20/09/2018, na capital Palmas, das 459 pessoas presas em flagrante, apenas 3 (três) foram encaminhadas ao Serviço Social. No entanto, são exatamente os profissionais da assistência social que possuem a sensibilidade e a capacidade de analisar os fatores que desencadeiam a criminalidade e levam a pessoa a delinquir. Portanto, esse número insignificante de casos levados a análise e conhecimento técnico especializado podem refletir no aumento de casos de reincidência⁵¹.

Conforme o portal G1, em Cuiabá, Mato Grosso, no ano de 2017, 30,82% do total de pessoas que tiveram garantidas audiências de custódia foram encaminhadas à assistência

⁴⁹ BALLESTEROS, Paula R. Implementação das audiências de custódia no Brasil: análise de experiências e recomendações de aprimoramento. Brasília, 2016, p. 54. Disponível em: <<http://depen.gov.br/DEPEN/dirpp/cgap/fortalecimento-da-politica/implementacaodasaudienciasdecustodianobrasilanalisedeexperienciaserecomendacoesdeaprimoramentorevisado.pdf>>. Acesso em: 25 jul. 2020.

⁵⁰ PAULA, Edimar de. **Audiência de custódia no estado do Tocantins, implantação, resultados e desafios**. 2019. 127 f. Dissertação (Mestrado Profissional Interdisciplinar em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos) - Universidade Federal do Tocantins e Escola Superior de Magistratura Tocantinense, Palmas, 2019. Disponível em: <<https://repositorio.uft.edu.br/bitstream/11612/1251/1/Edimar%20de%20Paula%20-%20Disserta%C3%A7%C3%A3o.pdf>>. Acesso em: 26 jul. 2020.

⁵¹ CRUZ, Anderson Ribeiro da. Audiência de custódia em Palmas/TO: um olhar sobre a efetiva diminuição da população carcerária provisória em 2018. **Conteúdo Jurídico**, Brasília, DF, 20 nov. 2018. Disponível em: <<https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/52417/audiencia-de-custodia-em-palmas-to-um-olhar-sobre-a-efetiva-diminuicao-da-populacao-carceraria-provisoria-em-2018>>. Acesso em: 27 jul. 2020.

social, o que demonstra grande diferença em relação à cidade de Palmas, mas ainda assim, expressa um número muito baixo de encaminhamentos⁵².

Em 2019, o Brasil contabilizou mais de 700 mil pessoas presas, atingindo um marco histórico, o que o levou a ser o terceiro país com maior número de presos no mundo⁵³. Karine Mota e Rafael Vilanova afirmam que “Apesar de abrigar cerca de 730 mil homens e mulheres, o sistema prisional brasileiro conta com apenas 423.242 vagas. Portanto, há um enorme déficit, de mais 303 mil vagas. Desse total de encarcerados, 33,01% dos presos são provisórios, ou seja, jamais foram julgados e condenados pelo Poder Judiciário”⁵⁴.

Verifica-se que os presídios brasileiros carecem de infraestrutura básica capaz de atender a todos os presos. A garantia supralegal da audiência de custódia foi colocada em prática mais de vinte anos após sua ratificação pelo Brasil, e mesmo com sua efetiva implantação, a superlotação carcerária continua enraizada no sistema prisional⁵⁵.

No Estado do Tocantins, a audiência de custódia foi implantada em agosto de 2015, e tão logo, a quantidade de liberdade provisória foi sensivelmente aumentada. Porém, o número de pessoas colocadas em liberdade no estado diminuiu com o passar do tempo. Mota e Vilanova falam sobre o ano de 2018, dispondo que “No último ano, em 928 audiências de custódia realizadas, o magistrado concedeu a liberdade provisória em 369 oportunidades, apenas 40% de todas as audiências, e 582 casos resultaram em prisão preventiva, o que corresponde a 63% de todos os casos analisados no ano de 2018”⁵⁶.

Segundo o relatório “O Fim da Liberdade” emitido pelo Instituto de Defesa do Direito de Defesa em 2019, apenas 0,89% dos presos têm concedida liberdade sem necessidade do cumprimento de qualquer medida cautelar, enquanto 57% das pessoas continuam obtendo prisão preventiva. O Instituto concluiu que a concessão de liberdade tornou-se exceção nas audiências, diferentemente do que determinam a legislação e as normas internacionais⁵⁷.

Isso pode se dar devido ao fato de que as audiências, na prática, estão muito mais voltadas ao cumprimento do rito que foi imposto do que para verificar a verdadeira necessidade de manutenção da prisão e das circunstâncias concretas que advém do encarcera-

⁵² MAIS DE 2,2 mil presos são soltos após audiências de custódia em Cuiabá em 2017 e TJMT aponta economia de R\$ 84 milhões. G1 MT, Mato Grosso, 08 de nov. de 2018. Disponível em: <<https://g1.globo.com/mt/mato-grosso/noticia/2018/11/08/mais-de-22-mil-presos-sao-soltos-apos-audiencias-de-custodia-em-cuiaba-em-2017-e-tjmt-aponta-economia-de-r-84-milhoes.ghtml>>. Acesso em: 25 jul. 2020.

