

DERECHO DE ACCESO A LA JUSTICIA: APORTES PARA LA CONSTRUCCIÓN DE UN ACERVO LATINOAMERICANO



Implementada por

giz Global Infrastructure
Zusammenarbeit
Gesellschaft mbH



© 2017 Centro de Estudios de Justicia de las Américas, CEJA
Rodo 1950 Providencia
Santiago, Chile
Tel.: 56 2 22742933
www.cejamericas.org

Editor
Juan José Martínez Layuno

Autores

© CEJA
© Adriana Silva
© Amanda Mujica
© Amy Kennemore
© Andrea Flores
© Camila Troncoso
© Claudio Nash
© Constanza Núñez
© Eduardo Osorio
© Gerson Calatroia
© João Vitor Cardoso
© Juan José Martínez Layuno
© Juliana Sánchez
© Konstantin Gerber
© Mario Cruz
© Mayra Tirira
© Mônica de Melo
© Oswaldo Feusier
© Pedro Pachaguaya
© Saulo Galicia
© Tamara Hernández
© Victor Calderón

Nombre del Libro

Derecho de Acceso a la justicia: Aportes para la construcción de un acervo latinoamericano.
ISBN: 978-956-8491-32-1
Registro de Propiedad Intelectual: A-274162

Diseño Portada

Daniel Galdames Bronstein
Gráfica LOM

Diseño e Impresión

Gráfica LOM
Miguel de Atero 2888, Quinta Normal, Santiago, Región Metropolitana, Chile
www.graficalom.cl

**DERECHO DE ACCESO A LA JUSTICIA:
APORTES PARA LA CONSTRUCCIÓN DE
UN ACERVO LATINOAMERICANO**

Índice

Presentación	5
<i>Jaime Arellano Quintana</i>	
El derecho de acceso a la justicia: perspectivas y desafíos para la construcción de un acervo interamericano	7
<i>Juan J. Martínez Layuno</i>	
INVESTIGACIONES SOBRE EL DERECHO DE ACCESO A LA JUSTICIA	17
Acesso à justiça no brasil: panorama e perspectivas diante da jurisprudência interna e da corte internacional de direitos humanos	19
<i>Adriana Silva Maillart / Gerson de Barros Calatroia</i>	
Acesso à justiça no Brasil: legislação, jurisprudência e análise comparativa com o sistema interamericano de direitos humanos	69
<i>Mônica de Melo / Joao Vitor Cardoso / Konstantin Gerber</i>	
El acceso a la justicia en México, destruyendo las barreras y rediseñando medios para garantizarlo	119
<i>Dr. Mario Cruz Martínez / Mtra. Tamara Hernández</i>	
Análisis multinivel del acceso a la justicia. Los estándares mínimos de protección a través de una perspectiva nacional e interamericana	167
<i>Dr. Profesor Eduardo Gabriel Osorio Sánchez / Profesor Javier Andrés Perozo Hernández</i>	

El desarrollo del acceso a la administración de justicia
en Colombia: una visión comparativa entre la jurisprudencia
de las altas cortes colombianas y los estándares
interamericanos en esta materia 209

Juliana Sánchez Vallejo

Análisis comparativo del derecho de acceso a la justicia
en la jurisprudencia de la Corte IDH
y la Sala de lo Constitucional de El Salvador 267

Oswaldo Ernesto Feusier Ayala

¿Existe en Chile una garantía efectiva del acceso a la justicia
en condiciones de igualdad y particularmente respecto
de grupos en situación de discriminación? 307

Claudio Nash / Constanza Núñez / Camila Troncoso

El acceso a la justicia en Ecuador y su comparación
con el acervo interamericano: un estudio de jurisprudencia,
normativa y políticas públicas 353

Mayra Lucía Tirira Rubio / Andrea Isabel Flores Ruilova / Víctor Pacaric Calderón Merino

El derecho de acceso a la justicia a partir
de la Constitución Política
del Estado Plurinacional de Bolivia de 2009:
El pluralismo jurídico
como nuevo escenario 403

*Amy Kennemore / Pedro Celestino P. / Cynthia Berenice S. /
Marina Correa de Almeida / Juan Carlos Marcani Y. / João Telésforo*

El acceso a la justicia en el Perú y su relación
con los estándares del SIDH:
barreras, desafíos y propuestas 449

Saulo Galicia Vidal / Amanda Mujica Coronado

Referencias y Bibliografía 489

Presentación

El acceso a la Justicia ha sido una preocupación que acompaña desde los orígenes al Centro de Estudios de Justicia de las Américas. El amplio trabajo que ha sido desarrollado en conjunto con otras organizaciones latinoamericanas para la reforma a los procedimientos penales inquisitivos, y hoy a los civiles, con el propósito de dar paso a procesos orales, adversariales y contradictorios, es una muestra de ello.

Sin embargo, el acceso a la justicia es algo más que la forma en que los procesos de enjuiciamiento estén configurados. Implica, también, una serie de dispositivos que van desde la forma en que están gestionados los despachos judiciales y las prácticas concretas de funcionarios y jueces, tanto dentro como fuera de las audiencias. Una de esas prácticas tiene que ver con el uso que hacen los juzgadores del corpus jurídico interamericano que hoy está disponible, así como también de la herramienta del control de convencionalidad.

Pero hay aún más, pues el uso del lenguaje jurídico y sus complicadas formas, han ido alejando, si no lo estaba antes lo suficiente, aún más la justicia de los individuos que no tienen conocimientos legales, es decir, del grueso de la población. En CEJA nos parece muy relevante y alineado con nuestro objetivo, el conectar los sistemas de Justicia y, especialmente sus decisiones, con las personas, nuestras comunidades y sus necesidades. Se trata de pasar desde la publicidad de leyes y decisiones judiciales (conocimiento por parte de las personas), a la efectiva comprensión de las normas que nos regulan y de las decisiones que toman los tribunales en los conflictos particulares, interpretando esas normas.

De esta forma, uno de los desafíos importantes aquí tiene que ver con cómo las instituciones de justicia lidian con la habilidad de las personas para identificar cuándo tienen una necesidad jurídica, y cómo esto entra en conflicto con las formas que adopta el mercado de los servicios legales.

Los trabajos que se presentan aquí pretenden aportar en esta discusión. Se trata de diez documentos de investigación que fueron realizados en el marco del concurso "Aportes para la construcción de un acervo regional interamericano sobre el Derecho de acceso a la justicia", organizado por el Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA), y la Agencia Alemana de Cooperación para el Desarrollo (GIZ en el marco de su programa DIRAJus), en el período entre septiembre de 2015 y diciembre de 2016.

En la convocatoria se recibieron setenta y nueve propuestas de dieciocho países diferentes. Hubo una selección continua, y luego el trabajo se desarrolló en etapas. Así, en la primera, se seleccionaron dieciséis equipos de investigación y trabajos para ser desarrollados en profundidad. En una segunda etapa, se desarrolló con ellos un taller de trabajo en Santiago de Chile, y posteriormente se desarrollaron tres intensas jornadas de trabajo en la ciudad de San José de Costa Rica, con diez de los equipos de investigación, de ocho países diferentes, con los trabajos en su versión final.

El propósito de la convocatoria era identificar los contenidos específicos del derecho de acceso a la justicia que puedan ser directamente exigibles por las personas a los Estados, a través del estudio, fundamentalmente, de las decisiones de las altas cortes y su diálogo con la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. La idea era, así, generar un material que fuera útil para guiar las políticas públicas del Estado y favorecer reclamos de organizaciones de la sociedad civil que vienen exigiendo el reconocimiento del acceso a la justicia como un Derecho.

Esperamos contribuir a la discusión sobre el acceso “a” justicia, en un sentido amplio, en la medida que hoy es necesario considerar muy diversas formas en que concebimos la institucionalidad encargada de la resolución de conflictos, sumando todos aquellos otros mecanismos adecuados y alternativos al proceso judicial tradicional, que permitan acercarnos a una justicia efectiva y de calidad para las personas que habitan nuestro continente.

JAIME ARELLANO QUINTANA

Director Ejecutivo

Centro de Estudios de Justicia de las Américas

El derecho de acceso a la justicia: perspectivas y desafíos para la construcción de un acervo interamericano

Juan J. Martínez Layuno¹

Introducción

Este libro reúne diez investigaciones que durante el año 2016 fueron desarrolladas por equipos de investigación provenientes de ocho países de Latinoamérica, en el marco de un concurso que fue convocado por el Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA), y la Agencia Alemana de Cooperación para el Desarrollo (GIZ). El principal objetivo de este proyecto consistió en profundizar los conocimientos relativos al contenido del derecho de acceso a la justicia teniendo como base las decisiones de las altas cortes nacionales, la legislación y las prácticas de los Estados signatarios de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH). Con lo anterior, se busca contribuir a la construcción de un acervo latinoamericano en materia del derecho de acceso a la justicia.

En una primera fase se realizó una convocatoria abierta donde se presentaron setenta y nueve propuestas recibidas de dieciocho países de la región. De ese conjunto, solo dieciséis pasaron a la segunda fase donde se diseñaron y ejecutaron talleres de trabajo orientados a una profundización de las investigaciones seleccionadas. Finalmente, solo diez estudios fueron nominados para participar en la segunda etapa de talleres de trabajo y son los que se reúnen en este ejemplar.

Llegado a este punto, cabe señalar que las investigaciones que se presentan a continuación deben ser vistas como un primer paso en el avance hacia el establecimiento de un acervo que, entendido como un conjunto de normas, objetivos políticos comunes y prácticas de los Estados de la región, delimite el contenido específico del acceso a la justicia como un derecho subjetivo de los individuos. Lo anterior, teniendo en cuenta que, en tanto acervo interamericano, se construye sobre la base de diversas interpretaciones que cada una de las cortes de

¹ Abogado. Investigador del Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA). Este artículo contó con la colaboración de Marco Fandiño, coordinador del área de estudios de CEJA.

la región realizan sobre las normas vinculadas al derecho de acceso a la justicia y, por otro lado, en función del diálogo que aquellas realizan con los estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos al momento de juzgar.

A continuación se sintetizan brevemente las diez investigaciones, se plantean las principales conclusiones del proyecto y se esbozan los desafíos que se plantean para futuros estudios en la materia señalada.

Diez investigaciones sobre el derecho de acceso a la justicia

Normas y políticas públicas de acceso en Brasil

Adriana Silva Maillart y Gerson de Barros Calatroia buscan demostrar los esfuerzos del Estado brasileño por mejorar el acceso a la justicia en un país en el que, dadas sus dimensiones geográficas, resulta complejo encontrar una definición unívoca e inalterable que pueda aplicarse en las distintas regiones.

Tomando como base la perspectiva de las tres olas de acceso a la justicia de Mauro Cappellotti y Bryant Garth, los autores procuran examinar las medidas que han sido tomadas por el Estado para mejorar el acceso a la justicia, y también evaluar aspectos que influyen en la protección del derecho de acceso, como la conflictividad entre la norma interna y la norma internacional, y también aquellas disposiciones constitucionales referidas a la materia.

En una dirección similar, el trabajo de los investigadores Mônica de Melo, João Vitor Cardoso y Konstantin Gerber, en base a la jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal y del Superior Tribunal de Justiça, busca definir y explicar la concepción de acceso a la justicia imperante en Brasil desde una perspectiva comparativa que utiliza los estándares del Sistema Interamericano de protección a los Derechos Humanos. Respecto a lo anterior, los autores concluyen que el diálogo jurisprudencial entre ambos niveles, Sistema Interamericano y brasileño, es deficiente aun cuando, en lo que respecta a las políticas del Estado, sí se evidencien avances. Ejemplo de aquello se ve específicamente en lo relacionado con el rol de la defensoría pública y sus diversas funciones, y en la efectividad de los derechos de las mujeres, lesbianas, gays, transexuales, bisexuales y otros grupos que habitualmente se engloban en la sigla LGTBI.

Los estándares mexicanos y el rol de las altas cortes colombianas

La investigación sobre México, de Tamara Hernández y Mario Cruz, se realiza sobre la base de una comparación entre los estándares nacionales y aquellos del Sistema Interamericano en materia del derecho de acceso a la justicia, calificando en distintos niveles su grado de convergencia. Los autores proponen que los estándares locales no solo estarían formados por jurisprudencia vinculante, sino también por otros instrumentos, como es el caso de las recomendaciones, los protocolos de organismos nacionales autónomos y los programas de política pública. En el contexto local aparentemente habría una retroalimentación bastante fluida entre ambos niveles, pero es necesario resaltar que, aun cuando muchos de estos instrumentos son útiles para guiar la actuación institucional, su naturaleza no vinculante plantea desafíos al momento de su utilización para la construcción de un acervo.

Para el caso de Colombia, el presente ejemplar incluye dos investigaciones. Por un lado, se encuentra aquella desarrollada por Eduardo Osorio, quien mediante un análisis multinivel basado en estudio de casos, examina cómo el contenido del derecho de acceso a la justicia se materializa en experiencias concretas y cuál ha sido el papel de la Corte Constitucional Colombiana en este sentido. De esta suerte, el estudio busca determinar cuáles son los estándares que debieran guiar el desarrollo de las leyes y la acción del gobierno en materia de acceso, en un contexto en el que existen decisiones que han sido paradigmáticas para el contexto regional.

Por otro lado, en la investigación de Juliana Sánchez se analizan una serie de pronunciamientos del Consejo de Defensa del Estado colombiano en casos de especial importancia. Teniendo como enfoque la presencia en la Constitución colombiana de 1991 del Art. 229, que asegura el acceso a la "administración de justicia", el trabajo desarrolla la comparación entre diversas dimensiones del derecho de acceso a la justicia que fueron identificadas para el tratamiento de las investigaciones: la protección a nivel personal y funcional, en lo que se llamó para efectos de la convocatoria las tres etapas del derecho de acceso: pre-procesal, procesal y post-procesal o el acceso a la justicia en la fase de ejecución.

La labor de las cortes y jueces en El Salvador y Chile

En el caso de la investigación de El Salvador, cuyo autor es Oswaldo Feusier, el análisis se focaliza en la labor de la Sala de lo Constitucional en lo relativo al reconocimiento del derecho de acceso a la justicia. Para esto, entre otras cosas se examina en qué medida los indicadores

de labor y el manejo de flujos de trabajo (por ejemplo, ingresos y egresos de causas del sistema judicial), impactan en el derecho de acceso a la justicia. Lo anterior, enmarcado en un contexto en que gran parte de la población señala confiar poco o nada en la efectividad de los tribunales de justicia penal.

La investigación de Chile, efectuada por Claudio Nash, Camila Troncoso y Constanza Núñez, busca orientar su examen al trabajo de las altas cortes. Con este objetivo, exponen la deficiencia normativa cuando se busca resguardar el derecho de acceso a la justicia; en específico, en los casos de grupos vulnerables. Para los autores, la principal problemática radica en la inadecuada labor interpretativa por parte de los jueces que termina por dificultar aún más el acceso a la justicia en el caso de los migrantes, las mujeres víctimas de violencia intrafamiliar, prisioneros e indígenas.

Aplicación de estándares en Ecuador y nuevas perspectivas desde Bolivia y Perú

En el caso de Ecuador, la investigación planteada por Mayra Tirira, Víctor Calderón y Andrea Flores identifica patrones jurisprudenciales a nivel local, distinguiendo el acceso a la justicia como un macro-derecho, compuesto a su vez por una serie de sub-derechos que comprenden las diversas instancias de la justicia (antes, durante y después del proceso). Dentro de sus conclusiones, los autores dan cuenta de una aplicación intuitiva, insuficiente y no sistemática por parte de los jueces, de los estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos en relación con el derecho de acceso a la justicia. A esto se sumaría la desvinculación existente entre la jurisprudencia y las políticas públicas del Estado ecuatoriano, lo que deviene en una desprotección de derechos.

En Bolivia, como destaca el equipo de investigación liderado por Amy Kennemore y Pedro Pachaguayaya, se ha producido una transformación radical en la configuración institucional que ha permitido hablar hoy sobre acceso a la justicia de una forma distinta a cómo se ha entendido tradicionalmente en ese país.

El pluralismo jurídico boliviano, basado en la igualdad jerárquica entre las jurisdicciones ordinarias y aquellas de las Naciones y Pueblos Indígenas Originario Campesinos, ha implicado un cambio en la concepción del derecho de acceso a la justicia. Lo anterior, debido a que dicha igualdad ha ampliado los márgenes de referencia al posibilitar a las personas a recurrir a sus propias autoridades tradicionales, para decidir, valorar y hacer ejecutar las decisiones

de acuerdo a las propias normas comunitarias. Desde este enfoque, el derecho de acceso a la justicia no sería solo la posibilidad de resolver disputas, sino poder hacerlo en otras jurisdicciones distintas de la ordinaria.

En el caso del Perú, la investigación de Amanda Mujica y Saulo Galicia se distancia de los conceptos de acceso a la justicia que han sido utilizados por la doctrina y la jurisprudencia peruanas, para explicar cómo estas diferentes matrices conceptuales han tenido un efecto en la forma en que el derecho de acceso a la justicia opera. En ese sentido, y según el parecer de los autores, son las matrices de carácter más conservadoras las que han permeado la concepción de las cortes y de las políticas públicas del Estado peruano en materias de acceso a la justicia, salvo determinadas excepciones. En ese escenario, se destaca el rol de los mecanismos alternativos de solución de conflictos pues ofrecen distintas posibilidades para pensar y mejorar el acceso desde otra perspectiva, que se alejaría de aquellas medidas tradicionales (como aumentar la institucionalidad de la justicia estatal tradicional) que solo beneficiaría para un acceso preliminar (interponer demandas) a aquellos usuarios habituales.

Conclusiones del proyecto y desafíos para la región

Uno de los aspectos más relevantes que puede extraerse del análisis conjunto de las diez investigaciones es que no parece haber una fisonomía clara del derecho de acceso a la justicia que permita identificar correctamente su ámbito de protección. Lo anterior tiene una serie de consecuencias, entre las que destaca la dificultad en el reconocimiento de un contenido exigible que guíe de manera coherente las prácticas de los Estados en la materia.

Previo a presentar algunos desafíos que se plantean actualmente en lo relativo al debate sobre el derecho de acceso a la justicia, es importante detenerse brevemente en la perspectiva teórica que para efectos operativos se propuso que fuera adoptada para el desarrollo de los estudios.

Es así como en la convocatoria se estableció que las investigaciones debían enfocar su análisis, para aportar a la construir un acervo en la materia, en tres momentos en los que se manifestaría el derecho de acceso a la justicia: previo al contacto con el sistema de justicia, durante el contacto con éste (en el proceso) y, por último, en el momento posterior a un proceso judicial.

El primer momento, que podría denominarse "pre-procesal", se identifica porque el ámbito de protección del derecho de acceso a la justicia asegura a los individuos obtener informa-

ción sobre las vías institucionales para la resolución de conflictos, así como la disponibilidad de mecanismos alternativos al proceso judicial. Un segundo momento propiamente "procesal", se caracteriza porque lo protegido es la facultad de las personas de exigir un pronunciamiento justo en un tiempo prudencial. Por último, un tercer momento de "ejecución" se identifica porque lo protegido es la facultad de las personas de exigir el cumplimiento de las sentencias.

Ahora bien, es necesario señalar que la propuesta inicial de identificar un acervo regional interamericano en materia de derecho de acceso a la justicia, transversal a estos tres momentos, no produjo los resultados esperados. En cuanto al momento pre-procesal, salvo algunas excepciones, los estudios publicados aquí no reportaron el hallazgo de sentencias que permitan afirmar que el derecho de acceso a la justicia en esta etapa se encuentra reconocido. En el otro extremo, en el momento de ejecución, es posible señalar que, salvo determinados casos, no se encuentran pronunciamientos que vinculen el derecho de acceso a la justicia con la posibilidad de hacer cumplir las sentencias. Es casi exclusivamente en el momento procesal donde la jurisprudencia de los países reconoce un derecho de acceso a la justicia, que protege la facultad de interponer demandas y exigir pronunciamientos justos en un plazo razonable.

Como hallazgo en sí mismo, la imposibilidad temporal de dar forma a este acervo, a causa de la falta de reconocimiento del derecho en los distintos momentos y de uniformidad en la interpretación de las normas relativas al mismo, tiene un valor en términos de los retos que plantea para revertir esta situación y, por esa razón, algunos de ellos se señalan a continuación.

En este contexto, el primer desafío parece ser la necesidad de dotar al derecho de acceso a la justicia de un contenido reconocible que sea lo suficientemente flexible como para abarcar distintas situaciones en que las personas se enfrenten a dificultades para resolver sus conflictos en sus distintas etapas. Un ámbito de protección hipotético de un futuro derecho de acceso a la justicia podría tomar como base asegurar una respuesta efectiva por parte del sistema de justicia para resolver los conflictos de relevancia jurídica². Visto así, la concep-

2 INDH, acceso a la Justicia y Reformas Judiciales, p. 59, 2013. Disponible en <http://www.indh.cl/wp-content/uploads/2013/12/2.-Acceso-a-la-Justicia.pdf> [Última visita 11-12-2016]. Esta noción es cualitativamente similar a la propuesta por Hazel Genn respecto a "problemas justiciables". La idea de problemas justiciables considera la propuesta de Hazel Genn, que los define como "un asunto con aspectos legales, que es experimentado por una persona, independientemente de que sea como reconocido por ella como un problema "legal", e independientemente de que haya tomado alguna acción para lidiar con dicho problema usando el sistema de justicia". En la definición textual, Genn hace alusión a los encuestados a propósito del sistema de justicia civil. Traducción libre. Genn, H.: *Paths to Justice: What People Do and Think About Going to Law*, 1999, Hart Publishing, Oxford, England, p. 12.

tualización de un derecho de acceso a la justicia permitiría considerar los grandes avances que se han producido en décadas de estudio, investigación y políticas públicas focalizadas en el acceso a la Justicia y avanzar hacia de la configuración de un "derecho amplio que abarque las soluciones extrajudiciales a los conflictos, la información y orientación jurídica a los ciudadanos y la obligación positiva de los Estados de eliminar las barreras de acceso al sistema judicial"³.

Acuerdos y medidas en esta línea permitirían, eventualmente, unificar el conjunto de criterios y prácticas con las que los Estados de la región abordan la cuestión del acceso a la justicia, en términos del establecimiento de pautas y objetivos políticos comunes.

Un segundo desafío relacionado con el anterior tiene que ver con que las investigaciones ponen en evidencia que en las interpretaciones de las altas cortes nacionales, el derecho de acceso a la justicia parece estar confundido con las garantías del debido proceso. Además, los intentos por dotar de contenido al derecho de acceso a la justicia en el Sistema Interamericano, siempre se han orientado hacia la interpretación y desarrollo de los artículos 8 y 25 de la CADH, en los cuales se fijan los fundamentos del debido proceso o la protección judicial efectiva.

Es importante destacar que a pesar de ser conceptos que se interrelacionan (el debido proceso y el acceso a la justicia), ambos presentan particularidades propias y un ámbito de protección diferenciado. De esta forma, la propia Corte IDH ha establecido que "las garantías [del debido proceso] sirven para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o el ejercicio de un derecho"⁴. Esto quiere decir que dichas garantías suponen un estándar de funcionamiento del sistema que se debe garantizar para proteger a aquella persona que accede al sistema para hacer valer un derecho. Por su parte, el derecho de acceso a la justicia busca proteger el derecho a acceder a la solución de un conflicto (ya sea de forma judicial o extrajudicial).

Aún cuando existan elementos comunes, considerando que la delimitación de un nuevo derecho puede nutrirse de la naturaleza normativa del debido proceso, iniciativas para diferenciar con mayor claridad los dos derechos serían un gran aporte para la discusión sobre el derecho de acceso a la justicia.

No obstante, vale la pena detenerse brevemente en las fortalezas que supone la retroalimentación entre ambos derechos. El criterio de razonabilidad que se aplica para el estándar del debido proceso puede ser de utilidad para generar un derecho de acceso que tome la forma

3 CEJA, Mecanismos alternativos al proceso Judicial para favorecer el acceso a la Justicia en América Latina, p.23, 2016.

4 Corte IDH, OC-8/87, 30 de enero de 1987, párrafo 25.

de un estándar, más que de una regla⁵. Bajo esta perspectiva, al igual que el debido proceso, el derecho de acceso a la justicia no puede “ser considerado como un conjunto de reglas rígidas vinculadas a las formas de los procedimientos, sino un conjunto de requerimientos sustantivos para lograr la razonabilidad buscada por el sistema”⁶. Consiguientemente, su aseguramiento “no se traduce en mandatos binarios en los cuales sea posible hacer juicios absolutos, sino más bien entrega márgenes de discreción importantes a los Estados para que puedan establecer reglas que cumplan con los mínimos”⁷, para luego, en base al caso concreto, ir construyendo normas, luego de ponderar los valores en juego⁸.

Una perspectiva de este tipo puede tener ventajas al momento de ampliar los límites del debate, para pasar de un derecho “a la resolución de conflictos”, a un derecho de acceso a la justicia complejo que otorgue cabida a distintas situaciones, como por ejemplo, cuando se hacen necesarias prestaciones que prevengan el nacimiento de conflictos⁹. Lo anterior puede ser útil para que los Estados signatarios de la CADH desarrollen de manera coordinada mecanismos institucionales adecuados para la prevención de los conflictos, que además permitan hacer efectivas las garantías individuales en fases pre-judiciales, judiciales y post-judiciales¹⁰.

Un tercer desafío, referido a la dicotomía entre normativa interna e internacional, se relaciona con el uso de la herramienta del control de convencionalidad y la aplicación por parte de los Estados de los diferentes tratados ratificados en la resolución de casos concretos. Según se desprende de las investigaciones, es necesaria una mayor profundidad en una aplicación que hasta hoy parece aislada (salvo ciertos casos paradigmáticos) y no una práctica sistemática que demuestre que se considere realmente vinculante el corpus jurídico interamericano. De esta suerte, no se evidencia un diálogo jurisprudencial vigoroso, impidiendo concebir en la actualidad un acervo común.

5 Marín, F., Duce, M., Riego, C., Reforma a los procesos civiles orales: consideraciones desde el debido proceso y calidad de la información. En CEJA, Justicia Civil: Perspectivas para una Reforma en América Latina, 2008, p. 20.

6 Íbidem, p. 20 y ss.

7 Íbidem, p. 21.

8 Íbidem, Cfr. P. 21. Esta idea de estándar contiene el mismo razonamiento aplicado en los casos en los que ha habido pronunciamientos sobre el plazo razonable. Véase Comisión IDH, Informe Caso 10.037 (Caso Firmenich), conclusión N° 7 Disponible en <https://www.cidh.oas.org/annualrep/88.89span/capitulo3.htm> [Última visita 10-12-2016].

9 Esta idea ha sido tomada de la propuesta básica de Cappelletti y Garth, en que las reformas para mejorar el acceso deben incluir instituciones y dispositivos que permitan “procesar e incluso prevenir las disputas en las sociedades modernas”. Traducción libre. Garth, B., Cappelletti, M., Access to Justice: The Newest Wave in the Worldwide Movement to Make Rights Effective, 1978, Maurer School of Law, Indiana University, Paper 1142, p. 223.

10 Esta idea de lo que podría ser un derecho de prevención, sin embargo, supone otras tareas, como dilucidar el nivel de exigibilidad de un derecho así, e incluso su naturaleza jurídica, en la medida que puede tratarse más bien de principios inspiradores de un ordenamiento jurídico, antes que de derechos con contenido propio.

Un cuarto desafío se vincula con la necesidad de emprender de forma coordinada por los Estados signatarios de la CADH una mayor claridad en los conceptos utilizados en la discusión sobre el acceso a la justicia, a modo de unificar las prácticas y los criterios a nivel regional. En ese sentido, se vuelve necesario hacer diferencias entre aquellas formulaciones o conceptos que pretenden distinguir lo que es propiamente el ámbito de protección del derecho, de aquellas medidas para la efectividad que pueden ser adoptadas por los Estados¹¹.

A modo de ejemplificar, el hecho de eliminar las barreras de acceso, son medidas fácticas que pueden ayudar a proteger algunos aspectos del derecho de acceso a la justicia¹², pero esto no significa que este derecho sea solamente la facultad de las personas de que todas las barreras sean eliminadas, y por lo tanto que la obligación del Estado sea exclusivamente eliminarlas.

Además, habitualmente el escenario suele ser complejo, y las condiciones que atan barreras de acceso con condiciones estructurales de desventaja social suelen estar encadenadas de forma tal que eliminar una barrera puede agravar otras¹³. Por ejemplo, como cuando se asegura la representación gratuita para todas las personas, pero la justicia es lenta, burocrática y extremadamente costosa en su relación con el valor de lo disputado¹⁴.

Sin duda el derecho de acceso a la justicia está siendo transgredido en mayor medida para grupos vulnerables, y ante ello el Estado tiene responsabilidad como contracara del monopolio que posee en la resolución de controversias¹⁵, si las medidas que ofrece para ello son insuficientes. Pero esa deficiencia en torno al acceso a la justicia (salvo para los litigantes habituales e instituciones con gran poder adquisitivo)¹⁶ se extiende también para el resto de la población, con engorrosos procesos de larga duración y altos costos económicos.

11 Esta discusión está conectada a las que plantean diferenciar la noción de acceso a la justicia como derecho de la idea de servicio. No es posible extenderse aquí sobre dicho punto, pero valga mencionar que el criterio adoptado en la convocatoria fue precisamente distanciarse de esta segunda visión.

12 Y esto ha sido un tema recurrente en la literatura, por cierto. Véase Comisión IDH, *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*, párrafos 6, 7, 89 y ss., 2007. Disponible en <http://www.cidh.org/countryrep/accesodesc07sp/Accesodescindice.sp.htm> [Última visita 11-12-2016].

13 *Íbidem*, p. 196.

14 *Íbidem*.

15 Marabotto, J., *Un derecho humano esencial: el acceso a la justicia*. Anuario de derecho constitucional latinoamericano, UNAM, p. 291 y ss.

16 Esta es la idea que ya en los años setenta era advertida por Garth y Cappelletti respecto de la barrera de la "Capacidad relativa de las partes" y las ventajas estratégicas de algunos grupos a la hora de acceder a la justicia. Garth, B., Cappelletti, M., *Ob. Cit.*, p. 190.

Un último desafío es la integración de los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos (MASC) y el pluralismo jurídico, para ampliar los marcos de referencia del debate sobre el contenido del derecho de acceso a la justicia.

Los MASC habitualmente han sido dominantes en la discusión sobre las medidas para mejorar el acceso a la justicia y ofrecen una amplia gama de mecanismos que, dotados de la legitimidad estatal adecuada, pueden ampliar las posibilidades de prevenir y solucionar controversias, y entregar respuestas efectivas y adecuadas a cada una de las diferentes clases de disputas.

En relación al pluralismo jurídico como paradigma, en una línea similar de efectividad y adecuación, su inclusión en el debate puede permitir concebir el derecho de acceso a la justicia como algo más que la sola resolución de disputas; a saber, como una compleja configuración de dispositivos que, dispuestos de determinada manera, pueden provocar resultados más convenientes en términos de justicia procedimental.

Estos cinco desafíos y estas diez investigaciones no agotan la larga lista de tareas que habría que emprender en lo relativo al derecho de acceso a la justicia. Es fundamental una mayor claridad conceptual (así como decisiones en esa línea) para que los Estados puedan tomar medidas coherentes, pero también enriquecer el debate con nuevas perspectivas y aplicar herramientas de las que ya se dispone, como el control de convencionalidad al interpretar las normas en la materia.

La aspiración de esta publicación es poder aportar en el debate de lo que puede ser una futura agenda de trabajo en materia del derecho de acceso a la justicia abriendo líneas de discusión a nivel regional. Es necesario continuar hacia la construcción de un acervo interamericano, que permita unificar prácticas y criterios a los Estados latinoamericanos, y que facilite así un acceso a la justicia efectivo e inclusivo.

Investigaciones sobre el derecho de acceso a la justicia

Aportes para la construcción de un acervo regional interamericano

Acesso à justiça no Brasil: panorama e perspectivas diante da jurisprudência interna e da corte internacional de direitos humanos

Adriana Silva Maillart¹ / Gerson de Barros Calatroia²

Resumen

Brasil ha mostrado avances legislativos para crear instrumentos formales para predecir el derecho humano y fundamental de acceso a la justicia, pero aún hay obstáculos para un acceso a justicia práctico, efectivo e eficiente. Por lo tanto, esa investigación tiene como objetivo analizar los cambios legislativos y conceptuales que tratan del derecho de acceso a la justicia en la legislación brasileña, el análisis de la jurisprudencia interna y la jurisprudencia de la Corte IDH de los aspectos de su alcance y eficiencia y también las olas de renovaciones de Cappelletti y Garth para alcanzar el amplio acceso a la justicia. Este proyecto está conducido por un análisis inductivo y por técnicas bibliográficas y jurisprudenciales de investigación.

Introdução

A presente investigação considera estudar os motivos e os porquês que levam o Brasil a, ainda, possuir problemas para efetivar o acesso à justiça material e eficiente à sua população apesar dos avanços legislativos visando assegurar, de maneira formal, o acesso à justiça no país.

Para tanto, se apoia e adota, por base teórica, os ensinamentos de Mauro Cappelletti e Bryant Garth, em seu livro "Acesso à justiça" (1988)³, tendo como premissa a análise das modificações legislativas realizadas no Brasil, bem como da implementação de políticas públicas de acesso

1 Mestre (2002) e Doutora (2007) em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina, com parte da pesquisa na Universidad de València, Espanha. Email: adrissilva@gmail.com

2 Advogado e professor universitário, graduado pela Universidade Metodista do Estado de São Paulo (2008), Mestre em Direito pela Universidad de Salamanca na Espanha (2010) e Mestre em Direito pela Universidade Nove de Julho - Uninove (2014). E-mail: gcalatroia@hotmail.com

3 A teoria de base proposta no texto, apesar de não esgotar todos os pontos de análise de possibilidades de acesso à justiça em nível global, constitui aqui um ponto de partida para indicar os principais movimentos de acesso à justiça no Brasil.

à justiça e das modificações do conceito do Direito de acesso à justiça no direito nacional, da análise da jurisprudência interna e as dificuldades encontradas no Direito interno quanto a aplicação dos tratados internacionais, em particular, o “Pacto de San José da Costa Rica”.

Entrementes, busca compreender quais são os principais obstáculos para que o acesso à justiça ainda não seja efetivo no Brasil, no intuito de analisar se o acesso ao sistema jurídico ou mecanismo institucional competente atende as demandas da sociedade, informando a sociedade sobre seus direitos, assegurando o seu efetivo acesso, mas também sobre a possibilidade de utilização de mecanismos alternativos de solução de conflitos; se a prestação jurisdicional poder ser considerada justa, de qualidade e proferida em tempo razoável.

Este estudo adota o método indutivo de abordagem e técnicas bibliográficas e jurisprudências de pesquisa.

Capítulo 1 – O cenário do acesso à justiça no Brasil

1.1. O atual estágio legislativo do acesso à justiça no Brasil

Tendo por base os ensinamentos de Mauro Cappelletti e Bryant Garth, que tratam no seu livro “Acesso à Justiça”⁴, sobre as ondas renovatórias de acesso à justiça, poderia se afirmar que o Brasil tem empregue forças, ao menos do ponto de vista formal, para que o acesso à justiça, compreendido não só como acesso ao judiciário, mas há outros valores e direitos do ser humano, seja realizado.

O Brasil, do aspecto da primeira onda de Cappelletti e Garth, instituiu formas de assegurar a assistência judiciária gratuita tendo como norma que instrui a iniciativa a Lei n.1060 já do ano de 1950, que garante aqueles que buscam a justiça uma série de direitos, como isenções de taxas, emolumentos, honorários advocatícios e auxílio de um advogado pago pelo Estado. Necessário apontar, inclusive, que a assistência judiciária foi prevista constitucionalmente nas Cartas Magnas de 1934, 1946, 1967, 1969 e está plenamente garantida na Constituição Federal de 1988, por meio do artigo 5º, LXXIV⁵.

4 Cappelletti, Mauro; Garth, Bryant (1988), acesso à justiça, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, pp. 4.

5 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: [...] LXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos. Constituição Federal da República Federativa do Brasil/1988.

Para que isso seja possível, a Constituição Federal de 1988 incumbiu a Defensoria Pública de praticar tais atos, constituindo-se em instituição fundamental dentro da estrutura jurisdicional do Estado. Ressalta-se que a assistência gratuita, todavia, ainda é desempenhado por advogados inscritos em editais promovidos pela Ordem dos Advogados de alguns Estados, escritórios de prática jurídica de algumas universidades e membros do Ministério Público em cidades pequenas com pouco acesso ao Judiciário.

Outra iniciativa importante a ser destacada refere-se à implantação dos Juizados Especiais Cíveis, estruturas que foram incorporadas no ordenamento jurídico brasileiro, a partir da Constituição de 1967, e que evoluíram até 1995 com a edição da Lei n. 9099. As ações propostas nesta seara seguem um procedimento mais simplificado objetivando dar cumprimento ao art. 2º da Lei n. 9099, que visa afastar-se dos procedimentos mais morosos adotados nos procedimentos da justiça comum, no qual os incidentes são verdadeiros obstáculos à prestação jurisdicional, buscando com isso dar maior liberdade à prática dos atos processuais⁶. Na esteira dos Juizados Especiais Cíveis encontra-se outra iniciativa que pretendeu levar a justiça para mais perto da população: Os Juizados Itinerantes possuem uma estrutura móvel, com funcionários da justiça que realizam o atendimento, esclarecem dúvidas e encaminham as questões para decisão de um juiz, que faz parte da equipe itinerante. As questões atendidas nestes espaços estão relacionadas aos mesmos assuntos que são atendidos pelo Juizado Especial Cível, ou seja, questões de menor complexidade, decididas por um rito judicial mais célere. Instituídos pela Lei n. 9.099/95 e Lei n. 10.259/01, trata-se de iniciativa importante além do fato de que sua previsão demonstra a consciência do Estado de que não consegue instalar varas judiciais para atendimento de toda a população de determinado local.

Do aspecto da segunda onda, a Constituição Federal de 1988 instituiu outro importante mecanismo que contribuiu para o aumento de acesso à justiça no Brasil, principalmente para a defesa dos interesses difusos e coletivos, a Ação Civil Pública, patrocinada pelo Ministério Público, apesar de sua competência "não exclusiva", pois sua legitimidade é concorrente conforme a Lei 7.347/85, art. 5º. Trata-se de importante instrumento para garantir a proteção de direitos relacionados ao Direito Ambiental, Direito do Consumidor, Direito do Idoso, entre outros.

6 Vicente, F. B. (2007), Lei dos Juizados Especiais Cíveis: Anotada e sua interpretação jurisprudencial, Belo Horizonte: Del Rey. Pp.7.

Igualmente importantes, as Autarquias de Defesa do Consumidor – PROCON, desempenham papel admirável para ampliação do acesso à justiça no Brasil⁷. Cumpre ressaltar que a defesa do consumidor ganhou status de Direito Fundamental expresso no art. 5º, XXXII da Constituição Federal da República Federativa do Brasil, que impôs ao Estado a obrigação de promoção de uma política de proteção ao consumidor, por meio da edição do Código de Defesa do Consumidor em 1990. Possui, entre outras atribuições: 1) a orientação realizada no balcão, telefone, correio ou imprensa em geral, com adoção de campanha e material de orientação, buscando alertar sobre direitos e deveres do consumidor e fornecedores, sendo considerado o trabalho mais relevante do órgão; 2) realizar a conciliação, quando se constata que houve lesão a direito do consumidor, procedendo a Reclamação formal das queixas e reclamações trazidas pelos consumidores, realizando a intermediação entre o consumidor e fornecedor, convidando-o a comparecer para fornecer maiores informações sobre a queixa apresentada, entre outras funções.

Do aspecto da terceira onda sobre a ampliação do acesso à justiça, o Brasil criou, principalmente com as medidas determinadas pela Reforma do Judiciário, meios complementares de resolução de controvérsias, prevendo no Sistema Jurídico brasileiro, os institutos da mediação, conciliação e arbitragem. A Lei de Arbitragem foi sancionada em 1996 e sofreu modificações em 2015, incluindo a possibilidade de sua utilização pela administração pública. A conciliação já prevista no Código de Processo Civil de 1973 e também pela Lei de Juizados Especiais (Lei n. 9.099/95) ganha nova roupagem com a Resolução n. 125 do Conselho Nacional de justiça (CNJ), órgão responsável por fiscalizar o Judiciário e criado pela Emenda Constitucional n. 45, de 2004, conhecida como Reforma do Judiciário. A citada Resolução também previu a mediação considerada, ao lado da conciliação, como forma de tratamento adequado de conflito. Estes institutos também foram previstos no Novo Código de Processo Civil, Lei n. 13.125, promulgada em 16 de março de 2015, que entrou em vigor em 18 de março de 2016. Em junho de 2015, também houve a aprovação da Lei n. 13.140, Lei sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública. A aprovação de todas estas medidas demonstra uma preocupação do Brasil ampliar o acesso à justiça para além do acesso único ao Poder Judiciário.

7 Calatroia, Gerson de Barros (2015), A falta de executividade dos acordos intermediados pelos Procons como obstáculo ao acesso à justiça e o projeto de lei 5.196/2013. Revista Jurídica Luso Brasileira. No. II. Pp. 747 a 772.

Assim, a Constituição Federal brasileira de 1988 trouxe muitas iniciativas para a ampliação do acesso à justiça, dos quais poderiam se destacar os dispositivos encontrados no 5º, incisos XXXIV, XXXV, XXXVI, LIV e LV⁸, e estão intimamente ligados aos conceitos de direito de petição, garantia da inafastabilidade da tutela jurisdicional, do respeito ao devido processo legal, do respeito ao contraditório e da ampla defesa. Há que se citar, inclusive, aqueles princípios da Administração Pública, do artigo 37⁹ que garantem uma atuação sem vícios do ente estatal e os da garantia no tratamento isonômico e na obrigação de fundamentação das decisões proferidas por qualquer órgão público.

Necessário ressaltar que a Constituição Federal brasileira, apresenta uma série de direitos que estão garantidos a todos, além daqueles já relacionados e, pode-se dizer que a violação destes direitos também afeta o entendimento de uma "ordem jurídica justa". As disposições constitucionais que garantem direitos como à saúde, à educação, a moradia, ao respeito pela dignidade humana, entre outros, são parte de um bloco de direitos que se não cumpridos, não será possível afirmar que o Brasil possui uma ordem jurídica justa, como se verá a seguir.

Desta forma, o ordenamento jurídico brasileiro, utiliza uma garantia processual constitucional chamada de "mandado de segurança", nos termos, do artigo 5º, LXX, da Constituição Federal.¹⁰ Trata-se de instrumento processual que pode ser utilizado contra autoridade pública de qualquer nível ou esfera ou ainda nos casos do particular que está atuando em alguma atividade pública, e busca corrigir ato ou omissão que esteja em desacordo com a lei ou ainda quando se verifica o abuso de poder.

8 Artigo 5º. Incisos: XXXIV - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas: a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder; b) a obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal; XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito; XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada; LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes; Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988.

9 Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade [...]. Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988.

10 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: LXIX - conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público; - Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988.

O mandado de segurança é amplamente empregado pois é possível utilizá-lo praticamente em todos os casos em que pode haver alguma afronta ao exercício de algum direito, e se constitui, acima de tudo, como um instrumento que busca a efetividade de direitos fundamentais como aqueles relacionados a saúde, educação, moradia, dignidade da pessoa humana, etc., como já dito.

Apesar dos avanços legislativos, constatou-se que o Poder Judiciário não respondia a todas as demandas e que havia a necessidade de que ele passasse por uma reforma, buscando uma maior eficiência, oferecendo uma resposta diante da morosidade no trâmite dos processos no Poder Judiciário, mas também uma prestação jurisdicional econômica e de qualidade. Para tanto, foi editada a Emenda Constitucional n. 45, em 2004, conhecida como Reforma do Judiciário, como já dito e que tentou e tenta imprimir uma "rapidez" aos processos e procedimentos, já que pelo menos 8 dos seus dispositivos denotam essa preocupação.

As maiores mudanças encontram-se no inciso LXXVII do art. 5º, assegurando a todos, "razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação" e inciso XIII do art. 93 da emenda, prevendo que "o número de juízes na unidade jurisdicional será proporcional à efetiva demanda judicial e à respectiva população". As demais alterações referem-se a questões pontuais como as dos incisos II, "c" e "e" e também o inciso VIII-A, do art. 93, que estipula que a promoção, remoção e permuta do juiz estarão condicionadas a produtividade e agilidade na prestação jurisdicional. Os incisos XII e XV do artigo 93, extinguiu o recesso forense.

Outra iniciativa da Emenda Constitucional n. 45, refere-se à implantação do CNJ que foi criado para desempenhar a tarefa de controlar o Judiciário de forma externa. Sua missão principal é a de que a prestação jurisdicional possa ser prestada com moralidade, eficiência e efetividade para o bem de toda a sociedade. Seu campo de atuação é vasto e dentre suas atribuições é possível apontar: garantir a autonomia do Poder Judiciário e o cumprimento do Estatuto da Magistratura; competência para elaborar e definir o planejamento estratégico, os planos de metas e os programas de avaliação institucional do Poder Judiciário; atua no recebimento de reclamações, petições eletrônicas e representações contra membros ou órgãos do Judiciário; julgar processos disciplinares sempre assegurando ampla defesa; estudar, desenvolver e implantar melhores práticas na busca pela celeridade. E como medidas positivas em prol da ampliação do acesso à justiça, instituiu a Resolução n. 125, criando metas para o Poder Judiciário e criando o Relatório de justiça em números, que traz um diagnóstico do Poder Judiciário no Brasil.

A Resolução n. 125/10 tem como proposição geral a criação de "Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania", que são responsáveis "pela realização das sessões e audiências de conciliação e mediação que estejam a cargo de conciliadores e mediadores, bem como pelo atendimento e orientação ao cidadão". Trata-se de importante documento que apresenta uma série de inovações dando especial destaque para os Meios Extrajudiciais de Solução de Conflitos – MARCs, além de se apresentar como um instrumento para a mudança de paradigmas na esfera judicial.

Os meios alternativos de resolução de conflitos apresentam-se com as características necessárias para suprir as deficiências que o modelo judicial apresenta. No Brasil, os mais utilizados são a conciliação, mediação e arbitragem, como ressaltado anteriormente. É, pois, papel do Poder Judiciário criar uma política pública de resolução extrajudicial de conflitos e a resolução CNJ 125/10, busca suprir essa necessidade.

1.2 Programas e ações de acesso à justiça no Brasil

Além da previsão legislativa relativa à previsão do acesso à justiça, programas e ações sociais são previstas com intuito de promover o acesso à justiça, sobretudo, aos hipossuficientes e vulneráveis, tais como:

Atlas de acesso à justiça e Mapa da justiça: iniciativas online que reúnem vários programas. O "Atlas" reúne informações em vídeos e textos que ajudam a conhecer mais e melhor a justiça, no qual é possível consultar o endereço dos órgãos de justiça mais próximos da pessoa que precisa "acessar à justiça". Já o "Mapa" possibilita uma busca avançada selecionando o Tipo do órgão (Tribunal de justiça, Delegacia da Mulher, Procon, entre outros) ou o Tema abordado (Atendimento à Mulher, Criança e Adolescente, etc.)¹¹.

Mapa do consumidor e consumidor.gov: o "Mapa" é um sistema online que permite encontrar "uma porta de defesa" mais próxima do consumidor¹². Já o consumidor.gov¹³ é um serviço público para solução alternativa de conflitos de consumo via internet, que permite que o consumidor e as empresas participantes tentem uma resolução de controvérsias extrajudicial.

11 Disponível em: http://www.acessoajustica.gov.br/pub/centraisdeconteudo/indicadores_predefinidos.faces. acesso em: 10 mai.2016.

12 Disponível em <http://www.acessoajustica.gov.br/pub/sobre/mapaconsumidor/consultarmapaconsumidor.faces>. acesso em 10 mai.2016.

13 Disponível em: <https://www.consumidor.gov.br/pages/principal/?1457973840031>. acesso em 10 mai.2016.

Projeto justiça comunitária: iniciou-se como um projeto-piloto implantado pelo Tribunal de justiça do Distrito Federal e Territórios em 2004. Após vencer o 2º Prêmio Innovare¹⁴, em 2005, foi elevada pelo Ministério da justiça ao status de política pública com investimentos permanentes, no âmbito do Programa Nacional de Segurança Pública com Cidadania - Pro-nasci, e coordenada pela Secretaria de Reforma do Judiciário - SRJ. “É programa de política pública que busca ampliar o acesso à Justiça, em áreas de vulnerabilidade social, por meio da implantação de núcleos nos quais é oferecida instrução sobre direitos e é realizada mediação de disputas”¹⁵. “Realiza, ainda, triagem de demandas para encaminhamento à rede de serviço público e órgãos da justiça”¹⁶.

Justiça itinerante¹⁷: são unidades móveis para levar a prestação jurisdicional, de forma gratuita e desburocratizada, do Estado aos lugares mais distantes e carentes do país, visando aproximar a população do Poder Judiciário. Considerada uma democratização do acesso à justiça no Brasil:

A competência do Juizado Itinerante é a mesma daquela destinada ao Juizado Especial Cível, nas causas que não se exige advogado, ou seja, causas cujo valor não exceda 20 salários mínimos, tais como: direito do consumidor, planos de saúde, cobranças em geral, execução de títulos, entre outras. As equipes da justiça Itinerante emitem documentos como carteira de identidade, certidões, carteira de trabalho e outros documentos públicos de identificação. Sua principal meta é a composição amigável entre as partes, possibilitando uma rápida solução do litígio¹⁸.

14 “O objetivo do Prêmio Innovare é identificar, premiar e disseminar práticas inovadoras realizadas por magistrados, membros do Ministério Público estadual e federal, defensores públicos e advogados públicos e privados de todo Brasil, que estejam aumentando a qualidade da prestação jurisdicional e contribuindo com a modernização da justiça Brasileira.” Disponível em <http://www.premioinnovare.com.br/sobre> acesso em: 15.mar. 2016.

15 Disponível em: <http://www.justica.gov.br/sua-protecao/reforma-do-judiciario/justica-comunitaria>. acesso em: 10.mai.2016.

16 Disponível em: <http://www.justica.gov.br/sua-protecao/reforma-do-judiciario/justica-comunitaria>. acesso em: 10.mai.2016.

17 Disponível em: http://www.gabinetejuridico.com.br/justicaitinerante_ano3_n4.pdf. acesso em: 10.mai.2016. Em São Paulo, “o Juizado Itinerante do Tribunal de justiça do Estado de São Paulo é composto por dois trailers, que visitam bairros da cidade com endereços pré-estabelecidos facilitando o acesso da população à justiça. Um dos veículos é utilizado para fazer o atendimento e o outro retorna ao local cerca de um mês depois para realizar as audiências agendadas”. [Http://www.tjsp.jus.br/egov/juizadosespeciais/itinerante/default.aspx?F=2](http://www.tjsp.jus.br/egov/juizadosespeciais/itinerante/default.aspx?F=2).

18 Em São Paulo, “o Juizado Itinerante do Tribunal de justiça do Estado de São Paulo é composto por dois trailers, que visitam bairros da cidade com endereços pré-estabelecidos facilitando o acesso da população à justiça. Um dos veículos é utilizado para fazer o atendimento e o outro retorna ao local cerca de um mês depois para realizar as audiências agendadas”.

Importante destacar ainda que, em 2004, a justiça Itinerante passou a ter caráter obrigatório com a Emenda Constitucional n. 45, que determinou que todos os tribunais do país – estaduais (Art. 125, § 7º), federais (art. 107, § 2º) e trabalhistas (art. 115, § 1º) – deveriam criar projetos de itinerância¹⁹.

Justiça população ribeirinha: pode ser considerada uma vertente do projeto justiça itinerante, pois este atendimento é viabilizado por meio de barcos que dão suporte a ações de promoção de saúde, educacionais, ambientais e de justiça, garantido os direitos da população ribeirinha²⁰.

Mulheres: para a proteção do Direito das mulheres, o Brasil possui os seguintes programas: Centro Especializado de Atendimento à Mulher (CEAM)²¹; Delegacias especializadas de Atendimento à Mulher (DEAM); Centros de Referência de Atendimento à Mulher (CRAM); Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher e Serviços de Saúde Especializados para o Atendimento dos Casos de Violência Contra a Mulher.

Indígenas: a atuação com relação à população indígena, no âmbito do acesso à justiça, diz respeito ao projeto “Cidadania, Direitos de Todos”, desenvolvido pela Comissão de acesso à justiça e Cidadania do CNJ que permite aos beneficiados acesso a direitos básicos. O objetivo deste projeto é a expedição de documentos e não de acesso ao Judiciário e/ou outros meios. O Brasil também possui uma Fundação Nacional do Índio – FUNAI – que é o órgão indigenista oficial do Estado brasileiro. Criada por meio da Lei nº 5.371, de 5 de dezembro de 1967, vinculada ao Ministério da justiça. A Funai é a coordenadora e principal executora da política indigenista do Governo Federal, cuja missão é proteger e promover os direitos dos povos indígenas no Brasil.

Hipossuficientes econômicos e vulneráveis: O Brasil possui também um projeto intitulado “Casa de Direitos”, um espaço físico onde são implementadas ações que visam à defesa e a promoção dos Direitos Humanos, que possibilitaram o acesso da população de baixa renda a serviços essenciais como por exemplo, assistência jurídica e documentação civil básica.

19 DEMOCRATIZAÇÃO DO acesso À justiça E EFETIVAÇÃO DE DIREITOS justiça ITINERANTE NO BRASIL. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/pdfs/relatoriopesquisa/150928_relatorio_democratizacao_do_acesso.pdf. acesso em: 14. Mai. 2016.

20 Exemplo deste programa é a “agência-barco” na região de Marajó, no Pará. Disponível em: <http://www.tjpa.jus.br/portalexterno/imprensa/noticias/Homenagens/765-Agencia-barco-levara-servicos-aos-ribeirinhos.xhtml>. acesso em: 10.mai.2016.

21 Centro Especializado de Atendimento à Mulher (CEAM) – “são espaços de orientação e de apoio jurídico, psicológico e social a todas as mulheres, principalmente às que se encontram em situação de violência. Eles estão previstos no Pacto Nacional de Violência contra a Mulher”. Disponível em: <http://www.acessoajustica.gov.br/pub/sobre/dicionario/exibirdicionario.faces>. acesso em 10.mai.2016.

Atuam como mecanismos de defesa, promoção e acesso à justiça e estimulam o debate sobre cidadania influenciando positivamente na conquista dos direitos individuais e coletivos²². O Ministério de justiça possui uma Cartilha sobre a Casa de Direitos para melhor divulgar este projeto²³.

Entretanto, apesar de todos estes avanços legislativos e de medidas por meios de ações e programas demonstrarem um progresso na compreensão do acesso à justiça, outros problemas cerceiam o instituto. Há ainda a necessidade da remoção de obstáculos econômicos, sociais, políticos, culturais e burocráticos e a barreira das desigualdades e disparidades sociais entre os Estados para tornar o acesso à justiça eficiente no Brasil. Aqui abordar-se-ão dois problemas imediatos na compreensão da abrangência do acesso à justiça: 1) um de **âmbito internacional**: relativo ao status hierárquico dos tratados internacionais ratificados pelo Brasil; e 2) outro de **âmbito interno**, pois devido à dimensão continental deste país e a grande disparidade das realidades sociais que enfrentam a sociedade nos mais diversos Estados e regiões do país, verifica-se que tratar do significativo acesso à justiça no sul e sudeste, é distinto de tratar do mesmo significativo no norte e nordeste.

Para tanto, os **aspectos internacionais** serão analisados no Capítulo 2 deste estudo e os **aspectos internos** no seu Capítulo 3.

Capítulo 2. Aspectos internacionais relevantes para a compreensão do acesso à justiça no Brasil e os Sistema Interamericano de Direitos Humanos

2.1 Abrangência do conceito de acesso à justiça no Brasil

Quando se fala em acesso à justiça, o objetivo direto é de tornar efetivo um dos principais e fundamentais direitos do cidadão: o de garantir seus direitos e não apenas garantir a sua propositura. Complementam Cappelletti e Garth que, “o acesso à justiça pode [...] ser encarado como requisito fundamental, o mais básico dos direitos humanos de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos”²⁴. O acesso à justiça é, portanto, algo mais complexo, representando mais do que o ingresso

22 Secretaria de Direitos Humanos. Disponível em: <http://www.sdh.gov.br/assuntos/direito-para-todos/programas/centros-de-referencia-em-direitos-humanos>. acesso em: 10.mai.2016.

23 Disponível em: http://www.justica.gov.br/sua-protecao/reforma-do-judiciario/cartilha_casa_direitos_26092014.pdf/view. acesso em 10.mai.2016.

24 Cappelletti, Mauro; Garth, Bryant (1988). Pp.12.

no processo e seus meios, indo além dos limites do acesso aos órgãos judiciais existentes²⁵. Deve-se ir além do acesso garantido a todos pela Constituição Federal, deve-se alcançar o asseguramento dos direitos e garantias sociais fundamentais, mas não só isso. Deve-se também garantir o acesso a uma "ordem jurídica justa", na expressão de Kazuo Watanabe²⁶.

O Direito de acesso à justiça na Constituição Federal Brasileira é assegurada no seu art. 5º, XXXV, ao dispor que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito". Até pouco tempo atrás este princípio era conhecido de princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário, subentendendo que àqueles que tinham seus direitos lesados deveriam exclusivamente se socorrer do Poder Judiciário.

Entretanto, como bem expõe José Maria Rossani Garcez, a inserção deste dispositivo na Constituição "remonta aos tempos do Estado Novo, em que o regime ditatorial fazia com que os inquéritos parlamentares e policiais fossem levados a efeito sem que os envolvidos tivessem assegurado direito e garantias mínimas, sendo vedado ao Judiciário o *reexame* da questão". Acrescenta o autor que, "neste contexto, no regime de 1937, justificou-se o preceito inserido na CF de 1946 em razão da legislação existente, excludentes de apreciação judicial inquéritos parlamentares e policiais, prevendo não poder a *lei* excluir à apreciação do Poder Judiciário a lesão ou ameaça de direito, sendo ele mantido nas Cartas de 1967 e 1988, quase com a mesma redação"²⁷.

Além do mais a **jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**, no incidente de inconstitucionalidade da Lei n. 9.307/96 (**Caso MBV x Resil, SE-5.206**)²⁸, determinou que a manifestação de vontade da parte na cláusula compromissória, quando da celebração do contrato, e a permissão legal dada ao juiz para que substitua a vontade da parte recalcitrante em firmar compromisso não ofendem o art. 5, XXXV da CF, ampliando a ideia de acesso à justiça.

A Ministra Ellen Gracie, em seu voto, determinou ainda que,

25 Rodrigues, Horácio Wanderlei (1994), acesso à justiça no direito processual brasileiro, São Paulo: Acadêmica. Pp. 29.

26 Watanabe, Kazuo (2007), Mentalidade e os Meios Alternativos de Solução de Conflitos no Brasil. Mediação e gerenciamento do processo, São Paulo, Atlas.

27 Garcez, José Maria Rossani (2001). Constitucionalidade da Lei 9.307/96. Rio de Janeiro: UERJ, 2001. Pp. 9

28 "O incidente surgiu do pedido de homologação de uma sentença estrangeira proferida na Espanha, em que a empresa brasileira Resil foi condenada a pagar determinada quantia a uma empresa suíça MBV. Ressalta-se que a empresa brasileira não negava a legitimidade da homologação e fazia questão de quitar sua dívida, a fim de preservar seu nome no mercado internacional". Silva (Maillart), Adriana S. (2005), acesso à justiça e Arbitragem: Um caminho para a crise do Judiciário, São Paulo, Manole, pp. 159.

[...] a garantia de acesso ao judiciário é daqueles direitos fundamentais nos quais se reconhece maior peso ao que Canotilho [...] denomina de função de direito de defesa dos cidadãos. Ou seja, no plano jurídico-objetivo, representa a impossibilidade, para o Estado-legislador, de excluir da apreciação judicial determinadas matérias e, no plano jurídico-subjetivo, “o poder de exercer positivamente o direito de ação”.

A mesma garantia, em sua função de prestação social, corresponde à obrigação estatal de instituir e manter mecanismos judiciais equipados e suficientes ao atendimento dos litígios judicializáveis.

E, por último, em sua função de não discriminação, obriga o Estado a prestar jurisdição a todos, assegurar a gratuidade a quem não possa enfrentar às custas do processo, garantindo o concurso de defensor dativo ao criminoso pobre e, mesmo os serviços de consultoria e advocacia gratuita no cível, como forma de equalizar os cidadãos em suas condições de efetivo acesso à justiça.

Como se vê, o cidadão **pode** invocar o judiciário, para a solução de conflitos, mas **não está proibido** de valer-se de outros mecanismos de composição de litígios. Já o Estado, este sim, **não pode** afastar do controle jurisdicional as divergências que a ele queiram submeter os cidadãos”. (BRASIL. STF. SE-Agr 5.206) Grifado no original.

Enfim, em 12 de dezembro de 2001, chegou-se à tão esperada decisão do Supremo com relação à inconstitucionalidade da Lei de Arbitragem, considerando-a constitucional, mas também sedimentou a jurisprudência sobre a interpretação extensiva do art. 5º, XXXV, hoje nomeada de princípio de acesso à justiça, não excluindo outros mecanismos de resolução de controvérsias da ideia de acesso à justiça.

2.2 Compreensão do status da Convenção Americana no sistema jurídico brasileiro

A Convenção Americana de Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, foi ratificada pelo Brasil em 1992 e promulgada pelo Decreto n. 678, de 6 de novembro daquele ano. Entretanto, vale ressaltar que, apenas em 3 de dezembro de 1998, por meio do Decreto Legislativo 89, o Congresso Nacional aprovou a solicitação de reconhecimento da competência obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Tanto que os Casos levados à conhecimento da Corte anteriormente não haviam a jurisdição reconhecida pelo Brasil. Fato este, inclusive, lembrado pela defesa brasileira no **Caso Gomes Lund e outros**, em que “em sua declaração, indicou que o Tribunal só teria competência

para os 'fatos anteriores' a esse reconhecimento"²⁹. Entretanto, seguindo sua jurisprudência já sedimentada, a Corte se julgou competente neste Caso para analisar os desaparecimentos forçados, mencionando que casos de desaparecimento de pessoas não estão sujeitos à prescrição. Entretanto, "a Corte entendeu que realmente não poderia exercer sua competência quando os fatos alegados ou a conduta do Estado, sejam anteriores a esse reconhecimento da competência"³⁰ Sendo assim, "ficou excluída a competência da Corte para julgar a execução extrajudicial da senhora Maria Lúcia Petit da Silva, cujos restos mortais foram identificados em 1996, bem como qualquer outro fato anterior a esse reconhecimento"³¹.

Outro ponto importante que necessita ser ressaltado diz respeito aos *status* da Convenção Americana dentro do sistema hierárquico de normas do Direito Brasileiro. O Brasil se filia a **Doutrina Monista Nacionalista** para a recepção de tratados internacionais, ou seja, sustenta o primado do direito nacional, sob cuja ótica a adoção dos preceitos do direito internacional reponta como uma faculdade discricionária.

Esta afiliação doutrinal gerou vários incidentes relativos ao não cumprimento do art. 7, §7 da Convenção Americana de Direitos Humanos, tendo em vista a Constituição Federal do Brasil permitir, além da prisão civil por dívida da alimentícia, a prisão civil do depositário infiel.

Vale relembrar, outrossim, que, a Convenção Americana foi ratificada em 1992, quando ainda suscitava-se a dúvida sobre o status dos tratados internacionais de Direitos Humanos no sistema jurídico brasileiro, não se estabelecendo se possuía status infraconstitucional ou equiparado à Constituição. Sendo assim, visando solucionar as dúvidas sobre a incompatibilidade das normas internas e internacional, duas medidas (uma de ordem jurisprudencial e outra de ordem legislativa) foram adotadas para solucionar os conflitos entre a norma interna e a internacional:

Status Supralegal da Convenção Americana de Direitos Humanos. A concepção de conceder à Convenção Americana de Direitos Humanos o status supralegal, surgiu no julgado do STF (RE466.343-SP), no voto proferido pelo Ministro Gilmar Mendes, na sessão de julgamento do Plenário, em 22 de novembro de 2006, em que profere que:

29 Maillart, Adriana Silva; Sanches, Samyra Dal Farra Naspolini (2012). A decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso Gomes Lund e outros – Guerrilha do Araguaia. Revista de Direito Brasileira, ano 2, v. 3, jul.-dez., pp. 463-472.

30 Op. Cit.

31 Op. Cit.

Se não existem maiores controvérsias sobre a legitimidade constitucional da prisão civil do devedor de alimentos, assim não ocorre em relação à prisão do depositário infiel. As legislações mais avançadas em matérias de direitos humanos proíbem expressamente qualquer tipo de prisão civil decorrente do descumprimento de obrigações contratuais, excepcionando apenas o caso do alimentante inadimplente. **O art. 7º (n.º 7) da Convenção Americana sobre Direitos Humanos 'Pacto de San José da Costa Rica**, de 1969, dispõe desta forma: 'Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar.' Com a adesão do Brasil a essa convenção, assim como ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, sem qualquer reserva, ambos no ano de 1992, iniciou-se um amplo debate sobre a possibilidade de revogação, por tais diplomas internacionais, da parte final do inciso LXVII do art. 5º da Constituição brasileira de 1988, especificamente, da expressão 'depositário infiel', e, por consequência, de toda a legislação infraconstitucional que nele possui fundamento direto ou indireto. (...) Portanto, diante do inequívoco caráter especial dos tratados internacionais que cuidam da proteção dos direitos humanos, não é difícil entender que a sua internalização no ordenamento jurídico, por meio do procedimento de ratificação previsto na Constituição, tem o condão de paralisar a eficácia jurídica de toda e qualquer disciplina normativa infraconstitucional com ela conflitante. Nesse sentido, é possível concluir que, diante da supremacia da Constituição sobre os atos normativos internacionais, a previsão constitucional da prisão civil do depositário infiel (...) deixou de ter aplicabilidade diante do efeito paralisante desses tratados em relação à legislação infraconstitucional que disciplina a matéria (...). Tendo em vista o **caráter supralegal** desses diplomas normativos internacionais, a legislação infraconstitucional posterior que com eles seja conflitante também tem sua eficácia paralisada. (...) Enfim, desde a adesão do Brasil, no ano de 1992, ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e à **Convenção Americana sobre Direitos Humanos 'Pacto de San José da Costa Rica' (art. 7º, 7)**, **não há base legal para aplicação da parte final do art.5º, inciso LXVII, da Constituição, ou seja, para a prisão civil do depositário infiel.** Grifou-se.

Tal decisão, inclusive, motivou a redação da Súmula Vinculante 25 do STF que determina que: “é ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade de depósito” e da Súmula 419 do STJ: “Descabe a prisão civil do depositário judicial infiel”. Súmula esta fundamentada também pelos seguintes acórdãos do STJ: AgRg no Ag 1.135.369-SP (4ª T, 18.08.2009 – DJe 28.09.2009) HC 96.180-SP (5ª T, 18.12.2008 – DJe 9.02.2009) HC 113.956-SP (4ª T, 02.10.2008 – DJe 13.10.2008) HC 115.892-RS (4ª T, 19.02.2009 – DJe 9.03.2009) HC 126.457-SP (3ª T, 16.04.2009 – DJe 5.05.2009) HC 130.443-PI (2ª T, 4.06.2009 – DJe

23.06.2009) HC 139.812-RS (4ª T, 08.09.2009 – DJe 14.09.2009) REsp 914.253-SP (CE, 02.12.2009 – DJe 4.02.2010) RHC 25.071-RS (3ª T, 18.08.2009 – DJe 14.10.2009) RHC 25.786-MT (3ª T, 19.05.2009 – DJe 4.06.2009) RHC 26.120-SP (2ª T, 1º.10.2009 – DJe 15.10.2009).

Esta decisão também motivou a revogação da então Súmula 619 do STF que determinava: “A prisão do depositário judicial pode ser decretada no próprio processo em que se constituiu o encargo, independentemente da propositura de ação de depósito”.

A natureza supralegal, mas infraconstitucional do Pacto, foi repisada em vários julgados como se pode evidenciar nos julgados dos acórdãos RE 252665 SP e AI 442874 SP. Inclusive, o Recurso extraordinário com agravo (**ARE 766944 MT**), que buscava reconhecer a violação dos art. 5º, II, XXXV, XXXVII e LIII, da Constituição; e art. 8º, item 1 do Pacto, teve seguimento negado, sob o fundamento de que, “a questão atinente a contrariedade do artigo 8º, item 1, do Pacto de San José da Costa Rica é matéria que foi recepcionada como norma supralegal e não constitucional, ao passo que não deve ser discutida em recurso extraordinário”.

2) Status de Emenda Constitucional – Reconhecendo a importância dos Direitos Humanos como instrumento efetivo de acesso à justiça, a Emenda Constitucional n. 45, de 2004, incluiu o §3º ao art. 5º da Constituição Federal, prevendo que: “Os **tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos** que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão **equivalentes às emendas constitucionais**”. Sendo assim, os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos ratificados a partir de 2004, desde que observado o procedimento e o quórum especial de aprovação pelo Congresso Nacional, têm hierarquia de emenda constitucional. Infelizmente, vale lembrar que por ter sido ratificado em 1992, sem maioria qualificada, a Convenção Americana de Direitos Humanos, possui status ordinário, mas em nível supralegal, como mencionado acima.

Observa-se, contudo, que os demais tratados, que não tratem de Direitos Humanos, são recepcionadas pelo sistema jurídico brasileiro com status infraconstitucional, possuindo o mesmo nível hierárquico de leis federais.

2.3. Convenção Americana e estandartes mínimos de acesso à justiça: delimitação metodológica da análise jurisprudencial

Depois de situar o status da Convenção Americana, torna-se importante a análise jurisprudencial dos aspectos relacionados ao acesso à justiça tratados no sistema americano que dizem respeito ao Estado Brasileiro. Aqui serão tratados os Casos levados perante à Corte Interamericana em verse como parte o Brasil. Serão tratados também alguns casos relevantes levados à Comissão Interamericana e que trouxeram modificações legislativas na compreensão de acesso à justiça. Para se poder delimitar a abrangência do objeto de pesquisa, serão analisados os aspectos relativos ao que aqui denominar-se-á de estandartes mínimos de acesso à justiça, determinados principalmente nos arts. 1º, 8º e 25 da Convenção. As análises jurisprudenciais tratadas nesta pesquisa seguirão, metodologicamente, os seguintes parâmetros:

- 1. Informação:** questionando se o acesso às informações sobre o sistema judicial ou mecanismos de competência institucional para atender a demanda de: informações sobre as necessidades legais, direitos, orientação sobre meios para exercer esses direitos, inclusive, utilizando-se de mecanismos resolução alternativa de litígios;
- 2. Garantias judiciais:** tendo como premissa o acesso à justiça como um bom serviço que fornece decisão justa do tribunal ou outra decisão (por meio de processo) dentro de prazo razoável;
- 3. Execução:** levando em consideração o proferimento da sentença ou solução do caso e o seu cumprimento efetivo.

2.3.1 Casos envolvendo o Brasil na Corte Interamericana de Direitos Humanos

Até o presente momento (maio de 2016), apenas cinco casos envolvendo o Brasil como parte foram julgados pela Corte IDH. Serão analisados aqui os elementos referentes à acesso à justiça, conforme os estandartes mínimos, fixados acima. As questões materiais não serão analisadas, salvo se importar para ideia de elaboração da contextualização do conceito de acesso à justiça, proposto neste estudo.

1) O Caso Ximenes Lopes v. Brasil (2004) foi apresentado pela Comissão à Corte, em outubro de 2004, pedindo para que a Corte decidisse se o Brasil era responsável pela violação dos direitos consagrados nos artigos 4 (Direito à vida); 5 (Direito à Integridade Pessoal); 8 (Garantias Judiciais) e 25 (Proteção Judicial) da Convenção Americana, em relação à obrigação estabelecida no artigo 1.1 (Obrigação de Respeitar os Direitos), pelas supostas

condições desumanas e degradantes de internação de Damião Ximenes Lopes, uma pessoa com deficiência mental, um centro de saúde que operam no âmbito do Sistema Único de saúde brasileiro chamado a Casa de repouso Guararapes. Na audiência pública realizada no dia 30 de novembro de 2005, o Brasil reconheceu o ferimento dos arts. 4 e 5 da Convenção, mas não reconheceu a violação dos arts. 8 e 25, referentes a acesso à justiça, alegando que:

[...] respeitou os princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa. Segundo o Estado, sua seriedade em busca de justiça foi devidamente demonstrada na tramitação do caso na jurisdição interna, bem como nos argumentos apresentados à Corte na contestação da demanda, em que se fez uma descrição histórica de todas as medidas por ele adotadas com a finalidade de investigar as circunstâncias do falecimento do senhor Damião Ximenes Lopes e sancionar os responsáveis pelos maus-tratos a ele infringidos e por sua morte na Casa de Repouso Guararapes (OEA, Corte IDH, Caso Ximenes Lopes v. Brasil. Sentença de 4 de julho de 2006).

A Comissão, por sua vez, reiterou à Corte a solicitação para que o Estado fosse condenado pela violação dos artigos 8 e 25 da Convenção, já que o Estado não havia cumprido os deveres que se inferiam dos citados artigos. Para analisar as alegações com relação à duração razoável, nos termos do art. 8,1 da Convenção, a Corte utilizou dos seguintes critérios: a) a complexidade do assunto; b) a atividade processual do interessado; e c) a conduta das autoridades judiciais. Analisando os fatos, a Corte concluiu que, "o Estado não proporcionou aos familiares de Ximenes Lopes um recurso efetivo para garantir o acesso à justiça, a determinação da verdade dos fatos, a investigação, identificação, o processo e, se for o caso, a punição dos responsáveis e a reparação das consequências das violações". Desta forma, o Brasil tinha, por conseguinte, "responsabilidade pela violação dos direitos às garantias judiciais e à proteção judicial consagrados nos artigos 8.1 e 25.1 da Convenção Americana, em relação com o artigo 1.1 desse mesmo tratado". E decidindo que, entre outras prerrogativas, o Estado devia garantir, em um prazo razoável, que o processo interno destinado a investigar e sancionar os responsáveis pelos fatos deste caso surta seus devidos efeitos.

2) No Caso Nogueira de Carvalho v. Brasil (2005), a Comissão apresentou demanda contra o Brasil, alegando sua responsabilidade pela violação dos direitos consagrados nos artigos 8 (Garantias judiciais) e 25 (Proteção judicial) da Convenção Americana, com relação à obrigação estabelecida no artigo 1.1 (Obrigação de respeitar os direitos) pela presumida falta de devida diligência no processo de investigação dos fatos e punição dos responsáveis pela morte de Francisco Gilson Nogueira de Carvalho, advogado defensor de direitos humanos, ocorrido em 20 de outubro de 1996, que dedicou parte de seu trabalho profissional a denun-

ciar os crimes cometidos pelos “meninos de ouro”, em que agentes estatais sequestravam, assassinavam e torturavam pessoas, sem receber punição alguma.

O Estado brasileiro alegou incompetência temporal da Corte, já que a morte de Nogueira havia ocorrido dois anos antes do reconhecimento da jurisdição obrigatória da Corte e o não esgotamento dos recursos internos. Entretanto, a Corte considerou-se competente para examinar as ações e omissões relacionadas com violações contínuas ou permanentes, principalmente, para conhecer das alegadas violações aos artigos 8 e 25 da Convenção Americana, a partir da data de reconhecimento da competência contenciosa por parte do Estado. Em 2006, a Corte a proferiu sentença sobre o Caso, declarando que o Brasil não havia violado os arts. 8 e 25 da Convenção Americana e que não competia a ela substituir a jurisdição interna, mas analisar se nos passos “efetivamente dados no âmbito interno foram ou não violadas obrigações internacionais do Estado decorrentes dos artigos 8 e 25 da Convenção Americana”. Houve, portanto, a absolvição do Estado brasileiro e o conseqüente arquivamento do Caso.

3) O Caso Escher e outros v. Brasil (2007) trata sobre demanda proposta à Comissão de alegada interceptação e monitoramento ilegal das linhas telefônicas de Escher e outros, membros das organizações ADECON e COANA, realizados em 1999, pela Polícia Militar do Paraná. Na demanda, a Comissão solicitou à Corte declarar que o Estado é responsável pela violação dos artigos 8.1 (Garantias Judiciais), 11 (Proteção da Honra e da Dignidade), 16 (Liberdade de Associação) e 25 (Proteção Judicial) da Convenção Americana, em relação à obrigação geral de respeito e garantia dos direitos humanos e ao dever de adotar medidas de direito interno, previstos, respectivamente, nos artículos 1.1 e 2 do referido tratado.

A Comissão alegou que não basta que os recursos existam formalmente, mas também é preciso que seja efetiva sua aplicação pela autoridade competente. Agregou que as vítimas acudiram aos tribunais nacionais para conseguir a proteção de direitos fundamentais consagrados na Constituição, nas leis internas e na Convenção Americana, entretanto, o tribunal nacional não escutou as vítimas “com relação ao mérito de seus pedidos”, ao não se pronunciar sobre o requerimento de destruição das fitas. A Comissão acrescentou ainda que, o “Estado vulnerou o direito às devidas garantias judiciais das vítimas, assim como a possibilidade de que tivessem acesso a um recurso rápido, efetivo e simples, conforme estabelecido pelos artigos 8 e 25 da Convenção Americana, em relação com o artigo 1.1 do citado instrumento”.

O Brasil, por sua vez, requereu que a Corte reconhecesse que “o Estado brasileiro envidou todos os esforços –administrativos e judiciais– que lhe foram possíveis, à medida que instado a agir, no sentido de apurar os fatos denunciados e que as supostas vítimas tinham à sua disposição recursos adequados e efetivos para questionar os atos estatais”; e que a Corte declarasse que não houve violação dos artigos 1.1, 2, 8, 11, 16, 25 e 28 da Convenção Americana.

Diante das alegações da Comissão e da defesa do Estado brasileiro, a Corte, visando a determinar a existência de violação das garantias judiciais e do direito à proteção judicial no marco dos procedimentos internos brasileiros, examinou as alegações relativas ao 1) mandado de segurança, assim como as ações ante as jurisdições 2) penal, 3) administrativa e 4) civil, à luz dos padrões estabelecidos na Convenção Americana.

Analisando minuciosamente as alegações e institutos, o Tribunal concluiu que não contava elementos comprobatórios da existência de violação aos direitos consagrados nos artigos 8 e 25 da Convenção Americana no que concerne ao mandado de segurança e às ações civis. Por outro lado, em relação aos processos e procedimentos penais e administrativos, a Corte conclui que o Estado violou os direitos previstos nos artigos 8.1 e 25.1 da Convenção Americana, em conexão com o artigo 1.1. Assinalou também que, “para que o Estado cumpra o disposto no artigo 25 da Convenção não basta que os recursos existam formalmente, sendo necessário que tenham efetividade, nos termos daquele preceito. A Corte reiterou que tal obrigação implica que o recurso seja idôneo para combater a violação, e que seja efetiva sua aplicação pela autoridade competente”.

4) O Caso Garibaldi v. Brasil refere-se a análise da “responsabilidade [do Estado] decorrente do descumprimento [da] obrigação de investigar e punir o homicídio do Senhor Sétimo Garibaldi, ocorrido em 27 de novembro de 1998; [durante] uma operação extrajudicial de despejo das famílias de trabalhadores sem-terra, que ocupavam uma fazenda no Município de Querência do Norte, Estado do Paraná”. Na demanda, a Comissão solicitou à Corte declarar que, o Brasil fosse considerado responsável pela violação dos artigos 8 (Garantias Judiciais) e 25 (Proteção Judicial) da Convenção Americana, com relação à obrigação geral de respeito e garantia dos direitos humanos e ao dever de adotar medidas legislativas e de outro caráter no âmbito interno, previstos, respectivamente, nos artigos 1.1 e 2 do referido tratado.

O Brasil solicitou, entre outros pontos, que a Corte se declarasse incompetente em razão da falta de esgotamento dos recursos internos, alegando, inclusive, que não havia nada que indicasse que os procedimentos de investigação tivessem sido conduzidos de forma que não correspondesse aos parâmetros estabelecidos pelos artigos] 8 e 25 da Convenção”, razão pela qual seria infundada a violação da Convenção pelo Estado.

A Corte concluiu que as autoridades estatais não atuaram com a devida diligência no Inquérito da morte de Sétimo Garibaldi, o qual, ademais, excedeu um prazo razoável. Por isso, o Estado violou os direitos às garantias e à proteção judiciais previstos nos artigos 8.1 e 25.1 da Convenção Americana, em relação com o artigo 1.1 da mesma.

5) Caso Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) v. Brasil constitui na alegação de responsabilidade do Estado pela detenção arbitrária, tortura e desaparecimento forçado de 70 pessoas, entre membros do Partido Comunista do Brasil e camponeses da região, resultado de operações do Exército brasileiro empreendidas entre 1972 e 1975 com o objetivo de erradicar a Guerrilha do Araguaia, no contexto da ditadura militar do Brasil (1964–1985) e a execução extrajudicial de Maria Lúcia Petit da Silva. Neste Caso, a Comissão solicitou à Corte que declarasse que o Estado fosse responsabilizado pela violação dos direitos estabelecidos nos artigos 3 (direito ao reconhecimento da personalidade jurídica), 4 (direito à vida), 5 (direito à integridade pessoal), 7 (direito à liberdade pessoal), 8 (garantias judiciais), 13 (liberdade de pensamento e expressão) e 25 (proteção judicial), da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em conexão com as obrigações previstas nos artigos 1.1 (obrigação geral de respeito e garantia dos direitos humanos) e 2 (dever de adotar disposições de direito interno) da mesma Convenção.

Como mencionado anteriormente, este Caso reconhece a competência de jurisdição da Corte por fatos anteriores ao reconhecimento de jurisdição pelo Brasil por entender que casos de desaparecimento de pessoas não estão sujeitos à prescrição, implicando um crasso abandono dos princípios essenciais em que se fundamenta o Sistema Interamericano de Direitos Humanos e sua proibição alcançando o caráter de *jus cogens*.

A Corte decidiu, por unanimidade, que, “as disposições da Lei de Anistia brasileira que impedem a investigação e sanção de graves violações de direitos humanos são incompatíveis com a Convenção Americana”. Violou os artigos 8.1, 25 e 1.1 do mesmo instrumento: 1) como consequência da interpretação e aplicação que foi dada à Lei de Anistia a respeito de graves violações de direitos humanos; 2) pela falta de investigação dos fatos do presente caso, bem como pela falta de julgamento e sanção dos responsáveis, em prejuízo dos familiares das

pessoas desaparecidas e da pessoa executada; 3) pela afetação do direito a buscar e a receber informação, bem como do direito de conhecer a verdade sobre o ocorrido; e 4) por exceder o prazo razoável da Ação Ordinária.

2.3.2 Análise jurisprudencial: dos casos brasileiros levados à Corte

Do ponto de vista da **informação**, pode-se comprovar os pontos especificados no Capítulo 1: o Brasil possui um sistema normativo “informativo” bastante amplo, entretanto, o efetivo cumprimento das prerrogativas processuais e do aparato normativo não corresponde na realidade com o exercício pleno dos direitos pela população. Não atuando com a devida diligência, na maioria dos casos.

No âmbito das **garantias judiciais**, percebe-se, na análise dos casos, a recorrência da violação pelo Estado brasileiro ao princípio da duração razoável do processo (Casos Ximenez Lopes; Caso Garibaldi e Caso Guerrilha do Araguaia). No Caso Escher tratou-se sobre a importância da efetividade das garantias judiciais e não apenas a possibilidade de recurso. No Caso Guerrilha do Araguaia, aparece algo recorrente com relação à violação de Direitos Humanos no período ditatorial latino-americana, qual seja a falta de investigação dos fatos, falta de julgamento e sanção dos responsáveis por desaparecimentos e mortes por conta da Lei de Anistia, promulgada em 1979, que perdoou crimes políticos cometidos pelo regime militar.