⁵³ MOTA, Karine Alves Gonçalves e VILANOVA, Rafael Guimarães. Audiências de Custódia: Um Estudo Sobre Seus Reflexos na População Carcerária do Estado do Tocantins. *Revista Âmbito Jurídico*, 04 dez. 2019. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-processual-penal/audiencias-de-custodia-um-estudo-sobre-seus-reflexos-na-populacao-carceraria-do-estado-do-tocantins/>>. Acesso em: 24 jul. 2020.

⁵⁴ Ibid., 2019.

⁵⁵ MOTA, Karine Alves Gonçalves e VILANOVA, Rafael Guimarães. Audiências de Custódia: Um Estudo Sobre Seus Reflexos na População Carcerária do Estado do Tocantins. *Revista Âmbito Jurídico*, 04 dez. 2019. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-processual-penal/audiencias-de-custodia-um-estudo-sobre-seus-reflexos-na-populacao-carceraria-do-estado-do-tocantins/>>. Acesso em: 24 jul. 2020.

⁵⁶ Ibid., 2019.

⁵⁷ BOEHM, Camila. Audiência de custódia dá liberdade irrestrita a menos de 1% dos presos. Agência Brasil, 29 ago. 2019. Disponível em: <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/justica/noticia/2019-08/audiencia-de-custodia-da-liberdade-irrestrita-menos-de-1-dos-presos-0>>. Acesso em: 27 jul. 2020.

mento. Não é explicado ao custodiado o motivo dele estar em audiência; os condutores do procedimento não lhe dirigem a palavra, muitas vezes menosprezam seus relatos e abusam da posição hierárquica. A maioria dos custodiados não entende o porquê da audiência e alega não ter tido a oportunidade de se manifestar como gostaria⁵⁸.

Ainda com relação à diminuição de liberdade com a concretização das audiências de custódia, sabe-se que certos grupos sociais são mantidos em detenção devido à estigmatização social, preconceitos e xenofobia. Muitos juízes alegam que, no caso de estrangeiros, o melhor seria que permanecessem presos, pois do contrário ficariam em situação de miseria- bilidade, porquanto a assistência social dos municípios estaria sobrecarregada e não haveria como fornecer-lhes abrigo. No caso de custodiadas mulheres, raramente lhe são questiona- das se possuem filhos ou dependentes, ou se encontram-se gestantes, fatos que poderiam sopesar numa possível decisão de liberdade; ao passo que geralmente são feitas perguntas sobre a imagem que deixaram diante dos filhos e da família⁵⁹.

Uma maneira de atingir mais facilmente as finalidades sociais da audiência de custó- dia pode ser com o fortalecimento do setor assistencial. Os custodiados fazem parte do gru- po de pessoas em estado de vulnerabilidade, que demandam atenção de políticas públicas, em especial de saúde, assistência, e moradia⁶⁰. Nesse sentido são as informações do Depar- tamento Penitenciário Nacional:

Nota-se grande diferença de resultados das audiências de custódia entre os estados que não têm nenhum tipo de estrutura de acompanhamento das medidas cautelares e en- caminhamento aos serviços sociais, aqueles que já têm alguma experiência com enca- minhamentos feitos em decorrência do cumprimento de penas alternativas e os que já têm centrais de alternativas penais trabalhando em conjunto com os núcleos das audi- ências de custódia, no sentido de que quanto maior a estrutura e a experiência de aten- ção individualizada prestada por equipes multidisciplinares especializadas, maior a ade- são tanto dos autuados quanto dos próprios operadores do sistema de justiça aos fluxos e propósitos das audiências de custódia⁶¹.

Neste sentido, os magistrados, deveriam detectar em audiência se o indivíduo encon- tra-se socialmente desamparado, para então encaminha-lo a atendimento multidisciplinar, com a finalidade de resguardar seu direito de liberdade, ao mesmo tempo em que se previ- ne reiterações delitivas e mantém-se a população em segurança.

⁵⁸ BALLESTEROS, Paula R. **Implementação das audiências de custódia no Brasil**: análise de experiências e recomendações de aprimoramento. Brasília, 2016, p. 45. Disponível em: <[http://depen.gov.br/DEPEN/dirpp/cgap/fortalecimento-da-politica/ implementacaodasaudienciasdecustodianobrasilanalisedeexperienciaserecomendacoesdeaprimoramentorevisado.pdf](http://depen.gov.br/DEPEN/dirpp/cgap/fortalecimento-da-politica/implementacaodasaudienciasdecustodianobrasilanalisedeexperienciaserecomendacoesdeaprimoramentorevisado.pdf)>. Acesso em: 25 jul. 2020.

⁵⁹ BALLESTEROS, Paula R. **Implementação das audiências de custódia no Brasil**: análise de experiências e recomendações de aprimoramento. Brasília, 2016, p. 47. Disponível em: <<http://depen.gov.br/DEPEN/dirpp/cgap/fortalecimento-da-politica/ implementacaodasaudienciasdecustodianobrasilanalisedeexperienciaserecomendacoesdeaprimoramentorevisado.pdf>>. Acesso em: 25 jul. 2020.

⁶⁰ Ibid., p. 53.

⁶¹ Ibid., p. 52 e p. 53.

CONCLUSÃO

A audiência de custódia foi implementada no Judiciário brasileiro por meio de acordos internacionais, com a finalidade de salvaguardar direitos fundamentais do preso, bem como preservar direitos sociais. Surge uma polêmica entre doutrinadores sobre os reflexos da audiência em relação à segurança e gastos públicos, uma vez que mais presos podem ter sua liberdade concedida.

Em sua essência, essa polêmica não precisaria existir. O custodiado é levado em 24 horas à presença de um juiz, membro do Ministério Público e de seu Defensor, tendo sido avisada a sua família. Portanto, a decisão de manutenção ou não da prisão é acompanhada por profissionais capazes de discernir sobre as consequências pessoais e sociais da liberdade ou do encarceramento, o que em última análise traria um sentimento de justiça no caso concreto.

No entanto, verifica-se que a audiência de custódia, além de ter demorado anos para ser instituída no Brasil, não tem sido aplicada da forma idealizada. Muitas vezes, o custodiado não compreende as finalidades da audiência e seus relatos caem em descrédito. Dependendo de sua situação social, a decisão sobre a manutenção ou não da prisão é tomada a despeito do critério de periculosidade e dos fatos elucidados em audiência.

Corroborando com o não atingimento das finalidades previstas, está a falta de entrosamento entre o Judiciário e o setor de assistência social. Sem atendimento multidisciplinar, o custodiado permanece sob o uso de drogas, sem acesso à saúde, programas de abrigo e moradia, e sem resolver questões psicossociais que o levaram a delinquir, podendo ocorrer reincidência. Assim, muitas decisões são no sentido de manter a pessoa aprisionada, o que não resolve sua situação de vulnerabilidade, mas teoricamente mantém a sociedade protegida. Portanto, nos últimos tempos tem-se notado grande diminuição no número de liberdades e superlotação carcerária.

Enquanto a audiência de custódia pode gerar economias em relação aos gastos com os presos, precisa gerar investimentos em estruturas paralelas à prisão. Como exemplo, acréscimo de membros do Judiciário, Ministério Público e Defensoria Pública para possibilitar que a audiência ocorra em 24 horas, mas prioritariamente gastos com equipes de assistência social especializadas, para amparo social ao cidadão.

Sem esse aparelhamento, verifica-se que os dados sobre a relação entre liberdade e segurança pública e reiteração criminal são inconclusivos. Assim, a resposta à questão da segurança pública não se dá por meio da diminuição ou aumento do número de encarcerados, mas sim pela aplicação de uma assistência eficiente, para que não haja sensação de impunidade pela população, nem de desamparo social pelo custodiado.

Conclui-se que a audiência de custódia, por si só, não conseguirá acabar com o fascínio pelo encarceramento, tampouco, com os graves problemas sociais. Ela precisa estar cercada de forte estrutura assistencial.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANGELO, Tiago. CNJ proíbe audiências de custódia por videoconferência. **Revista Consultor Jurídico**, 10 jul. 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-jul-10/cnj-proi-be-audiencias-custodia-videoconferencia>>. Acesso em: 23 jul. 2020.

ASSISTÊNCIA social, jurídica e religiosa. Assistência social. **Departamento Penitenciário Nacional**. Disponível em: <<http://depen.gov.br/DEPEN/dirpp/cgpc/assistencia-social-juridica-e-religiosa>>. Acesso em: 25 jul. 2020.

AUDIÊNCIAS de custódia não aumentam número de furtos no estado de São Paulo. **Revista Consultor Jurídico**, 17 set. 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-set-17/audiencias-custodia-numero-furtos-cai-estado-sao-paulo>>. Acesso em: 24 jul. 2020.

BALLESTEROS, Paula R. **Implementação das audiências de custódia no Brasil**: análise de experiências e recomendações de aprimoramento. Brasília, 2016. Disponível em: <<http://depen.gov.br/DEPEN/dirpp/cgap/fortalecimento-da-politica/implementacaodasaudienciasdecustodianobrasilanalisedeexperienciaserecomendacoesdeaprimoramentorevisado.pdf>>. Acesso em: 25 jul. 2020.

BOEHM, Camila. Audiência de custódia dá liberdade irrestrita a menos de 1% dos presos. Agência Brasil, 29 ago. 2019. Disponível em: <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/justica/noticia/2019-08/audiencia-de-custodia-da-liberdade-irrestrita-menos-de-1-dos-presos-0>>. Acesso em: 27 jul. 2020.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Audiência de Custódia. Brasília: CNJ, 2016. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario/audiencia-de-custodia/>>. Acesso em: 20 jun. 2020.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Resolução nº 213 de 15 de dezembro de 2015. Brasília: CNJ, 15 dez. 2015. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2234>>. Acesso em: 19 jun. 2020.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Resolução nº 322 de 01 de junho de 2020. Brasília: CNJ, 01 jun. 2020. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3333>>. Acesso em: 23 jul. 2020.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Sistema Carcerário, Execução Penal e Medidas Socioeducativas - Histórico. Brasília: CNJ, 2016. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/sis>>.

tema-carcerario/historico/>. Acesso em: 22 jul. 2020.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: Diário Oficial da União, Poder Executivo, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 13 jun. 2020.

BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de Outubro de 1941. Código de Processo Penal. Diário Oficial (da) República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 3 out. 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 23 jul. 2020.

BRASIL, Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. Diário Oficial (da) República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 6 jul. 1992a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 24 jun. 2020.

BRASIL, Decreto nº 8.766, de 11 de maio de 2016. Promulga a Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas, firmada pela República Federativa do Brasil, em Belém, em 10 de junho de 1994. Diário Oficial (da) República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 11 maio 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/decreto/D8766.htm>. Acesso em: 24 jun. 2020.

BRASIL, Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e dá outras providências. Diário Oficial (da) República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 04 maio 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12403.htm>. Acesso em: 23 jul. 2020.

CANINEU, Maria Laura. O direito à 'audiência de custódia' de acordo com o direito internacional. Boletim Informativo da Rede Justiça Criminal, ed. 5, ano 3, 2013. Disponível em: <<https://redejusticacriminal.files.wordpress.com/2013/07/rjc-boletim05-aud-custodia-2013.pdf>>. Acesso em: 21 jun. 2020.

CARDOZO, Carlos Henrique. Reflexos sociais da audiência de custódia na cidade de Maringá. Revista de Ciências Policiais da APMG, São José dos Pinhais, v. 1, p. 56, 2018. Disponível em: <<http://www.revistas.pr.gov.br/index.php/apmg/edicao-1-artigo-04>>. Acesso em: 24 jul. 2020.

CHOUKR, Fauzi Hassan. Audiência de custódia: resultados preliminares e percepções teórico-práticas. In: Andrade, Mauro Fonseca; Alflen, Pablo Rodrigo. Audiência de custódia: da boa in-

tenção à boa técnica. Porto Alegre: FMP, 2016, p. 122. E-Book. Disponível em: <file:///C:/Users/Particular/Downloads/e-Book-AUDIENCIA_DE_CUSTODIA.pdf>. Acesso em: 23 jul. 2020.

CORREGEDORIA GERAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE SÃO PAULO. Ministério Público e Audiência de Custódia. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/corregedoria_geral/Publicacoes/Minist%C3%A9rio%20P%C3%BAblico%20e%20Audi%C3%AAncia%20de%20Cust%C3%B3dia.pdf>. Acesso em: 21 jul. 2020.

CRUZ, Anderson Ribeiro da. Audiência de custódia em Palmas/TO: um olhar sobre a efetiva diminuição da população carcerária provisória em 2018. Conteúdo Jurídico, Brasília, DF, 27 jul 2020. Disponível em: <<https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/52417/audiencia-de-custodia-em-palmas-to-um-olhar-sobre-a-efetiva-diminuicao-da-populacao-carceraria-provisoria-em-2018>>. Acesso em: 27 jul. 2020.

JUDICIÁRIO brasileiro economiza R\$ 500 milhões com audiências de custódia. Jurinews, 03 nov. 2015. Disponível em: <<http://jurinews.com.br/judiciario-brasileiro-economiza-r-500-milhoes-com-audiencias-de-custodia>>. Acesso em: 25 jul. 2020.

MAIS DE 2,2 mil presos são soltos após audiências de custódia em Cuiabá em 2017 e TJMT aponta economia de R\$ 84 milhões. G1 MT, Mato Grosso, 08 nov. 2018. Disponível em: <<https://g1.globo.com/mt/mato-grosso/noticia/2018/11/08/mais-de-22-mil-presos-sao-soltos-apos-audiencias-de-custodia-em-cuiaba-em-2017-e-tjmt-aponta-economia-de-r-84-milhoes.ghtml>>. Acesso em: 25 jul. 2020.

MARQUES, Mateus. Sobre a implantação da audiência de custódia e a proteção de direitos fundamentais no âmbito do sistema multinível. In: Andrade, Mauro Fonseca; Alflen, Pablo Rodrigo. Audiência de custódia: da boa intenção à boa técnica. Porto Alegre: FMP, 2016, p. 16. E-Book. Disponível em: <file:///C:/Users/Particular/Downloads/e-Book-AUDIENCIA_DE_CUSTODIA.pdf>. Acesso em: 23 jul. 2020.

MOTA, Karine Alves Gonçalves; VILANOVA, Rafael Guimarães. Audiências de Custódia: Um Estudo Sobre Seus Reflexos na População Carcerária do Estado do Tocantins. Revista Âmbito Jurídico, 04 dez. 2019. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-processual-penal/audiencias-de-custodia-um-estudo-sobre-seus-reflexos-na-populacao-carceraria-do-estado-do-tocantins/>>. Acesso em: 24 jul. 2020.

ORGANIZAÇÃO dos Estados Americanos. Convenção Americana de Direitos Humanos (“Pacto de San José de Costa Rica”), 1969. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodees>>.

tudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>. Acesso em: 22 jul. 2020.