Decisão interessante referente à Lei de Anistia brasileiro foi mencionada no Habeas corpus coletivo impetrado pelo advogado Mário Barbosa Villas Boas em favor da Presidenta da República Dilma Vana Rousseff e de todos aqueles que foram beneficiados pela anistia de que trata o § 1º do artigo 4º da Emenda Constitucional nº 26/1985, apontando como autoridade coatora a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH). Aduz o impetrante, em síntese, que seria inconstitucional a decisão proferida pela autoridade coatora que, no caso Gomes Lund, reconheceu que as disposições da Lei de Anistia (Lei nº 6.683/79) seriam incompatíveis com a Convenção Americana de Direitos Humanos. Assevera que lei em questão entrou em vigor antes de 10/12/1998, quando o Brasil passou a reconhecer a jurisdição da AUTORIDADE COATORA em seu território. Entende que a sentença emanada daquela Corte Interamericana, embora inconstitucional, colocaria em risco a liberdade de locomoção dos pacientes. Requer a concessão da ordem para que se REVOGUE PARCIALMENTE os efeitos da referida decisão em solo pátrio determinando: A VIGÊNCIA da lei da Anistia, notadamente do disposto no § 1º do artigo 4º da emenda constitucional nº 26/85, dado seu caráter constitucional e a impossibilidade de revogação por ato judicial de decisão do Poder Constituinte Originário, máxime por retroação

de disposição normativa superveniente; A PRESCRIÇÃO de todo e qualquer crime cometido antes da vigência da Constituição de 1988 cujo processo penal não tenha-se iniciado até 2008 dado que a figura do crime imprescritível não existia antes da Constituição atual, a imprescritibilidade de que trata a Convenção para a Imprescritibilidade dos crimes de Guerra e contra a Humanidade, ainda que pudesse ser considerada como exigível em solo brasileiro, somente pode ser evocada para crimes relacionados com uma guerra externa declarada e o Brasil não participa de uma guerra externa declarada desde 1945. Examinados os autos, o Ministro Dias Toffoli decidiu que, afirmava a competência originário do STF para processar e julgar o HC, mas o feito não merecia seguimento, em virtude de ser inadmissível habeas corpus coletivo, em favor de pessoas indeterminadas. Determinou ainda que, não bastasse isso, havia julgado do STF com efeito erga omnes e vinculante no sentido da validade da Lei de Anistia (ADPF nº 153/DF)³². O Ministro Toffoli menciona, na decisão que negou provimento ao Habeas Corpus, que:

É da anistia de então que estamos a cogitar, não da anistia tal e qual uns e outros hoje a concebem, senão qual foi na época conquistada. Exatamente aquela na qual, como afirma inicial, “se procurou” [sic] estender a anistia criminal de natureza política aos agentes do Estado encarregados da repressão. A chamada Lei da anistia veicula uma decisão política assumida naquele momento - o momento da transição conciliada de 1979. A Lei n. 6.683 é uma lei-medida, não uma regra para o futuro, dotada de abstração e generalidade. Há de ser interpretada a partir da realidade no momento em que foi conquistada. 6. A Lei n. 6.683/79 precede a Convenção das Nações Unidas contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes -adotada pela Assembléia Geral em 10 de dezembro de 1984, vigorando desde 26 de junho de 1987- e a Lei n. 9.455, de 7 de abril de 1997, que define o crime de tortura; e o preceito veiculado pelo artigo 5º, XLIII da Constituição -que declara insuscetíveis de graça e anistia a prática da tortura, entre outros crimes- não alcança, por impossibilidade lógica, anistias anteriormente a sua vigência consumadas. A Constituição não afeta leis-medida que a tenham precedido. 7. No Estado democrático de direito o Poder Judiciário não está autorizado a alterar, a dar outra redação, diversa da nele contemplada, a texto normativo. Pode, a partir dele, produzir distintas normas. Mas nem mesmo o Supremo Tribunal Federal está autorizado a rescrever leis de anistia. 8. Revisão de lei de anistia, se mudanças do tempo e da sociedade a impuserem, haverá -ou não- de ser feita pelo Poder Legislativo, não

32 A (ADPF nº 153/DF citada produziu a seguinte ementa: “LEI N. 6.683/79, a chamada “lei de anistia”. Artigo 5º, iii e xxxiii da constituição do brasil; princípio democrático e princípio republicano: não violação. Circunstâncias históricas. Dignidade da pessoa humana e tirania dos valores.interpretação do direito e distinção entre texto normativo e norma jurídica. Crimes conexos definidos pela lei n. 6.683/79. Caráter bilateral da anistia, ampla e geral. Jurisprudência do supremo tribunal federal na sucessão das frequentes anistias concedidas, no brasil, desde a república. Interpretação do direito e leis-medida. Convenção das nações unidas contra a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes e lei n. 9.455, de 7 de abril de 1997, que define o crime de tortura. Artigo 5º, xliii da constituição do brasil. Interpretação e revisão da lei da anistia. Emenda constitucional n. 26, de 27 de novembro de 1985, poder constituinte e ‘auto-anistia’. Integração da anistia da lei de 1979 na nova ordem constitucional. acesso a documentos históricos como forma de exercício do direito fundamental à verdade”.

pelo Poder Judiciário. 9. A anistia da lei de 1979 foi reafirmada, no texto da EC 26/85, pelo Poder Constituinte da Constituição de 1988. Daí não ter sentido questionar-se se a anistia, tal como definida pela lei, foi ou não recebida pela Constituição de 1988; a nova Constituição a [re]instaurou em seu ato originário. A Emenda Constitucional n. 26/85 inaugura uma nova ordem constitucional, consubstanciando a ruptura da ordem constitucional que decaiu plenamente no advento da Constituição de 5 de outubro de 1988; consubstancia, nesse sentido, a revolução branca que a esta confere legitimidade. A reafirmação da anistia da lei de 1979 está integrada na nova ordem, compõe-se na origem da nova norma fundamental. De todo modo, se não tivermos o preceito da lei de 1979 como ab-rogado pela nova ordem constitucional, estará a coexistir com o § 1º do artigo 4º da EC 26/85, existirá a par dele [dicação do § 2º do artigo 2º da Lei de Introdução ao Código Civil]. O debate a esse respeito seria, todavia, despidendo. A uma por que foi mera lei-medida, dotada de efeitos concretos, já exauridos; é lei apenas em sentido formal, não o sendo, contudo, em sentido material. A duas por que o texto de hierarquia constitucional prevalece sobre o infraconstitucional quando ambos coexistam. Afirmada a integração da anistia de 1979 na nova ordem constitucional, sua adequação à Constituição de 1988 resulta inquestionável. A nova ordem compreende não apenas o texto da Constituição nova, mas também a norma-origem. No bojo dessa totalidade-totalidade que o novo sistema normativo é- tem-se que [é] concedida, igualmente, anistia aos autores de crimes políticos ou conexos praticados no período compreendido entre 2 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979. Não se pode divisar antinomia de qualquer grandeza entre o preceito veiculado pelo § 1º do artigo 4º da EC 26/85 e a Constituição de 1988. 10. Impõe-se o desembaraço dos mecanismos que ainda dificultam o conhecimento do quanto ocorreu no Brasil durante as décadas sombrias da ditadura. STF - HC: 122921 RJ, Relator: Min. DIAS TOFFOLI, Data de Julgamento: 1/07/2014, Data de Publicação: DJe-148 DIVULG 31/07/2014 PUBLIC 1/08/2014).

Ressalte-se, ainda, que, dos cinco casos levados à Corte, quatro deles passaram pela supervisão de cumprimento da sentença: Gomes Lund, Escher e outros, Garibaldi e Ximenes Lopes, sendo que três ainda continuam em supervisão: Gomes Lund, Garibaldi e Ximenes Lopes. Percebendo-se que em nível de **execução**, para que haja o cumprimento efetivo da sentença há ainda a necessidade de ingerência da Corte.

2.4 Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH): alguns temas relevantes

Vale ressaltar que o Sistema Interamericano, compreendida aqui também a Comissão Interamericana de Direitos Humanos além da mencionada Corte Interamericana, cumpre importante função na concretização de medidas protetivas e de conquistas efetivas na proteção do

acesso à justiça. Exemplo disto, é o **Caso Maria da Penha Fernandes v. Brasil**, levado ao conhecimento da Comissão em 1998 (**Caso 12.051 – Informe 54/01**)³³, por não cumprimento por não cumprimento do previsto no artigo 7.º da Convenção de Belém do Pará e nos artigos 1º, 8º e 25 da Convenção Americana de Direitos Humanos. Diante de tal caso a Comissão recomendou o cumprimento dos citados artigos, além do dever do Estado brasileiro de indenizar a vítima, monetária e simbolicamente. “Ademais, a Comissão recomendou que o Brasil adotasse várias medidas de combate à violência contra a mulher, entre elas, a elaboração de uma lei específica para este fim”³⁴, que culminou com a aprovação da Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006, denominada Lei Maria da Penha, como uma forma de cumprir as recomendações da Comissão, tanto que a exposição de motivos do então projeto de lei menciona as recomendações formuladas pela Comissão.

Sob à análise dos estandartes mínimos de acesso à justiça, pode-se afirmar que a Comissão determinou: a) conclusão **rápida e efetivamente o processo penal** envolvendo o responsável pela agressão; b) investigação séria e imparcialmente irregularidades e **atrasos injustificados do processo penal**; c) Adoção, sem prejuízo das ações que possam ser instauradas contra o responsável civil da agressão, as medidas necessárias para que o Estado assegure à vítima adequada reparação simbólica e material pelas violações aqui estabelecidas, particularmente por sua falha em oferecer um **recurso rápido e efetivo**³⁵. Referindo-se, portanto, à quebra das previsões de estandartes mínimos previsto no art. 8º e 25 da Convenção Americana. Finalmente, em 31 de outubro de 2002, finalmente, houve a prisão do réu.

Diante de vários processos demorados, incluindo o Caso Maria da Penha, e a previsão do dispositivo art. 8.1 da Convenção Americana na inclusão do denominado princípio da **duração razoável do processo** na Constituição Federal Brasileira. Tal princípio foi implementado pela Emenda Constitucional nº 45/2004 e inserido dentro das garantias fundamentais asseguradas a cada indivíduo, insculpido no inciso LXXVIII do art. 5º da Constituição Federal de

33 A denúncia, levada a conhecimento da Comissão, tratava da “tolerância da República Federativa do Brasil para com a violência cometida por Marco Antônio Heredia Viveiros em seu domicílio na cidade de Fortaleza, Estado do Ceará, contra a sua então esposa Maria da Penha Maia Fernandes durante os anos de convivência matrimonial, que culminou numa tentativa de homicídio e novas agressões em maio e junho de 1983. Maria da Penha, em decorrência dessas agressões, sofre de paraplegia irreversível e outras enfermidades desde esse ano”. Denunciava-se “a tolerância do Estado, por não haver efetivamente tomado por mais de 15 anos as medidas necessárias para processar e punir o agressor, apesar das denúncias efetuadas”. OEA, CIDH, Relatório Anual 2000, Relatório n. 54/01, Caso 12.051, Maria da Penha Maia Fernandes v. Brasil.

34 Piovesan, Flávia; Pimentel, Sílvia (2011), A Lei Maria da Penha na perspectiva da responsabilidade internacional do Brasil. In. CAMPOS, Carmen Hein (Org.). Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista, Lumem lures, Rio de Janeiro. Pp. 111.

35 Conforme OEA, CIDH, Relatório Anual 2000, Relatório n. 54/01, Caso 12.051, Maria da Penha Maia Fernandes v. Brasil.

1988, com o seguinte teor: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

Outro episódio que foi levado ao conhecimento da CIDH e que foi tema de uma audiência ocorrida em 7 de junho de 2016, em Santiago do Chile, trata de violações causadas por empresas por expansão de megaprojetos de infraestrutura, das indústrias extrativistas e do agronegócio na América Latina e da ineficácia dos mecanismos de regulação existente, impactando na não responsabilização das empresas e reparação dos danos causados aos afetados que enfrentam, sobre tudo, obstáculos de acesso à justiça, como foi o **Caso Samarco e TKCSA (Vale/BHP)**. Este Caso foi levado pela justiça Global, uma organização que de direitos humanos, à Comissão, denunciando o acordo entre o governo brasileiro e a Samarco, em que autoriza a criação de uma fundação privada, formada por especialistas indicados pela mineradora, para propor e negociar os valores de indenização aos atingidos e extinguiria a ação civil pública que estava em curso, o que, segundo a justiça Global, caracterizaria uma violação das garantias do devido processo legal³⁶.

2.5 Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) brasileiro relativos aos art. 1, 8 e 25 da Convenção Americana³⁷

Neste tópico analisar-se-ão a jurisprudência do **Supremo Tribunal Federal** brasileiro, como forma de analisar como este Tribunal está adotando a aplicação e a interpretação da Convenção Americana de Direitos Humanos, no tocante aos artigos 1, 8 e 25 desta Convenção. Sob o termo “Pacto de San José da Costa Rica” e “Convenção Americana de Direitos Humanos” foram encontrados 190 julgados, sendo sua maioria Recurso Extraordinário, Agravo de Instrumento, Habeas Corpus ou Reclamação com relação ao instituto da prisão civil do depositário infiel (67 julgados), reconhecido pela Constituição Federal brasileira, mas vetada pela Convenção Americana (art. 7.7).

Com relação aos artigos referentes aos padrões mínimos de acesso à justiça (art. 1, 8 e 25 da Convenção Americana):

36 JUSTIÇA GLOBAL. Vítimas de violações causadas por empresas denunciam obstáculos no acesso à justiça na CIDH. Disponível em: <http://www.global.org.br/blog/em-sessao-da-cidh-vitimas-de-violacoes-causadas-por-empresas-denunciam-obstaculos-no-acesso-a-justica/>. acesso em: 9 jun. 2016.

37 Também foram pesquisas jurisprudenciais no Superior Tribunal de Justiça (STJ), utilizando-se os termos “acesso à justiça” e “Pacto de San Jose” e foram encontrados apenas 6 julgados, que não haviam relevância conceitual para o tema aqui abordado.

- 64 julgados mencionam o art. 8 da Convenção;
- 4 julgados mencionam o art. 25 da Convenção;

Vale ressaltar também que, o art. 1 da Convenção não é mencionado isoladamente. Ele é citado associadamente ao art. 8 ou 25 da Convenção.

Com relação ao demais artigos (exceto art. 1, 8 e 25 do Pacto), foram mencionados nos julgados:

- 3 julgados mencionam os arts. 17 e 22 da Convenção;
- 9 julgados tratam de outros incisos do art. 7 da Convenção.
- 5 julgados tratam do art. 13 da Convenção;
- 4 julgados mencionam o Pacto com relação à improbidade administrativa;
- 1 julgado menciona o art. 2 da Convenção;
- 2 julgados mencionam o art. 23 da Convenção;
- 1 julgado menciona o art. 24 da Convenção;
- 1 julgado menciona o art. 5.2 da Convenção;
- Os demais julgados (29) fazem menção genérica à Convenção Americana, sem mencionar nenhum artigo específico.

Art. 8 da Convenção Americana de Direitos Humanos

Os dispositivos mais citados nos julgados do STF referentes ao art. 8 dizem respeito ao princípio da duração razoável do processo (art. 8, I), seguidos pelo princípio da presunção de inocência (art. 8, 2 da Convenção). O dispositivo do art. 8. 4 foi mencionado uma vez, enquanto que os dispositivos do art. 8.3 e 8.5 não foi mencionado nenhuma vez, caso que não foi apreciado pelo STF por improcedência da ação. Nenhum julgado trata de maneira aprofundada sobre a interpretação do art. 8, mas mencionam, em sua maioria, sobre a importância das garantias judiciais anunciadas na Convenção Americana e também previstas na Constituição Federal brasileira.

Art. 25 da Convenção Americana de Direitos Humanos

Nos casos levados ao Supremo, o artigo 25 da Convenção tem sido utilizado para justificar a interposição de alguns recursos, como foi o caso dos oitavos e décimos Embargos Infringentes na Ação Penal (AP 470 MG) em que foi sustentado que os embargos seriam cabíveis contra qualquer decisão condenatória não unânime proferida em ação penal perante o Supremo Tribunal Federal, tendo em vista, permissão do artigo 25 do Pacto de San José da Costa Rica. Entretanto, o STF determinou que, desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, o STF não possui competência para legislar sobre matéria processual, o que impede a Corte de ampliar ou criar novas hipóteses recursais, sendo assim o agravo regimental foi considerado desprovido.

Nos Recursos Extraordinários com Agravo (ARE 806551 RS) e no Agravo de Instrumento (AI 829038 MG), o art. 25, I também foi utilizado como tentativa de admissibilidade de recurso, entretanto, também o Recurso Extraordinário com agravo também foi considerado desprovido.

Capítulo 3 - As questões socioeconômicas e jurídicas como dificuldades ao acesso à justiça no Brasil

Devido ao tamanho continental do Estado brasileiro, necessário que sejam estudados alguns pontos sobre as características particulares existentes nas diversas regiões brasileiras para um melhor entendimento da realidade.

Portanto, esta parte da investigação dedica-se a realizar um pequeno levantamento sobre as dificuldades encontradas na esfera socioeconômica e no âmbito jurídico interno e que dificultam o acesso à justiça no Brasil.

Não se espera com esta análise uma simples e mecânica comparação entre índices de pobreza e baixo nível no acesso à justiça, mas, sim, despertar a atenção para os métodos e a necessidade de investimento em estudos que possam retratar de forma ampla tais variantes.

3.1 Desenvolvimento Humano e acesso à justiça

É de conhecimento da comunidade acadêmica que estuda o tema, por consenso, que as dificuldades socioeconômicas são determinantes para a efetivação do Direito ao acesso à justiça. No caso brasileiro, o contraste é grande, devido ao tamanho do país e da população.

Metodologicamente, adotou-se os dados do Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) desenvolvido nos anos 90 por Mahbub ul Haq, atuando em conjunto com Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), e das diretrizes teóricas do economista indiano Amartya Sen. Outro índice importante que será utilizado será o Índice Nacional de acesso à justiça (INAJ), desenvolvido no Brasil. Para tanto, traçar-se-á algumas linhas sobre os estudos de desenvolvimento e a criação do IDH e suas linhas mestras.

As ideias mais atuais sobre desenvolvimento estão orientadas no sentido de que seu significado não está somente relacionado às questões de crescimento econômico, como as existentes na visão dos anos 60 nas teorias de autores como Adam Smith, David Ricardo, John Maynard Keynes e Celso Furtado, mas sim, de que há outros fatores que devem ser considerados para formular políticas de desenvolvimento. O entendimento dos anos 60 passou por reformulações e, em uma perspectiva atual, as questões devem considerar também aspectos sociais e humanos.

O início formal dessa preocupação (dos aspectos sociais e humanos de desenvolvimento) pode ser identificado em 1969, na 11^a Conferência Mundial da Sociedade Internacional para o Desenvolvimento, realizada em Nova Delhi. Naquela ocasião, Dudley Seers apresentou linhas mestras de um enfoque com alto conteúdo social (emprego, distribuição e pobreza)³⁸.

A partir de então se iniciou um questionamento sobre o verdadeiro sentido do desenvolvimento. Seers ressaltou que poderia ser considerado um período de desenvolvimento para determinado país se os problemas relativos a emprego, distribuição e pobreza tivessem sido minorados. Por outro lado, se um ou dois desses aspectos centrais tivessem piorado ou, especialmente, se não houvesse melhora desses três problemas, seria inapropriado denominar o resultado de desenvolvimento, ainda que a renda *per capita* tivesse aumentado consideravelmente³⁹.

38 Bustelo, Pablo. (1999), Teorías Contemporáneas del desarrollo económico, 2da edición, Síntesis, Madrid. Pp. 143.

39 Tal posicionamento pode ser justificado ao se analisar a situação estatística do Brasil, publicada por A. Fishlow em 1972. Nessa estatística pode-se verificar que, apesar de o país ter registrado um aumento anual médio do PIB *per capita* de 2,5% entre 1960 e 1970, a concentração de renda da população mais abastada (20% da renda nacional) passou de 29% para 38%, enquanto a renda dos 40% mais pobre se havia reduzido de 10% para 8%. Assim, pode-se concluir que, se fosse adotado apenas o critério econômico, o Brasil no período dos anos 1960 aos 1970 auferiu um avanço em termos

A ideia básica do critério do desenvolvimento humano é que a criação de oportunidades sociais contribui diretamente para a expansão das funções e capacidades humanas⁴⁰ e da qualidade de vida⁴¹. O desenvolvimento reflete, ademais, os resultados dessas funções e capacidades enquanto se relacionam com os seres humanos. Ele representa um processo, em vez de um fim⁴². É, acima de tudo, a ideia de que o processo de escolhas à disposição das pessoas deve ser alargado, para que elas façam e sejam o que valorizam na vida, com a provisão dos instrumentos e das oportunidades para fazerem as suas escolhas⁴³.

Esse tipo de desenvolvimento, no entanto, vai além de dar opção às pessoas de escolher entre distintos detergentes, canais de televisão e modelos de carro. Ele permite que elas possam fazer escolhas que expandam a capacidade e seu funcionamento⁴⁴.

Algumas capacidades, todavia, são essenciais para o desenvolvimento humano, tais como uma vida longa e saudável, ter conhecimento e ter acesso a recursos necessários para viver uma vida decente. No entanto, ao lado dessas capacidades chamadas de essenciais, as pessoas também valoram a liberdade política, social, econômica e cultural, num sentido de comunidade, oportunidades de ser criadores e produtivos, o respeito por si mesmas e pelos direitos humanos. Pode-se dizer que, além de lograr essas capacidades, o desenvolvimento humano possui uma função ainda maior: o de ser um processo que faça com que essas capacidades sejam realizadas de maneira equitativa, participativa, produtiva e sustentável⁴⁵.

Pode-se afirmar, acima de tudo, que a ideia do desenvolvimento humano como enriquecimento da vida e das liberdades possui relação direta com as preocupações expressas na declaração dos direitos humanos; ou seja, compartilhem uma motivação comum e refletem o

de desenvolvimento. No entanto, se se analisarem os critérios sociais, o progresso no país não pode ser considerado. Bustelo, P. (1999). Pp. 146-148; KANBUR; VINES, 2000, p. 89.

40 Los funcionamientos de una persona se refieren a las cosas valiosas que la persona puede hacer o ser (como estar bien nutrido, vivir una vida larga y tomar parte en la vida de una comunidad). La capacidad de una persona representa las diferentes combinaciones de funcionamientos que puede lograr la persona. De esta manera las capacidades reflejan la libertad para lograr los funcionamientos. En ese sentido, el desarrollo humano es libertad. RELATÓRIO de Desenvolvimento Humano (RDH). Informe de Desarrollo Humano 2000, p. 17. Disponível em: <www.undp.org/hdr2000/spanish/book/back1.pdf>. acesso em: 23 mar. 2005

41 Neste sentido: SEN, 2000, p. 170 e RDH, 2000, p. 17.

42 RDH, 2000, p. 17.

43 86 BROWN, Mark Malloch. Prefácio. In: Relatório de Desenvolvimento Humano 2004: Liberdade cultural num mundo diversificado. Lisboa: Mensagem, 2004, p. Vi.

44 Expressão adotada por Amartya Sen para definir as várias coisas que uma pessoa pode considerar valioso fazer ou ter.

45 RELATÓRIO de Desenvolvimento Humano (RDH). Informe sobre Desarrollo Humano 1999. Madrid, Mundi-Prensa Libros, 1999, p. 16. Para a obtenção desses dados foi pesquisado o Relatório publicado em espanhol, que é chamado de *Informe sobre el desarrollo humano* e cuja abreviação é IDH. No entanto, para que não haja confusão de abreviaturas, utilizar-se-á a sigla RDH quando o texto se referir ao Relatório e IDH quando a referência for feita ao Índice de Desenvolvimento Humano.

compromiso fundamental de promover a liberdade, o bem-estar e a dignidade dos indivíduos de todas as sociedades⁴⁶.

Esse movimento da análise do desenvolvimento humano obteve progressos intelectuais nos finais dos anos 70 com autores como Paul Streeten, Amartya Sen, Hans Singer e Richard Jolly, propagando esse enfoque do desenvolvimento, adotado hoje, inclusive, pelo Banco Mundial e pela ONU, como visto anteriormente.

Em 1990, como reflexo dos estudos desses autores e, principalmente, de seu idealizador, o economista paquistanês Mahbub ul Haq (1934-1998), foi criado o primeiro Relatório de Desenvolvimento Humano⁴⁷. Tal relatório foi idealizado com a finalidade de: a) abandonar a preocupação imediata de que a riqueza da nação se constitui no acúmulo de bens de consumo e da riqueza financeira; e b) de propagar a ideia de que a verdadeira riqueza de uma nação está em seu povo. E, principalmente, frisar que o objetivo básico do desenvolvimento se constitui na criação de um ambiente propício para os seres humanos desfrutarem de uma vida prolongada, saudável e criativa⁴⁸.

Esse relatório propõe uma lista de temas e reúne tabelas estatísticas e informações sobre o desenvolvimento humano e traz também um Índice de Desenvolvimento Humano (IDH). O IDH, expresso por meio de um número, tornou-se necessário para que houvesse uma medição em mesmo nível de divulgação do PIB, que não fosse tão cega quanto o PIB com relação aos aspectos sociais da vida humana⁴⁹.

No entanto, até mesmo um dos estudiosos que ajudou a elaborar o referido índice, Amartya Sen, mostrava-se cético com a tentativa de focalizar, em apenas um número, a realidade complexa do desenvolvimento e da privação humanos⁵⁰. Admite, entretanto, que, “[...] mediante a utilização habilidosa do poder de atração do IDH, Mahbub conseguiu que os leitores se interessassem pela grande categoria de tabelas sistemáticas e pelas análises críticas detalhadas

46 RDH, 2000, p. 19.

47 Os organizadores do Relatório Humano de Desenvolvimento ressaltam que a análise e as recomendações políticas apresentadas no Relatório não refletem, necessariamente, as opiniões do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, do seu Conselho Executivo, ou dos seus Estados-membros. Afirmam que o Relatório é uma publicação independente comissionada pelo PNUD. É o fruto de um esforço de colaboração de uma equipe de consultores e conselheiros eminentes e da equipe do *Relatório do Desenvolvimento Humano*. Cf. PNUD, 2005 e RELATÓRIO de Desenvolvimento Humano 2002 (RDH): Aprofundar a democracia num mundo fragmentado. Lisboa: Mensagem, 2002, p. Vi. Disponível em: <www.pnud.org.br/rdh/integras/index.php?Lay=inst&id=fuld#rdh2002>. acesso em: 22 mar. 2005.

48 RDH, 1999, p. 1.

49 SEN, Amartya. Informe sobre Desarrollo Humano 1999. Madrid, Mundi-Prensa Libros, 1999a, p. 23.

50 PNUD, 2005.

que fazem parte do Relatório de Desenvolvimento Humano.⁵¹ O IDH⁵², entretanto, é uma medida geral, sintética, do desenvolvimento humano, que não abrange todos os aspectos de desenvolvimento⁵³.

Ao se analisar criticamente o IDH, pode-se concluir que, se, por um lado, a sua criação foi uma nova visão de que o desenvolvimento deveria ser analisado por outros critérios que não só pelo aumento do PIB, por outro lado, acabou sendo hipossuficiente para retratar o índice de desenvolvimento humano de determinado país. Assim, seus dados devem ser considerados, mas sempre se levando em conta que o desenvolvimento humano está muito além do que ter saúde, longevidade e instrução. É, acima de tudo, como já em sua origem defendiam seus teóricos, a expansão das capacidades e das escolhas das pessoas para levar a vida que elas querem ter. O que se deve evitar é que um índice que foi criado com o intuito de estimular o crescimento humano e de denunciar os atrasos e problemas importantes do desenvolvimento humano seja utilizado para estimular mais desigualdades humanas.

Os próprios criadores desse índice determinam que, embora o IDH seja um ponto de partida útil, é importante recordar que o conceito de desenvolvimento humano é muito mais amplo e mais complexo do que uma medida sumária consegue captar, mesmo quando completada com outros índices⁵⁴.

Em outras palavras, o IDH não é uma representação da felicidade das pessoas, nem indica o melhor lugar no mundo para se viver⁵⁵. Fica claro, dessa maneira, que, apesar de não existir um índice de liberdade para a elaboração do IDH, sua importância não é desprezada, sendo considerada imprescindível para a promoção de desenvolvimento, de tal forma que ela tem sido objeto de estudo de teóricos do desenvolvimento humano, como Amartya Sen.

Para Amartya Sen, o desenvolvimento humano deve ser considerado em conjunto com outro fator que considera primordial: a liberdade, e declara e, sua obra "Desenvolvimento como liberdade" que "[...] o desenvolvimento humano é incompleto sem a liberdade humana"⁵⁶.

51 SEN, 1999a, p. 23.

52 O IDH é apenas um dos índices apresentados pelo Relatório. O Relatório também divulga o Índice de Pobreza Humana (em dois níveis, o IPH-1 e o IPH-2), o Índice de Desenvolvimento ajustado ao Gênero (IDG).

53 PNUD, 2005.

54 RDH, 2004, p. 128.

55 RDH, 2004, p. 128.

56 Relatório de Desenvolvimento Humano (1990, p.16)

Desta premissa, é possível entender que o desenvolvimento de uma sociedade somente é completo se o Estado promover o alargamento da liberdade de seus cidadãos. Neste sentido, Adriana Silva Maillart e Samyra Napolini Sanches afirmam que⁵⁷:

Para que haja desenvolvimento, portanto é necessário que se removam as principais fontes de privação de liberdade, como as restrições impostas à liberdade de participar da vida social, política e econômica da comunidade. Assim a falta de oportunidades resultantes dos fatores socioeconômicos-culturais de acesso à justiça, que trazem privações às pessoas que necessitam de recursos financeiros e de conhecimento, é um entrave ao processo de desenvolvimento, principalmente no Brasil, em que desigualdades econômicas e culturais de acesso à justiça assolam uma grande parcela da população.

Em seguida as autoras concluem que, “a privação do acesso à justiça, assim, pode ser considerada uma privação de liberdade como um processo inadequado na garantia de um direito fundamental”⁵⁸.

Na busca de tentar responder a pergunta central desta investigação de se “a sociedade brasileira tem acesso efetivo a uma ordem jurídica justa?”, analisar-se-á os índices IDH e o INAJ para verificar se as regiões com índices baixos de desenvolvimento humano apresentam uma limitação ao acesso à justiça no Brasil.

3.2 IDH X INAJ

Como dito, no Brasil, as dificuldades persistem e há um longo caminho a ser percorrido e muitos problemas para serem resolvidos, apesar das instituições, dos direitos, dos princípios e todo aparato legislativo implantado desde a promulgação da Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988.

Sabe-se também que os níveis mais baixos de IDH podem indicar uma limitação no acesso à justiça. Isso porque, em um raciocínio lógico, considera-se que quanto menor o desenvolvimento de uma região, menor será a presença do Estado e menores serão as possibilidades da população conseguir se acudir do Judiciário para a resolução dos conflitos.

Não se trata de novidade e há muito tempo se sabe que as questões de pobreza na América Latina levam à limitação do acesso à justiça nesta região e não se pretende abordar de forma

57 Maillart, Adriana Silva; Sanches, Samyra Dal Farra Napolini (2012). A decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso Gomes Lund e outros – Guerrilha do Araguaia. Revista de Direito Brasileira, ano 2, v. 3, jul.-dez.

58 Op. Cit.

profunda tais aspectos, mas se considera importante que se destaque alguns pontos, já que por se tratar de um país com proporções continentais, é natural que grandes discrepâncias sejam encontradas no Brasil, quando consideramos o Índice de Desenvolvimento Humano (IDH).

O IDH busca investigar o nível de desenvolvimento humano de uma determinada região considerando três fatores: Vida longa e saudável; Conhecimento, medido pela taxa de alfabetização de adultos e pela taxa de escolarização e Nível de vida digno: medido pelo PIB per capita (Figura 1). O índice está representado numericamente de "zero" a "um", para se determinar se um país é desenvolvido ou não, sendo que o índice "um" é considerado com desenvolvimento muito alto e os valores próximos de "zero" demonstram que o país é menos desenvolvido. A classificação final considera se o IDH é alto, médio ou baixo. Para melhor entendimento inserimos, no anexo I, a figura 1.

Na figura 1 é possível verificar que dentre os cinco entes federativos que apresentam um IDH alto estão: Distrito Federal (capital federal), São Paulo (centro financeiro), Santa Catarina (centro de agronegócios), Rio de Janeiro (centro financeiro) e Paraná (grande produção de soja), regiões que concentram grande parte da riqueza do país e que possuem grandes centros financeiros como São Paulo e Rio de Janeiro.

Dos cinco Estados que apresentam um IDH baixo encontram-se: Paraíba, Piauí, Pará, Maranhão e Alagoas, Estados que não possuem grandes indústrias e não são centros de grandes negócios. Isso demonstra a grande diversidade de realidades existentes no Brasil. São regiões também que há muito tempo sofrem com períodos de estiagem muito rigorosos, afetando toda a população que vive nas cidades do interior desses Estados.

Já na ordem interna brasileira, com a intenção de criar um índice que pudesse medir o acesso à justiça no Brasil, a Secretaria de Reforma do Judiciário, órgão ligado ao Ministério da justiça brasileiro, promove desde 2013, a publicação do "atlas de acesso à justiça: indicadores nacionais de acesso à justiça", que apresenta uma metodologia no sentido de estabelecer um "Índice Nacional de acesso à justiça".

Tal estudo tem como objetivo: "[...] estudar e mapear o sistema de acesso à justiça no Brasil, em suas dimensões extra e jurisdicionais, criando, a partir da contribuição das Instituições parceiras, um banco de dados e informações para o acesso e reivindicação de direitos"⁵⁹.

Para tanto, o grupo de trabalho estabeleceu um conceito próprio sobre o significado do termo acesso à justiça:

59 Disponível em: http://www.acessoajustica.gov.br/pub/_downloads/caderno_inaj_2014.pdf . acesso em 10. Mai. 2016.

[...] conceitos derivados da teoria econômica da produção e da concepção da Jurisdição como uma forma de prestação de serviços. A ideia permitiu entender o acesso à justiça como uma forma de interação entre a oferta e a demanda por um tipo especial de serviços – a solução ou a prevenção de conflitos. O acesso à justiça foi considerado como a capacidade de um indivíduo, ou grupo de indivíduos, em demandar, solucionar ou evitar um conflito de interesses por meio de serviços do Sistema de justiça⁶⁰.

Nesta concepção, não estão considerados a “prestação de serviços públicos que não envolvam a solução ou elisão de conflitos, como, por exemplo, a oferta de ensino ou serviços de saúde, o que permitiu a não inclusão de grande número de atores na apuração dos números”.⁶¹

Da mesma forma foram excluídos na composição do índice a “[...] solução direta de conflitos seja entre atores privados ou públicos e privados, pois pressupõe a ativação de um terceiro que pertença ao Sistema de justiça”.⁶² Trata-se, portanto, do conflito judicializado que, de certa forma, leva ao acúmulo das ações propostas perante o Poder Judiciário, demonstrando como já colocado, a “cultura do litígio” existente no Brasil.

Apesar de ser um índice com as limitações apontadas, o mesmo preenche uma lacuna em um universo no qual, até então, não havia quaisquer dados palpáveis para um levantamento seguro das questões relacionadas ao acesso à justiça no Brasil e representa um estudo importante e complexo que, em uma abordagem mais completa, ultrapassaria os limites desta investigação, razão pela qual nos limitaremos ao comparativo entre IDH x INAJ em sua concepção final após a realização dos estudos do Atlas.

A metodologia aplicada para a composição do índice considerou os dados públicos enviados por todas as unidades da justiça espalhadas pelo território. Tais informações como o número de unidades judiciais físicas (fóruns, varas, juntas de conciliação, juizados itinerantes, juizados especiais, unidades de atendimento da defensoria pública, etc.), número de autarquias de proteção do consumidor (Procons), a quantidade de defensores públicos, magistrados, promotores, procuradores e advogados, foram informados e para compor a base do índice.

Tais dados quando confrontados com os dados sobre a população brasileira e com o IDH por Estado da Federação proporciona um panorama claro de uma realidade que até então era desconhecida.

60 Idem

61 Ib. Idem.

62 Ib. Idem.

Foi o que ocorreu na edição do Atlas do ano de 2014. Os resultados apresentados neste documento, corroboram a ideia de que o desenvolvimento humano está diretamente relacionado com o índice de acesso à justiça.

Coincidentemente, as regiões que apresentaram menor INAJ foram a mesmas nas quais o IDH se mostra baixo: Maranhão, Pará, Amazonas, Alagoas e Ceará. Curiosamente, o Estado do Piauí apresenta melhores condições que os demais, apesar do seu baixo IDH. Observa-se que as regiões com IDH baixo possuem menos oportunidades de serem acolhidos pelo sistema judicial brasileiro.

Para a realização da figura 2, e determinar a dimensão social do Índice, foram equilibrados os dados da população, a quantidade de "portas de entrada" de acesso à justiça quanto as unidades judiciais (Jud), as essenciais ao funcionamento da justiça (Ess) e as unidades extrajudiciais (Ext), de cada estado confrontando com os dados do IDH de cada região.

Observa-se que os indivíduos residentes nas regiões com IDH baixo possuem menos oportunidades de serem acolhidos pelo sistema judicial brasileiro e as regiões com IDH maior possuem mais oportunidades para acessar os aparatos do Poder Judiciário. Como conclusão, o Atlas apresenta a seguinte concepção:

O comportamento esperado era de relação direta entre o IDH e o índice de acesso, pressupondo-se que melhorias educacionais e de renda ampliariam as chances de acesso. A primeira por permitir melhor conhecimento sobre direitos; o segundo, por diminuir o custo marginal do recurso à justiça e o custo de oportunidade, em relação à alocação de tempo para o trabalho. Os principais achados foram: 1. A relação entre índice é direta, tendo ocorrido queda nos níveis de estados de menor IDH; 2. A variação absoluta foi modesta, mas notavelmente acentuou as posições anteriores, para mais e para menos; 3. Há desigualdade no acesso mesmo considerando-se o IDH como fator de variação. (grifo nosso)⁶³.

Com isso, pode-se afirmar que os fatores socioeconômicos no Brasil afetam diretamente a sociedade que pretende buscar o Poder Judiciário para a resolução de seus conflitos. Dados de como tal discrepância estatística pode afetar o acesso à justiça nas regiões mais pobres, podem ser percebidos na seguinte figura 3⁶⁴.

63 CNJ (2014), Atlas de acesso à justiça: indicadores nacionais de acesso à justiça. Disponível em: <http://pt.slideshare.net/justicagovbr/pesquisa-srj-atlas1>. acesso em: fev 2016.

64 Atlas de acesso à justiça: indicadores nacionais de acesso à justiça http://daleth.cfj.jus.br/atlas/Internet/QUADRODEVARASFEDERAIS_arquivos/sheet001.htm. acesso em: 10.mai.2016..

A figura, desenvolvida pelo CNJ, mostra a disparidade de Tribunais Federais (Varas Federais) nos Estados do Acre, Amazonas, Pará, Rondônia, Roraima, Bahia e Piauí, quando comparados com a densidade populacional da região. Se comparados os números de Tribunais e da área geográfica, como por exemplo do Estado do Acre (164.124 km²)⁶⁵ e Amazonas (1.559.149 Km²), é possível concluir que, o Estado Amazonas, com área de quase dez vezes maior que o Estado do Acre, possui a mesma quantidade de Tribunais Federais, ou seja, dez Varas.

Portanto, é possível concluir que as regiões mais pobres e carentes (Acre, Amazonas, Pará, Rondônia, Roraima, Bahia e Piauí) acabam tendo uma limitação no acesso à justiça, já que o número de “portas” não se mostra suficientemente dimensionado quanto a áreaXpopulaçãoX número de tribunais, demonstrando a exatidão dos índices IDH e INAJ, expostos acima.

Ressalta-se ainda que os Programas e Ações de acesso à justiça no Brasil, que foram expostos anteriormente, muitas vezes, não estão presentes em todos Estados do Brasil, como é possível verificar nos sites de cada programa⁶⁶.

Outro estudo desenvolvido no Brasil, encampado pelo Conselho Nacional de justiça (CNJ) e o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), apresenta dados que confirmam que as desigualdades sociais afetam diretamente o acesso à justiça no Brasil.

Trata-se do “Panorama do acesso à justiça no Brasil, 2004 a 2009”⁶⁷, período pós Emenda Constitucional n. 45, o qual tratou de importantes aspectos para ampliação do acesso à justiça no Brasil. Tal estudo está baseado na Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios – (PNAD)⁶⁸ na qual foram entrevistadas cerca de 150 mil famílias ou aproximadamente 339 mil pessoas somente no ano de 2009, em praticamente todo o território brasileiro. A pesquisa foi realizada com pessoas de 18 anos ou mais e considerou apenas um conflito vivenciado por essas pessoas, classificados como de maior gravidade.⁶⁹ Do universo pesquisado, 12,6 milhões de pessoas se envolveram em algum tipo de conflito de 2004 a 2009.

65 Estatísticas por Estado. Disponível em <http://www.ibge.gov.br/estadosat/perfil.php?Lang=&sigla=ac>. acesso em 10.mai.2016.

66 Para consultar o site de cada programa verifique os endereços nas notas 6 a 18, deste trabalho.

67 Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/relat_panorama_ acesso_pnad2009.pdf. acesso em: 10. Mai. 2016

68 Implementada gradativamente a partir de 1967, desde 1971 a PNAD é realizada anualmente pelo IBGE1. A motivação principal para a sua criação foi a necessidade de suprir a falta de informações básicas sobre a população durante o período intercensitário. A pesquisa é composta por um questionário básico –no qual são investigadas características relativas à habitação, educação, mão de obra, demografia e rendimento– e por questionários suplementares, no qual são definidos temas específicos a cada ano (fecundidade, saúde, previdência, situação do menor, vitimização e violência, entre outros). Panorama de acesso à justiça 2004 a 2009.

69 CNJ (2010) Panorama de acesso à justiça 2004 a 2009. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/relat_panorama_ acesso_pnad2009.pdf acesso em 14. Abr. 2016.

Dos entrevistados, 92,7% declararam haver passado por algum tipo de conflito e ter tentado resolvê-lo, sendo que a população, na busca pela solução dos conflitos, considera que o Poder Judiciário é o caminho adotado por 70,2% dos que participaram do estudo, enquanto 6,6 % buscaram ajuda nas forças policiais e 3,9% buscaram a resolução de seu problema no Procon⁷⁰.

Importante analisar de maneira minuciosa o percentual sobre pessoas que não buscaram a solução dos seus conflitos em nenhuma das entidades estatais. Apesar de ser apenas 7,3% dos entrevistados, pode-se concluir, em comparação com os dados de renda econômica dos 92,7% das pessoas que buscaram solucionar suas demandas por meio das "portas" de justiça, que o grupo dos que não acessam à justiça possui renda *per capita* é inferior ao outro grupo, conforme se verifica na figura 4.

Outro percentual importante refere-se ao nível de ensino dos pesquisados, demonstrado na figura 5. Considerou-se no estudo em análise, o parâmetro de 9 anos de estudo que equivale a ter concluído o ensino fundamental, como limiar mínimo classificatório. Verifica-se que a população que não buscou as "portas" formais de acesso à justiça possuía 6,8 e 7,6 anos de estudo, equivalendo dizer que essa população sequer completou o ensino fundamental. Já aqueles que buscaram resolver pelas "portas" formais de acesso à justiça, possuíam pelo menos o ensino médio incompleto.⁷¹

O nível educacional⁷² também afeta a percepção das pessoas quanto ao conhecimento do papel do Poder Judiciário na resolução dos conflitos, conforme demonstrado na figura 6, que, demonstra que quanto menor a escolaridade, menor será o conhecimento sobre o funcionamento e o papel das instituições judiciais brasileiras. Aponta-se ainda para a faixa de renda abaixo da média, considera que o "custo da justiça" é muito caro. Tais dados demonstram o papel que a educação desempenha na formação do cidadão para a resolução de seus conflitos.

Quando considerado a renda *per capita* das pessoas que não buscaram o Poder Judiciário, demonstrado pela figura 7, é possível verificar que o componente "custo da justiça"⁷³ está relacionado ao grau de pessoas que possuem renda abaixo da média nacional.

70 OP. Cit.

71 Op. Cit. Pp. 16 e 17.

72 Op. Cit. Pp. 31.

73 Op. Cit. Pp. 33.

3.3 Dificuldades jurídicas que impedem o efetivo acesso à justiça no Brasil

Neste ponto, passa-se a analisar as dificuldades no âmbito jurídico, quanto a aplicação das normas de Direito Internacional, e em particular, o Pacto de San José de Costa Rica, enfrentadas por operadores jurídicos, em especial, os advogados e os juízes.

Portanto, não se trata de repetir as linhas escritas acima sobre a orientação monista e sua classificação quanto a hierarquia destinada aos tratados, convenções e acordos internacionais ratificados pelo Brasil, mas, sim, demonstrar que ademais dos pontos difíceis levantados, outros existem e acabam contribuindo com a limitação do acesso à justiça no Brasil.

O papel desempenhado pelos tratados internacionais de direitos humanos no mundo atual é de extrema importância e já não é possível negar que os direitos previstos nestes documentos são de ordem obrigatória e devem ser respeitados e devem ser aplicados por todos os operadores jurídicos.

Assim, como garantidor da ordem constitucional e da correta aplicação dos preceitos jurídicos, o Poder Judiciário deve estar em sintonia com as disposições contidas nestes instrumentos internacionais. Da mesma forma os bons advogados devem aplicar em seu dia a dia as lições contidas nesses documentos para sempre garantir, de forma ampla, os direitos de seus clientes.

Mas nem sempre ocorre de forma tranquila a utilização das disposições contidas no instrumento estrangeiro, devido a diversos fatores e entre eles se destaca a questão da formação em Direito Internacional, tanto para juízes quanto para advogados, que se mostra deficiente, conforme se demonstrará a seguir.

Toma-se por base, a pesquisa realizada em 2005, sob o título: "Direitos Humanos e justiciabilidade: pesquisa no Tribunal de justiça do Rio de Janeiro"⁷⁴, que, apesar de ser relativamente antiga, demonstra de forma clara as dificuldades encontradas quanto a aplicação de tratados internacionais nas decisões proferidas pelo Judiciário.

O trabalho em tela realizou uma pesquisa com 225 varas e em 26 câmaras cíveis e criminais, com o envio de questionário aos julgadores e aos desembargadores e visava conhecer as formas de aplicação do Direito Internacional nas decisões, qual a formação dos magistrados em

74 Cunha, José Ricardo (2005), Direitos humanos e justiciabilidade: pesquisa no Tribunal de justiça do Rio de Janeiro. Sur. Revista Internacional de Direitos Humanos, Dec. 2005.

Direito Internacional e qual a concepção que tais magistrados tinham sobre o Direito Internacional. Os resultados são preocupantes e demonstram a falta de preparo dos magistrados nas questões que envolvam direitos humanos e a aplicação de tratados internacionais ratificados pelo Brasil.

Com relação à formação acadêmica, a pesquisa apurou que 84% dos juízes informaram que não tiveram uma formação, uma disciplina, que incluísse questões de Direitos Humanos, sendo que nas respostas positivas apenas 4% cursaram uma disciplina de forma obrigatória e em 12%, de forma opcional.

A prática dos ensinamentos de Direitos Humanos também foi verificada e somente 6% dos magistrados estiveram engajados, de forma particular, em algum tema relacionado aos Direitos Humanos. Tais constatações, levam ao entendimento de que os magistrados não compreendem a dimensão atual e a importância que os Direitos Humanos possuem. Já nos anos de 2000, o Secretário Geral das Nações Unidas, Kofi Annan no "Relatório do Milênio"⁷⁵, se referia ao Direitos Humanos:

É agora amplamente aceito que o sucesso econômico depende em grande medida da qualidade do governo de que o país possui. Um bom governo compreende a garantia do Estado de Direito, instituições estatais eficazes, transparência e responsabilização na gestão dos assuntos públicos, respeito pelos direitos humanos e participação de todos os cidadãos nas decisões que afetam as suas vidas. Embora possa existir controvérsia quanto às formas mais apropriadas que devem assumir, não podem existir dúvidas quanto à importância destes princípios.

Ao não compreender o papel que os Direitos Humanos possuem na defesa dos cidadãos, os preceitos contidos no preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos do Homem são feridos já que é papel do Estado garantir os direitos ali expostos "[...] é essencial a proteção dos direitos do Homem através de um regime de direito, para que o Homem não seja compelido, em supremo recurso, à revolta contra a tirania e a opressão [...]"⁷⁶.

Quer dizer que os cidadãos somente estarão em pleno gozo dos seus direitos se, efetivamente, estiverem garantidos nos ordenamentos jurídicos de cada país. Significa ainda que não basta estarem previstos, é preciso garantir a aplicação prática e cotidiana de tais direitos.

75 ONU - A/54/2000. "We the Peoples: the Role of the United Nations in the Twenty-First Century" Report of the Secretary. Item 84. Disponível em: http://www.un.org/en/events/pastevents/pdfs/We_The_Peoples.pdf. acesso em 20. Mai. 2016.

76 Disponível em: <http://www.humanrights.com/pt/what-are-human-rights/universal-declaration-of-human-rights/articles-01-10.html>. acesso em 10.mai.2016.

Desta forma, o Poder Judiciário e seus operadores, incluindo-se os advogados, devem se empenhar em bem empregar as normas de Direitos Humanos sejam eles advindos da esfera nacional ou internacional. Isto somente ocorrerá se tais atores estiverem familiarizados com as regras contidas no ordenamento jurídico nacional e aquelas contidas nos instrumentos internacionais ratificados no Brasil.

Mas, não são todos os magistrados que compreendem o real papel dos Direitos Humanos no seu labor jurisdicional, ao proferir as sentenças já que, quando questionados sobre a caráter dos direitos humanos, 7,6% dos magistrados afirmaram serem “valores sem aplicabilidade efetiva”, 34,3%, dos inqueridos afirmaram que os direitos humanos constituiriam “princípios aplicados na falta de regra específica” e 54,3% dos juízes consideraram “regras plenamente aplicáveis”.

Os dados apresentados, sobre os 54,3%, demonstram uma certa consciência sobre o papel dos direitos humanos, mas a falta de preparo dos juízes, como demonstrado, leva a aplicação defeituosa de tais disposições às decisões proferidas. Sobre os 34,3%, é possível verificar o papel subsidiário que os Direitos Humanos desempenham nas decisões quando, na verdade, deveriam ser considerados e aplicados em todas as questões relacionadas ao tema. Por fim, o percentual de 7,6% demonstra uma deficiência importante na formação dos magistrados e o evidente prejuízo aos cidadãos nas decisões que versaram sobre Direitos Humanos.

Evidente, também, o desconhecimento sobre a vinculação dos Estados quando da ratificação dos instrumentos internacionais, já que, se em vigor e ratificado pelos representantes estatais, os mesmos vinculam aqueles, sendo obrigatória sua aplicação e não se admite que as partes tratantes se recusem a aplicar as disposições mediante a afirmativa de que o seu “direito nacional” versa o contrário. São obrigações internacionais assumidas e por isso não podem ser afastadas.

Sobre os sistemas de proteção instituídos pela ONU e pela OEA, a pesquisa demonstrou que 59% dos magistrados possuem conhecimento superficial e 20% informaram que desconhecem o funcionamento dos sistemas de proteção, ou seja, apenas 21% conhecem efetivamente os sistemas.

Mas, os dados mais preocupantes e que demonstram a total deficiência quanto ao conhecimento dos magistrados sobre os tratados internacionais, encontram-se na última parte do estudo desenvolvido no estado de Rio de Janeiro e estão expostos na figura 8.

Conforme se pode observar, na média, 71,6% dos magistrados entrevistados não utilizam nenhum tratado internacional em suas decisões. Tal número demonstra que apesar dos esforços empreendidos pelos organismos internacionais na busca de se estabelecer uma consciência bá-

sica e mínima sobre a necessária aplicação dos tratados e sobre os Direitos Humanos, a grande maioria dos juízes pesquisados não aplicam os instrumentos internacionais ratificados.

Para o este estudo, que trata principalmente sobre a Convenção Americana de Direitos Humanos, o Pacto de San José da Costa Rica, os dados revelam que 66% dos juízes não aplicam os dispositivos da referida Convenção. Isto quer dizer que na prática, muitas decisões não são baseadas no instrumento e, novamente, o prejuízo para as partes se torna evidente, limitando de forma considerável o acesso a uma ordem jurídica mais justa.

Portanto, é necessário um esforço extra para a melhoria da formação dos juízes em matérias de Direitos Humanos para que, por consequência, possam aplicar os tratados internacionais de forma abrangente em suas decisões. Não é outo o entendimento exposto pelo "Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos" em publicação que busca evidenciar o papel dos juízes e dos advogados em matéria de Direitos Humanos:⁷⁷.

A formação e educação contínuas dos juízes na área das normas nacionais e internacionais de direitos humanos são essenciais para que estas normas se tornem uma realidade com significado a nível interno. Sem tal formação, a realização dos direitos humanos será uma ilusão. O Comitê dos Direitos do Homem tem vindo, por diversas vezes, a salientar a importância de garantir a formação em direitos humanos dos juízes, outros juristas e funcionários responsáveis pela aplicação da lei.

Da mesma forma, os advogados devem estar preparados para a aplicação dos tratados na defesa de seus clientes desde a proposição da demanda já que para seu efetivo reconhecimento pelas cortes superiores, STF e STJ, é necessário que os tratados sirvam de base para as teses de defesa propostas, conforme o entendimento do STF: STF - RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO: ARE 945952 DF - DISTRITO FEDERAL 0003914-33.2011.4.05.8400⁷⁸ e STF - RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO : ARE 785663 MT ⁷⁹.

77 ONU, Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos (2003), *Direitos Humanos na Administração da justiça MANUAL DE DIREITOS HUMANOS PARA JUÍZES, MAGISTRADOS DO MINISTÉRIO PÚBLICO E ADVOGADOS*, Nova Iorque, pp. 109.

78 "Acesso à justiça - alegada violação dos princípios constitucionais, do Pacto de São José da Costa Rica, do Pacto de Direitos Políticos da ONU, da Declaração Universal dos Direitos Humanos, somente foi referida por ocasião do recurso especial, não podendo, portanto, ser conhecida, sob pena de supressão de instância. Demonstra a falta de preparo dos advogados em relação ao conhecimento de direito internacional." Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/322876377/recurso-extraordinario-com-agravo-are-945952-df-distrto-federal-0003914-3320114058400>. acesso em 10.mai.2016..

79 Ademais, quanto à alegação de contrariedade ao art. 5º, caput, e incs. II, XXXV, da Constituição, e ao art. 8º, item 1, do Pacto de San José da Costa Rica, verifica-se que os dispositivos não foram objeto de debate e decisão prévios no Tribunal de origem, tampouco foram opostos embargos de declaração com a finalidade de comprovar ter havido, no momento processual próprio, o prequestionamento. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24935854/recurso-extraordinario-com-agravo-are-785663-mt-stf> acesso em 10.mai.2016.

Tal entendimento ainda pode ser comprovado quando realizamos uma consulta no site do Supremo Tribunal Federal ao conjugarmos os termos: “Pacto de San José da Costa Rica” com “Acesso à justiça”, tendo sido encontrados quatro julgados que se referiam ao art. 5, XXXV da Constituição Federal e menção a artigos do Pacto. Contudo, todas as decisões levaram ao indeferimento dos pedidos, por não estarem bem invocados nas petições, os artigos do instrumento internacional⁸⁰.

Conclusões

Do presente estudo pode-se concluir o Brasil tem empregue forças, ao menos do ponto de vista formal, para que o acesso à justiça, seja realizado. O Brasil possui uma legislação bastante completa, que abarca a proteção do direito de acesso à justiça na sua mais ampla concepção. Apesar de não possui em sua Constituição um dispositivo que mencione diretamente o direito de acesso à justiça, o seu art. 5, XXXV cuidou de prever que: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, que como aludido ao longo do trabalho é denominado atualmente de princípio de acesso à justiça. Se outrora, defendia-se que o referido art. 5, XXXV dispunha somente sobre o direito de alguém propor uma ação perante o judiciário; a jurisprudência, ao longo do tempo, sedimentou o entendimento que outros meios de solução de controvérsias, desde que respeitando os princípios da autonomia da vontade e da autodeterminação, também são consideradas formas de assegurar o acesso à justiça.

Levando em conta às três ondas renovatórias de acesso à justiça tratados por Cappelletti e Garth, base teórica deste estudo, pode-se afirmar que o Brasil abrange em seu sistema jurídico a proteção destes três pilares: 1) possui um sistema que assegura assistência gratuita aos hipossuficientes, tendo atualmente como um dos seus principais agentes a defensoria pública; 2) dá proteção aos interesses coletivos e difusos, a exemplo da proteção do consumidor, meio ambiente, entre outros; 3) incentiva os meios complementares de resolução de controvérsias, por meio de legislação específica e implementação de políticas públicas.

Ao lado da proteção formal do acesso à justiça, o Brasil possui ações e políticas públicas que tentam assegurar a implementação destes direitos. Estas ações abarcam não só medidas práticas para assegurar este acesso, mas também medidas informativas na tentativa de viabilizar o conhecimento sobre os direitos que possuem os cidadãos. Dentro destas práticas, existem projetos importantes que visam a atender as particularidades de parcela da população, como

80 Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?Q=pacto+de+san+jose+%22acesso+%C3%A0+justi%C3%A7a%7a%22&idtopico=T10000002>. acesso em 14/03/2016.

as ribeirinhas e indígenas. Outros projetos, tentam proteger os vulneráveis e/ou hipossuficientes, como no projeto justiça itinerante e proteção específica às mulheres.

Neste ponto, pode-se afirmar que o Brasil possui uma legislação, que do aspecto formal é inclusiva, e possui ações importantes que tentam minimizar os problemas de acesso à justiça. Entretanto, pergunta-se: será que, por exemplo, o programa Mapa de acesso à justiça ou consumidor.gov, atinge a toda população brasileira? Será que toda população brasileira possui acesso à internet ou é devidamente alfabetizado para poder fazer uma pesquisa online a respeito de seus direitos e o lugar mais pertinente para requerer sua proteção? Será que a defensoria pública está instalada em todos os rincões do Brasil, principalmente, onde a população mais necessita de sua atuação?

Este foi o intuito desta pesquisa, compreender as lacunas do acesso à justiça no país, visando compreender o porquê de o Brasil ainda possuir problemas para efetivar o acesso à justiça material e eficiente à sua população, apesar de possuir uma legislação avançada e de políticas públicas importantes.

Conclui-se que as desigualdades sociais, culturalmente persistentes no Brasil, ainda continuam sendo um percalço na implementação do acesso à justiça no Brasil. A legislação federal prevê o acesso à justiça de maneira formal, mas não abrange as necessidades específicas de cada região, que acabam tendo índices de maior ou menor acesso equiparados aos menores ou maiores índices de educação/riqueza.

O Poder Judiciário, da maneira que tradicionalmente está previsto, não dá respostas efetivas à população de maneira geral, pois além de dar tratamento desigualitário à população, a organização jurídica não respeita o princípio da duração razoável do processo, prevista no Pacto e pela Emenda Constitucional n. 45. Isto pode ser percebido na análise jurisprudencial realizada na pesquisa, em que grande parte dos casos levados à Corte Interamericana de Direitos Humanos (âmbito internacional) ou ao Supremo Tribunal Internacional (em âmbito interno) tratam do ferimento ao art. 8, I da Convenção Americana de Direitos Humanos (ou Pacto de San José da Costa Rica), por não tardar a dar a prestação jurisdicional adequada e satisfatória, em tempo hábil, para o qual deveria estar preparado o Poder Judiciário. Isto pode ser constatado nos Casos Ximenez Lopes; Garibaldi e Guerrilha do Araguaia levados perante à Corte Interamericana e, em ao menos, 64 julgados levados ao Supremo Tribunal Federal brasileiro.

Do ponto de vista internacional principalmente, analisando a aplicação efetiva do Pacto de San José da Costa Rica, pode-se afirmar que, o Brasil fez modificações significativas na sua

Constituição para se adequar aos conflitos textuais ou omissos que existiam em relação à Convenção Americana, como foi o caso da inclusão da duração razoável do processo no seu art. 5.

A jurisprudência também modificou seu entendimento, dando proteção mais extensiva aos indivíduos quando o texto da Convenção Americana era mais benéfico do que o texto Constitucional, como no caso do depositário infiel. No caso do depositário infiel, houve a modificação, inclusive, da Súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal. Isto porque, ao adotar a teoria monista nacionalista, a Constituição é considerada hierarquicamente superior aos tratados internacionais. Desta forma, também influenciado por discussões jurisprudenciais sobre o impacto do Pacto de San José da Costa Rica no Brasil, foi concedido o status de supra-legal à Convenção Americana e, pela importância deste instrumento no âmbito nacional, foi incorporado ao texto constitucional o parágrafo 3 do art. 5, prevendo que, a partir de 2004, os tratados internacionais que versem sobre Direitos Humanos e aprovados por quórum qualificado, terão status de Emenda Constitucional.

Sendo assim, percebe-se que, apesar de, do ponto de vista da hierarquia das leis, haver a previsão de que a Constituição está "acima" dos tratados, hoje, o sistema jurídico brasileiro viabiliza, tanto em âmbito legislativo quanto jurisprudencial, que o Pacto de San José seja incorporado, ao menos do ponto de vista formal, na sua totalidade. Sendo assim, com as mudanças significativas ocorridas ao longo dos anos, ao adotar nossa Constituição, conseqüentemente está se adotando as diretrizes do Pacto, porquanto a Constituição abordou, no âmbito legislativo ou jurisprudencial, as questões conflituosas enfrentadas perante à Convenção Americana.

Com relação aos estandartes mínimos de acesso à justiça (art. 1, 8 e 25 do Pacto), a grande maioria das previsões já haviam correspondente no dispositivo constitucional brasileiro.

Desta forma, percebe-se que, no Brasil, talvez por adotar a teoria monista nacionalista, ou mesmo pela cultura jurídica de "esquecimento" dos juristas de que os tratados também fazem parte do nosso sistema jurídico, a menção do Pacto, em petições perante o Poder Judiciário, fica muito aquém do que poderia ser mencionado. Isto, de certa forma, influencia na relativamente baixa produção jurisprudencial de referências ao Pacto de San José, pois este já acaba sendo recepcionado pelos dispositivos constitucionais mencionados, "hierarquicamente superior" ao Pacto.

Mas analisando-se a jurisprudência, ainda se constata que, parte da jurisprudência que trata dos estandartes mínimos de acesso à justiça, vai no sentido de afastar a análise dos dispositivos da Convenção por não ter sido alegada em Primeira Instância. Portanto, os juristas só se lembram do Pacto quando "batem às portas" das Cortes Superiores de justiça. Mesmo assim,

percebe-se que grande parte dos estandartes mínimos de acesso à justiça têm sido observados, pois a Constituição, como mencionado anteriormente, recepcionou as previsões dos arts. 1, 8 e 25 do Pacto no seu texto legal.

Avaliando-se os estandartes mínimos de acesso à justiça (art. 1, 8 e 25 da Convenção) nos casos brasileiros levados à Corte Interamericana de Direitos Humanos, percebe-se que estas garantias são, na sua maioria, asseguradas pelo Estado Brasileiro, salvo o já mencionado art. 8, I da Convenção cujo não cumprimento é reticente.

Conclui-se, ainda, que o Brasil adota uma concepção ampla de acesso à justiça, sendo um dispositivo constitucional em categoria de Direito Fundamental, previsto no art. 5, XXXV da CF. Esta concepção ampla também é evidenciada pela jurisprudência, que concedeu a interpretação ao texto "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito", de que o acesso à justiça deve ser compreendido para além do acesso ao Poder judiciário, mas também o vê como acesso aos meios alternativos/adequados de solução de controvérsias, como se pode observar no Caso MBV x Resil.

De todo o exposto, pode-se constatar que, além do Poder Judiciário não conseguir dar resposta ao grande número de demandas que chegam ao seu conhecimento, ele é acometido de problemas pontuais de cunho regional, que faz que o diagnóstico de acesso à justiça seja mais complexo devido às dimensões continentais e os problemas de disparidade socioeconômica do país. Soma-se a esses fatores uma cultura da sociedade de litigar em juízo todas as vezes que um conflito é estabelecido, preterindo a tentativa de pôr fim ao litígio de forma pacífica.

Por conta desse panorama, surge a necessidade de repensar o modelo existente e a inevitável constatação da necessária busca por soluções que possam apresentar melhores resultados nas questões de tempo e eficiência. Assim, acesso à justiça deve compreender não apenas a proteção aos economicamente menos privilegiados, embora grande parte da atenção dos estudos deste acesso deva estar voltada a esses indivíduos. acesso à justiça deve estar associado à ideia de facilitação de acesso aos meios de proteção igualitária, inclusive regionais, preocupando-se com a segurança jurídica das decisões dada a todos que procuram uma prestação jurisdicional. Prestação esta que deve ser feita de maneira célere, econômica, de qualidade e efetiva.

Por fim, conclui-se que, há um longo caminho a ser percorrido no Brasil e muitos problemas para serem resolvidos. Apesar das instituições, dos direitos, dos princípios e todo aparato legislativo implantado desde a promulgação da Constituição Federal da República Federativa

do Brasil de 1988, os problemas persistem conforme o exposto e nos fazem refletir sobre a eficiência do acesso à justiça.

Considera-se, como primeira perspectiva, formas mais eficazes para dar resposta imediata aos problemas de acesso à justiça, no âmbito interno, que foram diagnosticados ao longo deste estudo, por meio do fortalecimento do uso de métodos complementares de soluções de controvérsias, levando em consideração às particularidades regionais de cada Estado. Tendo em vista que esta medida além de tratar de maneira efetiva e personalizada cada conflito, também ajudaria a resolver outro problema recorrente: a resposta tardia do Poder Judiciário na entrega da tutela jurisdicional.

O estímulo ao uso dos meios adequados de solução de controvérsias deveria ser previsto em todos os Cursos de Direito, como forma de viabilizar que os operadores do Direito modifiquem sua maneira combativa para uma maneira cooperativa de resolução de controvérsias. Este estímulo também proporcionaria o desenvolvimento de capacidades de as pessoas resolverem seus problemas como agentes ativos na construção do processo da gestão de conflitos. Visto que, na maioria das vezes, as partes, os verdadeiros interessados e impactados pelas decisões proferidas no Poder Judiciário, são peças olvidadas nos processos judiciais. Para tanto, a melhor divulgação dos métodos consensuais, tais como mediação e conciliação, deve ser medida não apenas legislativa, mas como verdadeiro projeto de mudança cultural, evitando que a cultura da sentença continue perdurando no país.

Como perspectiva final, do ponto de vista das lacunas percebidas em âmbito internacional, defende-se um aprimoramento das disciplinas de Direito Internacional, desenvolvimento nos cursos de direito de disciplinas relacionadas aos Direitos Humanos e Direito Internacional, bem como, cursos internacionais a serem desenvolvidos pela Organização dos Estados Americanos (OEA) com a mesma temática. Tais iniciativas devem ser desenvolvidas visando a formar operadores do Direito conscientes da importância da menção dos Tratados Internacionais em petições internas e juízes mais conscientes da importância dos Direitos internacionalmente constituídos, tendo em vista os Tratados serem parte de nossa legislação, atitude que estimularia uma produção jurisprudencial mais densa, principalmente ao que se refere, à Convenção Americana de Direitos Humanos e, com certeza, elevaria os níveis de acesso à justiça.

Anexo - Figuras
Figura 1- IDH



Fonte: Atlas do Desenvolvimento Humano no Brasil 2013.

Figura 2 - INAJ X IDH

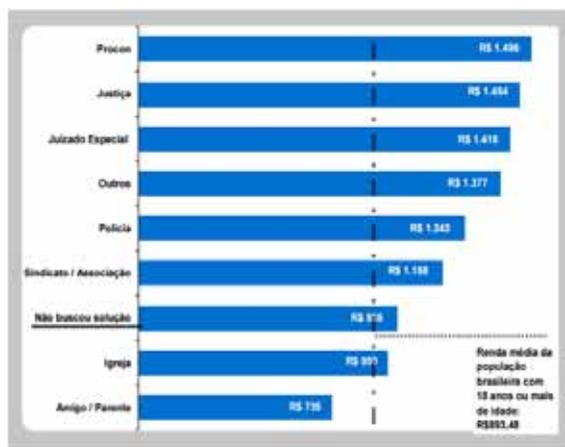


Fonte: Atlas de acesso à justiça 2014.

Figura 3 – Número de varas nas regiões mais pobres

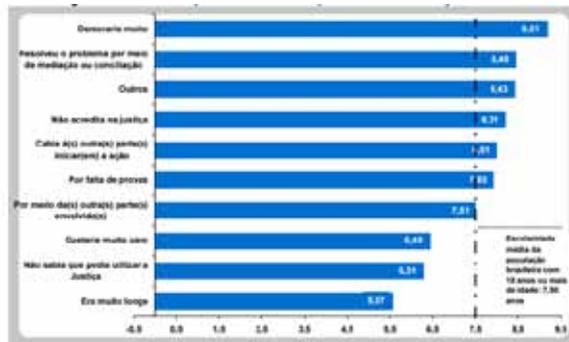
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO			
SEÇÕES JUDICIÁRIAS	TOTAL DE VARAS	LOCALIDADES	POPULAÇÃO
Distrito Federal	27 Varas	Brasília	2.852.372
Acre	10 Varas	Rio Branco Cruzeiro do Sul	760.101
Amapá	16 Varas	Macapá Oiapoque Laranjal do Sul	730.913
Amazonas	10 Varas	Manaus Tefé Tefé	3.872.783
Pará	31 Varas	Belém Altamira Capanema [...]	8.074.000
Roraima	12 Varas	Porto Velho Boqueirão da Boa Vista St. Raimundo, Vitória	1.748.531
Roraima	01 Varas	Boa Vista	496.956
Bahia	24 Varas	Salvador Alagoinhas Barrois [...]	15.173.171
Piauí	11 Varas	Teresina Floriano Parnaíba [...]	3.194.719

Figura 4 – Renda “per capita” daqueles que buscaram e não buscaram resolver seus conflitos.



Fonte: Conselho Nacional de justiça – CNJ

Figura 5 – Escolaridade daqueles que buscaram
 não não buscaram resolver seus conflitos.



Fonte: Panorama de acesso à justiça, 2004 a 2009.

Figura 6 – Escolaridade e os motivos de buscar o judiciário.

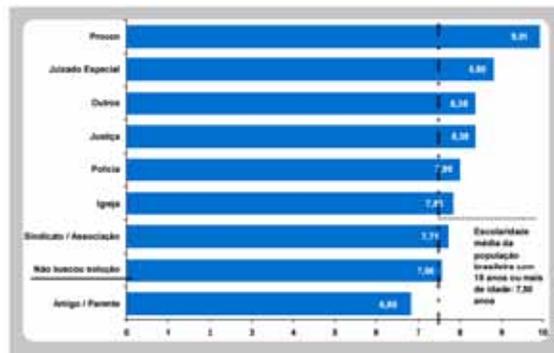
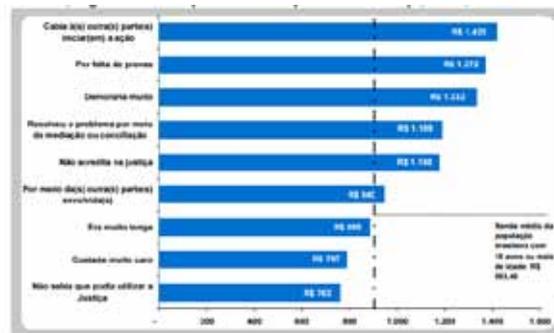


Figura 7 – Renda daqueles que não buscaram o Judiciário.



Fonte: Panorama de acesso à justiça, 2004 a 2009

Figura 8 – Dados sobre o conhecimento dos entrevistados dos tratados internacionais

Utiliza o instrumento internacional nas suas decisões?	Não utilizo %	Frequentemente %	Raramente %	Não respondeu %
Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos?	74,0	5,0	19,0	2,0
Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais?	75,0	3,0	20,0	2,0
Convenção Americana de Direitos Humanos?	66,0	9,0	24,0	1,0
Protocolo de San Salvador?	67,0	5,0	26,0	2,0
Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de discriminação racial	75,0	8,0	15,0	2,0
Convenção para a Eliminação de toda Forma de discriminação contra a mulher	73,0	8,0	17,0	2,0
Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e erradicar a violência contra a mulher	73,0	8,0	17,0	2,0
Convenção Interamericana para Prevenir e punir a tortura	73,0	10,0	16,0	1,0
Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou penas cruéis, desumanos e degradantes	73,0	11,0	14,0	2,0
Convenção sobre os Direitos da Criança?	68,0	12,0	18,0	2,0
Convenção Interamericana para a Eliminação de todas as Formas de discriminação contra as pessoas portadoras de deficiência	71,0	10,0	18,0	1,0
Média %	71,6	8,1	18,5	1,7

Fonte: elaboração dos autores.

Acesso à justiça no Brasil: legislação, jurisprudência e análise comparativa com o sistema interamericano de direitos humanos

Mônica de Melo¹ / Joao Vitor Cardoso² / Konstantin Gerber³

Resumen: Este estudio investiga el derecho de acceso de justicia en perspectiva comparada con el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, con el fin de consolidar un contenido común de dicho derecho en América Latina. En este sentido, recorre la jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal (STF Supremo Tribunal Federal en Portugués) y del Superior Tribunal de Justicia (STJ Superior Tribunal de justiça en portugués), buscando casos que demuestren el acceso de justicia como política de Estado. Por ejemplo, las políticas públicas que buscan la eliminación de la violencia contra la mujer o aquellas relacionadas con las uniones homoafectivas, que surgen después de la tutela de casos individuales. Este trabajo revela estándares interamericanos para corroborar un acervo común del sistema regional de protección de los derechos humanos, desde una mirada crítica, para que podamos detectar los avances, retrocesos y desafíos que debemos enfrentar.

Palabras-clave: acceso de justicia; estándares interamericanos; jurisprudencia; políticas públicas.

- 1 Defensora Pública do Estado de São Paulo e Professora de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP, onde integra o grupo de pesquisa Direito, Discriminação de Gênero e Igualdade. Membro da Associação Brasileira dos Constitucionalistas Democratas – ABCD, Co-Coordenadora do Curso de Especialização em Direito Constitucional da PUC/SP e Doutoranda em Direito Constitucional na PUC/SP. E-mail: monica-demel@gmail.com
- 2 Graduado em Direito pela PUC-SP, onde integra o grupo de pesquisas em direitos fundamentais. Pesquisador do PIBIC-CEPE (até 2012), do CNPQ (até 2013) e do NETI-USP. Advogado em São Paulo. E-mail: joao_vitor_cardoso@yahoo.com
- 3 Advogado Consultor em São Paulo, mestre e doutorando em filosofia do direito, PUC SP, onde integra o grupo de pesquisas em direitos fundamentais. Professor convidado do COGAE em direito internacional dos direitos humanos. E-mail: k.gerber@uol.com.br

1. Aportes iniciais para um conteúdo comum de acesso à justiça na América Latina

Somos testemunhas oculares de um continente desigual, violento e em permanente busca por superar sistemas políticos autoritários. Na América Latina, a redemocratização evidenciou demandas políticas e sociais antes reprimidas. Pressões por mais transparência, direitos e participação social. Deste movimento emergiu a demanda social por acesso à justiça⁴.

Cançado Trindade a respeito do recurso rápido, simples e eficaz do art. 25 da Convenção Americana de Direitos Humanos, Decreto 678 de 1992 (CADH), afirma tratar-se de uma garantia judicial de origem latino-americana, posto que prevista primeiramente na Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem de 1948⁵. Nesses termos, entende que a presunção de inocência e a possibilidade de uma pessoa submeter uma causa a uma autoridade judicial imparcial e competente corresponde a um princípio geral de direito, com a consequente proibição de denegação de justiça^{6,7}. Trata-se de uma interpretação ampla do devido processo legal, relacionando-o com o direito de acesso à justiça.

Na América Latina, a expressão acesso à justiça aparece, por primeira vez, no caso *Castillo Petruzzi vs Perú*, relacionando-se sua violação com o desrespeito às garantias do devido processo legal previstas no art. 8 da CADH⁸. A discussão gira em torno dos arts. 1. 1, 2, 8 e 25 da Convenção Americana, variando entre interpretações extensivas e mais restritas⁹.

Para países como o Brasil, que atualmente convive com índices altíssimos de letalidade policial¹⁰, de maior número de desaparecimentos forçados em tempos de democracia do que da

4 Nesse sentido: “O movimento universal de acesso à justiça foi, por várias décadas, manifestação importante de novo enfoque tanto da ciência jurídica quanto da reforma legislativa em muitos países do mundo”. Cappelletti, Mauro (1994), “Os Métodos Alternativos de Solução de Conflitos no Quadro do Movimento Universal de acesso à justiça” Revista de Processo, vol. 74 (Abr - Jun). São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1994, p. 82.

5 Corte IDH, *Caso “Instituto de Reeducación del Menor” vs Paraguay*, sentencia de 2 de septiembre de 2004, párr. 27, Voto Razonado del Juez A.A. Cançado Trindade

6 Ibid. Párrs. 25, 26

7 Na doutrina, distingue-se denegação de justiça do desafio à justiça, entendendo-se o primeiro conceito por não-obtenção de decisão em um prazo razoável; e, o segundo, por sentença manifestamente contrária ao direito. Cf. Arroyo, César Landa y Fanego, Coral Arangüena & Mc-Gregor, Eduardo Ferrer (2012), “El derecho al debido proceso”, Roca, El diálogo entre los sistemas Europeo & Americano de Derechos Humanos, Javier García & Fernández, Pablo Antonio & Santolaya, Pablo & Canosa, Raúl (Editores), Civitas, Thomson Reuters, Pamplona, p. 323.

8 Alvarado, Paola Andrea Acosta (2007), *El derecho de acceso a la justicia en la jurisprudencia interamericana*, Bogotá, Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, p. 16

9 Ibid. P. 10

10 Vide: Possas, M.T. y Dias, C.N. & Jesus, M.G.M. de & Natal, A & Ruotti, C (2015) “A prática de execuções na região metropolitana de São Paulo na crise de 2012: um estudo de caso”, *Revista Brasileira de Segurança Pública* 9, pp. 160-179.

própria ditadura¹¹, é de vital importância atentar-se para os julgados da Corte Interamericana que enfocam casos de obstrução de justiça, sobre omissões estatais em investigar e punir, correspondentes à cumplicidade para ocultar fatos, bem como o paradeiro das vítimas¹².

De modo a lançar indagações iniciais sobre o que considerar por um acervo regional de acesso à justiça, o próprio juiz Cançado Trindade sugeriu que:

*"efectivamente, la protección judicial (art. 25) y las garantías judiciales (art. 8º) forman conceptualmente un todo organico, y conforman el rule of law en una sociedad democrática. Los recursos efectivos ante las instâncias judiciales nacionales competentes (el habeas corpus, el amparo en la mayoría de los países latinoamericanos, el mandado de segurança en Brasil, entre otros, todos ellos en el sentido del artículo 25 de la Convención Americana) deben ejercerse en el marco, y según los principios, del debido proceso legal (consignados en el art. 8º de la Convención)"*¹³

Perguntar-se sobre um acervo regional latino-americano para o acesso à justiça exige partir dos chamados standards mínimos em direito internacional de direitos humanos, para, em segundo momento, confrontarmos com os problemas, jurídicos e sociais de nossos países¹⁴. Por evidente que o sistema interamericano não representa todos os problemas vividos em nossa região, mas pode ser considerado "uma boa caixa de ressonância desses problemas"¹⁵.

É de se reconhecer o impacto do sistema interamericano no Brasil¹⁶. Em decorrência dos casos submetidos à Comissão Interamericana, foram significativas as transformações institucionais, pois segundo Flávia Piovesan: os casos de violência policial foram determinantes para a adoção da Lei 9.299 de 1996, estabelecendo-se a transferência da justiça militar para a justiça comum do julgamento de crimes dolosos contra a vida cometidos por policiais militares; os casos envol-

11 Araújo, Fábio (2015), "Poder desaparecedor. Livrar-se de corpos foi tática de repressão na ditadura e mantém-se nas práticas de milicianos, traficantes e policiais", Revista de História da Biblioteca Nacional ano 11, n. 121, pp. 60-63

12 Para o chamado episódio conhecido como "crimes de maio", envolvendo várias execuções de civis, em maio de 2006, a Procuradoria-Geral da República solicitou Incidente de Deslocamento de Competência ao Superior Tribunal de Justiça, de modo que as investigações sejam federalizadas, diante da inércia das autoridades estaduais.

13 Alvarado, 2007, p. 60.

14 Como refere Willis Santiago Guerra Filho estribado em Max Salomon, Theodor Viehweg, Tércio Sampaio Ferraz Jr e Esser: "O objeto da ciência jurídica não seria propriamente normas, mas sim os problemas que a elas cabe viabilizar a solução" Cf. Guerra Filho, Willis Santiago (2007), Teoria processual da Constituição, São Paulo, RCS, p. 23.

15 Ver CIDH, El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. Estudio de los estándares fijados por el sistema interamericano de derechos humanos, 7 de setembro de 2007, p. 1, disponível em: <http://www.cidh.org/pdf%20files/ACCESO%20A%20LA%20JUSTICIA%20DESC.pdf> acesso em: 14 de junho de 2016.

16 Vale referir o contexto em que emergiu o sistema interamericano de proteção dos direitos humanos. Na época em que foi elaborado o futuro tratado da Convenção Americana, a (OEA) era sarcásticamente conhecida como ninho de ditaduras. Assim, se, por um lado, o sistema europeu nasceu de democracias querendo mostrar que os seus signatários eram diferentes das ditaduras do bloco comunista, por outro, o sistema interamericano surge no bojo de uma verdadeira liga de ditaduras, a camuflar-se como se democracias fossem.

vendo tortura e desaparecimento forçado, para a adoção da Lei 9.140 de 1995, que estabeleceu indenização para familiares de mortos e desaparecidos políticos; o caso de discriminação contra mãe adotiva diante de decisão do STF que negou licença gestante para a mãe adotiva, para a aprovação da Lei 10.421 de 2002, com extensão do direito de licença maternidade; e o caso de violência doméstica, que resultou na aprovação da Lei 11.340 de 2006 (Lei Maria da Penha)¹⁷.

Ainda que se argumente por “um constitucionalismo regional”¹⁸ ou até pela defesa de um “constitucionalismo transformador”¹⁹, é preciso sempre atentar para o fato de que o direito é um fenômeno ideológico²⁰. É preciso ter consciência da extrema crise orçamentária por que passa a Comissão Interamericana, do mesmo modo atentar para a falta de formação em direito internacional por parte de nossos juizes que compõem, todavia, um Poder Judiciário marcadamente conservador. Pois, não levar tais fatos em consideração seria adotar postura demasiado formalista, positivista, para não dizer, idealista, próprio de um constitucionalismo de quimera e de conservação.

Reconhecem-se as transformações decorrentes do sistema interamericano, nada obstante, permanecem os desafios. Pois, não se pode ignorar que nos casos envolvendo condenações ao Brasil na Corte Interamericana, o Estado brasileiro pouco ou nada faz em termos de investigar e punir ou, ainda, com relação aos programas de reforma institucional, apenas cumprindo, em parte, com as determinações de reparação pecuniária e publicação das sentenças²¹.

2. Parâmetros interamericanos de acesso à justiça

Em primeiro lugar, cumpre trazer reflexão acerca da “técnica dos standards de direitos humanos”²² em face do direito constitucional que, segundo José Joaquim Gomes Canotilho,

17 Piovesan, Flávia (2015), “Sistema interamericano de proteção dos direitos humanos: impacto, desafios e perspectivas à luz da experiência brasileira.” Acosta Alvarado, Paola Andrea & Nuñez Poblete, Manuel (Coord.) El margen de apreciación en el sistema interamericano de derechos humanos: proyecciones regionales y nacionales, México, Unam, pp. 147-148.

18 Ibid. P. 143

19 Vide: Vilhena, Oscar & Baxi, Upendra & Viljoen, Frans (editors) (2013), Transformative constitutionalism: comparing the apex courts of Brazil, India and South Africa, Pretoria University Law Press, Pretoria: 2013

20 Garbellini Carnio, Henrique. Direito e ideologia: o direito como fenômeno ideológico. Panóptica. Revista Eletrônica Acadêmica de Direito, pp. 95-107, disponível em: <http://www.panoptica.org/seer/index.php/op/article/view/87> acesso em 14 de junho de 2016.

21 Cf. Zilli, Marcos (2015), Direito à verdade e justiça de transição nos países do cone sul: de 2012 a 2015, Seminário de 24 de agosto de 2015, Faculdade de Direito do Largo São Francisco, Universidade de São Paulo.

22 Canotilho, José Joaquim Gomes (2006), “Métodos de proteção de direitos, liberdades e garantias”, Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais. Visão Luso-Brasileira. José de Faria Costa & Marco Antonio Marques da Silva (Coord.), São Paulo, Quartier Latin, p. 141

consiste em uma “combinação de *hard law* e *soft law*, de imposições de vinculatividade e de apelos a regras de ética política, nacional e internacional”²³.

Pretende-se percorrer as noções de acesso à justiça no sistema interamericano como direito, garantia e serviço²⁴, sem prejuízo de menção a standards do sistema ONU, dado que pelo art. 29 da CADH, desde o caso concreto, é possível eleger a norma mais favorável ao indivíduo.

Paola Andrea Acosta Alvarado identifica haver interpretações extensivas de acesso à justiça nos julgados interamericanos que conjugam os arts. 1.1, 2, 8 e 25, de modo a ir além de um recurso para proteção de direitos humanos, compreendendo ações judiciais, administrativas, mecanismos de solução de controvérsias, para não dizer, o próprio aparato estatal; e outras, mais restritivas, que enxergam o art. 25, como recurso efetivo e o art. 8, como o meio para seu devido processo²⁵. Sinaliza que até o final dos anos 90, a Corte Interamericana interpretava os arts. 8 e 25 como garantia de recurso efetivo e devido processo, passando a conjugar com o art. 1.1, e que, a partir do caso *Cantos vs Argentina*, em 2002, relacionou o direito de acesso à justiça com o direito de ser ouvido^{26,27}. A expressão “acesso à justiça” associada ao art. 8.1 consta do parágrafo 50 deste caso, com o entendimento de que as medidas que dificultem o acesso dos indivíduos aos tribunais e que não estejam justificadas pela necessidade de administração da justiça devem ser consideradas contrárias à CADH²⁸. Por sua vez, o respeito ao princípio do juiz natural relacionado ao art. 8.1 está no parágrafo 161 do Caso *Petruzzi vs Perú*²⁹.

Quanto às obrigações de respeito, garantia e adaptação do ordenamento jurídico dos arts. 1.1 e 2, a interpretação alarga-se para abranger o correto funcionamento da justiça.