PAIVA, Caio Cezar de Figueiredo. Audiência de custódia e o processo penal brasileiro. 3. ed. rev., atual. e ampl. Boa Esperança: CEI, 2018.

PAULA, Edimar de. Audiência de custódia no estado do Tocantins, implantação, resultados e desafios. 2019. 127 f. Dissertação (Mestrado Profissional Interdisciplinar em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos) - Universidade Federal do Tocantins e Escola Superior de Magistratura Tocantinense, Palmas, 2019. Disponível em: <<https://repositorio.uft.edu.br/bitstream/11612/1251/1/Edimar%20de%20Paula%20-%20Disserta%C3%A7%C3%A3o.pdf>>. Acesso em: 26 jul. 2020.

PLENÁRIO confirma validade de normas do TJ-SP sobre audiências de custódia. Notícias STF. Brasília, DF, 20 ago. 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=298112&caixaBusca=N>>. Acesso em: 22 jul. 2020.

STF inicia julgamento de ação que pede providências para crise prisional. Notícias STF. Brasília, DF, 27 ago. 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=298600>>. Acesso em: 22 jul. 2020.

EL ACCESO A LA JUSTICIA COMO GARANTÍA DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS SOCIALES Y CULTURALES: EL ROL DE LA DEFENSORÍA PÚBLICA DEL ECUADOR

O ACESSO À JUSTIÇA COMO GARANTIA DOS DIREITOS ECONÔMICOS SOCIAIS E CULTURAIS: O PAPEL DO DEFENSOR PÚBLICO DO EQUADOR

Ángel Torres Machuca

*Doctor en Jurisprudencia, abogado de los tribunales de la República del Ecuador. Defensor Público General del Ecuador
btorres@defensoria.gob.ec*

Andrés Aguirre Jaramillo

*Máster en Derechos Humanos y Democracia . Coordinador Unidad de Víctimas, Defensoría Pública del Ecuador
aaguirre@defensoria.gob.ec*

RESUMEN

La promoción y tutela de los derechos humanos es una de las principales obligaciones que tienen los Estados. El cumplimiento de esta responsabilidad implica que cuenten con un sistema de garantías y una institucionalidad que responda, de manera efectiva, a todas las personas. En ese sentido, a través de este artículo, exponemos, de forma breve, la conjugación que existe entre el acceso a la justicia, como derecho y medio para el cumplimiento y exigibilidad de los derechos sociales, y el rol fundamental que tiene la Defensoría Pública del Ecuador en el acceso gratuito a la justicia para evitar que sean vulnerados.

Palabras claves: Derechos sociales. Acceso a la justicia. Defensoría Pública. Derechos Humanos. Ecuador.

RESUMO

A realização e a garantia dos direitos humanos é uma das principais obrigações dos Estados. Assim, o cumprimento desta obrigação implica que os Estados disponham de um sistema de garantias e de um quadro institucional que responda eficazmente a todas as pessoas. A este respeito, através deste artigo apresentaremos brevemente a combinação que existe entre o acesso à justiça, como um direito e um meio para o cumprimento e a exigibilidade dos direitos sociais, e o papel fundamental que a Defensoria Pública do Equador tem no acesso livre à justiça quando os direitos sociais das pessoas estão em risco ou foram violados.

Palavras-chave: Direitos sociais. Acesso à justiça. Defensoria Pública. Direitos Humanos. Equador.

“La tradition des opprimés nous enseigne que « *l'état d'exception* » dans lequel nous vivons est la règle. Nous devons parvenir à une conception de l'histoire qui rende compte de cette situation”

Walter Benjamin, 1940

A manera de preámbulo, cabe mencionar que, en 2008, en la nueva Constitución, Ecuador pasó de ser un Estado de derecho a uno de “derechos y justicia social”¹. Esta denominación implica que los derechos se convierten en el principal eje de acción y deber primordial de respeto y garantía del Estado ecuatoriano.

La centralidad que adquieren los derechos, en este pacto social, se fundamenta en una ideología diferente a la Constitución Política de 1998, toda vez que se establece una nueva forma de convivencia ciudadana, en diversidad y armonía con la naturaleza, denominada *sumak kawsay*². Este principio filosófico plantea dos ideas centrales, por un lado, que las personas deben gozar de una vida digna y, por otro, que solo puede lograrse a través de la revalorización del derecho a la igualdad material³.

El Estado ecuatoriano asume la obligación de materializar estos principios para el respeto, protección y garantía de los derechos humanos. Para ello, la Constitución establece tres tipos: de normativa, de política pública y jurisdiccional. Asimismo, determina que el ejercicio de los derechos se regirá por los principios de inalienabilidad, irrenunciabilidad, indivisibilidad, interdependencia y de igual jerarquía.

El principio de igual jerarquía de derechos rompe con el esquema tradicional de división de los derechos civiles y políticos, así como de los económicos, sociales y culturales, que establecía la Constitución Política de 1998. Este cambio resulta trascendental, ya que a los derechos económicos, sociales y culturales se les restaba valor jurídico, frente a los civiles y políticos que esgrimen, además, una supuesta diferencia entre las obligaciones que tiene el Estado respecto a estos dos grupos de derechos.