23 Ibid. P.143

24 Não se desconhecem as críticas procedentes de María Sofía Sagues que afirma que o acesso à justiça não se resume a uma questão de qualidade ou eficiência do serviço de justiça. Sagues, María Sofía (2008), “El acceso a la justicia en el sistema interamericano de protección de derechos humanos. Proyección en la jurisdicción constitucional”, Mac-Gregor, Eduardo Ferrer & Lelo de Larrea, Arturo Zaldívar (Coord.) *La ciencia del derecho procesal*. Tomo VIII, México, Unam, Marcial Pons, pp. 601- 603, disponível em: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2562/27.pdf> acesso em: 14 de junho de 2016.

25 Alvarado, 2007, p. 10.

26 Ibid. Pp. 15-17.

27 Não desconhecemos a amplitude a que se dá ao termo “direito de ser ouvido” na Corte Interamericana. Para uma noção abrangente, vide: Salmón, Elizabeth & Blanco, Cristina (2012). *El derecho al debido proceso en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Lima, Instituto de Democracia y Derechos Humanos, Pontificia Universidad Católica del Perú, pp. 107-250, disponível em: http://idehpucp.pucp.edu.pe/images/publicaciones/derecho_al_debido_proceso_en_jurisprudencia_de_corte_interamericana_ddhh.pdf, acesso em: 14 de junho de 2016.

28 Ikawa, Daniela Ribeiro & Kweitel, Juana & Mattar, Laura Davis, 2008. “Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969) Pacto de San José de Costa Rica”, Piovesan, Flávia (Coord.). *Código de direito internacional dos direitos humanos anotado*. São Paulo, DPJ, p. 1211

29 Ibid. 1222.

No caso *Massacre de Pueblo Bello vs Colombia*, há a interpretação do direito a um recurso efetivo e a garantias judiciais relacionado com o direito à verdade, ao direito das vítimas de exigir do Estado mecanismos suficientes de investigar e sancionar as violações de direitos humanos, para além do direito à reparação civil³⁰.

Quando se está a escrever sobre correto funcionamento de justiça, deve-se atentar para o que ficou determinado em *Campo Algodonero*: a implementação de programas dirigidos a funcionários para a superação de estereótipos socioculturais sobre as mulheres e realização de programa educacional para superação da situação de discriminação das mulheres³¹. O enfrentamento da violência contra a mulher não é só uma questão de investigar e punir, mas também de educação não-sexista e de alteração dos padrões culturais discriminatórios de modo a se enfrentar a cultura machista³².

Em *Barrios Altos vs Perú*, no parágrafo 43, consignou-se que os Estados tem o dever de tomar as "providencias de toda índole" para que ninguém seja subtraído da proteção judicial e do direito a recurso simples e eficaz³³.

Ao se interpretar os arts. 8 e 25 da CADH conjuntamente com os arts. 1 e 2, inferimos a noção das garantias institucionais³⁴, ou, noutro dizer, é preciso também compreender o acesso à justiça como a adequada provisão de serviços de justiça, o que também deve significar que estes não sejam discriminatórios.

O direito a um tratamento igual perante os tribunais ou qualquer outro órgão que administre justiça também está previsto no art. 5 a) da Convenção pela Eliminação de todas as formas de discriminação étnico-racial (Decreto 65.810/69). Ainda que o direito à igualdade perante os

30 Ibid. P. 65.

31 Tramontana, Enzamaría (2013), "Discriminación y violencia de género. Aportes del sistema interamericano de derechos humanos", *Dereitos Humanos, democracia e integração jurídica: emergência de um novo direito público*. Provesan, Flávia & Bogdandy, Armin Von & Morales, Mariela, Rio de Janeiro, Elsevier, p. 482

32 Para um conceito de violência contra a mulher, vide: Teles, Maria A & De Melo, Monica. *O que é violência contra a mulher*. São Paulo, Brasiliense: 2002.

33 Alvarado, 2007, p. 28.

34 "(...) Especialmente para uma Teoria da Constituição de caráter processual, há que se destacar a dimensão garantística dos direitos fundamentais, onde se situam aqueles direitos constitucionais de caráter processual, como são as garantias fundamentais e os chamados remédios constitucionais, e também as chamadas garantias institucionais, que tanto podem ser garantias de instituições, de caráter publicístico e, mesmo estatal (judiciário, legislativo etc.), como garantias de institutos, privatístico, a exemplo da família ou a imprensa" Cf. Guerra Filho, 2007, p. 80. Cumpre referir, igualmente, a noção de garantias constitucionais gerais de José Afonso da Silva, como a rigidez constitucional, a separação dos poderes e a imparcialidade dos órgãos jurisdicionais. Afonso da Silva, José (2001). *Curso de Direito Constitucional Positivo*. Malheiros, São Paulo, p. 415

tribunais se refira a procedimentos em primeira instância e não aborde o direito de apelação ou recursos³⁵, entendemos importante sua consagração como direito anti-discriminatório.

O direito de ser ouvido também está previsto na Convenção Internacional dos Direitos das Crianças (Decreto n. 99.710/1990), art. 12, 2, pois "(...) se proporcionará à criança, em particular, a oportunidade de ser ouvida em todo processo judicial ou administrativo que afete a mesma, quer diretamente quer por intermédio de um representante ou órgão apropriado (...)".

No Pacto de Direitos Civis e Políticos em seu artigo 14, "b" e "d" assegura-se que toda pessoa acusada de um delito tem direito a comunicar-se com defensor de sua escolha e de ter um defensor designado ex-offício gratuitamente, se não tiver meios para remunerá-lo³⁶.

O artigo 8º, item 2, "d" e "e" da CADH prevê que toda pessoa acusada de delito tem o direito de ser assistida por defensor de sua escolha e o direito irrenunciável de ser assistida 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. O direito de ser assessorado por um advogado relacionado ao art. 8 está no parágrafo 117 do Caso Comunidade Indígena Yakye Axa vs Paraguai³⁷.

Tem-se: a Resolução 2656 de 2011 da (OEA) que reconhece a importância de um modelo público (oficial) de garantia de acesso à justiça; a Resolução 2714 de 2012 que defende um modelo oficial de Defensoria Pública como garantia do acesso à justiça das pessoas em situação de vulnerabilidade; a Resolução 2801 de 2013 que recomenda a necessidade de autonomia e independência funcional na atuação dos defensores públicos; a Resolução 2821 de 2014 que destaca e reconhece os Estados Membros que alcançaram autonomia funcional, financeira, administrativa na garantia do acesso à justiça apoiando o trabalho que vem desenvolvendo os defensores públicos oficiais dos Estados do Hemisfério; o Informe de 1997 sobre a situação dos direitos humanos no Equador que pontuou que no sistema atual os litigantes que não tem meios para contratar os serviços de um advogado de sua escolha devem esperar até que haja um defensor público disponível e se essas pessoas tem que esperar frequentemente por longos períodos para terem acesso à justiça isto vai claramente contra a Convenção

35 Cf. Observação Geral n. 32 sobre o art. 14 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, ONU, Comitê de Direitos Humanos, 90º período de sessões, Genebra 9 a 27 de julho de 2007.

36 Sobre a abrangência do direito a ter um defensor para além da justiça criminal ver: Da Rocha, Amélia Soares (2013). Defensoria Pública; fundamentos, organização e funcionamento. São Paulo, Atlas, pp. 30 e ss.

37 Ikawa & Kweitel & Mattar, 2008, p. 1221

Interamericana; e o Informe n. 66 de 2006, no caso Simone Diniz vs Brasil³⁸, na Comissão Interamericana que destacou a situação de certos setores sociais que atravessam processos estruturais de desigualdade e exclusão e se veem, conseqüentemente, impossibilitados de acessar à justiça: casos das pessoas em situação de vulnerabilidade, cabendo ao Estado prover serviços legais gratuitos³⁹.

Em termos de jurisprudência obrigatória, tenhamos em mira a Opinião Consultiva n. 11/90 da Corte Interamericana de Direitos Humanos que se refere à necessidade de se remover obstáculos no acesso à justiça que se originam na posição econômica das pessoas, em caso em que a condição de indigente de determinada pessoa que não lhe permitiu o esgotamento dos recursos internos por ausência de defesa técnica, por não poder arcar com os custos necessários; e a Opinião Consultiva 18/03, em que a Corte se referiu expressamente ao dever estatal de prover serviços de assistência jurídica gratuita (serviço público gratuito de defesa legal).

3. Direito de acesso à justiça na legislação brasileira e na doutrina

A Constituição Federal de 1988 trouxe uma série de direitos constitucionais fundamentais relacionados direta ou indiretamente ao acesso à justiça. É de se notar que no regime jurídico brasileiro a Constituição é norma hierarquicamente superior a todas as demais, havendo ainda previsão de sua rigidez, bem como do Supremo Tribunal Federal (STF) como guardião de seu *status* de norma superior. Ademais, as normas constitucionais que tratam do acesso à justiça fazem parte do rol de direitos e garantias individuais, sendo vedada emenda à Constituição que tenda a aboli-los. São chamadas de cláusulas pétreas vez que não estão sujeitas a eliminação ou diminuição pelo Poder Constituinte Reformador ou Derivado, o que demonstra a relevância da configuração jurídica do direito de acesso à justiça no Brasil.

Previu a Constituição o acesso ao Poder Judiciário de todos aqueles que tenham um direito violado ou ameaçado de ser violado e garantiu aos pobres e vulneráveis o direito de assistência jurídica integral e gratuita para, em condições de igualdade, acessarem a justiça.⁴⁰ Neste caso

38 Segundo Luís Roberto Barroso: “Por mais respeito que mereçam os relatórios da Comissão, que certamente gozam de grande força persuasiva, o seu cumprimento como regra não é obrigatório, diferentemente do que ocorre com as decisões da Corte” Barroso, Luís Roberto (2014), “Vinculação de Estado-Membro pelo Direito Internacional. Reflexões acerca do cumprimento de Recomendações oriundas da Comissão Internacional de Direitos Humanos da OEA”, *Direito internacional na Constituição*, Cicco Filho, Alceu José & Velloso, Ana Flávia Penna & Teixeira Rocha, Maria Elizabeth Guimarães, São Paulo, Saraiva, p. 438.

39 Cf. De Melo, Monica (2015), *Modelo público de prestação de assistência jurídica gratuita como garantia do direito de acesso à justiça nacional e internacional das pessoas em situação de vulnerabilidade: análise do caso brasileiro a partir da jurisdição constitucional*, XII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, 16 a 18 septiembre, no prelo.

40 Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros

se previu também, na Constituição, a política pública necessária à sua realização consistente na instituição pública do Sistema de justiça, nomeadamente, a Defensoria Pública⁴¹.

Entretanto, é de se ressaltar que essa política passou a ter assento constitucional em 1988, portanto é a instituição mais jovem do Sistema de justiça e ainda a mais precária, sofrendo com a falta de estrutura e investimento por parte dos poderes públicos Federal e estaduais. Em virtude da novidade e do que se requer, em termos de investimento público, muitos aspectos da instituição como autonomia orçamentária, administrativa e independência funcional, têm sido questionados no STF. Em virtude desse quadro, em 2014 foi aprovada a Emenda 80 inserindo a necessidade de se atender à demanda efetiva por acesso à justiça dos mais pobres e vulneráveis em até oito anos, a fim de que em todas as unidades jurisdicionais do Brasil tenham defensores públicos, começando-se pelas regiões com maiores índices de exclusão social e adensamento populacional.

Concomitantemente a essas menções expressas do direito de acesso à justiça se previu uma série de direitos constitucionais fundamentais que expressam várias garantias judiciais a serem invocadas após o acesso ao Poder Judiciário. Dessa forma, são direitos constitucionais fundamentais o devido processo legal; o contraditório; a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes; a duração razoável do processo e os meios que garantam celeridade em sua tramitação; vedação de juízo ou tribunal de exceção; que ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente⁴².

Importante ressaltar, por fim, que a Constituição Federal de 1988 possui um extenso rol de direitos fundamentais ligados à proteção da liberdade e aplicáveis mais diretamente ao pro-

residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário, lesão ou ameaça a direito;

LXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos;

41 Art. 134. A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e 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 desta Constituição Federal. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 80, de 2014)

42 LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

(...)

LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004);

cesso penal que se correlacionam com o acesso à justiça tal qual vem sendo compreendido pelo Poder Judiciário Brasileiro e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos⁴³.

No âmbito da legislação infraconstitucional, alguns marcos jurídicos merecem ser destacados no que diz respeito ao acesso à justiça. Em relação ao acesso à justiça dos pobres e vulneráveis, a Lei Complementar Federal 80/94 prevê a sua orientação jurídica e defesa em todos os graus; utilização de mecanismos de solução extrajudicial de conflitos como mediação, conciliação, arbitragem e técnicas de administração e composição de conflitos; atendimento interdisciplinar; defesa de direitos individuais homogêneos, coletivos e difusos; representar e postular junto aos sistemas internacionais de proteção de direitos humanos; acompanhamento de inquéritos criminais; visitas e inspeções em estabelecimentos prisionais e de internação de adolescentes; participação em conselhos definidores e propositores de políticas públicas das áreas relativas à sua atuação; educação em direitos dentre tantas outras. Observa-se que a atuação da Defensoria Pública em relação ao acesso à justiça vai muito além do mais restrito acesso ao Poder Judiciário.

A lei de benefício de assistência judiciária (Lei 1.060 de 1950) permite que, mediante declaração de pobreza, seja requerido isenção de custas e taxas judiciárias, ainda que as pessoas estejam sendo representadas por advogados particulares, o que permite redução dos custos de acesso ao Poder Judiciário.

Há ainda a Lei de Mediação (Lei 13.140 de 2015); a Lei Maria da Penha (Lei 11.340 de 2006), que dispõe de dispositivos específicos para acesso à justiça da mulher em situação de violência doméstica; a Lei de Juizados Especiais Cíveis e Criminais (Lei 9.099 de 1995), que permitem acesso à justiça para pequenas causas ou de menor complexidade ou crimes de menor potencial ofensivo, sem a necessidade de se estar representado por advogado; e nosso novo Código de Processo Civil de 2015 (“CPC/15”), que traz inúmeras inovações que privilegiam a efetividade da jurisdição bem como mecanismos reforçadores do dever de fundamentação nas sentenças (Lei 13.105 de 2015), dentre outras, que preveem dispositivos específicos para grupos vulneráveis, como a prioridade de tramitação de processos de idosos (Estatuto do Idoso, Lei 10.741 de 2003), ações afirmativas para acesso à justiça (Estatuto da Igualdade Racial, Lei 12.288 de 2010), adaptações e recursos de tecnologia assistida para pessoas com deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência, Lei 13.146 de 2015), bem como as que disciplinam os processos coletivos (Lei 7.347 de 1985 e Lei 8.078 de 1990).

43 Como ser inadmissível no processo, as provas obtidas por meios ilícitos, art. 5º, inc. LVI, CF, dentre outras garantias penais constitucionais, como por exemplo a presunção de inocência até o trânsito em julgado, LVII, a decretação de prisão ordem fundamentada de autoridade judiciária ou flagrante delito, LXI, o direito de comunicação imediata da prisão ao juiz competente e à família do preso, LXII, o direito à informação ao preso de seus direitos, LXIII e a liberdade provisória, quando a lei assim admitir com ou sem fiança, LXVI.

No ponto, quanto ao Código de Processo Civil de 2015, vale referir algumas questões possivelmente problemáticas inerentes ao tratamento da “audiência de conciliação ou de mediação” como parâmetro de mecanismo alternativo de solução de conflitos adotado pelo novo diploma processual brasileiro.

O conceito de justiça contido no direito de acesso à justiça foi aos poucos abandonando a ideia de que esta se encontra somente na jurisdição, e, portanto, o direito de acesso à justiça hoje é muito mais amplo que somente acessar o Poder Judiciário.

Destarte, enquanto o Código Processual Civil de 1973 não realizava quaisquer menções à “autocomposição”, à mediação ou à conciliação, o diploma processual de 2015 fá-lo dezenas de vezes. Com efeito, a mediação e a conciliação, em meio aos demais métodos de resolução de conflitos, tornaram-se instrumentos de política pública garantidores do acesso à justiça⁴⁴.

Vale dizer, conforme o CPC/15, o réu não mais é citado para se defender nos autos, mas para comparecer a uma audiência prévia de autocomposição. Nesse sentido, seu art. 334 preceitua que “se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência” (Grifamos).

Portanto, a audiência de conciliação ou de mediação é previa e obrigatória à tramitação da demanda judicial, desde que seu objeto não seja vedado à autocomposição, exigindo que as partes enunciem expressamente seu desejo de não realizar dita audiência, caso em que o prazo para contestar passará a correr a partir do protocolo do pedido de cancelamento da audiência de conciliação ou de mediação.

Ademais, segundo dispõe o artigo 334, parágrafo 11, a autocomposição da lide reclama homologação por sentença do respectivo termo de transação. Tal ato decisório consubstancia-se em título executivo judicial (Art. 515, inciso II), o que, além de configurar um estímulo ao seu uso, é um potente sinal de sua executoriedade. Por outro lado, ao demandar sua homologação, apresenta um alto nível de dependência em face ao sistema de justiça, o que gera questionamentos quanto à sua efetividade como medida de descongestionamento da via judicial.

De forma mais branda do que é imposto em países como Colômbia, onde a tentativa de conciliação é requisito de procedibilidade da ação, e Chile, onde a mediação familiar é uma exi-

44 É nesse sentido que determina de modo mandatário que “os tribunais criem centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição” (Art. 165, CPC/15).

gência prévia ao início do processo para algumas matérias de família, o art.694 do CPC/15, no capítulo dedicado às “ações de família”, preceitua que: “nas ações de família, todos os esforços serão empreendidos para a solução consensual da controvérsia, devendo o juiz dispor do auxílio de profissionais de outras áreas de conhecimento para a mediação e conciliação”.

É interessante mencionar, ainda, que o novo Código de Processo Civil, no artigo 334, parágrafo 7º, permite que a audiência seja feita por meio eletrônico, quando for justificável e haja disponibilidade técnica no juízo.

Os serviços poderão ser prestados por câmaras privadas⁴⁵ ou estatais; neste último caso, com a possibilidade de realização por servidores públicos⁴⁶. O conciliador e o mediador receberão pelo seu trabalho remuneração prevista em tabela fixada pelo tribunal, conforme parâmetros estabelecidos pelo Conselho Nacional de justiça (Art. 169), contudo, seria conveniente que as remunerações dos mediadores e conciliadores estivessem associadas à obtenção do acordo. Finalmente, o procedimento de mediação ou conciliação obrigatória é gratuito para aqueles que não podem custeá-lo.

No tocante à sua obrigatoriedade, a doutrina está dividida. Parte dos autores considera que não seria oportuno, e até mesmo contraditório, que o autor tivesse que comparecer a uma audiência de composição contrária à sua vontade. Contudo, analisando o novo Código de Processo Civil, constata-se que a não realização da audiência possui como requisito o fato de “ambas as partes manifestarem, expressamente, desinteresse na composição consensual”. Para tanto, determina-se que “o autor deverá indicar, na petição inicial, seu desinteresse na autocomposição, e o réu deverá fazê-lo, por petição, apresentada com 10 (dez) dias de antecedência, contados da data da audiência”. Em que pese afirmar claramente em inicial que não deseja a autocomposição, o autor será obrigado a comparecer a um ato voltado a esse propósito, sob pena de responder por ato atentatório à dignidade da justiça. Um exemplo prático pode nos esclarecer acerca da importância deste dispositivo: se o autor, ao chegar a uma audiência de mediação ou conciliação, é recebido com um discurso inicial que o convence dos benefícios de permanecer, em um contexto que lhe dê confiança, possibilitando-lhe narrar sua versão do conflito livremente e gerar opções de solução, estabelecendo um vínculo dialógico em uma conversa produtiva que conserva ou melhora sua relação com a outra parte, certamente aquele irá perceber as vantagens de resolver

45 Art. 167, caput: “Os conciliadores, os mediadores e as câmaras privadas de conciliação e mediação serão inscritos em cadastro nacional e em cadastro de tribunal de justiça ou de tribunal regional federal, que manterá registro de profissionais habilitados, com indicação de sua área profissional”.

46 Art. 167, § 6º: “O tribunal poderá optar pela criação de quadro próprio de conciliadores e mediadores, a ser preenchido por concurso público de provas e títulos, observadas as disposições deste Capítulo”.

o conflito de maneira colaborativa e muito provavelmente aprenderá a posicionar-se de forma distinta caso emergja um novo conflito.

Por comissões diferentes terem elaborado a Lei de Mediação (Lei 13.140/2015) e o CPC/15, grandes desafios deverão ser enfrentados pela mediação e pela conciliação nesse novo contexto. Zulmar Duarte, por exemplo, pontua o seguinte conflito: o art. 334 do Novo CPC previu a obrigatoriedade da audiência de conciliação e mediação, salvo quando a autocomposição não for possível ou quando ambas as partes expressamente manifestarem "consenso quanto ao dissenso"⁴⁷. Contudo, o autor afirma que quanto à mediação judicial, a disposição do CPC/15 é inócua, pois a audiência de mediação, de acordo com os arts. 3.º e 27 da Lei da Mediação, é obrigatória e desconsidera a manifestação de vontade das partes, conformando um requisito de procedibilidade da ação que tem por fim aculturar a população sobre o uso dos mecanismos alternativos de solução de conflitos.

Em sentido amplo, a expressão "acesso à justiça" indica o direito do cidadão de ter seus conflitos resolvidos de forma pacífica⁴⁸. A literatura apresenta, em geral, dois enfoques sobre o acesso à justiça, um relacionado a toda forma de solução pacífica de conflitos sociais e a outra relacionada à aplicação do direito estatal, correspondendo a um acesso a instituições do sistema de justiça, na distribuição de um serviço público.

Na doutrina portuguesa, a garantia de acesso aos tribunais é considerada um princípio estruturante do Estado de Direito, sendo compreendida também como um "direito à proteção jurídica através dos tribunais"⁴⁹. José Joaquim Gomes Canotilho relaciona o direito à tutela jurisdicional com o direito a uma decisão em prazo razoável e mediante um processo equitativo, correspondente a uma garantia institucional conectada com o dever de garantia jurisdicional a cargo do Estado. O processo justo vem relacionado com o "direito de obter uma decisão fundada no direito"⁵⁰.

47 Duarte, Zulmar (2016), A difícil conciliação entre o Novo CPC e a Lei de Mediação, disponível em: <http://jota.uol.com.br/a-dificil-conciliacao-entre-o-novo-cpc-e-a-lei-de-mediacao> acesso em: 25.10.2016

48 Gross Cunha, Luciana (2008), Juizado Especial, São Paulo, Editora Saraiva, Direito GV, p. 5

49 Canotilho, J.J. Gomes (1998), Direito constitucional e teoria da Constituição, Coimbra, Almedina, pp. 447-448.

50 Para o autor o direito de acesso aos tribunais é concebido em dupla dimensão: como direito de defesa ante os tribunais e contra atos dos poderes públicos; e direito de proteção do particular através do Estado diante da violação de direitos por terceiros. *Ibid.*, p. 451-4.

Em obra monográfica sobre o tema, Alves de Souza relaciona o acesso à justiça aos princípios da igualdade; do juiz natural; da inafastabilidade do poder judiciário; do devido processo legal; da publicidade dos atos processuais; da fundamentação das decisões judiciais; do duplo grau de jurisdição; da duração razoável do processo; e da efetividade das decisões⁵¹.

Christiano Augusto Menegatti, ao comentar o acesso à justiça, relaciona o art. 5º, incs. XXXV e LXXIV da Constituição Federal com o art. 8, itens 6 e 7 da Convenção Americana⁵². Dos princípios e garantias do acesso à justiça depreende haver os seguintes significados: ampla admissão de pessoas e causas ao processo (universalidade de jurisdição); devido processo legal; princípio do contraditório; participação em diálogo para uma solução justa "capaz de eliminar todo resíduo de insatisfação"⁵³.

Consultando-se os autores do direito constitucional⁵⁴, cumpre referir dois entendimentos sobre o inciso XXXV do art. 5º (a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito): um de que o princípio é dirigido ao legislador, que não pode, por meio de lei, delimitar o âmbito de atuação do Poder Judiciário⁵⁵, este identificado como "inafastabilidade de controle judicial" e como "prerrogativa do Poder Judiciário", o que significa não reduzir a possibilidade do direito de ação, que é o direito ao processo justo⁵⁶; de que se trata de "expressão do princípio da proteção judicial efetiva"⁵⁷ e que guarda relação com o duplo grau de jurisdição e a duração razoável do processo, neste caso preocupado não somente com o acesso, mas com as garantias processuais cabíveis após o acesso; e ainda aquele que nomina de "princípio da proteção judiciária", tida como "principal garantia dos direitos subjetivos", fundada no princípio da separação dos poderes e relacionada com a independência e imparcialidade do juiz, com o princípio do juiz natural e com o direito de ação e de defesa⁵⁸.

51 Reproduzimos o sumário de: Alves de Souza, Wilson (2011), acesso à justiça. Salvador, Dois de julho, pp. 18-20.

52 Menegatti, Christiano Augusto (2011), O jus postulandi e o direito fundamental de acesso à justiça, São Paulo, LTR 75, pp. 44-45

53 Idem, p. 42

54 Como o tema tem assento constitucional todos os manuais e cursos de direito constitucional acabam o enfrentando em maior ou menor profundidade.

55 Tavares, André Ramos (2009), Curso de Direito Constitucional, São Paulo, Ed. Saraiva, p. 694. No mesmo sentido: Bulos, Uadi Lammego (2008), Curso de Direito Constitucional. São Paulo, p. 484; Ferreira Filho, Manoel Gonçalves (2015), Curso de Direito Constitucional, São Paulo, Ed. Saraiva, p. 315; Araújo, Luiz Alberto Davi & Serrano, Vidal Nunes Júnior. (2011), Curso de Direito Constitucional. Ed. Verbatim, p. 209; Bastos, Celso. (1999), Curso de Direito Constitucional, São Paulo, Ed. Saraiva, 20ª ed., p. 213. Moraes, Alexandre. (2009), Curso de Direito Constitucional, São Paulo, Ed. Atlas, p. 83.

56 Idem, p. 697

57 Mendes, Gilmar Ferreira & Gonet Branco, Paulo Gustavo (2015), Curso de Direito Constitucional, Saraiva, São Paulo, pp. 401-405.

58 Afonso da Silva, José (2011), Curso de Direito Constitucional Positivo, São Paulo, Malheiros, p. 431.

Anteriormente à Constituição de 1988, a doutrina dividia-se entre os que também entendiam se tratar, como Seabra Fagundes, de dispositivo dirigido ao poder legislativo e outros, como Frederico Marques, por obrigação de tutela jurisdicional e princípio do juiz natural e Ada Pellegrini Grinover, por direito de ação e devido processo legal⁵⁹.

Tanto na doutrina quanto na jurisprudência nacional é consagrada a expressão cunhada por Kazuo Watanabe de “acesso à ordem jurídica justa”, correspondente a uma “justiça imparcial, contraditória, dialética, cooperatória” que possibilite às partes sustentar suas razões e produzir suas provas, com acesso à informação, à orientação jurídica e aos meios alternativos de solução de conflitos⁶⁰.

Cabe destacar a doutrina de Ana Paula de Barcellos, que, em nosso ordenamento, dá um passo além ao entender o acesso à justiça como componente do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, como sendo parte de seu núcleo básico, denominado mínimo existencial, ao lado da saúde, educação e assistência aos desamparados. Menciona a autora a necessidade de acesso físico ao Judiciário, elencando os obstáculos do custo e da desinformação, relacionando aí com a assistência jurídica gratuita. Divide o acesso à justiça em três categorias: (i) acesso do ponto de vista jurídico; (ii) questões relacionadas ao acesso físico; e (iii) acesso jurídico da pretensão material⁶¹.

Relacionando o direito de acesso à justiça como indispensável ao exercício pleno da prerrogativa fundamental da liberdade humana e do respeito à igualdade jurídica de todos os cidadãos, temos Cleber Francisco Alves que considera o acesso à justiça como um direito de caráter primordialmente civil e não propriamente um direito social⁶². Diego Martinez Ferverza Cantoario compreende o acesso à justiça como “condição da efetiva paridade de armas entre as partes em juízo”, daí porque a necessidade de atuação da Defensoria Pública⁶³. Outros-

59 Watanabe, Kazuo (1980), Controle Jurisdicional e Mandado de Segurança contra atos judiciais, São Paulo, RT, pp. 28-30.

60 Ada Pellegrini Grinover citado por Marinoni, Luiz Guilherme (1992), O acesso à justiça e os institutos fundamentais do direito processual, Tese de Doutorado, São Paulo, Pontifícia Universidade Católica, p. 23.

61 Barcellos, Ana Paula de (2002), A eficácia jurídica dos princípios constitucionais. São Paulo, Rio de Janeiro, Renovar, pp. 293-296.

62 E justifica tal entendimento assinalando que na “medida em que o Estado assumiu o monopólio da prestação jurisdicional e criou para desempenhar essa função todo um aparato burocrático dotado de extrema complexidade e sofisticação, passa a ter a obrigação de assegurar a cada pessoa a possibilidade real e efetiva de não ser prejudicada na defesa de seus direitos e interesses legítimos em razão da insuficiência de recursos econômicos para custear as despesas inerentes ao acionamento dessa máquina estatal. Do contrário o Estado estaria favorecendo indevida discriminação entre as pessoas, na medida em que os mais ricos poderiam violar impunemente os direitos fundamentais dos mais pobres”. Alves, Cleber Francisco (2006), justiça para todos! Assistência jurídica gratuita nos Estados Unidos, na França e no Brasil, Rio de Janeiro, Lumen Juris, p. 38.

63 Cantoario, Diego Martinez Ferverza (2014), “O acesso à justiça como pressuposto da paridade de armas entre os litigantes no processo civil”, Temas aprofundados. Defensoria Pública. Vol. 2. Aluisio Lunes Monte Ruggeri Ré & Gustavo Augusto

sim, Fernanda Tartuce entende a hipossuficiência como uma das espécies de vulnerabilidade, como vulnerabilidade econômica, desenvolvendo o conceito de vulnerabilidade processual⁶⁴. Este é um conceito correlato ao de isonomia processual⁶⁵, como veremos em análise jurisprudencial, sobretudo, para casos de inversão do ônus da prova.

De se remarcar a seguinte distinção conceitual: a assistência jurídica corresponde à orientação jurídica ao hipossuficiente (em juízo ou fora dele); a assistência judiciária, o serviço de postulação em juízo; e a justiça gratuita, a isenção de custas e despesas⁶⁶. A gratuidade da justiça para pessoas físicas e jurídicas tem previsão específica no atual Código de Processo Civil (Lei 13.105 de 2015), contando também com disciplina do pagamento de perícias⁶⁷.

Existem: o conceito de pobre definido pelo Poder Executivo, por meio de decretos presidenciais, para fins de assistência social⁶⁸; outro conceito é o do necessitado juridicamente, para fins de assistência judiciária⁶⁹.

De acordo com o art. 134 da CF/88, cabem às Defensorias a defesa e orientação jurídica dos necessitados, devendo-se ter em conta que as diversas defensorias públicas estaduais e a Defensoria Pública da União possuem critérios distintos para definir quem é o necessitado⁷⁰.

Amélia Soares da Rocha⁷¹ ao tratar do tema de acesso à justiça e da necessidade de superação dos obstáculos, parte dos estudos já clássicos de Mauro Cappelletti e Brian Garth bem como de Boaventura de Sousa Santos, para apontar que a instituição Defensoria Pública seria capaz de atender aos grandes desafios, pois sua maior experiência com o Direito possibilita a mel-

Soares dos Reis (Orgs.), Salvador, Juspodium, p. 351

64 Tartuce, Fernanda (2012), Igualdade e vulnerabilidade no processo civil, Rio de Janeiro, Gen, Forense, p. 184

65 Barbosa, Rafael Vinheiro Monteiro & Maia, Maurílio Casas (2014) “Isonomia dinâmica e vulnerabilidade no direito processual civil”, Revista de Processo ano 39, vol. 230, São Paulo, RT, p. 352

66 Tartuce, Fernanda & Dellore, Luiz (2014), “Gratuidade da justiça no novo CPC”, Revista de Processo vol. 236, São Paulo, RT, p. 309.

67 O que não exclui o debate da possibilidade de perícias independentes para vítimas de violência policial, conforme Projeto de Emenda Constitucional n. 325 de 2009, que desvincula a perícia criminal das polícias, tornando-a uma instituição independente.

68 O Brasil conta com uma Lei do Fundo de Erradicação da Pobreza (LC 111 de 2001), com a Lei Nacional de acesso à Alimentação (Lei 10.689 de 2003), Lei 10.219/01 (Bolsa-Escola); Lei 9.533/97 (Apoio a municípios com programas de renda mínima); Lei 10.836/2004 (Bolsa-Família); e Lei Orgânica da Assistência Social (Lei 8.742/93). Cf. Gerber, Konstantin (2016). O que devemos saber sobre orçamento da Defensoria, 1 de março, JOTA, disponível em: <http://jota.uol.com.br/o-que-devemos-saber-sobre-o-orcamento-da-defensoria-publica> acesso em: 14 de junho de 2016.

69 Lei 1.060 de 1950.

70 Romeu, Luciana Campanelli & Passamani, Marcelo & Zago, Mariana Augusta dos Santos & Groterhorst, Rebecca (2014), “Análise crítica dos critérios utilizados pela defensoria para a definição do necessitado nos termos do artigo 134 da Constituição”, Temas aprofundados, Defensoria Pública, vol. 2, Ré, Aluísio Iunes Monte Ruggieri & Dos Reis, Gustavo Augusto Soares, Salvador, Editora Juspodium, p. 183.

71 Da Rocha, 2013, pp. 52-57.

hor planejamento do litígio, economia de escala por ser litigante habitual, diluição dos riscos da demanda por um número maior de casos, testar estratégias com determinados casos, etc.

Algumas saídas apontadas pela literatura para a falta de acesso à justiça são: garantia pública de assistência jurídica (Defensoria Pública), mais processos coletivos (ação civil pública) e simplificação dos procedimentos de justiça, o que pode significar processos mais simples e rápidos ou vias alternativas ao processo, como é o caso da mediação⁷², que também vem sendo utilizada pelas Defensorias Públicas em variados casos, como os de moradia, educação e de saúde.

Por fim, em caráter complementar, há de se referir a chamada "advocacia popular"⁷³ junto a movimentos sociais e as estratégias de litígio estratégico, como foi o caso da atuação da sociedade civil no acesso a medicamentos para a epidemia HIV-AIDS⁷⁴. Exemplo mais recente de litigância estratégica foi o caso em que se determinou à Prefeitura de São Paulo que elaborasse um plano de construção de creches⁷⁵.

4. Parâmetros de acesso à justiça do sistema interamericano em face da Constituição Brasileira

Há, sem dúvida, correspondência entre os incisos do art. 5º da CF⁷⁶ com o art. 8º da CADH, porém isso não significa necessariamente que os tribunais brasileiros façam esta relação.

No Supremo Tribunal Federal, prevaleceu a doutrina da suprallegalidade dos tratados internacionais (Recurso Extraordinário, RE 466.343), aplicando-se o direito internacional por meio do bloco de constitucionalidade, em caso em que se considerou ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito, em face do art. 7º, n. 7 da CADH⁷⁷. Em

72 Bueno de Moraes, Ana Carvalho Ferreira (2009). A defensoria pública como instrumento de acesso à justiça. São Paulo, Mestrado em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, pp. 20-25, disponível em: http://www.sapiencia.pucsp.br/tde_busca/arquivo.php?Codarquivo=9495Acesso em: 28 de novembro de 2015.

73 Dentre as muitas iniciativas, pode-se mencionar a Rede Nacional de Advogadas e Advogados Populares (RENAP).

74 Vieira, Marcela Fogaça & Reis, Renata (2010), "Litigância estratégica em direitos humanos – a atuação da sociedade civil no acesso a medicamentos no Brasil", justiça e direitos humanos: experiências de assessoria jurídica popular, Frigo, Darci & Prioste, Fernando & Escrivão Filho, Antonio Sérgio (Orgs), Curitiba, Terra de Direitos, pp. 61-83

75 Figueiredo, Marcelo & Gerber, Konstantin (2014) Right to education in Brazil, 18 de setembro, Blog IACL, disponível em: <https://iacl-aidc-blog.org/2015/01/06/19/> acesso em: 5 de junho de 2016.

76 Destacam os Art. 5º os incisos: LVII (ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória); LXIII (direito de permanecer calado, ser informado de seus direitos e ser assistido por advogado); LIII (ninguém será processado senão pela autoridade competente); LIV (ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal); LV (contraditório e ampla defesa aos litigantes em processo, judicial ou administrativo).

77 "Ementa: Prisão Civil. Depósito. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação da medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. Insustentabilidade da previsão constitucional e das normas subalternas. Interpretação do art. 5º, inc. LXVII e §§

caso posterior envolvendo a prisão civil de depositário infiel, pelo entendimento de hierarquia constitucional de tratados internacionais do Relator para o Acórdão, o Min. Celso Mello (Habeas Corpus, HC 96.772), o STF valeu-se da interpretação judicial como mutação constitucional para aplicar a cláusula *pro persona*, em observância ao art. 29 da Convenção Americana de Direitos Humanos, o que também se nomina de “princípio da máxima eficácia”⁷⁸. De modo geral, cumpre dizer que o STF quando aplica o direito internacional combina com outros artigos da Constituição.

O STF invocou jurisprudência da Corte Interamericana em caso envolvendo a invalidação de processo criminal em face de civil na justiça militar (HC 109.544), mas ainda assim na condição de reforço argumentativo ou como tendência do direito comparado e dentro do que se chama de bloco de constitucionalidade, posto que combinado com o art. 5º, LIII, CF⁷⁹, porque o raciocínio do STF é da hierarquia da Constituição, colocando os tratados internacionais de direito humanos em status infraconstitucional e supralegal^{80,81}.

Não há por parte do STF a adoção da doutrina do controle de convencionalidade⁸². Em debate, o Min. Celso de Mello chegou a mencionar a expressão “convencionalidade”, mas isso não

1º, 2º e 3º, da CF, à luz do art. 7º, § 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Recurso improvido. Julgamento conjunto do RE nº 349.703 e dos hcs nº 87.585 e nº 92.566. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito.” Supremo Tribunal Federal, RE 466343, Rel. Min. Cezar Peluso, j. Em 3/12/2008.

78 Conci, Luiz Guilherme Arcaro & Gerber, Konstantin (2016). A melhor proteção aos direitos da pessoa humana exige a aplicação do princípio *pro persona*. 20 de fevereiro, Justificando, disponível em: <http://justificando.com/2016/02/20/a-melhor-protecao-aos-direitos-da-pessoa-humana-exige-a-aplicacao-do-principio-pro-homine/> acesso em 5 de junho de 2016

79 Constituição Federal, art. 5º, inciso LIII: “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”.

80 Conci, Luiz Guilherme Arcaro & Gerber, Konstantin (2015), Diálogo entre Corte Interamericana de Direitos Humanos e o Supremo Tribunal Federal: controle de convencionalidade concomitante ao controle de constitucionalidade, XII Congresso Iberoamericano de Derecho Constitucional, Bogotá, no prelo.

81 Em pedido calcado no art. 8, item da CADH, em questão análoga sobre julgamento de civil pela justiça militar, o Min. Dias Toffoli concedeu medida cautelar em sede de habeas corpus para suspender efeitos de acórdão do Supremo Tribunal Militar, cf. Supremo Tribunal Federal, HC 113477 MC, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 7 de maio de 2012.

82 No Brasil, destacam-se, na doutrina, três entendimentos para o conceito de controle de convencionalidade, havendo, por primeiro, o entendimento da necessidade da “dupla compatibilidade vertical” das leis, para a chamada teoria do controle jurisdicional de convencionalidade, em que se sustenta a supralegalidade e a hierarquia constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos, com fundamento nos art. 5º, parágrafos 2º e 3º da Constituição Federal, respectivamente, o que nos parece uma confusão conceitual com o controle de constitucionalidade. Este entendimento está em: Mazzuoli, Valério de Oliveira (2009), Teoria Geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro. Revista dos Tribunais vol. 889, São Paulo, RT. Há também o entendimento da necessidade de efeito útil (adaptação adequada do ordenamento jurídico interno) e da aplicação dos princípios *pro persona* e da boa-fé, que reflete o entendimento da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e que rejeita a tese da hierarquia de tratados. Este entendimento está em: Conci, Luiz Guilherme Arcaro (2014). O controle de convencionalidade como parte de um constitucionalismo transnacional fundado na pessoa humana. Revista de Processo, São Paulo, RT. E há a teoria do duplo controle (interno e internacional) de convencionalidade, calcada na responsabilidade internacional dos três poderes do Estado, que está de acordo com o caso Gelman v. Uruguai, na medida em que qualquer autoridade pública possui o dever de exercer o con-

significa que tenha superado o seu raciocínio de hierarquia constitucional dos tratados internacionais, valendo-se da técnica da mutação constitucional para dizer que está realizando um diálogo entre fontes⁸³.

O desafio para o STF está em começar a dialogar com a jurisprudência da Corte Interamericana, o que exigiria enfrentar o tema das normas de *jus cogens*⁸⁴ nos casos (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, ADPF 320 e embargos da ADPF 153) que contestam a validade da Lei de Anistia brasileira diante da decisão do caso Gomes Lund⁸⁵. Pois, a despeito do controle de constitucionalidade, remanesce o dever do controle de convencionalidade⁸⁶.

A falta do exercício do controle de convencionalidade não é uma questão somente do STF, mas de todo o Poder Judiciário, para não dizer do sistema de justiça de um modo geral, o que pode ser explicado pela falta de cultura em se estudar o direito internacional. Recente pesquisa sobre julgados de crimes de tortura em tribunais de justiça do Brasil, entre os anos 2005 e 2010, promovida por iniciativa da sociedade civil ilustra bem esta falta de aderência ao direito internacional dos direitos humanos:

*"Um ponto mostra essa urgência: dos 455 acórdãos, apenas 23 citam a Convenção da ONU de combate à tortura, o que mostra que os tribunais não consideram as normativas internacionais ao tratar violações de direitos humanos, o que é apontado por outras pesquisas"*⁸⁷.

trole de convencionalidade. Esta é a doutrina de Carvalho Ramos, André de (2009). Supremo Tribunal Federal Brasileiro e o Controle de Convencionalidade: levando a sério os tratados internacionais de direitos humanos. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo v. 104, São Paulo, FDUSP.

- 83 "Devemos interpretar a convenção internacional e promover, se for o caso, o controle de convencionalidade dos atos estatais internos ou domésticos, em ordem a impedir que a legislação nacional transgrida as cláusulas transcritas em tratados internacionais de direitos humanos" Supremo Tribunal Federal, HC 87.585-TO, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 3.12.2008, p. 362
- 84 Cf. Alvarado, 2007, pp.88-123.
- 85 Segue em aberto o procedimento de supervisão de cumprimento de sentença. Corte IDH, Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 17 de outubro de 2014, caso Gomes Lund e outros ("Guerrilha do Araguaia") vs. Brasil. Supervisão de cumprimento de sentença. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/gomes_17_10_14_por.pdf acesso em: 14 de junho de 2016. O Brasil ainda não possui procedimento regulamentado por lei para execução de sentenças internacionais, sendo feito normalmente pelo Poder Executivo. Tem-se notícia do PL 3214 de 2000 que dispõe sobre os efeitos jurídicos das decisões da Comissão e da Corte interamericanas.
- 86 Como afirma André de Carvalho Ramos: "Não cabe, então, alegar coisa julgada ou efeito vinculante para obstar inquéritos policiais ou ação penal que estejam a aplicar a sentença interamericana, pois não houve rescisão ou declaração de nulidade da decisão da ADPF 153, que continua a produzir efeitos no que tange aos seus fundamentos de direito interno. Só que as autoridades envolvidas devem cumprir agora a sentença internacional, com base no art. 7º do ADCT, bem como os demais artigos que tratam de tratados internacionais de direitos humanos" Carvalho Ramos, André de (2012), Processo Internacional de Direitos Humanos, Ed. Saraiva, São Paulo, p. 375
- 87 Koerner, Andrei & Camara, Heloisa Fernandes (2015), Sobre o Relatório Julgando a Tortura, 9 de fevereiro, Carta Maior, Disponível em: <http://cartamaior.com.br/?Editorial/Principios-Fundamentais/Sobre-o-Relatorio-Julgando-a-Tortura-/40/32833> acesso em 5 de junho de 2016.

5. O acesso à justiça na jurisprudência do Superior Tribunal de justiça: comentários à luz dos parâmetros interamericanos

“O acesso à justiça não é garantia retórica, pois de sua eficácia concreta depende a realização de todos os outros direitos fundamentais”

MIN. HERMAN BENJAMIN⁸⁸

O Superior Tribunal de justiça (STJ) tem dentre suas atribuições constitucionais a de julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida: a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência; b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal; e c) der à lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal⁸⁹.

A hipótese de que partimos é a de que não há diálogo⁹⁰ entre o conteúdo do direito de acesso à justiça do STJ e os parâmetros da Corte Interamericana. Dados metodológicos desta pesquisa: foram analisados 335 acórdãos do STJ para a exata expressão “acesso à justiça”, que fossem aptos a identificar conteúdos específicos de tal direito e, a partir daí, destacados aqueles que tinham correlação com a jurisprudência interamericana. Posteriormente, selecionamos pela expressão “convenção americana” julgados relacionados com os parâmetros interamericanos. Valemo-nos também da ferramenta de pesquisa do site do STJ que seleciona a jurisprudência artigo por artigo da Lei de Benefício de Assistência Judiciária. Trata-se de método qualitativo e não quantitativo, posto que a análise teve por fim comparar com parâmetros interamericanos.

Em nossa primeira pesquisa, separamos a jurisprudência pelos seguintes temas relacionados com o termo “acesso à justiça”, o que nos revela, por vezes, que a abordagem do tema é tangencial e retórica e que, noutras vezes, há um conteúdo específico do acesso à justiça que raras vezes encontra coincidência com os parâmetros interamericanos:

88 Superior Tribunal de justiça, resp 347752-SP, Relatório e Voto do Min. Herman Benjamin, j. 8 de maio de 2007.

89 Constituição Federal de 1988, art. 105, inc. III.

90 Para uma noção de diálogo positivo ou negativo: “O diálogo pode se estabelecer a partir da aceitação dos fundamentos do julgado internacional ou comparado, como um diálogo positivo, ou pelo seu afastamento, quando se utiliza de um julgado ou grupo deles com o intuito de se opor aos seus resultados” Cf. Conci, Luiz Guilherme Arcaro (2016), Porque os juízes devem dialogar com outros juízes estrangeiros ou internacionais, 27 de janeiro, disponível em: <http://justificando.com/2016/01/27/por-que-os-juizes-devem-dialogar-com-outros-juizes-estrangeiros-ou-internacionais/> acesso em 5 de junho de 2016

- a. eleição de foro e competência do juízo (em linhas gerais, considera a hipossuficiência ou a vulnerabilidade para declarar nula a cláusula de eleição de foro, que restringe, dificulta ou impede o acesso à justiça)⁹¹;
- b. benefício da assistência judiciária – Lei 1060 de 1950 (aqui levantamos vários entendimentos que dão contornos ao instituto através da interpretação judicial): não se impede a possibilidade de devedor se defender através de “embargos de devedor” no processo de execução de dívida em virtude de insuficiência de penhora (necessária à garantia de eventual futuro pagamento ao credor) desde que comprovada a situação de pobreza⁹²; necessidade de renovação de pedido de assistência judiciária gratuita para não pagamento de custas de recurso no caso de litigante pobre⁹³; o benefício da assistência judiciária pode ser pleiteado a qualquer tempo e opera efeitos *ex nunc*⁹⁴; pessoas físicas e entidades filantrópicas ou de assistência social gozam da “presunção de miserabilidade *iuris tantum*”, admitindo-se a prova em contrário. As demais pessoas jurídicas, com ou sem fins lucrativos, devem comprovar *prima facie* que não tem condições de arcar com as despesas processuais para usufruírem do benefício da assistência judiciária gratuita⁹⁵; com fundamento na efetividade do direito de acesso à justiça, o benefício da assistência judiciária gratuita deve ser estendido aos atos registrares e notariais, bem como ao registro imobiliário (a isenção estende-se para a extração de certidões de registro de imóveis necessárias para o ingresso de direito de ação)⁹⁶; pagamento da perícia, para obtenção de prova pericial no bojo de ação de usucapião, considerando que “as despesas da perícia, sejam materiais, sejam pessoais, estão acobertadas pelo instituto da justiça gratuita”⁹⁷;

91 Nesse sentido: Superior Tribunal de justiça, Resp 1357813-RJ, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 11 de setembro de 2013; Superior Tribunal de justiça, agrg no aresp 732047-SC, Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 11 de dezembro de 2015; Superior Tribunal de justiça, edcl no CC 139782-GO, Rel. Min. Joao Otavio de Noronha, j. 25 de novembro de 2015; Superior Tribunal de justiça, agrg no aresp 426563-PR, Rel. Min. Luis Felipe Salomao, j. 3 de junho de 2014; Superior Tribunal de justiça, resp 1290950-SP, Rel. Min. Ricardo Villas Boas Cueva, j. 31 de agosto de 2015; Superior Tribunal de justiça, CC 114461-SP, Rel. Min. Raul Araujo, j. 27 de junho de 2012; Superior Tribunal de justiça, CC 126601-MG, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 27 de novembro de 2013; Superior Tribunal de justiça, edcl no CC 131618-DF, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 23 de abril de 2014; Superior Tribunal de justiça, resp 611988-SC, Rel. Min. Luiz Fux, j. 1 de junho de 2004.

92 Nesse sentido: Superior Tribunal de justiça, Resp 1127815-SP, Rel. Min. Luiz Fux, j. 24 de novembro de 2010.

93 Superior Tribunal de justiça, agrg nos earesp 321732-RS, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 16 de outubro de 2013.

94 Nesse sentido, respectivamente: Superior Tribunal de justiça, resp 1185599-MG, Rel. Min. Massami Uyeda, j. 15 de maio de 2012; e Superior Tribunal de justiça, agrg no aresp 742314-MS, Rel. Min. Marco Buzzi, j. 1 de dezembro de 2015.

95 Superior Tribunal de justiça, eresp 1044784-MG, Rel. Min. Luiz Fux, j. 29 de junho de 2010. Prevaleceu a tese, também do STF, de que é ônus da pessoa jurídica comprovar os requisitos para a obtenção do benefício da assistência judiciária gratuita. Superior Tribunal de justiça, eresp 603137-MG, Rel. Min. Castro Meira, j. 2 de agosto de 2010.

96 Nesse sentido, respectivamente: Superior Tribunal de justiça, RMS 29429, Rel. Min. Mauro Campbell, j. 12 de novembro de 2010, pp. 1-4; e Superior Tribunal de justiça, RMS 26493-RS, Rel. Min. Eliana Calmon, j. 19 de agosto de 2008.

97 Superior Tribunal de justiça, resp 95042-SP, Voto do Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 5 de maio de 1998, p.

em caso de hipossuficiência econômica para o processo, não se deve atribuir valor ínfimo à causa, mas sim pleitear o benefício da assistência judiciária gratuita⁹⁸;

- c. formalismo processual, como, por exemplo, casos envolvendo: ausência de peças necessárias⁹⁹; forma de comprovação de pagamento de preparo para fins de interposição de recurso especial¹⁰⁰; aplicação do princípio da fungibilidade, que se aplica em casos de dúvida, quando o dispositivo legal é ambíguo ou quando há divergência doutrinária ou jurisprudencial, considerando-se ser necessário interpretar “sempre do modo mais favorável ao acesso à justiça”¹⁰¹; aplicação do princípio da instrumentalidade das formas, em casos em que não se considerou por intempestivos os protocolos, de erro no endereçamento na petição e de possibilidade de emenda da petição inicial¹⁰²;

1 e p. 3. Note, porém, que o mesmo Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira em caso sobre perícia de DNA, mais tarde, em interpretação do art. 27 do Código de Processo Civil, afirmou que “não há norma no plano infraconstitucional a impor ao Estado a realização desse exame ou ao seu pagamento”, com o entendimento de que o juiz antes de determinar a prova pericial de DNA, deve buscar outros meios de prova para obtenção de seu convencimento. Superior Tribunal de Justiça, MC 1195, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 9 de junho de 1998, pp. 1 e 2. Note também que quando a Fazenda Pública não é parte no processo, tem o ente público a prerrogativa de pagar as despesas ao final do processo.

- 98 Superior Tribunal de Justiça, resp 659622-DF, Min. Nancy Andrighi, j. 25 de setembro de 2007. Nada obstante, a relação entre valor da causa e acesso à justiça foi feita em julgamento parcialmente procedente de impugnação de valor da causa no bojo de ação rescisória, em hipótese em que se demonstrou a discrepância entre o valor da causa da ação rescisória e o benefício econômico auferido com a decisão rescindida, em que se decidiu que o valor da causa não pode representar “um obstáculo ao direito constitucional de acesso à justiça” Superior Tribunal de Justiça, agrg na Pet 5144-MG, Rel. Min. Helio Quaglia Barbosa, j. 25 de abril de 2007. Anteriormente, em valor da causa que ultrapassava os dez milhões de reais, no bojo de uma ação cautelar, consignou-se: “revela-se imperiosa observância à razoabilidade para fins de fixação do valor da causa independente da espécie da demanda, e a necessária moderação para seu arbitramento, com o fito de viabilizar o acesso à justiça”, posto que não pode diferir do valor da causa da ação principal. Superior Tribunal de Justiça, resp 651563-ES, Rel. Min. Luiz Fux, j. 6 de dezembro de 2005.
- 99 Nesse sentido: Superior Tribunal de Justiça, Resp 1102467-RJ, Rel. Min. Massami Uyeda, j. 2 de maio de 2012; Superior Tribunal de Justiça, agrg no Ag 1401792-RJ, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 16 de agosto de 2011; e Superior Tribunal de Justiça, resp 671986-RJ, Rel. Min. Luiz Fux, j. 27 de setembro de 2005.
- 100 Superior Tribunal de Justiça, agrg no aresp 249395-SC, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 12 de novembro de 2013. Em caso de fundada dúvida sobre custas, com decisões judiciais conflitantes sobre a necessidade de preparo referente à apelação em sede de embargos de execução, relevou-se a pena de deserção “em homenagem ao princípio do amplo acesso à justiça sob duplo grau de jurisdição”. Superior Tribunal de Justiça, resp 933354-SP, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 21 de agosto de 2007.
- 101 Nesse sentido: Superior Tribunal de Justiça, agrg no resp 1305905-DF, Rel. Min. Humberto Martins, j. 18 de dezembro de 2015; Superior Tribunal de Justiça, resp 1369727-RS, Rel. Min. Eliana Calmon, j. 8 de outubro de 2013; Superior Tribunal de Justiça, eresp 547653-RJ, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 15 de dezembro de 2010; e Superior Tribunal de Justiça, RMS 27433, Relatório e Voto do Min. Fernando Gonçalves, j. 28 de abril de 2009, p. 5.
- 102 Nesse sentido: Superior Tribunal de Justiça, agrg no Ag 1249816-RJ, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 16 de setembro de 2010, pp.1-5; Superior Tribunal de Justiça, agrg no Ag 775617-RS, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 27 de maio de 2008; e Superior Tribunal de Justiça, resp 152511-MG, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, j. 6 de abril de 2000.

- d. considerando que o não pagamento de multa obsta o direito de recorrer, decidiu-se que o valor excessivo da sanção pecuniária “implica na mitigação do princípio constitucional do amplo acesso à justiça”¹⁰³;
- e. legitimidade para defesa de interesses coletivos. Considerou-se que indivíduo possuía legitimidade ativa *ad causam* para compelir o município de realizar obras de manutenção da rede de esgoto e saneamento e que “o fato de a demanda envolver interesse coletivo não pode inviabilizar o ajuizamento de ação individual”, por se tratar de direito individual homogêneo e, portanto, divisível¹⁰⁴. Em matéria de legitimidade para propositura de ação coletiva, em caso envolvendo discussão sobre a legitimidade da Comissão de Defesa do Consumidor da Assembleia Legislativa para interpor ação civil pública, considerou-se que não se pode ler de forma restritiva a expressão “administração pública” do art. 82, inc. III do CDC, pois as “normas que regem a ação civil pública – símbolo maior do modelo democrático, coletivo, eficiente e eficaz do acesso à justiça, na sua concepção pós-moderna – convidam à ampliação judicial, jamais à restrição, do rol de sujeitos legitimados para sua propositura. O juiz, na dúvida, decidirá em favor do acesso à justiça, pois a negação da legitimação para agir demanda vocalização inequívoca do legislador.”¹⁰⁵ Da mesma maneira havia julgado o STJ em favor de órgão especializado vinculado à Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro (NUDECON), para ingresso com ação civil pública na defesa dos consumidores¹⁰⁶;
- f. não há necessidade de esgotamento da via administrativa antes do ingresso no Poder Judiciário, com exceção das ações de concessão de benefício previdenciário¹⁰⁷;
- g. na pendência da constituição de tribunal arbitral, admite-se que se impetre medida cautelar no Poder Judiciário¹⁰⁸;

103 Superior Tribunal de justiça, edcl no agrg nos edcl no aresp 473595-RJ, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 15 de outubro de 2015. Ainda que se fundamentem determinadas decisões com base no princípio do acesso à justiça, alegada ofensa ao princípio consiste em matéria de competência do Supremo Tribunal Federal. Superior Tribunal de justiça, edcl no resp 1112049-PR, Rel. Min. Raul Araujo, j. 4 de abril de 2013.

104 Superior Tribunal de justiça, Resp 1504.787, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 3 de novembro de 2015, p. 3

105 Superior Tribunal de justiça, resp 1075392-RJ, Rel. Min. Castro Meira, j. 15 de dezembro de 2009.

106 Superior Tribunal de justiça, resp 555111-RJ, Rel. Min. Castro Filho, j. 5 de setembro de 2006.

107 No tema do direito previdenciário, o STJ repetiu o entendimento do STF (RE 631240-MG) de que o acesso à justiça depende do prévio requerimento administrativo somente nas ações de concessão de benefício previdenciário, “ressalvadas as ações ajuizadas perante juizados especiais itinerantes e nos casos em que o INSS já tenha apresentado contestação de mérito” Superior Tribunal de justiça, agrg no resp 1479798-MG, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 17 de março de 2015. No mesmo sentido: Superior Tribunal de justiça, agrg no Ag 1418533-RJ, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, j. Em 28 de fevereiro de 2012.

108 Superior Tribunal de justiça, resp 1297974-RJ, Rel. Min. Nancy Andrichi, j. 12 de junho de 2012, p. 8.

- h. sobre validade de acordo extrajudicial, determinou-se anulação de acórdão, fundado na garantia de acesso à justiça¹⁰⁹;
- i. homologações de sentença estrangeira e interesse da criança (são variados os casos para a noção de acesso à justiça nacional envolvendo homologação de sentenças estrangeiras, cabendo destacar aqueles que prestigiam o interesse superior da criança em casos envolvendo conflitos de competência)¹¹⁰;
- j. sobre a Defensoria Pública: em sede de Habeas Corpus, ainda que não conhecido, determinou-se de ofício que o tribunal de origem reexaminasse a tempestividade do agravo de instrumento, levando-se em conta a prerrogativa de prazo em dobro da Defensoria Pública, que tem a função de “concretizar o direito constitucional de acesso à justiça”¹¹¹; há dispensa de comprovação prévia de pobreza para ajuizamento de ações civis públicas por parte da Defensoria Pública¹¹²; quando se discutiu sobre a legitimidade da defensoria pública para ajuizar ação civil pública, fundamentou-se a decisão nos arts. 21 da Lei 7.347 de 1985 e no art. 90 do Código de Defesa do Consumidor, bem como no art. 134 e no art. 5º, incs. LXXIV (assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovem insuficiência de recursos) e XXXV (inafastabilidade do Poder Judiciário diante de lesão ou ameaça a direito) e LXXXVIII (duração razoável do processo), deduzindo um “princípio do acesso à ordem jurídica justa”¹¹³; a falta de intimação pessoal do defensor público da data da sessão de julgamento de recurso em sentido estrito consiste em causa de nulidade absoluta por cerceamento de defesa, em aplicação do parágrafo 5º do art. 5º

109 Superior Tribunal de justiça, resp 1125561-MG, Rel. Min. Castro Meira, j. 15 de abril de 2010.

110 Reconheceu-se em homologação de sentença estrangeira de divórcio consensual a possibilidade de citação por edital, posto que cumpridos os requisitos da Resolução STJ n. 9 de 2005, com fundamento no acesso à justiça. Superior Tribunal de justiça, SEC 11722, Rel. Min. OG Fernandes, j. 2 de fevereiro de 2015. Da mesma forma se considerou por desnecessária a citação de pai biológico: Superior Tribunal de justiça, SEC 8600, Rel. Min. OG Fernandes, j. 16 de outubro de 2014. O pedido de homologação de sentença estrangeira foi indeferido pelo STJ, em caso em que envolvia acordo entre partes sobre guarda de menor no Reino Unido e uma sentença judicial brasileira posterior que determinava a guarda para um dos cônjuges, consignando-se, conforme entendimentos anteriores, que “as decisões acerca da guarda de menor e respectivos alimentos não se submetem aos efeitos da coisa julgada, que pode ser relativizada diante da alteração dos fatos, sempre, sobrelevando o interesse do infante”. Superior Tribunal de justiça, SEC 7331, Rel. Min. Humberto Martins, j. 2 de outubro de 2013. O interesse da criança também foi invocado para a facilitar o acesso à justiça, em: Superior Tribunal de justiça, CC 114782-RS, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 12 de dezembro de 2012.

111 Superior Tribunal de justiça, HC 265780-RS, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 14 de abril de 2013. Em aplicação do art. 16 da mesma lei, a dispensa de mandato ao Defensor Público se estende também à declaração de hipossuficiência da parte. Superior Tribunal de justiça. acesso à pesquisa “Legislação Aplicada”. Resp 287688-MG, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, j. 7 de dezembro 2000.

112 Superior Tribunal de justiça, agrg no resp 1178825-PR, Min. Nefi Cordeiro, j. 22 de setembro de 2015.

113 Superior Tribunal de justiça, resp 1106515-MG, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. Em 16 de dezembro de 2010.

da Lei 1060 de 1950¹¹⁴; designação de Defensor Público, em tutela de urgência, para determinado município¹¹⁵;

- k. incompatibilidade da submissão da tutela de urgência ao regime de precatório, em caso de pensão provisória a ser paga pelo Município requerido, até decisão final da ação principal, para fazer face às despesas médicas e terapêuticas. Como extraído da ementa: "(...) a institucionalização dos provimentos urgentes é consectário do princípio da inafastabilidade da jurisdição ou do acesso à justiça, que deve atuar de pronto diante de ameaça ou lesão a direito individual ou coletivo"¹¹⁶;
- l. inversão do ônus da prova para vítimas de dano ambiental (trata-se da inversão do ônus da prova por hipossuficiência, com aplicação do Código de Defesa do Consumidor)¹¹⁷;
- m. o STJ dispensa prestação de caução provisória para execução provisória contra a Fazenda Pública em casos de verba de natureza alimentar¹¹⁸;

114 Superior Tribunal de justiça. acesso à pesquisa "Legislação Aplicada". HC 72349-SP, Rel. Min. Haroldo Rodrigues, j. 16 de setembro de 2010. Em sentido análogo, em aplicação do art. 5º da Lei 1060 de 1950, decidiu-se que é cabível ação rescisória para a correção de vício de nulidade decorrente de ausência de intimação pessoal da Defensoria Pública. Superior Tribunal de justiça. acesso à pesquisa "Legislação Aplicada". AR 3502-RS, Rel. Min. Vasco Della Giustina, j. 24 de junho de 2009.

115 Em ação civil pública movida pelo Ministério Público do Estado do Mato Grosso para que no prazo de vinte dias se providenciasse a designação de Defensor Público no município de Aripuana-MT, em que se alegou contrariamente ao pedido a regra proibitiva do art. 1º da Lei 9.494 de 1997, que disciplina a tutela antecipada contra Fazenda Pública, firmou-se o entendimento de que a tutela de urgência não incorreu em afronta à separação dos poderes, decidindo-se que a proibição de tutela de urgência não se aplicava em face do "direito de assistência judiciária estatal assegurado pela Constituição Federal em seu art. 5º, LXXIV". Superior Tribunal de justiça, resp 934138-MT, Rel. Min. Luiz Fux, j. 10 de novembro de 2009.

116 Superior Tribunal de justiça, resp 834678-PR, Rel. Min. Luiz Fux, j. 26 de junho de 2007.

117 Em termos de acesso à justiça às vítimas, relacionou-se facilitação de acesso à justiça com responsabilidade civil solidária, em caso envolvendo dano por substância química perigosa (inseticida), em caso de ação civil pública movida pelo Ministério Público Federal contra o Município de Serra, Funasa e Estado do Espírito Santo, por desinsetização em posto de saúde, com sérios danos aos frequentadores do estabelecimento. Foram preenchidos todos os elementos caracterizadores da responsabilidade objetiva do Estado. Superior Tribunal de justiça, resp 1236863-ES, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 12 de abril de 2011, p. 12. Em caso de dano por mercúrio, houve a chamada "inversão do ônus da prova por hipossuficiência" (art. 6º, VIII c.c. Art. 117 do Código de Defesa do Consumidor), relacionando-se o acesso à justiça com o princípio *in dubio pro natura* (resp 972.902-RS, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma dje 14 de dezembro de 2009), técnica que sujeita o que supostamente causou o dano ambiental de provar de que não causou o dano ou de que a substância não era lesiva. Denomina-se de "técnica do ônus dinâmica da prova" que congrega os "(...) Cânones da solidariedade, da facilitação do acesso à justiça, da efetividade da prestação jurisdicional e do combate às desigualdades, bem como expressa um renovado *due process* (...)". Superior Tribunal de justiça, resp 883656-RS, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 9 de março de 2010.

118 Nesse sentido: resp 514.865-RS, Rel. Min. José Arnaldo Fonseca, DJ 18 de outubro de 2004; e Superior Tribunal de justiça, resp 1125582-MG, Rel. Min. Luiz Fux, j. 21 de setembro de 2010. Note que a execução contra a Fazenda Pública se faz juridicamente possível para a "parte incontroversa do débito". Superior Tribunal de justiça, agrg no resp 1096575-RJ, Rel. Min. Luiz Fux, j. 3 de setembro de 2009. Ainda no tema dos precatórios, decidiu-se que a realização de nova citação quando da expedição do precatório complementar com a concessão de novo prazo para embargos "insinua eternização do conflito", o que tornaria "a garantia do acesso à ordem justa uma simples divagação acadêmica". O acesso à justiça, neste caso, foi relacionado com o princípio da efetividade e juntamente com o devido processo legal para dispensar nova

- n. intervenção de assistente da vítima no inquérito policial (“não se pode privar a vítima, que efetivamente sofreu, como sujeito passivo do crime, o gravame causado pelo ato típico e antijurídico, de qualquer tutela jurisdicional, sob pena de ofensa às garantias constitucionais do acesso à justiça e do duplo grau de jurisdição”)¹¹⁹; e
- o. incapacidade de pagamento de fiança (depois de dois meses na prisão, sem o recolhimento da fiança, considerou-se o suficiente como prova da incapacidade financeira, concedendo-se ordem de Habeas Corpus)¹²⁰.

Para todas estas matérias houve menção ao “acesso à justiça” para a justificação das mais variadas decisões. Passemos à análise de alguns destes julgados, em cotejo com outros que referem o termo “Convenção Americana”, pertinentes para a noção interamericana de acesso à justiça, bem como outros que a literatura especializada indica.

5.1. Art. 1, CADH – Direito à verdade e obrigação de investigar

Destes julgados cumpre destacarmos julgado que admitiu a intervenção de assistente da vítima no inquérito policial, pois o entendimento predominante é de que a intervenção somente pode ocorrer após a denúncia¹²¹. Em sede de Habeas Corpus, pleiteava-se ausência de justa causa para ação penal, sendo vedado o desarquivamento de inquérito policial (Súmula 524 do STF). Aludiu o Min. Relator OG Fernandes que denegou a ordem de Habeas Corpus:

“O interesse da vítima vai além de apenas obter um título executório para reparação de prejuízos sofridos, porquanto, mesmo de forma secundária, objetiva também perseguir a chamada verdade real e, em consequência, a justa aplicação da lei penal. Ademais, importante lembrar que as garantias constitucionais do acesso à justiça e do duplo grau de jurisdição devem ser asseguradas indistintamente, seja em relação ao acusado e ao Ministério Público, seja quanto ao ofendido¹²²” (Grifos nossos).

Esse julgado nos parece importante porque atualmente a Defensoria Pública do Estado de São Paulo está sendo assistente de acusação em casos de violência policial, em defesa do di-

citação em cada expedição de precatório complementar. Superior Tribunal de justiça, agrg nos edcl no resp 922610-SP, Rel. Min. Luiz Fux, j. 27 de outubro de 2009.

119 Superior Tribunal de justiça, HC 123365-SP, Rel. Min. OG Fernandes, j. 22 de junho de 2010.

120 Superior Tribunal de justiça, RHC 65655-MG, Relatório e Voto do Min. Nefi Cordeiro, j. 17 de dezembro de 2015, pp. 1-3.

121 Código de Processo Penal, Art. 268.

122 Superior Tribunal de justiça, HC 123365-SP, Rel. Min. OG Fernandes, j. 22 de junho de 2010.

reito de acesso à justiça de vítimas da violência do Estado, casos estes comumente arquivados pela primeira instância.

Em nosso entender, há conexão com o parâmetro interamericano, na medida em que reconheceu no parágrafo 250 do caso *Radilla Pacheco* o direito de acesso a expediente, bem como no parágrafo 297: "(...) la participación de la víctima em procesos penales no está limitada a la mera reparación del daño sino, preponderantemente, a hacer efectivos sus derechos a conocer la verdad y a la justicia ante tribunales competentes"¹²³.

O STJ já referiu um direito a "buscar plena apuração dos fatos" para crimes da ditadura, porém em um contexto de ações civis e não de ações penais¹²⁴.

Atualmente, o STJ está a enfrentar o tema da execução de sentença interamericana (Resp 1.351.177). O voto-vista do Ministro Rogerio Schietti Cruz reconheceu o dever de cumprir com sentença internacional, defendendo a reabertura de ação penal envolvendo assassinato de trabalhador sem-terra. Trata-se do caso conhecido como Sétimo Garibaldi (sentença de 23 de setembro de 2009), em que o Brasil foi condenado decorrentemente do descumprimento da obrigação de investigar e punir o homicídio do Senhor Garibaldi, fato ocorrido em 27 de novembro de 1998 durante uma operação extrajudicial de despejo das famílias de trabalhadores sem terra, ocupantes de uma fazenda no Município de Querência do Norte, Estado do Paraná¹²⁵.

A Corte Interamericana entendeu ter havido erro na petição de arquivamento do inquérito policial, na época da investigação dos fatos, bem como falta de diligências (ou seja: não foi considerado um recurso efetivo para fins de acesso à justiça da vítima e familiares). O Brasil foi condenado a reconhecer publicamente sua responsabilidade internacional por violação aos

123 Cfr. Corte IDH, *Caso Radilla Pacheco vs Estados Unidos Mexicanos (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)*, sentença de 23 de noviembre de 2009, pp. 71,72-82.

124 Em caso envolvendo reparação de danos morais em razão da perseguição e prisão por motivos políticos durante regime militar, em que o autor da ação fora submetido a torturas sistemáticas, entendeu o STJ que a ação de reparação *ex delicto* era imprescritível, com referência à Convenção Americana de Direitos Humanos. Superior Tribunal de justiça, HC 39427-SP, Rel. Min. Paulo Medina, j. 31 de maio de 2005. Com o mesmo raciocínio, em ação declaratória de relação jurídica de responsabilidade civil, em ação contra oficial comandante acusado de torturas, entendeu o STJ que não há prescrição para a pretensão meramente declaratória da prática de tortura, devendo ser "reconhecido também o direito individual daqueles que sofreram diretamente as arbitrariedades cometidas durante o regime militar de buscar a plena apuração dos fatos, com a declaração da existência de tortura e da responsabilidade daqueles que a perpetraram". Superior Tribunal de justiça, resp 1434498-SP, Rel. Min. Nancy Andrichi, j. 9 de dezembro de 2014.

125 Conci, Luiz Guilherme Arcaro & Gerber, Konstantin (2016). Porque temos tanta dificuldade em cumprir com decisões internacionais? Justificando, Quinta-feira, 10 de março, disponível em: <http://justificando.com/2016/03/10/por-que-temos-tanta-dificuldade-em-cumprir-com-decisoes-internacionais/> acesso em: 5 de junho de 2016

arts. 8.1 e 25.1 da Convenção Americana, publicar a sentença e investigar, julgar e sancionar os responsáveis do homicídio de Sétimo Garibaldi.

De se destacar deste caso é a possibilidade de reabertura de inquérito, quando presentes novas provas e mais: quando assim determinado por uma sentença internacional em que o Brasil for condenado. O ministro aludiu ao art. 68.1 da Convenção Americana, para a obrigatoriedade de se cumprir com sentença internacional, bem como sobre seu status supralegal. Conferiu, em suma, interpretação conforme do art. 18 do Código de Processo Penal, para enfrentar o obstáculo da Súmula 524 do STF (quando o inquérito é arquivado por despacho do juiz, não pode a ação penal ser iniciada sem novas provas), com a justificativa de haver justa causa e novas provas, em atendimento à determinação ao Estado Brasileiro de conduzir inquérito e processo para identificar e julgar os autores da morte do senhor Garibaldi.

5.2. Art. 8.1, CADH- Direito de ser ouvido

Em processo em que havia sido concedida liberdade provisória, mediante o pagamento de fiança, diante do decurso de dois meses na prisão, sem o recolhimento da fiança, considerou-se o suficiente como prova da incapacidade financeira para realizar o pagamento de 5.000 R\$, dando o STJ provimento ao recurso em Habeas Corpus¹²⁶. Este julgado nos parece de acordo com o parágrafo 50 do Caso Cantos vs Argentina.

5.3. Art. 8.2 f), CADH – direito da defesa de inquirir testemunhas

O STJ decidiu que o prazo para ser oferecido o rol de testemunhas é de ser relativizado, em face da ampla defesa, pois a “ausência de comunicação entre o preso e o defensor nomeado afasta a preclusão temporal ao oferecimento do rol de testemunha¹²⁷”. Este julgado nos parece de acordo com o parágrafo 155 do Caso Petruzzi vs Perú.

126 Superior Tribunal de justiça, RHC 65655-MG, Relatório e Voto do Min. Nefi Cordeiro, j. 17 de dezembro de 2015, pp. 1-3.

127 Superior Tribunal de justiça, resp 1443533, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, 6ª Turma, j. 23 de junho de 2015 Cf. Paiva, Caio (2016). Sem contato com o acusado, como o defensor arrola testemunha. Consultor Jurídico, 13 de março, disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-mar-15/tribuna-defensoria-contato-acusado-defensor-arrola-testemunhas> acesso em 14 de junho de 2016.

5.4. Art. 8.2 g), CADH – direito à não autoincriminação

Em aplicação do art. 8, parágrafo 2º, g da Convenção Americana de Direitos Humanos, em conjunto com o art. 5º, LXIII, CF, o STJ entendeu que ocorreu vício formal em processo administrativo disciplinar, por cerceamento de defesa, quando o servidor foi obrigado a fazer prova contra si mesmo, pois o “o servidor acometido de dependência crônica de alcoolismo deve ser licenciado, mesmo compulsoriamente, para tratamento de saúde e, se for o caso, aposentado, por invalidez, mas, nunca, demitido, por ser titular de direito subjetivo à saúde e vítima do insucesso das políticas públicas sociais do Estado¹²⁸”.

6. O acesso à justiça na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: comentários à luz dos parâmetros interamericanos

“é intrínseca à ideia em si mesma de acesso [à justiça] a constatação [de] que uma reforma do direito substancial é ilusória se não é acompanhada de adequados instrumentos de execução-atuação¹²⁹”

MAURO CAPPELLETTI

O Brasil tem um sistema misto e peculiar de jurisdição constitucional, que combina o critério de controle difuso por via de defesa objetiva com o critério de controle concentrado por via de ação direta de inconstitucionalidade. Nesse contexto, no ordenamento constitucional brasileiro, o Supremo Tribunal Federal (STF) tem uma dupla função: competência como corte constitucional e como tribunal recursal¹³⁰. Cada uma dessas funções demanda tipos de decisão e argumentação diferenciadas, por cumprir objetivos distintos, e faz com que sejam esperadas também diferenças no grau de vinculação dos ministros aos precedentes da própria Corte¹³¹.

128 Superior Tribunal de justiça, RMS 18017-SP, Rel. Min. Paulo Medina, j. 9 de fevereiro de 2006.

129 Cappelletti, Mauro (1991), “O acesso à justiça e a função do jurista em nossa época”, Revista de Processo, vol. 61, pp. 144 - 160, Jan - mar, p. 5.

130 O STF julga litígios envolvendo Estados Estrangeiros, Organizações Internacionais, processos de extradição, é corte penal, é corte de preservação de garantias constitucionais, julga crimes comuns de autoridades, julga conflitos federativos, exerce os controles concentrado e difuso de constitucionalidade e julga conflitos de competência entre órgãos do Poder Judiciário. Koerner, Andrei. “Representación y justicia”: una hipótesis sobre el control de la constitucionalidad y el acceso a la justicia en Brasil desde 1930. In: Bogdandy, Armin Von & Marc-Gregor, Eduardo Ferrer & Antoniazzi, Mariela Morales (Coord.) La justicia constitucional y su internacionalización. Tomo I. Unam, México, 2010, pp. 178-179.

131 Há outro problema em identificar os argumentos do quanto decidido, pois cada um dos onze ministros profere seu voto, não havendo uma decisão colegiada propriamente. Para uma análise acurada no tema, remetemos o leitor para: Afonso da Silva, Virgílio (2009). “O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. Revista de Direito Administrativo v. 250, Rio de Janeiro, FGV.

Em pesquisa no site do STF pela indexação da expressão “acesso à justiça” foram identificados 150 acórdãos, destas consultamos 91 acórdãos, pois julgados a partir de 5 de outubro de 1988, sendo então selecionados e analisados. Valemo-nos também das publicações de jurisprudência do próprio tribunal, cujos extratos já indicam alguns casos em que o acesso à justiça foi definido, com a ferramenta “Constituição e o Supremo”, que seleciona trechos de precedentes judiciais¹³² para os respectivos artigos da Constituição Federal, bem como da literatura especializada, o que não exclui nossa advertência para a necessidade de um sistema de busca por precedentes vinculantes. Deve-se promover um sistema de informação que assegure o fácil acesso a todas as sentenças das cortes superiores, não apenas para advogados e assistentes, *experts* em pesquisa jurisprudencial, mas aberto a toda a comunidade de intérpretes constitucionais (na expressão consagrada de Peter Haberle), conforme determina o art. 927, párr. 5º, do Código de Processo Civil de 2015¹³³. Em nossa pesquisa, separamos os julgados para o termo “acesso à justiça”, identificando os seguintes temas:

- a. no tema da prisão preventiva, o STF decidiu que não impede o exercício do direito de recorrer em liberdade, pois a “prisão processual, de ordem meramente cautelar, ainda que fundada em sentença condenatória recorrível (cuja prolação não descaracteriza a presunção constitucional de inocência), tem como pressuposto legitimador a existência de situação de real necessidade, apta a ensejar, ao Estado, quando efetivamente ocorrente, a adoção – sempre excepcional – dessa medida constritiva de caráter pessoal”¹³⁴;
- b. no tema da duração razoável do processo, no dizer do Min. Ayres Brito: “O direito à razoável duração do processo não é senão projeção do direito de acesso eficaz ao Poder Judiciário. Direito a que corresponde o dever estatal de julgar com segurança (elemento

132 Não há um mecanismo de busca de jurisprudência do STF que permita identificar a *ratio decidendi*, portanto, a ferramenta da Constituição e o Supremo pode ser um guia, mas não dá a noção do que foi efetivamente julgado.

133 Pois, os sistemas de informações dos tribunais pátrios carecem de informações essenciais para a operação com precedentes, pois não permitem ao consulente saber, por exemplo, qual é a *ratio decidendi* do caso em análise. Seria salutar o aprimoramento do sistema de informação, principalmente, do Supremo Tribunal Federal, para que disponha aos jurisdicionados de instrumentos que ensejem acesso fácil e descomplicado aos seus precedentes. Cumpre, ainda, consignar que prevalece no direito pátrio que para que seja aplicada a *ratio decidendi* de um caso, os fatos apresentados ao juiz no caso posto em julgamento devem corresponder exatamente aos fatos contidos no caso anterior. Ademais, diferentemente de países como Alemanha e Colômbia, a aplicação da denominada teoria dos motivos determinantes não é admitida pela jurisprudência pátria. Supremo Tribunal Federal, agr. Na Rcl. 4.454/RS, Rel. Min. Luis Roberto Barroso, j.03/03/2015. Desse modo, o juiz fica vinculado ao precedente apenas se a situação fática em julgamento for idêntica àquela examinada no precedente (identidade material ou, como também se diz, identidade perfeita). Basta, porém, que um elemento material subjacente ao caso seja identificado como diverso para que este seja distinguido do paradigma, e, com efeito, não se aplique a *ratio* ao caso vertente. Por aqui, vê-se que o sistema de precedentes não produz a consistência desejada.

134 Supremo Tribunal Federal, HC 102368-CE, Rel. Min. Celso de Mello, j. 29 de junho de 2010. No mesmo sentido, o atraso no recebimento da denúncia conduz ao reconhecimento do excesso de prazo em prisão preventiva. Supremo Tribunal Federal, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 2 de outubro de 2011.

técnico) e presteza (elemento temporal). No habeas corpus, tal dever estatal de decidir se marca por um tônus de presteza máxima, sem nenhum prejuízo para o dever de fazê-lo com apuro técnico. (...)”¹³⁵;

- c. em interpretação do art. 98, inc. I, CF, sobre os juizados especiais, em referencia aos procedimentos oral e sumaríssimo, o STF entende haver um “microsistema dos juizados especiais”. O caso versava o rito dos juizados especiais federais, não se aplicando a prerrogativa de intimação pessoal dos procuradores federais (art. 17 da Lei 10.910 de 2004), não se revelando razoável “a incidência de norma que restringe a paridade de armas, além de comprometer a informalidade e a celeridade do procedimento”. Da ementa extraem-se os fundamentos do princípio constitucional do contraditório (art. 5º, LV, CF), com o significado de “mesmas oportunidades e faculdades processuais” – paridade de armas, sendo que as exceções ao princípio da paridade devem ser interpretadas restritivamente. Relacionou-se o rito dos juizados especiais com ampliação do acesso à justiça (art. 5º, XXXV c.c. art. 98, I, CF) “mediante redução das formalidades e aceleração da marcha processual”¹³⁶;
- d. dispensa de advogado em processos que correm nos Juizados de Pequenas Causas, justiça do Trabalho ou justiça de Paz e imprescindibilidade relativa da presença de advogado em causas de pequeno valor, que tramitam no Juizado Especial¹³⁷;
- e. em matéria de relaxamento de prisão, “a complexidade dos critérios de divisão da competência jurisdicional não podem obstaculizar o acesso à justiça” decidiu o STF que o juízo incompetente pode fazê-la “salvante os casos de erro grosseiro e manifesta má fé, em hipóteses de urgência e desde que haja dúvida razoável a respeito do órgão que deve processar a causa”¹³⁸;
- f. o STF reconheceu a inconstitucionalidade do art. 4 da Lei Complementar n. 118 de 2005, aplicando-se o novo prazo de cinco anos do fato gerador para repetição ou compensação de indébito, apenas para as ações ajuizadas depois da *vacatio legis*, em respeito “ao prin-

135 Supremo Tribunal Federal, HC 112.298, Rel. Min. Ayres Britto, j. 13 de março de 2012.

136 Supremo Tribunal Federal, ARE 648.629, Rel. Min. Luiz Fux, julgamento em 19-9-2013 cf. A Constituição e o Supremo. P. 118, disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoolegislacaoanotada/anexo/constituicao.PDF> acesso em: 14 de junho de 2016.

137 Respectivamente: Supremo Tribunal Federal, ADIN 1.127-8, Rel. Min. Marco Aurélio, j. Em 17 de maio de 2006; e Supremo Tribunal Federal, ADIN 1.539-7, Rel. Min. Maurício Correa, j. 24 de abril de 2003.

138 Supremo Tribunal Federal, ADI 4414, Rel. Min. Luiz Fux, j. Em 31-5-2012 Cf. Ibid. P. 119

- cípio da segurança jurídica em seus conteúdos de proteção da confiança e de garantia do acesso à justiça¹³⁹;
- g. acesso à justiça do município: “negar ao município a possibilidade de executar seus créditos de pequeno valor sob o fundamento da falta de interesse econômico viola o direito à justiça¹⁴⁰;
 - h. entendeu-se que o regime especial de pagamento de precatórios para Estados e Municípios criado pela EC n. 62 de 2009 por impor o contingenciamento de recursos viola a cláusula do Estado de Direito (art. 1º, caput, CF), o princípio da separação dos poderes (art. 2º, CF), a isonomia (art. 5º, CF), a garantia do acesso à justiça e a efetividade jurisdicional (art. 5º, XXXV), o direito adquirido e à coisa julgada (art. 5º, XXXVI)¹⁴¹;
 - i. o STF decidiu que o direito de petição e o acesso à justiça não exigem a postulação em juízo sem presença de advogado, em interpretação do art. 133 da Constituição¹⁴²;
 - j. acesso à justiça e requerimento prévio administrativo. Há necessidade de prévio requerimento administrativo do segurado da previdência, sem o que não há lesão ou ameaça a direito, porém não prevalece a exigência do prévio requerimento administrativo “quando o entendimento da Administração for notória e reiteradamente contrário à postulação do segurado¹⁴³;
 - k. em matéria de constitucionalidade da Lei de Arbitragem (Lei 9.307 de 1996), sobre a solução de conflito entre a cláusula compromissória e a “garantia constitucional da universalidade de jurisdição do Poder Judiciário”, decidiu-se que a manifestação da vontade da parte na cláusula compromissória no contrato e a permissão legal dada ao juiz para que substitua a parte recalcitrante em firmar o compromisso não ofendem o art. 5º, XXXV, CF;
 - l. legitimidade de associações civis (título judicial em processo coletivo beneficia associado que não deliberou a respeito em assembleia)¹⁴⁴;
 - m. devido processo administrativo (mesmo em procedimentos de índole administrativa, independentemente de haver previsão normativa nos estatutos que regem a atuação

139 Supremo Tribunal Federal, RE 566.621, Rel. Min. Ellen Gracie, j. Em 4-8-2011 Cf. *Ibid.* P.119.

140 Supremo Tribunal Federal, RE 591.033, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 17-11-2010 Cf. *Ibid.* P. 119.