No obstante, la Constitución ecuatoriana, en su parte dogmática, establece los derechos que serán exigibles, garantizados y ejercidos bajo la denominación de “Derechos del Buen Vivir”, los cuales se traducen en: salud, trabajo, vivienda, educación, alimentación y saneamiento, entre otros⁴. En esta misma línea, establece como derecho de protección el acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva⁵.

Los Derechos del Buen Vivir, que engloban a los sociales, tienen como objetivo la generación de condiciones mínimas que les permita a los ciudadanos alcanzar una vida digna y su exigibilidad implica obligaciones para el Estado ecuatoriano.

¹ Cfr. Constitución del Ecuador (2008) Artículo 1.

² Ibídem. Preámbulo.

³ Ramiro Ávila Santamaría, Agustín Grijalva Jiménez y Rubén Martínez Dalmau (eds.) Desafíos Constitucionales: La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva. , Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y Tribunal Constitucional del Ecuador, 2008. Página 42.

⁴ Cfr. Carolina Silva. “Qué es el buen vivir en la Constitución?”. La Constitución del 2008 en el contexto andino, Análisis de la doctrina y el derecho comparado. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos del Ecuador. Quito, 2008: página 118.

⁵ Cfr. Constitución del Ecuador (2008) Artículo 75.

Como mencionamos, la división clásica de los derechos humanos establece una ruptura de carácter obligatorio que, de manera errónea, lleva a concebir que para la exigibilidad de los derechos sociales es necesario contar con recursos económicos, por ende, depende de una voluntad política, mientras que para el cumplimiento de derechos civiles y políticos se consideraría que los Estados tienen una obligación negativa o de mero abstencionismo.

Los Principios de Limburgo, las Directrices de Mastrich sobre la violación de derechos económicos, sociales y culturales y el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales determinan obligaciones que tienen los Estados frente a estos derechos: 1) adoptar medidas inmediatas, 2) garantizar niveles esenciales, y 3) lograr la realización progresiva y prohibición de regresividad. En esta línea, el 06 de marzo de 1969, el Estado ecuatoriano ratificó el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que debe responder frente a las obligaciones inherentes a este instrumento internacional de Derechos Humanos.

El acceso a la justicia se consagra como un derecho y, a su vez, como un medio que permite el restablecimiento del ejercicio de los derechos, entre ellos: económicos, sociales y culturales cuando estos han sido vulnerados. Sin embargo, las condiciones socioeconómicas en las que se encuentran las personas son un factor fundamental que se debe considerar en el ejercicio del derecho de acceso a la justicia. En suma, se debe considerar la diversidad de condiciones de las personas, es decir, que el principio de igualdad y no discriminación debe transversalizarse en el acceso a la justicia para atender a los grupos poblacionales que, a lo largo de la historia, han sido discriminados, a través de un servicio específico y diferenciado.

Frente a los derechos sociales y el acceso a la justicia es importante considerar las obligaciones que tiene el Estado ecuatoriano, en tres aspectos: 1) Obligación de remover obstáculos económicos para acceder a la justicia 2) Componentes del debido proceso en los procedimientos judiciales relativos a derechos sociales y 3) Componentes del derecho a la tutela judicial efectiva de derechos sociales, individuales y colectivos⁶.

Para fines del presente artículo, nos centraremos en la obligación del Estado de remover obstáculos económicos para acceder a la justicia. Con respecto a este estándar, la Corte Interamericana de Derechos Humanos señala que “es obligación de los Estados remover los obstáculos económicos y financieros para el acceso a los tribunales. Los criterios para conceder la asistencia gratuita incluyen la disponibilidad de recursos de los afectados, la complejidad del caso y la importancia de los derechos afectados”⁷.

En consideración a esta obligación, en 2010, se creó la Defensoría Pública como órgano autónomo de la Función Judicial, cuyo fin es garantizar el pleno e igual acceso a la justicia de las personas que, por su estado de indefensión o condición económica, social o cultural,

⁶ Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2007). 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 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. 43.

⁷ Despouy, Leandro, Acceso a la justicia: Impacto de la pobreza sobre los derechos humanos P.127. Consultado en <http://corteidh.or.cr/tablas/r29272.pdf>.

no puedan contratar los servicios de defensa legal para la protección de sus derechos.

Si bien, las constituciones de Ecuador de 1906 (Art. 26), 1967 (Art. 28), 1979 (Art. 107) y 1998 (Art. 24) establecían disposiciones acerca de derechos fundamentales, protección jurídica, defensa técnica y defensor público, la Constitución de 2008 dictaminó la creación de la Defensoría Pública. Además, el Código Orgánico de la Función Judicial de 2009, determinó la naturaleza jurídica de la Institución.

La creación de la Defensoría Pública implicó, entonces, un avance fundamental para la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales, pues posibilita que las personas que no tienen suficientes recursos económicos puedan acceder a un juicio justo y en igualdad de condiciones.