141 Supremo Tribunal Federal, ADI 4425, Rel. Min. Ayres Britto, j. 14 de março de 2013.

142 Supremo Tribunal Federal, AO 1531, Rel. Min. Carmen Lucia, j. 3 de junho de 2009.

143 Supremo Tribunal Federal, RE 631.240 MG, Rel. Min. Roberto Barroso, j. 3 de setembro de 2014.

144 Supremo Tribunal Federal, RE 673.232, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 25 de novembro de 2009.

dos órgãos do Estado, há necessidade do contraditório e da plenitude de defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, CF, art. 5, LV)¹⁴⁵;

- n. independência funcional e restrição de atuação de promotor de justiça na segunda instância (a independência funcional não é irrestrita, há restrição de atuação de promotor na segunda instância)¹⁴⁶;
- o. direito das pessoas necessitadas ao atendimento integral na comarca em que residem pela Defensoria Pública (o Estado deve prover a defensoria pública local, havendo exercício de um “controle jurisdicional de legitimidade sobre a omissão do Estado”, invocando-se os parâmetros constitucionais da “proibição de retrocesso social, proteção ao mínimo existencial”)¹⁴⁷;
- p. Defensoria Pública: foi reconhecida a legitimidade para propor ação civil pública¹⁴⁸; igualmente, reconheceu-se a possibilidade de homologação judicial de acordo de alimentos realizados pela Defensoria Pública, como modalidade de atuação extrajudicial da assistência jurídica¹⁴⁹; decidiu-se que a Defensoria Pública não pode estar subordinada ao Poder Executivo¹⁵⁰; em caso de omissão administrativa, em ação civil pública movida pelo Ministério Público, foi concedido o “bloqueio de verba”, para que então um defensor público fosse lotado em determinada comarca mediante concurso público¹⁵¹, entre outros casos, como veremos adiante;
- q. imunidade de jurisdição de organismo internacional (a Convenção sobre privilégios e imunidades das Nações Unidas se aplica também às demandas de natureza trabalhista);
- r. devido processo e duplo grau de jurisdição: há prerrogativa jurídico-processual de o condenado “recorrer da sentença a juiz ou tribunal superior” (direito de recorrer a órgão diverso)¹⁵²;

145 Supremo Tribunal Federal, RMS 28.517-DF, Rel. Min. Celso de Mello, j. 1 de agosto de 2011.

146 Supremo Tribunal Federal, MS 28.408-DF, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 18 de março de 2014.

147 Supremo Tribunal Federal, RE-agr 763667-CE, Rel. Min. Celso de Mello, j. 22 de outubro de 2013.

148 Supremo Tribunal Federal, Adi 2922, Rel. Min. Carmen Lúcia, j. 5 de fevereiro de 2015.

149 Supremo Tribunal Federal, Adi 2922, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 3 de abril de 2014.

150 Supremo Tribunal Federal, Adi 4056, Rel. Ricardo Lewandowski, j. 7 de março de 2012.

151 Supremo Tribunal Federal, ADI 362-AL, Rel. Min. Francisco Rezek, j. 21 de novembro de 1996.

152 Supremo Tribunal Federal, AP 470-MG, j. 18 de setembro de 2013, Voto Min. Celso de Mello sobre admissibilidade dos embargos infringentes, pp. 25-26, disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/AP_470__EMBARGOS_INFRINGENTES.pdf acesso em: 14 de junho de 2016. No mesmo sentido: Supremo Tribunal Federal, RHC 79.785, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 29 de março de 2003. Note que em recurso que pretendia exame de recurso extraordinário no qual se buscava viabilizar a interposição de recurso inominado com efeito de apelação de decisão condenatória proferida por Tribunal Regional Federal em sede de competência criminal originária, entendeu o STF que

- s. repercussão geral de recurso extraordinário (em muitos casos se alega a violação aos princípios do contraditório, da ampla defesa, do devido processo legal e do acesso à justiça, mas tratam de questões relativas a normas infraconstitucionais, o que faz com que o STF não reconheça repercussão geral)¹⁵³;
- t. o Supremo entendeu presumir-se pobre aquele que afirma sê-lo para a prestação de assistência judiciária (art. 4º, § 1º, da Lei n. 1.060/50), bastando, assim, que declare situação de paupérie para que goze do benefício. Por outro lado, a Corte assentou que para a obtenção da assistência jurídica integral, demanda-se prova de insuficiência de recursos: “A Constituição Federal, art. 5º, LXXIV, garante, mediante a prova da insuficiência de recursos, ‘assistência jurídica integral’, o que não quer dizer que a ‘assistência judiciária aos necessitados’, com base em norma infraconstitucional, haja sido revogada pela referida norma constitucional. Esta, a assistência judiciária aos necessitados, assegurada por norma infraconstitucional, é parte da ‘assistência jurídica integral’, que a Constituição assegura. Para obter aquela, basta a declaração, feita pelo próprio interessado, de que é pobre. A obtenção do benefício maior – ‘assistência jurídica integral’ – é que demanda a prova da insuficiência de recursos”.
- u. acesso à justiça, inovações tecnológicas e verdade real (em pleito de reabertura de investigação da paternidade, ficou assentado que o caso da investigação da paternidade não viola a coisa julgada se antes o método DNA não estava disponível)¹⁵⁴;
- v. acesso à justiça, exame de ordem e profissão de advogado (a exigência do concurso é em favor da ordem jurídica)¹⁵⁵;
- w. falta de apreciação de fundamentos relevantes em Habeas Corpus (resposta jurisdicional incompleta ofende o direito à jurisdição)¹⁵⁶;
- x. interpretação conforme para o livre acesso ao judiciário, na estipulação de comissões de conciliação prévia na justiça do trabalho, pois há uma sistemática de esgotamento das vias administrativas expressamente previstas na CF)¹⁵⁷;

a Emenda Constitucional 45/04 não introduziu na Constituição uma nova modalidade de recurso inominado de modo a conferir eficácia ao duplo grau de jurisdição. Supremo Tribunal Federal, AI 601832agr-SP, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 17 de março de 2009.

153 *Inter plures* Supremo Tribunal Federal, ARE 748371 RG-MT, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 6 de junho de 2013.

154 Supremo Tribunal Federal, RE 363.889, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 2 de junho de 2011.

155 Supremo Tribunal Federal, RE 603.583, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 26 de outubro de 2011.

156 Supremo Tribunal Federal, RHC 97181, Rel. Min. Celso de Mello, j. 14 de abril de 2009.

157 Supremo Tribunal Federal, Adi-MC 2160-5, Rel. Min. Octavio Galloti, j. 13 de maio de 2009.

- y. as custas judiciais tem de ter valores mínimos e máximos¹⁵⁸; e considerou-se que o protocolo integrado facilita o acesso à justiça¹⁵⁹; e
- z. para o STF condicionar à representação seria um obstáculo e ainda colocaria a mulher em exposição, portanto a ação pública incondicionada facilita o acesso à justiça das mulheres¹⁶⁰.

Destes julgados, cumpre destacar as decisões envolvendo a Defensoria Pública e garantias processuais penais.

6.1. Art. 8.2 "e", CADH, o direito de ser assistido por defensor do Estado; direitos pré-processuais como direito de informação, orientação e formas alternativas de resoluções de conflitos; acesso à justiça para defesa de direitos coletivos e difusos

O STF decidiu que o ônus financeiro de custoso deslocamento para comarca próxima onde a defensoria pública se encontra não pode ser suportado pela população desassistida. Para conferir efetividade ao art. 5, inc. LXXIV, o Estado deve prover a defensoria pública local com melhor estrutura administrativa¹⁶¹. O Min. Celso de Mello refere o RE 574.353-PR, em que classificava a Defensoria Pública "uma instituição especificamente voltada para a implementação de políticas públicas de assistência jurídica, assim no campo administrativo como no judicial¹⁶²".

A possibilidade de atuação extrajudicial pela Defensoria foi reconhecida, em caso que envolvia lei que disciplinava a homologação judicial de acordos alimentares em que houvesse intervenção da Defensoria Pública do Rio de Janeiro¹⁶³. Essa é a vertente também de atuação em informação de direitos, que guarda relação com o parâmetro interamericano.

Ao analisar a lei estadual do Rio de Janeiro o acórdão referendou e elogiou a experiência que transforma os estados da federação em "laboratórios" de novas ideias capazes de implementar novas facetas do movimento pelo acesso à justiça. De forma que "a assistência jurídica prestada pela Defensoria Pública abrange não apenas a defesa em juízo, mas todas as formas

158 Supremo Tribunal Federal, Adi 2655-1, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 9 de outubro de 2003.

159 Supremo Tribunal Federal, agre 349.819-3, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 18 de fevereiro de 2003.

160 Supremo Tribunal Federal, Adi 4424, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 9 de fevereiro de 2012.

161 Supremo Tribunal Federal, RE-agr 763667-CE, Rel. Min. Celso de Mello, j. 22 de outubro de 2013.

162 Ibid., p. 5

163 Supremo Tribunal Federal, Adi 2922-RJ, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. Em 3 de abril de 2014.

de serviços jurídicos, judiciais e extrajudiciais. A vertente extrajudicial da assistência jurídica permite a prestação de orientações (informação em direito), a realização de mediações, conciliações e arbitragem (resolução alternativa de litígios), entre outros serviços, evitando, muitas vezes, a propositura de ações judiciais. Tudo isso vai ao encontro da desjudicialização e desburocratização da efetivação dos direitos, uma nova faceta do movimento pelo acesso à justiça”.

Sabe-se que a Resolução 2081 da (OEA) recomenda a necessidade de autonomia funcional para a prestação jurídica aos necessitados. Entendemos que no Brasil o escopo de atuação, o modelo público de atendimento das Defensorias Públicas, é muito maior, se comparado com os demais países da América Latina. A atuação vai além da garantia do art. 8.2 e) da CADH. Tanto é que o STF reconheceu a legitimidade das Defensorias Públicas para propor ações civis públicas (ações coletivas)¹⁶⁴.

6. 2. Arts. 1, 8 e 25, CADH - Direito à verdade e relativização da coisa julgada

No Recurso Extraordinário n. 363.889/DF, o pleito tratava da reabertura de investigação da paternidade, que, por insuficiência de provas havia sido julgada improcedente, ficando asentado que o caso da investigação da paternidade não viola a coisa julgada se, por ocasião do ajuizamento da primeira investigatória, o exame pelo método DNA não estava disponível, o que impõem a viabilidade de nova incursão das partes perante o Poder Judiciário¹⁶⁵.

164 Supremo Tribunal Federal, ADI 3943-DF, Rel. Min. Carmen Lúcia, j. Em 7 de maio de 2015. Destaca-se no acórdão o seguinte trecho:

“O objetivo da Defensoria Pública é a eficiência da prestação de serviços e o efetivo acesso à justiça por todos os necessitados, para garantia dos direitos fundamentais previstos no art. 5º, incs. XXXV, LXXIV e LXXVIII, da Constituição da República. A constatação de serem normalmente mais graves as lesões coletivas, aliada à circunstância de tender o tempo gasto em processos coletivos a ser menor, evidencia que a opção por ações coletivas racionaliza o trabalho pelo Poder Judiciário e aumenta a possibilidade de assegurar soluções uniformes e igualitárias para os diferentes titulares dos mesmos direitos, garantindo-se não apenas a eficiência da prestação jurisdicional, a duração razoável do processo e a justiça das decisões, que se igualam em seu conteúdo sem contradições jurisprudenciais não incomuns em demandas individuais”.

165 Este julgado ainda que trate de um caso de exame de DNA, nos parece importante em vista do parâmetro interamericano, pois sabe-se que não há proibição do non bis in idem, em se tratando de crimes contra a humanidade ou em casos em que a coisa julgada foi fraudulenta ou em havendo novas provas, segundo o precedente *Almonacid Arellano* e outros vs Chile.

6. 4. Art. 8.2, h), CADH - Direito de Recorrer ante um Tribunal Superior

Afirmou o Min. Celso de Mello a necessidade de embargos infringentes sobre os casos em que o STF atua originariamente como instância judiciária única, em referencia ao artigo 8º, n.2, 'h', da CADH¹⁶⁶.

6.4. Os retrocessos de acesso à justiça no STF em face da CADH

Recentemente, o STF entendeu que ressalvada a via da revisão criminal: “os recursos de natureza extraordinária não configuram desdobramentos do duplo grau de jurisdição, porquanto não são recursos de ampla devolutividade, já que não se prestam ao debate de matéria fática probatória. Noutras palavras, com o julgamento implementado pelo Tribunal de apelação, ocorre apenas espécie de preclusão da matéria envolvendo fatos da causa”. Essa foi a polemica decisão que permitiu a chamada execução antecipada da pena, o que, para muitos, violou o princípio da presunção de inocência¹⁶⁷. A decisão do HC 126.292 vai contra o parágrafo 154 do Caso Ricardo Canese vs Paraguai¹⁶⁸. Ademais, para os casos de absolvição em primeira instância e condenação em segunda instância, de modo a derrubar as súmulas tanto do STF quanto do STJ que não admitem reapreciação de provas, defendemos a possibilidade de reapreciação de provas com base nos seguintes precedentes, pois deve ser um recurso efetivo: parágrafo 84 do Caso Liakat Ali Alibux vs Suriname; parágrafo 161 do caso Herrera Ulloa vs Costa Rica¹⁶⁹, parágrafo 107 do caso Baena Ricardo vs Panamá e parágrafo 107 do caso Mohamed vs Argentina¹⁷⁰. Este caso do STF é mais um exemplo da chamada “jurisprudência

166 Supremo Tribunal Federal, AP 470-MG, Voto Min. Celso de Mello sobre admissibilidade dos embargos infringentes, pp. 25-26. “Na realidade, não se pode deixar de reconhecer que os embargos infringentes, tais como instituídos no inciso I do art. 333 do RISTF, mostram-se insuficientes à plena realização de um direito fundamental assegurado pela Convenção Americana de Direitos Humanos (Artigo 8º, n.2, 'h') e que consiste na prerrogativa jurídico-processual de o condenado ‘recorrer da sentença a juiz ou tribunal superior’. Esse direito ao duplo grau de jurisdição, consoante adverte a Corte Interamericana de Direitos Humanos, é também invocável mesmo nas hipóteses de condenações penais em decorrência de prerrogativa de foro, decretadas, em sede originária, por Cortes Supremas de justiça estruturadas no âmbito dos Estados integrantes do sistema interamericano que hajam formalmente reconhecido, como obrigatória, a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação do Pacto de São José da Costa Rica”.

167 Supremo Tribunal Federal, HC 126.292, Rel. Min. Teori, j. 17 de fevereiro de 2016.

168 Cardoso, João Vitor & Gerber, Konstantin & Faina, Fernando (2016). Execução antecipada da pena: pesquisa jurídica convocada para o front, 23 de fevereiro, disponível em: <http://justificando.com/2016/02/23/execucao-antecipada-da-pena-pesquisa-juridica-convocada-para-o-front/> acesso em 6 de junho de 2016.

169 Da Costa, Renata (2014). “Uma interpretação do Habeas Corpus à luz do sistema interamericano de direitos humanos”, Temas aprofundados, Defensoria Pública, vol. 2, Ré, Aluísio lunes Monte Ruggieri & Dos Reis, Gustavo Augusto Soares, Salvador, Editora Juspodium, p. 747

170 Uribe, Patricia & Steiner, Christian (2014) Convención Americana sobre Derechos Humanos, Comentario, Konrad Adenauer, p. 243, disponível em: <http://www.kas.de/rspla/es/publications/38682/> acesso em 14 de junho de 2016.

defensiva”¹⁷¹, a par da chamada construção jurisprudencial sobre a restrição do uso do Habeas Corpus substitutivo dos Recursos Ordinários, Extraordinários e Especiais¹⁷².

Outro retrocesso de ser apontado: em voto vencido e divergente o Min. Marco Aurélio utilizou como parâmetro a Convenção Americana, no que se refere à invalidade da prisão do depositário infiel, no bojo de execução penal, em que foram cominadas as penas privativa de liberdade e de multa. Isso porque o entendimento do STF foi de que é necessário o recolhimento de multa para progressão de regime. O Min. Marco Aurélio deu provimento ao agravo para progressão de regime, independentemente do pagamento de multa, considerando que o caso era de execução fiscal, para não haver coação para pagamento. O voto do relator Min. Roberto Barroso ressaltou que não houve comprovação da incapacidade econômica do apenado para o pagamento da multa. O STF firmou o entendimento de que o inadimplemento deliberado da pena de multa impede a progressão de regime¹⁷³. Este entendimento vai contra o precedente *Cantos vs Argentina*.

7. O acesso à justiça como fortalecimento da cidadania e como política de Estado

O controle judicial de políticas públicas é uma realidade candente nos tribunais brasileiros. Nesse sentido, abordar o acesso à justiça como fortalecimento da cidadania induz pensarmos no litígio de interesse público¹⁷⁴ como processo desenvolvido, sobretudo, pela coordenação de estratégias pioneiras de movimentos sociais e grupos de advogados na construção de uma sociedade mais democrática. Por outro lado, permanece em aberto a pergunta se, e em que medida, decisões deste tipo influenciaram políticas públicas posteriores. O caso da compatibilidade constitucional do estabelecimento de cotas raciais para ingresso no ensino superior

171 A jurisprudência dita “defensiva” implica em decisões judiciais de indeferimento baseadas em requisitos de admissibilidade irrelevantes, cujo único objetivo real é obstruir ferramentas processuais, criando entraves formais. Estes casos surgem exatamente para diminuir o fluxo de processos chegados aos tribunais superiores, sobrecarregados de trabalho. Pois, por ano, no Brasil, o Poder Judiciário recebe tantos processos quanto o número de cidadãos adultos. Dados do Conselho Nacional de Justiça de 2014 indicam que há no Brasil cerca de 95,1 milhões de processos em andamento. Brasil, Conselho Nacional de Justiça. Executive Summary. Courts in Figures 2015. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2015/11/491328c33144833370f375278683f955.pdf> acesso em 6 de junho de 2016

172 Da Costa, 2014, pp. 733-755.

173 Supremo Tribunal Federal, EP 16 progreg-agr-DF, Rel. Min. Roberto Barroso, j. 15 de abril de 2015, Acórdão Inteiro Teor, pp.1-18.

174 Abram Chayes, da Universidade de Harvard, cunhou o termo “*public interest litigation*” para se referir à prática de advogados estadunidenses que visavam fomentar progressos sociais pelo trânsito em julgado de decisões judiciais. Chayes, Abram (1976). “The Role of the Judge in Public Law Litigation”, *Perspectives on Civil Procedure*, Hazard Jr., Geoffrey & Vetter, Jan (Orgs.), Boston, Little, Brown and Company, p. 58.

(ADPF 186), em que se questionava a constitucionalidade das políticas de ações afirmativas, por exemplo, influenciou, porém não extinguiu práticas estabelecidas no que concerne a programas de contratação de quadros docentes universitários. Vemos, ainda, que decisões como do Ministro Barroso tiveram pouco (ou nenhum) impacto no tratamento que o sistema prisional dá aos casos de pessoas pegadas com pequenas quantidades de entorpecentes (HC 127.986).

É questionável, portanto, se estas decisões do Poder Judiciário implicam em uma dinâmica interativa entre os poderes. Assim, a capacidade e a legitimidade do Poder Judiciário de interferir nas políticas públicas tem sido objeto de constante debate tanto público como acadêmico¹⁷⁵.

7. 1. Defensoria Pública

A partir da Constituição Federal de 1988, o Brasil passou a ter um modelo público de prestação de assistência jurídica integral para garantia do direito de acesso à justiça. Tal modelo vem se aperfeiçoando e em nossa opinião é o que melhor se coaduna com um Estado Social Democrático de Direito, com os objetivos fundamentais de redução das desigualdades sociais e maior garantia de direitos e de acesso à justiça, bem como com a proteção das pessoas em situação de vulnerabilidade (destinatárias finais deste modelo).

Assim, foi adotado um modelo público e universal, posto ser direito constitucional fundamental à prestação pelo Estado de assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos. A Defensoria Pública, instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, dotada de autonomia funcional e administrativa e com iniciativa própria de proposta orçamentária é a responsável por garantir o acesso à justiça, nela compreendida 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. (Art. 5º, LXXIV c/c art. 134)¹⁷⁶.

175 Como bem assinala Conrado Hübner Mendes, "o parlamento tem, numa escala incomparável em relação à corte, capacidade de coletar informações, obter avaliações técnicas de todos os pontos de vistas, considerar a multiplicidade de interesses em jogo, balancear interesses, fazer concessões e compromissos". Mendes, Conrado Hubner (2011). Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação. 1. Ed. São Paulo, Saraiva.

176 Recente emenda (Emenda 80 de 2014) à Constituição Federal de 1988 acrescentou artigo no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias para prever número de defensores públicos na unidade jurisdicional proporcional à efetiva demanda pelo serviço da Defensoria Pública e à respectiva população prevendo o prazo de 8 (oito) anos, para a União, Estados e o Distrito Federal proverem defensores públicos em todas as unidades jurisdicionais de forma proporcional à demanda populacional. E que durante o referido prazo a lotação dos defensores observará, prioritariamente, as regiões com maiores índices de exclusão social e adensamento populacional. (art. 80 e parágrafos 1º e 2º). De Melo, 2015, no prelo.

O Brasil vive uma situação de transição, de implantação das defensorias públicas, o que se denomina de "situação imperfeita": normas em transito para a inconstitucionalidade ou normas ainda constitucionais até que a Defensoria Pública se estruture por completo¹⁷⁷. Os advogados dativos que atualmente exercem a função de defensores estão em uma situação de "inconstitucionalidade progressiva". O STF já decidiu que é inconstitucional a previsão legal de obrigatoriedade de assinatura de convenio com a OAB-SP¹⁷⁸. A Defensoria Pública é uma instituição autônoma, não podendo haver vinculação com o governo do Estado, muito menos com sua Secretaria de justiça¹⁷⁹. O STF refere a noção de "pessoas necessitadas", concebendo o defensor público como agente de concretização de acesso dos necessitados à ordem jurídica¹⁸⁰.

8. O acesso à justiça dos grupos vulneráveis

As "Regras de acesso à justiça das Pessoas em Condição de Vulnerabilidade", que foram aprovadas pela XIV Conferência Judicial Ibero-americana, dispõem que promover-se-ão atuações destinadas a proporcionar informação básica sobre os direitos, assim como os procedimentos e requisitos para garantir um efetivo acesso à justiça das pessoas em condição de vulnerabilidade.

Destaca-se a conveniência de promover política pública destinada a garantir a assistência técnico-jurídica da pessoa vulnerável para a defesa dos seus direitos em todas as ordens jurisdicionais: quer seja através da ampliação de funções do Defensor Público, não somente na ordem penal, mas também noutras ordens jurisdicionais; quer seja através da criação de mecanismos de assistência complementar: consultorias jurídicas com a participação das universidades, casas de justiça, intervenção de colégios ou associações de advogados.

Tanto a iniciativa dos Ministros de justiça no âmbito interamericano (XVI Conferencia de Ministros de justiça dos países Ibero-americanos) quanto da Cúpula Judicial Ibero-americana, ambas do ano de 2008, defendem que o acesso à justiça tem que ser garantido através de Políticas de Estado não só no âmbito judicial e também em momentos que o antecedem e que consistem na garantia de informação de direito se todas as formas de resolução de conflitos¹⁸¹.

177 Supremo Tribunal Federal, RE 13528-SP, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 29 de junho de 1994.

178 Supremo Tribunal Federal, ADI 4163-SP, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 29 de fevereiro de 2012.

179 Supremo Tribunal Federal, ADI 3569-PE, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 2 de abril de 2007.

180 Supremo Tribunal Federal, ADI 2903-PB, Rel. Min. Celso de Mello, j. 1 de dezembro de 2005.

181 De Melo, 2015, no prelo.

8. 1. 1. acesso à justiça das mulheres

Em relação ao acesso à justiça das mulheres no Brasil merece destaque a Lei federal 11.340 de 11 de agosto de 2006, conhecida por Lei Maria da Penha¹⁸². Essa lei tem previsão expressa no que se refere ao acesso à justiça das mulheres em situação de violência e procura responder às recomendações da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH/OEA). Dentre elas a de simplificar os procedimentos judiciais penais a fim de que se possa reduzir o tempo processual, sem afetar as garantias do devido processo.

No Informe 54/01 da CIDH/OEA reconhece-se violação de acesso à justiça no caso da Maria da Penha, em especial dos artigos 8º e 25 da Convenção Interamericana e o relaciona com os casos Velásquez Rodríguez, Sentença de 29 de julho de 1988, parágrafo 173 e Godínez Cruz, Sentença de 20 de janeiro de 1989, parágrafo 187, julgados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos¹⁸³.

A lei 11.340/06 traz uma série de medidas que buscam alterar o padrão, até então vigente, de acesso à justiça das mulheres em situação de violência, para buscar atendimento integral-multidisciplinar e medidas processuais mais eficazes, como medidas protetivas de urgência, recomendando que os estados da federação criem juizados especializados (Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher). Traz, ainda, disposição expressa de assistência judiciária ao determinar que “em todos os atos processuais, cíveis e criminais, a mulher em situação de violência doméstica e familiar deverá estar acompanhada de advogado, ressalvado o previsto no art. 19 desta Lei” e que “é garantido a toda mulher em situação de violência doméstica e familiar o acesso aos serviços de Defensoria Pública ou de Assistência Judiciária Gratuita, nos termos da lei, em sede policial e judicial, mediante atendimento específico e humanizado¹⁸⁴”.

182 Maria da Penha Maia Fernandes, brasileira, biofarmacêutica, foi vítima de uma dupla tentativa de homicídio dentro de sua própria casa (Fortaleza, Ceará, Brasil) por parte de seu então marido em 1983. Ele atirou em sua costas enquanto ela dormia e ainda eletrocutá-la enquanto ela se banhava. Seu marido tentou dissimular o fato reportando-o como tentativa de roubo. Em decorrência das agressões ela se tornou paraplégica. O caso tramitava, sem solução definitiva, até 1998, mais de 15 anos depois do crime, quando foi submetido por organizações brasileiras de defesa dos direitos da mulher à Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH-OEA). Em 2001 a CIDH/OEA (Informe 54/01 de 16/04/2001) responsabilizou o Brasil pela omissão, negligência e tolerância em relação à violência doméstica contra a mulher brasileira. Diversas recomendações foram feitas pela Comissão. A lei 11.340/06 é fruto desta história.

183 A Comissão Interamericana conclui neste relatório, elaborado segundo o disposto no artigo 51 da Convenção, que o Estado violou, em prejuízo da Senhora Maria da Penha Maia Fernandes, os direitos às garantias judiciais e à proteção judicial assegurados pelos artigos 8 e 25 da Convenção Americana, em concordância com a obrigação geral de respeitar e garantir os direitos, prevista no artigo 1(1) do referido instrumento e nos artigos II e XVII da Declaração, bem como no artigo 7 da Convenção de Belém do Pará. Conclui também que essa violação segue um padrão discriminatório com respeito a tolerância da violência doméstica contra mulheres no Brasil por ineficácia da ação judicial¹⁸⁴.

184 Artigos 27 e 28 da Lei 11.340/06.

Antes da entrada em vigor da lei, o julgamento da maioria dos casos de violência doméstica contra a mulher era realizado pelos Juizados Especiais Criminais, o que acabou provocando o entendimento de que a violência contra a mulher era um problema menor, já que a competência da lei é para julgamento de crimes de “menor potencial ofensivo”, contribuindo para a impunidade e para a banalização da violência doméstica pelas penas alternativas aplicadas como a entrega de cestas básicas a entidades pelo agressor.

A lei 11.340/06 dialoga com os eixos de prevenção¹⁸⁵, punição e erradicação da violência contra a mulher, no sentido de garantir uma vida livre de violência. É extremamente inovadora, ao prever a criação de Juizados Especiais de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher. Tais juizados têm competência para resolver os conflitos pela aplicação de medidas penais e cíveis. Por meio da adoção das medidas protetivas de urgência, no mesmo processo a mulher pode obter a condenação criminal do seu agressor e o seu afastamento do lar, bem como fixar pensão alimentícia, a guarda dos filhos e a separação. Se for necessário, o agressor poderá ser preso, já que não se considera mais a violência contra a mulher como delito de menor potencial ofensivo, como algo fora da intervenção do Estado.

A lei protege a mulher da violência física, psicológica, sexual, patrimonial e moral. O atendimento nos juizados deve ser multidisciplinar, e os profissionais, sensibilizados para compreender a dinâmica dos conflitos familiares, em que, na maior parte das vezes, a mulher se encontra vulnerável e fragilizada.

Quando a lei entrou em vigor foi questionada a sua constitucionalidade por diversos magistrados no Brasil levando a Presidência da República à propositura de “ação declaratória de constitucionalidade – ADC” diretamente ao STF para obter, a partir de controle direto e concentrado de constitucionalidade, decisão da mais alta corte em matéria constitucional que pacificasse e desse entendimento definitivo à matéria. Diversos magistrados de primeiro grau afastavam a aplicação da lei por entender que feria o princípio constitucional da igualdade por se aplicar somente às mulheres.

A lei 11.340/06 foi julgada constitucional pelo Supremo Tribunal Federal, em 9/02/2012, na ADC 19-DF. Em acórdão de mais de 70 páginas merece ser destacado que o tratamento diferenciado entre os gêneros – mulher e homem – é harmônico com a Constituição Federal, no que necessária a proteção ante às peculiaridades física e moral da mulher e a cultura brasileira. Ressalta-se, no acórdão, que a criação dos Juizados de Violência Doméstica contra a Mulher

185 Artigo 8º da Lei 11.340/06

é voltada a conferir celeridade aos processos o que não invade a competência dos Estados no que se refere à organização judiciária. O Ministro Relator Marco Aurélio, relator, pontua que:

"A Lei Maria da Penha retirou da invisibilidade e do silêncio a vítima de hostilidades ocorridas na privacidade do lar e representa movimento claro no sentido de assegurar às mulheres agredidas o acesso efetivo à reparação, à proteção e à justiça".

Por fim é importante pontuar que inúmeros entraves e dificuldades ainda impedem a aplicação efetiva da lei 11.340/06 no que se refere ao acesso à justiça das mulheres em situação de violência. Pesquisa de 2013 do Conselho Nacional de justiça¹⁸⁶ a respeito da aplicação da Lei Maria da Penha pelo Poder Judiciário revela que "o número de varas e juizados especializados em violência doméstica e familiar contra mulheres precisa crescer 82% no Brasil. Esta recomendação é o principal destaque da pesquisa do Conselho Nacional de justiça (CNJ), que constatou que as 66 unidades especializadas existentes na época do estudo (2012), precisam ser acrescidas de 54 novas unidades para atingir o total recomendado de 120. E o relatório destaca que o maior desafio nessa expansão deve ser a interiorização das varas, atualmente ainda bastante restritas às capitais, além de equilibrar as desproporcionalidades existentes entre as cinco regiões brasileiras".

Pesquisa do Ministério da justiça¹⁸⁷ em parceria com o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) de 2015, que foi realizada nos estados do Pará, Alagoas, Rio de Janeiro, São Paulo, Rio Grande do Sul e Mato Grosso do Sul, aponta na mesma direção e uma de suas recomendações é a criação de mais unidades de atendimento. Segundo a pesquisa, a insuficiência de estrutura e de profissionais é a razão para o acúmulo de processos, que chega a ser de 5 mil ao mês em alguns municípios.

9. O acesso ao casamento homoafetivo por meio da jurisprudência

Desde 1992, o Brasil é signatário do Pacto dos Direitos Civis e Políticos da ONU que, em dois artigos proíbe a discriminação por motivo de sexo. Demais disso, a Comissão dos Direitos Humanos da ONU, já no ano de 1994, referiu que o sexo constante do Tratado diz também respeito à orientação sexual. Ou seja, negar direitos aos homossexuais é descumprir tratados

186 Conselho Nacional de justiça (2013), A atuação do poder judiciário na aplicação da lei Maria da Penha. Disponível em <http://www.agenciapatriciagalvao.org.br/dossie/pesquisas/a-atuacao-do-poder-judiciario-na-aplicacao-da-lei-maria-da-penha-dpcnj-2013/>, acesso em 5/06/2016.

187 IPEA, Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da justiça (2015) "Violência contra a Mulher e Práticas Institucionais", disponível em <http://www.agenciapatriciagalvao.org.br/dossie/pesquisas/violencias-contra-a-mulher-e-as-praticas-institucionais-ipeasal-mj-2015/>, acesso em 5/06/2016.

internacionais, o que compromete internacionalmente a credibilidade da justiça brasileira¹⁸⁸. Nesse diapasão, analisaremos no presente item a decisão do Supremo Tribunal Federal ao julgar conjuntamente a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e a ADPF 132, o que resultou na equiparação da união estável heterossexual à união estável homoafetiva.

A Constituição Federal, em seu art. 226, ao conceder especial proteção à família¹⁸⁹, fala no casamento, na união estável entre homem e mulher e no que passou a se chamar de família monoparental: um dos pais com sua prole. Nenhuma disposição traz o Código Civil sobre as uniões homoafetivas. Tão-somente a Lei Maria da Penha veio estender o conceito de família, atingindo as uniões homoafetivas¹⁹⁰. Pois, ao enlaçar "toda mulher, independentemente (...) da orientação sexual", por uma questão de equidade, a Lei Maria da Penha fez com que as relações entre dois homens também fossem consideradas entidade familiar, para os fins de proteção da violência doméstica¹⁹¹.

Buscando o Judiciário, uniões entre pessoas do mesmo sexo tiveram reconhecidos os efeitos decorrentes da união estável. Em um primeiro momento, usou-se do instituto da sociedade de fato por analogia¹⁹². Mas não tardou para o Judiciário abandonar este argumento e uma jurisprudência de vanguarda começar a reconhecer as uniões homoafetivas como uniões estáveis¹⁹³. Não se olvide que esse posicionamento já vinha sendo manifestado há mais de uma década por magistrados de 1º grau e tribunais de todo o Brasil¹⁹⁴, gerando impasses na jurisprudência e conflitos de competência em recursos ao Superior Tribunal de justiça. Verifica-se

188 Dias, Maria Berenice (2009). *União homoafetiva: o preconceito & a justiça*. 4 ed. Ver. E atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p.95.

189 "(...) Família é uma expressão que deve abranger pelo menos aquelas duas pessoas que se unem com o propósito de manutenção desse vínculo afetivo, independentemente de serem de sexo diverso, tenham ou não prole". Suannes, Adatao. *As uniões homossexuais e a Lei 9.278/1996*. Apud Dias, Maria Berenice (2009). *União homoafetiva: o preconceito & a justiça*. 4 ed. Ver. E atual. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, p.95.

190 Lei Maria da Penha, art. 5º: Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial: Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual.

191 "O conceito legal de família trazido pela Lei Maria da Penha insere no sistema jurídico as uniões homoafetivas mantidas por lésbicas e também por gays. Ambas são entidades familiares. Ainda que a Lei tenha por finalidade proteger a mulher, acabou por cunhar um novo conceito de família, independente do sexo dos parceiros. Assim, se família é a união entre duas mulheres, igualmente é família a união entre dois homens. Ainda que eles não se encontrem ao abrigo da Lei Maria da Penha, para todos os outros fins impõe-se o reconhecimento de que se trata de uma família." Dias, 2009, p. 143.

192 Tribunal de justiça da Bahia, AC 16313-9/99, 3ª. Cam. Cív. J. 4.04.2001, rel. Des. Mário Albiani.

193 Tribunal de justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento nº. 990. 10.356069-8. Relator: Desembargador antoniovilnilson. Sessão de 14/12/2010.

194 Tribunal de justiça do Rio Grande do Sul, AC 70006542377, 8ª Cam. Cív. J. 11.09.2003, rel. Des. Rui Portanova.

que este vanguardismo por vezes decorre de uma transformação gradual, identificada, de proêmio, em julgamentos de primeira e segunda instâncias¹⁹⁵.

Recente decisão do Supremo Tribunal Federal pôs termo à controvérsia. No julgamento conjunto da ADPF 32-RJ e da ADI 4.277-DF¹⁹⁶, o STF decidiu conferir interpretação conforme a Constituição ao art. 1.723, do Código Civil, para reconhecer a união homoafetiva como instituto jurídico. O STF entendeu que a união homoafetiva é entidade familiar e dela decorrem todos os direitos e deveres que emanam da união estável entre homem e mulher.

Revela-se, aqui, certo diálogo institucional¹⁹⁷, visto que, enquanto na órbita do Poder Judiciário se reconheciam alguns direitos àqueles que viviam em uniões homoafetivas, muitos avanços se davam no campo do Poder Executivo, empurrado pelo movimento LGBTT¹⁹⁸. Mas, certamente, a maior conquista desta luta por direitos foi o Programa Brasil sem Homofobia, lançado em 2004, com o intuito de promover a cidadania e os direitos humanos das lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais, relevante parcela da sociedade brasileira que possui menos direitos em razão do preconceito e da discriminação por orientação sexual e identidade de gênero¹⁹⁹. Finalmente, adveio a Resolução n° 175, de 14 de maio de 2013, do Conselho Nacional de justiça, regulamentando os procedimentos de união estável e casamento entre pessoas do mesmo sexo.

No ponto, para trazer à baila um caso paradigmático da CIDH, temos o caso Karen Atala Riffo y Niñas vs Chile, decidido em fevereiro de 2012, portanto, posterior ao caso do STF. Em sua *ratio decidendi*, a Corte foi enfática ao trazer a temática da orientação sexual, do direito à vida

195 Destaque-se o voto da Desembargadora Maria Berenice Dias que certifica que a ausência de regramento específico na ordem jurídica não significa ausência de direito. Tribunal de justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n.º 70009550070, Comarca de Porto Alegre, 7ª Câmara Cível, Rel. Des. Maria Berenice Dias, v. Por maioria. Sessão de 17/11/2004. Corroborando o entendimento que se forma da união homossexual como entidade familiar, deve-se registrar decisão de abrangência nacional, em ação civil pública, que reconheceu o direito à inscrição como dependente de companheiros homossexuais no regime geral da previdência social. Tribunal Regional Federal, 4ª R - AC. 2000.71.00.009347-0-RS. Rel. Des. Fed. João Batista Pinto Silveira. DJU 10/08/2005.

196 Em seu voto, o Min. Marco Aurélio citou precedentes interamericanos: "A Corte Interamericana de Direitos Humanos há muito reconhece a proteção jurídica conferida ao projeto de vida (v. Loayza Tamayo versus Perú, Cantoral Benavides versus Perú), que indubitavelmente faz parte do conteúdo existencial da dignidade da pessoa humana. (...) Certamente, o projeto de vida daqueles que têm atração pelo mesmo sexo resultaria prejudicado com a impossibilidade absoluta de formar família". Supremo Tribunal Federal, ADI 4.277-DF, Voto Min. Marco Aurélio, Rel. Min. Ayres Britto, j. 5 de maio de 2011.

197 A concepção de diálogo institucional aqui adotada consiste no exercício da atividade jurisdicional contra majoritária paralelamente à manifestação do Legislativo, caracterizado pelos permanentes diálogos institucionais entre Judiciário e Parlamento, além da concepção de que independentemente de qual instituição tenha a última palavra, não há nada que impeça que a outra instituição responda. Vide: Mendes, 2011.

198 Tanto na criação do Conselho Nacional de Combate à Discriminação (Dec. 5.397, de 22.03.2005, art. 2º, III) quanto do Conselho Nacional de Saúde (Dec. 5.839, de 11.06.2006).

199 Dias, 2009, p.77.

sexual e da proibição da discriminação pela orientação sexual, esta entendida como categoria protegida pelo artigo 1.1. da Convenção Americana. O caso relacionou-se com a responsabilidade internacional do Estado por tratamento discriminatório e interferência arbitrária na vida privada e familiar que sofreu a senhora Atala devido a sua orientação sexual no processo judicial que resultou na perda da guarda das suas filhas.

Os representantes requisitaram ao Tribunal que declarasse a responsabilidade internacional do Estado chileno por violação de diversos artigos da Convenção Americana, dentre os quais importa sublinhar o art. 8 (Garantias Judiciais) e o art. 25 (Proteção Judicial). Com efeito, requereu-se à Corte que ordenasse diversas medidas de reparação, de modo que esta decidiu por unanimidade que o Estado fora responsável pela violação do direito a ser ouvido.

Nesta senda, vimos que a igualdade de acesso aos tribunais, entendida como algo estratégico, permitiu que fossem rompidos paradigmas domésticos em sociedades patriarcais, oxigenando o sistema regional de proteção dos direitos humanos, por meio de casos, como Maria da Penha e Karen Atala, que formam verdadeiros vasos comunicantes, que transcendem parâmetros protetivos, penetrando e expondo as entranhas, todavia abertas, da América Latina.

9.1. acesso à justiça, indicadores de direitos humanos e alguns retrocessos

Desde 2004, o Relatório justiça em Números divulga, anualmente, a realidade dos tribunais brasileiros, com muitos detalhamentos da estrutura e litigiosidade, além dos indicadores e das análises essenciais para o planejamento da gestão judiciária brasileira. Tornou-se, assim, a principal fonte das estatísticas oficiais do Poder Judiciário²⁰⁰. No que se refere à estruturação da Defensoria, há diagnóstico anual realizado para mapeamento de atendimentos, de comarcas atendidas, com realização de entrevistas aos Defensores Públicos, dentre outras informações²⁰¹.

200 No momento, o volume de processos em tramitação na justiça brasileira aproxima-se da cifra dos 100 milhões. Segundo os dados do levantamento anual justiça em Números, na média, anualmente, ajuíza-se o mesmo número de processos quanto a quantidade de brasileiros que se tornam adultos. Importa sublinhar, ainda, que o grande litigante do país é o poder público. Dados do Conselho Nacional de justiça de 2014 indicam que há no Brasil cerca de 95,1 milhões de processos em andamento. Brasil, Conselho Nacional de justiça. Executive Summary. Courts in Figures 2015. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2015/11/491328c33144833370f375278683f955.pdf> acesso em 6 de junho de 2016

201 Oliveira Gonçalves, Gabriella Vieira & Silva Brito, Lany Cristina & Santos Filgueira, Yasmin Von (2015). IV diagnóstico da Defensoria Pública no Brasil. Ministério da justiça, Secretaria da Reforma do Judiciário, Brasília.

A obrigação constitucional é de que haja defensores públicos em cada comarca, mas isso não exclui debates mais amplos como o da democratização do poder judiciário e o da necessidade de investimento em mediação para que a Defensoria Pública amplie sua atuação extrajudicial.

Há de se atentar para o que a pesquisa empírica do direito demonstra: falta de investigação de crimes de homicídio no país, o que dizer quando se trata de violência do Estado, e excesso de prisões decorrentes somente de flagrantes (e não de investigação). Entre a notícia da ocorrência, denuncia, processo e condenação, há o que a literatura indica por “fluxo do sistema de justiça criminal”²⁰².

Ademais, não se pode ignorar o número expressivo de prisões provisórias em nosso país²⁰³. Somado a isso, de acordo com informações penitenciárias de 2014, 67% dos presos eram negros²⁰⁴.

Importantes iniciativas desde a sociedade civil, como a do Instituto de Defesa do Direito de Defesa, que em pesquisa na cidade de São Paulo, no Fórum Criminal da Barra Funda, para os primeiros dez meses de adoção da audiência de custódia constatam que: “(...) apenas 4,93% das pessoas presas contaram com assistência de um advogado durante a lavratura do auto da prisão em flagrante”²⁰⁵.

Em matéria de indicadores de progressividade, de acordo com os parâmetros do sistema interamericano para o acesso à justiça, as obrigações são: de remover obstáculos econômicos para garantir o acesso aos tribunais; devido processo nos procedimentos administrativos relativos a direitos sociais; devido processo nos procedimentos judiciais; e direito à tutela efetiva dos direitos sociais, individuais e coletivos²⁰⁶.

A análise do processo orçamentário (federal e estadual) destinado aos serviços jurídicos e aos programas governamentais para o acesso à justiça em termos de direitos sociais deve ser incorporada e monitorada por meio de indicadores para fins de cumprimento com a obrigação

202 Remetemos o leitor para: Ribeiro, Ludmila & Silva, Klarissa (2012), “Fluxo do sistema de justiça criminal brasileiro: um balanço de literatura.” Segurança Pública, Ribeiro, Paulo Jorge & Ferraz, Thaís Chaves (orgs.) Rio de Janeiro, Faperj, Garamond.

203 Vide: www.danospermanentes.org

204 Vide: <http://www12.senado.leg.br/emdiscussao/edicoes/privatizacao-de-presidios/privatizacao-de-presidios/info-perfil-das-pessoas-presas-no-brasil>

205 IDDD (2016), Monitoramento das audiências de custódia em São Paulo, São Paulo, IDDD, p. 35.

206 CIDH, 2008, Lineamientos para la elaboración de indicadores de progreso en matéria de derechos económicos, sociales y culturales. (OEA) Ser. LVII. 132, 19 de Julio, Doc. 14, p. 30, disponível em: <http://cidh.org/countryrep/indicadoresdesc-08sp/Indicadoresindice.sp.htm> acesso em 14 de junho de 2016.

do art. 19 do Protocolo de São Salvador, o que inclui saber o número da cobertura territorial e população atendida²⁰⁷.

São regras para os Estados elaborarem seus informes de modo a contemplar o avanço no cumprimento de direitos, sendo que os indicadores para cada direito abordam o reconhecimento do direito pelas instituições, o compromisso orçamentário, a capacidade institucional, com obediência aos princípios da igualdade, não discriminação, acesso à justiça, acesso à informação e participação²⁰⁸.

Da mesma forma, deve ocorrer para aplicação do sistema de indicadores de progresso para medição de implementação da Convenção do Belém do Pará, que contém dispositivos e critérios específicos para verificação do acesso à justiça das mulheres.

O Brasil enfrenta retrocessos em matéria de acesso à justiça, pois houve anulação no Tribunal de justiça do Estado de São Paulo (TJ-SP) dos julgamentos feitos pelo júri popular para o caso conhecido como massacre do Carandiru²⁰⁹.

No Supremo Tribunal Federal, nas ADCs 43 e 44, julgou-se pela possibilidade da antecipação da execução da pena. Haverá casos em que o acusado será absolvido em primeira instância, condenado em segunda, sem possibilidade de recorrer em liberdade, diante desse entendimento do STF sobre a execução antecipada da pena, o que viola os parâmetros interamericanos. Essa é uma tendência da chamada jurisprudência defensiva dos tribunais superiores, que já antes por meio de súmulas tenta barrar o acesso aos tribunais superiores sob a alegação de que não se admite rever questões de prova, o que nos parece violar parâmetros interamericanos diante do direito de se recorrer de sentença desfavorável. Ademais, a jurisprudência de modo geral vem restringindo o uso do Habeas Corpus. Diante da realidade em que muitos Habeas Corpus são negados no TJ-SP, de se questionar se é um meio ilusório ou se ainda pode ser considerado um meio rápido, simples e eficaz, pois há um percentual elevado

207 A Resolução n. 1022 do Conselho Permanente da (OEA) estabeleceu quais são os indicadores de progresso para medição de direitos contemplados pelo Protocolo de São Salvador, o que, em termos de acesso à justiça, se referem ao nível de acesso aos recursos judiciais e administrativos existentes por parte da população, bem como a eficiência do funcionamento e ao grau de cumprimento das garantias processuais de recursos judiciais e administrativos de modo que sejam efetivos (indicadores de processo), à eficácia dos recursos judiciais e administrativos para proteção e garantia de direitos econômicos, sociais e culturais (indicadores de resultado), e à existência no ordenamento jurídico de recursos judiciais e administrativos adequados (indicadores estruturais). OEA, OEA/Ser.G CP/RES. 1022 (1951/13) 18 dezembro 2013, disponível em: <http://www.oas.org/council/pr/resoluciones/res1022.asp> acesso em 14 de junho de 2016.

208 *Ibid.*, p. 48.

209 Episódio em que diante de uma rebelião de presídio, morreram 111 presos.

de reversões das decisões oriundas do Estado de São Paulo no Superior Tribunal de justiça, conforme demonstra pesquisa da FGV²¹⁰.

De acordo com a reportagem de Livia Scocuglia, "desde 2008, a Defensoria impetrou cerca de 50 mil Habeas Corpus no Superior Tribunal de justiça e outros 783 no Supremo Tribunal Federal. Em ambas as Cortes, o índice de sucesso supera 50%. O STJ estima que 25% de todos os HCs que tramitam na Corte sejam da Defensoria Pública paulista."²¹¹.

10. Considerações Finais

Com esta pesquisa, podemos dizer haver parâmetros de controles de constitucionalidade e convencionalidade em matéria de acesso à justiça. Nosso foco foi comparar e analisar criticamente alguns parâmetros advindos do sistema interamericano de direitos humanos com a jurisprudência nacional (STF e STJ).

Nossa hipótese foi confirmada de que não há diálogo entre STJ, STF e Corte Interamericana, havendo, quando muito, coincidências quanto ao conteúdo do direito de acesso à justiça e também algumas discrepâncias, que analisamos em um item próprio, no qual consideramos um retrocesso jurisprudencial. Isso porque sabemos que não há uma cultura jurídica nacional de estudo do direito internacional; por outro lado, como indicamos, referidos tribunais estão a decidir casos em que deverão pronunciar-se sobre o efeito vinculante das decisões da Corte Interamericana, momento em que deverão enfrentar o tema do controle de convencionalidade.

Ademais, destaca-se, como em muitas constituições de países da América Latina, que a concepção de acesso à justiça tem um primeiro sentido atrelado ao acesso ao poder judiciário, o que depois, com a jurisprudência, foi se alargando diante do direito assegurado na constituição brasileira da assistência jurídica integral, que congloba a educação em direitos e a solução extrajudicial de conflitos, conferindo, destarte, um sentido ampliado ao acesso à justiça.

É indispensável integrar ao debate sobre o tratamento da justiça de pequenas causas o dos meios alternativos (ou adequados) de solução de conflitos. Nesse sentido, o direito de acesso à justiça deve constituir um espaço pelo qual possam entrar os casos pequenos, a serem

210 Vide: <http://diretorio.fgv.br/noticia/estudo-inedito-aponta-crescimento-de-aco-es-de-habeas-corpus-no-stf-e-stj>

211 Scocuglia, Livia (2016), Aos 10 anos, Defensoria paulista enfrenta críticas sem orçamento. Disponível em: <http://jota.info/aos-10-anos-defensoria-paulista-enfrenta-criticas-sem-orcamento>

resolvidos – com fórmulas simplificadas e de fácil entendimento – de maneira satisfatória, constituindo um sistema multiportas de pequenas causas.

Em outras palavras, que o “alternativo” (ou “adequado”) seja o tipo de procedimento, mais que a instituição pela qual este é aplicado, instituindo uma cultura da pacificação, do acordo. Poderíamos nesse ponto tomar elementos da experiência da implementação de mecanismos de justiça comunitária na região, como as *Unidades de Justicia Vecinal* chilenas, que mostram resultados positivos para a solução de problemas comunitários locais em termos de ensinar a participação dos envolvidos em conflitos de baixa intensidade na construção de uma solução negociada, rompendo barreiras sociais e privilegiando o acesso à justiça em sentido amplo.

Ao lado disso, um acesso à justiça efetivo impescinde de um método jurídico pedagógico que harmonize o desequilíbrio de poder econômico, cultural ou educacional das partes do processo, bem como deve ser pensado para além dos códigos, mas paralelamente a políticas públicas que garantam sua efetividade.

No que se refere às políticas públicas de acesso à justiça, pode-se dizer que o Brasil está além dos parâmetros interamericanos e de muitos países da América Latina, pois conta com a Defensoria Pública, instituição autônoma com variadas atribuições, que ainda está por estruturar-se conforme atestam indicadores.

Procuramos ilustrar como o acesso à justiça consubstancia-se, além de direito e garantia, também em uma política pública, sobretudo, no que se refere aos grupos vulneráveis, dos quais abordamos mulheres e LGBTQTT.

El acceso a la justicia en México, destruyendo las barreras y rediseñando medios para garantizarlo

Dr. Mario Cruz Martínez¹ / Mtra. Tamara Hernández²

A recurrent challenge has been that of ensuring the individual's access to justice at national and international levels, bearing in mind the interactions between the international and the national legal orders in the present domain of protection.

Antônio Augusto Cançado Trindade

The rights discourse is an integral part of the highly dynamic social progress through which the content and boundaries of social norms are negotiated, and social relations, practices and institutions are created over time.

REZA BANAKAR

Resumen

El nuevo tiempo mexicano presenta una nueva gramática democrática y está basada en un nuevo lenguaje de los derechos. Nuevas narrativas sociales han emergido en la última parte del siglo XX y nuevas ciudadanía han sido visibilizadas en el alba del siglo XXI bajo el signo de la indignación y reclamo de justicia y derechos efectivos. Mayorías y minorías políticas y sociales han reclamado nuevas formas de entender los espacios públicos. En este contexto, se advierte una nueva forma de entender la justicia: una perspectiva de derechos humanos de la justicia. El derecho humano de acceso a la justicia en el sistema mexicano ha desarrollado un acervo de principios y garantías en esta materia, a través de diversos ámbitos, dentro de los que se destacan el ámbito judicial, el de organismos autónomos de derechos humanos, y el

1 Dr. Mario Cruz Martínez: Profesor-investigador de la Universidad Iberoamericana, Ciudad de México. Correo electrónico: mario.cruz@ibero.mx Twitter: @M_cruzmartinez

2 Mtra. Tamara Hernández Juárez: Consultora independiente de Derechos Humanos. Correo electrónico: tamy260188@gmail.com

de políticas públicas sectoriales, que mediante ciertos mecanismos de incorporación e implementación han tomado como propios los estándares del sistema interamericano de derechos humanos. Más aún, muchos de esos estándares se han extendido pasando de pisos mínimos a mayores niveles de protección, todo con el fin de garantizar a todas las personas procesos de cualquier carácter (judicial, administrativo, fiscal) a través de los cuales puedan ejercer la defensa efectiva de sus derechos humanos.

Primera Parte: Por la nueva gramática de los derechos humanos y el acceso a la justicia en México

Palabras preliminares

Uno de los principales flagelos del tiempo mexicano en la época contemporánea es el de la violencia y la falta del ejercicio efectivo de los derechos básicos. Así, la Justicia se presenta como uno de los principales desafíos del paradigma social y político de México. Según la *Encuesta Nacional de Justicia* (2015) casi 6 de cada 10 mexicanos considera que la justicia funciona mal³. Por ello, la Comisión Interamericana ha señalado en su último informe sobre México que "la falta de acceso a la justicia ha creado una situación de impunidad de carácter estructural que tiene el efecto de perpetuar y en ciertos casos impulsar la repetición de las graves violaciones a los derechos humanos"⁴. Sin embargo, el caso mexicano presenta en los últimos años importantes matices sociales y políticos acompañados de una amplia evolución del sistema institucional y especialmente en el ámbito de los derechos fundamentales y acceso a la justicia.

El desarrollo de diversas dinámicas y tensiones sociales han sido fundamentales en los últimos años en la visibilización de numerosas necesidades y demandas de grupos sociales. Desde 1994, con el inicio del movimiento zapatista (EZLN) y la irrupción del perfil indígena en

3 "Hemos dicho en otra parte que la justicia conforma un sistema complejo, así que la valoración que hagan de este sistema los ciudadanos dependerá de las percepciones y experiencias que tengan no solo en relación con jueces y magistrados, sino con los auxiliares del sistema de justicia: el personal de los juzgados y tribunales, la policía, los agentes del Ministerio Público, los defensores públicos y los abogados en general", Fix-Fierro, Héctor Felipe (2015), *Entre un buen arreglo y un mal pleito* (*Encuesta Nacional de Justicia*), México, UNAM, p. 99.

4 *Situación de derechos humanos en México, Informe de País México*, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 31 de diciembre de 2015, párrafo 12

la vida pública mexicana⁵, hasta el Caso de Ayotzinapa⁶, numerosos movimientos sociales han reivindicado banderas políticas asociadas con la reivindicación de derechos fundamentales y de acceso a una justicia efectiva. Así, se advierte que desde las luchas sociales de pueblos indígenas hasta la búsqueda de expectativas incumplidas de diversos grupos en estado de vulnerabilidad como jóvenes, migrantes, niñez, mujeres, por mencionar algunos, se ha puesto en jaque la visión tradicional del modelo de justicia nacional y se ha logrado establecer un espacio de discusión del significado efectivo de justicia y de los modelos institucionales que la integran. Por ello, ha resultado decisiva la Reforma Constitucional de Derechos Humanos de 2011⁷ que ha permitido hacer efectivos los derechos humanos del sistema nacional. Es decir, los derechos humanos en México han podido tener una base normativa, de principios y jurisprudencial que se han expandido en los últimos 5 años y que son obligatorios para todos los actores institucionales del modelo mexicano⁸. Solo con este nuevo contexto institucional y social fue posible una cuestión que será considerada de forma importante en este ensayo: el cumplimiento de los derechos humanos de acuerdo a los estándares del sistema internacional de derechos humanos. Así, se advierte una línea constante, la consolidación del Tiempo efectivo de los Derechos Humanos ha sido uno de los principales objetivos de actores institucionales y sociales en el nuevo siglo mexicano.

El nuevo panorama de la justicia en México presenta retos determinantes para cualquier sistema institucional contemporáneo: incorporación efectiva de principios del sistema internacional de derechos humanos en el modelo nacional, nuevos aparatos judiciales e institucionales funcionales y eficientes, mecanismos efectivos de reparación del daño, legislación efectiva en materia de víctimas, y una nueva cultura de la legalidad y constitucionalidad, por mencionar algunos de los más importantes⁹. Es claro que la justicia como parte de la agenda social y política en México ha empujado nuevos debates y análisis que advierten una nueva forma de

5 Para un análisis sobre la perspectiva de derechos en el movimiento zapatista, véase: Cruz Martínez, Mario (2012), "La revolución imposible: el neozapatismo y sus implicaciones jurídicas", Derecho y revolución, Rojas Amandi, Víctor (coordinador), México, Editorial Porrúa.

6 En la noche del 26 y madrugada del 27 de septiembre de 2014, 43 jóvenes fueron secuestrados en Iguala, Estado mexicano de Guerrero, y hasta la fecha no se conoce su paradero.

7 Disponible en: <http://www2.scjn.gob.mx/red/constitucion/10Junio.html> (consultado el 5 de abril de 2016).

8 "Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley" (Constitución Mexicana, Art. 1, párrafo tercero).

9 En los últimos años en México, se han logrado identificar muchos de los factores que afectan a la justicia a través de diagnósticos o informes. Por ejemplo, *Justicia Cotidiana* es una de las iniciativas más ambiciosas de los últimos tiempos, ha sido la realizada por el propio gobierno mexicano y diversas instituciones académicas con la finalidad de comprender el fenómeno de la justicia y sus amplias implicaciones en la vida social y política. La información de este importante diagnóstico está disponible en: <https://www.gob.mx/justiciacotidiana/videos/dialogos-por-la-justicia-cotidiana-30102?idiom=es> (consultado el 12 de septiembre de 2016)

entender el lenguaje de los derechos. De la consideración de la ley como eje determinante en el acceso a la justicia a la perspectiva de derechos humanos de la justicia como horizonte donde converge el respeto de los derechos con la creación de espacios públicos y diálogo social, así como las obligaciones específicas del Estado.

De lo anterior se advierten desafíos notables en la comprensión del acceso a la justicia como línea de investigación. La multiplicidad de fenómenos que evoca dicha cuestión ha logrado crear un amplio corpus teórico multidisciplinario sobre la justicia¹⁰ que han iluminado cuestiones concretas sobre la justicia y la percepción de la población mexicana¹¹. En este sentido, se debe destacar la amplia gama de herramientas para el estudio del acceso a la justicia en México. Por ello, una de las tareas más complejas en la construcción de un filón teórico del acceso a la justicia es la importante perspectiva social y teórica de la misma que han nutrido los métodos jurídicos. Dicho con otras palabras, la perspectiva de derechos humanos del acceso a la justicia en México tiene una singularidad que envuelve una crítica consistente al paradigma normativo y a la forma en cómo los actores institucionales han dejado que la impunidad sea el horizonte de la justicia mexicana y de la vida pública¹². Es pues, que el acceso a la justicia ha logrado situar nuevos debates sobre el Estado de Derecho y la misma naturaleza de los derechos humanos, e incluso, la nueva forma de entender la justicia desde el paradigma constitucional.

En la nueva época de los derechos humanos en México, se advierte un robusto aparato teórico e intelectual que señala desafíos notables¹³: Incorporación de los principios del derecho internacional en el ámbito nacional; nueva constitucionalidad a 100 años de la Constitución de 1917, políticas públicas en materia de derechos humanos; insuficiencia de la capacitación de funcionarios y especialmente, un modelo de justicia penal rebasado por las nuevas temáticas de los nuevos tiempos. De manera económica, el acceso a la justicia ha servido como un espejo para

10 Ya se ha señalado la existencia de informes que han utilizado métodos cuantitativos y cualitativos para el estudio de la Justicia en México: Fix-Fierro, Héctor Felipe (2015), *Entre un buen arreglo y un mal pleito (Encuesta Nacional de Justicia)*, Op. Cit., 222 pp.; De la Barreda Solórzano, Luis (2015), *La sociedad mexicana y los derechos humanos (Encuesta Nacional de Derechos Humanos, Discriminación y grupos Vulnerables)*, México, UNAM, 294 pp.

11 Por ejemplo, en la Segunda Encuesta Nacional, se señala que en México existe “una visión fuertemente punitiva de la justicia, la cual se relaciona con una concepción tradicional sobre la ‘violación de la norma’ y el ‘castigo’, pero también a la socialización en un sistema de justicia donde el ‘cumplimiento de la ley’ podía y puede tolerar o alentar altos niveles de impunidad. Existe una visión predominante de que la principal función de la justicia es ‘castigar al delincuente’ y solo en menor medida se concibe como la aplicación y el cumplimiento de la ley”, *Segunda Encuesta Nacional de Cultura Constitucional (Legalidad, legitimidad de las instituciones y rediseño del Estado)* (2011), UNAM, disponible en <http://historico.juridicas.unam.mx/invest/areas/opinion/encuestaconstitucion/> (consultado el 3 de septiembre de 2016).

12 Escribe Elena Poniatowska: “En México, el poder enferma a quien lo ejerce. Los mejores analistas de nuestro país han apuntado que es imposible distinguir a los delincuentes de los políticos”, Cacho, Lydia, et al (2016), *Siete voces contra la impunidad (La ira de México)*, México, Debate, p. 22.

13 Por ejemplo, Carbonell, Miguel, y Salazar, Pedro (coordinadores) (2011), *La reforma constitucional de derechos humanos: Un nuevo paradigma*, México, UNAM, 446 pp.; Casar, María Amparo, y Marván, Ignacio (coordinadores) (2014), *Reformar sin mayorías (La dinámica del cambio constitucional en México: 1997-2012)*, Taurus, 367 pp.

mirar los aspectos oscuros del sistema institucional mexicano. En esta perspectiva, se advierte una cuestión. La doctrina mexicana ha comenzado a delinear las nuevas fronteras de lo jurídico, lo social, lo económico y otras ciencias en relación a la justicia. Sin embargo, se debe resaltar la extensa bibliografía jurídica en materia de acceso a la justicia y una herramienta fundamental del sistema mexicano para visibilizar los estándares del sistema internacional de los derechos humanos: el control de convencionalidad¹⁴ como instrumento de compatibilidad entre los principios del sistema nacional y el sistema interamericano¹⁵.

De las líneas anteriores al lector le resultará natural una investigación sobre el acceso a la Justicia y su relación con los estándares de derechos humanos del sistema interamericano. Por ello, se destacará la labor del poder judicial¹⁶ y la notable contribución de dos elementos institucionales para la creación de un acervo de estándares de acceso a la justicia en México: órganos autónomos de derechos humanos y políticas públicas en materia de derechos humanos y justicia social. En este sentido se advierte una línea de trabajo planteada por el propio sistema interamericano al establecer la necesidad de que en la construcción de los estándares no tan solo se incluyan principios surgidos de sentencias judiciales sino de otro tipo de fuentes¹⁷. En este caso, se considerará la nutrida producción de comisiones de derechos humanos y de políticas públicas de derechos humanos que han sido planteadas con la perspectiva de derechos fundamentales, y en donde se consideran los estándares del modelo interamericano como elemento orientador.

14 Son numerosas las aportaciones teóricas que se han realizado sobre el control de convencionalidad y el llamado diálogo jurisprudencial que surge entre diversos actores. Por ejemplo, Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, y Herrera García, Alfonso (coordinadores); (2013), *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos (Entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales)*, México, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional-Corte Interamericana de Derechos Humanos-UNAM, 1412 pp.

15 El control de convencionalidad tiene su origen en la jurisprudencia de la Corte Interamericana, y tuvo su desarrollo máximo en la sentencia *Radiilla Pacheco vs México* (sentencia de 23 de noviembre de 2009. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas): "Párrafo 349: el poder judicial debe ejercer un 'control de convencionalidad' *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención".

16 En los últimos años, se ha escrito de forma amplia, sobre la contribución de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México y su papel en una nueva hermenéutica de derechos humanos: Cossío D., José Ramón (2015), "Evolución e involución de los derechos humanos en las sentencias de la Suprema Corte de Justicia", p. 3-30, Memoria del Colegio Nacional, Nueva Época, Número 2; Cruz Martínez, Mario (coordinador) (2015), *Las nuevas voces de la democracia en México*, México, Fontamara, 458 pp.

17 En este sentido la Comisión Interamericana ha señalado que "el poder judicial es solo un componente de una estructura estatal obligada a coordinar los esfuerzos de todos sus sectores para respetar y garantizar los derechos humanos en general; principio que acarrea obligaciones para los Estados que sobrepasan las intervenciones de su poder judicial", *Estándares jurídicos vinculados a la igualdad de género y a los derechos de las mujeres en el sistema interamericano de derechos humanos: Desarrollo y aplicación*, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Organización de los Estados Americanos, 3 de noviembre de 2011, párrafo 8. Disponible en: <https://www.oas.org/es/cidh/mujeres/docs/pdf/ESTANDARES%20JURIDICOS.pdf> (consultado el 12 de mayo de 2016).

1. Poder judicial, órganos autónomos de derechos humanos y políticas públicas

Desde los albores del siglo XXI el acceso a la justicia ha sido uno de los temas obligados de la agenda social y política en México. Entre 2000 y 2008 vinculado al debate sobre la Reforma del Estado y el modelo democrático mexicano¹⁸, y posteriormente, con dos importantes reformas constitucionales en 2011, en materia de Amparo¹⁹ y Derechos Humanos²⁰. En el primer nivel²¹ se debatió las características del modelo existente y se buscó plantear un instituto más efectivo, relacionado con el modelo democrático y en el segundo, relacionado con el debate de los derechos fundamentales y la necesidad de la implementación efectiva de los derechos a través de leyes reglamentarias o especiales²². Las dos vertientes señaladas son en la actualidad convergentes y no existe, prácticamente, ningún debate que no involucre la necesidad de respetar los principios y estándares de derechos fundamentales para plantear un nuevo modelo social y democrático.

Otro elemento que ha logrado fortalecer la narrativa de los derechos humanos en México ha sido el afianzamiento de organismos autónomos de derechos humanos, sobre todo a partir de la creación, en 1990, de la Comisión Nacional de Derechos Humanos y, especialmente, a partir de 1992 con su reconocimiento constitucional²³. Asimismo, se ha ido creando, gradualmente, un nuevo espacio gubernamental de los derechos humanos en donde se han ampliado notablemente las políticas públicas con perspectiva de derechos humanos y buscando la orientación de los estándares creados por el sistema internacional de derechos humanos. Además, “la discusión en México sobre la política pública en derechos humanos se evidenció en dos órdenes. Por una parte, la elaboración de Programas Nacionales de Derechos Humanos y también con la visibilización de fallas institucionales

18 Se debe señalar la contribución de investigaciones pioneras en esta perspectiva, como la realizada por el jurista alemán Volkmar Gessner, quien en 1970 realizó una investigación utilizando herramientas de la sociología jurídica, sobre el funcionamiento de la justicia en México. Véase, Gessner, Volkmar (1986), *Los conflictos sociales y la administración de justicia en México*, México, UNAM.

19 Diario Oficial de la Federación, 6 de junio de 2011. En México se requiere que cualquier nueva ley o modificación legal aparezca publicada en el Diario Oficial de la Federación para que inicie su vigencia, o se comience la *vacatio legis* respectiva.

20 Diario Oficial de la Federación, 10 de junio de 2011.

21 En este período todavía el debate democrático tenía un asidero notoriamente electoral.

22 En esta perspectiva, se deben considerar dos ordenamientos fundamentales en la nueva concepción de los derechos fundamentales en México y especialmente, en el ámbito del acceso a la Justicia: La *Ley de Víctimas* (Diario Oficial de la Federación, 9 de enero de 2013), y la nueva *Ley de Amparo* (Diario Oficial de la Federación, 2 de abril de 2013). Véase también, la *Ley del Registro Nacional de Datos de Personas Extraviadas o Desaparecidas* (Diario Oficial de la Federación, 17 de abril de 2012).

23 Diario Oficial de la Federación del 28 de enero de 1992.

por parte de sentencias internacionales y las recomendaciones que han hecho, en los últimos años, diversos organismos internacionales²⁴.

2. México y el Sistema Interamericano: los estándares de derechos humanos como guía del nuevo espacio democrático en México

En México se han gestado cambios significativos en los últimos diez años en torno a la aplicación de los estándares internacionales en materia de derechos humanos desarrollados por la Corte IDH a nivel nacional. Así, se puede considerar la necesidad de cumplir la obligación general establecida en el artículo 2 de la CADH sobre la adecuación del ordenamiento jurídico nacional. En el caso mexicano esta transformación obedeció en parte a las sanciones y medidas de reparación impuestas por la Corte IDH en el caso *Radilla Pacheco vs México* del año 2009, el cual abrió importantes debates en diversas materias, entre ellas la jurisdicción militar, el debido proceso y la desaparición forzada. Ese mismo año la sentencia del caso *González y Otras (Campo Algodonero) vs México* llamó la atención sobre la necesidad de una justicia con perspectiva de género, así como la necesidad de garantizar el acceso a la justicia de los familiares de las víctimas, y el debido proceso en las instancias de investigación, poniendo además en evidencia la falta de programas y políticas públicas de prevención de la violencia hacia las mujeres y la implementación de protocolos de actuación de las autoridades que permitieran realizar su labor con debida diligencia. Unos meses después el año 2010 seguirían las sentencias de los casos *Fernández Ortega y Otros* (30 de agosto 2010); *Rosendo Cantú y Otras* (31 de agosto 2010), y el caso *Cabrera García y Montiel Flores* (26 noviembre 2010) que llevarían a las autoridades a debatir la importancia del cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana y la necesidad de homologar a los estándares desarrollados por el sistema interamericano de las resoluciones nacionales.

A partir de entonces los tribunales mexicanos han realizado una amplia aplicación e interpretación de los estándares de derechos humanos. La Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) jugó un papel esencial en uno de los primeros pasos para la aplicación de los estándares interamericanos en el aparato judicial. En la resolución del Expediente Varios 912/2010 que hizo la SCJN se resolvió que para el "Poder Judicial son vinculantes no solamente los puntos de resolución concretos de la sentencia, sino la totalidad de los criterios contenidos en la sentencia mediante la cual se resuelve ese litigio. Por otro lado, el resto de la jurisprudencia

24 Cruz Martínez, Mario (2015), "Por una nueva ética pública de la democracia en México: La cultura gubernamental de los derechos humanos", Por una nueva ética de lo público en México: Experiencias sobre el impacto de la corrupción en la eficiencia gubernamental, Enrique Cruz Martínez (coordinador), México, Fontamara, p. 206.

dencia de la Corte Interamericana que deriva de las sentencias en donde el Estado mexicano no figura como parte, tendrá el carácter de criterio orientador de todas las decisiones de los jueces mexicanos, pero siempre en aquello que le sea más favorecedor a la persona”²⁵. Esta resolución estableció la obligatoriedad para los jueces nacionales de los criterios de las sentencias de la Corte IDH de las cuales México participaba de la *litis*, mientras que en las sentencias en donde México no hacía parte constituían criterios orientadores. El cambio comenzaba.

Este criterio sería modificado tiempo después mediante la contradicción de tesis jurisprudenciales 293/2011, discutida por la Suprema Corte los días 26, 27 y 29 de agosto, y 2 y 3 de septiembre de 2013²⁶. Esta resolución planteó dos temas: por un lado la posición jerárquica de los tratados internacionales en materia de derechos humanos en relación con la Constitución; y por otro, el carácter de la jurisprudencia emitida por la Corte IDH. Respecto del primer tema la SCJN explicó que de la interpretación literal, sistemática y originalista del contenido de las reformas constitucionales 2011, se desprende que las normas de derechos humanos, independientemente de su fuente, no se relacionan en términos jerárquicos; en consecuencia los derechos humanos, en su conjunto, constituyen el *parámetro de control de regularidad constitucional*²⁷, elemento decisivo para el análisis de la validez de las normas y actos que forman parte del orden jurídico mexicano. Del segundo tema la SCJN dejó claro que los criterios jurisprudenciales de la Corte IDH, con independencia de que el Estado Mexicano haya sido parte en el litigio ante dicho tribunal, resultan vinculantes para los jueces nacionales al constituir una extensión de la CADH y estableció la obligación de realizar un control de convencionalidad.

En este sentido la contradicción de tesis 293/2011 introdujo la interpretación conforme de los derechos humanos en un bloque de constitucionalidad y la aplicación del control difuso de constitucionalidad por parte de los jueces, así como el control de convencionalidad y la obligatoriedad de los criterios que determinan el contenido de los derechos humanos establecidos por la Corte IDH en sus sentencias.

25 Suprema Corte de Justicia de la Nación SCJN. Resolución dictada por el Tribunal Pleno en el Expediente Varios 912/2010 del día catorce de julio de dos mil once. Publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 4/10/2011. Párrafos 19-20. Disponible en http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?Codigo=5212527&fecha=04/10/2011 (consultado 20/03/2016)

26 Suprema Corte de Justicia de la Nación SCJN. Resolución dictada por el Tribunal Pleno Contradicción de Tesis 293/ 2011. Disponible en <https://www.scjn.gob.mx/Transparencia/Epocas/Pleno/decimaepoca/293-2011-PL%20CT%20Ejecutoria.pdf> (consultado 20/03/2016)

27 Énfasis de los autores.

Como se advierte, la creación de estándares sobre acceso a la justicia en México ha estado supeditada a la creación de un mecanismo de incorporación de los principios de los derechos fundamentales y acceso a la justicia. La reforma constitucional de derechos humanos de 2011 es uno de los mecanismos más evidentes, pero en México no se podría concebir el nuevo tiempo de los derechos humanos sin la importante contribución de la Suprema Corte de Justicia y del aparato judicial²⁸.

3. Por un nuevo acervo interamericano de justicia en México

La referencia a los estándares del sistema interamericano en acceso a la justicia deben considerarse en su dimensión objetiva. Los principios que han ido surgiendo de los diversos estándares en derechos humanos han buscado la solución a sus violaciones y a la creación de un espacio común en América Latina a través de una semántica jurídica compartida. Incluso, algunos autores han hablado de una "codificación interamericana"²⁹ en el ámbito de los derechos. Es indudable que los estándares han sido creados a partir de una serie de situaciones vinculadas al contexto social de la región latinoamericana, y en especial a la búsqueda de un modelo democrático, a partir de la amplia narrativa de derechos desarrollada. Como ha señalado Antonio Cançado Trindade, "sin el acceso a la justicia no hay un verdadero Estado de Derecho en una sociedad democrática en el sentido de la Convención Americana sobre Derechos Humanos"³⁰. Sin embargo, la vocación de los órganos interamericanos es no solo sugerir una sistematización de estándares sino de crear una metodología de su creación³¹.

La propuesta que se plantea es identificar el estándar obtenido en México a través de los tres ámbitos señalados y explicar la calidad del estándar en México en relación a la taxonomía planteada por el modelo interamericano. Se asoma, en este sentido, una amplia temática de investigación. Cómo los modelos nacionales interactúan con el sistema inter-

28 Sobre la contribución de la Suprema Corte de Justicia de México a la creación de una nueva narrativa de derechos humanos, véase, Cruz Martínez, Mario (coordinador); (2015), *Las nuevas voces de la Democracia (Algunos temas sobre derechos humanos analizados desde las sentencias del máximo órgano de justicia en el país)*, Fontamara, México.

29 Cfr, De Maekelt, Tatiana (2003), "El rol de la codificación interamericana en el mundo globalizado", Cursos de Derecho Internacional. Serie Temática (El sistema interamericano: 1974-2001), Comité Jurídico Interamericano, Secretaría General, Organización de Estados Americanos, p. 1242.

30 Cançado Trindade, Antônio Augusto (2008), *El derecho de acceso a la justicia en su amplia dimensión*, Santiago de Chile, Librotecnia, p. 79.

31 Por ejemplo la Corte Interamericana desde hace varios años ha buscado establecer metodologías en sus fallos. Cfr. Fix-Zamudio, Héctor (1996), "Prologue", *Systematization of the Contentious Jurisprudence of The Inter-American Court of Human Rights. 1981-1991*, Manuel E. Ventura-Robles et al (coordinadores), Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos, p. 11.

nacional de derechos humanos, en este caso el modelo interamericano. Asimismo, con la perspectiva mexicana se advierten varios aspectos de la discusión, y en donde se advierte cómo el sistema interamericano y sus estándares han tenido un avance gradual, pero que han permitido advertir cómo la jurisprudencia de los derechos humanos se ha convertido en una fuente del Derecho Constitucional³².

4. Metodología

Como se podrá advertir, una investigación que busque establecer el estado de la cuestión del acceso a la Justicia en México requiere de una metodología concreta. Esto debido a la robusta bibliografía y fuentes que han construido un perfil del acceso a la justicia en México. Incluso, se debe destacar la pluralidad de perspectivas científicas que han ahondado en diversos aspectos de la discusión del acceso a la Justicia. Se pueden mencionar tan solo a la sociología y a las políticas públicas como dos perspectivas de trabajo que han creado una vasta literatura científica. En esta investigación se privilegiará la ciencia jurídica, pero también se considerarán propuestas elaboradas por otro tipo de disciplinas, como las mencionadas.

La selección de los materiales ha considerado tres ámbitos básicos:

1. Sentencias y fallos jurisprudenciales del poder judicial mexicano, privilegiando los pronunciamientos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación³³. Incluso desde la propia Corte se han impulsado protocolos de actuación para quienes imparten justicia sobre las garantías de acceso a la justicia y principios aplicables a grupos vulnerables, entre ellos pueblos indígenas, niños, niñas y adolescentes, migrantes, personas con discapacidad, así como el protocolo para juzgar con perspectiva de género³⁴.

2. Recomendaciones de Organismos Autónomos de Derechos Humanos, especialmente de la Comisión Nacional de Derechos Humanos³⁵ y la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal³⁶. En México otro aspecto importante en el desarrollo del derecho de acceso a la justicia es el que se ha llevado a cabo por los Ombudsmen en el ejercicio de promoción y

32 Cfr. Rey Cantor, Ernesto (2008), *Control de convencionalidad de las leyes y derechos humanos*, México, Editorial Porrúa-IMDPC, p. 196.

33 Se ha utilizado el Semanario Judicial de la Federación y, sobre todo, el motor de búsqueda de sentencias del Poder Judicial mexicano.

34 Suprema Corte de justicia de la Nación. Protocolos de actuación para quienes imparten justicia. Disponible en <https://www.scjn.gob.mx/libreria/paginas/protocolos.aspx> (consultado 18/02/2016)

35 Se ha utilizado el motor de búsqueda de la Comisión Nacional de Derechos Humanos: <http://www.cndh.org.mx/>

36 Véase la página de la CDHDF: <http://cdhdfbeta.cdhdf.org.mx/>

protección de derechos; esto es a través de la Comisión Nacional de Derechos Humanos y las respectivas Comisiones Estatales de Derechos Humanos, y aunque su función podría encajar dentro de las actuaciones cuasi-jurisdiccionales, las recomendaciones emitidas para cada caso representan criterios de aplicación e interpretación de los derechos humanos a nivel nacional y estatal, así como el desarrollo de líneas de acción para los órganos, nacionales o estatales, a quienes se les dirige la recomendación.

3. Se destacarán Programas sectoriales de Política pública sectorial, especialmente de ciertos grupos en estado de vulnerabilidad y, sobre todo, después de la reforma constitucional en materia de derechos humanos del 10 de junio de 2011 y de importantes sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos contra el Estado Mexicano, como el Caso Radilla Pacheco y el Caso Campo Algodonero que establecieron las bases para la discusión de Planes y Estrategias de Derechos Humanos³⁷ en el ámbito gubernamental³⁸.

Una de las consecuencias más importantes de la comunicación de principios de derechos humanos del sistema internacional en México, ha sido la consideración de dichos modelos para la elaboración de protocolos y acciones de política pública sectorial para la implementación efectiva de los derechos humanos. Como se analizará más adelante, los estándares de derechos humanos han sido el núcleo de diversos protocolos y manuales, así como en los debates de leyes especiales³⁹ o proyectos de ley⁴⁰. Finalmente, en los últimos años se han creado Programas Estatales de Derechos Humanos que han tenido como objetivo central la identificación de necesidades y derechos de grupos sociales en estado de vulnerabilidad respecto al acceso de Justicia, y en muchos casos se ha buscado que dichos programas respeten los estándares mínimos de derechos humanos del sistema internacional⁴¹.

37 Véase por ejemplo, el *Programa Nacional de Derechos Humanos 2014-2018* (Diario Oficial de la Federación, 30 de abril de 2014).

38 Así por ejemplo, el Programa Nacional de Derechos Humanos 2014-2018, en el Capítulo III. Objetivos, estrategias y líneas de acción, establece en su objetivo 3. Garantizar el ejercicio y goce de los derechos humanos. Para el cumplimiento de este objetivo se plantearon las siguientes estrategias: 1.- Asegurar el enfoque de derechos humanos en la gestión de la Administración Pública Federal. 2.- Responder a las problemáticas de derechos humanos de personas y grupos específicos.

39 La *Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes* (DOF 4 de diciembre de 2015) contiene principios y estándares de derechos humanos recogidos del sistema internacional de los derechos humanos.

40 En los últimos meses se han discutido en el Congreso de la Unión dos proyectos de ley, Desaparición Forzada y Tortura, y en donde diversos actores han reclamado el establecimiento y respeto de los estándares mínimos de derechos humanos.

41 De acuerdo al Programa de Derechos Humanos del DF, 2009, "Un Estado democrático de Derecho no solamente supone el funcionamiento de un sistema de justicia, sino que efectivamente se respeten, cumplan, y garanticen en él, los derechos de las personas con los estándares más altos de protección", *Programa de Derechos Humanos del Distrito Federal*, Comité Coordinador para la elaboración del Diagnóstico y Programa de Derecho Humanos del Distrito Federal-Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, agosto de 2009, p. 178.

5. Hipótesis

El acceso a la justicia en el sistema mexicano ha desarrollado un acervo de principios y estándares de derechos humanos, desde el ámbito judicial, organismos autónomos y de políticas públicas sectoriales, y en donde los estándares del sistema interamericano han sido una herramienta básica para identificar los elementos del contenido del derecho.

Segunda Parte: acervo de acceso a la justicia, la tensión entre el modelo mexicano y el sistema interamericano

Introducción

El objetivo de la creación de un Acervo a la Justicia en México es identificar los estándares nacionales que han sido creados desde la perspectiva de tres ámbitos: judiciales, recomendaciones y programas de política pública, de acuerdo a los lineamientos planteados por el modelo interamericano y especialmente bajo dos ámbitos, personal y funcional de acceso a la justicia. Lo anterior presenta el acervo en dos niveles. Como una herramienta para el uso de operadores jurídicos y como una propuesta de metodología para la organización de principios de derechos humanos. Como herramienta, el Acervo puede fungir como un documento de consulta para los impartidores de justicia y para cualquier ciudadano interesado en el acceso a la Justicia. Como metodología, el siguiente texto busca abrir una línea de investigación sobre la incorporación de principios del sistema internacional en el ámbito doméstico. Ambas vertientes resultan indispensables en el ámbito mexicano y en el sistema interamericano.

Asimismo, una de las vertientes que se plantea en el siguiente modelo es la inclusión no tan solo de sentencias, sino que también se incluyen principios que se encuentran en recomendaciones de comisiones de derechos humanos y de programas de política pública. De esta manera se concibe la perspectiva que establece el modelo al señalar que los estándares del sistema interamericano de derechos humanos se definen "de forma comprehensiva, incluyendo decisiones de fondo, informes temáticos y de país y otros pronunciamientos jurídicos de la CIDH"⁴². Por ello, la metodología para la creación del Acervo está basada en el estudio cualitativo de los tres ámbitos señalados y su comparación con el Acervo Interamericano sobre acceso a la Justicia.

42 Estándares jurídicos vinculados a la igualdad de género y a los derechos de las mujeres en el sistema interamericano de derechos humanos: Desarrollo y aplicación, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Organización de los Estados Americanos, 3 de noviembre de 2011, párrafo 10. Disponible en: <https://www.oas.org/es/cidh/mujeres/docs/pdf/ESTANDARES%20JURIDICOS.pdf> (consultado el 12 de mayo de 2016).

En la construcción del estándar se identifican los principios más sobresalientes de cada elemento que integran el acceso a la Justicia y posteriormente se elabora una integración sistemática de los tres elementos considerados. El estándar que se presenta tiene como núcleo el principio planteado por el modelo interamericano. Es decir, el estándar identificado en el modelo mexicano sigue la orientación y el parámetro sugerido por el sistema interamericano. A pesar de ello, se busca la identificación de un estándar mexicano para evaluar su contenido. Finalmente, en este Acervo no solo se busca analizar el contenido sino también el alcance. En cada sección se identificarán los elementos del estándar según la parte del acceso a la Justicia a que se refiera el análisis. Por ello, en cada ámbito se hará una breve introducción, una explicación del estándar y una comparación con el sistema interamericano. Para cumplir esta visión, se consideró individualizar tres niveles del estándar: alto, medio y bajo.

El estándar alto es aquel que cumple los elementos de los principios del modelo interamericano y determina de forma más amplia cuestiones que el estándar original no había previsto. El estándar medio es aquel que cumple los elementos mínimos del interamericano, y el estándar bajo se encuentra por debajo de la especificidad o salvaguarda del principio interamericano.

Finalmente, para la consulta de las citas bibliográficas y referencias de las sentencias, recomendaciones y políticas públicas, generales o sectoriales, en el texto se hace una referencia corta para darle mayor agilidad a la lectura. La referencia completa de los materiales, incluyendo el sitio electrónico, podrá ser consultada en la bibliografía general de esta obra.

Estándares del ámbito personal del acceso a la justicia

a. Estándar de igualdad y no discriminación en el acceso a la justicia

i. Introducción al estándar

La determinación de un estándar nacional de igualdad y no discriminación se ve influenciado por una serie de acciones de distintos sectores del Estado mexicano, políticas públicas sectoriales, leyes, jurisprudencia nacional y acciones estatales de órganos especializados. Sin embargo, son los tribunales a través de sus resoluciones los principales órganos que han permitido determinar un alcance y contenido de este estándar

Otro de los elementos que brindan contenido a este estándar son las acciones de política pública sectorial, así el acceso a la justicia en condiciones de igualdad y no discriminación

es uno de ejes del Plan Nacional de Desarrollo 2013-2018 diseñado por el Poder Ejecutivo de México. El Programa Nacional para la Igualdad y No Discriminación 2014-2018 establece en su estrategia 2.4. Promover el acceso a la justicia y reparación del daño en casos de discriminación⁴³. La Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación del año 2003 y sus reformas del año 2014⁴⁴.

Por su parte la SCJN ha desarrollado protocolos de actuación para los juzgadores enfocados a garantizar el acceso a la justicia de los grupos vulnerables en condiciones de igualdad y no discriminación, siendo esta última la piedra angular sobre la que deben basarse los procesos y las actuaciones de los administradores de justicia. Los protocolos atienden aquellos casos en donde se involucre la orientación sexual o la identidad de género. Las personas, comunidades y pueblos indígenas. Las niñas, niños y adolescentes. Para juzgar con perspectiva de género. Personas migrantes y sujetas de protección internacional. Y para casos que involucren derechos de personas con discapacidad⁴⁵.

ii. Estándares comparados

El estándar mexicano en el marco del acceso a la justicia de no discriminación establece que "los actos de discriminación en un proceso jurisdiccional transgreden directamente el derecho fundamental a la igualdad y la no discriminación"⁴⁶, dado que "la no discriminación es una verdadera garantía individual, por lo que está prohibido todo tipo de discriminación que atente contra la dignidad humana, anule o menoscabe los derechos y libertades"⁴⁷. Teniendo el deber de cumplir con esta garantía todas las autoridades del Estado, "las cuales deben ajustar su manera de actuar para garantizar el respeto a los derechos humanos"⁴⁸ y "ofrecer protección a la sociedad contra actos discriminatorios"⁴⁹.

43 Consejo Nacional para Prevenir La Discriminación. Programa Nacional para la Igualdad y No Discriminación 2014 - 2018.

44 Ley Federal Para Prevenir y Eliminar La Discriminación. Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 11 de junio de 2003. Última reforma publicada DOF 20-03-2014.

45 Suprema Corte de justicia de la Nación. Protocolos de actuación para quienes imparten justicia.

46 Tribunales Colegiados de Circuito. Décima Época. Tesis: Aislada. Gaceta del Semanario Judicial de la Federación Libro 26, enero de 2016, tomo IV. XI. 1o.A.T.3 CS (10a.) No discriminación. Consecuencias de la violación al derecho humano relativo en un proceso jurisdiccional, conforme al artículo 63 de la convención americana sobre derechos humanos. pág. 3312.

47 Segunda Sala. Novena Época. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XXVI, agosto de 2007, pág. 639. Garantía De No Discriminación. Su Protección Constitucional.

48 Plan Nacional de Desarrollo. 2013-2018. Contempla en su Meta I_ México en Paz. pág. 40.

49 Consejo Nacional para Prevenir La Discriminación. Programa Nacional para la Igualdad y No Discriminación 2014 - 2018.

Por su parte la Corte IDH en la opinión consultiva 4/84 recuerda a los Estados que “es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos⁵⁰. Por lo que los Estados han de reconocer “la presencia de condiciones de desigualdad real que los obliga a adoptar medidas de compensación, si no existieran esos medios de compensación, difícilmente se podría decir que quienes se encuentran en condiciones de desventaja disfrutan de un verdadero acceso a la justicia y se benefician de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas”⁵¹.

En conclusión se puede afirmar que el artículo 17 de la CPEUM establece el derecho humano de acceso a la justicia en las mismas condiciones que el artículo 8.1 y 25 de la CADH; además amplía su ámbito de protección para las personas a través de diversos instrumentos, es así que se le reconoce este derecho a toda persona para que sea titular de derechos sin discriminación alguna, según lo establece el artículo 1 de la CPEUM y el artículo 1.1 de la CADH.

iii. Calidad del estándar

Visto el alcance y contenido del estándar nacional y en comparación con el estándar interamericano podemos afirmar que el mismo posee un nivel de desarrollo alto, dado que además de ser una referencia clara el estándar interamericano también ha alcanzado un nivel de desarrollo nacional más allá de los mínimos establecidos que permite brindar mayor protección a las personas.

b) Estándar el acceso a la justicia de víctimas y familiares de las víctimas

i. Introducción al estándar

El estándar de acceso a la justicia para víctimas y familiares de las víctimas es un estándar que fue empujado desde el modelo interamericano, luego de las sentencias de la Corte IDH como *Campo Algodonero*, *Radilla Pacheco*, entre otras. Sin embargo, estos pisos mínimos establecidos a nivel internacional han sido ampliados por los ombudsmen mexicanos que han hecho hincapié en la necesidad de procurar justicia para las víctimas y sus familiares, así como la garantía de otros derechos, para posteriormente ser retomados por los tribunales. También

50 Corte IDH. Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización. Opinión Consultiva OC - 4/84 del 19 de enero de 1984. Serie A No. 4, párr. 55

51 Corte IDH. El Derecho a la Información Sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal. Opinión Consultiva OC -16/99 del 1º de octubre de 1999, serie A, No. 16. Párr. 119

deben considerarse los mecanismos de implementación de este estándar a través de políticas públicas sectoriales.

La Ley General de Víctimas del año 2013⁵², así como la creación de la Comisión Ejecutiva de Atención a Víctimas (CEAV) es muestra de la lucha por garantizar el acceso a la justicia de las víctimas, sus familiares y de garantizar otros derechos en conexión, como la verdad y la reparación.

Los tribunales nacionales, por su parte, han establecido para los jueces directrices específicas para que las víctimas y sus familiares puedan ejercer acciones judiciales en materia penal, así como participar de forma activa en los procesos.

ii. Estándares comparados

El estándar nacional reconoce que “los derechos de la víctima y del ofendido tienen la misma categoría e importancia que los que se otorgan al inculpado, y deben tener, sin distinción, igual protección”⁵³, por lo cual debe “sostenerse que éstos tienen legitimación activa para reclamar la indemnización o reparación de daño moral”⁵⁴. En consecuencia “conforme a los derechos de acceso a la justicia y recurso efectivo, la víctima u ofendido del delito tiene legitimación para impugnar”⁵⁵. Además les asisten otros derechos como el derecho a recibir atención médica y psicológica, coadyuvar con el Ministerio Público; participación en el esclarecimiento de los hechos; el derecho a la verdad; derecho a ser informado, y el derecho a la reparación⁵⁶.

Mientras el estándar interamericano indica que “el acceso a la justicia es un derecho de familiares de quienes sufrieren un menoscabo a bienes tutelados por derechos humanos, en tanto que aquellas personas también puedan ser tenidas por víctimas del acto ilícito”⁵⁷. En consecuencia es “deber estatal de garantizar que las víctimas o sus familiares tengan amplias

52 Ley General De Víctimas. Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 9 de enero de 2013. Última reforma publicada DOF 3-05-2013.

53 Tribunales Colegiados de Circuito. Décima Época. Suplencia de la queja. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Libro V, febrero de 2012, pág. 2218.

54 Tribunales Colegiados de Circuito. Décima Época. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Libro VIII, mayo de 2012, Daño Moral. pág. 1835.

55 Primera Sala de la SCJN. Décima Época. Jurisprudencia. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Libro XXII, julio de 2013, tomo 1. 1a./J. 40/2013 (10a.). Amparo directo en materia penal. La víctima u ofendido del delito tiene legitimación para promoverlo cuando se impugnan apartados jurídicos diversos al de la reparación del daño de la sentencia definitiva. Página: 123.

56 Comisión Nacional de Derecho Humanos. Recomendación general no. 14. Sobre los derechos de las víctimas de delitos. México, D. F., a 27 de marzo de 2007. página 14.

57 Corte IDH. Caso Palma Mendoza y otros vs Ecuador. Excepción Preliminar y Fondo. Sentencia de 3 de septiembre de 2012. Serie C, No. 247, párrafo 82

posibilidades de ser oídos en todas las etapas de los respectivos procesos, de manera que puedan formular sus pretensiones y presentar elementos probatorios y que éstos sean analizados de forma completa y seria por las autoridades antes de que se resuelva sobre hechos, responsabilidades, penas y reparaciones⁵⁸. Así como el derecho a contar con “recursos judiciales efectivos a las víctimas de violación de los derechos humanos, recursos que deben ser sustanciados de conformidad con las reglas del debido proceso legal⁵⁹”.

iii. Calidad del estándar

El estándar nacional en materia de derecho de acceso a la justicia de víctimas se puede clasificar como alto. Esto debido a que no solo atiende los estándares reconocidos en el ámbito internacional, sino que presenta un desarrollo amplio y que ha sido propiciado por las recomendaciones de los ombudsmen nacionales, que han determinados elementos concretos que integren este derecho de las víctimas. Además se ve reforzado por la jurisprudencia nacional que ha sentado las bases para que las víctimas tengan *ius standi* ante los órganos de administración de justicia.

c. Estándar de acceso a la justicia para niños, niñas y adolescentes

i. Introducción al estándar

Un estándar nacional de acceso a la justicia de niños, niñas y adolescentes en México solo fue posible por la influencia del sistema interamericano de derechos humanos, a través de sus instrumentos, en especial, las sentencias y las opiniones consultivas que hacen parte fundamental del *corpus iuris* de los niños desarrollado en el continente. Fue así que se logró establecer e impulsar cambios jurídicos, políticos e institucionales que favorecieran una nueva visión de los niños y sus derechos en México.

Algunos de los elementos que integran este estándar son La Ley general de los derechos de las niñas, niños y adolescentes⁶⁰; la Ley General de Prestación de Servicios para la Atención, Cuidado y Desarrollo Integral Infantil⁶¹; el Protocolo de actuación para quienes imparten jus-

58 Corte IDH. Caso Barbani Duarte y Otros vs Uruguay. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 13 de octubre de 2011. Serie C, No. 234, párrafo 120

59 Corte IDH. Caso Godínez Cruz vs Honduras. Excepciones Preliminares. Sentencia de 26 de junio de 1987. Serie C, No. 3, párrafo 93

60 Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes. Diario Oficial de la Federación el 4 de diciembre de 2014.

61 Ley General de Prestación de Servicios para la Atención, Cuidado Y Desarrollo Integral Infantil. Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 24 de octubre de 2011.

ticia en casos que involucren a niñas, niños y adolescentes de la SCJN, y el Protocolo para la atención consular de niñas, niños y adolescentes migrantes no acompañados⁶². A esto hay que sumar la jurisprudencia nacional y las recomendaciones de las comisiones de derechos humanos. Así, este estándar se alimenta de jurisprudencia nacional, de recomendaciones de los ombudsmen y sobre todo de políticas públicas sectoriales que permiten garantizar el derecho de acceso a la justicia de los niños, niñas y adolescentes

ii. Estándares comparados

El estándar nacional de acceso a la justicia de los niños, niñas y adolescentes establece que el “Juez es responsable, debe dar el trámite correspondiente a la solicitud de los menores, no rechazarla de plano, dejándoles a salvo sus derechos, puesto que, de ese modo, no cumple con el mandato de garantizar y proteger el desarrollo y pleno ejercicio de sus derechos, sino obstaculiza su acceso a la justicia, en cuestiones vitales para ellos”⁶³. De tal forma que “el juzgador debe procurar el mayor acceso del niño, en la medida de lo posible, al examen de su caso. Toda excepción debe estar debidamente fundada y motivada”⁶⁴. Y “resulta de fundamental importancia que la investigación de ilícitos cometidos en contra de niños y niñas sean investigados con reforzada diligencia en atención al principio de superior de la niñez, ya que en caso de impunidad son las y los niños quienes continuarán en permanente riesgo”⁶⁵.

En tanto el estándar interamericano ha establecido que “el artículo 8.1 de la Convención Americana consagra el derecho a ser oído que ostentan todas las personas, incluidos los niños y niñas, en los procesos en que se determinen sus derechos”⁶⁶, a fin de garantizar “la protección especial derivada del artículo 19 deberá proyectarse sobre los procedimientos judiciales o administrativos en los que se resuelva sobre sus derechos”⁶⁷.

62 Secretaría de Relaciones Exteriores. Protocolo para la atención consular de niñas, niños y adolescentes migrantes no acompañados. 2015.

63 Tribunales Colegiados de Circuito. Décima Época. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Libro XXI, junio de 2013. Pensión Alimenticia. pág. 1283.

64 Primera Sala de la SCJN. Décima Época. Jurisprudencia. Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 18, mayo de 2015, tomo I. 1a./J. 12/2015 (10a.). Interés superior del menor. El ejercicio del derecho de los menores de edad a participar en los procedimientos que afecten su esfera jurídica involucra una valoración de parte del juez. Página: 383. [Http://sjf.scjn.gob.mx/sjfsem/Paginas/detallegeneralv2.aspx?ID=2009010&Clase=detallesemanariobl](http://sjf.scjn.gob.mx/sjfsem/Paginas/detallegeneralv2.aspx?ID=2009010&Clase=detallesemanariobl) (consultado 18/02/2016)

65 Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal. Recomendación 1/2015 . Omisión de garantizar el acceso a la justicia a Jesús Romero Colín. pág. 42.

66 Corte IDH. Caso Furlan y Familiares vs Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012 Serie C, No. 246, párrafo 228

67 Corte IDH. Caso Familia Pacheco Tineo vs Bolivia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2013. Serie C, No. 272, párrafo 220

iii. Calidad del estándar

El estándar nacional en materia de derecho de acceso a la justicia de los niños, niñas y adolescentes se puede clasificar como alto. Así, la evolución de un marco jurídico, institucional y de políticas públicas en materia de protección de los niños permite advertir que si bien el estándar se ve altamente influenciado por el estándar interamericano, su desarrollo en el ámbito nacional garantiza una mayor protección.

d. Estándar de accesos a la justicia para los migrantes

i. Introducción al estándar

El acceso a la justicia de los migrantes es uno de los estándares que al igual que el estándar de niñez ha sido empujado para su implementación a nivel nacional por los estándares interamericanos. De tal suerte, los tribunales mexicanos han emitido algunas sentencias en el sentido de la necesidad de garantizar el acceso a la justicia de los migrantes.

Los elementos que integran este estándar se encuentran en la Ley de Migración⁶⁸ que pretende establecer un nuevo paradigma de regulación y que tiene como eje central el garantizar los derechos humanos de los migrantes. También se pueden señalar algunas sentencias de la SCJN y especialmente, el Protocolo sobre la materia de la misma Corte.

ii. Estándares comparados

El estándar nacional sobre el acceso a la justicia de los migrantes reconoce que “el derecho de acceso a la justicia pretende que toda persona, sin distinción alguna, pueda acudir ante jueces, tribunales y cortes de justicia y de forma pronta, expedita y completa se adopten las medidas necesarias para evitar el retraso en las resoluciones judiciales y administrativas que signifiquen un obstáculo para el acceso a otros derechos humanos, especialmente para las personas que se encuentran en una situación de vulnerabilidad, entre ellos los migrantes”⁶⁹. En este sentido “el derecho que protege a todas las víctimas del delito se torna especialmente crítico para las personas migrantes, los servidores públicos tienen la obligación de protegerlos, investigar y perseguir los hechos probablemente constitutivos de delito y obtener la san-

68 Ley De Migración. Diario Oficial de la Federación el 25 de mayo de 2011. Última reforma publicada 21-04-2016.

69 Suprema Corte de Justicia de la Nación. Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en caso que afecten a personas migrantes y sujetas de Protección Internacional. pág. 65.

ción de los responsables como una esencial forma de reparación del daño⁷⁰. La posibilidad de que un extranjero pueda ser oído públicamente, en condiciones de plena igualdad y con justicia, por un tribunal independiente e imparcial, depende –de forma absoluta– del presupuesto previo relativo a la asistencia real y efectiva de los miembros de la oficina diplomática de su país⁷¹.

Ahora bien el estándar interamericano establece que “el debido proceso debe ser garantizado a toda persona independientemente del estatus migratorio, ya que el amplio alcance de la intangibilidad del debido proceso se aplica no solo *ratione materiae* sino también *ratione personae* sin discriminación alguna”⁷². También resulta importante el derecho a la asistencia consular ya que al no garantizarse se torna inefectiva la posibilidad de acceder y ejercer los recursos, implicando un menoscabo de hecho injustificado en su derecho de acceder a la justicia⁷³.

iii. Calidad del estándar

El estándar nacional para el acceso a la justicia de los migrantes tiene un nivel medio de desarrollo, pues sigue algunos de los elementos de la Corte IDH, no todos los lineamientos sobre el alcance y contenido se encuentran desarrollados, siendo en este contexto el derecho a la asistencia consular el más desarrollado por los tribunales nacionales.

e. Estándar de acceso a la justicia para los pueblos indígenas

i. Introducción al estándar

El estándar nacional de acceso a la justicia para los pueblos indígenas se nutre esencialmente de los estándares interamericanos, pues el desarrollo de la jurisprudencia nacional está determinada por el contenido de éstos. Integrado a éstos se encuentran las recomendaciones de los ombudsman en materia de procuración de justicia, y las políticas públicas sectoriales a fin de

70 Comisión Nacional de los Derechos Humanos. Recomendación No. 2 /2015 Sobre El Caso del homicidio de V1 y V2, migrantes de nacionalidad hondureña, ocurrido en el tramo férreo Pakal-Ná - Salto De Agua, municipio de Palenque, Chiapas. México, D. F., a 30 de enero de 2015. Párrafo 78.

71 Suprema Corte de justicia de la Nación. Amparo Directo En Revisión 517/2011. Quejosa: Florence Marie Louise Cassez Crepin. Sentencia del 23 de enero de 2013. Pág.95

72 Corte IDH. Caso Nadege Dorzema y otros vs República Dominicana. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de octubre de 2012. Serie C, No. 251, párrafo 159.

73 Corte IDH. Caso Vélez Loor vs Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C, No. 218, párrafo 254.

implementar medidas positivas a favor de los pueblos indígenas para garantizar su acceso a la justicia en condiciones de igualdad y no discriminación.

Algunos de los elementos que integran este estándar a nivel nacional son el Protocolo de Actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren personas, comunidades y pueblos indígenas de la SCJN, y el Programa Especial de los Pueblos Indígenas 2014-2018 que tiene como objetivo "proteger el derecho de acceso a la justicia de la población indígena y comunidades equiparables"⁷⁴.

ii. Estándares comparados

El estándar nacional está determinado por la obligación de "reconocer la personalidad jurídica, individual o colectiva de los indígenas que inicien acciones jurídicas ante los tribunales en demanda de sus derechos específicos, sin que ello implique ningún trato discriminatorio por el hecho de asumir tal condición. Las y los juzgadores deben proveer lo necesario para comprender la cultura de la persona sujeta a proceso y para que ésta comprenda las implicaciones de los procedimientos jurídicos"⁷⁵. Para lo cual "en aras de garantizar el acceso a la justicia tratándose de personas indígenas, resulta indispensable que el Estado Mexicano les asegure la provisión de un intérprete"⁷⁶, así como el desarrollo de peritajes jurídico-antropológicos dado que se constituyen "como la prueba idónea para que los sistemas normativos indígenas sean tomados en cuenta cuando se lleve a cabo un procedimiento jurídico (sea o no de orden jurisdiccional) en el cual los sistemas normativos indígenas difieran del derecho nacional"⁷⁷.

Mientras tanto la Corte IDH ha establecido que "es indispensable que los Estados otorguen una protección efectiva que tome en cuenta sus particularidades propias, sus características económicas y sociales, así como su situación de especial vulnerabilidad, su derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres"⁷⁸. Y para "garantizar el acceso a la justicia de las víctimas, el Estado

74 Programa Especial de los Pueblos Indígenas 2014-2018.

75 Suprema Corte de Justicia de la Nación. Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren personas, comunidades y pueblos indígenas. pág. 29.

76 Pleno de la SCJN. Décima Época. Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 22, septiembre de 2015, tomo I. Tesis: P. XVII/2015 (10a.). acceso a la tutela jurisdiccional efectiva. Forma de garantizar el derecho humano relativo tratándose de personas indígenas. pág. 232.

77 Comisión Nacional de los Derechos Humanos. Recomendación No. 43 /2015 Sobre el caso de la violación a los derechos a la libre autodeterminación y al debido proceso, en agravio de V1 YV2, indígenas yaquis. Párrafo 90. México, D.F., a 30 de noviembre de 2015.

78 Corte IDH. Caso Rosendo Cantú y otra vs México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C, No. 216, párrafo 184.

debe asegurar que aquellas puedan comprender y hacerse comprender en los procedimientos legales iniciados, facilitándoles intérpretes u otros medios eficaces para tal fin⁷⁹.

iii. Calidad del estándar

El acceso a la justicia de los pueblos indígenas es un estándar que se clasifica como alto, dado el grado de especialidad que ha adquirido en el derecho interno. Este estándar nacional que habiendo sido influenciado por los interamericanos que estableció pisos mínimos para garantizar ese derecho ha sido ampliado al grado de reconocer la responsabilidad de los procuradores de justicia de preocuparse por entender a los miembros de los pueblos indígenas en su cultura y contexto, lo que exige un mayor grado de compromiso con el cumplimiento de las garantías procesales.

f. Estándar de acceso a la justicia para las mujeres

i. Introducción al estándar

El acceso a la justicia de las mujeres en México se ha nutrido de los estándares interamericanos. Pero, también se ha dotado de contenido con las resoluciones de los tribunales nacionales, recomendaciones y políticas públicas generales y sectoriales. Algunos de los elementos que se encuentran relacionados con políticas sectoriales que dan contenido a este estándar se encuentran en el *Protocolo para juzgar con perspectiva de género haciendo realidad el Derecho a la Igualdad* de la SCJN, el cual pretende ser “una herramienta fundamental para hacer realidad el derecho a la igualdad, y ser un instrumento que auxilie a los juzgadores en la tarea de impartir justicia con perspectiva de género”⁸⁰. Asimismo, diversas leyes sobre género han logrado identificar los estándares de derechos humanos de acceso a la justicia⁸¹.

El trabajo de la *Comisión Nacional para prevenir y Erradicar la violencia contra la Mujer (CONAVIM)*, lleva a cabo acciones específicas para garantizar asistencia legal y de prevención de la violencia a las mujeres a través de los “Centros de Justicia para las Mujeres”⁸².

79 Corte IDH. Caso Tiu Tojín vs Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2008. Serie C, No. 190, párrafo 100.

80 Suprema Corte de justicia de la Nación. Protocolo para juzgar con perspectiva de género haciendo realidad el Derecho a la Igualdad. página 13.

81 Ley General de acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia. Diario Oficial de la Federación el 1 de febrero de 2007. Última reforma publicada DOF 17-12-2015.

82 Comisión Nacional para prevenir y Erradicar la violencia contra la Mujer (CONAVIM). Centros de Justicia para las Mujeres.

ii. Estándares comparados

El estándar nacional que prevé derecho de acceso a la justicia de las mujeres así como el reconocimiento a una vida libre de violencia y discriminación en condiciones de igualdad "exige que todos los órganos jurisdiccionales impartan justicia con perspectiva de género; esto implica juzgar considerando las situaciones de desventaja que, por cuestiones de género, discriminan e impiden la igualdad. Así, la obligación de impartir justicia con perspectiva de género debe operar como regla general, y enfatizarse en aquellos casos donde se esté ante grupos de especial vulnerabilidad, como mujeres y niñas indígenas"⁸³. Así, las autoridades deberán realizar "el análisis de los asuntos en donde exista alguna presunción sobre la existencia de cualquier tipo de discriminación contra la mujer, debe realizarse desde una perspectiva de género, que implica cuestionar la neutralidad de los actos de autoridad y las normas, a pesar de estar realizados en una actitud neutral y escritas en un lenguaje "imparcial", y determinar si el enfoque jurídico formal resulta suficiente para lograr la igualdad. Todo ello con el fin de respetar la dignidad humana y hacer efectivos los derechos humanos de las mujeres"⁸⁴. Resguardando además que "cuando se reclaman actos u omisiones en los procesos jurisdiccionales del orden familiar es necesario que se advierta en la ejecución de aquéllos, la intención de las autoridades de discriminar o que tenga como fin dilatar, obstaculizar o impedir el goce y ejercicio de los derechos humanos de la persona en su calidad de mujer"⁸⁵.

Por su parte el estándar interamericano desarrollado por la Corte IDH para garantizar el acceso a la justicia de las mujeres, ha establecido que existe la necesidad de identificar los estereotipos de género que causan discriminación hacia las mujeres e impiden el acceso a la justicia, además que perpetúan la impunidad, y recordó que "la creación y uso de estereotipos se convierte en una de las causas y consecuencias de la violencia de género en contra de la mujer"⁸⁶.

Asimismo, la Corte IDH recordó a los Estados que "de acuerdo a las obligaciones internacionales contraídas, éstos tiene el deber de garantizar el derecho de acceso a la justicia de acuerdo a lo establecido en la Convención Americana, pero además conforme a las obligaciones espe-

83 Pleno de la SCJN. Décima Época. Semanario Judicial de la Federación. septiembre de 2015. P. XX/2015 (10a.). Impartición de justicia con perspectiva de género. Obligaciones que debe cumplir el Estado mexicano en la materia.

84 Tribunales Colegiados de Circuito. Perspectiva De Género. Décima Época. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Libro XXVI, noviembre de 2013, pág. 1378.

85 Tribunales Colegiados de Circuito. Décima Época. Tesis Aislada. Violencia institucional contra la mujer. Gaceta del Semanario Judicial de la Federación Libro 26, enero de 2016, tomo IV. Tesis: XXVII.1o.3 C (10a.) página 3498.

86 Corte IDH. Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C, No. 205, párrafo 400, 401

cíficas que le imponen las Convenciones especializadas que ha suscrito y ratificado en materia de prevención y sanción de la tortura y de la violencia contra la mujer⁸⁷.

iii. Calidad del estándar

Se puede afirmar que la calidad del estándar es alto, pues luego de las medidas de reparación y no repetición de la sentencia *Campo Algodonero*, donde la Corte IDH estableció pisos mínimos para garantizar la justicia de las mujeres en México, los cambios institucionales, normativos, de administración y procuración de justicia, y hasta cambios en educación y formación en materia de género siguen hoy vigentes y desarrollándose nuevas formas de protección para las mujeres y la garantía de sus derechos.

g. Estándar de acceso a la justicia para personas con discapacidad

i. Introducción al estándar

Las personas con discapacidad constituyen otro de los grupos vulnerables que requieren acciones especiales por parte del Estado para garantizar el derecho de acceder a la justicia en condiciones de igualdad y no discriminación. Este estándar nacional de acceso a la justicia para las personas con discapacidad se ha desarrollado por el trabajo de los tribunales nacionales, los ombudsmen a través de sus recomendaciones, las cuales han sentados las bases para el desarrollo de políticas públicas sectoriales⁸⁸ y leyes especiales⁸⁹ que permitan garantizar este derecho y reducir la desigualdad.

ii. Estándares comparados

En el ámbito nacional el estándar de acceso a la justicia para la víctimas contempla que las personas con discapacidad “tiene derecho a recibir un trato digno y apropiado en los procedimientos administrativos y judiciales en que sean parte o tengan interés.”⁹⁰ Por lo tanto es

87 Corte IDH. Caso del Penal Miguel Castro Castro vs Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C, No. 160, párrafo 377

88 Programa Nacional de Derechos Humanos 2014-2018. Capítulo III. Objetivos, estrategias y líneas de acción.

89 Ley General para la Inclusión de las Personas con Discapacidad. Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 30 de mayo de 2011.

90 Comisión Nacional de los Derechos Humanos. Recomendación No. 44/2012. Sobre El Caso de dilación en la impartición de justicia en el procedimiento laboral por la Junta Federal de Conciliación y Arbitraje, en agravio De V1, Persona Con Discapacidad. México D. F., a 12 de septiembre 2012

“obligación de las autoridades, dentro de las que se encuentran las encargadas de la administración e impartición de justicia, de efectuar los “ajustes razonables” necesarios al procedimiento para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con los demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales, ello sin distinguir la calidad con que intervenga en el proceso”⁹¹. Y constituye una obligación del Estado “dar fin a fenómenos sociales de desigualdad que atentan contra la dignidad humana, lo que se materializa a través de leyes y políticas públicas”⁹².

Por su parte el estándar interamericano desarrollado por la Corte IDH considera que las personas con discapacidad a menudo son objeto de discriminación a raíz de su condición, por lo que los Estados deben adoptar las medidas de carácter legislativo, social, educativo, laboral o de cualquier otra índole, necesarias para que toda discriminación asociada con las discapacidades sea eliminada, y para propiciar la plena integración de esas personas en la sociedad. El debido acceso a la justicia juega un rol fundamental para enfrentar dichas formas de discriminación⁹³.

iii. Calidad del estándar

El estándar de acceso a la justicia para personas con discapacidad es un estándar de nivel medio, pues únicamente se ha centrado en la referencia del establecimiento de garantías de los pisos mínimos que aparecen en los estándares interamericanos y no ha presentado un mayor desarrollo. Así, si bien los derechos de las personas con discapacidad están reconocidos, no hay desarrollo jurisprudencial en materia de acceso a la justicia.

h. Estándares de acceso a la justicia para los grupos de diversidad sexual

i. Introducción al estándar

La construcción de un estándar nacional de acceso a la justicia para los grupos de la diversidad sexual ha sido impulsado por las recomendaciones de los ombudsmen a través de sus reco-

91 Tribunales Colegiados de Circuito. Personas con discapacidad visual. Décima Época. Semanario Judicial de la Federación. Tesis Aislada (Constitucional). Tesis XVII.1o.C.T.1 CS (10a.).

92 Comisión Nacional de los Derechos Humanos. Recomendación No. 47/2013 sobre el caso de la violación del derecho a la no discriminación por no tomar medidas para garantizar el acceso al servicio de transporte público a personas con discapacidad, en agravio de v1 y v2, en Tabasco, Zacatecas. México, D.F., a 29 de octubre de 2013. Párrafo 51.

93 Corte IDH. Caso Furlan y Familiares vs Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012 Serie C, No. 246, párrafo 135

mendaciones. Sin embargo la SCJN ha sido uno de los primeros tribunales en la región en implementar el *Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren la orientación sexual o la identidad de género* con directrices y principios que garantizan sus derechos. Otro órgano que ha intervenido es el Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación (CONAPRED) que desarrolla investigaciones y propuestas de políticas públicas que permitan eliminar la discriminación que afrontan estos grupos. Los tribunales mexicanos por su parte han emitido sentencias en materia de matrimonio igualitario.

ii. Estándares comparados

El estándar nacional en materia de grupos de diversidad sexual y el derecho de acceso a la justicia establece que deben ser eliminadas las “prácticas judiciales, administrativas y legislativas que son discriminatorias contra este colectivo sexual”⁹⁴. Teniendo los administradores de justicia el “deber de prevenir razonablemente actos de terceros que pueden atentar contra la vida o la integridad personal de una persona. Y velar por el acceso a la justicia apegado al principio pro persona y *pro libertatis* con perspectiva de género y de diversidad sexual”⁹⁵.

Por su parte el estándar interamericano plantea que “la presunta falta de un consenso al interior de algunos países sobre el respeto pleno por los derechos de las minorías sexuales no puede ser considerado como un argumento válido para negarles o restringirles sus derechos humanos o para perpetuar y reproducir la discriminación histórica y estructural que estas minorías han sufrido”⁹⁶, incluyendo el derecho de acceso a la justicia.

iii. Calidad del estándar

La calidad del estándar de acceso a la justicia para los grupos de la diversidad sexual es bajo, pues si bien hay avances importantes en materia civil como el derecho a constituir una familia y la legislación en materia de matrimonio igualitario, las garantías de acceso a la justicia aún siguen sin desarrollar las condiciones especiales que requieren estos grupos para gozar de este derecho. Una buena aproximación en esta materia es el protocolo que ha desarrollado la SCJN.

94 Comisión Nacional de los Derechos Humanos. Recomendación General No. 23 Sobre El Matrimonio Igualitario. México, D. F., a 6 de noviembre de 2015. Párrafo 13. Disponible en http://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/Recomendaciones/generales/recgral_023.pdf (consultado 18/02/2016)

95 Suprema Corte de justicia de la Nación. Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren la orientación sexual o la identidad de género.

96 Corte IDH. Caso Atala Riffo y Niñas vs Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C, No. 239, párrafo 92

Estándares del ámbito funcional del acceso a la justicia

a. Estándar el derecho a ser oído en el acceso a la justicia

i. Introducción al estándar

La construcción de un estándar nacional que contemple el derecho a ser oído está basado principalmente por la jurisprudencia de los tribunales mexicanos. Asimismo, las recomendaciones de los ombudsmen han adoptado criterios nacionales e interamericanos para fundamentar sus resoluciones en el ámbito funcional del acceso a la justicia.

ii. Estándares comparados

El estándar nacional está compuesto por los siguientes elementos: "Toda persona tiene la garantía de audiencia en favor del gobernado mediante un juicio en el que se respeten las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho, y la referencia de que la garantía judicial en comento debe otorgarse dentro de un plazo razonable, por un Juez o tribunal competente, independiente e imparcial"⁹⁷. Es decir, "todo aquel que tenga necesidad de que se le administre justicia tendrá plena seguridad de recibirla por los órganos jurisdiccionales permanentemente estatuidos, con antelación al conflicto, sin más condición que las formalidades necesarias, razonables y proporcionales al caso para lograr su trámite y resolución"⁹⁸ sin importar la naturaleza del órgano de que se trate.⁹⁹

Ahora bien el estándar interamericano que procede de la Corte IDH, a través de su jurisprudencia y opiniones establece que "el **derecho a ser oído** exige que toda persona pueda tener acceso al tribunal u órgano estatal encargado de determinar sus **derechos** y obligaciones".¹⁰⁰ El derecho a ser oído persiste frente a "cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, que a través de sus resoluciones determine *derechos* y obligaciones de las personas"¹⁰¹

97 Tribunales Colegiados de Circuito. Décima Época. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Libro XI. acceso a la impartición de justicia. Agosto de 2012, tomo 2, página 1071.

98 Tribunales Colegiados de Circuito. Décima Época. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tutela jurisdiccional efectiva. Libro VI, marzo de 2012, pág. 1481.

99 Comisión Nacional de los Derechos Humanos. Recomendación No. 5 /2016. Ciudad de México, a 26 de febrero de 2016. Párrafo 58.

100 Corte IDH. Caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") vs Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C, No. 182, párrafo 72

101 Corte IDH. Caso del Tribunal Constitucional vs Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C, No. 71, párrafo 71

iii. Calidad del estándar

El derecho a ser oído presenta un desarrollo medio, dado que hasta ahora su formulación así como su contenido sigue al estándar interamericano. Los tribunales mexicanos así como las recomendaciones de los ombudsmen hacen referencia directa del estándar interamericano que se encuentra en el artículo 8.1 de la CADH para reforzar sus resoluciones.

b. Estándar de Asistencia consular en el acceso a la justicia

i. Introducción al estándar

El estándar nacional de asistencia consular está determinado por el desarrollo jurisprudencial de los tribunales nacionales, diversas sentencias han reconocido el carácter fundamental del derecho a la asistencia consular desde diferentes perspectivas. Otro de los elementos que nutren el estándar son las acciones para propiciar este derecho, así la Secretaría de Relaciones Exteriores ha diseñado para menores migrantes el Protocolo para la atención consular de niñas, niños y adolescentes migrantes no acompañados¹⁰² con el fin de brindar herramientas a las autoridades correspondientes sobre el contenido de este derecho. De igual forma la SCJN ha establecido las directrices de este derecho para los juzgadores en el Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en caso que afecten a personas migrantes y sujetas de Protección Internacional¹⁰³.

ii. Estándares comparados

El estándar nacional establece que “el derecho de los extranjeros a la notificación, contacto y asistencia consular es un derecho fundamental vigente”¹⁰⁴ en tanto además hace parte “del corpus iuris del derecho internacional de los derechos humanos contemporáneo, por lo que debe ser reconocido y considerado en el marco de las garantías mínimas para brindar a los extranjeros la oportunidad de preparar adecuadamente su defensa y contar con un jui-

102 Secretaría de Relaciones Exteriores. Protocolo para la atención consular de niñas, niños y adolescentes migrantes no acompañados. 2015.

103 Suprema Corte de Justicia de la Nación. Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en caso que afecten a personas migrantes y sujetas de Protección Internacional.

104 Primera Sala. Décima Época. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Derecho fundamental de los extranjeros a la notificación, contacto y asistencia consular. Su fuente y jerarquía en el Ordenamiento jurídico mexicano. Libro XX, mayo de 2013, pág. 533.

cio justo”¹⁰⁵. Y posee tres funciones específicas, “la primera es de carácter *humanitario*. Los funcionarios consulares proporcionan a los detenidos el contacto con el mundo exterior, al comunicar la noticia a los familiares o a las personas de confianza del detenido. Asimismo, estos funcionarios se aseguran que a los detenidos se les cubran las necesidades básicas mientras se encuentran privados de su libertad. La segunda, es de *protección*. La presencia de los funcionarios consulares, por sí misma, coadyuva a disuadir a las autoridades locales de cometer actos en contra de los extranjeros que pueden ser contrarios a su dignidad humana o que pongan en peligro la suerte del proceso penal al que se verá sometido el extranjero. Por último, la tercera función es la relativa a una *asistencia técnico-jurídica*”¹⁰⁶.

Pero además este derecho debe cumplirse en los siguientes términos: I) ser notificado sin dilación de su prerrogativa a comunicarse con un funcionario consular de su país, a fin de que lo asista, lo cual debe realizarse al momento en que se le priva de la libertad o antes de que rinda su primera declaración, debiendo recabarse constancia en la que se asiente con toda claridad su respuesta, y II) que puede comunicarse con un funcionario consular, para lo cual debe informarse sin demora a las autoridades correspondientes la detención de su nacional y recabarse la constancia respectiva, permitiendo al detenido comunicarse libremente con aquéllas y recibir sus visitas¹⁰⁷.

En tanto, el estándar interamericano establece que “el derecho de un detenido extranjero a solicitar la ayuda del consulado de su país ha sido considerado como un componente de las garantías mínimas para brindar a los extranjeros la oportunidad de preparar adecuadamente su defensa. Es así que la Corte ha destacado varios actos relacionados con la defensa en los que el cónsul puede asistir al detenido y su importancia para garantizar el cumplimiento del derecho a “ser asistido por un defensor” bajo el artículo 8.2.d) de la Convención. De modo tal que la inobservancia u obstrucción del derecho a la información afecta las garantías judiciales, y puede resultar en una violación de las mismas”¹⁰⁸.

105 Primera Sala. Décima Época. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Derecho fundamental de los extranjeros a la notificación, contacto y asistencia consular. Libro XX, mayo de 2013, pág.

106 Suprema Corte de justicia de la Nación. Amparo Directo En Revisión 517/2011. Quejosa: Florence Marie Louise Cassez Crepin. Sentencia del 23 de enero de 2013. Pág.82.

107 Tribunales Colegiados de Circuito. Décima Época. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Extranjero privado de la libertad. Libro VII, abril de 2012, pág. 1735.

108 Corte IDH. Caso Vélez Loor vs Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C, No. 218, párrafo 157.

iii. Calidad del estándar

El nivel de desarrollo del estándar de asistencia consular en México es alto, dado el grado de especificidad que los órganos de administración de justicia han desarrollado. Si bien es cierto uno de los primeros referentes en el desarrollo de este estándar han sido los estándares interamericanos que establecían condiciones básicas para la garantía de este derecho, también lo es que tal como se espera los tribunales nacionales han logrado extender este estándar para brindar mayor protección.

c. Estándar de recurso judicial efectivo en el acceso a la justicia

i. Introducción al estándar

La configuración sobre el alcance y contenido del recurso judicial efectivo como elemento esencial en el acceso a la justicia se ha desarrollado a partir de la jurisprudencia de los tribunales nacionales en consonancia con los estándares interamericanos. Sin embargo, las recomendaciones de las comisiones de derechos humanos han jugado un papel esencial para delinear este estándar de derecho a un recurso en instancias no jurisdiccionales.

ii. Estándares comparados

El estándar nacional de un recurso judicial efectivo determina que “consiste en la posibilidad real de acceder a un recurso judicial para que la autoridad competente y capaz de emitir una decisión vinculante determine si ha habido o no una violación a algún derecho, y que en caso de ser encontrada una violación, el recurso sea útil para restituir al interesado en el goce de su derecho y repararlo¹⁰⁹. En este sentido, “un recurso judicial efectivo es aquel capaz de producir el resultado para el que ha sido concebido”¹¹⁰. Asimismo, “los particulares no pueden recibir como respuesta por parte del Estado, un rotundo y definitivo rechazo a sus peticiones de justicia, sino que, a fin de cumplir con la obligación constitucional de promover, respetar, proteger y garantizar el acceso a la justicia, su instancia debe, ser encausada al órgano juris-

109 Tribunales Colegiados de Circuito. Décima Época. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Libro III, diciembre de 2011. Convención americana sobre derechos humanos, aplicación de su artículo 25. pág. 3750.

110 Segunda Sala. Décima Época. Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Recurso judicial efectivo. El juicio de amparo cumple con las características de eficacia e idoneidad a la luz del artículo 25 de la convención americana sobre derechos humanos. Libro 15, febrero de 2015, pág. 1771. Disponible en <http://200.38.163.178/sjfsist/Documentos/Tesis/2008/2008436.pdf>

dicional que se estime competente, a fin de que se dé respuesta a sus pretensiones”¹¹¹. Dado que la “tutela judicial efectiva se compone también de la implementación de los mecanismos necesarios y eficaces para desarrollar la posibilidad del recurso judicial que permita cristalizar la prerrogativa de defensa”¹¹². Por lo que resulta clave recordar que “el derecho al acceso a la justicia comprende la obligación del Estado de incorporar al sistema normativo un recurso eficaz para la protección de los derechos de las personas, frente a intervenciones arbitrarias a los mismos”¹¹³.

En tanto, el estándar interamericano de recursos efectivo establece que “toda persona tiene el derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales, lo cual constituye uno de los pilares básicos, no solo de la Convención Americana, sino del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática”¹¹⁴. Así, “la denegación al acceso a la justicia tiene una relación con la efectividad de los recursos, ya que no es posible afirmar que un recurso existente dentro del ordenamiento jurídico de un Estado, mediante el cual no se resuelve el litigio planteado por una demora injustificada en el procedimiento, pueda ser considerado como un recurso efectivo”¹¹⁵.

iii. Calidad del estándar

El estándar nacional de recurso judicial efectivo se puede clasificar como alto, dado que los lineamientos que contiene se encuentran en el mismo sentido que los interamericanos y además posee elementos como la obligación de la autoridad de referir el recurso a una autoridad competente cuando del contenido del recurso que se trate no sea competente, todo esto para garantizar que las pretensiones de las personas puedan ser acogidas.

111 Tribunales Colegiados de Circuito. Décima Época. Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Improcedencia del juicio de nulidad por incompetencia del tribunal federal de justicia fiscal y administrativa. El artículo 8o., fracción ii, de la ley federal de procedimiento contencioso administrativo, es violatorio del derecho humano de acceso a la justicia, consagrado en los artículos 17 de la constitución política de los Estados Unidos Mexicanos, y 8 de la convención americana sobre derechos humanos. Libro 2, enero de 2014, pág. 3068.

112 Tribunales Colegiados de Circuito. Décima Época. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tutela jurisdiccional efectiva. Para lograr la eficacia de ese derecho humano los juzgadores deben desarrollar la posibilidad del recurso judicial. Libro VI, marzo de 2012, pág. 1481.

113 Comisión Nacional de Derechos Humanos. Recomendación No. 4/2013 Sobre el caso de la negativa de acceso al derecho de pensión por cesantía en edad avanzada en agravio de V1. México, D. F., a 31 de enero de 2013. Párrafo 69.

114 Corte IDH. 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, párrafo 234

115 Corte IDH. Caso Salvador Chiriboga vs Ecuador. Excepción Preliminar y Fondo. Sentencia de 6 de mayo de 2008. Serie C, No. 179, párrafo 88

d. Estándar de derecho a la verdad en el acceso a la justicia

i. Introducción al estándar

El estándar nacional de derecho a la verdad se ve esencialmente nutrido de las recomendaciones de la comisiones de derechos humanos, seguido por las sentencias de los tribunales. En México el derecho a la verdad es uno de los reclamos más actuales frente a la incertidumbre que generan ciertos casos que no ha tenido solución y que despertaron un amplio malestar social, como el Caso Ayotzinapa.

ii. Estándares comparados

El estándar nacional del derecho a la verdad establece que “consiste en el derecho que tiene toda víctima a saber de las circunstancias en que se cometieron las violaciones a sus derechos o los de sus familiares”¹¹⁶ por lo que “guarda una estrecha relación con el derecho a la investigación, puesto que no es posible conocer la verdad sin haber efectuado antes una investigación adecuada y apegada a derecho”¹¹⁷. En este sentido, “para que esa investigación constituya un recurso cierto que garantice el derecho al acceso a la justicia, debe cumplirse con seriedad y no como una simple formalidad, pues el fin último de dicha investigación es conocer la verdad histórica, formal y material de los hechos”¹¹⁸. Imponiéndose al juzgador como “principios rectores: preservar el equilibrio procesal, así como la búsqueda y conocimiento de la verdad histórica de los hechos, sin esperar a que las partes impulsen el procedimiento”¹¹⁹.

El estándar interamericano por su parte plantea que “toda persona, incluyendo los familiares de las víctimas de graves violaciones a derechos humanos, tienen el derecho a conocer la verdad, por lo que aquéllos y la sociedad toda deben ser informados de lo sucedido. Para este fin los Estados pueden establecer comisiones de la verdad, las que contribuyen a la construcción y preservación de la memoria histórica, el esclarecimiento de hechos y la determinación de

116 Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal. Recomendación 19/2013 Falta de protocolos específicos para la investigación y atención de casos de desapariciones en la ciudad de México. Emitida el 21/10/2013.

117 Comisión Nacional de Derecho Humanos. Recomendación no. 55 /2015. Sobre el caso de violación al derecho de acceso a la justicia en su modalidad de procuración de justicia, en agravio de v1, v2 y v3. México, D. F., 30 de diciembre de 2015. Párrafo 70.

118 Comisión Nacional de los Derechos Humanos. Recomendación No. 36/2014 Sobre el caso de violación a los derechos humanos a la seguridad jurídica, a la legalidad, al trato digno y acceso a la justicia, en agravio de v1 y su menor hijo v2, en el centro de justicia para mujeres sede Toluca, de la procuraduría general de justicia del Estado de México. México, D.F., 28 de agosto de 2014.

119 Primera Sala. Décima Época. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Prueba testimonial. El artículo 245 del código de procedimientos penales para el estado de Veracruz, no viola la garantía de imparcialidad. Libro XVIII, marzo de 2013, pág. 800.

responsabilidades institucionales, sociales y políticas en determinados períodos históricos de una sociedad¹²⁰. "Este derecho a la verdad, al ser reconocido y ejercido en una situación concreta, constituye un medio importante de reparación para la víctima y sus familiares y da lugar a una expectativa que el Estado debe satisfacer. Por otra parte, el conocer la verdad facilita la búsqueda de formas de prevenir este tipo de violaciones en el futuro"¹²¹

i. Calidad del estándar

El estándar nacional del derecho a la verdad tiene un nivel de desarrollo alto, esto debido a que se han desarrollado los pisos mínimos de los estándares interamericanos. En este sentido el desarrollo del derecho a la verdad a través del trabajo de las comisiones ha permitido vincularlo no solo con el acceso a la justicia sino también a otros derechos como el reparar las violaciones, debida diligencia y el derecho a la procuración de justicia por parte de las instancias de investigación.

e. Estándar de deber de motivar las resoluciones

i. Introducción al estándar

Este estándar se robustece en su contenido con las sentencias de los tribunales mexicanos y las recomendaciones de las comisiones de derechos humanos.

ii. Estándares comparados

El estándar nacional sobre el deber de motivar las resoluciones es la "garantía que obliga al juzgador a que expresen las razones de derecho y los motivos de hecho considerados para su dictado, es decir, que en el caso concreto se configuren las hipótesis normativas¹²². Asimismo, impide a las autoridades "la simple mención de una disposición legal que pudiera, aún en apariencia, determinar la existencia de un criterio jurídico aplicable"¹²³

120 Corte IDH. Caso García y Familiares vs Guatemala. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 noviembre de 2012 Serie C, No. 258, párrafo 176

121 Corte IDH. Caso Gómez Palomino vs Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C, No. 136, párrafo 78

122 Primera Sala de la SCJN. Novena Época. Fundamentación y motivación de las resoluciones jurisdiccionales, deben analizarse a la luz de los artículos 14 y 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, respectivamente. Apéndice 1917-Septiembre 2011. Tomo I. Constitucional 3. Derechos Fundamentales Primera Parte - SCJN Décima Tercera Sección - Fundamentación y motivación, pág. 1241.

123 Comisión Nacional de los Derechos Humanos. Recomendación No. 4/2013 Sobre el caso de la negativa de acceso al derecho de pensión por cesantía en edad avanzada en agravio de v1. México, D. F., a 31 de enero de 2013. Párrafo 53.

En tanto el estándar interamericano establece que “las decisiones que adopten los órganos internos deben estar debidamente motivadas y fundamentadas, pues de lo contrario serían decisiones arbitrarias, y deben exponer, los motivos en los cuales se fundan, teniendo en cuenta los alegatos y el acervo probatorio aportado”¹²⁴. Además constituye una garantía vinculada con la correcta administración de justicia¹²⁵.

iii. Calidad del estándar

El estándar nacional que hace parte del acceso a la justicia sobre el deber de motivar se clasifica como alto dado su nivel de desarrollo mediante las resoluciones de las comisiones de derechos humanos y los tribunales nacionales, que a través de su jurisprudencia han establecido el alcance y contenido de esta obligación, y han generado criterios específicos sobre este deber.

f. Estándar de presunción de inocencia

i. Introducción al estándar

El estándar de presunción de inocencia se ha nutrido por la jurisprudencia de los tribunales nacionales, la cual ha sido abundante en la materia, así como las resoluciones de las comisiones de derechos humanos que también han solicitado a instancias de investigación para que respeten este derecho.

ii. Estándares comparados

El estándar nacional de presunción de inocencia como elemento fundamental para el acceso a la justicia establece que ésta funge como una regla de trato procesal como el derecho de toda persona a ser tratado como inocente en tanto no se declare su culpabilidad¹²⁶. Como regla probatoria establece las características de los medios de prueba y quién debe aportarlos para considerar que existe prueba de cargo válida y destruir así el estatus de inocente¹²⁷, y

124 Corte IDH. Caso Escher y otros vs Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de julio de 2009. Serie C, No. 200, párrafo 139

125 Corte IDH. Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C, No. 182, párrafo 77

126 Primera Sala. Décima Época. Presunción de inocencia como regla de trato procesal. Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 5, abril de 2014, pág. 497.

127 Primera Sala. Décima Época. Presunción De Inocencia Como Regla Probatoria. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Libro XIX, abril de 2013, pág. 967

como regla de trato en su vertiente extraprocésal para guardar la actuación indebida de la policía que pretenda manipular la realidad¹²⁸. A su vez actúa como “estándar de prueba en el sentido que la prueba de cargo debe ser suficiente para condenar; o absolver al imputado cuando no se satisfaga dicho estándar para condenar”¹²⁹. Asimismo “obliga a toda autoridad a tenerlo presente al resolver un caso en el que se pretenda limitar el ejercicio de las libertades o derechos de las persona, por lo que se constituye en una referencia central en la información del desarrollo de los procesos”¹³⁰.

Por su parte el estándar interamericano establece que “exige que una persona no pueda ser condenada mientras no exista prueba plena de su responsabilidad penal. Si obra contra ella prueba incompleta o insuficiente, no es procedente condenarla, sino absolverla¹³¹ y constituye un fundamento de las garantías judiciales¹³²”.

iii. Calidad del estándar

El estándar de presunción de inocencia se califica como alto, en virtud del grado de especialización que le han concedido los tribunales nacionales y las obligaciones que en instancias de investigación han desarrollado las comisiones de derechos humanos. A esto hay que sumarle la referencia directa que realizan estos órganos de los estándares interamericanos para dar argumentos de poder a sus resoluciones.

g. Estándar de derecho a ser juzgado por un tribunal establecido con anterioridad por la ley, competente, independiente e imparcial

i. Introducción al estándar

Este estándar se encuentra reconocido por la jurisprudencia nacional y las recomendaciones de las comisiones de derechos humanos, las que lo han dotado de contenido en diversos niveles para su aplicación.

128 Primera Sala. Décima Época. Presunción de inocencia como regla de trato en su vertiente extraprocésal. Influencia de su violación en el proceso penal. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Libro XX, mayo de 2013, pág. 563

129 Primera Sala. Décima Época. Presunción de inocencia como estándar de prueba. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Libro XIX, abril de 2013, pág. 966.

130 Comisión Nacional de Derechos Humanos. Recomendación 72/2009. Caso del operativo realizado en el estado de Michoacán. México, D.F. 30 de octubre de 2009.

131 Corte IDH. Caso Cantoral Benavides vs Perú. Fondo. Sentencia de 18 de agosto de 2000. Serie C, No. 69, párrafo 120.

132 Corte IDH. Caso López Mendoza vs Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2011. Serie C, No. 233, párrafo 128.

ii. Estándares comparados

El estándar nacional en esta materia establece que "toda persona tiene derecho a ser oída con las debidas garantías dentro de un plazo razonable, por un Juez o tribunal competente, independiente e imparcial"¹³³. Por justicia imparcial ha de entenderse como "el deber que tienen los juzgadores de ser ajenos o extraños a los intereses de las partes en controversia y de dirigir y resolver el juicio sin favorecer indebidamente a ninguna de ellas"¹³⁴.

En tanto el estándar interamericano determina que "toda persona sujeta a juicio de cualquier naturaleza ante un órgano del Estado deberá contar con la garantía de que dicho órgano sea competente, independiente e imparcial y actúe en los términos del procedimiento legalmente previsto para el conocimiento y la resolución del caso que se le somete"¹³⁵. Además hace parte de este estándar la conclusión "que la justicia militar aplicada a civiles viola las normas de la Convención Americana sobre el derecho a un juez competente, independiente e imparcial"¹³⁶.

iii. Calidad del estándar

La calidad del estándar nacional oscila de bajo a medio. En cuanto a los elementos de independencia, imparcialidad y el ser establecido con anterioridad por la ley, es un estándar medio, ya que recoge los estándares interamericanos en el mismo sentido y aún no logra desarrollar elementos que permitan ampliar el estándar. Para el elemento de tribunal competente la calificación resulta que es de baja intensidad, ya que México aún no hace las reformas necesarios en ciertas temáticas como la jurisdicción militar.

133 Segunda Sala. Novena Época. Derechos humanos. La garantía judicial prevista en el artículo 8o., numeral 1, de la convención americana relativa, es concordante con las de audiencia y acceso a la justicia contenidas en los artículos 14 y 17 constitucionales. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Tomo XXVI, agosto de 2007, pág. 635.

134 Primera Sala. Décima Época. Imparcialidad. Contenido del principio previsto en el artículo 17 constitucional. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Libro V, febrero de 2012, pág. 460.

135 Corte IDH. Caso del Tribunal Constitucional vs Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C, No. 71, párrafo 77

136 Corte IDH. Caso Cantoral Benavides vs Perú. Fondo. Sentencia de 18 de agosto de 2000. Serie C, No. 69, párrafo 139

h. Estándar de derecho a contar con un traductor o intérprete en el acceso a la justicia

i. Introducción al estándar

El estándar nacional sobre traductor o intérprete ha sido desarrollado por los tribunales a través de su jurisprudencia. A su vez, se nutre de política pública sectorial¹³⁷. Así como del Padrón Nacional de Intérpretes y Traductores en Lenguas Indígenas¹³⁸ que lleva el Instituto Nacional de Lenguas Indígenas que busca capacitar y formar intérpretes o traductores para garantizar el acceso a la justicia para los Pueblos y Comunidades Indígenas de México.

ii. Estándares comparados

El estándar nacional determina que los pueblos y las comunidades indígenas tienen “el derecho a ser asistidos por intérpretes y defensores que tengan conocimiento de su lengua y cultura, lo cual constituye un mecanismo óptimo para el pleno acceso a la justicia”.¹³⁹ Es deber de “la autoridad ministerial o judicial que conozca del caso constatar que el intérprete efectivamente conoce la lengua y cultura del imputado”¹⁴⁰. El estándar nacional se extiende a personas con discapacidad “cuando en un proceso penal se advierta que el inculcado padece una discapacidad física (afonía), la autoridad ante la cual comparezca debe considerar que requiere de un lenguaje especial de señas y gestos; por lo que el Juez debe designarle un traductor o intérprete de lengua de señas mexicanas que habrá de ser imparcial y no tener algún tipo de relación con las partes”¹⁴¹. A su vez, cuando se trate de migrantes es necesario “se les nombre, de oficio, un traductor o intérprete que tenga conocimiento de su idioma para facilitar la comunicación, cuando aquél, independientemente de su situación migratoria, no hable o no entienda el idioma español”¹⁴².

137 Ley General de Derechos Lingüísticos de los Pueblos Indígenas. Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 13 de marzo de 2003. Última reforma publicada DOF 17-12-2015.

138 Instituto Nacional de Lenguas Indígenas. Padrón Nacional de Intérpretes y Traductores en Lenguas Indígenas.

139 Primera Sala. Décima Época. Personas indígenas. Interpretación del derecho fundamental de ser asistidos por intérpretes y defensores que tengan conocimiento de su lengua y cultura. Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 1, diciembre de 2013, pág. 283.

140 Primera Sala. Décima Época. Personas indígenas. Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 1, diciembre de 2013, pág. 285.

141 Tribunales Colegiados de Circuito. Décima Época. Inculcado con discapacidad física (afonía). Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Libro IX, junio de 2012, pág. 875.

142 Tribunales Colegiados de Circuito. Décima Época. Trabajadores extranjeros. Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 19, junio de 2015, tomo III, página 2468.

Por su parte el estándar interamericano establece que “para garantizar el acceso a la justicia de las víctimas, el Estado debe asegurar que aquellas puedan comprender y hacerse comprender en los procedimientos legales iniciados, facilitándoles intérpretes u otros medios eficaces para tal fin”¹⁴³. La imposibilidad de denunciar y recibir información en su idioma en los momentos iniciales implicó un trato que no tomó en cuenta la situación de vulnerabilidad basada en su idioma y etnicidad, implicando un menoscabo de hecho injustificado en su derecho de acceder a la justicia¹⁴⁴.

iii. Calidad del estándar

La calidad del estándar es alto en el sentido que la garantía de contar con un intérprete o traductor se ha extendido por los tribunales mexicanos hacia otros grupos vulnerables, como las personas con discapacidad y los migrantes, que por su situación particular podrían necesitar de esta garantía para cumplir su derecho de acceso a la justicia.

i. Estándar de garantía de no autoinculpación en el acceso a la justicia

i. Introducción al estándar

El estándar nacional sobre la garantía de no autoinculpación se ha desarrollado a través de la actuación de los tribunales nacionales y las recomendaciones de las comisiones de derechos humanos a funcionarios públicos por la comisión de actos de tortura para conseguir la autoincriminación¹⁴⁵.

ii. Estándares comparados

El estándar nacional determina que “este derecho no solo comporta el derecho a guardar silencio, sino también una prohibición dirigida a las autoridades de obtener evidencia autoincriminatoria producida por el propio inculpaado a través de coacción o engaño”¹⁴⁶. Las garantías que contempla el estándar respecto a que la persona no puede ser obligada son: “(i) autoinculparse

143 Corte IDH. Caso Tiu Tojín vs Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2008. Serie C, No. 190, párrafo 100

144 Corte IDH. Caso Rosendo Cantú y otra vs México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C, No. 216, párrafo 185

145 Comisión Nacional de los Derechos Humanos. Recomendación No. 33 / 2015. Sobre el caso de la detención arbitraria, retención ilegal y tortura en agravio de V1, V2, V3 y V4 en Baja California. México, D.F., a 7 de octubre 2015.

146 Primera Sala de la SCJN. Décima Época. Tesis: Aislada. Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 26, enero de 2016, tomo II. Tesis: 1a. I/2016 (10a.). Derecho a la no autoincriminación. Pág.579

(ii) defenderse y declarar en su favor en tanto lo considere necesario para el ejercicio de su defensa. E implica la prohibición de realizar inferencias negativas a partir del silencio¹⁴⁷, es decir, "en ningún caso el juez podrá ponderar en su menoscabo hechos que no hubiera declarado"¹⁴⁸.

Por su parte el estándar interamericano establece que cuando las víctimas son sometidas a tortura por parte de agentes estatales se afecta el derecho a la integridad personal, así como sus garantías judiciales básicas, todo con el propósito de doblegar su resistencia psíquica y obligarlas a autoinculparse por determinadas conductas delictivas¹⁴⁹.

iii. Calidad del estándar

La determinación de la calidad del estándar sobre no autoinculpación se encuentra clasificada en un nivel alto pues establece un mayor grado de especificidades que el estándar interamericano.

j. Estándar al plazo razonable en el acceso a la justicia

i. Introducción al estándar

Este estándar se encuentra reconocido por la jurisprudencia nacional y las recomendaciones de las comisiones de derechos humanos que han aplicado este contenido a las instancias de investigación.

ii. Estándares comparados

El estándar nacional de plazo razonable instituye que "la impartición de justicia debe darse en los plazos y términos que fijen las leyes, responde a la exigencia razonable de ejercer la acción en lapsos determinados".¹⁵⁰ La obligación de "justicia pronta, se traduce en la obligación de las autoridades encargadas de su impartición de resolver las controversias ante ellas

147 Primera Sala de la SCJN. Décima Época. Tesis Aislada. Semanario Judicial de la Federación. 1a. I/2016 (10a.). Derecho a la no autoincriminación..

148 Tribunales Colegiados de Circuito. Novena Época. Garantía de no autoincriminación. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XXVII, abril de 2008, pág. 2371.

149 Corte IDH. Caso Tibi vs Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C, No. 114, párrafo 198

150 Primera Sala. Décima Época. acceso a la justicia. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Libro XI, agosto de 2012, pág. 62.

planteadas, dentro de los términos y plazos que establezcan las leyes¹⁵¹. Y solo bajo ciertas condiciones podrá justificarse la retardación, éstas son: “a) La complejidad del asunto. b) La actividad procedimental de los interesados. c) La conducta de las autoridades investigadoras, principalmente de la Policía Judicial, científica, investigadora o Ministerial. d) La afectación que genera el procedimiento en la situación jurídica del probable responsable, la víctima o el ofendido¹⁵².”

Por su parte el estándar interamericano determina que “el derecho de acceso a la justicia no se agota con el trámite formal de procesos internos, sino que éste debe además asegurar, en tiempo razonable, el derecho de las presuntas víctimas o sus familiares a que se haga todo lo necesario para conocer la verdad de lo sucedido y para que se sancione a los eventuales responsables. Es preciso tomar en cuenta tres elementos para determinar la razonabilidad del plazo en el que se desarrolla un proceso: a) complejidad del asunto, b) actividad procesal del interesado y c) conducta de las autoridades judiciales¹²³.”

iii. Calidad del estándar

El estándar nacional de plazo razonable se puede clasificar de intensidad media, en tanto sigue los estándares del modelo interamericano, pero no se encuentran desarrollados, ni por la jurisprudencia nacional ni por las recomendaciones de las comisiones de derechos humanos.

k. Estándar de derecho a ser asistido por un defensor de su elección o por un defensor proporcionado por el Estado

i. Introducción al estándar

Este estándar se previsto por la jurisprudencia nacional en los mismos términos que aparecen en los estándares interamericanos.

ii. Estándares comparados

El estándar nacional del derecho a ser asistido por un defensor de su elección o por uno proporcionado por el Estado establece que es la “forma de garantizar el derecho humano de defensa adecuada, por lo que debe ser asistido jurídicamente, en todas las etapas procedimentales

151 Segunda Sala. Novena Época. acceso a la impartición de justicia. Tomo XXVI, octubre de 2007, pág. 209.

152 Comisión Nacional de Derecho Humanos. Recomendación general número 16. Sobre el plazo para resolver una averiguación previa. México, D. F., 21 de mayo de 2009

en las que intervenga”¹⁵³. En este sentido se destaca que “justicia gratuita, estriba en que los órganos del Estado encargados de su impartición, así como los servidores públicos a quienes se les encomienda dicha función, no cobrarán a las partes en conflicto emolumento alguno por la prestación de ese servicio público”¹⁵⁴.

El estándar interamericano establece que “la defensa suministrada por el Estado debe ser efectiva, para lo cual el Estado debe adoptar todas las medidas adecuadas. Impedir contar con la asistencia de su abogado defensor es limitar severamente el derecho a la defensa, lo que ocasiona desequilibrio procesal y deja al individuo sin tutela frente al ejercicio del poder punitivo”¹⁵⁵.

iii. Calidad del estándar

El estándar nacional de proporcionar defensor de oficio o la garantía de escoger a su defensor se puede clasificar de intensidad media. Presenta los mismos elementos que los estándares del modelo interamericano, pero no logran ser desarrollados por la jurisprudencia nacional de forma que esos pisos mínimos sean extendidos para garantizar mayor protección.

I. Estándar procuración de justicia/ debida diligencia en las investigaciones

i. Introducción al estándar

El estándar de procuración de justicia/debida diligencia en las investigaciones encuentra su fuente en las recomendaciones de las comisiones de derechos humanos a nivel nacional.

ii. Estándares comparados

El estándar nacional prevé que “el trabajo de investigación del delito en la averiguación previa constituye una etapa medular en la fase de procuración de justicia”¹⁵⁶. En tal sentido, “La

153 Primera Sala de la SCJN. Décima Época. Defensa adecuada en materia penal. Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 18, mayo de 2015, tomo I. página 240.

154 Segunda Sala. Novena Época. acceso a la impartición de justicia. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XXVI, octubre de 2007, pág. 209

155 Corte IDH. Caso Cabrera García y Montiel Flores vs México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C, No. 220, párrafo 155

156 Comisión Nacional de Derecho Humanos. Recomendación no. 55 /2015. Sobre el caso de violación al derecho de acceso a la justicia en su modalidad de procuración de justicia, en agravio de v1, v2 y v3. México, D. F., a 30 de diciembre de

violación al derecho humano de acceso a la justicia se materializó al ser inadecuada la averiguación ya que los servidores públicos encargados de la investigación y persecución del delito no actuaron con la debida diligencia, omitieron realizar las acciones pertinentes para la adecuada integración de las indagatorias y no otorgaron el reconocimiento y la atención adecuada a las víctimas, familiares de la agraviada y víctimas indirectas en el ilícito¹⁵⁷. Las autoridades “deben cumplir las diligencias mínimas para:... f) garantizar el acceso a la justicia a las víctimas del delito mediante la eliminación de la práctica de elaborar actas circunstanciadas en lugar de averiguaciones previas, g) evitar enviar al archivo o a la reserva las averiguaciones previas si no se han agotado las líneas de investigación y h) propiciar una mayor elaboración de investigación por parte de los elementos de la policía que tengan a su cargo esa función¹⁵⁸”.

En esta misma línea el estándar interamericano establece que “la falta de celeridad en la investigación y la negligencia de las autoridades judiciales en realizar una investigación seria y exhaustiva de los hechos que conduzca a su esclarecimiento y al enjuiciamiento de los responsables, constituye una grave falta al deber de investigar y de ofrecer un recurso efectivo que establezca la verdad de los hechos, juzgue y sancione a sus responsables y garantice el acceso a la justicia para los familiares con plena observancia de las garantías judiciales¹⁵⁹”.

iii. Calidad del estándar

Pese a que se trata de un estándar que ha sido desarrollado en sede administrativa y para órganos de investigación, se puede clasificar como alto, en tanto no solo recoge los estándares interamericanos sino que además desarrolla elementos específicos que permiten a las víctimas contar con una serie de prerrogativas que pueden ser exigibles antes estas instancias para la consecución de una investigación que permita determinar la verdad de las violaciones a los derechos, dar con los responsables y reparar los daños

2015. Párrafo 57.

157 Comisión Nacional de Derecho Humanos. Recomendación no. 36/2014. México, D.F., a 28 de agosto de 2014.

158 Comisión Nacional de Derecho Humanos. Recomendación general número 16. Sobre el plazo para resolver una averiguación previa. México, D. F., 21 de mayo de 2009.

159 Corte IDH. Caso Servellón García y otros vs Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de septiembre de 2006. Serie C, No. 152, párrafo 153

m. Estándar tutela judicial efectiva en el cumplimiento de los fallos

i. Introducción al estándar

El estándar de tutela judicial efectiva en el cumplimiento de los fallos se encuentra reconocido en las sentencias de los tribunales nacionales.

ii. Estándares comparados

El estándar nacional determina que "el derecho a la tutela jurisdiccional comprende el que tienen todos los ciudadanos a obtener de los juzgados y tribunales la adopción de las medidas que resulten imprescindibles para que los pronunciamientos judiciales inobservados o incumplidos por quienes estén obligados por ellos puedan ser ejecutados, y tiene las siguientes características: 1. Es un derecho de configuración legal; 2. Comprende, en principio, el derecho a la ejecución del pronunciamiento judicial en sus propios términos pues, en caso contrario, las decisiones judiciales y los derechos que en éstas reconozcan o declaren, no serían otra cosa que meras declaraciones de intenciones sin alcance práctico ni efectividad alguna; 3. Impone a los órganos judiciales la adopción de todas las medidas necesarias para promover el curso normal de la ejecución; y, 4. La determinación del sentido del fallo y las medidas a adoptar para su ejecución corresponden en exclusiva a los tribunales ordinarios competentes para la ejecución"¹⁶⁰.

Por su parte el estándar interamericano determina que "el hecho de que una sentencia se encuentre en etapa de ejecución no excluye una posible violación al derecho a un recurso efectivo. Si bien es cierto que en la ejecución de sentencia se tienen que realizar determinaciones para dar cumplimiento a lo ordenado y emitir esas resoluciones, ello no es una justificación razonable ante un retraso"¹⁶¹.

iii. Calidad del estándar

Se trata de un estándar de intensidad medio pues si bien reconoce los estándares del sistema interamericano lo hace de forma parcial pues no desarrolla otro de los estándares como las posibles violaciones derivadas del incumplimiento o la falta de ejecución de las sentencias.

160 Tribunales Colegiados de Circuito. Derecho fundamental de ejecución de sentencia previsto en el artículo 17 de la constitución federal. Definición y alcance. Décima Época. Semanario Judicial de la Federación

161 Corte IDH. Caso Acevedo Jaramillo y otros vs Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de febrero de 2006. Serie C, No. 144, párrafo 269

n. Estándar deber de reparación

i. Introducción al estándar

El deber de reparar las violaciones de derechos humanos se nutre de diversas fuentes, por un lado las Comisiones de derechos humanos, las interpretaciones de los tribunales nacionales y de un marco normativo aprobado para tal fin.

ii. Estándares comparados

El estándar nacional ha determinado que “las víctimas de violaciones a los derechos humanos o sus familiares tienen derecho a la reparación del daño sufrido, la cual debe concretarse a través de medidas individuales tendientes a restituir, indemnizar y rehabilitar a la víctima, así como de medidas de satisfacción de alcance general y garantías de no repetición, mediante los procedimientos previstos legalmente para estos efectos”¹⁶². La obligación de reparar a las víctimas cuando se ha concluido que existe una violación a los derechos humanos de aquéllas es una de las fases imprescindibles en el acceso a la justicia¹⁶³.

Mientras el estándar interamericano plantea que “la obligación de reparar los daños es un deber jurídico propio del Estado que no debe depender exclusivamente de la actividad procesal de las víctimas”¹⁶⁴ y según “el artículo 63.1 de la Convención Americana, cuando se decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos se dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados y se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada”¹⁶⁵.

162 Comisión de Derecho Humanos del Distrito Federal. Recomendación 1/2015 Omisión de garantizar el acceso a la justicia a Jesús Romero Colín. México, D.F., a 28 de abril de 2015. Pág..46

163 Primera Sala de la SCJN. Décima Época. acceso a la justicia. Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 24, noviembre de 2015, pág. 949.

164 Corte IDH. Caso Goiburú y otros vs Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2006. Serie C, No. 153, párrafo 122

165 Corte IDH. Caso López Álvarez vs Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C, No. 141, párrafo 179

iii. Calidad del estándar

Se trata de un estándar cuyo contenido y nivel de especificidad permite clasificarlo como de alta intensidad, pues México cuenta con un sistema de reparaciones a víctimas de violaciones a derechos humanos, con normativa que reconoce la institucionalidad necesario para eso y con jurisprudencia de tribunales que reconocen ese deber estatal.

Conclusiones

Después del análisis realizado se pueden obtener varias reflexiones finales que pueden señalar conclusiones preliminares y nuevas temáticas de investigación y debate. Se debe advertir que los alcances del debate sobre la justicia en México ha abierto temáticas conceptuales que merecen una amplia agenda y que merecerán estudios posteriores.

1. La creación de los estándares nacionales y su referencia al modelo interamericano requiere de mecanismos de incorporación de principios del derecho internacional de los derechos humanos en el ámbito local. En el caso mexicano han sido decisivos dos factores en el acceso a la justicia. Por una parte, el debate social y político sobre el Poder Judicial y derechos fundamentales desde hace más de una década, que incentivó la perspectiva de la agenda social en el tiempo mexicano y su relación estrecha con el acceso a la Justicia, permitió la creación de espacios sociales y políticos donde se considerara la necesidad de los estándares internacionales por su mayor salvaguarda en las necesidades nacionales. En segundo lugar, una Reforma Constitucional de Derechos Humanos (2011) que estableció el reconocimiento de los tratados internacionales de derechos humanos y la interpretación conforme para lograr incorporar los estándares de derechos humanos del modelo interamericano. Sin embargo, el instrumento que ha posibilitado la inclusión de los estándares interamericanos en México es el control de convencionalidad cuyo desarrollo jurisprudencial ha permitido la creación de un robusto corpus teórico, donde se han ampliado contenidos de derechos humanos así como el desarrollo de modelos argumentativos. En esta línea se inscribe la labor de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, desde 2010, con diversos pronunciamientos que lograron establecer, entre otras, la obligatoriedad de las sentencias de la Corte Interamericana y sus principios. Los estándares pues, comenzaron a formar parte de la geografía jurídica mexicana para integrar el parámetro de control de regularidad constitucional. De esta manera, la Suprema Corte de Justicia de México ha logrado crear una nueva narrativa de derechos humanos donde los estándares interamericanos son evidentes y necesarios.

2. Los mecanismos de incorporación y aplicación de los estándares interamericanos que ha diseñado México, han permitido que los administradores de justicia, los ombudsmen y los analistas de políticas públicas tengan la posibilidad de utilizarlos, y así se pueda extender la protección de las personas dentro de la jurisdicción del Estado. Lo anterior ha permitido establecer amplios debates sobre la efectividad de los derechos humanos y su necesaria vinculación con modelos efectivos de financiamiento público.

3. La noción de acervo nacional y latinoamericano ha abierto en México una ambiciosa línea de investigación sobre la tensión entre el sistema internacional de derechos humanos y el ámbito doméstico. Sin embargo, un aspecto fundamental es reconocer que el Acervo constituye una noción amplia y que establece el desafío de crear una metodología para construir los estándares nacionales. Dicho de otra manera, el Acervo interamericano sobre acceso a la justicia sirve de guía para la creación de los nuevos acervos nacionales, pero éstos requieren de una metodología y análisis específicos para identificar sus contenidos.

4. En México, la creación de los estándares nacionales sobre acceso a la Justicia han seguido en la mayoría de las veces el sistema interamericano, pero incluso en algunos casos, los estándares mexicanos han sido más amplios y específicos. Esto debido a que en la investigación presentada se incluyeron elementos de organismos autónomos de derechos humanos y especialmente, de políticas públicas, generales y sectoriales de derechos humanos. De esta manera se siguió la impronta del modelo interamericano de incluir en la creación de los estándares de derechos humanos, no tan solo sentencias de la Corte Interamericana, sino otros, tales como Informes Temáticos, Informes de País y otros elementos de derecho comparado.

5. De los 22 estándares evaluados que corresponden al contenido y alcance del acceso a la justicia en México, 14 de ellos presentan un desarrollo alto; 7 un desarrollo medio, y 1 un desarrollo bajo. Aquellos estándares que presentan grado alto de desarrollo son los asociados en su mayoría con el ámbito personal del acceso a la justicia que comprende la determinación de los sujetos, en especial de los grupos vulnerables, y los derechos antes de iniciar el procedimiento. Se advierte una tendencia, en México se impulsan esfuerzos importantes para garantizar el acceso a la justicia en condiciones de igualdad a estos grupos; sin embargo aún está pendiente determinar acciones para los grupos de la diversidad sexual el cual presenta un estándar bajo. De la misma forma, el sistema institucional está desarrollando ciertas garantías con las que se cuenta antes de iniciar un procedimiento que instruyen al juez, y a las autoridades que realicen la investigación de acuerdo a los estándares de derechos humanos.

6. Por otra parte, los estándares de desarrollo medio corresponden en su mayoría a estándares que deben garantizarse durante el proceso y la ejecución de las resoluciones. Las razones de este desarrollo pudieran estar asociadas en alguna medida a las características del proceso penal que hasta hace unos meses aún era inquisitivo y que después de la Reforma Penal de 2008, gradualmente tiende a un modelo acusatorio adversarial en los 32 estados de México. Con el cambio de procedimiento a juicios orales bajo un sistema acusatorio, los estándares podrían ir avanzando hasta lograr una mayor aplicación e interpretación, así como la incorporación de otros estándares como la oralidad.

Tipología de Estándares

Alto

1. Igualdad y no discriminación en el acceso a la justicia
2. Acceso a la justicia de víctimas y familiares de las víctimas
3. Acceso a la justicia para niños, niñas y adolescentes
4. Acceso a la justicia para los pueblos indígenas
5. Acceso a la justicia para las mujeres
6. Asistencia consular en el acceso a la justicia
7. Recurso judicial efectivo en el acceso a la justicia
8. Derecho a la verdad en el acceso a la justicia
9. Deber de motivar las resoluciones
10. Presunción de inocencia
11. Derecho a contar con un traductor o intérprete en el acceso a la justicia
12. No autoinculpación
13. Procuración de justicia/ debida diligencia en las investigaciones
14. Deber de reparar

Medio

1. Accesos a la justicia para los migrantes
2. Acceso a la justicia para personas con discapacidad
3. Derecho a ser oído en el acceso a la justicia
4. Derecho a ser juzgado por un tribunal establecido con anterioridad por la ley, competente, independiente e imparcial
5. Plazo razonable
6. Derecho ser asistido por un defensor de su elección o por un defensor proporcionado por el Estado
7. Tutela judicial efectiva en el cumplimiento de los fallos

Bajo

1. Acceso a la justicia para los grupos de diversidad sexual

Análisis Multinivel del acceso a la Justicia. Los estándares mínimos de protección a través de una perspectiva Nacional e Interamericana

Investigador Principal: *Dr. Profesor Eduardo Gabriel Osorio Sánchez*^{1*}

Co Investigador: *Profesor Javier Andrés Perozo Hernández*^{2**}

Resumen: el acceso a la Justicia en Colombia tiene un contenido múltiple y amplio que ha sido desarrollado tanto a nivel nacional por la Corte Constitucional como a nivel interamericano por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, del cual se pueden identificar una serie de condiciones mínimas que deben orientar su desarrollo legislativo y gubernamental.

La presente investigación, a través de un análisis constitucional multinivel, determina los elementos configuradores del derecho de acceso a la Justicia y con base en ellos, delimita los estándares de protección que deben ser respetados, garantizados y promocionados por el Estado para lograr su aplicación efectiva, con el fin de contribuir a la construcción de un acervo regional en materia de acceso a la Justicia.

1. Introducción

El acceso a la Justicia en Colombia se presenta como una institución jurídica compleja que se estructura como un derecho-garantía, de la cual se pueden determinar unos estándares para su protección, a partir de su análisis constitucional multinivel. De esta manera, se posibilita que el legislador dentro de sus facultades de configuración legislativa y el Estado, a través de políticas públicas, puedan desarrollar de manera efectiva el contenido del mismo.

1 * Abogado, Esp. En Derecho Administrativo, Magister y Doctor en Derecho Público por la Universidad Autónoma de Barcelona, Profesor de la Universidad Francisco de Paula Santander (Colombia), Investigador del Grupo de Investigación Jurídico, Comercial y Fronterizo de la misma universidad. Email: eduardogabrielos@ufps.edu.co - edoso20@hotmail.com

2 ** Abogado, Esp. En Derecho Contencioso Administrativo y Candidato a Magister en Derecho Administrativo de la Universidad Externado de Colombia. Profesor Investigador del Grupo de Investigación Jurídico, Comercial y Fronterizo de la Universidad Francisco de Paula Santander. Email: javierandresph@ufps.edu.co
Auxiliares de investigación: María Alejandra Jaimés Velasco, Karen Bibiana Mora Villán, Ricardo Rojas Torres, Claudia Toscano García.

La presente investigación tuvo como objetivo general determinar cuáles son los estándares que deben orientar el desarrollo legislativo y gubernamental del derecho de acceso a la Justicia, por medio de una metodología de trabajo basada en el estudio y análisis de este derecho desde una perspectiva institucionalista-garantista-multinivel, encaminada a construir el Marco Constitucional del Derecho del acceso a la Justicia desde la Constitución de Colombia de 1991, utilizando para ello los lineamientos jurisprudenciales de la Corte Constitucional y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, complementándose con la jurisprudencia del Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia y con la normativa de desarrollo frente al acceso a la Justicia.

De este modo, a lo largo de esta investigación se identificaron los estándares mínimos de protección del derecho de acceso a la Justicia, los cuales fueron delimitados a partir de los Elementos Configuradores de este derecho, con base en el estudio y análisis de los lineamientos jurisprudenciales de la Corte Constitucional y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de los cuales se identificó y se extrajo la interpretación que dichos tribunales han dado al Derecho de acceso a la Justicia, para determinar cómo se ha materializado el contenido múltiple del mismo.

Igualmente, dichos estándares fueron objeto de análisis con base en la jurisprudencia de las altas Cortes colombianas, para determinar cómo se materializó el contenido del derecho de acceso a la Justicia frente a los conflictos suscitados en los casos concretos (estudio de casos), así como para evidenciar cuál es la relación entre el contenido de este derecho y el desarrollo de las políticas públicas que actualmente existen en Colombia para lograr su aplicación efectiva.