La Corte y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos establecen la obligación de proveer, en ciertas circunstancias, servicios jurídicos gratuitos a las personas sin recursos, con el fin de evitar la vulneración de su derecho a las garantías judiciales y a la protección judicial efectiva. Además, la Corte señala que “la existencia de condiciones de desigualdad real obliga adoptar medidas compensatorias para reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impiden o reducen la defensa eficaz de los propios intereses”.⁸

En Ecuador, la Defensoría Pública, con sede administrativa en Quito, tiene presencia en el territorio nacional, sus servicios se desconcentran en las 24 provincias, a través de 194 puntos de atención, en 146 cantones.

Las actividades de la Defensoría Pública se vinculan a los objetivos del Plan Nacional de Desarrollo 2017-2021, que se denomina “Plan toda una Vida”, en particular, al Objetivo 1) garantizar una vida digna con iguales oportunidades para todas las personas y el objetivo 7) incentivar una sociedad participativa, con un Estado cercano al servicio de la ciudadanía.

Además, se alinean con las políticas del Plan Nacional de Desarrollo, que se enfocan en asegurar el acceso a la justicia, a través de la prestación de servicios públicos territorializados, sostenibles y efectivos, de manera equitativa e incluyente, con énfasis en los grupos de atención prioritaria y poblaciones en situación de vulnerabilidad, en corresponsabilidad entre el Estado y la sociedad⁹.

Desde enero de 2018 hasta mayo de 2020, a escala nacional, la Defensoría Pública atendió 642.904 solicitudes ciudadanas, de las cuales 316.362 corresponden al área penal, 319.194 a no penal, y 7.348 a mediación. Dentro del catálogo de procesos institucionales integrados cuenta con una línea de servicios en el campo penal y social, y un centro de mediación que aborda temas de familia, niñez y adolescencia, laboral e inquilinato.

A continuación, ponemos a consideración información de los años 2018, 2019 y 2020 (a mayo) sobre las materias y líneas de servicio:

⁸ Despouy, Leandro, Acceso a la justicia: Impacto de la pobreza sobre los derechos humanos P.129. Consultado en <http://corteidh.or.cr/tablas/r29272.pdf>.

⁹ Plan Nacional de Desarrollo 2017-2021- Toda una Vida, 2017. Objetivo 1 y 7.

MATERIA	LÍNEA DE SERVICIO	2018	2019	2020 Enero a mayo	TOTAL
PENAL	Penal	130.613	130.851	43.970	305.434
	Adolescentes en conflicto con la ley	4.573	4.736	1.619	10.928
	TOTAL MATERIA PENAL	135.186	135.587	45.589	316.362
NO PENAL Social	Familia, Niñez y adolescencia	94.037	111.933	41.928	247.898
	Laboral	19.146	13.150	4.190	36.486
	Civil (incluye inquilinato)	9.928	8.026	2.393	20.347
	Otras materias	1.882	2.090	238	4.210
	Movilidad Humana	3.960	3.505	1.440	8.905
	Constitucional	318	511	204	1.033
	TOTAL MATERIA NO PENAL	129.271	139.215	50.708	319.194
	Mediación	3.071	3.547	730	7.348
	TOTAL	267.528	278.349	97.027	642.904

Fuente: Sistema de Gestión de la Defensoría Pública –SGDP- Dirección Nacional de Investigaciones Aplicadas
Elaboración: Unidad de Investigación y Audiencias

Las líneas de servicio son varias y el área social tiene un componente importante en el trabajo diario. El rol de la Defensoría Pública se sustenta en un enfoque social y de derechos humanos. En la Resolución DP-DPG-2012-085, que se publicó en el Registro Oficial 812 de 18 de octubre de 2012, se expidió el Instructivo para la Prestación de los Servicios Defensoriales del Proceso de Patrocinio Social.

La gestión social tiene como objetivo garantizar el acceso a la justicia para la protección de derechos de grupos de atención prioritaria que, por lo general, tienen dificultades para contar con un servicio privado. De acuerdo con el mandato constitucional, los grupos de atención prioritaria y sectores vulnerables, con los que trabaja la Defensoría Pública del Ecuador, son niños, niñas y adolescentes; mujeres embarazadas y madres con hijos/as menores;

personas con discapacidad; adultos mayores; personas en movilidad humana; entre otros.

Los servicios de la Defensoría Pública, en asesoría y patrocinio social, se centran en materia laboral y civil. Con respecto al ámbito laboral, el derecho al trabajo es un “Derecho del Buen Vivir”. La prestación de este servicio es solo en defensa del trabajador, en distintas instancias, tanto administrativas como judiciales. Los patrocinios se enfocan, en su mayoría, en juicios laborales, así como en demandas por jubilación patronal, enfermedades profesionales, accidentes de trabajo, despido ineficaz a personas con discapacidad y mujeres embarazadas.