2. Los Elementos Configuradores del acceso a la Justicia

Teniendo presente la metodología diseñada para el proyecto de investigación, orientado en el análisis del acceso a la Justicia desde una perspectiva institucionalista-garantista-multinivel, en el presente apartado se analizará dicha institución jurídica³ a partir de los elementos que la configuran, con el propósito de entender el sentido y el significado concreto del acceso a la Justicia dentro del contexto constitucional colombiano⁴, el cual en todo caso, no puede ir

3 Romano, Santi (1963). *El ordenamiento jurídico*. Instituto de Estudios Políticos, Madrid.

4 Freixes Sanjuán, Teresa (1998). "La Constitución y el sistema de derechos fundamentales y libertades públicas", en Álvarez Conde, E. *Administraciones públicas y Constitución. Reflexiones sobre el XX aniversario de la Constitución española de 1978*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, pp. 150 y ss. Y Freixes Sanjuán, Teresa y Remotti Carbonell, José Carlos. (1992), "La configuración constitucional de la seguridad ciudadana" en *La ley de seguridad ciudadana. Anuario del Departament de Ciència Política y Dret Públic*. Barcelona. Pp.18-19.

desligado del estudio y análisis de la Convención Americana de Derechos Humanos –en adelante CADH o Convención Americana- que por disposición del artículo 93 de la Constitución de 1991 se integra normativa e interpretativamente al ordenamiento constitucional, siendo necesario además tener en cuenta los lineamientos jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos –en adelante Corte IDH o Corte Interamericana-.

Sea lo primero precisar, desde este momento y para efectos de evitar confusiones conceptuales a lo largo del presente documento, que la Constitución de 1991 positiviza en su artículo 229 el derecho de Acceder a la Administración de Justicia y no el derecho de acceso a la Justicia, lo que no ha sido obstáculo para que la Corte Constitucional Colombiana a través de sus lineamientos jurisprudenciales haya venido entendiendo que equivalen a un mismo derecho, sin hacer distinción entre uno y otro⁵, por lo que la construcción del marco constitucional multinivel que se realizará en el presente apartado obedecerá a dicho desarrollo jurisprudencial, que en todo caso como se podrá observar, guarda una estrecha relación con el estándar interamericano que sobre el derecho de acceso a la Justicia ha construido la Corte IDH al interpretar la Convención Americana.

Efectuadas las anteriores precisiones, en primer lugar se debe resaltar que la estructura del derecho de acceso a la Justicia se configura por un lado, bajo un orden objetivo de valores, como parte esencial del Estado Social y Democrático de Derecho, como lo son el de asegurar la justicia, la igualdad, la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo, la garantía del respeto a la dignidad humana y la protección de las personas en su vida honra y bienes⁶. Por otro lado, el acceso a la justicia también guarda una estructura como derecho subjetivo⁷, a pesar que precisa de desarrollo legal para su efectividad⁸, en el cual se establezca el diseño, condiciones de acceso, etapas, características, formas, plazos, términos y requisitos para su ejercicio⁹, puesto que así lo ha determinado la jurisprudencia de la Corte Constitucional cuando se señala que el acceso a la justicia posee una doble connotación jurídica, ya que además

5 Este tratamiento jurisprudencial se puede ver reflejado en los siguientes pronunciamientos de la Corte Constitucional donde indistintamente se refieren al Derecho de acceso a la Justicia y al de acceso a la Administración de Justicia: Corte Constitucional, 25 de abril de 1995, sentencia C-179; Corte Constitucional, 18 de junio de 1996, sentencia T-268; Corte Constitucional 17 de abril del 2013, sentencia C-222; Corte Constitucional, 15 de mayo del 2013, sentencia C-279; Corte Constitucional, 25 de noviembre de 1993, sentencia C-544.

6 Ver Corte Constitucional, 29 de mayo 2002, sentencia C-426, considerando No. 6.2 y Corte Constitucional, 15 de mayo del 2008, sentencia C-483, considerando No. 3.

7 Corte Constitucional, 13 de mayo de 1994, sentencia T-231, considerando No. 4.4.

8 Ver Corte Constitucional, 15 de mayo del 2013, sentencia C-279, considerandos No. 3.4.3.1 y 3.4.3.3 7.

9 Ver Corte Constitucional, 15 de mayo del 2008, sentencia C-483, considerando No. 3.6.7.

se estructura como un derecho subjetivo de aplicación inmediata¹⁰ en tanto se encuentra ligado con el núcleo esencial del derecho fundamental al debido proceso¹¹.

En cuanto a la titularidad, se tiene que el acceso a la Justicia es un derecho de todas las personas, las cuales deben tener la posibilidad de hacerlo efectivo, sin que puedan imponerse obstáculos de ninguna clase que les impidan hacer uso de los recursos para la protección de sus derechos, puesto que cualquier impedimento para el acceso a los recursos judiciales constituye una violación a la Convención Americana¹², tal y como ha tenido oportunidad de señalarlo en su jurisprudencia la Corte Interamericana y ha sido reseñado por la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

Al respecto, la Corte Constitucional ha manifestado reiteradamente que todas las personas en Colombia pueden acudir en condiciones de igualdad ante los jueces “(...) para propugnar por la integridad del orden jurídico y por la debida protección o el restablecimiento de sus derechos e intereses legítimos”¹³, resaltando en la revisión constitucional de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia, que el acceso a la Justicia incluye a las personas jurídicas así como a los extranjeros.

De esta manera se evidencia que este derecho debe estar al alcance de todas las personas, sin que ello implique desconocer las exigencias procesales para ser parte dentro de un proceso, las cuales no hacen nugatorio el derecho de acceso a la justicia, sino que garantiza su efectividad en igualdad de condiciones.

Por otro lado, en relación con la función del acceso a la justicia, se tiene que este derecho se encuentra enmarcado dentro de una función prestacional¹⁴, la cual se desprende de las obligaciones que tienen los Estados parte de la CADH a partir de su artículo 25 en concordancia con los artículos 1.1 y 2, tendientes a la protección judicial de todas las personas frente a los actos que vulneren sus derechos fundamentales reconocidos por la Convención, la Constitución o la Ley, por medio de la existencia en el orden interno de un recurso sencillo, rápido y efectivo, implicando que los Estados parte deben: (I) Garantizar que la autoridad competente

10 Ver Corte Constitucional, 15 de mayo del 2008, sentencia C-483, considerando No. 3; Corte Constitucional, 14 de marzo del 2007, sentencia C-183, Considerando; Corte Constitucional, 15 de mayo del 2013, sentencia C-279, considerando No. 3.4.1.2

11 El derecho fundamental al debido proceso se encuentra contenido dentro del artículo 85 de la Constitución colombiana de 1991, el cual se encarga de enumerar los derechos de aplicación inmediata.

12 Corte IDH, *Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros vs Trinidad y Tobago (Fondo, Reparaciones y Costas)*, sentencia de 21 de junio de 2002, párr. 151.

13 Corte Constitucional, 16 de mayo de 2013, sentencia T-283, considerando No 2.4.2.

14 Ver Freixes Sanjuán, Teresa, 1998.

decida sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso; (II) Desarrollar las posibilidades del recurso judicial y (III) Garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de todas las decisiones en las que se haya estimado como procedente el recurso. La anterior obligación conlleva que por mandato convencional y constitucional los poderes públicos deben prestar u ofrecer el acceso a la justicia, asegurándose a los asociados, la pronta y cumplida administración de los propósitos que inspiran la Constitución en materia de justicia, tal y como ha sido señalado por la jurisprudencia de la Corte Constitucional¹⁵.

Igualmente, se pudo establecer que el derecho de acceso a la Justicia tiene una función que configura pretensiones de las personas frente a los poderes públicos y a los particulares, puesto que permite a sus titulares contar con la facultad de materializar sus pretensiones particulares o generales como miembros de la sociedad, por medio de canales democráticos y pacíficos, los cuales deben ser asegurados por el Estado colombiano que es el responsable de asegurar la debida aplicación y garantía de los recursos efectivos ante las autoridades competentes, con el objetivo de lograr la protección en contra de los actos que vulneren los derechos fundamentales o de determinar los derechos y obligaciones de todas las personas bajo su jurisdicción¹⁶. En consecuencia el Estado adquiere el deber de "(i) facilitar las condiciones para el disfrute del derecho y (ii) hacer efectivo el goce del derecho.

Facilitar el derecho a la administración de justicia conlleva la adopción de normas y medidas que garanticen que todas las personas, sin distinción, tengan la posibilidad de ser parte en un proceso y de utilizar los instrumentos que la normativa proporciona para formular sus pretensiones¹⁷.

Frente al contenido del derecho de acceso a la Justicia en cuanto elemento configurador del mismo, es necesario resaltar que éste clarifica lo que es en sí el derecho, constituyéndose en ese elemento sin el cual el mismo pierde su objeto, por lo que su identificación se erige como un requisito sin el cual no se podría llegar a la correcta interpretación de la institución jurídica bajo estudio, razón por la cual el desarrollo legal del ejercicio del derecho siempre estará limitado respecto de su contenido¹⁸.

15 Ver Corte Constitucional, 16 de mayo 2013, sentencia T-283 del 2013, considerando No. 2.4.1.

16 Ver Corte IDH, *Caso Suárez Rosero vs Ecuador (Fondo)*, sentencia de 12 de noviembre de 1997, párr. 65; Corte IDH, *Caso Rosendo Cantú y otra vs México (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas)*, sentencia de 31 de agosto de 2010, párr. 166 y Corte IDH, *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs México*, párr. 142.

17 Corte Constitucional, 16 de mayo 2013, sentencia T-283, considerando No. 2.4.2

18 Freixes Sanjuán, Teresa, 1998.

El derecho de acceso a la Justicia posee un contenido múltiple y complejo¹⁹ puesto que no se agota simplemente con garantizar que la persona pueda realizar la solicitud procesal en busca de la declaración o protección de algún derecho ante las respectivas instancias judiciales, sino que el mismo comprende tres etapas: (i) Etapa formal: la garantía de accesibilidad a un recurso judicial; (ii) Etapa procesal: la garantía de que ese recurso cuente con un procedimiento adecuado y efectivo; (iii) y finalmente la etapa material: que dicho procedimiento sea eficaz, siendo capaz de producir un resultado, es decir un decisión de fondo acorde a derecho. Finalmente todo lo anterior se concretiza en la efectiva resolución de los conflictos sociales.

Respecto de la etapa formal del contenido del derecho al acceso a la Justicia, se debe resaltar en primer lugar el artículo 229 de la Constitucional Colombiana de 1991, en cuanto prescribe que se debe garantizar el derecho a toda persona de acceder a la administración de justicia, mandato constitucional que ha sido interpretado por la Corte Constitucional, señalando que el derecho de promoción de la actividad jurisdiccional “se concreta en la posibilidad que tiene todo sujeto de ser parte en un proceso y de utilizar los instrumentos que allí se proporcionan para plantear sus pretensiones al Estado, sea en defensa del orden jurídico o de sus intereses particulares”²⁰.

En esta misma línea, el artículo 8.1 de la CADH, reza que toda persona tiene el derecho a ser oída, lo que la Corte IDH ha comprendido como “el derecho de toda persona a tener acceso al tribunal u órgano estatal encargado de determinar sus derechos y obligaciones”²¹, añadiendo que conforme al artículo 25.1 de la CADH la garantía de accesibilidad a un recurso sencillo y rápido constituye un requisito sin el cual no se podría predicar la efectividad del mismo²². De esta forma, el Estado adquiere la obligación de garantizar que toda persona -independientemente de cualquier calidad que ostente- tenga la posibilidad real de acceder a un tercero, juez o tribunal, para solicitar la protección de sus derechos o a que le sea resuelta su situación jurídica.

19 La multiplicidad del contenido del derecho al acceso a la Justicia ha sido reiterado por la jurisprudencia de la Corte Constitucional y la Corte IDH en las sentencias: Corte Constitucional, 28 de noviembre de 1995, sentencia T-553; Corte Constitucional, 23 de mayo del 2001, sentencia T-406; Corte Constitucional, 28 de noviembre del 2002, sentencia T-1051; Corte Constitucional, 15 de mayo del 2008, sentencia C-483; Corte Constitucional, 29 de mayo del 2002, sentencia C-426; Corte Constitucional, 30 de marzo del 2009, sentencia C-227 y Corte IDH, *Caso Barbani Duarte y otros vs Uruguay (Fondo, Reparaciones y Costas)*, sentencia del 13 de octubre de 2011.

20 Corte Constitucional, 29 de mayo del 2002, sentencia C-426, considerando No. 6.6.

21 Corte IDH, *Caso Barbani Duarte y otros vs Uruguay (Fondo, Reparaciones y Costas)*, sentencia de 13 de octubre de 2011, párr. 120.

22 Ver Corte IDH, *Caso del “Tribunal Constitucional vs Perú” (Fondo, Reparaciones y Costas)*, sentencia de 31 de enero de 2001, párr. 90.

Aunado a lo anterior, el derecho al acceso a la justicia abarca también un ámbito o etapa procesal, puesto que el derecho a ser oído no culmina con el simple acceso y activación del aparato jurisdiccional, sino que se hace indispensable el respeto de las debidas garantías, como lo son el plazo razonable, que el proceso se encuentre a cargo de un juez independiente, competente e imparcial previamente establecido por la ley y la presunción de inocencia, entre otras. Estas garantías convencionales mínimas deben ser aseguradas por los Estados parte a todas las personas durante un proceso judicial en condiciones de igualdad y siempre en pro del cumplimiento de las exigencias del debido proceso²³. Lo anterior con el objetivo de lograr un procedimiento adecuado y efectivo que culmine en una decisión de fondo.

Por su parte, el artículo 25.1 de la CADH hace referencia a que se debe garantizar el acceso a las personas a un recurso sencillo y rápido o cualquier otro recurso efectivo, pero en todo caso lo que debe prevalecer es la efectividad del mismo, el cual será considerado de esta manera, siempre y cuando se logre el resultado para el cual fue concebido, es decir, la protección de los derechos fundamentales. En el mismo sentido lo sostiene la Corte IDH, cuando explica que el recurso debe resolverse "dentro de un plazo que permita amparar la violación (...) que se reclama"²⁴, es decir, la sencillez y la rapidez del recurso van dirigidos a asegurar la efectividad del mismo, por lo que "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. Ello puede ocurrir, por ejemplo, cuando su inutilidad haya quedado demostrada en la práctica"²⁵.

En este sentido, la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana ha sido reiterada en señalar que este derecho no puede ser entendido solamente en su etapa formal, "sino que resulta imperativa su efectividad, a fin de garantizar una protección auténtica y real de las garantías y derechos objeto del debate procesal"²⁶. Así pues, no se agota con la simple facultad de acudir ante los jueces, sino que se debe entender como la posibilidad de poner en marcha el aparato jurisdiccional y que se resuelva la controversia planteada con el respeto al debido proceso y a las garantías sustanciales y procedimentales previstas en las leyes, por

23 Ver: Corte IDH, *Excepciones al Agotamiento de los Recursos Internos* (art. 46.1, 46.2.a y 46.2.b Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-11/90, 10 de agosto de 1990, No. 24 y Corte IDH, *Caso Dacosta Cadogan vs Barbados* (*Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*), sentencia de 24 de septiembre del 2009, párr. 84.

24 Corte IDH, *Caso "Instituto de Reeducación del Menor" vs Paraguay* (*Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*), sentencia de 2 de septiembre de 2004, párr. 245.

25 Corte IDH, *Caso Acevedo Buendía y otros ("cesantes y jubilados de la contraloría") vs Perú* (*Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*), sentencia de 1 de julio del 2009, párr. 69.

26 Corte Constitucional, 8 de julio del 2004, sentencia C-662, considerando No. 1.5.

lo que se requiere la existencia de un procedimiento que asegure la tutela judicial efectiva²⁷, pues este derecho se configura a partir de su efectiva realización. En otras palabras, “el acceso a la administración de justicia no es solo para hacerse parte dentro del proceso, sino también para que se le reconozcan sus derechos”²⁸.

Bajo esta perspectiva el Tribunal Constitucional ha indicado que para que el acceso a la Administración de Justicia sea efectivo son necesarias estas condiciones: “1) tener la oportunidad de iniciar la acción ante los jueces competentes; 2) disponer de los recursos necesarios para ejercer los derechos dentro del proceso; y 3) contar con la posibilidad de obtener la prueba necesaria a la fundamentación de las peticiones que se eleven ante el juez”²⁹, añadiendo que se requiere “(i) que las controversias planteadas sean resueltas dentro de un término prudencial y sin dilaciones injustificadas (ii) que las decisiones sean adoptadas con el pleno respeto del debido proceso (iii) que exista un conjunto amplio y suficiente de mecanismos para el arreglo de controversias (iv) que se prevean mecanismos para facilitar el acceso a la justicia por parte de las personas con bajos recursos económicos (v) que la oferta de justicia permita el acceso a ella en todo el territorio nacional”³⁰.

De esta forma, el quebrantamiento de cualquiera de las anteriores condiciones afecta directamente la efectividad del acceso a la Justicia, convirtiéndolo en un derecho que si bien se encuentra establecido formalmente, materialmente no cumpliría con su función.

Así, el contenido del derecho al acceso a la Justicia abarca un ámbito de protección material, lo que implica que el Estado debe garantizar que los jueces profieran decisiones de fondo en torno a las pretensiones que han sido planteadas a través del procedimiento, lo cual no significa que dicha resolución siempre deba ser favorable a las pretensiones de la persona, pues lo que se busca es que produzca el resultado para el que fue concebido, bien sea la protección de sus intereses o de los derechos vulnerados, o posibilitar la impugnación de las decisiones de considerarlo necesario³¹, siendo indispensable, además, el cumplimiento íntegro de dichos fallos judiciales para lograr la efectiva protección de los derechos.

27 Ver: Corte Constitucional, 14 de marzo del 2007, sentencia C-183, considerando No. 5.2; Corte Constitucional, 15 de mayo del 2013, sentencia C-279, considerando No. 3.4.2.1; Corte Constitucional, 29 de mayo del 2002, sentencia C-426, considerando No. 6.1; Corte Constitucional, 23 de noviembre de 1993, sentencia C-544, considerando No. 6.3.

28 Corte Constitucional, 31 de octubre del 2001, sentencia C- 1149, considerando No. 6.

29 Corte Constitucional, 5 de abril del 2002, sentencia T-240, considerando 3.

30 Corte Constitucional, 17 de abril del 2013, sentencia C-222, considerando No. 4.

31 Ver Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez vs Honduras (Fondo)*, sentencia de 29 de julio de 1988, párr. 66 y Corte Constitucional, 29 de mayo del 2002, sentencia C-426, considerando No. 3.

En definitiva, el contenido del derecho al acceso a la Justicia se concretiza en la efectiva resolución de conflictos, logrando la salvaguarda de los derechos y libertades de los ciudadanos y particularmente la protección de los derechos fundamentales, para lo cual se requiere que se garantice a toda persona, independientemente de cualquier condición que ostente, la posibilidad real de acceder a un recurso judicial adecuado, efectivo y eficaz para la protección de sus derechos o remediar una situación jurídica infringida; adecuado y efectivo en tanto se respeten las garantías sustanciales y procedimentales, y eficaz en cuanto debe llegar a una decisión de fondo sobre la cual existan mecanismos para efectuar su cumplimiento.

Bajo la anterior perspectiva, es claro que el legislador no tiene un cheque en blanco para el desarrollo legal de este derecho, sino que su actividad se encuentra encaminada a diseñar las formalidades y procedimientos necesarios para conseguir su efectividad³², puesto que a pesar de que el derecho de acceso a la Justicia es considerado por la jurisprudencia constitucional como de aquellos derechos de aplicación inmediata, sin una regulación específica sería sencillamente inoperante e imposibilitaría predicar un correcto acceso por parte de todas las personas, en condiciones de igualdad.

De este modo, frente al desarrollo legal que debe existir al interior de los Estados parte de la CADH es importante resaltar los lineamientos que dicha regulación deberá atender en cumplimiento de las obligaciones derivadas de los artículos 1 y 2 de la Convención. En este sentido, la Corte IDH ha resaltado la obligación de los Estados parte de "consagrar normativamente recursos efectivos ante las autoridades competentes, que amparen a todas las personas bajo su jurisdicción contra actos que violen sus derechos fundamentales o que conlleven a la determinación de los derechos y obligaciones de éstas"³³, entendiendo como recurso efectivo, aquellos recursos que son idóneos para proteger la situación jurídica infringida³⁴.

A su vez, la Corte Interamericana ha precisado que el tiempo transcurrido desde el inicio del procedimiento hasta la resolución de la sentencia definitiva y su posterior ejecución, incluyendo los recursos de instancia que pudieran presentarse³⁵, debe ser razonable, atendiendo a los criterios de la complejidad del asunto, la situación procesal del interesado y la conducta de las autoridades judiciales, este último en relación a que la autoridad haya actuado de forma diligente, evitando dilaciones³⁶. De igual manera, la Corte IDH ha resaltado la necesidad de

32 Corte Constitucional, 15 de mayo 2013, sentencia C-279, considerandos No. 3.4.3.1 y 3.4.3.3.

33 Corte IDH, *Caso Acevedo Buen día y otros vs Perú (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas)*, sentencia del 1 de julio de 2009, párr. 72.

34 Corte IDH, *Caso Velázquez Rodríguez vs Honduras (Fondo)*, sentencia del 29 de julio de 1988, párr. 64.

35 Corte IDH, *Caso 19 Comerciantes vs Colombia. (Fondo, Reparaciones y costas)*, sentencia del 5 de julio de 2004, párrafo 189

36 CEJA-GIZ(2015) *El derecho de acceso a la justicia, Su ámbito de protección y los deberes de los Estados Partes de la CADH*,

que al momento de regularse el acceso a la Justicia, se desarrollen medidas para la ejecución de las decisiones o sentencias, obtenidas a través de los recursos, de manera que se protejan efectivamente los derechos declarados³⁷, para que el derecho a la justicia no sea ilusorio³⁸.

En el ámbito nacional, la Corte Constitucional ha señalado que la configuración legal del acceso a la Justicia debe guardar relación con las disposiciones consagradas en los artículos 29 (debido proceso) y 228 (principios de la administración de justicia) de la Constitución, los cuales proporcionan al legislador lineamientos para regular este derecho fundamental³⁹. Asimismo, la jurisprudencia constitucional en la sentencia C-227 del 2009 consideró que la competencia normativa del legislador resulta acorde con el estatuto superior, siempre y cuando: "i) atienda los principios y fines del Estado tales como la justicia y la igualdad entre otros; ii) vele por la vigencia de los derechos fundamentales de los ciudadanos, que en el caso procesal civil puede implicar derechos como el debido proceso, defensa y acceso a la administración de justicia; iii) obre conforme a los principios de razonabilidad y proporcionalidad en la definición de las formas y, iv) permita la realización material de los derechos y del principio de la primacía del derecho sustancial sobre las formas"⁴⁰.

En Colombia se cuenta con la Ley Estatutaria 270 de 1996, en donde se consagran los principios orientadores de un correcto y efectivo ejercicio del derecho, así como la estructura general de la administración de justicia, incluyendo sus órganos, el funcionamiento y control de éstos, la responsabilidad de sus miembros, entre otros aspectos y formalidades necesarias para lograr la efectividad del acceso a la Justicia. Asimismo, se cuenta con un amplio desarrollo legislativo donde se regulan los distintos procedimientos para acceder a la administración de justicia, lo que se traduce en la existencia de Códigos de Procedimiento ante las distintas jurisdicciones.

Igualmente, se debe resaltar que ha habido un desarrollo legislativo del acceso a la Justicia tendiente a generar un tratamiento diferencial sobre ciertos colectivos, tales como las personas con discapacidad por medio de la Ley 1618 de 2013, los titulares víctimas del conflicto armado a través de la Ley 1448 de 2011 y las víctimas de violencia sexual, especialmente con ocasión del conflicto armado interno colombiano, por medio de la Ley 1719 de 2014. Este de-

Según la interpretación de la Corte IDH, Documento de apoyo metodológico, pág. 16.

37 Corte IDH, *Caso Acevedo Jaramillo y otros vs Perú (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)*, sentencia de 7 de febrero de 2006, párrafo 220.

38 *Ibíd.* Párr. 216-220.

39 Corte Constitucional, 29 de enero del 2014, sentencia C-034, consideraciones.

40 Corte Constitucional, 30 de marzo de 2009, sentencia C-227, considerando No. 4.1.; Corte Constitucional, 4 de abril del 2013, sentencia C-248, considerando No. 5.3.2 y Corte Constitucional, 4 de agosto de 2009, considerando No. 3.

sarrollo legislativo busca asegurar un adecuado ejercicio del acceso a la Justicia, acorde a las necesidades y las particularidades que se presentan en las personas inmersas en situaciones especiales como la discapacidad, la violencia sexual y el contexto del conflicto en Colombia, garantizando para estos grupos el acceso efectivo a la justicia así como la aplicación de medidas judiciales especiales que permitan un ejercicio diferencial del derecho, como materialización del a la vez derecho, principio y valor de igualdad.

Ahora bien, es preciso señalar que en el marco de un Estado democrático los derechos no son absolutos y, por lo tanto, pueden ser sujetos a limitaciones, siempre y cuando las mismas estén previstas en una ley que persiga fines legítimos y que cumpla con los criterios de razonabilidad y proporcionalidad. En ese sentido, el artículo 30 de la CADH señala que “las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas”. Dicha disposición debe interpretarse en concordancia con el artículo 32.2 de la misma que dispone que “los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática”.

No obstante, el artículo 32.2 de la CADH no es aplicable de forma idéntica a todos los derechos protegidos en ella, dado que frente a ciertos derechos las disposiciones convencionales especifican cuáles son las razones legítimas por las cuales se pueden imponer límites a los mismos⁴¹. En torno al derecho de acceso a la Justicia, los artículos 8 y 25 de la Convención Americana no contemplan taxativamente las razones por las cuales se pueden imponer límites a los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial.

La única restricción legítima que se consagra expresamente es la referida a la garantía de publicidad en el proceso penal contenida en el artículo 8.5, que dispone que el proceso penal “debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia”. De este modo, a excepción de dicha garantía que consagra una regla específica para su restricción, los límites a los derechos consagrados en los artículos enunciados deberán fijarse a partir de la interpretación de los artículos 30 y 32.2 de la Convención.

En torno a los artículos 30 y 32.2 de la CADH, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el asunto X y Y vs Argentina indicó que para que una medida que imponga límites a los derechos humanos se considere ajustada a la Convención Americana deben concurrir

41 Corte IDH, *La Colegiación Obligatoria de Periodistas (arts. 13 y 29 convención americana sobre derechos humanos)*, Opinión consultiva OC5/85, 13 de noviembre de 1985, párr. 65.

tres requisitos: "1) ser prescrita por la ley; 2) ser necesaria para la seguridad de todos y guardar relación con las demandas justas de una sociedad democrática; 3) su aplicación se debe ceñir estrictamente a las circunstancias específicas enunciadas en el artículo 32.2, y ser proporcional y razonable a fin de lograr esos objetivos"⁴².

En Colombia, al Legislador le corresponde la tarea de regular todos los aspectos necesarios para garantizar el pleno ejercicio del acceso a la Justicia, y por medio de esa regulación puede imponer límites necesarios para el disfrute de este derecho en condiciones de igualdad. Al respecto, la Corte Constitucional ha aseverado que la posibilidad ilimitada de acceder a la administración de justicia conllevaría la parálisis total del aparato jurisdiccional e impediría la materialización del derecho a obtener una pronta y cumplida justicia⁴³, afectando el interés general, toda vez que "se llegaría a la imposibilidad de que el Estado brindara a los ciudadanos reales posibilidades de resolución de sus conflictos"⁴⁴. Por tal razón, dicho tribunal ha señalado que las reglas fijadas por el legislador para el inicio, desarrollo y conclusión de los procesos judiciales "consolidan la seguridad jurídica, la racionalidad, el equilibrio y fin de los procesos, y permiten desarrollar el principio de legalidad"⁴⁵.

Sin embargo, a pesar de su amplia libertad de configuración, el legislador no puede imponer límites al derecho de acceso a la Justicia de forma discrecional y arbitraria, ya que en el marco del Estado Constitucional de Derecho "aún con el poder que le es reconocido y que el juez constitucional está llamado a preservar, se encuentra sometido al cumplimiento de los valores y principios constitucionales de la organización político institucional, tales como la dignidad humana, la solidaridad, la prevalencia del interés general, la justicia, la igualdad y el orden justo"⁴⁶. Asimismo, tiene el deber de cumplir con los criterios de proporcionalidad y razonabilidad mediante la ponderación de los bienes jurídicos implicados, con el propósito de asegurar la primacía del derecho sustancial, lograr el ejercicio más completo posible del acceso a la justicia y el debido proceso, y la realización de los principios de buena fe e imparcialidad⁴⁷.

42 CIDH, "X y Y vs Argentina", caso No. 10.506, informe 38/96, 1997, párr. 60.

43 Corte Constitucional, 15 de mayo de 2013, sentencia C-279, considerando No. 3.4.3.4.

44 Corte Constitucional, 24 de octubre de 2001, sentencia C-1104, considerando No. 3.

45 Corte Constitucional, 8 de julio de 2004, sentencia C-662, considerando No. 10.

46 Corte Constitucional, 24 de marzo de 2011, sentencia C-203, considerando No. 2.1.2.

47 *Ibíd.*

De lo anterior, se evidencia que el legislador no goza de una libertad absoluta, puesto que si bien tiene la competencia para establecer las formas propias de cada juicio, su labor se encuentra limitada por las garantías básicas previstas en el texto constitucional⁴⁸. Por consiguiente, las normas procesales deben respetar el contenido del derecho de acceso a la Justicia y del Debido Proceso. En ese sentido, la Corte Constitucional ha considerado que las normas procesales establecidas por el Legislador se encuentran ajustadas a la Constitución en la medida en que se encuentren acordes con los principios y fines del Estado, velen por los derechos de las personas, atiendan los principios de razonabilidad y proporcionalidad y garanticen la prevalencia del derecho sustancial⁴⁹, presupuestos que ha utilizado como parámetro para el análisis de constitucionalidad de las normas procesales, principalmente de aquellas que imponen cargas que deben asumir las partes en el ejercicio de su derecho de acceso a la justicia.

En ese orden de ideas, es viable señalar que tanto la Convención Americana como el ordenamiento jurídico interno reconocen que el derecho de acceso a la Justicia no es absoluto y que puede ser limitado mediante ley, siempre y cuando los límites impuestos por el Legislador sean proporcionales, razonables y persigan un fin constitucionalmente legítimo, presupuestos que garantizan que la amplia facultad de configuración que tiene el Legislador frente al derecho de acceso a la Justicia, no afecte el contenido del mismo.

De esta forma, teniendo en cuenta que la justicia como valor esencial en Colombia se encuentra consagrada en el preámbulo de la Constitución, a lo largo del texto constitucional se establecen un conjunto de garantías generales y específicas tendientes a efectivizar el acceso a la Justicia, entendido éste como un derecho y a la vez una garantía que se encuentra íntimamente ligado con dicho valor constitucional⁵⁰.

Por su parte, a nivel interamericano y derivado de las obligaciones generales previstas para los Estados parte en los artículos 1.1 y 2 CADH que conllevan por una parte, la obligación negativa de "respetar" los derechos humanos, es decir, el deber del Estado de abstenerse de incurrir en acciones que puedan vulnerar los derechos humanos, puesto que los mismos constituyen el límite de la función pública⁵¹ y por otra, la obligación positiva de "garantizar" los derechos humanos, la que implica que el Estado debe organizar todo su aparato gubernamental para asegurar a sus habitantes el libre y pleno ejercicio de los derechos y libertades

48 Ver Corte Constitucional, 30 de abril de 2002, sentencia C-309, Consideraciones.

49 Ver Corte Constitucional, 8 de julio de 2004, sentencia C-662, considerando No. 11 y Corte Constitucional 30 de marzo de 2009, sentencia C-227, considerando No. 4.3.

50 Corte Constitucional, 15 de mayo de 2013, sentencia C-279, considerando No. 3.4.1.3.

51 Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez vs Honduras (Fondo)*, sentencia del 29 de julio de 1988, párr. 165.

reconocidos en la Convención⁵², también se desprende la responsabilidad internacional del Estado colombiano en propender por toda clase de garantías cuya función consiste en “ (...) prevenir la violación de los derechos o reparar las que puedan producirse a partir de determinados procedimientos, órganos o construcciones interpretativas de garantía”⁵³. A su vez, en torno al deber de adoptar disposiciones de derecho interno, la Corte IDH ha establecido que el mismo no solo implica la creación de normas tendientes a garantizar los derechos humanos, sino que además comprende el deber de los Estados de eliminar todas aquellas normas de derecho interno que sean contrarias a la Convención⁵⁴.

De esta manera, tanto a nivel interno como interamericano se encuentran una serie de garantías, ya sean normativas, judiciales, institucionales, generales o específicas, entre otras, del derecho de acceso a la Justicia. En materia de garantías, se encuentra a nivel interamericano que la Convención preceptúa unas garantías específicas frente al acceso a la justicia, previstas en los artículos 8 y 25, los cuales consagran las garantías judiciales.

Por ejemplo, el numeral segundo del artículo 8 de la Convención Americana contempla el derecho a la presunción de inocencia, estableciendo una serie de garantías mínimas que deben respetarse durante el proceso judicial. Dentro de ellas se encuentra el derecho del inculpado a ser asistido por un defensor de libre elección o proporcionado por el Estado en los términos de los literales d) y e) del artículo 8.2 de la Convención, así como de contar con el tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa (literal c de la norma precitada). De igual forma, en virtud del principio de presunción de inocencia, el inculpado no puede ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y su confesión solamente será válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza, por lo cual, cuando el mismo es sometido a torturas para doblegar su resistencia psíquica y es obligado a autoinculparse o a confesar determinadas conductas delictivas, se configura una violación de las garantías judiciales contenidas en el numeral 2 literal g y el numeral 3 del artículo 8 de la Convención Americana⁵⁵. Asimismo, se prevé entre las garantías judiciales mínimas, el derecho a recurrir el fallo ante juez o tribunal superior (8.2 literal h).

52 Corte IDH, *Caso Godínez Cruz vs Honduras (Fondo)*, sentencia del 20 de enero de 1989, párr. 175.

53 Freixes Sanjuán, Teresa, 1998. pág. 162.

54 Corte IDH, *Caso Barrios Altos vs Perú (Fondo)*, sentencia del 14 de marzo de 2001, párr. 44 y Corte IDH, *Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) vs Chile (Fondo, Reparaciones y Costas)*, sentencia del 5 de febrero de 2001, párr. 88.

55 Corte IDH, *Caso Cantoral Benavides vs Perú (Fondo)*, sentencia del 18 de agosto de 2000, párr.132.

Finalmente, se consagra que una vez el inculpado haya sido absuelto, no puede ser juzgado nuevamente por los mismos hechos (8.4) y la publicidad en el proceso penal como regla general, salvo en aquellos casos en que no pueda aplicarse para preservar los intereses de la justicia (8.5), cuyo objetivo principal es proscribir la justicia secreta.

Por su parte, el artículo 25 de la Convención Americana consagra el derecho de toda persona a contar con "un recurso sencillo y rápido u 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". Este derecho, tiene como finalidad proteger a las personas frente al ejercicio arbitrario del poder público, lo cual constituye el objetivo primordial de la protección internacional de los derechos humanos⁵⁶. En ese sentido, la Corte Interamericana ha señalado que el derecho a la protección judicial constituye uno de los pilares básicos de la Convención y en general, del Estado de Derecho en el marco de una sociedad democrática⁵⁷, puesto que se encuentra ligado con la obligación positiva de garantizar los derechos humanos contemplada en el artículo 1.1 de la Convención, que no solo le impone el deber a los Estados de establecer en el ordenamiento jurídico interno un recurso eficaz, sino también el asegurar su debida aplicación por parte de las autoridades judiciales⁵⁸, obligación que debe cumplirse incluso en los estados de emergencia⁵⁹.

A nivel Interamericano también se pueden identificar una serie de garantías de tipo procedimental, a partir de sus órganos principales: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte IDH, los cuales ejercen su función de manera subsidiaria ante las garantías existentes en el ordenamiento jurídico interno de los Estados Parte, siendo indispensable que antes de acudir a estos órganos internacionales de protección de los Derechos Humanos, se agoten previamente los recursos de la jurisdicción interna.

Ahora bien, en el orden interno colombiano, también se encuentran una serie de garantías del derecho de acceso a la Justicia. En el plano de las garantías normativas, se tiene que en el título I "De los principios fundamentales" la Constitución contempla garantías generales como el principio de supremacía constitucional (artículo 4), la primacía de los derechos in-

56 Corte IDH, *Caso del "Instituto de Reeducación del menor" vs Paraguay (Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)*, sentencia del 2 de septiembre de 2004, párr.239.

57 Corte IDH, *Caso Blake vs Guatemala (Fondo)*, sentencia del 24 de enero de 1998, párr.102 y Corte IDH, *Caso Castillo Petruzzi y otros vs Perú (Fondo, Reparaciones y Costas)*, sentencia del 30 de mayo de 1999, párrs. 82 y 83.

58 Corte IDH, *Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) vs Guatemala (Fondo)*, sentencia del 19 de noviembre de 1999, párr. 237.

59 Corte IDH, *Caso Castillo Petruzzi y otros vs Perú (Fondo, Reparaciones y Costas)*, sentencia del 30 de mayo de 1999, párr. 186.

alienables de la persona (artículo 5) y la responsabilidad de los particulares y los servidores públicos por la infracción de la Constitución y las leyes, y de estos últimos por la omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones (artículo 6).

Por otro lado, en el título II "De los derechos, las garantías y los deberes", capítulo primero "De los derechos fundamentales" artículo 29 superior, se encuentra consagrado el derecho al Debido Proceso, el cual está estrechamente relacionado con el acceso a la Justicia⁶⁰. De igual forma, en este capítulo se encuentran consagrados como derechos el Habeas Corpus (artículo 30); el derecho a la doble instancia (artículo 31), y la prohibición de ser obligado a declarar contra sí mismo o contra el cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil (artículo 33).

En el capítulo cuarto del título II constitucional que trata sobre la protección y aplicación de los derechos, se encuentran previstas garantías judiciales constitucionales para la protección de los derechos fundamentales (acción de tutela, art. 86) y de los derechos colectivos (acciones populares y de grupo, art. 88), así como un proceso constitucional a través del cual toda persona pueden exigir ante las autoridades judiciales el cumplimiento de las leyes y los actos administrativos (acción de cumplimiento, art. 87). Por su parte, el artículo 85 contempla los derechos que son de aplicación inmediata⁶¹.

Como garantías generales del acceso a la Justicia también se ubican en este capítulo la garantía internacional de prevalencia de los tratados y convenios internacionales de derechos humanos ratificados por el Congreso (art. 93) y el artículo 94 constitucional que señala que "la enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos".

Igualmente, se establece la estructura de la Rama Judicial (Título VIII), donde se contemplan garantías institucionales para el acceso a la Justicia como la función de la Defensoría del Pueblo y se consagran las principales disposiciones en torno al acceso a la Justicia (artículos 228, 229 y 230), de las cuales se desprende su contenido, tal y como se ha señalado en líneas anteriores.

Finalmente, en torno a los elementos configuradores del acceso a la justicia, se debe reseñar que este derecho es de aquellos que no puede ser objeto de suspensión, ni aun en los estados

60 Corte Constitucional, 15 de mayo de 2013, sentencia C-279, considerando No. 3.4.1.2 y Corte Constitucional, 15 de mayo de 2008, sentencia C-483, considerando No. 3.

61 Corte Constitucional, 29 de mayo de 2002, sentencia C-426, considerando No.6.7.

de excepción, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 4 y 5 de la Ley Estatutaria de Estados de Excepción 137 del 2 de junio de 1994. De esta manera se garantiza que el acceso a la Justicia y las garantías judiciales que éste comprende no serán suspendidas pues estas resultan indispensables para protección de los demás derechos fundamentales⁶². Adicionalmente, debe señalarse que la Ley Estatutaria de Administración de Justicia en su artículo 125 establece que la administración de justicia es un servicio público esencial, lo que para la Corte Constitucional implica que "debe garantizarse su acceso permanente y continuo a toda la comunidad"⁶³, pues se trata de un servicio encaminado a asegurar la satisfacción de una necesidad de carácter general, que logra el desarrollo de una vida plena y satisfactoria en la sociedad⁶⁴.

De lo anterior puede concluirse que el derecho de acceso a la Justicia no es susceptible de suspensión bajo ninguna circunstancia, por lo que el Estado debe garantizar en todo momento su ejercicio a todas las personas en Colombia.

3. Estándares de Protección del Derecho de acceso a la Justicia en Colombia

En el presente apartado se desarrollarán los estándares de protección del derecho de acceso a la Justicia en Colombia, los cuales son construidos a partir del análisis multinivel de la jurisprudencia de la Corte Interamericana y la Corte Constitucional y se analizará cómo éstos pueden orientar el desarrollo de políticas públicas⁶⁵ en Colombia o si han sido objeto actualmente de las mismas.

62 La Corte Interamericana en la opinión consultiva No. OC/9 del 6 de octubre de 1987, manifestó que resulta contrario a la convención suspender las garantías judiciales, toda vez que éstas son indispensables para la efectiva protección de los derechos restringidos de suspensión en los estados de excepción. Corte IDH, opinión consultiva No. OC/9 del 6 de octubre de 1987, considerando 25 y 26.

63 Corte Constitucional, 4 de diciembre del 2003, sentencia T-1165, considerando 3.5.1.

64 *Ibid.*

65 Para la identificación de las políticas públicas en la presente investigación se ha entendido que éstas son aquellas que denotan o enuncian las acciones, medios e instrumentos a través de los cuales el Estado concreta su intervención en la satisfacción de las necesidades colectivas que contengan claramente una decisión de naturaleza política, haciendo de esta manera posible que el bien público, y los derechos individuales y colectivos que se puedan ver comprometidos, sean efectivamente garantizados y que se materializa a través del ejercicio de la relación de poder entre el Estado y los particulares y se caracterizan por lo siguiente: tener una duración mayor a 10 años; cuentan con la participación de todos los actores (Estado - sociedad civil); nacen u obedecen a dar solución a una situación socialmente problemática; cuentan con metas claramente establecidas y determinan a los responsables de cumplirlas. Ver entre otros autores a Salazar Vargas (1995). *Las políticas públicas*. Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá. Pp. 30; Velásquez, Raúl (2009). "Hacia una nueva definición del concepto "política pública". *Revista Desafíos*. Volumen 20, pp. 149-187; Roth Deubel, Andre-Noel (2002) *Manual de políticas públicas, formulación, implementación y evaluación*. Bogotá, Editorial Aurora, p. 11.; Tamayo, Manuel (1997) "El análisis de las políticas públicas", *La Nueva Administración Pública*, Rafael Bañón (dir),

Asimismo, es necesario advertir que conforme al diseño metodológico adoptado para la construcción de los estándares de protección, los mismos obedecen y desarrollan el Estándar interamericano que la Corte IDH ha construido en sus lineamientos jurisprudenciales, tales como los derivados del Debido Proceso Legal⁶⁶: (i) el derecho a ser oído; (ii) con las debidas garantías, que comprenden el deber de motivación, la oralidad, la participación y acceso a los expedientes y la previsibilidad de una sanción, sin perjuicio de otras que puedan ser reconocidas por los Estados; (iii) el plazo razonable y (iv) el derecho a ser juzgado por un Juez competente, independiente, imparcial, establecido con anterioridad a la ley⁶⁷, así como el estándar derivado del artículo 25 de la Convención que consagra el derecho a un recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, el cual debe ser adecuado, efectivo, sencillo y rápido⁶⁸; el que reconoce el derecho de las víctimas a la verdad, a la reparación y la identificación y sanción de los responsables como parte del derecho de acceso a la justicia⁶⁹, y el lineamiento que recalca la importancia de efectuar una interpretación diferenciada en materia de acceso a la justicia frente a grupos poblacionales vulnerables, tales como niños, migrantes, indígenas, mujeres y personas con discapacidad⁷⁰.

Madrid, p. 11; Knoepfel, Peter (2007) “Hacia un modelo de análisis de políticas públicas operativo”. Revista Ciencia Jurídica. P. 16; Ver Secretaría de Integración Social (2011) “Orientaciones para el diseño, la formulación y la implementación de políticas públicas”. P. 29.

- 66 Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez vs Honduras (Excepciones preliminares)*, sentencia del 26 de junio de 1987, párr. 91; Corte IDH, *Caso Las Palmeras vs Colombia (Fondo)*, sentencia del 6 de diciembre de 2001, párr. 60; Corte IDH, *Caso de las Hermanas Serrano Cruz vs el Salvador (Fondo, Reparaciones y Costas)*, sentencia del 1 de marzo de 2005, párr. 76 y Corte IDH, *Caso Cabrera y Montiel Flores vs México (Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas)*, sentencia del 26 de noviembre de 2010, párr. 141.
- 67 Así también, el artículo 8 de la Convención consagra una serie de garantías mínimas que deben proporcionar los Estados a las personas inculpadas de un delito, las cuales deben aplicarse sin perjuicio de las demás que sean necesarias para garantizar el debido proceso penal. Estos mínimos han sido ampliados por la Corte IDH, que ha incluido en dicho catálogo otras como el principio de coherencia o correlación entre la acusación y la sentencia, el derecho a una evaluación sobre la salud mental en los casos de pena de muerte y el derecho a la información sobre la asistencia consular. Ver al respecto Corte IDH, *Caso Fermín Ramírez vs Guatemala (Fondo, Reparaciones y Costas)*, sentencia de 20 de junio de 2005, párr. 73 y Corte IDH, *Caso Docosta Cadogan vs Barbados (Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)*, sentencia de 24 de septiembre de 2009, párrs. 85 y 89.
- 68 Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez vs Honduras (Fondo)*, sentencia del 29 de julio de 1988, párr. 63 y Corte IDH, *Caso Godínez Cruz vs Honduras (Fondo)*, sentencia del 20 de enero de 1989, párr. 66; Corte IDH, *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs Ecuador (Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)*, sentencia del 21 de noviembre de 2007, párr. 129 y Corte IDH, *Caso Las Palmeras vs Colombia (Fondo)*, sentencia del 6 de diciembre de 2001, párr. 55.
- 69 Corte IDH, *Caso Bamaca Velásquez vs Guatemala (Fondo)*, sentencia del 25 de noviembre de 2000, párr. 200.
- 70 Corte IDH, *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, Opinión Consultiva OC-17/2002, Párrs. 79 y 135; Corte IDH, *Caso Vélez Loor vs Panamá (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)*, sentencia de 23 de noviembre de 2010; Corte IDH, *Caso “de personas dominicanas y haitianas expulsadas” vs República Dominicana (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)*, sentencia de 28 de agosto de 2014; Corte IDH, *Caso Tiu Tojín vs Guatemala (Fondo, Reparaciones y Costas)*, sentencia de 26 de noviembre de 2008; Corte IDH, *Caso Fernández Ortega y otros. vs México (Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas)*, sentencia de 30 de agosto de 2010; Corte IDH, *Caso Rosendo Cantú y otra vs México (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas)*, sentencia de 31 de agosto de 2010 y Corte IDH, *Caso Furlan y Familiares vs Argentina (Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)*, sentencia de 31 de agosto de 2012.

3.1. acceso a la Justicia en Condiciones de Igualdad

Según el desarrollo jurisprudencial evidenciado en la investigación, el contenido del derecho fundamental de acceso a la Justicia en Colombia está íntimamente relacionado con la posibilidad que tiene toda persona de ser parte en un proceso judicial y poder utilizar todos los elementos o instrumentos que existan, para plantear sus pretensiones al Estado. De esta manera, se observa que en la medida en que los particulares o los poderes públicos afecten esta posibilidad de acceso, se vulnera parte del contenido del derecho, por lo que la garantía del mismo implica necesariamente que haya posibilidades reales-para todas las personas en Colombia- de acceder a amplios mecanismos e instrumentos que posibiliten plantear las diversas pretensiones generales o particulares de las personas hacia el Estado.

Bajo la anterior perspectiva, atendiendo a la cláusula de igualdad dentro del postulado de la fórmula constitucional acogida en Colombia como Estado Social y Democrático de Derecho, se debe garantizar un acceso diferencial para ciertos colectivos, puesto que se vislumbra cómo en algunos casos se ha vulnerado el Derecho de acceso a la Justicia de personas miembros de comunidades indígenas, menores de edad, mujeres o víctimas del conflicto armado interno colombiano, en situación de discapacidad, miembros de la comunidad LGTBI, a los cuales a pesar de ser sujetos de especial protección constitucional, no se les garantizó el acceso material a la administración de justicia.

Esta situación se ha tratado de corregir por acciones encaminadas a la implementación de ciertas políticas públicas en el país como la que se socializó por parte del Ejecutivo Nacional durante el mes de febrero de 2016 con la ciudadanía, buscando el ejercicio pleno de los derechos de las personas lesbianas, gays, bisexuales, transexuales e intersexuales -LGBTI-⁷¹ por medio de un proyecto de decreto que busca adoptar dicha política pública, reconociendo que la población LGBTI ha sido victimizada en el marco del conflicto armado colombiano, por lo que se busca garantizar de manera diferencial sus derechos a la verdad, justicia, reparación y no repetición, implementándose la ruta para la garantía, protección, investigación y judicialización orientada al pleno ejercicio de sus derechos.

En el marco del desarrollo de la investigación se han observado Políticas Públicas como la Estrategia Nacional para los Derechos Humanos, destinada a "garantizar el derecho a la justicia de los colombianos en condiciones de igualdad, no discriminación y respeto por las

71 Información disponible en < http://www.elmundo.com/portal/noticias/derechos_humanos/abierto_borrador_de_decreto_para_politicas_lgbti.php#vxae3lsm5e4 > [fecha última visita 14-04-2016].

identidades"⁷², objetivo que se visualiza en el lineamiento 2 de dicha estrategia, el cual se encuentra orientado en garantizar el acceso a la Justicia con un enfoque diferencial, acogiendo el estándar interamericano frente el acceso al que tiene derecho toda persona, buscando "incorporar e implementar el enfoque diferencial por género, etnia, ciclo vital y discapacidad en la Administración de Justicia"; "difundir información pertinente, clara, precisa y articulada entre las entidades competentes para las víctimas de violaciones a los derechos humanos e infracciones al DIH" e "impulsar la ampliación de la cobertura del sistema judicial y acceso a la justicia formal en todo el territorio nacional".

Por su parte, la Corte Constitucional ha venido desarrollando un lineamiento jurisprudencial encaminado a la protección de grupos poblacionales que ha considerado que se encuentran en debilidad manifiesta, enfocado hacia un tratamiento diferencial cuando éstos ejercitan el acceso a la Justicia. Es así que en la garantía del acceso a la Justicia de colectivos como las comunidades indígenas, se deben considerar las barreras culturales y sociales que pueden dificultar su participación en el proceso, generando la necesidad de tomar medidas necesarias para garantizar que los miembros de dichos pueblos puedan comprender y hacerse comprender en los procedimientos, facilitándoles -si fuere necesario- intérpretes u otros medios de conformidad con el Convenio No. 169 de la OIT de 7 de junio de 1989.

En esta misma línea, la Corte Constitucional en diversos casos de especial vulneración ha reconocido el enfoque diferencial que debe haber respecto de las mujeres, niños, niñas y adolescentes para la efectiva garantía del ejercicio de acceso a la Justicia. En casos de violencia sexual, el cual es un delito que adquiere importancia dentro del contexto del conflicto armado interno colombiano, si se tiene en cuenta que este delito tiene una directa relación con la condición de género⁷³, se ha señalado que a las autoridades le vienen establecidos unos deberes encaminados a la garantía de los derechos fundamentales de las víctimas de violencia sexual⁷⁴, en particular cuando son niños y mujeres⁷⁵.

72 http://www.derechoshumanos.gov.co/Observatorio/Publicaciones/Documents/2014/140815-estrategia_web.pdf [Fecha de última visita 26-04-2016]

73 Corte Constitucional, 14 de abril de 2008, Auto A-092, considerando No. II.1.

74 Frente a menores víctimas de actos sexuales y lesiones personales presuntamente causadas por agentes del Estado, el Consejo de Estado indicó que conforme a la jurisprudencia de la Corte Constitucional y de la Corte Interamericana y en desarrollo del artículo 2 de la Declaración de las Naciones Unidas, el interés del menor es de carácter superior y comprende a todas las autoridades del Estado, bien sea administrativas, legislativas o judiciales; por tanto que, es indispensable que se flexibilicen las reglas de acceso a la justicia. Consejo de Estado, Auto del 11 de diciembre de 2014, Exped. (44586), considerando 4.24.

75 Corte Constitucional, 8 de noviembre de 2011, sentencia T-843, considerando No. 5.7.2.1. En esta línea la Corte Suprema de Justicia ha señalado que el acceso a la justicia en caso de los menores abusados sexualmente no solo implica que tengan la posibilidad de interponer la denuncia, sino que se tenga un trato con enfoque diferencial dentro del proceso incluso diferente al trato propiciado a un adulto. Corte Suprema de Justicia, 26 de enero de 2006, Proceso 23706, consi-

Igualmente y ratificando la jurisprudencia de la Corte Interamericana frente a las investigaciones relacionadas con los delitos de violencia sexual, la Corte Constitucional ha señalado la necesidad de que las mismas sean serias, rápidas, exhaustivas e imparciales, teniendo en cuenta las características de los casos de violencia sexual contra la mujer, y especialmente los perpetrados por los actores armados, que incluyen la tortura física y psicológica, en algunos casos el posterior homicidio de la mujer, actos de ferocidad y barbarie sexual, violaciones, abusos y acosos sexuales individuales⁷⁶.

Asimismo, la Corte Constitucional ha indicado que cuando la mujer ejerce su derecho de acceso a la Justicia con el objetivo de que un Juez de la República garantice su derecho a la Interrupción Voluntaria del Embarazo⁷⁷, es deber de los jueces de tutela reservar la identidad de las mujeres –incluso las niñas– sin importar si el amparo solicitado mediante la acción de tutela es concedido o denegado. Lo anterior, atendiendo a que la reserva de identidad protege el derecho a la intimidad y crea condiciones que favorecen el acceso a la Justicia por parte de las mujeres que ejercitan ese derecho fundamental reconocido jurisprudencialmente⁷⁸.

Frente a las personas migrantes, la Corte Constitucional los ha tenido como sujetos de especial protección constitucional, en reconocimiento de la indefensión en la que usualmente se encuentran por las desigualdades que afrontan frente a las demás personas, debido a situaciones como el desconocimiento del ordenamiento jurídico, el idioma, la cultura, las costumbres, “así como la ausencia de lazos familiares y comunitarios en el país en el que se encuentran, y los obstáculos sociales y económicos para regresar a sus países”⁷⁹, resaltando la necesidad de que este colectivo cuente con medidas especiales, como el intérprete para la actuaciones adelantadas ante las autoridades judiciales y administrativas⁸⁰.

derando 2 y proceso 27283 de 1 de agosto de 2007, considerando 4.

76 Corte Constitucional, Auto A009 del 17 de enero de 2015.

77 En Sentencia de constitucionalidad C-355, la Corte Constitucional estableció que no se incurre en el delito de aborto, cuando la interrupción del embarazo se produce en los siguientes casos: (i) Cuando la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer, certificada por un médico; (ii) Cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, certificada por un médico; y (iii) Cuando el embarazo sea el resultado de una conducta, debidamente denunciada, constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas, o de incesto. Corte Constitucional, 10 de mayo de 2006, sentencia C-355, Parte resolutive.

78 Corte Constitucional, 3 de noviembre de 2011, sentencia T-841, considerandos No. 5-6. Se pueden consultar también las sentencias Corte Constitucional, sentencia T-988 de 2007, Corte Constitucional, sentencia T-946 de 2008, Corte Constitucional, sentencia T-388 de 2009, Corte Constitucional, sentencia T-209 de 2008 y Corte Constitucional, sentencia T-585 de 2010.

79 Corte Constitucional, 19 de diciembre de 2013, sentencia T-956, considerando No. 16.

80 La Corte Interamericana en relación al acceso a la justicia, destacó en opinión consultiva del 2003 “la necesidad de que las personas migrantes tengan acceso -sin discriminación- a los medios y recursos que les permitan amparar sus derechos, independientemente de su situación migratoria”, entendiéndose que la obligación de garantizar el ejercicio de los derechos es de carácter erga omnes, “independientemente del estatus migratorio de las personas protegidas”. Corte IDH, *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*. (Estados Unidos Mexicanos), Opinión Consultiva

Igualmente, tanto la Corte Constitucional, el Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia⁸¹ han venido reconociendo el enfoque diferencial que en el acceso a la Justicia tienen las víctimas del conflicto armado interno colombiano y resaltan las características excepcionales de la garantía judicial de Acción de Tutela para la protección efectiva del derecho fundamental. Al respecto, ha venido señalando la Corte Constitucional que las víctimas del conflicto armado interno colombiano y particularmente las víctimas del desplazamiento forzado, tienen derecho a disponer de recursos judiciales efectivos para que se investiguen los hechos sucedidos y deben contar con la posibilidad tanto de ser oídas como de impulsar y controvertir las pruebas que obren en los procesos judiciales, así como contar con el derecho a la defensa técnica, estando en cabeza del Estado –una vez identificado la situación irregular- la obligación de informarla sobre sus derechos, asistirle para que pueda ejercer la defensa de los mismos⁸² y ser beneficiaria de las políticas públicas diseñadas para atender el problema humanitario que ha generado el delito de desplazamiento forzado en el contexto del conflicto colombiano⁸³.

En cuanto a las víctimas del conflicto colombiano, el diseño de políticas públicas ha estado materializado en la Ley 1448 de 2011, la cual establece dentro de sus derechos el enfoque diferencial (art. 28), siendo un principio general (art. 13) y que implica a favor de las víctimas, testigos y funcionarios públicos que intervengan en procedimientos administrativos y judiciales de reparación y de restitución de tierras, una serie de medidas especiales de protección, las cuales incluso se pueden en ciertos eventos ampliar a su núcleo familiar (art. 32).

Asimismo, se establecen los derechos de las víctimas al interior de los procesos judiciales, tales como el derecho a la información de asesoría y apoyo (arts. 35 y 36); la garantía de que exista personal capacitado en atención de víctimas de violencia sexual y género, con el objeto de que asesore y asista a las víctimas (art. 35, Parágrafo 2); audición y presentación de pruebas (art. 37); la aplicación de unos principios y reglas diferenciales frente a las pruebas en casos de violencia sexual (art. 38); la declaración a puerta cerrada (art. 39); presencia de personal especializado, como psicólogos, trabajadores sociales, terapeutas, entre otros (art. 42); asistencia judicial por parte de la Defensoría del Pueblo (art. 43); entre otros derechos previstos en la ley.

En este mismo sentido, pero enfocado específicamente en la mujer víctima en situación de desplazamiento, el documento de política pública CONPES 3784 del 2013 tiene como objeti-

OC-18/03, 17 de septiembre de 2003, párr. 109.

81 La Corte Suprema ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre la violación del derecho de acceso a la justicia principalmente por el excesivo formalismo exigido en el proceso que en algunos casos contraviene la esencia de flexibilidad y principios de la ley 1448 de 2011, así como el contexto fáctico del desplazamiento forzado y la realidad del país.

82 Corte Constitucional, 5 de octubre de 2007, sentencia T-821.

83 Corte Constitucional, 8 de abril de 2011, sentencia T-267, considerando No. 3.2.

vo general contribuir a la garantía, protección y ejercicio pleno de sus derechos a la atención, asistencia y reparación integral, por medio de diversas estrategias dentro de las cuales se prevé la implementación de medidas de acceso a la justicia con enfoques basados en los derechos humanos, el género, el enfoque diferencial y en las orientaciones de la justicia transicional.

De otra parte, se ha reconocido en Colombia la necesidad de garantizar un efectivo acceso a la administración de justicia a las personas con discapacidad, para lo cual se ha expedido la Ley Estatutaria 1618 de 2013, que en su artículo 21 establece que el Estado garantizará el acceso a la justicia de las personas con discapacidad, en concordancia con el artículo 13 de la Ley 1346 de 2009. Dentro del desarrollo de la ley se establecen garantías para el acceso físico a las instalaciones judiciales así como la publicidad de la norma, es decir el deber de traducirla a los sistemas de comunicación de las distintas discapacidades.

Asimismo, el Estado Colombiano ha adoptado la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad de la Asamblea General de las Naciones Unidas del 13 de diciembre de 2006, manifestando en su artículo 12 que los Estados Partes asegurarán que las personas con discapacidad tengan acceso a la justicia en igualdad de condiciones con las demás, incluso mediante ajustes de procedimiento y adecuados a la edad, para facilitar el desempeño de las funciones efectivas de esas personas como participantes directos e indirectos, incluida la declaración como testigos, en todos los procedimientos judiciales, con inclusión de la etapa de investigación y otras etapas preliminares⁸⁴.

3.2. Existencia de recurso sencillo, rápido y efectivo para la protección de los derechos

De conformidad con el estándar derivado del artículo 25 de la CADH, uno de los elementos mínimos para garantizar el derecho de acceso a la Justicia es la existencia de un recurso rápido, sencillo y eficaz ante los jueces o tribunales competentes para el amparo de los derechos fundamentales, el cual tiene como finalidad proteger a las personas frente al ejercicio arbitrario del poder público⁸⁵.

84 Corte IDH, *Caso Furlan y Familiares vs Argentina*. (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia de 31 de agosto de 2012, considerando No. 137.

85 Corte IDH, *Caso del "Instituto de Reeducación del menor" vs Paraguay* (Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 2 de septiembre de 2004, párr.239.

En el ordenamiento jurídico colombiano, el artículo 86 de la Constitución Nacional, reglamentado a través del Decreto 2591 de 1991, cumple con dicho elemento del derecho de acceso a la Justicia al consagrar la acción de tutela como el mecanismo constitucional a través del cual toda persona puede reclamar ante los jueces o tribunales la protección inmediata de sus derechos fundamentales, mediante un trámite preferente y sumario, cuando los mismos estén siendo vulnerados o se encuentren amenazados por la acción u omisión de una autoridad pública y, excepcionalmente, por particulares.

En torno a la naturaleza de dicha acción, la Corte Constitucional desde sus inicios señaló que se trata de un mecanismo específico, directo y residual⁸⁶, al que solo es posible acudir ante la inexistencia de otros mecanismos de defensa judicial o de forma excepcional, como mecanismo transitorio para evitar que se configure un perjuicio irremediable. No obstante, si bien la tutela es una acción de carácter subsidiaria que no puede suplir los mecanismos administrativos y judiciales ordinarios de defensa, la jurisprudencia constitucional le ha dado un gran alcance a la misma, permitiendo que se convierta en la herramienta por excelencia para la protección de los derechos fundamentales, máxime tratándose de sujetos de especial protección constitucional como desplazados, víctimas del conflicto armado, personas en situación de discapacidad, indígenas, comunidad LGTBI, entre otros.

De igual forma, cabe destacar que mediante la acción de tutela no solo se han protegido los derechos estructurados lingüísticamente como fundamentales en el capítulo I “DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES” del Título II “DE LOS DERECHOS, LAS GARANTÍAS Y LOS DEBERES” de la Constitución, sino que la Corte Constitucional ha ampliado su ámbito de protección a otros derechos constitucionales como la salud, la seguridad social, la educación, la vivienda y el acceso al agua potable⁸⁷, entre otros, los cuales han sido objeto de amparo aún en aquellos casos en los que implican impartir órdenes complejas que conllevan importantes costos económicos para el Estado colombiano, tales como decisiones que han implicado, por ejemplo, la adopción de planes específicos para la construcción de una obra pública⁸⁸.

En esta línea, se puede resaltar que en la sentencia T 025 de 2004 la Corte Constitucional declaró la existencia de un Estado de cosas Inconstitucional en relación con la situación de la población desplazada “debido a la falta de concordancia entre la gravedad de la afectación de los derechos reconocidos constitucionalmente y desarrollados por la ley, de un lado, y el

86 Corte Constitucional, 28 de agosto de 1992, sentencia T-508, consideraciones.

87 Corte Constitucional, 19 de septiembre de 2012, sentencia T-729, considerando No. 3.

88 Corte Constitucional, 18 de diciembre de 2009, sentencia T-974, Corte Constitucional, 25 de mayo de 2010, sentencia T-418 y Corte Constitucional, 15 de febrero de 2013, sentencia T-081.

volumen de recursos efectivamente destinado a asegurar el goce efectivo de tales derechos y la capacidad institucional para implementar los correspondientes mandatos constitucionales y legales, de otro lado”, impulsando de esta forma el cumplimiento de la política pública encaminada a proteger los derechos fundamentales de este grupo poblacional⁸⁹.

Por otra parte, en torno a la procedencia de la acción de tutela, la Corte Constitucional ha señalado que la misma es procedente para salvaguardar los derechos fundamentales de las personas cuando se vean amenazados o vulnerados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública, incluso por las autoridades judiciales, puesto que al igual que cualquier otra autoridad, éstas deben ajustarse a la Constitución y la ley en el ejercicio de sus funciones, así como garantizar la efectividad de los principios, deberes y derechos fundamentales reconocidos en la Constitución⁹⁰.

De este modo, en la búsqueda de un equilibrio adecuado entre los principios de cosa juzgada, autonomía e independencia judicial, y la prevalencia y efectividad de los derechos fundamentales, la Corte Constitucional ha admitido la procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales, creando una sólida doctrina en torno a las condiciones genéricas y específicas que deben concurrir para que el juez constitucional pueda emitir un pronunciamiento de fondo en dichos casos⁹¹.

89 Como consecuencia de esta sentencia y del seguimiento efectuado a las órdenes emanadas de la misma por parte de la Corte Constitucional, se expedirían los Autos A-092 de 2008 y A-009 de 2015, por medio de los cuales el alto tribunal constitucional “adopta medidas comprehensivas para la protección de los derechos fundamentales de las mujeres desplazadas por el conflicto armado en el país y la prevención del impacto de género desproporcionado del conflicto armado y del desplazamiento forzado” al encontrar que el conflicto armado interno y el desplazamiento forzado sobre las mujeres colombianas, ha tenido un impacto desproporcionado sobre este colectivo, tanto en términos cuantitativos como cualitativos.

90 Corte Constitucional, 28 de enero de 2015, sentencia T-037.

91 En concreto, la Corte Constitucional ha especificado los siguientes requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales: (i) que la cuestión que se discuta sea relevante en términos constitucionales (ii) que se hayan agotado los medios de defensa judicial, salvo que se interponga para evitar la consumación de un perjuicio iusfundamental irremediable (iii) que se cumpla el requisito de inmediatez (iv) cuando se trate de una irregularidad procesal, la misma debe tener efecto decisivo o determinante en la sentencia que da lugar a la acción de tutela (v) la identificación razonable de los hechos y la vulneración de derechos en los que se fundamenta la solicitud de amparo, y que los mismos hayan sido alegados en el proceso judicial cuando fuere posible y (vi) que no se trate de sentencias de tutela. Sobre este último, ver sentencia T 272, 6 mayo de 2014.

Además de los requisitos generales enunciados, la jurisprudencia constitucional ha indicado que para que sea procedente la acción de tutela contra una providencia judicial debe concurrir al menos una de las siguientes causales específicas: (i) defecto orgánico (ii) defecto procedimental absoluto (iii) defecto fáctico (iv) defecto material o sustantivo (v) error inducido (vi) decisión sin motivación (vii) desconocimiento del precedente judicial o (viii) violación directa de la Constitución. Al respecto, ver Corte Constitucional, 2 de julio de 2015, sentencia SU 415; Corte Constitucional, 9 de julio de 2014, sentencia T-488; Corte Constitucional, 3 de diciembre de 2012, sentencia T-1049 y Corte Constitucional, 15 de febrero de 2010, sentencia T-101.

De lo expuesto, puede concluirse que el estándar interamericano de protección en torno a la existencia de un recurso sencillo, rápido y eficaz es cumplido satisfactoriamente en Colombia, en donde la acción de tutela ha tenido un rol fundamental en la salvaguarda de los derechos fundamentales de las personas -principalmente de los grupos vulnerables- cuando el ejercicio del poder público es arbitrario o deficiente -incluso tratándose de autoridades judiciales- permitiendo a través de las órdenes proferidas en sede de tutela adoptar las medidas necesarias para la protección de los mismos, aún en aquellos casos en que éstas sean de carácter complejo y de contenido prestacional.

3.3. Procedimiento sin dilaciones injustificadas y con observancia del debido proceso

Uno de los componentes esenciales del contenido del derecho de acceso a la Justicia es la existencia de un procedimiento sin dilaciones injustificadas en el que se respeten plenamente las garantías del derecho fundamental al debido proceso, el cual se encuentra consagrado en el artículo 29 de la Constitución Nacional y es aplicable a toda clase de actuaciones administrativas y judiciales⁹².

La jurisprudencia constitucional, siguiendo los lineamientos del estándar interamericano, ha señalado que el derecho al debido proceso comprende una serie de garantías mínimas como el derecho a ser juzgado por un juez competente para adelantar el trámite y proferir la decisión de fondo, que actúe de forma independiente e imparcial, con plena observancia de las formas propias de cada juicio, garantizando el derecho a la defensa y en el marco de un proceso público sin dilaciones injustificadas⁹³. Asimismo, ha expuesto que el debido proceso abarca el derecho a obtener decisiones ceñidas al ordenamiento jurídico y a la aplicación de principios como la favorabilidad y la “non reformatio in pejus”⁹⁴.

En materia de políticas públicas, la Ley 1448 de 2011 “por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones” consagra en su artículo 8 la garantía del debido proceso, estableciendo el deber del Estado de garantizar un proceso justo y eficaz, enmarcado en las condiciones que contempla el artículo 29 de la Constitución Nacional. En ese sentido, a lo largo del texto de la ley se consagran una serie de garantías a favor de las víctimas como el derecho a conocer los

92 Corte Constitucional, 8 de mayo de 2015, sentencia T-267, considerando No. 2.4 y Corte Constitucional, 5 de agosto del 2015, sentencia C-496, considerando No. 3.5.2.

93 *Ibid.*, considerando No. 3.5.4

94 Corte Constitucional, 8 de mayo de 2015, sentencia T-267, considerando No. 2.4.1.

mecanismos con los que cuentan para la protección de sus derechos (principio de publicidad, artículo 30), el derecho a ser informados del estado de los procesos judiciales y administrativos en los que tenga un interés como parte o interviniente (artículo 28, numeral 11), a ser comunicados del inicio, desarrollo y terminación del proceso penal o de justicia y paz, y de sus derechos en el marco de los mismos (artículo 36), a ser oídos dentro del proceso penal, solicitar pruebas y aportar los elementos materiales probatorios que tengan en su poder (artículo 37) y la inversión de la carga de la prueba en el proceso de restitución de tierras (artículo 78), entre otros.

En la misma línea, los códigos procesales actuales han plasmado las garantías del derecho al debido proceso como principios orientadores de la actividad procesal y criterios para la interpretación de las normas allí contenidas, verbigracia, la Ley 1564 de 2012 -Código General del Proceso- la cual es aplicable en asuntos civiles, comerciales, de familia y agrarios, así como a todos los asuntos de cualquier jurisdicción o especialidad y a las actuaciones de particulares y autoridades administrativas cuando ejercen funciones jurisdiccionales, en aquellos aspectos que no se encuentran expresamente regulados en otras leyes⁹⁵, en su artículo 2 "acceso a la justicia" consagra el derecho de toda persona o grupo de personas a la tutela jurisdiccional efectiva, con sujeción a un debido proceso de duración razonable, indicando que los términos procesales se observarán con diligencia y que su incumplimiento injustificado dará lugar a sanciones.

De igual forma, dicho estatuto procesal dispone en su artículo 11 "interpretación de las normas procesales" en que el juez deberá tener en cuenta la prevalencia del derecho sustancial, aplicando los principios constitucionales y generales del derecho procesal para aclarar las dudas que se presenten en la interpretación de las normas de dicho código, "garantizando en todo caso el debido proceso, el derecho de defensa, la igualdad de las partes y los demás derechos constitucionales fundamentales" y absteniéndose de exigir y cumplir formalidades innecesarias. Adicionalmente, contempla los principios de oralidad, concentración, inmediatez, legalidad, contradicción, doble instancia y la obligatoriedad de las normas procesales.

Por su parte, la Ley 906 de 2004 -Código de Procedimiento Penal-, establece en su título preliminar "principios rectores y garantías procesales" los principios de legalidad, oralidad, prevalencia del derecho sustancial, contradicción, inmediatez, publicidad, doble instancia, non reformatio in pejus, favorabilidad, non bis in ídem, presunción de inocencia e in dubio pro reo. Igualmente, contempla el derecho a la defensa, haciendo una relación de las garantías mínimas que éste comprende de forma muy similar al artículo 8 de la Convención Americana;

95 Artículo 1, Ley 1564 de 2012.

el derecho a ser juzgado por un juez competente, independiente e imparcial y los derechos de las víctimas durante el desarrollo del proceso penal.

No obstante, es claro que las múltiples garantías consagradas en los códigos procesales no garantizan por sí mismas el derecho de acceso a la Justicia en forma efectiva, toda vez que en la práctica su cumplimiento se ve supeditado a los recursos humanos y presupuestales limitados con los que cuenta la Rama Judicial para el ejercicio de sus funciones, lo que se evidencia principalmente en el alto nivel de congestión que existe en los despachos judiciales.

A modo de ejemplo, puede destacarse que a pesar de que en los últimos años todos los códigos de procedimiento han hecho transición del sistema escritural al proceso oral y por audiencias, en aras de garantizar la resolución de los procesos judiciales en un plazo razonable y de morigerar los altos índices de congestión judicial, la misma ha estado supeditada a la disponibilidad presupuestal prevista para ello. De este modo, puede destacarse que en el plan sectorial de Desarrollo 2015-2018 de la Rama Judicial, en el que se realiza una evaluación del Plan Sectorial de Desarrollo 2011-2014, se observa en relación con el objetivo específico "fortalecer la eficiencia y eficacia de la gestión judicial", que "de los 4.821 despachos permanentes con que cuenta la Rama Judicial distribuidos en 33 distritos judiciales, a 31 de diciembre de 2013 han ingresado a la oralidad 1.473 despachos que representan el 31%"⁹⁶. Por ejemplo, "a 31 de diciembre de 2013, de los 1.195 despachos judiciales permanentes de las especialidades civil y de familia, han ingresado al sistema procesal oral 114 despachos, lo que equivale al 9.5%"⁹⁷.

Aunado a ello, puede observarse en el estudio de tiempos de los procesos judiciales realizado por la Corporación Excelencia en la Justicia, contratado por la Dirección Ejecutiva de la Administración Judicial, en el marco del Plan de inversiones de la Unidad de Desarrollo y Análisis Estadístico de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, que los términos previstos por el Legislador para la duración del proceso no se materializan en la práctica, debido a la gran carga laboral que tienen los despachos judiciales. En dicho estudio, se determinó que el proceso penal oral, cuya duración en primera instancia -desde la resolución de acusación hasta la sentencia-, está pensada por el legislador para un término no superior a 175 días *corrientes*, tiene una duración promedio de 336,4 días corrientes, es decir, casi el doble del contemplado en la Ley 906 de 2004, y acotando el rango para eliminar la excesiva dispersión,

96 Información tomada del Plan Sectorial de Desarrollo de la Rama Judicial 2015-2018, ver pp. 40-41.

97 *Ibíd.* P. 42.

la metodología aplicada permitió fijar la duración promedio nacional del proceso penal oral en 169 días *hábiles*, esto es, 64 días hábiles por encima del plazo legal⁹⁸.

Al respecto, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 20 de abril de 2016, exp. 85.126, analizó el caso de una persona investigada penalmente por el delito de extorsión agravada y detenida preventivamente por más de 120 días desde la radicación del escrito de acusación, sin que se hubiera iniciado el juicio oral. En dicha providencia, la Corte resalta que en virtud del derecho constitucional y convencional a ser juzgados dentro de un plazo razonable, los imputados o acusados tienen derecho a ser puestos en libertad provisional cuando exista un vencimiento de términos, sin que puedan existir salvedades frente a determinados delitos, puesto que no se trata de un beneficio sino de *“una garantía de carácter universal”*. Por consiguiente, concedió al actor la libertad provisional por vencimiento de términos.

Por su parte, la Corte Constitucional en ejercicio de su función de control concreto de constitucionalidad mediante el mecanismo de revisión de las acciones de tutela, ha amparado los derechos de acceso a la Justicia y debido proceso por violación a las garantías que comprenden dichos derechos. No obstante, en relación con el derecho a un procedimiento sin dilaciones injustificadas, ha considerado en sentencias como la T 357 de 2007 y la T 259 de 2010, que la acción de tutela se torna improcedente para amparar el derecho fundamental al debido proceso en aquellos casos en los cuales la mora judicial se debe a *“la hiperinflación procesal”*, es decir, cuando obedece a la excesiva carga laboral que tienen los despachos judiciales como consecuencia de los problemas estructurales de la Administración de Justicia, puesto que en dichas circunstancias ha indicado que la tardanza del proceso se encuentra justificada y, por lo tanto, no constituye una denegación del derecho de acceso a la Justicia ni una violación del derecho al debido proceso.

Sin embargo, en la sentencia T 58 de 2012, dicha Corporación estudió el caso de una mujer que a los 16 años de edad fue víctima del delito de injuria debido a que por medio de internet se difundió un mensaje acompañado de una foto suya en la que se afirmaba que ejercía la prostitución y se encontraba contagiada con VIH, habiendo transcurrido casi cinco años desde la presentación de la querrela respecto de dicho delito, sin que la Fiscalía hubiera adoptado una decisión sobre el mérito de la investigación.

En el caso referido, la Corte Constitucional amparó el derecho de acceso a la Justicia y ordenó a los accionados practicar todas las diligencias que permitieran evaluar el mérito de la inves-

98 Datos tomados del Documento del Consejo Superior de la Judicatura “Resultados del estudio de tiempos procesales”, tomo I, Bogotá, abril 2016, p. 178

tigación en un término no superior a tres meses, con fundamento en los deberes especiales de protección que tienen las autoridades públicas frente a los menores de edad –enfoque diferencial- estableciendo que aun cuando el fenómeno de *“hiperinflación procesal”* afecte a los despachos que llevan los procesos de delitos cometidos en contra de niños, niñas y adolescentes, es procedente la acción de tutela para garantizar el derecho fundamental de los mismos al acceso a la administración de justicia.

Con base en lo expuesto, se evidencia que el derecho a un procedimiento sin dilaciones injustificadas y con respeto del debido proceso, ha sido objeto de desarrollo legal a través de los códigos procesales; sin embargo, no se identificó en la presente investigación una política pública dirigida a superar los problemas estructurales y los limitados recursos presupuestales y humanos con los que cuenta la Administración de Justicia, puesto que como se evidenció la transición a la oralidad y la adopción de medidas de carácter transitorio como el Plan de Descongestión Judicial, han sido insuficientes para superar *“la hiperinflación procesal”* y de este modo, dar un efectivo cumplimiento al estándar mínimo aquí señalado.

3.4. Recursos eficaces para el cumplimiento de las decisiones judiciales

Como se ha indicado en precedencia, el contenido del derecho de acceso a la Justicia no se agota en la posibilidad de acceder al aparato jurisdiccional y con el respeto de las garantías mínimas durante el proceso, sino que también debe haber eficacia de este derecho, por lo que se constituye como un estándar mínimo de protección la garantía de la emisión de una sentencia o decisión de fondo y que de la misma se predique su íntegro cumplimiento.

De esta manera, se deben verificar -en todos los casos- los hechos y pruebas para la obtención de una decisión de fondo que resuelva la controversia jurídica llevada a la administración de justicia⁹⁹ con el fin de evitar decisiones sin motivación, arbitrarias o ilegales, alejadas de los hechos y de los preceptos constitucionales, que finalmente desemboquen en la desprotección de los derechos de las personas, lo que implica que no basta con tomar una decisión de fondo, sino que dicha decisión debe ser acorde a derecho.

Así pues, con el propósito de garantizar el contenido material del derecho al acceso a la Justicia, en Colombia se cuenta con mecanismos tales como la acción constitucional de tutela contra providencias judiciales, la cual permite cuestionar dichos fallos cuando se logre demostrar que la actuación del juzgador al decidir la controversia es manifiestamente contraria al orden

⁹⁹ Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 11 de mayo de 2011, radicado: 13001-23-31-000-2011-00113-01(AC), CP: Gómez Aranguren.

jurídico y violatoria de derechos fundamentales, por lo que solo procederá ante algunas causales específicas que han sido delimitadas vía jurisprudencial por nuestro órgano de cierre constitucional¹⁰⁰. De esta forma se tiene que este mecanismo es procedente de manera excepcional y restrictiva, ello en razón de la necesidad de respetar el principio de cosa juzgada y de preservar la seguridad jurídica, la autonomía e independencia de la actividad jurisdiccional del Estado, así como el sometimiento general de los conflictos a las competencias ordinarias de cada juez¹⁰¹.

Igualmente, se debe reseñar que frente a la garantía de los derechos y libertades fundamentales de las personas, no basta que en los procesos se emitan decisiones definitivas y se ordene su salvaguarda, sino que se hace indispensable ejecutar dichos fallos judiciales para así garantizar la efectiva protección de los derechos¹⁰², pues de nada sirve obtener una decisión judicial si a la misma no se le da cumplimiento.

Este estándar tiene su fundamento en la CADH en su artículo 25.2 literal c), precepto a través del cual los Estados miembros se obligan a garantizar el cumplimiento íntegro de las sentencias, obligación que la jurisprudencia interamericana ha denominado como el principio de tutela judicial efectiva en la ejecución de fallos¹⁰³, señalando que la ejecución completa, perfecta, integral y sin demora de las decisiones judiciales debe ser tenida como parte integrante del derecho al acceso a la Justicia pues su no cumplimiento genera su vulneración¹⁰⁴.

100 Al respecto se puede ver: Corte Constitucional, 19 de mayo del 2005, sentencia T-590, la cual indica como causales específicas para la procedencia de la tutela contra providencia judiciales, las siguientes: "(i) Orgánico: referido a la absoluta falta de competencia del funcionario judicial para proferir la providencia impugnada; (ii) Procedimental absoluto: que se origina cuando la autoridad judicial actúa por fuera del margen del procedimiento establecido; (iii) Fáctico: generado en la actuación del juez sin el apoyo probatorio que permite aplicar el supuesto legal en el que fundamenta la decisión; (iv) Material o sustantivo: que atañe a los casos en los cuales la autoridad judicial adopta la decisión con base en normas inexistentes o inconstitucionales, o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión; (v) Error inducido: que surge cuando el juez fue víctima de un engaño por parte de terceros, que conduce a que produzca una decisión que vulnera derechos fundamentales; (vi) Decisión sin motivación: atinente al incumplimiento por parte del juez de dar cuenta de los argumentos de hecho y de derecho en los que funda sus decisiones, que precisamente es donde reposa su legitimidad funcional; (vii) Desconocimiento del precedente: que ocurre, por ejemplo, cuando la Corte Constitucional fija el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una ley restringiendo sustancialmente dicho alcance y (viii) Violación directa de la Constitución".

101 Corte Constitucional, 17 de abril del 2015, sentencia T-184, considerando No. 3.

102 Corte Constitucional, 16 de mayo del 2013, sentencia T-283, considerando No. 2.4.2.1.

103 Corte IDH. *Caso Mejía Idrovo vs Ecuador (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)*, sentencia de 5 de julio de 2011, párr. 90; y Corte IDH, *Caso Acevedo Jaramillo y otros vs Perú (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)*, sentencia de 7 de febrero de 2006, párr. 216

104 Corte IDH. *Caso Baena Ricardo y otros vs Panamá (Fondo, Reparaciones y Costas)*, sentencia de 28 de noviembre de 2003, párr. 82 y Corte IDH, *Caso Mejía Idrovo vs Ecuador (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)*, sentencia de 5 de julio de 2011 párr. 105.

Sobre este punto la Corte IDH ha indicado que la ineficacia de un recurso es equivalente a la inexistencia del mismo¹⁰⁵, lo cual ha sido señalado igualmente por la jurisprudencia constitucional colombiana que indica que “sin el elemento de eficacia (...) las garantías procesales perderían toda su significación sustancial, ya que serían el desarrollo de actuaciones sin ninguna consecuencia en el aseguramiento de la protección y eficacia de otros derechos, convirtiéndose en una simple mise-en-scène desprovista de significado material dentro del ordenamiento jurídico, en cuanto inoperante para la protección real de los derechos fundamentales de las personas”¹⁰⁶.

Así pues, el cumplimiento integral y oportuno de los fallos judiciales resulta esencial, además, para sostener el principio democrático y los valores del Estado Social de Derecho, pues la pérdida de respeto y acatamiento a las determinaciones de los jueces es un signo inequívoco de la decadencia institucional y del debilitamiento de la democracia. Es por esto que esta forma de desestabilización del sistema jurídico debe ser sancionada, por lo que ante esta situación cabe la acción de tutela como mecanismo protector de los derechos fundamentales que, como consecuencia, puedan resultar afectados¹⁰⁷. Así, es evidente la obligación constitucional y legal de ejecutar las sentencias en firme.

Sin embargo, existen ocasiones sui generis en las que asegurar “*la vigencia de un orden justo*” (CP art. 2), puede significar no acatar una decisión judicial o hacerlo de forma parcial, pues se puede presentar la imposibilidad física o jurídica de llevar a cabo la orden original, aunque no se puede tratar de una simple inconformidad o diferencia con la decisión judicial, sino que debe tratarse de una auténtica imposibilidad de cumplimiento, para lo cual deberán valorarse los siguientes puntos:

i- Motivación: el funcionario o entidad pública tiene que presentar los argumentos por los cuales considera que le es imposible dar cumplimiento a la decisión judicial. Su inconformidad no puede permanecer en el fuero interno, sino ser debidamente comunicada a las personas interesadas.

ii- Notoriedad: La imposibilidad fáctica o jurídica de dar cumplimiento a la decisión judicial ha de ser notoria. Por ejemplo, porque la orden contradice manifiestamente una disposición constitucional.

105 Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez vs Honduras (Fondo)*, sentencia de 29 de julio de 1988, párr. 66.

106 Corte Constitucional, 12 de junio del 2012, sentencia T-431, considerando No. 5.

107 Al respecto se puede ver al caso estudiado por la Corte Constitucional en la sentencia T-1686-00, donde por vía de tutela se da protección a los derechos al debido proceso y al acceso a la administración de justicia ordenando dar cumplimiento a la Sentencia del 18 de mayo de 1999, proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral, por la cual se desató el recurso de homologación.

iii- Grave amenaza: el servidor que objeta el cumplimiento de una providencia judicial debe explicar en qué medida la ejecución de la decisión acarrearía un inminente y grave daño al ordenamiento jurídico o a algún derecho fundamental en particular. De este modo, el simple desacuerdo moral, técnico o administrativo no justifica el incumplimiento.

iv- Facultad legal: el servidor debe canalizar su inconformidad a través de los recursos y mecanismos que la propia ley le ha otorgado. No es aceptable que los funcionarios públicos diseñen mecanismos *ad-hoc* para oponerse al cumplimiento de decisiones judiciales.

v- Oportunidad: La oposición al cumplimiento debe realizarse oportuna y ágilmente, de manera tal que no sirva como excusa para justificar la desidia o la mora en el acatamiento de la orden judicial.

vi- Contradicción: el trámite de oposición debe respetar las garantías básicas del debido proceso, especialmente la participación de las personas o autoridades afectadas por el incumplimiento¹⁰⁸.

Finalmente, es importante precisar que una vez realizada la labor investigativa desplegada por el grupo de trabajo no se logró encontrar políticas públicas relacionadas específicamente con este estándar, sin embargo, se considera que con los mecanismos antes descritos, aunado a las garantías procedimentales y sustanciales analizadas ya anteriormente, se logra consolidar el fortalecimiento del presente estándar, el cual, como se observó, busca la eficacia de los recursos judiciales a través de las decisiones de fondo. Es decir, una sentencia que cumpla con los presupuestos necesarios para garantizar la protección a los derechos fundamentales de las partes así como la garantía del cumplimiento de la misma.

3.5. La existencia de mecanismos alternativos de solución de conflictos

El contenido del derecho de acceso a la Justicia en Colombia parte de una construcción jurisprudencial que lo diseña como amplio y complejo, implicando que su ejercicio no se agote con la posibilidad de acudir ante los instrumentos de justicia que formalmente se encuentran previstos para desarrollar un proceso judicial, sino que comprende también la posibilidad de acudir a los mecanismos alternativos de solución de conflictos –en adelante MASC- tal y como se desprende del artículo 116 de la Constitución, donde se estipula que los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en condición de

108 Al respecto se puede ver la sentencia de la Corte Constitucional T-488 del 2014 donde se analiza la imposibilidad de cumplir con la orden original de reintegro al cargo de trabajo de la accionante por la inexistencia del mismo, por lo que se decide que el pago de la indemnización resultaba suficiente para dar por satisfecha la orden proferida por el juez administrativo.

conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, mecanismos alternativos de solución de conflictos, que en todo caso pueden ser ampliados por el legislador, conforme lo ha señalado la Corte Constitucional¹⁰⁹.

Los MASC han sido considerados por la Corte Constitucional como una solución a “las condiciones de tiempo, modo o lugar que han limitado el derecho de acceder a la justicia” que responde a problemas como la lentitud de los procesos judiciales, el excesivo formalismo de los mismos o el problema del carácter adversarial de los conflictos¹¹⁰. Desde este punto de vista, el tribunal constitucional reconoce que los MASC pueden llegar a contribuir al descongestionamiento de la administración de justicia formal, lo que genera la eficacia, celeridad y efectividad de la justicia y materializa los principios de democracia y participación, en cuanto permite que sean los particulares quienes colaboren en la administración de justicia y en la solución de sus propios conflictos¹¹¹, resumiendo su importancia en los siguientes términos: (i) Buscan hacer efectivo los fines constitucionales como lo es la convivencia pacífica; (ii) Permiten que los interesados participen directamente en la resolución de los conflictos, como manifestación del principio democrático; (iii) Es una forma de hacer efectivo el derecho de acceso a la administración de justicia; y (iv) Es un buen mecanismo para lograr la descongestión judicial, sin que sea su único fin o su fin esencial¹¹². Así, “más que medios para la descongestión judicial, son instrumentos para garantizar el acceso efectivo a la justicia y promover la resolución pacífica de los conflictos.”¹¹³.

No obstante lo anterior, la Corte Constitucional se ha cuestionado hasta qué punto la ley puede obligar a una persona a renunciar acceder a la administración para que resuelva su conflicto por medio de un MASC, llegando a la conclusión de que se debe reconocer el derecho que tiene toda persona a acceder a la administración de justicia, por lo que el estímulo legal a la utilización de los MASC no puede llegar a tal extremo que bloquee o afecte desproporcionadamente la posibilidad de que esas personas puedan elevar sus controversias al conocimiento de los jueces¹¹⁴. En efecto, en la sentencia C-330 del 22 de marzo de 2000, la Corte Constitucional consideró que la existencia de la justicia arbitral como una manifestación de un MASC no podía desconocer los derechos fundamentales de las partes frente a su derecho de acceso a la Justicia, resaltando que los MASC no son una figura privilegiada frente a la fun-

109 Corte Constitucional, 17 de abril de 2013, sentencia C-222, considerando No. 4.2.

110 *Ibid.*

111 Corte Constitucional, 17 de marzo de 1999, sentencia C-163, considerando No. 4.

112 Corte Constitucional, 17 de abril de 2013, sentencia C-222, considerando No. 4.2.

113 Corte Constitucional, 15 de noviembre de 2001, sentencia C-1195, considerando No. 4.3.

114 *Ibid.* Ver también Corte Constitucional, 22 de marzo de 2000, sentencia C-330, considerando No. 3.1.

ción permanente del Estado de administrar justicia, ni mucho menos que ésta sea reducida o sustituida¹¹⁵.

En este sentido, se puede resaltar cómo en reiterada jurisprudencia la Corte Constitucional ha señalado que en cuanto el derecho de acceso a la Justicia es fundamental, los acuerdos a los que lleguen los particulares que restrinjan este derecho se encuentran proscritos por la Constitución, ya que prohibirían absolutamente la posibilidad de las personas de acudir a la justicia ordinaria, imposibilitando el acceso a la jurisdicción¹¹⁶. Por esta razón, ha resaltado que la concordancia constitucional de estos mecanismos depende de las limitaciones que los mismos impongan frente al acceso a la Justicia, afirmándose que las mismas no pueden ser irrazonables ni desproporcionadas¹¹⁷. Por lo tanto, la justicia formal como los MASC deben facilitar la solución pacífica de los conflictos y asegurar de manera efectiva el goce de los derechos, como exigencia del derecho de acceso a la Justicia de la que gozan todas las personas en Colombia¹¹⁸.

Es por esta razón, que los MASC en cuanto contribuyen a la efectividad del derecho fundamental de acceso a la Justicia se constituyen en una prestación a cargo del poder público, lo que conlleva que su prestación deba ser efectiva y permanente, como presupuesto para garantizar ese derecho fundamental. Así lo ha reconocido la Corte Suprema de Justicia, la cual amparó el derecho de acceso a la Justicia de un ciudadano que solicitó audiencia de conciliación ante la Defensoría del Pueblo y ésta entidad no prestó el servicio solicitado, argumentando no contar con el recurso humano idóneo, sin tener en cuenta que la falta de ese servicio le impedía al ciudadano demandar, toda vez que la conciliación es un requisito de procedibilidad para la acción ordinaria civil, por lo que el órgano judicial resolvió tutelar su derecho, bajo el argumento de que la conciliación es una forma de administración de justicia y la excusa de la Defensoría del Pueblo de no contar con personal para abstenerse de sus deberes, no es de recibo pues es su responsabilidad disponer de los medios necesarios y en su defecto solicitar ayudas administrativas para el cabal cumplimiento de sus funciones¹¹⁹.

Bajo la anterior perspectiva, se debe reseñar además que el Estado colombiano se ha ocupado del desarrollo de políticas públicas que han tenido como uno de sus objetivos el fortalecimiento de los MASC como garantía del derecho a la justicia de las personas en Colombia. En

115 *Ibíd.*

116 Corte Constitucional, 17 de marzo de 1999, sentencia C-163, considerando No. 3.

117 Corte Constitucional, 17 de abril de 2013, sentencia C-222, considerando No. 4.2.

118 *Ibíd.*

119 Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal, 28 de mayo de 2010, sentencia con radicado 48016. Considerando No. 4.

esta línea se encuentra la Estrategia Nacional de Derechos Humanos 2014-2034 ya referenciada, que dentro de su componente de justicia se ha ocupado del impulso a la implementación de los MASC, resaltado que dichos mecanismos además de contribuir a facilitar una respuesta justa a las controversias ayuda a la descongestión judicial y a disminuir hechos que den origen a la necesidad de iniciar actividades de investigación, juzgamiento y sanción. Asimismo, el Portafolio de Justicia para la Reconciliación¹²⁰, el cual a partir de los 26 proyectos liderados por el Ministerio de Justicia y del Derecho, dentro del eje temático de acceso a la Justicia, se ocupa de la promoción y la utilización de los MASC como instrumento para acercar la justicia a las personas en Colombia, especialmente a través del Fortalecimiento del Modelo de Casas de Justicia entendidos como centros interinstitucionales en donde convergen entidades de distinto orden, a saber Fiscalía, Defensoría, Medicina legal, Ministerio del trabajo, ICBF y la justicia comunitaria (conciliadores en equidad).

En la concreción de estas políticas, en especial en la implementación de los MASC, se debe destacar el anuncio del Ministerio de Justicia y del Derecho sobre la reforma a la Ley 640 de 2001 “Por la cual se modifican normas relativas a la conciliación y se dictan otras disposiciones” y la creación de un nuevo estatuto para la conciliación, con el que se pretende: a) eliminar trámites complejos para que la conciliación tenga un uso más rápido, expedito y eficaz por parte de los ciudadanos, especialmente en la conciliación administrativa; b) la ampliación de la gama de conflictos que se pueden tramitar por medio de la conciliación y, c) llevar el servicio de conciliación a las poblaciones más vulnerables.

Igualmente, la construcción de una Política Pública de incentivos para los conciliadores en equidad, en especial líderes comunitarios que ejercen como administradores de justicia para solucionar conflictos y estimular la convivencia pacífica. Estos incentivos serán de carácter moral y simbólico que se materializarán en descuentos en instituciones de educación pública técnica, tecnológica y profesional; acceso prioritario a programas de vivienda subsidiada y proyectos productivos; y condecoraciones o menciones, y la conformación de un Sistema de Información de la Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición (SICAAC), que permitirá adelantar y unificar labores de registro, reporte, consulta, análisis y gestión general de la información relacionada con la operación de este tipo de métodos, así como una estadística más amplia y confiable.

120 MINISTERIO DE JUSTICIA – Políticas Públicas “JUSTICIA PARA LA RECONCILIACIÓN” - Seguimiento y Evaluación a Proyectos Especiales del Ministerio de Justicia y del Derecho
< <http://www.minjusticia.gov.co/Portals/0/Ministerio/seguimineto/index.html> > [Fecha de última visita 25-04-2016].

3.6. Adecuada formación de los operadores de justicia

La idoneidad de los jueces en el ejercicio de su función judicial se constituye como uno de los estándares esenciales para que el acceso a la Justicia se cumpla de manera íntegra y en condiciones de igualdad. Por lo anterior, cabe destacar tres aspectos esenciales en cuanto a la preparación del operador judicial: i) requisitos mínimos para la postulación al cargo como juez o magistrado de las distintas corporaciones de la Rama Judicial, ii) la capacitación de los mismos, y finalmente iii) el cargo en Carrera Judicial como garantía de la eficacia de su gestión.

Los requisitos para acceder al cargo de operadores judiciales se encuentran regulados por la ley estatutaria 270 de 1996, donde se determinan los requisitos generales¹²¹ y del mismo modo se legisla sobre los requisitos específicos de acuerdo con el cargo del aspirante. En este sentido, vale aclarar que si bien dichos requisitos determinan las competencias mínimas que deben tener los jueces, los concursos de méritos agregan requisitos adicionales con el objeto de acreditar el conocimiento específico del área específica del aspirante al cargo.

Por otra parte, la capacitación de los operadores judiciales se encuentra regulada por el artículo 176 de la ley en cita, otorgando facultad a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la judicatura para promover la capacitación y actualización de los funcionarios y empleados de la Rama Judicial, estableciendo como parámetros de capacitación que, **i)** Quien sea nombrado por primera vez para desempeñar cualquier cargo de la Rama Judicial deberá adelantar hasta por tres meses un curso de inducción en administración judicial, el cual conllevará la práctica que se adelantará en un despacho judicial bajo la supervisión del funcionario o empleado de mayor jerarquía en el despacho **ii)** Quienes no hayan tomado cursos de especialización, maestría o doctorado, deberán cuando menos cada dos años tomar un curso de actualización judicial con una intensidad no menor a 50 horas **iii)** Cada tres años tomar cursos de actualización en su gestión judicial.

Del mismo modo, en cuanto a la capacitación de los jueces y magistrados, el artículo 177 de la ley en mención, constituyó como centro de formación inicial y continuada de funcionarios y empleados al servicio de la Administración de Justicia La Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”. Por otra parte, en la “Estrategia Nacional Para la Garantía de los Derechos Humanos 2014-2034”, el lineamiento No. 3 “Estrategias, mecanismos y acciones para la garantía del acceso a la justicia,

121 Artículo 127: [Requisitos generales para el desempeño de cargos de funcionarios de la rama judicial. Para ejercer cargos de Magistrado de Tribunal, Juez de la República o Fiscal, se requieren las siguientes calidades y requisitos generales: 1. Ser colombiano de nacimiento y ciudadano en ejercicio y estar en pleno goce de sus derechos civiles; 2. Tener título de abogado expedido o revalidado conforme a ley, salvo el caso de los Jueces de Paz; y, 3. No estar incurso en causal de inhabilidad o incompatibilidad], Ley 270 de 1996.

el debido proceso y el trato digno y diferencial en sede judicial y administrativa para grupos y poblaciones discriminadas”, la estrategia 3.1 establece el deber de Implementar programas de formación y sensibilización a operadores de justicia en los asuntos relativos a la igualdad y la no discriminación.

Ahora bien, la carrera judicial es otra de las garantías que el Estado otorga a los ciudadanos en cumplimiento de la idoneidad que deben poseer los jueces y magistrados de la República, reglamentada mediante el capítulo II de la Ley 270 de 1996. Según la anterior, la carrera judicial se basa en el carácter profesional de funcionarios y empleados, en la eficacia de su gestión, en la garantía de igualdad en las posibilidades de acceso a la función para todos los ciudadanos aptos al efecto y en la consideración del mérito como fundamento principal para el ingreso, la permanencia y la promoción en el servicio¹²². Así pues, la carrera judicial se constituye como una garantía de idoneidad de los funcionarios públicos de la Rama judicial para los ciudadanos, siendo el concurso de méritos consagrado en el artículo de la Ley 270 de 1996 uno de los parámetros que permite estimar, medir y delimitar el conocimiento de los jueces y magistrados aspirantes al cargo en cuestión.

Finalmente, en diciembre de 2015 se realizó el último concurso para proveer cargos de jueces y magistrados a nivel nacional, al respecto según informe del Consejo Superior de la Judicatura, solo 1.341 aspirantes de los 27.690 que se presentaron al concurso aprobaron el examen, lo que en términos porcentuales se traducen en un 6.5% de aspirantes que superaron los conocimientos mínimos exigidos por el concurso. Pues bien, a manera de conclusión, teniendo en cuenta el alto porcentaje de operadores de justicia en cargos de provisionalidad y el mínimo porcentaje de aprobación del concurso de méritos para los cargos en carrera, preocupa la capacidad e idoneidad de los jueces, puesto que la naturaleza misma de la provisionalidad no garantiza la preparación de los Funcionarios Públicos de la Rama Judicial, así como su independencia en la toma de decisiones.

A modo de conclusión

En la presente investigación se puede observar cómo el acceso a la Justicia adquiere su significado específico dentro del ordenamiento jurídico colombiano al ser dilucidado por medio del análisis de sus elementos configuradores (estructura, titularidad, función, contenido,

122 Artículo 156. Fundamentos de la Carrera Judicial. La carrera judicial se basa en el carácter profesional de funcionarios y empleados, en la eficacia de su gestión, en la garantía de igualdad en las posibilidades de acceso a la función para todos los ciudadanos aptos al efecto y en la consideración del mérito como fundamento principal para el ingreso, la permanencia y la promoción en el servicio, Ley 270 de 1996.

ejercicio, límites, garantías y posible suspensión), a partir de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de la Corte Constitucional colombiana, así como de la jurisprudencia de otras altas Cortes colombianas como el Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia.

Con base en los elementos configuradores del derecho fundamental de acceso a la Justicia, se delimitaron las condiciones que deben ser garantizadas por el poder público para que no se afecte el marco constitucional multinivel de este derecho, debiéndose asegurar –entre otras situaciones- el acceso a la justicia de todas las personas en condiciones de igualdad, sin obstáculos o discriminación alguna, contando con recursos idóneos, sencillos, rápidos, efectivos y eficaces para que se logre llegar a una decisión de fondo, en un término prudencial y sin dilaciones injustificadas, con pleno respeto al debido proceso, logrando que en todo caso la autoridad competente decida de fondo sobre las pretensiones que se eleven y que dicha decisión sea cumplida materialmente por medio de mecanismos idóneos, y que exista una adecuada formación de los operadores de la administración de justicia frente al contenido del derecho de acceso a la Justicia.

Estos elementos se han ido delimitando del análisis constitucional multinivel del derecho de acceso a la Justicia, lo que sin lugar a dudas permite tener certeza sobre el contenido del derecho fundamental, el cual será exigible directamente ante las autoridades públicas y promocionado y garantizado por éstas. En este sentido, se resalta que la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha desarrollado los elementos que configuran el derecho de acceso a la Justicia por medio de un lineamiento jurisprudencial que claramente se encuentra dentro de los linderos de la Convención Americana y los lineamientos jurisprudenciales de la Corte Interamericana, lo que ha facilitado que en el desarrollo de la investigación se hayan establecido cuáles son esos estándares de protección del derecho de acceso a la Justicia que el poder público debe garantizar para no vulnerar o hacer nugatorio el mismo.

Al respecto, se debe resaltar que si bien la hipótesis planteada en el Anteproyecto de la presente investigación sostenía que los estándares de protección del contenido del acceso a la Justicia no estaban delimitados y eso propiciaba precisamente su falta de efectividad, se logró determinar en el desarrollo de la investigación que entre la jurisprudencia de la Corte Constitucional y la de la Corte Interamericana existen importantes puntos de encuentro, que constituyen lineamientos jurisprudenciales que permitieron efectuar una delimitación metodológica de los estándares de protección de su contenido, no solo en el contexto interamericano sino en el nacional, contribuyendo de manera significativa en la construcción de un acervo regional sobre el derecho de acceso a la Justicia.

Por lo tanto, se debe aclarar frente a la hipótesis planteada inicialmente, que si existen lineamientos jurisprudenciales nacionales, conforme al estándar interamericano, que pueden guiar tanto la actividad legislativa como el desarrollo de políticas públicas en materia de acceso a la Justicia en Colombia, pero era necesaria una delimitación de esos lineamientos, que sirvieran como herramienta para el respeto y garantía de este derecho, no solo frente a las autoridades públicas sino frente a los particulares.

Para el caso colombiano, se encontró que ha habido un interesante desarrollo de políticas públicas destinadas a la garantía del derecho de acceso a la Justicia. Dentro de esas medidas, la existencia de Documentos de Políticas Públicas “CONPES” para la garantía del derecho a la justicia de colectivos específicos como las mujeres o la comunidad LGBTI; la expedición de la Ley Estatutaria 1618 de 2013 para la garantía del acceso a la Justicia de las personas con discapacidad y la Ley 1448 de 2011 “por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones”, constituyen instrumentos importantes que ayudan en la protección y garantía del contenido de ese derecho fundamental. Así también, se encontraron políticas públicas que son transversales a todos los elementos que componen el contenido del acceso a la Justicia y que desarrollan en alguna medida los estándares de protección identificados en la presente investigación, tales como la Estrategia Nacional para los Derechos Humanos 2014-2034; el Portafolio de Justicia para la Reconciliación, liderado por el Ministerio de Justicia y la Política Pública que desde el Gobierno se está desarrollando, direccionada a la reforma de la Ley 640 de 2001 para el fortalecimiento de la conciliación como Mecanismo Alternativo de Solución de Conflictos.

Es necesario reseñar que las políticas públicas identificadas se constituyen en medidas escalonadas y no definitivas que pueden ayudar a garantizar ciertos elementos del contenido de ese derecho fundamental, pero que aún dejan por fuera la garantía de otros elementos importantes que hacen parte de los estándares de protección que se han identificado. Por ejemplo, una política destinada a la adecuada formación de los jueces y la garantía de su independencia por medio de sus nombramientos en carrera y no en la provisionalidad en la que se encuentra un número importante de ellos, o una política pública destinada a la garantía de un procedimiento sin dilaciones ante la objetiva mora judicial que presentan las resoluciones de casos en el sistema judicial colombiano. Además, en el análisis jurisprudencial de las cortes nacionales, se evidenció que las autoridades colombianas continúan afectando el derecho de acceso a la Justicia, particularmente en cuanto a su acceso diferencial. Frente a esta situación, se apreció que la protección del derecho se materializa por medio de la Acción de Tutela, como garantía judicial por excelencia para la protección de los derechos fundamentales.

De esta manera, es claro que aún falta un mayor desarrollo de políticas públicas transversales frente a la garantía y protección del derecho de acceso a la Justicia de las personas en Colombia, que además sea consecuente con los estándares de protección de ese derecho fundamental, radicando en esta situación la importancia de la delimitación metodológica de su contenido, la cual contribuye no solo al diseño de políticas públicas -que en Colombia han estado asociadas a una iniciativa preponderantemente gubernamental- sino que contribuye a la defensa y protección del derecho, por medio de su exigibilidad por parte de las personas, imponiendo límites a la actuación del poder público y a la acción de los particulares. Bajo la anterior perspectiva, se considera que un adecuado diseño de políticas públicas, enfocado en los elementos que componen el contenido de derecho de acceso a la Justicia y direccionado a la garantía del estándar de protección del mismo, permitirá la efectividad de este derecho.

En síntesis, la delimitación de los estándares de protección del contenido del derecho de acceso a la Justicia, a partir de un análisis multinivel del mismo, permite contar con unos lineamientos claramente identificados que deben ser respetados, garantizados y promocionados a nivel no solo legislativo sino gubernamental por medio de la implementación de políticas públicas, las cuales, en todo caso, deberán contar con la participación de la sociedad civil.

Finalmente, es necesario resaltar que el desarrollo jurisprudencial que ha tenido el Derecho de acceso a la Justicia en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, acoge una concepción enfocada en considerar que la garantía de los derechos fundamentales de los ciudadanos se encuentra directamente relacionada con las decisiones judiciales y la capacidad de los jueces para protegerlos efectivamente (garantía jurisdiccional), sin que se observe que este derecho haya sido concebido como instrumento que faculte o empodere a sus titulares para exigir directamente el efectivo cumplimiento de sus derechos y libertades fundamentales al poder público, lo que no ha permitido la construcción de un concepto de justicia distributiva que se realice frente al poder público (administración) y no únicamente una justicia que se encarna en la administración de justicia, fungiendo ésta como única garantía eficaz de los derechos.

Aunque el objeto de este trabajo -por el enfoque eminentemente jurisprudencial destinado a la construcción del contenido del derecho de acceso a la Justicia- no pretendió ni tuvo por objeto ahondar en la anterior consideración, sí es importante tener presente que el derecho de acceso a la Justicia tal y como se ha desarrollado conceptualmente por la Corte Constitucional y por la jurisprudencia de la Corte Interamericana, se comporta más como una garantía jurisdiccional de los derechos fundamentales -posiblemente por su estrecha conexión con las garantías del Debido Proceso- destinada a tutelar o reparar las violaciones que puedan producirse a los mismos, que como un derecho público subjetivo que otorgue facultades a

los ciudadanos frente al poder público para exigir el efectivo disfrute de sus derechos y libertades, lo que ha generado que se reste importancia al ámbito de exigibilidad ciudadana de los derechos. Lo anterior, atendiendo a la doble función –prestacional y configuradora de pretensiones frente a los poderes públicos y a los particulares– que el derecho de acceso a la Justicia asume en el constitucionalismo multinivel colombiano.

Sin embargo, esta última consideración no tiene su respuesta concreta en esta investigación pero sí es un tema que será punto de partida para trabajos posteriores.

El desarrollo del acceso a la Administración de Justicia en Colombia: una visión comparativa entre la jurisprudencia de las altas cortes colombianas y los estándares interamericanos en esta materia

Juliana Sánchez Vallejo¹

Resumen

El acceso a la Administración de Justicia cobra vital importancia en los Estados contemporáneos ya que su materialización permite, al mismo tiempo, que otro conjunto de derechos puedan ser garantizados. Ahora bien, no puede desconocerse que a éste se le ha dado un contenido y alcance que varía de acuerdo al Estado desde el que sea examinado. Por lo anterior, a través de la presente investigación se pretende brindar un aporte inicial para la construcción de un acervo regional en materia de acceso a la Justicia a través de la examinación de un caso particular. De esta forma, se abordará el desarrollo que el derecho en mención ha tenido en Colombia, especialmente desde la óptica de sus altas cortes, perspectiva a partir de la cual se analizará la acogida de los estándares establecidos en esta materia por la Corte IDH, lo que llevará a concluir que las cortes colombianas han adoptado e incluso ampliado los estándares mínimos en acceso a la Justicia.

1 Abogada egresada de la Universidad La Gran Colombia Seccional Armenia. Magíster (C) en Derecho Procesal Constitucional de la Universidad Nacional de Lomas de Zamora, Argentina. Especialista (C) en Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario de la Universidad Externado de Colombia. Miembro de la Asociación Colombiana de Derecho Procesal Constitucional. Miembro Honorario del Centro Iberoamericano de Investigaciones Jurídicas y Sociales. Investigadora Ad honorem del Instituto Colombiano de Derechos Humanos. Docente investigadora de la Universidad La Gran Colombia Seccional Armenia dentro del grupo de investigación de Derecho, Estado y Ciudadanía. Email: sanchezvaljulianna@miugca.edu.co

Introducción

"Ante la Ley hay un guardián. A ese guardián llega un campesino que pide ser admitido a la Ley. Pero el guardián le responde que en ese momento no puede permitirle la entrada. El hombre reflexiona y pregunta si luego podrá entrar. "Es posible", dice el guardián, "pero no ahora"².

Este breve fragmento del texto "Ante la Ley" de Franz Kafka, ilustra cómo los problemas de acceso a la justicia no han sido flagelos recientes, se trata de vicisitudes que se han presentados en diferentes contextos, lugares y personas, pero que aún hoy persisten. A casi un siglo de la muerte de Kafka, las preocupaciones transmitidas en su breve pero contundente cuento siguen vigentes.

Es por esto que los Estados han sido conscientes de la necesidad de brindar a sus asociados recursos y mecanismos a través de los cuales puedan solucionar sus conflictos, pues resulta claro que uno de los fines estatales -que justifica su creación y legitima sus actuaciones³- es el de asegurar la convivencia pacífica en su territorio⁴.

La preocupación en torno al sinnúmero de circunstancias históricas que redundaron en negación al acceso a la justicia no solo conllevó a que los Estados plasmaran dentro de sus Cartas Políticas disposiciones normativas tendientes a garantizar a sus habitantes tal derecho, sino que también ha sido objeto de inquietud en la comunidad internacional y en organismos internacionales que lo han estudiado y han promovido su respeto, protección y garantía. Así, encontramos a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH), que haciendo una interpretación sistemática de la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante CADH) reconoce la existencia e importancia del acceso a la justicia como base fundamental para el Estado democrático de derecho⁵. Con el paso de los años, a través de la jurisprudencia interamericana se irían consolidando una serie de estándares⁶ en esta materia,

2 Traducción libre extraída del epílogo de: Uprimmy Yepes, Rodrigo et al. (2014) *Ante la justicia. Necesidades jurídicas y acceso a la justicia en Colombia*. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia. Disponible en http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.665.pdf

3 Naranjo Mesa, Vladimiro (2006). *Teoría constitucional e instituciones políticas*. Editorial Temis S.A. Décima Edición. Bogotá, Colombia, p.p. 152 y s.s.

4 Así también queda plasmado en la Constitución Política de Colombia en su artículo segundo.

5 Corte IDH, *Caso Yatama vs Nicaragua*, Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 23 de junio de 2005.

6 Respecto al concepto de estándar y su establecimiento por parte de la Corte IDH, resulta importante precisar que no es un tema pacífico en la doctrina, no obstante, para efectos de la presente investigación se entenderá que tal término hace referencia a los parámetros mínimos que deben ser aplicados por los Estados a fin de garantizar la plena vigencia de las disposiciones de la CADH y de los derechos humanos; parámetros que, en todo caso, deben haberse planteado reiterativamente por parte de la Corte IDH para ser considerados como un estándar.

los cuales señalarían una serie de "mínimos", cuyo acogimiento por parte de los Estados se torna esencial para la salvaguarda real de los derechos humanos.

No obstante, la recepción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos no se presenta de manera homogénea en las Américas, su prontitud y profundidad ha variado de Estado en Estado, por lo que la revisión de la recepción y desarrollo del acceso a la justicia en cada país se ve ampliamente justificada, permitiendo a la par encontrar elementos comunes -a nivel normativo, judicial y de políticas públicas- que conlleven a la consolidación de un acervo regional en esta materia.

Por otra parte, aunque la Corte IDH ha examinado el acceso a la justicia, es frecuente ver que este término despierta confusiones, pues su contenido y alcance puede ser impreciso y en esa medida definirlo, en muchos momentos, lleva a nociones demasiado amplias y ambiguas, cuyos significados, en palabras de Silvina Ramírez "distorsionan y a veces hasta diluyen la importancia del tema"⁷. Precisamente una muestra de las diversas posiciones que despierta este concepto se encuentra en la doctrina, desde donde se le ha definido de múltiples formas. Así, por ejemplo, como un principio valor que requiere "de los implementos jurídicos y de los dispositivos institucionales para lograr su concreción en las relaciones sociales"⁸; como derecho, en un sentido general, es visto como "la posibilidad que tiene toda persona de acceder a la administración de justicia"⁹. Desde una perspectiva amplia, Hannah Arendt se refiere al acceso a la justicia como "el derecho de toda persona a tener derechos"; su lógica es clara, si no es posible acudir ante una autoridad competente para la reclamación de los derechos vulnerados, es casi o igual que afirmar no tener ninguno. Por su parte, Mauro Cappelletti dice que "hay acceso a la justicia cuando el pueblo puede solucionar sus conflictos y ejercer sus derechos por medio del Estado"¹⁰, concepción que, en últimas, transmite en palabras diferentes la misma idea de Arendt. Muchas más consideraciones doctrinales y teóricas podrían ser abordadas, sin embargo, no se pretende en este breve escrito proponer un concepto de justicia o de acceso a la misma, pues tal encomienda rebaza la finalidad de esta investigación, pero se aspira, al menos, a realizar un acercamiento a la temática desde el punto de vista jurisprudencial, sentando una base para futuras indagaciones que, sin duda, son requeridas

7 PNUD - Silvina Ramírez (2005). *Apuntes sobre políticas de acceso a la justicia. Presentación del Manual de políticas públicas para el acceso a la justicia: América Latina y el Caribe*. Buenos Aires, Argentina.

8 Zapata Bello, Gabriel. (s.f.). *acceso a la justicia*. Consultado en línea en 5 de abril de 2016. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/92/23.pdf>

9 García Manrique R. (2011). *El acceso a la justicia como derecho*. Programa Regional de Apoyo a las Defensorías del Pueblo en Iberoamérica. Bogotá: Curso Derechos Humanos

10 Mauro Cappelletti y Bryant Garth (1996). *El acceso a la justicia. La tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivos los derechos*, México, FCE. P. 9.

en esta materia. No sobra mencionar que perspectivas teórico-jurídicas, antropológicas y sociológicas del tema objeto de estudio también son aproximaciones que deben realizarse con mayor ahínco a corto plazo.

De lo antes mencionado puede evidenciarse que el acceso a la justicia no ha sido totalmente delineado. En la doctrina abundan posiciones que le ponen y le restan contenido, no obstante, la necesidad de su materialización en los Estados es evidente, ya que pese a sus múltiples significados "el acceso efectivo a la justicia se puede considerar (...) como el requisito más básico -el 'derecho humano más fundamental'- en un sistema legal igualitario moderno, que pretenda garantizar y no solamente proclamar los derechos de todos"¹¹.

A lo dicho, se debe agregar que, como consecuencia de la imprecisión conceptual antes señalada, se han presentado confusiones entre el concepto estudiado y otras expresiones que, siendo similares, no son iguales, lo cual no ha sido óbice para que los ordenamientos jurídicos y la jurisprudencia de los distintos Estados los utilicen como si se tratara de una misma categoría conceptual. Así, pues, por la forma en la que son usados las nociones "acceso a la justicia", "acceso a la administración de justicia" y "administración de justicia" parecerían ser sinónimos -por lo menos en el caso colombiano-, sin embargo, la doctrina existente refleja que entre estos tres conceptos existen elementos comunes con finos matices que permiten su diferenciación¹².

Por lo anterior, para efectos de esta investigación, se entenderá que al hablarse de "administración de justicia" se hace referencia a "la actividad jurisdiccional del Estado que provee certeza, seguridad y defensa de las libertades o bien como el gobierno y la gestión de los tribunales"¹³, en esa medida puede llegar a ser catalogado como un servicio público o como una función pública, en directa relación con la organización y gestión del aparato jurisdiccional, que comprende una dimensión física, humana, técnica y tecnológica¹⁴. Por otro lado, se entenderá que el "acceso a la justicia" es la posibilidad real de las personas de dirimir pacíficamente sus conflictos y ver reivindicados sus derechos en caso de haber sido vulnerados.

11 Ibid., pp. 13.

12 Debe señalarse que, a nivel de Latinoamérica, el abordaje del acceso a la Justicia se ha dado desde una óptica eurocéntrica, es decir, se han tomado nociones europeas para abordar problemáticas latinoamericanas, lo cual permite entrever entre otras cosas la crisis de identidad que existe en esta parte del continente, así como el reto que se tiene de consolidar una visión de justicia desde nuestro propio contexto regional.

13 Héctor Fix Zamudio (1992). *Administración de justicia*, Diccionario Jurídico Mexicano, México, Porrúa- UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.

14 Acosta Alvarado, Paola. (2010). *Administración de justicia y acceso a la justicia: el actual plan sectorial de la Rama Judicial en Colombia*. Revista Derecho del Estado n° 24. Pp. 190.

Ahora bien, ¿cuál sería, entonces, la distinción entre “acceso a la justicia” y “acceso a la administración de justicia”? En general, podría afirmarse que el primer término es mucho más abarcador, toda vez que implicará no solo llevar las causas ante un juez para que las dirima, sino que, además, contará para el logro de la justicia con mecanismos no judiciales, es decir, con mecanismos alternativos de solución de conflictos. *Contrario sensu*, el segundo término es restrictivo, en la medida en que se circunscribiría la solución de pleitos al aparato jurisdiccional (administración de justicia).

La aclaración conceptual antes señalada realza la estrecha conexión entre “el acceso a la justicia” y la “administración de justicia”, pues tal como lo señala Araújo-Oñate, “el derecho fundamental de acceso a la justicia se relaciona con el servicio de administración de justicia y con la función de impartir justicia”, existe una relación de causa – consecuencia, dado que la administración de justicia se crea en razón del acceso a la justicia. De la misma manera, tal acceso no es materialmente realizable si no se crean los mecanismos y el aparato jurisdiccional que se encargue de resolver los conflictos.

Partiendo de las anteriores distinciones, y retomando la línea de los estándares interamericanos en materia de acceso a la justicia, es importante constatar el avance que los Estados tienen frente a este derecho, ya que, pese a no poseer una definición unívoca, su contenido ha venido siendo delineado por la Corte IDH. Para el caso concreto de esta investigación, se han centrado los esfuerzos en el contexto colombiano, donde se halla un panorama complejo donde la realidad socio económica, política, legal y judicial ofrece matices importantes para el estudio del acceso a la justicia. En este escrito, se abordará la temática desde una perspectiva jurisprudencial, teniéndose como propósito el análisis del desarrollo del acceso a la administración de justicia en Colombia, partiendo de la interpretación que le han dado sus altas cortes, en comparación con los estándares establecidos en esta materia por la Corte IDH, estableciéndose, entonces, si ha existido acogimiento de dichos estándares a nivel interno¹⁵.

Desde luego, antes de abordar la jurisprudencia, se hace necesario poner de presente el contexto jurídico de este derecho en Colombia, para lo cual se partirá de la identificación del origen histórico normativo del acceso a la administración de justicia, considerando su evolución constitucional, legal y de políticas públicas. Posteriormente, se examinará su con-

15 Se debe aclarar frente al propósito de este escrito que el mismo no pretende de manera directa la consolidación de un acervo regional en materia de acceso a la justicia sino tan solo un primer acercamiento a este derecho, identificando patrones, prácticas e interpretaciones judiciales -del contexto colombiano- que, al contrastarse con trabajos similares de otros Estados, permitan vislumbrar dicha consolidación. No obstante, para lo anterior, sin duda, se requerirá no solo nuevas investigaciones sino también el apropiamiento de estas temáticas a nivel de Latinoamérica.

tenido y alcance desde la óptica de la Corte Constitucional¹⁶, la Corte Suprema de Justicia¹⁷ y el Consejo de Estado¹⁸, para contrastar las prácticas judiciales y la interpretación dada por estas altas corporaciones frente a los estándares establecidos por la Corte IDH en este aspecto, concluyendo así qué tan amplio o escaso ha sido el desarrollo de este derecho de cara a los parámetros interamericanos.

Por último, no sobra hacer algunas precisiones metodológicas. Este breve documento es el resultado de una investigación jurídica y cualitativa, con un enfoque analítico, en la que se utilizaron dos instrumentos de recolección de información. Por un lado, un cuadro de síntesis de información, con el cual se buscaba relacionar los aspectos que permitieran identificar las providencias (la corporación que la profirió, número de radicación, magistrado ponente, fecha de la sentencia, acción impetrada, demandante, demandado y síntesis fáctica del caso). Por otro lado, se quiso precisar el estudio del acceso a la Administración de Justicia, para lo cual se crearon seis casillas, cada una correspondiente a una pregunta en relación con el posible contenido que podía desarrollar la providencia en relación con el derecho examinado, permitiéndose un ‘Sí’ o un ‘No’ para determinar si se acogió alguno de los aspectos que planteaban las preguntas, a saber: si la providencia estudiaba el acceso a la Administración de Justicia desde una fase pre procesal, procesal, o post procesal, y si se estudiaba alguna referencia doctrinal, de políticas públicas o de obstáculos para su realización.

De igual manera, se elaboró una ficha de comparación de estándares, que fue diligenciada con cada sentencia seleccionada y que buscaba dilucidar si consideraba – de manera expresa o tácita - algún parámetro interamericano. Cabe aclarar que, en el estudio de los estándares y la conformación de los criterios para elaborar las fichas de comparación y el análisis pertinente, se tomaron tres documentos como insumo teórico: el texto “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”, elaborado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. También “El derecho de acceso a la justicia en la jurisprudencia interamericana” de Paola Andrea Acosta y la Guía sobre el derecho de acceso a la justicia proporcionada por CEJA- GIZ. A partir de los parámetros interamericanos y su relación con el derecho interno colombiano, será factible hablar de un desarrollo amplio, en caso de haberse acogido y extendido los estándares; un desarrollo medio si se limitó la recepción de algunos y un desarrollo nulo de no encontrarse acogimiento de estos parámetros, los cuales serán abordados a profundidad en su momento.

16 Tribunal de cierre en la jurisdicción constitucional.

17 Tribunal de cierre en la jurisdicción ordinaria.

18 Tribunal de cierre en la jurisdicción contencioso administrativa.

En cuanto a las sentencias examinadas, se hizo una búsqueda en los portales web de cada alta corporación -y en sus correspondientes relatorías-, de donde se obtuvieron todas aquellas sentencias que hubieran tratado el acceso a la administración de justicia en los últimos años. No obstante, ante el inmenso volumen de providencias recolectadas, se realizó un muestreo intencional¹⁹ sobre las mismas, por lo que los cuadros de síntesis y las fichas comparativas se realizaron en ciento cincuenta sentencias –cincuenta por cada alta corte-. Además, aunque el análisis se fundamentó en el ejercicio antes mencionado, se consideraron también algunas otras providencias judiciales²⁰ que se vislumbraron relevantes para el objeto de estudio.

1. Origen histórico normativo del acceso a la administración de justicia

a. Evolución constitucional y legal

En Colombia, la Constitución Política de 1991 fue generadora de cambios significativos, tanto a nivel estatal como para la sociedad en general. Dentro de tales cambios, se encontraría la forma en la que era entendido el acceso a la Administración de Justicia, pues antes de la misma, las normas y acciones estatales se centraban -casi con exclusividad- en el servicio de administrar justicia, más que en el acceso a ésta. Así las cosas, tras el establecimiento de Colombia como República, las constituciones del siglo XIX²¹ se encargarían de organizar el Poder Judicial²², que estaría inicialmente en cabeza de la Corte Suprema de Justicia²³. De esta misma forma quedaría plasmado en la Constitución de 1886 -predecesora de la actual-, en la que, además, se volvería a incorporar en la estructura estatal al Consejo de Estado²⁴ -abolido

19 Un muestreo intencional consiste en la selección de una serie de elementos a partir del "uso de juicios y por un esfuerzo deliberado de obtener muestras representativas según el objeto de estudio". Giraldo Ángel, Jaime et al. (1999). *Metodología y técnica de la investigación socio jurídica*. Editorial Legis. Bogotá, D.C., pp. 118 y ss.

20 Se aclara que, en el contexto colombiano, una providencia judicial es un término general que abarca tanto autos como sentencias.

21 Para ampliar el contenido de las constituciones colombianas y en particular las expedidas durante el siglo XIX (1832, 1843, 1853, 1858, 1863 y 1886) ver Olano García, Hernán Alejandro. (2007). *Constitucionalismo histórico. Historia de Colombia a partir de sus constituciones y reformas*. Bogotá, Editorial Doctrina y Ley Ltda.

22 Mayorga García, Fernando. (2002). "La administración de justicia en Colombia". Revista credencial historia. Edición 148. Disponible en <http://www.banrepcultural.org/blaavirtual/revistas/credencial/abril2002/laadministracion.htm> [consultado por última vez el 3 de marzo de 2016].

23 Constitución Política de Colombia de 1886. Artículo 60.

24 Se aclara que el Consejo de Estado, en principio, no tuvo funciones jurisdiccionales, tan solo años después le fueron encomendadas, sin que exista duda al respecto en la actualidad por su establecimiento como tribunal máximo de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, tal como lo expone la Constitución de 1991.

en 1843-, aunque sus funciones como tribunal de lo contencioso administrativo no entrarían en plena vigencia sino hasta años después.

Señalaría, también que, a efectos de facilitar al pueblo “la pronta administración de justicia” se dividiría en Distritos Judiciales, donde deberían funcionar Tribunales Superiores (Artículo 153) y mencionaría algunos derechos en relación con la administración de justicia, entre otros: el derecho a no auto incriminarse (Artículo 25) y a ser juzgado bajo leyes preexistentes por un Tribunal competente, bajo las formas propias de cada juicio (Artículo 26).

Una dificultad que por aquella época atravesaba el Poder Judicial se circunscribía al ámbito administrativo, pues en tal sentido no era autónomo, dado que dependía del Ministerio de Justicia y, aunque esta situación mejoraría en la década de 1980²⁵, cuando se delegan algunas funciones a la Dirección de la carrera judicial, el cambio general en esta materia se daría con la Constitución de 1991.

Poco más se dijo al respecto para esta época. Por ello, según lo expusiera Ramírez Gómez, citado por Toscano López, la teoría del acceso a la justicia se desarrollaba a partir del derecho de petición, el cual sí había quedado enunciado en la Carta Constitucional de 1886 (Artículo 45); entendiéndose que el “derecho de acción” era una especie dentro del “genérico derecho fundamental de petición”, que implicaba para el Estado la obligación de dar una respuesta a quien elevaba su “petición” ante el Poder Judicial. Ello, como es lógico, precisaría de un desarrollo legislativo mínimo frente a la organización y responsabilidad de la Rama Judicial²⁶.

Con el establecimiento de la Constitución de 1991, se enriquecería el entendimiento del acceso a la Administración de Justicia por las reformas que introduciría este texto constitucional en relación con el de 1886, que permitiría, por ejemplo, que el Derecho Internacional Público, en particular el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, fuese considerado seriamente en el actuar estatal²⁷. De igual manera, se establecerían cambios en la estructura del Poder Judicial, como la creación de una jurisdicción constitucional presidida por una Corte

25 Corporación Excelencia en la Justicia (CEJ). (2013). *Aproximación a una década de transformaciones de la justicia colombiana*. Bogotá, Legis S.A. Disponible en: <http://www.cej.org.co/seguimientoreforma/files/2014/Aproximacio%CC%81n%20a%20una%20de%CC%81cada%20de%20transformaciones%20de%20la%20justicia%20colombiana.pdf>. [consultado por última vez el 20 de febrero de 2016].

26 Toscano López, Fredy Hernando. (2013). *“Aproximación conceptual al “acceso efectivo a la administración de justicia” a partir de la teoría de la acción procesal”*. Revista de Derecho Privado N° 24. Bogotá. Enero/junio de 2013. Disponible en http://www.scielo.org.co/scielo.php?Pid=S0123-43662013000100010&script=sci_arttext#nu57 [consultado por última vez el 1 de marzo de 2016].

27 Tal como se desprende del artículo 93 y 94 de la Constitución Política.

Constitucional²⁸, así como del Consejo Superior de la Judicatura²⁹, encargado de Administrar la Rama Judicial.

Además, se consagraría claramente el derecho de acceso a la administración de justicia con el apoyo de presupuestos axiológicos relativos a la justicia y a la regulación dada al servicio de administración de justicia³⁰. Se encuentra, entonces, en el preámbulo de la Constitución de 1991, el valor constitucional de la justicia, complementado por el artículo primero al contemplar "el respeto por la dignidad humana" y el segundo, que determina los fines esenciales del Estado, entre ellos el de garantizar los derechos constitucionales. Empero, la realización de las disposiciones dogmático- constitucionales quedarían cortas si no se enlazaran con las consagraciones orgánicas que establecen las autoridades y atribuciones que hacen posible su materialización. Por ello, en el artículo 116 constitucional -que está dentro del capítulo de la estructura del Estado- explicitaría quiénes administran justicia y luego, en el Título VIII de la Constitución, que va del artículo 228 a 257 detallaría lo relativo a la Rama Judicial.

Para el tema que nos ocupa el capítulo I del título VIII denominado "Disposiciones Generales" sería fundamental, en especial los artículos 228 y 229. En el primero se establece la administración de justicia como función pública, lo que implica que todos los jueces colombianos, sin importar su rango, tienen la responsabilidad de "hacer realidad los propósitos que inspiran la Constitución en materia de justicia, y que se resume en que el Estado debe asegurar su pronta y cumplida administración a todos los asociados"³¹. Finalmente, sería el artículo 229 el que consagraría el derecho al acceso a la administración de justicia, con la particularidad que se sale de la regla estructural de la Constitución, por la cual se consagran -no de forma taxativa- los derechos y garantías en el título II, circunstancia que no es obstáculo para su reconocimiento como derecho.

Por otro lado, con la ley estatutaria de administración de justicia -ley 270 de 1996-, se establecieron los principios que deben guiar a la administración de justicia como función pública, entre ellos: el acceso a la justicia, el derecho a la defensa, la celeridad y oralidad, autonomía e independencia, gratuidad, eficiencia, establecimiento de mecanismos alternativos de solución de conflictos y respeto por los derechos de quienes intervengan en los procesos. Frente

28 Antes de 1991 el control constitucional lo efectuaba la sala constitucional de la Corte Suprema de Justicia, la cual desapareció con la creación de la Corte Constitucional.

29 Que próximamente dejará de existir, en virtud a la Reforma al Equilibrio de los Poderes -Acto Legislativo 2 de 2015-.

30 Araujo-Oñate, Rocío Mercedes (2011). *acceso a la justicia y tutela judicial efectiva. Propuesta para fortalecer la justicia administrativa. Visión de derecho comparado*. Revista Estudios Socio-Jurídicos, vol. 13, núm. 1, enero-junio, 2011, pp. 247-291. Bogotá, Universidad del Rosario.

31 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C 37 de 1996, del 5 de febrero de 1996.

a estos principios, se ha sostenido en la doctrina³² que parte de la problemática con la justicia en Colombia deviene de la no observancia de estos postulados axiológicos.

Adicionalmente, se han complementado las normas constitucionales con las disposiciones internacionales establecidas en los artículos 8 y 25 de la CADH, así como el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, bajo el entendido que los derechos consagrados en instrumentos internacionales son parte misma de la Constitución, en virtud al bloque de constitucionalidad³³.

b. Políticas Públicas en acceso a la Justicia

Un elemento importante en el estudio inicial propuesto son las políticas públicas. Se trata de acciones y decisiones estatales encaminadas a solucionar las problemáticas que se hayan identificado y caracterizado, en este caso, en torno al acceso a la justicia. Para contextualizar estas circunstancias, vale la pena destacar lo siguiente:

- En materia de administración de justicia, muestran los estudios que existe una brecha regional en lo que se refiere a la eficacia de los funcionarios judiciales, pues “en el centro del país la presencia de funcionarios judiciales es mayor, las tasas de provisionalidad son menores y la eficacia también es mayor que en la periferia”³⁴, lo que indica que debe incrementarse la presencia estatal en los lugares apartados de Colombia, ya que “los municipios con un muy bajo desempeño de justicia cuentan con mayores tasas de desplazados, mayores hectáreas de coca sembradas, son proporcionalmente más dependientes de las transferencias de la Nación y cuentan con mayor cantidad de indígenas y afros al interior de su población”³⁵.
- Se ha determinado que grupos de personas especialmente vulnerables como los afrodescendientes, las mujeres trans-género, las personas con discapacidad y las víctimas del conflicto suelen enfrentarse a barreras que obstaculizan su acceso a la administración de

32 Ver, por ejemplo, Herrán Pinzón, Omar Antonio. (2013). “El alcance de los principios de la Administración de Justicia frente a la Descongestión Judicial en Colombia”. Revista Prolegómenos -Derechos y Valores- pp. 105-122. Disponible en: <http://revistas.unimilitar.edu.co/index.php/dere/article/view/757/509>

33 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C 252 de 2001, del 28 de febrero del 2001.

34 García Villegas, Mauricio y Espinosa, José Rafael. (2014) *La geografía de la justicia Una mirada local al funcionamiento de la justicia en Colombia. En Aproximación a la historia de una década de transformaciones de la justicia colombiana*. Corporación Excelencia en la Justicia (CEJ). Bogotá, Legis S.A. Disponible en: <http://www.cej.org.co/seguimientoreforma/files/2014/Aproximacio%CC%81n%20a%20una%20de%CC%81cada%20de%20transformaciones%20de%20la%20justicia%20colombiana.pdf>

35 *Ibíd.*

justicia y que se resumen en: sus desventajas socio-económicas, sus respectivas vulnerabilidades o el choque con situaciones de discriminación³⁶.

- Además, se ha constatado que las dos principales dificultades para la resolución de conflictos dentro del sistema judicial son: "(i) la renuncia a llevar un caso a este sistema y (ii) que alrededor de la mitad de los casos se encuentran pendientes"³⁷, es decir, la mora judicial incide como factor determinante de la ineficacia de la justicia colombiana.
- En cuanto a los mecanismos alternativos de solución de conflicto –entendidos como otro medio para alcanzar justicia– se ha encontrado que no son realmente eficaces, según indica el estudio³⁸ de las necesidades jurídicas insatisfechas y los métodos alternativos de solución de conflictos en el país, contratado por el Ministerio de Justicia y del Derecho³⁹. El nivel de acceso a este tipo de justicia aún es bajo, paradójicamente, por decisión propia de las personas que optan por renunciar a su reclamo o deciden no hacer nada; esta determinación aumenta a medida que las condiciones sociales o personales empeoran. Así, el 51.9% de la población general se abstiene de tomar medidas en sus respectivos casos mientras que lo propio sucede con el 59.2% de la población en extrema pobreza y con el 61.6% de las personas en condiciones de discapacidad. En consecuencia, "es bajo el porcentaje de la masa total de conflictos que llega a los métodos alternativos de solución de conflictos en Colombia"⁴⁰.

El delimitamiento de las políticas públicas en la materia objeto de estudio se encuentra en cabeza del Ministerio de Justicia y del Derecho, de conformidad con el artículo 59 de la ley 489 de 1998, así como del artículo 2 del decreto 2897 de 2011. Este Ministerio, junto con otros organismos pertenecientes al mismo, como el Viceministerio de Promoción de la Justicia, la Dirección de Métodos alternativos de solución de conflictos, la Dirección de Desarrollo del Derecho y del ordenamiento jurídico y la Dirección de Justicia Formal y Jurisdiccional, se han encargado de promover y fortalecer la creación de políticas públicas, que parten de la

36 Uprimmy Yepes, Rodrigo et al. (2014) *Ante la justicia. Necesidades jurídicas y acceso a la justicia en Colombia*. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia. Disponible en http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recurso/fi_name_recurso.665.pdf

37 *Ibid.*

38 Este estudio fue realizado en 14 capitales de departamento, donde se hicieron 5.866 encuestas y se confrontó población en general, población en extrema pobreza, población en situación de discapacidad, usuarios de la conciliación extrajudicial en derecho y empresarios, entre otros.

39 Bernal Gutiérrez, Rafael. (2013). *Los MASC: ¿una forma alternativa de acceder a la justicia?* En Aproximación a la historia de una década de transformaciones de la justicia colombiana. Corporación Excelencia en la Justicia (CEJ). Bogotá, Legis S.A. Disponible en: <http://www.cej.org.co/seguimientoreforma/files/2014/Aproximacio%CC%81n%20a%20una%20de%CC%81cada%20de%20transformaciones%20de%20la%20justicia%20colombiana.pdf>

40 *Ibid.*

necesidad de establecer mecanismos e instrumentos de justicia formal y no formal⁴¹, entre los que se encuentran⁴²:

- a. El fortalecimiento del acceso ciudadano a la justicia: Para esto, se ha buscado la creación o el robustecimiento, según el caso, del Programa “Casas de Justicia”; la consolidación y acompañamiento de espacios para mediación y conciliación en equidad⁴³; el empoderamiento de mediadores rurales que intervengan en la solución de conflictos menores en las zonas rurales periféricas; con el apoyo de la Red Unidos, se han formado a líderes y comunidades sobre la cultura de la legalidad⁴⁴, en este mismo sentido se ha buscado reforzar la formación escolar en justicia y cultura de la legalidad⁴⁵. Adicionalmente se han programado jornadas itinerantes de atención a las zonas rurales, centros poblados e inspecciones de policía con el fin de brindar atención a los casos que no tienen resolución por las barreras geográficas. Todo lo anterior viene de la mano con el fortalecimiento del Ministerio Público -Procuraduría, Defensoría y Personerías- en el ámbito local.
- b. Se ha implementado el Programa Nacional de Conciliación extrajudicial en derecho y/o arbitraje, buscando que los ciudadanos puedan solucionar sus conflictos por medios más rápidos y sencillos que los procesos judiciales.
- c. Se ha fomentado desde hace 20 años el Programa Nacional de Justicia en Equidad⁴⁶, como mecanismo alternativo de solución de conflictos que se basa en la equidad como criterio esencial a la hora de su implementación.
- d. Se creó una herramienta web de acercamiento de la justicia al ciudadano (Legalapp): A través de la implementación de herramientas TIC⁴⁷, se ha informado a las personas de los mecanismos legales que tienen a su disposición para resolver los conflictos que se presenten en su día a día.

41 Ministerio de Justicia y del Derecho (2005). *Convenio Nacional para la Puesta en Marcha del Programa Nacional de Casas de Justicia y Convivencia Ciudadana en Colombia*. Disponible en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?l=4667>

42 Ministerio de Justicia y del Derecho. (2012). *Guía para la Incorporación e Implementación de la Política de acceso a la Justicia en los Planes de Desarrollo Departamentales, Distritales y Municipales*.

43 Direccionado por el Programa Nacional de Justicia en Equidad.

44 De acuerdo con una encuesta realizada por la Red Unidos en el año 2011 a 1,000.000 de familias estrato 1 sobre diversos factores de desarrollo, siendo uno de ellos la cultura de la legalidad y acceso a la justicia, se encontró que el 97% de las familias no conoce sus derechos, ni los mecanismos de protección y de acceso a la justicia.

45 Para lo cual el Ministerio de Educación Nacional cuenta con su propia política pública.

46 Rendición de Cuentas del Ministerio de Justicia y del Derecho. Para ampliar información consultar: <http://www.minjusticia.gov.co/Ministerio/Planeaci%C3%B3n%20gesti%C3%B3n%20control/Rendici%C3%B3n%20de%20cuentas.aspx>.

47 Consultable en la página web www.legalapp.gov.co

- e. El fortalecimiento de la justicia formal: Partiendo del mejoramiento en cuanto a su infraestructura física y tecnológica, su cobertura, la formación de los jueces y el refuerzo del Sistema Nacional de Defensa Pública.
- f. Acceso diferencial a la justicia: A través de mecanismos como la política pública nacional de discapacidad e inclusión social, por la cual se ha capacitado y sensibilizado a los operadores de justicia, Facultades de Derecho y Centros de Conciliación en torno a los derechos de las personas con discapacidad.
- g. Justicia prioritaria para mujeres: A través de la formación interdisciplinaria de jueces, fiscales y defensores públicos en materia de género, así como el desarrollo de campañas de comunicación y movilización pública en relación con los derechos de las mujeres, la discriminación de género, la violencia intrafamiliar, el abuso sexual y las rutas de acceso a la justicia, mediante el uso de medios masivos como la radio, la televisión, afiches en lugares estratégicos tales como despachos judiciales, comisarías de familia, casas de justicia, personerías y espacios de alto nivel de concentración pública⁴⁸.
- h. Considerando las vicisitudes que ha atravesado el Poder Judicial, sobre todo por causa del alto índice de congestión existente dentro de éste y la implementación del sistema procesal oral, se ha promovido el fortalecimiento del Fondo para la Modernización, Descongestión y Bienestar de la Rama Judicial.
- i. Por otro lado, no puede olvidarse que lo ya mencionado va de la mano con la ejecución de proyectos que implican costos económicos para el Estado. En este sentido, el Departamento Nacional de Planeación (DNP) hace seguimiento a los proyectos de inversión⁴⁹ estatales, encontrándose que para el año 2013 en el Sector "Rama Judicial" se invirtieron⁵⁰ \$331.910.058.937 en 46 proyectos, mientras que en el Sector "Ministerio de Justicia y del Derecho", para los temas que interesan a esta investigación se encontraban registrados, para el mismo año, 8 proyectos bajo la categoría de "Acceso a la Justicia" para los que se destinaron \$18.131.039.671; 4 proyectos para la categoría "fortalecimiento de los servicios de justicia" para el que se contaba con \$5.044.148.790; 5 proyectos para la "Justicia en línea, modernización tecnológica y sistemas de información" con una apropiación presupuestal de \$7.931.973.043 y 5 para la categoría de "Mecanismos alternativos de solución de conflictos" disponiéndose de \$2.988.781.980 para el desarrollo de los mismos. Por otro lado, para el año 2016 en el sector Rama Judicial se destinaron

48 Ibid.

49 Las consultas pueden realizarse en el portal web del Departamento Nacional de Planeación: <https://spi.dnp.gov.co/>

50 Las cifras señaladas se encuentran en pesos colombianos.

\$231.761.571.429 para la ejecución de 25 proyectos, es decir, la inversión se redujo en un 30,17%. Algo similar ocurrió con los proyectos del Ministerio de Justicia y del Derecho, que fueron disminuidos a 8, quedando solo 3 para la categoría “Promoción al acceso a la justicia”, siendo destinados \$13.767.872.857 para ello, reduciéndose la inversión en un 24,06%. De lo anterior se concluye que, en Colombia, la destinación presupuestal referida a la justicia se ha enfocado principalmente en el aparato jurisdiccional, sin embargo, tanto para éste como para los proyectos propios del Ministerio de Justicia y del Derecho -particularmente enfocados al acceso a la justicia- ha decrecido paulatinamente el nivel de inversión en los mismos.

2. Contenido y alcance del acceso a la administración de justicia en la jurisprudencia de las altas cortes colombianas

Para el caso concreto de esta investigación, se entenderá por Alta Corte aquel tribunal que sea órgano de cierre de su respectiva jurisdicción, cuyas decisiones son tomadas como precedente por los jueces de inferior jerarquía. La Rama Judicial se encuentra compuesta por distintas jurisdicciones y organismos que hacen posible la administración de Justicia, no obstante, solo unos cuantos entes dentro de tal Poder Público pueden ser señalados como Altas Cortes, siendo éstas la Corte Constitucional, el Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia.

Por otro lado, tal como se precisó en la parte introductoria y en el acápite previo a este, es posible distinguir entre “acceso a la justicia” y “acceso a la administración de justicia”. Existen Estados en los que no se reconoce expresamente el derecho de acceso a la justicia, sin embargo, su desarrollo y contenido se ha dado vía pretoriana -de manera similar a lo que ocurre en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos-. Para el caso colombiano, se encuentra que existe una consagración expresa, no del acceso a la justicia, sino del acceso a la administración de justicia, contemplado en el artículo 229 constitucional, esto permitiría pensar, *prima facie*, que el ordenamiento jurídico colombiano ha vislumbrado la protección de este derecho solo desde una óptica judicial, sin considerar otros medios para la realización de la justicia tan válidos como la vía jurisdiccional, entre ellos, los mecanismos alternativos de solución de conflictos. No obstante, lo anterior se ve matizado por la jurisprudencia de las altas cortes que amplían la visión limitada que podría entenderse inicialmente, dándole una connotación mucho más ajustada a los estándares interamericanos.

a. Corte Constitucional

Abordando el estudio de las Altas Cortes Colombianas, es factible iniciar con la Corte Constitucional, que se encarga de velar por la integridad y supremacía de la Constitución⁵¹. Es éste el máximo organismo de la jurisdicción constitucional, la cual, además, se encuentra integrada indirectamente o, en los términos de la ley 270 de 1996, excepcionalmente, en los casos concretos, por "los jueces y corporaciones que deban preferir las decisiones de tutela o resolver acciones o recursos previstos para la aplicación de los derechos constitucionales" (Congreso de la República, 1996).

La jurisprudencia constitucional ha sido la encargada de establecer el significado, contenido y alcance del acceso a la Administración de Justicia. Frente a esto, vale la pena mencionar las connotaciones que la Corte Constitucional le ha dado, las cuales no son mutuamente excluyentes: A. Es un pilar fundamental del Estado Social de Derecho⁵², pues permite la realización de los fines esenciales del Estado, como el de asegurar la convivencia pacífica de las personas, la materialización de orden social justo y el respeto por la dignidad humana⁵³. B. Es un servicio público esencial⁵⁴ que, como tal, debe ser brindado de manera continua y permanente. C. Es un derecho fundamental de aplicación inmediata⁵⁵ que forma parte del núcleo esencial del debido proceso⁵⁶.

Respecto a la visión dogmática del derecho al acceso a la Administración de Justicia, no hay duda que éste se constituye en un eslabón fundamental para el Estado Social de Derecho, máxime cuando su consolidación permite que los fines estatales de convivencia y progreso social puedan ser alcanzados. No obstante, la segunda visión dada por la Corte Constitucional, en cuanto a su consolidación como servicio público esencial, hace posible que se retome la discusión planteada al inicio de este escrito, en la medida en que, lo que puede considerarse servicio público esencial no es el acceso a la administración de justicia, sino la administración de justicia como tal. Esta confusión conceptual es más evidente en algunas sentencias que en otras, sin embargo, se denota que se suele hacer un uso indistinto de ambos términos, tomándose como sinónimos cuando en realidad describen dos aspectos diferentes, aunque con puntos de encuentro entre ambos.

51 Tal como se encuentra establecido en los artículos 240 a 244 de la Constitución y el artículo 45 de la ley 270 de 1996 -ley estatutaria de Administración de Justicia-.

52 Ver sentencias C 59 de 1993, C 426 de 2002, T268 de 1996, T 538 de 1994, SU 91 de 2001, entre otras.

53 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C 426 del 29 de mayo de 2002.

54 Ver, entre otras, sentencias T 1222 de 2004 y T 1165 de 2003.

55 Ver sentencias C 37 de 1996 y C 1195 de 2001.

56 Ver sentencia T 268 de 1996.

Tal como se mencionó precedentemente, una interpretación exegética del artículo 229 constitucional llevar a pensar que en Colombia el acceso a la justicia está referido únicamente a mecanismos de justicia formal, es decir, del aparato jurisdiccional, no obstante, la doctrina constitucional ha aclarado que este derecho se refiere a la posibilidad de acudir ante "jueces y tribunales de justicia", pero también a acudir a otros medios como los mecanismos alternativos de solución de conflicto. En consecuencia, aunque al tenor literal de la Constitución se hable de acceso a la administración de justicia, se entiende que éste no se limita a los tribunales y jueces de la República, por lo que no sería errónea la utilización que hace la jurisprudencia de "acceso a la justicia" y "acceso a la administración de justicia" a modo de sinónimos⁵⁷.

De igual forma, este derecho tiene como titulares a todas las personas -naturales o jurídicas- residentes en Colombia, en condiciones de igualdad, propugnando "por la integridad del orden jurídico y por la debida protección o restablecimiento de los derechos e intereses legítimos, con sujeción a los procedimientos previamente establecidos y con plena observancia de las garantías sustanciales y procedimentales previstas en las leyes"⁵⁸.

Tal como sucede a nivel interamericano se ha establecido que este derecho es amplio y omnicompreensivo, pudiendo ser asimilado con la tutela judicial efectiva, abarcando, entre otros aspectos: A. El derecho de acción o promoción de la actividad jurisdiccional⁵⁹. B. El derecho a mecanismos judiciales, ya sean acciones o recursos, para la efectiva resolución de los conflictos⁶⁰. C. El derecho a una decisión de fondo coherente a las pretensiones planteadas⁶¹. D. El derecho a que los conflictos sean resueltos en términos razonables, sin dilaciones injustificadas y con observancia de las garantías propias del debido proceso⁶². E. El derecho a que existan procedimientos adecuados, idóneos y efectivos para la definición de las pretensiones y excepciones debatidas. F. El derecho a presentar denuncias en materia penal sin trabas injustificadas⁶³. G. El derecho a impugnar las decisiones en caso de considerarlo necesario.

Adicionalmente, la realización de este derecho implica tener en cuenta las especiales condiciones de ciertos sectores de la población, de quienes se predica una especial protección constitucional. Desde la perspectiva de las obligaciones estatales que se desprenden del

57 Cosa diferente ocurre si se quisiera utilizar como sinónimo "administración de justicia", pues como ya se explicó, es un término que tiene otras connotaciones.

58 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C 483 del 15 de mayo de 2008.

59 Ver sentencias SU 067 de 1993, C 652 de 1997 y T 502 de 1997.

60 Ver sentencias T 451 de 1993 y SU 067 de 1993.

61 Ver sentencias T 399 de 1993 y T 502 de 1997.

62 Ver sentencias C 93 de 1993, C 301 de 1993, C 742 de 1999, C 1171 de 2005, entre otras.

63 Ver sentencia T 470 de 1996 y T 547 de 1993.

derecho al acceso a la Administración de Justicia, la Corte Constitucional establece una triple dimensión⁶⁴: A. La obligación de respetar⁶⁵, que hace referencia a una obligación negativa, pues se enfoca en abstenerse de adoptar medidas que dificulten el acceso a la administración de justicia, entre ellas, las medidas discriminatorias, que se basan en criterios como la raza, el género, la religión, las condiciones físicas, etc. B. La obligación de proteger⁶⁶, concuerda, en este caso, con obligaciones positivas, tendientes a adoptar las medidas necesarias para evitar o superar los obstáculos que terceros han impuesto al titular del derecho para cercenar el acceso a la administración de justicia. C. La obligación de realizar⁶⁷, también identificada como obligaciones de asegurar o garantizar, para la Corte implican dos aspectos: facilitar las condiciones para el disfrute de los derechos y hacer efectivo el goce del derecho.

b. Consejo de Estado

El Consejo de Estado es descrito en el artículo 34 de la ley 270 de 1996 como el máximo tribunal en lo contencioso administrativo, integrado por treinta y un Magistrados. Esta Corporación consta de tres Salas: La Sala Plena, cuyas atribuciones más que jurisdiccionales, son administrativas; La Sala de lo Contencioso Administrativo, integrada por veintisiete Magistrados, los cuales han sido distribuidos en 5 secciones y la Sala de Consulta y Servicio Civil, compuesta por cuatro Magistrados, la cual absuelve las consultas jurídicas que le formula el Gobierno Nacional.

En cuanto al concepto desarrollado por el Consejo de Estado respecto al acceso a la Administración de Justicia, se encuentra una remisión jurisprudencial de esta alta corporación a la de la Corte Constitucional. En términos generales, acepta la definición dada por la misma, simplemente adaptándola a los casos concretos que hacen parte de su estudio, aunque claro está, utilizando términos de raigambre contencioso administrativo, así por ejemplo, la Corte Constitucional suele relacionar que se acude a la justicia para “propugnar por la integridad del ordenamiento jurídico” o para la debida protección de los derechos. El Consejo de Estado, por su parte, trata este punto concreto desde una perspectiva un poco más en consonancia con la responsabilidad del Estado -visión particular que deviene de sus funciones frente al tema- diciendo que al acudir a la administración de justicia se busca evitar un daño, obtener una reparación o sancionar a los responsables.

64 Sobre este aspecto resulta bastante ilustrativa la sentencia T 283 de 2013.

65 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T 283 del 16 de mayo de 2013.

66 *Ibid.*

67 *Ibid.*

Esta corporación también concuerda con la visión de Arendt de este derecho, pues es visto como un derecho- garantía, es decir, como una prerrogativa que sirve de garantía para la protección de los demás derechos.

c. Corte Suprema de Justicia

La Corte Suprema de Justicia es el máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria, que cuenta con un total de veintitrés Magistrados, divididos en cinco Salas: La Sala Plena: Integrada por todos los Magistrados de la Corporación. La Sala de Gobierno: Que se compone por el presidente y vicepresidente de la Corte Suprema, así como por los presidentes de cada sala especializada. La Sala de Casación Civil y Agraria: Que funciona a través de siete Magistrados. La Sala de Casación Laboral: Compuesta por siete Magistrados. La Sala de Casación Penal: Integrada por nueve Magistrados.

En cuanto a su visión sobre el acceso a la Administración de Justicia, de la revisión realizada a las providencias del máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria, se encuentra que este es el que menos profundiza en dicho concepto. Su labor al respecto se ha enfocado en citar los principales apartes jurisprudenciales de la Corte Constitucional, aceptando por remisión que se trata de un derecho fundamental⁶⁸, establecido como pilar del Estado Social de Derecho, el cual es garantizado a toda persona natural o jurídica⁶⁹. Insiste, en que tal acceso no debe ser meramente formal, sino que debe llegar a ser efectivo, pues entiende que se trata de un derecho “impuesto por el pueblo soberano”⁷⁰, que implicará no solo la posibilidad de acudir ante los órganos de la Rama Judicial, sino que los operadores judiciales hagan efectivos los derechos de los residentes en Colombia, a través de la ejecución oportuna y real de las decisiones judiciales⁷¹.

Desde esta misma línea, la Corte Suprema no ha sido tan vasta a la hora de examinar el contenido y alcance de este derecho, se reitera, se ha conformado con realizar remisiones a la jurisprudencia constitucional, haciendo énfasis en algunos aspectos dependiendo de las par-

68 Citando, entre otras, las siguientes sentencias: T-006/92, T-597/92, T-348/93, T-236/93, T-275/93 y T-004/95, entre otras.

69 Sentencia C-037 de 1996.

70 Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 17 de noviembre de 2015. Magistrado ponente: José Leonidas Bustos. Radicación T 82704.

71 Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Penal. Magistrada ponente: María de Rosario González. Sentencia del 23 de abril de 2015. Radicación T 79111. AAJ

particularidades de los casos por ella estudiados, como lo relativo a la efectividad del derecho, y la necesidad de una resolución pronta y oportuna.⁷²

Ahora bien, un aspecto al que se hace referencia en múltiples sentencias es que la administración de justicia es parte de la función pública del Estado con responsabilidades que no pueden ser desconocidas. Para el caso de la Corte Suprema, esta mención reiterativa suele darse debido al gran número de casos que ha resuelto en torno al cumplimiento de los términos judiciales por parte de los administradores de justicia.

3. Comparación entre la interpretación dada al acceso a la administración de justicia por las altas cortes colombianas frente a los estándares interamericanos

a. Precisiones respecto a los estándares interamericanos

Ciertamente para el entendimiento del acceso a la Administración de Justicia, la jurisprudencia de la Corte IDH ha sido un elemento relevante, sobre todo para guiar a los Estados en cuanto al contenido y alcance que debe dársele al mismo y los compromisos internacionales que se derivan de la Convención Americana en relación con el respeto, protección y garantía de tal derecho.

En este sentido, los pronunciamientos constantes de la Corte IDH han conllevado al establecimiento de unos estándares en materia de acceso a la Justicia, que serán tenidos en cuenta para el desarrollo de este acápite, donde se partirá del esclarecimiento de dichos estándares, para luego examinar su presencia dentro de la jurisprudencia de las altas cortes colombianas.

En primer lugar, la consolidación de este derecho -que no está contemplado de manera expresa en la CADH- parte de la interpretación sistemática que la Corte IDH ha realizado de los artículos 1.1, 8.1 y 25.1 de la CADH⁷³, considerando que ésta es una norma imperativa de Derecho Internacional⁷⁴, que como tal, no puede ser obviada por los Estados. La fundamentación jurídica del acceso a la justicia ha llevado a que sus bases se construyan bajo dos elementos

72 Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Penal. Magistrado ponente: José Leonidas Bustos. Sentencia del 17 de noviembre de 2015. CSJ SC penal. Radicación T 82704.

73 Corte IDH. Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C, No.205§ 402

74 Corte IDH. Caso Goiburú y otros vs Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2006.

importantes⁷⁵: los recursos judiciales efectivos y las reglas del debido proceso legal. Por supuesto, se trata de aspectos bastante amplios que han incidido en la comprensión de este derecho, al punto en que -de manera similar a lo ocurrido en Colombia-, la Corte IDH le ha dado al acceso a la justicia un contenido omnicompreensivo que abarca un conjunto de derechos, cuya conjunción la hace realizable.

En el desarrollo y evolución de este derecho, la Corte IDH ha puntualizado estándares que para efectos de esta investigación se entenderán clasificados en tres ámbitos:

- a. Ámbito de protección personal:** Como en toda prerrogativa, el acceso a la justicia tiene un titular jurídico, a quien se le debe respetar, proteger y garantizar el derecho. Es claro que el acceso a la justicia está consagrado para toda persona sin distinción alguna. Sin embargo, existen casos donde se debe brindar una protección especial a ciertos grupos poblacionales, quienes se encuentran en circunstancias vulnerables en comparación con los demás, de acuerdo con la Corte IDH, se trata, entre otros, de las víctimas⁷⁶ y sus familiares⁷⁷; los niños⁷⁸; los migrantes⁷⁹; los indígenas⁸⁰; las mujeres⁸¹ y las personas con discapacidad⁸².
- b. Ámbito de protección funcional:** el cual hace referencia a una serie de derechos o garantías dentro de los procedimientos judiciales, observables desde tres momentos:
 - **Desde una fase pre procesal:** el acceso a la justicia bajo esta óptica estaría compuesto de una serie derechos que deben concretizarse cuando aún no se ha conformado la *Litis*, por ejemplo, a ser informado de los derechos y vías para protegerlos, el derecho a

75 Corte IDH. Caso de las Masacres de Ituango vs Colombia. Sentencia de 1 de julio de 2006 Serie C, No. 148 § 287.

76 Corte IDH. Caso Radilla Pacheco vs México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C, No. 209, § 247; Corte IDH.

77 Corte IDH. Caso Blake vs Guatemala. Fondo. Sentencia de 24 de enero de 1998. Serie C, No. 36, § 96.

78 Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, §§ 54 y 93.

79 Corte IDH. Caso Vélez Loo vs Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010 Serie C, No. 218, § 143.

80 Corte IDH. Caso Fernández Ortega y otros. vs México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010 Serie C, No. 215, § 201.

81 *Ibíd.* Serie C, No. 215, § 230.

82 Corte IDH. Caso Furlan y Familiares vs Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C, No. 246, § 137.

ser oído, el derecho a la asistencia consular⁸³, el derecho a recursos efectivos, sencillos y rápidos⁸⁴ y el derecho a la verdad⁸⁵.

- **Desde una fase procesal:** Son los derechos especialmente aplicables a las instancias judiciales que propenden por un debido proceso legal, así como la concretización de la justicia, entre ellos se encuentra el derecho a ser oído con las debidas garantías⁸⁶; a que la decisión sea tomada y ejecutada en un plazo razonable⁸⁷; el derecho a que la decisión sea tomada por el juez competente⁸⁸, independiente⁸⁹ e imparcial⁹⁰; el derecho a que las providencias se encuentren debidamente motivadas⁹¹; la aplicación de la oralidad⁹² en los procesos y las garantías de participación, acceso al expediente y previsibilidad de la sanción⁹³.
- En complemento con lo anterior, hay unas garantías mínimas en el curso de los trámites penales que son principalmente: el respeto a la presunción de inocencia⁹⁴; el derecho a contar con un traductor o intérprete de no hablar el idioma del Estado que juzga; a recibir previa y detalladamente la acusación formulada⁹⁵, así como el tiempo y los medios para la preparación de la defensa⁹⁶; el derecho a ser asistido por el defensor de su elección o,

83 Corte IDH. El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16, § 121.

84 Corte IDH. Caso "Instituto de Reeducción del Menor" vs Paraguay. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C, No. 112, párr. 245.

85 Corte IDH. Caso de las Hermanas Serrano Cruz vs El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de marzo de 2005. Serie C, No. 120 § 64

86 Corte IDH. Caso Dacosta Cadogan vs Barbados. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de septiembre de 2009. Serie C, No. 204, § 84.

87 Corte IDH. Caso Suárez Rosero vs Ecuador. Fondo. Sentencia de 12 de noviembre de 1997. Serie C, No. 35, § 71.

88 Corte IDH. Caso Barreto Leiva vs Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de noviembre de 2009. Serie C, No. 206, § 75.

89 Corte IDH. Caso Reverón Trujillo Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de junio de 2009. Serie C, No. 197, § 148.

90 Corte IDH. Caso Palamara Iribarne Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C, No. 135, § 146

91 Corte IDH. Caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C, No. 182, § 77 y 78.

92 *Ibíd.* Serie C, No. 182, § 75.

93 Corte IDH. Caso López Mendoza Vs. Venezuela. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2011 Serie C, No. 233, § 199.

94 Corte IDH. Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C, No. 111, § 154.

95 Corte IDH. Caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C, No. 52, § 141.

96 *Ibíd.*

en su caso, por un defensor proporcionado por el Estado⁹⁷; el derecho a interrogar a los testigos⁹⁸; a no declarar contra sí mismo y a recurrir los fallos⁹⁹.

- Finalmente, existen algunas garantías judiciales que se derivan propiamente de la jurisprudencia de la Corte IDH, pudiendo sintetizarse en las siguientes: la coherencia o correlación entre la sentencia y la acusación¹⁰⁰; el derecho a ser evaluado sobre la salud mental¹⁰¹; a la información sobre la asistencia consular; a la confesión sin coacción¹⁰²; non bis in ídem¹⁰³ y a la publicidad del proceso¹⁰⁴.
 - **Desde una fase post procesal:** Se orienta al cumplimiento efectivo de las providencias judiciales, pues de nada serviría agotar las instancias judiciales, esperando finiquitar un pleito solo para encontrar que la sentencia dada no es realizable y, en consecuencia, el conflicto perdurará en el tiempo¹⁰⁵.
- c. c. Medidas conducentes a la efectividad: Si se pretende hablar de efectividad, debe considerarse primeramente que los Estados deben adecuar sus ordenamientos internos de tal forma que las garantías judiciales previstas desde el Sistema Interamericano no se vean obstaculizadas. Tal adecuación puede darse vía legislativa o vía judicial, en este último caso a través del control de constitucionalidad y del control de convencionalidad.

Sin duda, no hay una lista taxativa de las medidas que puede tomar un Estado para hacer efectivo un derecho como el acceso a la justicia, empero, la Corte IDH ha hecho énfasis en ciertos aspectos, verbigracia: garantizar la imparcialidad e independencia de la administración de justicia; la regulación de la jurisdicción castrense¹⁰⁶; el establecimiento de garantías en el

97 Corte IDH. Caso Hilaire, Constantine y Benjamín y otros Vs. Trinidad y Tobago. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de junio de 2002. Serie C, No. 94, § 152.

98 Corte IDH. Caso Vélez Looz Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010 Serie C, No. 218, § 132.

99 Corte IDH. Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. § 158 y 161.

100 Corte IDH. Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de noviembre de 2009. Serie C, No. 206, § 47.

101 Corte IDH. Caso Dacosta Cadogan Vs. Barbados. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de septiembre de 2009. Serie C, No. 204, §§ 85 y 89.

102 Corte IDH. Caso Cantoral Benavides Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 18 de agosto de 2000. Serie C#69, § 132.

103 Corte IDH. Caso Loayza Tamayo Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 17 de septiembre de 1997. Serie C#33, § 66.

104 Corte IDH. Caso Palamara Iribarne Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C, No. 135, § 168.

105 Corte IDH. Caso Mejía Idrovo Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2011 Serie C, No. 228, § 90.

106 Corte IDH. Caso Zambrano Vélez y otros Vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2007. Serie C, No. 166, § 154.

marco de los procesos¹⁰⁷; la consagración penal de la desaparición forzada¹⁰⁸, la mala praxis médica¹⁰⁹ y la venta de niños¹¹⁰; la regulación de los derechos territoriales de los pueblos indígenas¹¹¹; así como de la investigación sobre violencia de género, el uso de la fuerza¹¹², la libertad de pensamiento y expresión, las intervenciones telefónicas¹¹³, el reclutamiento de menores¹¹⁴, la nacionalidad y la política migratoria¹¹⁵.

b. Parangón entre las interpretaciones de las altas cortes colombianas frente a los estándares interamericanos

En torno al ámbito de protección personal

Tal como lo ha hecho la Corte IDH, la jurisprudencia de las altas cortes colombianas ha reconocido que ciertos grupos poblacionales requieren de una protección especial en consideración a sus circunstancias particulares. Esta distinción ha partido de las apreciaciones que la Corte Constitucional ha hecho respecto a los sujetos de especial protección constitucional, a quienes debe brindárseles un amparo reforzado¹¹⁶. No obstante, no es una apreciación exclusiva del tribunal constitucional, también en la jurisdicción contencioso administrativa, en cabeza del Consejo de Estado, se ha reconocido que existen personas que atraviesan dificultades para ejercer sus derechos en razón a sus circunstancias sociales, culturales, étnicas, económicas o por su edad, género, estado físico o mental¹¹⁷, requiriendo una protección negativa (no

107 Corte IDH. Caso yvonneptune Vs. Haití. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de mayo de 2008. Serie C, No. 180, § 179.

108 Corte IDH. Caso Anzualdo Castro Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2009. Serie C, No. 202, § 167.

109 Corte IDH. Caso Albán Cornejo y otros. Vs. Ecuador. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2007. Serie C, No. 171, § 136.

110 Corte IDH. Caso Fornerón e hija Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012. Serie C, No. 242, § 177.

111 Corte IDH. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) awastingni Vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C, No. 79, §§ 123, 124 y 127

112 Corte IDH. Caso nadedgedorzema y otros Vs. República Dominicana. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de octubre de 2012. Serie C, No. 251, § 275

113 Corte IDH. Caso Tristán Donoso Vs. Panamá. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de enero de 2009 Serie C, No. 193, § 206.

114 Corte IDH. Caso Vargas Areco Vs. Paraguay. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C, No. 155, § 164.

115 Corte IDH. Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014.

116 Corte Constitucional colombiana. Sentencia T 736 de 2013. Magistrado Ponente: Alberto Rojas. 17 de octubre de 2013.

117 Consejo de Estado de Colombia. Sección Primera. Sala de lo contencioso administrativo. Sentencia del 15 de noviembre de 2012. Magistrada Ponente: María Elizabeth García González. Actor: Pedro Acosta. Demandado: Consejo Superior de la Judicatura. Radicado: 660012331000-20100018901.

impidiendo su acceso a la justicia) y positiva (removiendo los obstáculos a que haya lugar) por parte del Estado; de igual manera, con palabras similares ha constatado tal circunstancia la Corte Suprema de Justicia¹¹⁸.

a. Víctimas y/o sus familiares

Para la Corte Constitucional es claro que quienes son víctimas de graves violaciones a los Derechos Humanos requieren un cuidado especial a través del cual sus derechos sean salvaguardados. El Estado debe propender por garantizar la investigación, juzgamiento y sanción de lo acaecido hasta alcanzar la verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición para las víctimas y la sociedad. Estos presupuestos parten de consagraciones constitucionales que van unidas a las obligaciones internacionales que ha adquirido el Estado colombiano¹¹⁹. En este sentido, ha indicado que el acceso a la justicia de las víctimas se materializa con la existencia de recursos internos efectivos que reivindiquen sus derechos, así como con la especial consideración que se realiza en el trámite de acciones de tutela, en las que se tiene en cuenta su condición y las barreras a las que se haya tenido que enfrentar¹²⁰.

Desde luego, cada caso tiene sus propias dificultades, la Corte Suprema de Justicia ha llamado la atención de distintas autoridades estatales que de una u otra manera han obstaculizado el acceso a la justicia. Así, ha reconvenido a la Fiscalía General de la Nación, cuya inactividad ante las solicitudes de una víctima de desplazamiento forzado dejaban los intereses de esta en jaque¹²¹. Además, ha insistido en la necesidad de buscar la verdad, justicia y reparación de las víctimas, de manera que si la Fiscalía decide archivar las diligencias en indagación preliminar, debe permitir su desarchivo al encontrarse nuevas pruebas que aporten otras luces al caso¹²², no pudiendo cercenar la posibilidad a las víctimas de acceder a las copias de la investigación penal, aun cuando se encuentre en fase preliminar¹²³. De igual manera, ha recalcado a los jueces de control de garantías dentro de los procesos penales, su función como

118 Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Laboral. Sentencia del 15-07-2015. Magistrado ponente: Luis Gabriel Miranda. Radicación T 40552.

119 Corte Constitucional colombiana. Sentencia T 37 de 2015. Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt. 28 de enero de 2015.

120 *Ibíd.*

121 Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 4-05-10. Magistrado Ponente: Julio Enrique Socha. Radicación. T47790.

122 Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 14-04-20015. Magistrado ponente: Eugenio Fernández. Tutela. Radicación T 79045

123 Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 13-11-14. Magistrado Ponente: Luis Guillermo Salazar. Tutela. Radicación T 76469.

garantes de los derechos fundamentales de las víctimas¹²⁴ y ha exhortado a los operadores judiciales que conocen de los incidentes de reparación integral para que no se abstengan de decidir de fondo¹²⁵.

Por su parte, el Consejo de Estado ha sido enfático en las obligaciones internacionales que ha adquirido Colombia, en virtud de las cuales debe garantizar los derechos de las víctimas y protegerles en aquellos contextos donde se obstaculice su acceso a la justicia. Por ello, ha llegado a flexibilizar reglas probatorias relativas al parentesco, no considerando como único medio para demostrar tal vínculo, el Registro Civil de Nacimiento, admitiendo, en su lugar, pruebas testimoniales, ante la imposibilidad de las víctimas de allegar dicha documentación¹²⁶. Asimismo, ha tutelado los derechos de víctimas de desplazamiento forzoso que se han visto afectadas por actos administrativos emitidos por la Unidad para la atención y reparación integral de las víctimas¹²⁷.

b. Niños, niñas y adolescentes

Sin duda, un grupo social altamente vulnerable se encuentra constituido por los niños, niñas y adolescentes. Tal como la Corte IDH ha tratado la obligación de protegerles, atendiendo al interés superior que se predica de los mismos, la Corte Constitucional colombiana ha coincidido en sus consideraciones y ha salvaguardado sus derechos en múltiples escenarios, entre ellos, ha explicado que, tratándose de menores víctimas de delitos sexuales, los funcionarios judiciales deben ejercer sus labores considerando la prevalencia de los derechos de los niños, para lo cual deben actuar con diligencia en el establecimiento de la verdad¹²⁸, asegurándose de no re victimizar al menor.

De igual forma, cuando se han solicitado sustituciones pensionales en favor de menores de edad, se ha resaltado por parte de la Corte Suprema de Justicia la prevalencia de su interés

124 Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 1-12-15. Magistrada ponente: Patricia Salazar. Radicación T82960.

125 Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Civil y Agraria. Sentencia del 08-07-2015. Magistrado ponente: Ariel Salazar Ramírez. Tutela contra providencia judicial. Radicación 110010204000-20157780202

126 Consejo de Estado de Colombia. Sección 3. Sentencia del 9-05-2012. Magistrado ponente: Enrique Gil. Actor: Luis Felipe López. Accionado: Hospital Antonio Roldan. Radicado 50012324000-19940253001.

127 Consejo de Estado de Colombia. Sección 2. Sentencia del 3-12-2012. Magistrado Ponente: Gustavo E. Gómez. Actor: Doris Medina. Accionado: Unidad para la atención y reparación integral a las víctimas. Radicado: 250002341000-20120034401.

128 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T 923 de 2013. Magistrado Ponente: Alberto Rojas. 6 de diciembre de 2013.

superior a la hora de dictar su fallo¹²⁹. Además, al conocer de acciones de tutela donde se debate la afectación de sus derechos ha aceptado flexibilizar el principio de subsidiariedad característico de este recurso judicial, en respuesta al interés superior involucrado en el caso¹³⁰, es decir, en lugar de negar la acción por improcedente, ha determinado proteger los derechos, dando las órdenes que se han estimado necesarias. No hay duda que esta decisión sería muy diferente si se tratara de un adulto en condiciones de normalidad.

c. Mujeres

En la sociedad colombiana, las mujeres se enfrentan a múltiples vicisitudes, por las que han sido catalogadas como sujetos de especial protección constitucional, en particular, si sus condiciones personales las ponen en un plano de indefensión¹³¹. Así, por ejemplo, una mujer en estado de embarazo, requiere de una protección reforzada mucho más si pretende acceder a la justicia. En este sentido, el Consejo de Estado ha considerado que, en casos de fallas médicas por obstetricia, los hospitales obstruyen la justicia cuando se niegan a remitir la historia clínica de la paciente, aspecto central dentro del debate probatorio de la responsabilidad estatal¹³².

A su vez, la Corte Suprema de Justicia determinó en el caso de una mujer víctima de violencia de género que el Estado debía brindar la protección que ésta pedía mientras las autoridades judiciales decidían de fondo el proceso penal. Si bien la congestión judicial se ha catalogado como una excusa valedera para la no observancia rigurosa de los términos legales, no puede aceptarse dejar desprotegida a la mujer ante su agresor por la tardanza de la administración de justicia¹³³.

d. Personas con discapacidades

Siendo reconocidos como sujetos de especial protección, la Corte Constitucional ha insistido en el rol de los jueces como garantes de los derechos de esta población. Por lo anterior, el Conse-

129 Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Laboral. Sentencia del 1-10-14. Magistrado Ponente: Carlos Ernesto Molina. Tutela. Radicación T 37866.

130 Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Laboral. Sentencia del 15-07-20015. Magistrado ponente: Luis Gabriel Miranda. Tutela. Radicación T 40552.

131 Corte Constitucional colombiana. Sentencia T-736-13. Magistrado Ponente: Alberto Rojas. 17 de octubre de 2013.

132 Consejo de Estado de Colombia. Sección Quinta. Sentencia del 10 de septiembre de 2015. Magistrada Ponente: Lucy Jeannette Bermúdez. Demandante Sandra De La Paz Martínez Viloria Y Otros. Demandando Tribunal Administrativo Del Magdalena, Sala De Descongestión. Radicación. 11001031500020140347601.

133 Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 5-08-14. Magistrado Ponente: Fernando Alberto Castro. Tutela. Radicación T 74800.

jo de Estado ha indicado, para casos bastante excepcionales, que es posible flexibilizar ciertas disposiciones legales cuando se trata de personas con discapacidades, más aún si éstas se dieron como consecuencia de las acciones u omisiones de agentes estatales. En consecuencia, no puede exigírseles un cumplimiento inexorable de las normas procesales –como el término para solicitar la apertura de un incidente para liquidación de condena¹³⁴– si éstas perjudican a un sujeto de especial protección constitucional –como las personas con discapacidades–, sobre todo si tal incumplimiento fue producto de la negligencia de quienes los representan, generando con todo ello un menoscabo todavía más profundo en sus condiciones de vida. De manera similar opinó la Corte Suprema de Justicia al examinar la procedencia de un recurso de apelación¹³⁵. Vale la pena precisar que decisiones como las anteriores son tomadas, en su mayoría, por las altas Cortes, pues jueces de inferior jerarquía suelen abstenerse de hacerlo, es decir, las acciones fuertes y contundentes –usualmente relacionadas con la flexibilización del ordenamiento jurídico– implican para el titular del derecho llevar sus causas ante los máximos tribunales del país, circunstancia que no siempre es posible. Por tanto, queda la duda de cuántos casos no encontraron una respuesta satisfactoria por no haber llegado a tales instancias.

e. Personas que no están en pie de igualdad frente a la sociedad o históricamente discriminadas

Además de lo manifestado, existen otros grupos dentro de la sociedad que por sus particulares características no se encuentran en pie de igualdad respecto a los demás o han sido históricamente discriminados. Por esto mismo, en relación con los migrantes, la Corte Constitucional ha manifestado, como la Corte IDH, que los Estados deben asegurar a los extranjeros la opción de solicitar y recibir asesoría legal en caso de requerirla, así como la posibilidad de participar en los trámites consulares y contar con un traductor o intérprete de llegarlo a necesitar¹³⁶.

El caso de las comunidades indígenas ha sido objeto de múltiples debates, de donde no solo se ha concluido su condición como sujeto de especial protección, sino que, además, se ha hecho énfasis en la obligación de garantizar sus derechos como colectividad, entre otros, a la consulta, al territorio, a la identidad cultural y al agua¹³⁷.

134 Consejo de Estado de Colombia. Sección 2. Magistrado ponente: Víctor Hernando Alvarado. Actor: Rosa Amelia Bustos. Accionado: Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Radicado: 110010315000-20110170200

135 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 17-11-15. Magistrado ponente: José Leonidas Bustos. Radicación T 82704.

136 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T 338 de 2015. Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio. 3 de junio de 2015.

137 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T 1009 de 2000. Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz. 8 de agosto de 2000.

También han sido objeto de preocupación las personas de la tercera edad. El Consejo de Estado aceptó que para el pago de una sentencia condenatoria en un caso de privación injusta de la libertad se tuviera como mecanismo de protección la acción de tutela, pese a que la posición general de la jurisprudencia indica lo contrario -pues para tal fin fue establecida la acción ejecutiva-, sin embargo, atendiendo a las especiales condiciones del caso, donde se veían comprometidos el mínimo vital y la salud de una persona de la tercera edad, dio vía libre para el conocimiento del amparo propuesto.¹³⁸ Asimismo, la Corte Constitucional ha ordenado que se decida de fondo la impugnación propuesta por un accionante, aunque éste haya utilizado una terminología errónea al presentar su impugnación, en la medida que su avanzada edad reclamaba la protección reforzada del Estado¹³⁹.

Un análisis profundo despertó en la Corte Constitucional la especial condición de las personas de talla baja. Se denotó que el acceso a la justicia se ha restringido para estas personas al no contar con las condiciones de adaptabilidad al entorno requeridas para la atención en los despachos judiciales, lo que significaba limitaciones de accesibilidad como consecuencia de la infraestructura física¹⁴⁰.

Un grupo históricamente discriminado han sido quienes se encuentran privados de la libertad, pues existe la tendencia social de rechazarles, no obstante, su condición humana no puede ser desconocida y mucho menos la posición de garante que tiene el Estado frente a los mismos. Así pues, las restricciones legítimas que les son impuestas por causa de su condena penal -como las limitaciones a su libertad personal, a sus derechos políticos, entre otros- no se traducen en la opción de someterles a tratos que afecten su dignidad humana ni pueden cercenar su posibilidad de acceder a la justicia. Por esto mismo, el Consejo de Estado ha llegado a ordenar que se le dé validez a los poderes otorgados por personas detenidas siempre que cuenten con el sello de la cárcel en la que se hallan reclusos, sin que se pueda rechazar por no tener presentación personal ante notario¹⁴¹. De la misma manera, la Corte Suprema de Justicia ha referido el deber de informarles y citarles oportunamente a las diligencias de sus correspondientes procesos¹⁴², haciendo notar que éstos pueden solicitar los beneficios

138 Consejo de Estado De Colombia. Sección 1. Magistrada ponente: María Claudia Rojas. Actor: Vicente Jesús Blanco. Sentencia del 1-03-09. Radicación 760012331000-20080082501.

139 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T 172 de 1994. Magistrado ponente: Alejandro Martínez Caballero. Actor: Ernesto Orjuela Álvarez. Accionado: Instituto de Seguros Sociales (I.S.S). Radicado: T-16336. 11 de abril de 1994.

140 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T 1258 de 2008. Magistrado Ponente: Mauricio González. 15 de diciembre de 2008.

141 Consejo de Estado De Colombia. Sección 2 Magistrado Ponente: Alfonso Vargas. Actor: Édison Alberto Jiménez. Accionado: Juzgado 16 Administrativo de Medellín. Radicado: 110010315000-20110151500. Sentencia del 23-11-2011.

142 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Magistrado Ponente: María del Rosario González. Tutela. Sentencia del 12-03-15. Radicación T 78563.

legales a los que crean tener derecho, sin que la presentación de la petición o su resolución se vea obstaculizada por la dirección del establecimiento carcelario¹⁴³.

Finalmente, el Estado colombiano ha reconocido condiciones especiales para el acceso a la justicia por parte de aquellas personas cuyos recursos económicos no les permitirían, en principio, acudir a la Rama Judicial. De esta forma, el amparo de pobreza garantiza dicho acceso, exonerando a quienes acrediten tales condiciones del pago de cauciones, honorarios de apoderados y auxiliares de justicia e incluso de costas procesales. El desconocimiento de los anteriores beneficios ha llevado a que las tres altas cortes¹⁴⁴ se pronunciaran en su momento sobre la vulneración de los derechos que esta situación ha generado.

En torno al ámbito de protección funcional

a. El acceso a la Justicia en la fase pre procesal

- **Ser informado de los derechos y las vías para protegerlos**

Este deber de información sobre las formas de solución de conflictos ha sido ejecutado en Colombia a través de políticas públicas desarrolladas por el Ministerio del Interior y de Justicia, como herramientas que aplican las TIC para acercar a la población a estos mecanismos. Asimismo, la Constitución Política de 1991 estableció dentro de sus organismos de control al Ministerio Público (Artículo 117), dándole dentro de sus tareas la guarda y protección de los derechos humanos (Artículo 118). De los organismos que lo componen, la Defensoría del Pueblo y las Personerías Municipales se han convertido en instituciones claves para la consultoría y acompañamiento en la interposición de los mecanismos de defensa de los derechos humanos. Tal relevancia ha sido reconocida en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, donde ha manifestado que quienes consideren violentados sus derechos pueden reclamar del Estado la garantía constitucional de acceso a la administración de justicia¹⁴⁵ acudiendo

143 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Magistrado Ponente: Julio Enrique Socha. Tutela. Sentencia del 18-05-10. Radicación T477723.

144 Ver sentencias: T 114 de 2007 de la Corte Constitucional; de la Corte Suprema de Justicia: sentencia del 08-07-15. Magistrado ponente: Margarita Cabello. Radicación 110010203000-20150014200; sentencia del 26-12-15. Magistrado ponente: Fernando Giraldo. Radicación 76001220300020150072100 y sentencia del 15-06-12. Magistrado Ponente: Arturo Solarte. Radicación T 11001221000020120015601; del Consejo de Estado: sentencia del 12-08-2007. Sección 4. Magistrado ponente: Ligia López D. Actor: SIETEP. Radicación 25000232700020060133001.

145 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T 255 de 2005. Magistrado Ponente: Jaime Araújo Rentería. 17 de marzo de 2005.

“ante la defensoría del pueblo con el fin de obtener la instrucción y asesoría necesarias en el ejercicio y defensa de sus derechos con el fin de acudir ante la jurisdicción pertinente”¹⁴⁶.

Cabe acotar que existe una práctica judicial recurrente tratándose de la acción de tutela cuando es interpuesta existiendo otros mecanismos judiciales para la protección de los derechos. Bajo tal contexto, dicha acción se torna improcedente -por regla general- pues al ser subsidiaria, deben agotarse todos los demás medios que existan para la protección del derecho, de tal suerte que, si se presenta incumpliendo este presupuesto, como es lógico, el juez constitucional no conocerá de la solicitud de amparo, debiendo hacer la indicación en su providencia respecto a cuál o cuáles eran o son los mecanismos idóneos que el accionante ha tenido o tiene a su alcance para lograr su propósito.

• El derecho a ser oído

Este derecho deviene del artículo 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos implica, en términos generales, la opción real de tener acceso a la administración de justicia para dirimir sus controversias por medio del Estado o, en su caso, por mecanismos alternativos de solución de conflicto. Por supuesto, esto significa que los medios deben existir efectivamente en el ordenamiento interno y debe ser factible acudir a ellos.

Frente a este último punto, se ha aceptado por parte del Estado colombiano que los MASC son una alternativa viable para la solución de conflictos. En particular, la Corte Constitucional estima que el establecimiento de estos mecanismos no son una muestra de “desconfianza hacia la justicia estatal formal, sino un reconocimiento de que procedimientos menos formales y alternativas de justicia auto compositiva complementan las opciones a las cuales pueden acudir las personas para resolver sus disputas”¹⁴⁷. Por lo anterior, es posible acudir a los MASC cuando las partes involucradas en un conflicto lo consideren pertinente. No obstante, el Estado colombiano pretendiendo promover estos mecanismos y descongestionar el aparato jurisdiccional, estableció como requisito de procedibilidad para gran parte de los asuntos que conoce la Rama Judicial, el agotamiento de una audiencia de conciliación extrajudicial en derecho. Por su parte, las altas cortes han dado validez a la medida introducida por el Estado, la Corte Constitucional declarando exequible la mayor parte de la normatividad introducida

146 Ibíd.

147 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C 1195 de 2001. Magistrados Ponentes: Manuel José Cepeda y Marco Gerardo Monroy Cabra. 15 de noviembre de 2001.

al respecto¹⁴⁸. El Consejo de Estado estimando que este requisito no afecta el acceso a la administración de justicia¹⁴⁹ al ser un mecanismo alterno y previo que no elimina el principal¹⁵⁰ ni afecta su caducidad, entendiendo que, en cualquier caso, de no practicarse la audiencia por el organismo correspondiente en el plazo legal de tres meses, el interesado tendrá vía libre para interponer las acciones judiciales a las que haya lugar. Por otro lado, se ha insistido en que los jueces no deben exigir este requisito cuando se trate de asuntos no conciliables, como los laborales¹⁵¹ o tributarios¹⁵², pues en tales eventos sí estarían obstaculizando el acceso a la justicia.

Tal como la Corte IDH ha manifestado, el derecho a ser oído implica asegurar el acceso a un órgano competente para que resuelva respecto de los derechos que se reclaman. Las altas cortes colombianas concuerdan en que "no es posible el cumplimiento de las garantías sustanciales y de las formas procesales establecidas por el Legislador sin que se garantice adecuadamente dicho acceso."¹⁵³ En este sentido, se ha identificado el derecho a ser oído con el derecho de acceso, es decir, no basta con que las personas puedan presentar sus demandas ante una autoridad judicial, ésta debe asumir el conocimiento de las mismas y tramitarlas hasta que exista una decisión de fondo. El Consejo de Estado ha sido particularmente incisivo al respecto, ya que ha encontrado muchos jueces obstaculizando el acceso a la justicia al rechazar demandas sin una causal que así lo justifique o actuando bajo un excesivo ritual manifiesto. En razón de lo anterior, se viola al acceso a la administración de justicia cuando no existen los instrumentos judiciales internos que lo posibiliten o si habiéndolos no es posible acceder a los mismos. En consecuencia, se ha exhortado a la aplicación del principio *pro mandato*¹⁵⁴, en virtud del cual se debe evitar aplicar las normas que más restricciones permanentes supongan al ejercicio de los derechos, prefiriéndose las normas que resulten favorables a la libertad y derechos de las personas; asimismo, el principio *pro actione*¹⁵⁵, que se traduce en el derecho a ser oído por

148 Con excepción de la conciliación en materia laboral o en asuntos de familia cuando haya existido violencia intrafamiliar.

149 Consejo de Estado de Colombia. Sección 3. Magistrada ponente: Ruth Stella Correa Palacio. Actor: Fundación Redimir. Accionado: Hospital San Pablo de Cartagena. Providencia del 9-12-2010. Radicado: 130012331000-20090010801.

150 Consejo de Estado de Colombia. Sección 2. Magistrado ponente: Gustavo Eduardo Gómez. Actor: María Elvira Alfonso. Demandado Tribunal Administrativo Boyacá. Providencia del 19-08-09. Radicación 110010315000-20090070700.

151 Consejo de Estado de Colombia. Sección 2. Magistrado ponente: Alfonso Vargas. Actor: Ismael Enrique Molina. Providencia del 1-09-09. Radicación 110010315000-20090081700

152 Consejo de Estado de Colombia. Sección 2. Subsección A. Providencia del 16-02-2011. Magistrado Ponente: Luis Rafael Vergara. Actor: María Inés Correal. Accionado: Tribunal Administrativo de Santander. Radicado: 110010315000-201000153800

153 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C 1195 de 2001. Magistrados Ponentes: Manuel José Cepeda y Marco Gerardo Monroy Cabra. 15 de noviembre de 2001.

154 Consejo de Estado de Colombia. Magistrado Ponente: Alonso Vargas Rincón. Actor: José Alonso Ceballos Accionado: Tribunal Administrativo de Antioquia. Radicado: 110010315000-20110065500.

155 *Ibíd.*

un juez, para lo cual se deben interpretar las normas procesales de la manera en que resulten más favorables para la admisibilidad de la acción. Bajo tal óptica, el Consejo de Estado afirma que, si bien es cierto el término de caducidad establecido por la ley debe ser observado por las partes, debiendo interponer la demanda antes de su acaecimiento, también es claro que para los jueces es imperativo hacer un adecuado conteo de dicho término¹⁵⁶, considerando la suspensión de éstos por causa de la solicitud de conciliación extrajudicial¹⁵⁷, paros judiciales¹⁵⁸ e incluso circunstancias como los conflictos de competencia¹⁵⁹, que en ocasiones se prolongan por tanto tiempo que la caducidad se produce mientras se espera que se decida quién es el juez competente para darle trámite a la acción. De hecho, se ha indicado que el cómputo de la caducidad debe considerar las circunstancias en las que ocurre el daño antijurídico, pues algunas veces solo se tiene conocimiento del mismo días, meses e incluso años después de haberse ocasionado, por tanto, se preferirá el conteo a partir de la fecha en que se conoció¹⁶⁰ y aún más, si para el momento de la presentación de la demanda no resulta clara la concreción del perjuicio, en razón de los principios antes mencionados debe dársele trámite a la acción y definir tal circunstancia cuando se dicte el correspondiente fallo¹⁶¹. En todo caso, teniendo el debido cuidado de no declarar la caducidad sin que esta haya operado¹⁶² y pretendiéndose la materialización del derecho de las personas a ser oído.

Cosa diferente ha ocurrido con el recurso extraordinario de casación, el cual ha sido criticado por sus rigurosos requisitos y la interpretación restrictiva que la Corte Suprema de Justicia ha realizado, rechazando o inadmitiendo tal recurso por exigencias técnicas, manifestando que es posible hacerlo en la medida que la naturaleza y propósito de la casación difiere de los procesos constitucionales -mucho más informales- y por ende, es factible precisar los condicionamientos legales, sobre todo de la sustentación de los cargos contra la sentencia recurrida. Agrega que, en la jurisdicción ordinaria no fue prevista una función de eventual revisión,

156 Consejo de Estado de Colombia. 31-03-2011 Sección 1 Magistrado Ponente: Marco Antonio Velilla. Actor: Pedro Julio Mora Rojas Accionado: Tribunal Administrativo Cundinamarca. Radicado: 110010315000-20100138100.

157 Consejo de Estado de Colombia. 4-02-2016. Sección 2. Subsección B. Magistrado Ponente: Gabriel Valbuena. Actor: José Octavio Alzate. Radicación 11001031500020150101701 (AC)

158 Consejo de Estado de Colombia. 07-05-2014 Sección 4. Magistrada Ponente: Carmen Teresa Ortiz. Actor: Proyecto 101 SAS Accionado: Secretaría Distrital de Hacienda. Radicado: 250002337000-20120038701

159 Consejo de Estado de Colombia. Sección Quinta. Magistrado Ponente Lucy Jeannette Bermúdez. 7 de septiembre de 2015. Demandante María Esperanza Acevedo Campuzano. Demandando Consejo de Estado, Sección Tercera Subsección C. Radicación 110010315000-20140257901.

160 Consejo de Estado de Colombia. 3-09-2006. Sección 3. Magistrado ponente: Eduardo Hernández. Actor: José Erlinton Angulo. Radicación 520012331000200501660.

161 Consejo de Estado de Colombia. 29-10-2012 Sección 3 Subsección B. Magistrado ponente: Stella Conto Díaz. Actor: Rosalba Giraldo Accionado: Municipio de Medellín. Radicado: 50012331000-20120077401.

162 Consejo de Estado de Colombia. 15-04-2004. Sección 1. Magistrado ponente: Camilo Arciniega. Actor: Delio Alfonso Giraldo. Radicación 1100103150002004015001.

como sí ocurre en la jurisdicción constitucional y, por tanto, la Corte Suprema debe ajustarse a los mecanismos que han sido previstos en el ordenamiento jurídico.¹⁶³

De otra parte, las altas cortes colombianas, en especial, la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, han considerado que la aplicación de normas procedimentales que supongan cargas para las partes se deben interpretar restrictivamente, considerando la finalidad objetiva que se persiga con ellas, a fin de no atentar contra el acceso a la justicia¹⁶⁴, dando prevalencia al derecho sustancial sobre el procedimental¹⁶⁵.

Por esto mismo, se han flexibilizado ciertas cargas procesales que tienen incidencia directa en el acceso a la administración de justicia. Así, por ejemplo, el deber de las partes en los procesos contencioso administrativos de pagar los gastos ordinarios¹⁶⁶ de los mismos dentro del término establecido para ello, *so pena* de declararse el desistimiento tácito de la demanda. En este sentido, se ha dado la posibilidad de que la parte allegue el correspondiente recibo de pago hasta antes de la ejecutoria del auto que declara dicho desistimiento¹⁶⁷. Igualmente, se ha insistido que los jueces deben "interpretar razonablemente la demanda"¹⁶⁸, cuando se encuentren errores formales que puedan ser superados mediante una interpretación amplia de la demanda. Sin embargo, si el yerro no puede ser rebasado, se debe inadmitir para su correspondiente subsanación, sin que el juez pueda señalar causales distintas a las contempladas en la ley¹⁶⁹. Conviene precisar sobre el último punto tratado que la jurisprudencia de las altas cortes evidenció que los operadores judiciales, con relativa frecuencia, terminan generando obstáculos para acceder a la justicia al inadmitir una demanda sin que exista una base jurídica para ello.

163 Corte Suprema de Justicia. 15-04-16. Magistrado ponente: Luis Armando Tolosa. Recurso de casación. Radicación 50013103003-20070026101.

164 Consejo de Estado de Colombia 24-09-2012. Sección 3. Magistrado ponente Jaime Orlando Santofimio. Actor: José Antonio Feniche Accionado: Fiscalía General de la Nación. Radicado: 500012331000-20110058601.

165 Consejo de Estado de Colombia Sección 2. Magistrado ponente Víctor Hernando Alvarado. Actor: Martha Lucia Farfán Accionado: Juzgado 2 Administrativo de Buga. Radicado: 760012331000-20120066501.

166 Los gastos ordinarios de los procesos son una suma de dinero que es determinada por el juez en el auto admisorio de la demanda, con los cuales se cubren los costos de las notificaciones y la remisión de oficios.

167 Consejo de Estado de Colombia Sección 2. Magistrado ponente Víctor Hernando Alvarado. Actor: Martha Lucia Farfán Accionado: Juzgado 2 Administrativo de Buga. Radicado: 760012331000-20120066501.

168 Consejo de Estado de Colombia. 06-09-08. Sección 2. Magistrado ponente: Jesús María Lemos. Actor: Gladys Marina Angarita. Radicación 150012331000-20010086901. En relación con la estimación razonada de la cuantía ver: 31-08-08. Sección 1. Magistrado ponente: Camilo Arciniegas. Actor: Carlos Vitaliano Sánchez. Radicación 110010315000-20080055000. En relación con el suministro de la dirección electrónica del ente demandado ver: 26-02-2014 Sección 3. Magistrado Ponente: Enrique Gil. Actor: Bernardo de Jesús Barbosa Accionado: Municipio de Girón. Radicado: 680012333000-20130072201.

169 Consejo de Estado. Sentencia del 25-04-2011. Sección 2 Magistrado Ponente: Gustavo Eduardo Gómez. Actor: Ricardo González Accionado: Hospital Tulia Duran (Huila). Radicado: 410012331000-20090025501

- **El derecho a recursos efectivos, sencillos y rápidos**

Para esto, se requiere que los Estados constaten la existencia de dichos recursos en sus ordenamientos internos y en caso de carecer de ellos, adecúen su legislación para cumplir con esta obligación internacional. Sin embargo, no basta con consagrarlos, es indispensable propugnar por su efectividad y accesibilidad. Aunque en Colombia se cuentan con las vías ordinarias para dirimir los conflictos, a nivel constitucional se han consagrado una serie de mecanismos orientados a la protección de los derechos constitucionales, tal es el caso de la acción de tutela (Artículo 86), las acciones colectivas -popular y de grupo- (Artículo 88) y la acción de cumplimiento (Artículo 87), de las cuales, sin duda, la acción de tutela se ha considerado como el recurso más efectivo, sencillo y rápido del ordenamiento jurídico colombiano. Por lo anterior, no resulta extraño que la mayor parte de las providencias revisadas para esta investigación se trataran de fallos de tutela en primera o segunda instancia, al ser éste el medio por excelencia para salvaguardar el derecho al acceso a la administración de justicia.

Algunos aspectos de este recurso han sido ampliamente debatidos, por ejemplo, su uso temerario, es decir, cuando una persona presenta en diferentes momentos o lugares una tutela por los mismos hechos y pretensiones, tal actuar ha sido considerado por las altas cortes como un uso abusivo, desmedido o fraudulento¹⁷⁰ que atenta contra el acceso a la justicia de los demás, contra la igualdad procesal e incluso contra la seguridad jurídica al dar cabida a eventuales fallos contradictorios. En consecuencia, si bien los recursos judiciales se encuentran a disposición de quienes lo necesiten, se requiere su trato serio y medido, sobre todo teniendo en cuenta el gran número de tutelas que se presentan anualmente¹⁷¹.

A pesar de la frecuencia con la que se acude a la tutela en Colombia, su efectividad ha sido puesta en duda por diferentes razones, entre ellas, su falta de cumplimiento a pesar de haberse agotado el incidente de desacato¹⁷². Durante el trámite propio de la tutela también han existido circunstancias que le han restado seguridad jurídica, tal es el caso de la confusión entre sus reglas de reparto y de competencia, derivada de la concurrencia de varias normas

170 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T 1014 de 1999. Magistrado Ponente: Vladimiro Naranjo Mesa. Actor: Orlando Oviedo Saballeteh Accionado: Empresa Nacional de Telecomunicaciones (TELECOM). Radicado: Acumulados T-239.989 y T-242.095. Sentencia del 10 de diciembre de 1999.

171 Un estudio realizado por la Defensoría del Pueblo indica que para el año 2013 se presentaron 454.500 tutelas, cifra que, contrastada con la información que se tiene para el 2012 muestra que hubo un aumento del 7,1%. Para ampliar información ver: <http://defensoria.gov.co/es/nube/noticias/2254/Durante-2013>

172 Un estudio realizado en Bogotá, Neiva, Cali y Medellín muestra que en tales ciudades solo se logró el cumplimiento del 43,9%, 69,3%, 53,8% y 52,4%, respectivamente, de las tutelas a las que se les abrió incidente de desacato. Ver: López Daza, Germán Alonso. (2010). *El incidente de desacato en las sentencias de tutela de los jueces de Bogotá, Medellín, Cali y Neiva* (2007-2008). Revista Universidad Sur colombiana enero - junio 2010. Pp. 93-116.

que regulaban el tema, conllevando a que los jueces se declararan incompetentes cuando en realidad no lo eran. Lo anterior, terminaba atentando contra el acceso a la justicia, pues se superaba, por mucho, los diez días que legalmente se tenían para decidir sobre el amparo de los derechos mientras se dirimían estos conflictos de competencias, prolongándose incluso por meses. Finalmente, esta vicisitud terminó siendo superada gracias a la jurisprudencia del Consejo de Estado, en principio, y luego de la Corte Constitucional, las cuales aclararon estas reglas y coincidieron en que las mismas no pueden afectar el carácter expedito de la tutela ni el acceso a la justicia¹⁷³.

Un inconveniente mucho mayor ha existido en cuanto a la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales. No ha sido pacífica la jurisprudencia frente a este punto. En principio, fue la propia Corte Constitucional renuente a aceptar de lleno su procedencia, al punto de declarar la inconstitucionalidad de las normas que lo permitían¹⁷⁴, no obstante, posteriormente consolidaría tal posibilidad a través de la teoría de las vías de hecho¹⁷⁵, por la que admitía su procedencia cuando los jueces actuaran de manera arbitraria, amenazando los derechos fundamentales o desconociendo el ordenamiento jurídico, al punto que sus decisiones no podrían considerarse providencias judiciales sino vías de hecho. Luego, replantearía su teoría a partir del esclarecimiento de causales genéricas y específicas de procedibilidad¹⁷⁶, posición que se mantiene en la actualidad, exponiendo entre otros argumentos que tal opción deviene del bloque de constitucionalidad, no considerando solo los artículos 2 y 86 constitucionales, sino, además, el artículo 25 de la CADH, en virtud de la cual se debe proveer de un recurso efectivo para la protección de los derechos humanos¹⁷⁷, aunque en este tipo de tutela los requisitos y fundamentos jurídicos son un poco más técnicos y rigurosos que los amparos solicitados por otras causas.

173 Consejo de Estado. 06-08-09. Sección 2. Magistrado ponente: Gerardo Arenas. Actor: Simón Clavos Álvarez. Demandado: Consejo Superior de la Judicatura. Radicación 180012331000-2009001901.

174 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C 543 de 1992. Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández. 1 de octubre de 1992.

175 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T 173 de 1993. Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández. Sentencia del 4 de mayo de 1993.

176 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C - 590 de 2005. Magistrado Ponente: Jaime Córdoba Triviño. Sentencia del 8 de junio de 2005. En sentido similar ver: T 332 de 2006, T 780 y T 212 de 2006.

177 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T 488 de 2014. Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio. 9 de julio de 2014. En sentido similar ver sentencias T 466 de 2012 y T 726 de 2012.

Adicionalmente, la temática expuesta generó en su momento el denominado “choque de trenes”¹⁷⁸, dado que tanto el Consejo de Estado¹⁷⁹ como la Corte Suprema de Justicia se opusieron¹⁸⁰ vehementemente a aceptar la posición de la Corte Constitucional, al punto de ordenar archivar las tutelas contra providencias judiciales sin siquiera pronunciarse sobre ellas e incluso negándose a rehacer los fallos que, según las órdenes de la Corte Constitucional, debían proferirse nuevamente. Como resultado de estas disputas, se afectaron los derechos de los accionantes, circunstancias que han sido expuestas en sendas peticiones ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Tiempo después, en las altas cortes disidentes se permitiría -aunque no por todas las Salas- su procedencia, como medida excepcionalísima, al constatarse afrentas abiertas y flagrantes al debido proceso y al acceso a la Administración de Justicia¹⁸¹ -en el caso del Consejo de Estado- o eventos que constituyen vías de hecho -en el caso de la Corte Suprema-.

Finalmente, el Consejo de Estado cambiaría definitivamente su postura al respecto, aceptando la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales cuando se violen derechos constitucionales fundamentales, “debiéndose observar los parámetros dados por la ley, la jurisprudencia y los que en futuro se determinen”¹⁸², admitiendo que era necesario modificar el criterio radical que había mantenido hasta el momento, consintiendo el estudio de fondo de las mismas. De manera similar, la Corte Suprema¹⁸³ aceptaría tal procedencia excepcional de encontrarse que concurren las causales genéricas y al menos una específica de las estudiadas y reiteradas por la Corte Constitucional.

Un debate igualmente álgido ha sido la procedencia de la tutela contra tutela. Aunque no es un debate cerrado, se ha entendido que no son precedentes, pues de otra forma se atentaría contra la seguridad jurídica y la cosa juzgada¹⁸⁴. Empero, ulteriormente la Corte Constitucional unificaría su jurisprudencia al respecto, manifestando que “podrá proceder de manera

178 Con este término se hace referencia al choque de posturas que mantienen las altas cortes sobre algún tema en particular.

179 Consejo de Estado. 1-12-2011 Sección 1 Magistrada Ponente: María Claudia Rojas. Actor: Carlos Arturo Castro Accionado: TAC. Radicado: 11000315000-201100611.

180 En especial cuando se trataba de tutelas contra las propias altas cortes.

181 Consejo de Estado. 9-06-2011 Sección 1 Magistrada Ponente: María Claudia Rojas. Actor: Néstor Adolfo Mozos Accionado: Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Radicado: 110010315000-20110048200.

182 Consejo de Estado de Colombia. Sala Plena. Magistrada Ponente: Elizabeth García. Sentencia del 31 de julio de 2012. Radicación 11001031500020090132801.

183 Corte Suprema de Justicia. 15-03-16. Magistrado ponente: Eugenio Fernández Cartier. Radicación T 84420

184 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T 353 de 2012. Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt. Sentencia del 15 de mayo de 2012.

excepcional cuando se esté ante el fenómeno de la cosa juzgada fraudulenta¹⁸⁵. Por su parte, la Corte Suprema de Justicia ha establecido que en casos muy eventuales podrá proceder, por ejemplo, cuando se desconozca de manera flagrante el debido proceso de los intervinientes¹⁸⁶.

a. En torno al acceso a la Justicia en la fase procesal

• El derecho a ser oído con las debidas garantías

Una vez se ha garantizado el acceso a un proceso, concretizándose, en principio, el derecho a ser oído, se requerirá que las partes sean tratadas con las debidas garantías, pues de nada serviría que se aceptara conocer una causa si desde el principio se encuentra con limitaciones u obstáculos que impiden el correcto desarrollo del proceso. En este sentido, la Corte IDH ha trazado unos parámetros generales a considerarse dentro del derecho interno, aclarando que esas debidas garantías "podrán ser determinadas por el tribunal atendiendo a las particularidades de cada caso concreto"¹⁸⁷. En Colombia, se han visualizado decisiones judiciales que tendían a vulnerar el acceso a la justicia, por lo que las altas cortes vienen a establecer una suerte de reglas judiciales que buscaban remediar y limitar esa clase de actuaciones, verbigracia, a través del enfático llamado a evitar sentencias inhibitorias, las cuales, según se ha observado de las sentencias estudiadas, acaecían con más frecuencia de lo esperado y en muchos casos, bajo argumentos que no han sido encontrados justificables bajo la óptica de las altas cortes. De esta forma, el Consejo de Estado ha manifestado que no es correcto que los jueces se declaren inhibidos por causas que ellos mismos podrían haber subsanado si en el momento procesal oportuno hubiesen requerido a las partes a corregir los yerros que, con posterioridad, no les permiten tomar una decisión de fondo¹⁸⁸ -como la insuficiencia del poder para actuar¹⁸⁹ o la indebida acumulación de pretensiones¹⁹⁰-. En consecuencia, las sentencias inhibitorias deben ser excepcionales, siendo tomadas únicamente cuando el juez

185 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU 627 del 1 de octubre de 2015. Magistrado Ponente: Mauricio González.

186 Corte Suprema de Justicia. 26-11-15. Magistrado ponente: Ariel Salazar. 76001221000020150019901.

187 Corte IDH. Caso Dacosta Cadogan Vs. Barbados. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de septiembre de 2009. Serie C, No. 204, § 84.

188 Consejo de Estado de Colombia. 25-06-2006. Sección 1. Magistrado ponente: Gabriel Eduardo Mendoza. Actor: José Iván Arguello. Radicación: 1100103150002006001071.

189 Consejo de Estado de Colombia. 1-03-2007. Sección 1. Magistrado ponente: Rafael Ostau. Actor: Jairo Enrique Caballero. Radicación 11001031500020060147500

190 Consejo de Estado de Colombia. 30-04-2016. Sección 2. Magistrado ponente: Alejandro Ordoñez. Actor: María Carmela Guerrero. Radicación 52001233100019990121502.

no tiene ningún otro recurso a su disposición, para lo cual deberá dar una estricta justificación¹⁹¹, *contrario sensu*, “si no obedecen a una razón jurídica valedera constituye una forma de obstruir, por voluntad del administrador de justicia, el acceso de las personas a ella”¹⁹². Tampoco han sido aceptadas las llamadas “decisiones inhibitorias implícitas”¹⁹³, es decir, aquellas providencias que en apariencia resuelven de fondo, pero que en realidad no solucionan el conflicto planteado, por lo que, en últimas, termina siendo una sentencia inhibitoria. También han sido reprochados los “actos de prejuzgamiento”¹⁹⁴ por parte de los jueces, esto se presenta en aquellos casos donde la autoridad judicial decide rechazar la demanda, no por una causal legalmente establecida sino por considerar que lo solicitado no tiene vocación de prosperidad, con lo cual se termina fallando el caso aún antes de empezar, circunstancia que atenta contra el acceso a la justicia. Se vulnera, además, cuando el juez exige requisitos que no están contemplados en la ley¹⁹⁵, omite la vinculación de terceros interesados al proceso¹⁹⁶, toma decisiones que evidencian un excesivo ritual manifiesto¹⁹⁷, no aplica el principio del *iura novit curia*¹⁹⁸ ni el principio de prevalencia del derecho sustancial sobre el formal¹⁹⁹, afecta a las partes haciendo un erróneo conteo de términos, omitiendo en sus cuentas los periodos de cese de actividades de la Rama Judicial²⁰⁰ o cuando impone a la parte accionante una carga procesal desproporcionada²⁰¹.

-
- 191 Consejo de Estado. 23-11-09. Sección 2. Magistrado ponente: Luis Rafael Vergara Quintero. Actor: Banco GNB Sudameris. Demandado: TAC. Radicación 110010315000-20090107400.
- 192 Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección A. Magistrado Ponente Flavio Augusto Rodríguez Arce. Demandante Jaime Cendales Melo. Demandando Contraloría Departamental De Boyacá. 8 de abril de 1999.
- 193 Consejo de Estado. 16-04-2012 Sección 2 Magistrado ponente Luis Rafael Vergara. Actor: Yolanda Herrera Accionado: Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Radicado: 110010315000-20120039800.
- 194 Corte Suprema de Justicia de Colombia. 11-02-16. Magistrado ponente: Álvaro Fernando García Restrepo. Radicación 50012210000-2015005410.
- 195 Consejo de Estado de Colombia. 4-09-2003. Sección 5. Magistrado ponente: María Nohemí Hernández. Actor: Julio Enrique González. Radicación 2500023260002000011201.
- 196 Consejo de Estado de Colombia. 02-02-2012. Sección 1. Magistrado Ponente: Marco Antonio Velilla. Actor: Miriam Romaña Accionado: Juzgado 1 Administrativo de Quibdó. 270012331000-20110022501.
- 197 Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Civil y Agraria. 08-10-2015. Magistrado ponente: Fernando Giraldo Gutiérrez. Radicación 110012203000-20150220401
- 198 Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Laboral. 20-10-15. Magistrado ponente: Clara Cecilia Dueñas. Radicación 48381.
- 199 Consejo de Estado de Colombia. 1-09-2011 Sección 4 Magistrado Ponente: William Giraldo. Actor: Dilmar Ortiz Joya Accionado: Concejo Municipal de Floridablanca. Radicado: 680012331000-19990254401.
- 200 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. 22-07-2015. Magistrado ponente: Jorge Mauricio Burgos. Tutela. CSJ SC Laboral. Radicación T. 40600.
- 201 Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Civil y Agraria. 5-02-15. Magistrado Ponente: Luis Armando Tolosa. Radicación 11001020300020150011900.

Interesa destacar el caso del “cambio de jurisprudencia” efectuado por las altas cortes en el ejercicio propio de sus competencias. Se ha discutido si tal fenómeno puede atentar contra el acceso a la justicia, encontrándose que es una temática que cuyas repercusiones se presentan como las dos caras de una moneda; por un lado, hay fallos que, aun cuando modifican una postura que ha mantenido la alta corporación, tal avenencia ha tendido a favorecer los derechos de las partes dentro de los procesos, por ejemplo, cuando se les dio validez a las pruebas allegadas en copia simple²⁰². Por otro lado, también han existido cambios que se han traducido en restricciones a los derechos de las personas, verbigracia, cuando el Consejo de Estado determinó que no existía vulneración al acceso a la justicia si se rechazaba la procedencia de determinadas excepciones de mérito, puesto que para el momento en que fallaba el caso se había presentado un cambio jurisprudencial al respecto. Así, aunque las mismas estaban permitidas para el momento en que se presentaron, no eran de recibo al dictarse el fallo²⁰³. Esto, sin duda, deja una sensación de inseguridad jurídica. Sin embargo, en ocasiones esta misma corporación, consciente de las implicancias de estos cambios en los intereses de quienes tienen un pleito en curso, los ha introducido a futuro, sin afectar los trámites que esperan resolución. Así ocurrió cuando se determinó que el pago de la sanción moratoria debía surtirse a través de nulidad y restablecimiento del derecho en lugar de reparación directa, empero, establece que para permitir el libre acceso a la jurisdicción y cumplir con la regulación internacional dada al mismo, daría validez a los procesos que habían sido presentados como reparación directa con anterioridad a la reforma de postura. Fue una decisión salomónica de alta importancia, ya que el término de caducidad es notoriamente distinto en cada acción. Mientras que en la primera se trata de cuatro meses, en el segundo es de dos años. De no tomar tal medida, habría significado que la inmensa mayoría de casos fueran negados por este motivo.

- **Derecho a que la decisión sea tomada y ejecutada en un plazo razonable**

Es éste un punto bastante álgido dentro de las realidades de Colombia. Tanto la Corte IDH como las altas cortes colombianas reconocen este derecho como parte fundamental del acceso a la justicia. No obstante, pese a su consagración nominal en el ordenamiento jurídico interno, éste se ve contrastado por las múltiples vicisitudes a las que se enfrenta la

202 Es el caso de la sentencia SU 226 de 2013 respecto de la SU 774 de 2014, ambas proferidas por la Corte Constitucional de Colombia.

203 Consejo de Estado de Colombia. 10-02-2016. Sección 3 Subsección A. Magistrado Ponente: Marta Nubia Velásquez. Actor: EdateI. E.S.P. Radicación: 5001233100020030273404.

Rama Judicial, principalmente: la mora judicial y los paros judiciales. En este sentido, la jurisprudencia de la Corte Constitucional es ambivalente, de un lado manifiesta que la justicia debe ser impartida pronta y oportunamente, de tal suerte que la mora judicial se constituye en una forma de violar el acceso a la justicia siendo factible buscar, vía tutela, que se obligue al juez moroso a decidir en un caso concreto²⁰⁴ cuando el accionante no cuenta con ningún otro medio de defensa y esté en riesgo de sufrir un perjuicio irremediable²⁰⁵, pues los términos no deben aplicarse de manera exclusiva a las partes sino también a los jueces, en la medida que un orden social justo no es concebible si no hay decisiones oportunas de las autoridades judiciales²⁰⁶. Por otro lado, la Corte afirma que decisiones como la mencionada solo podrían darse si se halla una “mora judicial injustificada”, y es en ese evento donde se atentaría contra el acceso a la justicia y el debido proceso²⁰⁷. En consecuencia, cuando se comprueba que los retrasos no se deben a la falta de diligencia por parte de la autoridad judicial sino a situaciones imprevisibles e ineludibles como el exceso de trabajo (congestión)²⁰⁸ habrá, entonces, una demora justificada que no viola el derecho estudiado. En este aspecto, para la Corte Suprema de Justicia, las personas cuentan con la opción de solicitar la prelación del fallo²⁰⁹ o la recusación del funcionario judicial si es que éste obstruye la justicia por cuestiones personales. Lo anterior significa que, a pesar de estar reconocida la garantía del plazo razonable, la misma ha sido restringida ante las circunstancias propias del contexto colombiano. Por supuesto, los jueces deben decidir en tiempo, pero conforme lo ha expuesto la Corte Constitucional, si hay razones de peso para no cumplir los términos es inviable tomar represalias hacia estos funcionarios²¹⁰. Desde otra perspectiva, tratándose de causas penales, el tribunal constitucional ha insistido en el trámite oportuno de las investigaciones, lo cual es indispensable tanto por el respeto de los

204 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T 431 de 1992. Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández. Sentencia del 24 de junio de 1992.

205 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T 220 de 2007. Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra. Sentencia del 22 de marzo de 2007.

206 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T 292 de 1999. Magistrado ponente: José Gregorio Hernández Galindola. Actor: Jorge Quintero Forero. Accionado: TA de Caldas. Radicado: T-187857.

207 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T 604 de 1995. Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz. Sentencias del 12 de diciembre de 1995.

208 Corte Suprema de Justicia de Colombia. 19-11-15. Magistrado ponente: Gustavo Enrique Malo. Radicación T 82942. Se indicó en esta sentencia que a 30 de junio de 2015 se encontraban al despacho del magistrado ponente 2.579 asuntos de los cuales 2.492 son recursos de casación.

209 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. 1-10-2015. Magistrado ponente: Gustavo Enrique Malo. Radicación T 82205

210 Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 5 de noviembre de 2002, radicado: 12381; Corte Suprema de Justicia. Sentencias del 18 de julio de 2006, radicado: 26747; Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 11 de noviembre de 2008, radicado: 39148; Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 29 julio 2014. Radicado: 74884. Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 12 de mayo de 2015. Radicado: 79584.

derechos de las víctimas como de quien está siendo procesado²¹¹. También la Corte Suprema de Justicia ha reconvenido a la Fiscalía General de la Nación en diferentes momentos para que adelante con prontitud las labores de indagación y adopte las decisiones de fondo a que haya lugar²¹²; ha considerado lesiva hacia este derecho la excesiva prolongación de la fase de juicio oral, así como de la detención preventiva sin que medie sentencia condenatoria en contra del procesado, sin embargo, no acepta la mora judicial como una razón suficiente para ordenar la libertad inmediata del procesado, por lo que en su lugar ha exhortado a las autoridades competentes a pronunciarse con celeridad²¹³. De igual manera, ha aceptado que los paros judiciales son “una fuerza mayor que libera a los sentenciadores de responsabilidad”²¹⁴, pues aun cuando existen funcionarios que no entran en paro, éstos son amenazados y constreñidos para que no ingresen a las instalaciones del juzgado. Por ende, no se les puede exigir poner su integridad física en riesgo para garantizar la atención al público. Así, la medida tomada para garantizar los derechos de las partes ha sido suspender los términos mientras dure tal flagelo.

Finalmente, tal como las anteriores altas corporaciones, el Consejo de Estado establece que la demora en la resolución de una causa no transgrede el acceso a la administración de justicia siempre que esté razonadamente justificada, para lo cual se deben considerar “las circunstancias particulares del despacho en el que se adelanta la actuación y del trámite del mismo, por ejemplo: a) Volumen de trabajo b) Nivel de congestión c) Cumplimiento de las funciones propias del cargo d) Respeto de los turnos”²¹⁵. En correlación con esto, el Consejo de Estado ha llegado a determinar que las demoras antedichas pueden generar responsabilidad estatal cuando con ocasión de ellas se producen perjuicios morales, por ejemplo, porque tal circunstancia dio lugar a la prescripción de las acciones civiles y penales²¹⁶ o cuando las dilaciones son abiertamente injustificadas²¹⁷. Se concluye, entonces que, de acuerdo con la jurisprudencia colombiana, aunque el cumplimiento de los términos es un

211 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T 604 de 1995. Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz. Sentencias del 12 de diciembre de 1995.

212 Corte Suprema de Justicia. 4-03-14. Magistrado Ponente: Eugenio Fernández Carlier. Rad: T 70171.

213 Corte Suprema de Justicia. 10-02-15. Magistrado Ponente: José Leónidas Bustos. Radicación T 77761.

214 Corte Suprema de Justicia. 17-03-16. M.P.: Fernando Giraldo Gutiérrez. Rad: 110012203000-20160022601.

215 Consejo de Estado de Colombia. 23-08-2012. Sección 2 Magistrado ponente Gustavo Eduardo Gómez. Actor: Sandra Isabel Buitrago Accionado: T.A. de Cundinamarca. 110010315000-20120088000.

216 Consejo de Estado de Colombia. 13-11-2014. Sección 3. Subsección B. Magistrada Ponente. Stella Conto Díaz. Actor: Guillermo Pinzón Accionado: Rama Judicial. Radicado: 25000232600-20030238401.

217 Por ejemplo, Dilación injustificada de 6 años en la notificación del llamado en garantía por medio de despacho comisorio, ver sentencia: Consejo de Estado de Colombia. 20-11-2014 Sección 5 Subsección A. Magistrado Ponente: Alfonso Vargas. Actor: Nariño Montes Accionado: Juzgado 12 Administrativo de Barranquilla. Radicado: 080012333000-20140073601.

medio que contribuye a la justicia, la mora judicial no conlleva *per se* a la vulneración del acceso a la justicia, solo los retrasos injustificados son sancionados por considerarse impropios de los deberes de la jurisdicción²¹⁸. En todo caso, la prolongación en el tiempo de un proceso judicial no viola el acceso a la justicia cuando se da como consecuencia de falta de actividad procesal del demandante²¹⁹.

- **Derecho a que la decisión sea tomada por un juez competente, independiente e imparcial**

Gran parte de la confianza depositada en la administración de justicia reposa en la convicción de que la decisión será tomada por una persona idónea y objetiva que dilucidará los conflictos dando las debidas garantías a las partes. La Corte Constitucional ha indicado que la actividad judicial encuentra su base en dos principios fundamentales, a saber: la independencia y la imparcialidad²²⁰. Por esto mismo, el ordenamiento jurídico colombiano ha previsto la figura del impedimento (que opera por parte del juez) y la recusación (que se presenta a iniciativa de los sujetos procesales) para aquellos casos en los que tales principios pueden verse afectados²²¹, salvaguardando así el debido proceso y la igualdad jurídica de las partes. En este punto, las altas cortes coinciden en la importancia de estas figuras, sin embargo, se entiende que su utilización debe ser prudente y razonable, es decir, los jueces no deben declararse impedidos cuando no hay lugar a ello, pero tampoco pueden afectar la imparcialidad de los procesos negándose a tomar esta medida, a pesar de cumplir con los presupuestos legales para ello²²². De igual manera, en cuanto a la relación entre el principio de independencia judicial y su correlativa autonomía, se ha afirmado que no hay vulneración al acceso a la justicia cuando existen discrepancias entre la interpretación normativa o la valoración probatoria que realiza el juez frente a las expectativas e intereses de las partes²²³.

218 Consejo de Estado de Colombia. 3-05-08. Sección 2. Magistrado ponente: Jesús María Lemos. Actor: Asocomed. Radicación 110010315000-20080024600.

219 Consejo de Estado de Colombia. 10-04-2003. Sección 4 Magistrado Ponente: Ligia López Díaz. Actor: Esmeralda Porras. Radicado Tribunal Administrativo Santander 110010315500020030025601.

220 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T 961 de 2004. Magistrada Ponente: Clara Inés Vargas. Sentencia del 7 de octubre de 2004.

221 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C – 365 de 2000. Magistrado Ponente: Vladimiro Naranjo Mesa. Sentencia del 29 de marzo de 2000.

222 Consejo de Estado de Colombia. Sección Cuarta. Magistrado Ponente Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez. Fecha de Sentencia 5 de febrero de 2016. Demandante Henry Vargas Ferreira. Demandando Consejo de Estado, sala especial de decisión no. 8 y otros. N° de sentencia 110010315000-20150201700.

223 Corte Suprema de Justicia. 10-12-15. Magistrado ponente: Gustavo Enrique Malo. Radicación T83105. En sentido similar: Corte Suprema de Justicia. 17-11-15. Magistrado ponente: Eugenio Fernández Cartier. Radicación T 82907. También el Consejo de Estado lo ha dicho en sentencia del 12-08-2007. Magistrado ponente: María Inés Ortiz. Actor: Libardo León. Radicación 11001031500020070070900.

Igualmente, es importante que las decisiones sean tomadas por el juez competente para ello, so *pena* de violar el acceso a la justicia. En este sentido, vía acción de tutela, se han revocado decisiones de jueces que afectaron a una parte al determinar un aspecto para el cual no eran competentes, así, por ejemplo, negar la procedencia de un recurso²²⁴, improbar una conciliación²²⁵ y más aún, no remitir el proceso al juez competente para que inicie el trámite de la causa²²⁶. Frente a este último aspecto, también se ha establecido que los conflictos de competencia no deben atentar contra el acceso a la administración de justicia, en especial, cuando tales “vaivenes” entre un despacho y otro terminan menoscabando presupuestos esenciales para la admisión o prosperidad de la demanda, como la caducidad o la prescripción²²⁷.

- **Derecho a que las providencias se encuentren debidamente motivadas**

La Corte Constitucional coincide con la posición de la Corte IDH, al indicar que este aspecto hace parte del conjunto de elementos que componen el derecho de acceso a la justicia, pues en la medida que se argumenten las razones de ser de una decisión, es menos probable que se incurran en arbitrariedades²²⁸. La Corte Suprema de Justicia, apoyándose en la posición de la Corte Constitucional, ha reconocido que se vulnera el acceso a la administración de justicia cuando las providencias carecen de motivación²²⁹, cuando ésta es deficiente²³⁰ o cuando no se plantean las razones por las que una prueba no será tenida en cuenta²³¹.

Por su parte, el Consejo de Estado también²³² manifiesta que una providencia es arbitraria cuando se toma sin el debido fundamento legal, pues tal falta de motivación deja sin medio

224 Corte Suprema de Justicia. 23-09-2015. M.P.: Margarita Cabello. 110012203000-20150179201

225 Consejo de Estado. 06-08-2006. Sección 1. Magistrado ponente: Camilo Arciniegas. Actor: Martha Inés Pérez. Radicado 11001031500020060023400.

226 Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección B. Magistrado Ponente Gerardo Arenas Monsalve. Demandante Yolanda Vélez Naranjo. Demandando Tribunal Administrativo del Valle del Cauca. Fecha de Sentencia 4 de febrero de 2016. N° de sentencia 110010315000-20150336500.

227 Consejo de Estado. 9-06-2010 Sección 3. Magistrada ponente: Stella Correa Palacio. Actor: Ramiro Alonso Castro Accionado: Instituto del Seguro Social. Radicado: 760012331000-19970358101.

228 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T 214 de 2012. Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva. Sentencia del 16 de marzo de 2012.

229 Corte Suprema de Justicia. 11-11-15. Magistrado ponente: Gustavo Enrique Malo. Radicación T 82565.

230 Corte Suprema de Justicia. 22-09-2015. Magistrado ponente: José Leonidas Bustos. Radicación T 82041.

231 Corte Suprema de Justicia. 28-01-15. M.P.: Margarita Cabello. Radicación 11001020300020150000900

232 Consejo de Estado. 23-11-09. Sección 2. Magistrado ponente: Luis Rafael Vergara Quintero. Actor: Banco GNB Sudameris. Demandado Tribunal Administrativo Cundinamarca. 110010315000-20090107400.

de defensa judicial al afectado²³³. Adicionalmente, no basta que los jueces indiquen el sentido de sus fallos, sino que deben resolver sobre todos los extremos en discusión²³⁴. Además, en situaciones que por su propia naturaleza puedan atentar contra el acceso a la justicia, el juez debe motivar debidamente su determinación, tal es el caso de las sentencias inhibitorias²³⁵.

• **Oralidad, participación y accesibilidad al expediente**

Sin duda, tanto en el Sistema Interamericano como en el derecho interno colombiano se ha insistido en la necesidad de introducir sistemas orales de juzgamiento. La Corte Constitucional ha estimado que la implementación de la oralidad crea condiciones para que las decisiones judiciales sean prontas y respetuosas del debido proceso y del derecho de defensa²³⁶, por tanto, es el escenario propicio para la satisfacción de los derechos constitucionales cuando dentro de la misma se garantiza la inmediación, concentración y publicidad²³⁷.

De igual manera, la participación dentro del proceso es una garantía que permite la materialización del debido proceso y la defensa, en especial si se trata de las víctimas de delitos, cuya intervención puede darse en cualquier etapa de éste, partiendo de la base de que aun cuando no es obligatoria su intervención, tampoco puede ser restringida²³⁸.

Finalmente, respecto al acceso a los expedientes, se ha destacado que se vulnera el acceso a la justicia cuando las autoridades judiciales impiden tomar copias del expediente para su revisión²³⁹, no dan respuesta a las peticiones de las partes sobre la ubicación de los mismos²⁴⁰ o cuando extravían un expediente²⁴¹ y omiten informar de su pérdida²⁴², imposibilitando el inicio del incidente de reconstrucción.

233 Consejo de Estado. 3-02-2000. Sección 2. Subsección B. Radicación 27001233100020000941301. Magistrado Ponente: Carlos Arturo Orjuela. Actor: Rafael Enrique Figueroa.

234 Consejo de Estado. 29-03-2012 Sección 2. Magistrado ponente: Víctor Hernando Alvarado. Actor: Silvia Raquel Quijano Accionado: Tribunal Administrativo de Cauca. Radicado: 110010315000-20110123001.

235 Consejo de Estado. 23-11-09. Sección 2. Magistrado ponente: Luis Rafael Vergara Quintero. Actor: Banco GNB Sudameris. Demandado Tribunal Administrativo Cundinamarca. 110010315000-20090107400.

236 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C 543 de 2011. Magistrado Ponente: Humberto Sierra Porto. Sentencia del 6 de julio de 2011.

237 *Ibid.*

238 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T 283 de 2015. Magistrada Ponente: Martha Victoria Sáchica. Sentencia del 13 de mayo de 2015.

239 Corte Suprema de Justicia. 27-08-2015. Magistrado ponente: Gustavo Enrique Malo. Radicación T 81242.

240 Corte Suprema de Justicia. 06-05-2015. Magistrado ponente: Luis Guillermo Salazar. Radicación T 79400

241 Consejo de Estado. 9-02-2012 Sección 4. Magistrado ponente: William Giraldo. Actor: Nueva EPS Accionado: Tribunal Administrativo de Bolívar. Radicado: 110010315000-20110169100.

242 Consejo de Estado. 28-02-2016. Sección 4. Magistrado Ponente: Carmen Teresa Ortiz. Radicación 11001031500020130009600.

- **Respeto de las garantías mínimas en el curso de los procesos penales**

Las garantías al interior de los procesos penales deben ser observadas con bastante cuidado, en consideración a las implicaciones que este tipo de procesos tienen tanto para los sindicatos como para las presuntas víctimas, de allí que no solo la Corte IDH haya insistido en su materialización, también las altas cortes colombianas lo han hecho, en especial, la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia -en atención a los casos que conocen en sus respectivas jurisdicciones-. Así, se ha entendido que la presunción de inocencia es un postulado cardinal del ordenamiento jurídico colombiano, el cual no admite excepciones e impone que, para desvirtuarla, exista un debido proceso, con arreglo a la Constitución y la ley²⁴³. Un parámetro de igual importancia es que se proporcione un intérprete o traductor al migrante que no domina el castellano, de manera que haya un ejercicio real del derecho de contradicción y de defensa²⁴⁴. La Corte Constitucional también ha dicho que estas garantías parten de la Constitución y los tratados internacionales e implican el ejercicio del derecho a la defensa tanto material como técnico que se extiende desde la etapa pre procesal de la indagación previa y hasta que se tome una decisión definitiva del caso²⁴⁵. En este sentido, la persona investigada puede elegir un defensor de confianza, o en su caso, puede ser representado por un defensor público proporcionado por el Estado.

Se reconoce, además, la garantía de no autoincriminación, la cual, en principio, se había considerado aplicable solo a los "asuntos criminales, correccionales y de policía"²⁴⁶, sin embargo, posteriormente fue aclarado que dentro de los procesos disciplinarios tampoco puede obviarse²⁴⁷. En cuanto a su alcance, éste no se restringe únicamente a la persona directamente involucrada sino también a sus parientes más cercanos. La Corte Suprema de Justicia estableció la íntima relación que tiene este aspecto con la presunción de inocencia, pues quien se encuentra obligado a probar la culpabilidad es el Estado, no el sindicado del delito²⁴⁸.

243 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-774 de 2001. Magistrado ponente: Rodrigo Escobar Gil. Sentencia del 25 de julio de 2001.

244 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T956 de 2013. Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas. Sentencia del 19 de diciembre de 2013.

245 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C025 de 2009. Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar. Sentencia del 27 de enero de 2009.

246 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C258 de 2011. Magistrado Ponente: Gabriel Eduardo Mendoza. Sentencia del 6 de abril de 2011.

247 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C799 de 2005. Magistrado Ponente: Jaime Araújo Rentería. Sentencia del 2 de agosto de 2005.

248 Corte Suprema de Justicia, sentencia 129 de 17 de octubre de 1991.

Por lo otro lado, se ha entendido que el principio de no autoincriminación no se opone a la confesión como medio de prueba, siempre que se dé espontánea y libremente²⁴⁹, siendo inaceptable que la persona sea compelida o torturada hasta reconocer un hecho delictuoso. Claro está, en los procesos civiles, laborales o administrativos la confesión no implicará *per se* una manifestación de la autoincriminación²⁵⁰.

Finalmente, la Corte Constitucional ha categorizado el *nom bis in ídem* como un derecho fundamental que debe ser protegido y garantizado por el Estado²⁵¹, tiene una fuerte relación con el debido proceso y sus cimientos se encuentran establecidos en los propios valores y principios constitucionales. Empero, no se trata de un derecho absoluto, sus límites se hallan en intereses de mayor jerarquía como la justicia -concebida como valor estatal-, en virtud a la cual es constitucional plantear dentro de la legislación penal el recurso extraordinario de revisión, por lo que, aun cuando se ha finalizado el proceso, éste podrá ser reabierto si se encuentran nuevas pruebas que incidan directamente en el fallo²⁵², en este evento no se entenderá que la persona está siendo juzgado dos veces por el mismo hecho.

• Derecho a recurrir los fallos

Esta garantía contemplada en el artículo 8.2 de la CADH ha sido acogida por el Estado colombiano tanto desde sus postulados constitucionales como por la incorporación de la Convención en el ordenamiento jurídico y en el bloque de constitucionalidad. La Corte Constitucional ha manifestado que en la esencia de esta garantía reposan los derechos de impugnación y de contradicción, que se traducen en el deber de organizar una estructura judicial jerárquica, por la cual participe “una autoridad independiente, imparcial y de distinta categoría en la revisión de una actuación previa, sea porque los interesados interpusieron el recurso de apelación o resulte forzosa la consulta”²⁵³. No obstante, se ha considerado que no es una garantía absoluta, pues el Congreso de la República puede establecer límites a partir de su libertad de configuración legislativa, claro está, sin que se admitan regulaciones arbitrarias que contravengan los postulados esenciales constitucionales e in-

249 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C 102 de 2005. Magistrado Ponente: Alfredo Beltrán Sierra. Sentencia del 8 de febrero de 2005.

250 *Ibíd.*

251 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C 799 de 2005. Magistrado Ponente: Jaime Araújo Rentería. Sentencia del 2 de agosto de 2005.

252 *Ibíd.*

253 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C 95 de 2003. Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil. Sentencia del 11 de febrero de 2003.

ternacionales, advirtiéndose que las normas que introducen excepciones a la misma son de interpretación restrictiva²⁵⁴.

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia, en armonía con las consideraciones dadas por la Corte Constitucional e introduciendo dentro de sus argumentos la Convención Americana de Derechos Humanos²⁵⁵ ha decidido modificar decisiones en las que encontró vulnerado el acceso a la justicia por abstenerse de resolver²⁵⁶ recursos ante la ausencia de requisitos formales que no afectaban la admisión de los mismos, como la falta de firma en el escrito²⁵⁷ o haber referenciado mal la fecha de la providencia²⁵⁸. Asimismo, ha decidido admitir recursos de apelación que habían sido interpuestos inadecuadamente por parte de los abogados, quienes debiendo interponer una apelación o súplica, incoaron en su lugar el de reposición, aun cuando no era procedente. La Corte Suprema entendió que, a partir de la sustentación dada, era claro el tipo de recurso que quería interponerse, por lo que plantea la aplicación de la tesis *pro recurso*, en virtud de la cual debe preferirse la interpretación más favorable hacia el principio de doble instancia²⁵⁹. En otros escenarios, ha analizado el actuar de jueces que han vulnerado este principio, verbigracia, por determinar la improcedencia de un recurso de apelación con base en una norma no aplicable²⁶⁰, o por declarar desierto tal recurso por un defecto en la grabación que impidió escuchar la sustentación²⁶¹. Sobre este último punto no debe perderse de vista el deber de las autoridades de garantizar la disponibilidad de los recursos de audio y video idóneos para brindar al superior información fidedigna sobre lo acaecido en el curso del proceso.

En cuanto al Consejo de Estado, éste ha compartido las consideraciones realizadas por el tribunal constitucional, incluyendo las que posibilitan algunas restricciones al principio de la doble instancia. Por ello, ha indicado que el acceso a la administración de justicia no solo se cumple cuando el proceso tiene dos instancias, sino que también es factible el respeto de los derechos en procesos de única instancia²⁶². Igualmente, parte de la jurisprudencia ha

254 Ibíd.

255 Corte Suprema de Justicia. 20-11-15. M.P.: Luis Armando Tolosa. 230012214000-20150024301

256 Corte Suprema de Justicia. 14-04-2015. M.P.: Patricia Salazar. Radicación T 78998.

257 Corte Suprema de Justicia. 28-01-16. Magistrado ponente: Gustavo Enrique Malo. Radicación T83833. En sentido similar: Corte Suprema de Justicia. 2-02-12. Magistrado Ponente: José Luis Barceló. T58306

258 Corte Suprema de Justicia. Magistrado Ponente: José Leónidas Bustos. Radicación 77087.

259 Corte Suprema de Justicia. 20-11-15. Magistrado ponente: Luis Armando Tolosa. Radicación 230012214000-20150024301.

260 Corte Suprema de Justicia. 5-02-15. Magistrado Ponente: José Luis Barceló. Radicación T 77770

261 Corte Suprema de Justicia. 17-02-14. Magistrado Ponente: Gustavo Hernando López. Radicación T 32580

262 Consejo de Estado. Sección Segunda. Magistrado Ponente Carlos Arturo Orjuela Góngora. Demandante Gloria Del Rosario Neira. Demandando Caja De Retiro De Las Fuerzas Militares. Fecha de Sentencia 9 de diciembre de 1993

tendido a favorecer la procedencia de los recursos cuando se han interpuesto, por parte de los abogados, el que era improcedente²⁶³, aunque de manera menos frecuente se ha tomado la posición contraria²⁶⁴. Esta alta corporación ha considerado inadecuado que se declare desierto el recurso de apelación²⁶⁵ por carencia de firma en el escrito²⁶⁶ o por una técnica de argumentación que no cumplía las expectativas del juez. En este sentido, ha indicado que la falta de tecnicismos no impide pronunciarse en segunda instancia, pues a pesar de que la jurisdicción contencioso administrativa es esencialmente rogada cuando se proporcionan al fallador los elementos suficientes para realizar el juicio, éste puede hacer una interpretación de la demanda y el proceso en su conjunto “para superar los formalismos e impartir justicia de fondo y sin dilaciones”²⁶⁷. Del mismo modo, ha recalcado que, de requerirse la adición o complemento de la sentencia, deberá realizarse mediante sentencia complementaria, a fin de no impedir el ejercicio de los recursos pertinentes²⁶⁸.

• La publicidad del proceso

Es una garantía que, sin duda, brinda seguridad dentro de los procesos, pues otros escenarios -como los de justicia secreta- se tornan restrictivos de los derechos y fomentan actuaciones arbitrarias. La Corte Constitucional ve el principio de publicidad como una de las garantías del derecho fundamental al debido proceso, por el cual las autoridades judiciales y administrativas deben dar a conocer a los administrados y a la comunidad en general los actos proferidos en el ejercicio de sus funciones²⁶⁹. Por tal razón, se han dejado sin efectos decisiones en las que el principio de publicidad ha quedado en entredicho, por ejemplo, cuando se ordena remitir un proceso por competencia a través de un auto de cúmplase -el cual no es notificado- dejando a las partes sin posibilidad de enterarse de tales circunstancias²⁷⁰ o hay un cambio

263 Consejo de Estado. 19-5-2005. Sección 1. Magistrado Ponente: Rafael Enrique Ostau de Lafort. Actor: Gloria María Barre-
ra. 11001031500020050035800 (AC)

264 Consejo de Estado. Sección cuarta. Magistrado Ponente: María Inés Ortiz. Actor: Yinet Hasbleidy Castillo. Radicación
11001031500020040048100

265 Consejo de Estado. 1-10-2012 Sección 2. Magistrado ponente: Luis Rafael Vergara. Actor: María Sorely Carvajal Acciona-
do: Juzgado 4 Administrativo de Manizales. Radicado: 170012331000-20120037501.

266 Consejo de Estado. 8-05-2012 Sección 2 Magistrado ponente Luis Rafael Vergara. Actor: Luis Ignacio Bernal Accionado:
Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Radicado: 110010315000-20110160001

267 Consejo de Estado. 23-09-07. Sección 4. Magistrado ponente: Ligia López. Actor: Confecciones Tiny Ltda.

268 Consejo de Estado. 1-01-09. Sección 2. M.P.: Gerardo Arenas. Radicación 110010315000-20090120800.

269 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C 341 de 2014. Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo. Sentencia
del 4 de junio de 2014.

270 Consejo de Estado. 14-07-2007. Sección 1. Magistrado ponente: Camilo Arciniegas. Radicación
11001031500020070040000.

de radicación que impide realizar la revisión del proceso de manera adecuada y oportuna²⁷¹. Asimismo, cuando reposa información errónea o contradictoria entre el expediente y el Sistema de Gestión Judicial²⁷² o existen conflictos de competencia, en virtud de los cuales los procesos son remitidos a diferentes despachos, lo que genera dificultad en su seguimiento²⁷³.

a. En torno al acceso a la justicia en la fase post- procesal

Si se acepta que el fin de la Administración de Justicia y correlativamente de los procesos judiciales es poner fin a un conflicto, no podría afirmarse que éste ha sido superado hasta que la resolución judicial se haya puesto en marcha. De esta forma, el acceso a la justicia implica necesariamente el cumplimiento debido de los fallos, su importancia es tal que la Corte Constitucional lo ha llegado a catalogar como “un auténtico derecho fundamental de carácter subjetivo”²⁷⁴. Desde esta perspectiva, se han introducido vías que hacen posible la realización de este aspecto, que son precisamente las acciones ejecutivas; sin embargo, la Corte Constitucional también ha aceptado la procedencia de la acción de tutela -como recurso rápido y eficaz- cuando se pretende que una autoridad pública o un particular efectúe una decisión judicial de hacer, es decir, cuando se pretenda la materialización de una obligación de dar deberá acudir al proceso ejecutivo²⁷⁵ o su equivalente, a menos que se evidencie un perjuicio irremediable, circunstancia que posibilitaría incoar una acción de tutela. Lo anterior, en palabras de la Corte, es una manifestación del Estado Social de Derecho²⁷⁶, pues la observancia de los procesos en firme hace parte del derecho al acceso a la administración de justicia consagrada en el artículo 229 constitucional²⁷⁷.

Desde la óptica de la Corte Suprema de Justicia este aspecto es también un parámetro esencial²⁷⁸, por ello mismo ha modificado decisiones judiciales que lo han vulnerado al no permi-

271 Consejo de Estado. 12-08-2010 Sección 5 Magistrado Ponente: Susana Buitrago. Actor: Jorge Humberto Tascón Accionado: Tribunal Administrativo del Valle del Cauca. Radicado: 110010315000-20090065801.

272 Consejo de Estado. 11-06-2013 Sección 3. Magistrado ponente: Danilo Rojas. Actor: Manuela Portocarrero Accionado: IPS Azul Pacifico. Radicado: 190012331000-20100002501.

273 Consejo de Estado. 29-07-2010 Sección 2 Magistrado Ponente: Gustavo Eduardo Gómez. Actor: Aidé Rocío Cerón Accionado: Juzgado Segundo Administrativo de Pasto. Radicado: 520012331000-20100014801.

274 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T 488 de 2014. Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio. Sentencia del 9 de julio de 2014.

275 *Ibid.*

276 Ver sentencias T-537 de 1994, T-553 de 1995, T- 809 de 2000, T-510 y T- 1051 de 2002.

277 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T 676 de 2007. Magistrado Ponente: Humberto Sierra Porto. Sentencia del 30 de agosto de 2007.

278 Corte Suprema de Justicia. 23-04-2015. Magistrado ponente: María de Rosario González. Rad. T 79111

tir la entrega efectiva de un bien dispuesto por orden judicial²⁷⁹ o cuando ha existido incongruencia entre el mandamiento de pago y la sentencia del proceso ordinario²⁸⁰, aceptando la procedencia de la acción de tutela para solicitar el cumplimiento de obligaciones de hacer²⁸¹.

Sobre este último punto, el Consejo de Estado ha coincidido²⁸² con la posición expuesta precedentemente, señalando, por otro lado, que cuando un juez se abstiene de librar mandamiento de pago sin que medie fundamento legal para ello, se vulnera el acceso a la justicia²⁸³.

Vale destacar dos aspectos importantes, por un lado, se han presentado casos en los que, vía acción de tutela, se dieron órdenes que a la postre fueron incumplidas. Para ello, existe el incidente de desacato como medida que busca el acatamiento de las sentencias de tutela y la sanción de los funcionarios incumplidos; sin embargo, en tal escenario, se han encontrado jueces que resolviendo dicho incidente terminan modificando el fallo inicial, afectando así los derechos del accionante. En este sentido, se ha afirmado que debe respetarse la cosa juzgada, no siendo viable modificar las providencias a través del incidente de desacato²⁸⁴.

Por otro lado, en la implementación de los mecanismos alternativos de solución de conflictos, es posible que un pleito sea resuelto a través de ellos, por supuesto, lo allí pactado hace tránsito a cosa juzgada y presta mérito ejecutivo, por lo que su cumplimiento es obligatorio en aras de acceder verdaderamente a la justicia, de manera que, si no se efectúa lo pactado se podrá acudir al proceso ejecutivo para su materialización e incluso a la acción de tutela cuando se trata de obligaciones de hacer²⁸⁵.

279 Corte Suprema de Justicia. 20-08-2015. Magistrado ponente: Eyder Patiño. Radicación T 81215.

280 Corte Suprema de Justicia. 9-09-2015. Magistrado ponente: Ariel Salazar Ramírez. Radicación 080012213000-20150031801

281 Corte Suprema de Justicia. 24-11-15. Magistrado ponente: Patricia Salazar Cuellar. Radicación T 82950

282 Consejo de Estado. 7-07-2007. Sección 2. Magistrado ponente: Margarita Olaya. Actor: Humberto Salazar. Radicación 25000232700020070039501.

283 Consejo de Estado. 6-02-2013 Sección 2. Magistrado Ponente: Luis Rafael Vergara. Actor: Manuel Ricardo Amaya Accionado: Tribunal Administrativo de Casanare. Radicado: 110010315000-20120207000.

284 Consejo de Estado. 24-07-09. Sección 5. Magistrado ponente: María Nohemí Hernández. Actor: Carmen Alicia Estupiñán. Radicación 110010315000-20080120801.

285 Consejo de Estado. Sección Cuarta. Magistrado Ponente Julio Enrique Correa Restrepo. Demandante Rafael Luna Joyas. Demandando Departamento Del Huila. 4 de abril de 1997. Radicación. 11001033100019970447301.

c. En torno a las obligaciones del Estado (medidas conducentes a la efectividad)

El artículo 2 de la CADH consagra una obligación general para los Estados de adecuar sus ordenamientos internos conforme a las disposiciones de la Convención. De allí se desprende la obligación de suprimir las disposiciones contrarias a la CADH, así como abstenerse de crear disposiciones opuestas a ésta. El cumplimiento de lo dicho puede darse de múltiples maneras, por esto mismo la Convención dice que deben tomarse “las medidas legislativas o de otro carácter necesarias para ello”, dando enorme libertad de acción a los Estados. Ahora bien, para efecto de esta investigación solo se consideraron las medidas judiciales que han sido tomadas por las altas cortes.

En este sentido, la Corte Constitucional ha dicho que el derecho al acceso a la justicia requiere del cumplimiento de por lo menos tres obligaciones para que sea real y efectivo²⁸⁶:

- a. El deber de respeto (obligación negativa o de no hacer), que se cumple absteniéndose de adoptar medidas que impidan o dificulten el acceso a la justicia.
- b. El deber de protección, que implica tomar las medidas necesarias para que terceros no interfieran u obstaculicen dicho acceso.
- c. El deber de realización del derecho, por el cual deben facilitarse las condiciones en las que se disfruta y se hace efectivo.

En consonancia con lo anterior, las altas cortes han puesto su mirada sobre ciertas normas cuya aplicación ha obstaculizado el acceso a la justicia, por ende, se han tomado medidas judiciales, dentro del ámbito de sus propias competencias y funciones para superar tales circunstancias. Así, el Consejo de Estado ha declarado la nulidad de un acto administrativo que exigía a los funcionarios de una entidad su renuncia a futuras reclamaciones contra el Estado²⁸⁷, lo cual no era admisible ya que a nivel constitucional el acceso a la justicia se ha consagrado sin ningún condicionamiento, por lo que su restricción a través de una decisión de carácter administrativo no es factible²⁸⁸. Bajo esta misma línea, no se ha permitido la renuncia al acceso a la administración de justicia como condicionamiento para el ejercicio de los derechos políticos,

286 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C 367 de 2014. Magistrado Ponente: Mauricio González. Sentencia del 11 de junio de 2014.

287 Consejo de Estado. 9-06-2010 Sección 3. Magistrado Ponente: Enrique Gil. Actor: Juan Gabriel Varela Accionado: INCODER. Radicado: 110010326000-20090008900 (sobre la nulidad del Acuerdo 41/06 del INCODER).

288 *Ibíd.*

verbigracia, ser elegido representante de algún grupo de empleados públicos²⁸⁹. Ahora bien, en otros escenarios, por ejemplo en los que ha juzgado la validez del cobro de aranceles para la expedición de certificaciones judiciales, ha encontrado que los mismos no son obstáculo para el acceso a la justicia²⁹⁰. En este mismo sentido, la Corte Constitucional revisó la exequibilidad de la controversial ley 1653 de 2013 que imponía el pago de un arancel judicial como requisito para la admisión de gran parte de los procesos a tramitarse ante la judicatura. En esta ocasión la Corte decide declarar su inconstitucionalidad al violar los "principios de equidad, progresividad, justicia y excepcionalidad de las contribuciones parafiscales, así como los derechos de acceso a la administración de justicia y debido proceso"²⁹¹.

Otro aspecto importante ha sido que los fallos de las altas cortes han incentivado a la formulación y aplicación de políticas públicas relativas al acceso a la administración de justicia, bajo el entendido que se trata de una norma programática, ya que de la misma se desprende "la obligación de diseñar un sistema de administración de justicia que satisfaga un doble propósito: la mejor cobertura posible de los asuntos judiciales en función de la distribución geográfica, y la optimización de los recursos de la rama judicial en función de la disponibilidad presupuestal".²⁹²

La Corte ha encontrado que en múltiples municipios de Colombia hay grandes dificultades para acceder a la administración de justicia, lo cual requiere de soluciones institucionales contundentes y oportunas. En esa medida ha avalado la constitucionalidad de normas que extienden la competencia de asuntos laborales a los jueces civiles municipales al coadyuvar, en cierta medida, a paliar los problemas de acceso. No obstante, junto con tal aquiescencia, también ha exhortado al Congreso para que tome medidas legislativas, sobre todo en asuntos laborales y de la seguridad social en aquellos lugares donde no existen jueces civiles o laborales del circuito²⁹³.

289 Consejo de Estado. 16-09-2010 Sección 1 Magistrado Ponente: María Claudia Rojas Lasso. Actor: Martha E. Chávez Accionado: Hospital Militar. Radicado: 110010324000-20040019401 (La resolución 0802 del 2002 establece una causal de inhabilidad para ser elegido representante de los empleados públicos que no es adecuada, razonable ni proporcional con el fin que persigue (imparcialidad). Se limitó el acceso a la administración de justicia para poder ejercer derechos de participación política).

290 Consejo de Estado. 21-07-2004. Sección 1. Magistrado ponente: Olga Inés Navarrete. Actor: Omar Enrique Leina. Radicación 1100103240002003012701 (en relación con el Acuerdo 1626 de 2002)

291 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C 169 de 2014. Magistrada Ponente: María Victoria Calle Correa. Sentencia del 19 de marzo de 2014.

292 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C 828 de 2002. Magistrado Ponente: Eduardo Montealegre. Sentencia del 8 de octubre de 2002.

293 *Ibíd.*

La Corte Suprema de Justicia ha manifestado su preocupación frente a los serios problemas de congestión y mora judicial, particularmente pronunciados en la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, por lo que ha hecho llamados al Consejo Superior de la Judicatura para que adopte las medidas pertinentes para superar la congestión, en general²⁹⁴, y en especial en la Sala mencionada²⁹⁵.

En cuanto al control de convencionalidad como medio para lograr la efectividad del acceso a la justicia, se encuentra que las altas cortes hacen frecuente uso de la CADH al argumentar sus decisiones. La Corte Constitucional hace alusión constante a dicho instrumento internacional, sin embargo, es más bien renuente a la hora de expresar que está ejerciendo el control de convencionalidad, lo cual no puede ser visto como un rechazo a tal figura, pues claramente al considerar la compatibilidad entre el ordenamiento jurídico interno y las disposiciones de la Convención, se encuentra, en últimas, haciendo uso del mismo. De manera similar ocurre con la Corte