En materia civil, la asesoría y patrocinio se realiza en lo referente al derecho de familia, niñez y adolescencia. Uno de los ejes de atención son los juicios de alimentos e incidentes de aumento a su favor, a mayores de edad hasta 21 años que cursen estudios en cualquier nivel educativo y mayores de edad con grados considerables de discapacidad. De igual manera, juicios de alimentos para mujeres embarazadas y ayudas de lactancia. La Defensoría Pública también brinda patrocinio y asesoría en temas de inquilinato, únicamente de inmuebles que se destinan a vivienda, en causas de desahucio e incumplimiento de contratos.

Al respecto, resulta importante señalar que otra de las líneas específicas de servicio de la Defensoría Pública se dirige a las personas en movilidad humana que, de acuerdo con la Constitución, pertenecen a grupos de atención prioritaria.

Si bien, la Defensoría Pública brinda patrocinio y asesoría en procesos de deportación desde 2014, en la actualidad, las personas en movilidad humana pueden acceder a todos los servicios que brinda la Institución. Para fortalecer esta línea de atención, a escala nacional, contamos con el apoyo técnico del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, desde el interior de la Institución, con énfasis en provincias limítrofes. Los expertos de este organismo capacitan a los defensores públicos, con el propósito de ofrecer una atención especializada, en especial en las zonas de frontera norte y sur, donde recibimos el mayor número de usuarios.

Durante la emergencia sanitaria y el estado de excepción, debido a la pandemia por el Covid-19, la Defensoría Pública atendió requerimientos de esta población en lo referente a procesos administrativos, solicitudes de acceso al asilo y otras formas de regularización.

Sin embargo, al transcurrir los días de aislamiento y las restricciones de movilidad, surgieron otros problemas como la falta de ingresos. En su mayoría, se trata de personas que viven de recursos que generan en el día a día, por medio de trabajos informales, con alto riesgo de explotación laboral. En ese contexto, varios fueron despedidos y, con ello, se produjo incumplimiento de los cánones de arrendamiento. Del 17 de marzo al 22 de junio de 2020, la Defensoría Pública, en el área de movilidad humana, atendió 254 casos de familias, en su mayoría de nacionalidad venezolana, a quienes se logró mitigar el riesgo de desalojo.

La Defensoría Pública activó todas sus líneas de atención, tanto en materias penales como sociales, con el fin de brindar asesoría legal, empoderar a la población en sus derechos y, en la medida de lo posible, buscar una solución o acuerdo temporal, entre empleadores y

arrendatarios. Asimismo, habilitó un formulario digital de consulta en materias penales, no penales, movilidad humana y dispuso la atención en los centros de mediación, en Quito y Guayaquil, para lograr acuerdos y que los usuarios no queden en la indefensión.

Otro de los aspectos que se debe considerar para la eliminación de obstáculos en el acceso a la justicia es la cobertura de defensores públicos en todo el país. En Ecuador, al 31 de mayo de 2020, 688 defensores públicos se encuentran en funciones. En la actualidad, la tasa por cada 100 mil habitantes es de 3,98. Para finales de 2020, de acuerdo con la proyección poblacional del Instituto Nacional de Estadísticas y Censos, se requieren 876 defensores públicos para cumplir con la tasa de 5 por cada 100.000 habitantes.

A manera de conclusión, es importante tener en consideración los logros de la Defensoría Pública del Ecuador que, de acuerdo con la doctrina y la jurisprudencia de los sistemas de protección de derechos humanos, garantizan el derecho al acceso a la justicia y adoptan las medidas necesarias para hacerlo efectivo.

Las estadísticas tienen rostros y familias enteras que buscan acceder a la justicia en Ecuador. Estas personas no sólo se representan en los datos, sino en la implementación de toda política que aborde sus problemas específicos.

Quedan pendientes desafíos institucionales y es fundamental que el trabajo de los defensores públicos cumpla con su rol de garante en el acceso a la justicia cuando se vulneran los derechos de los ciudadanos. Una adecuada actuación misional contribuye a que los usuarios se sientan escuchados, apoyados e informados y que identifiquen a la Defensoría Pública como referente de una defensa confiable que garantiza sus derechos.

En la gestión también es importante contar con aliados estratégicos para la formación inicial y continua, así como la especialización para procurar la ejecución de juicios justos, que precautelen el debido proceso y protejan los derechos del buen vivir para alcanzar una vida digna. El acceso a la justicia es una exigencia básica en contextos democráticos y el medio necesario para una igualdad sustantiva.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Ávila, Grijalva y Martínez. Desafíos Constitucionales: La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva. , Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y Tribunal Constitucional del Ecuador, 2008. Página 42.

Despouy, Leandro, Acceso a la justicia: Impacto de la pobreza sobre los derechos humanos P.127-129.Consultado en <http://corteidh.or.cr/tablas/r29272.pdf>.

Silva, Carolina. “Qué es el buen vivir en la Constitución?”. La Constitución del 2008 en el contexto andino, Análisis de la doctrina y el derecho comparado. Ministerio de Justicia y Dere-

chos Humanos del Ecuador. Quito, 2008: página 118.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2007). 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 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. 43.

Plan Nacional de Desarrollo 2017-2021- Toda una Vida, 2017. Objetivo 1 y 7.

Constitución del Ecuador (2008) Preámbulo, artículo 1-75.

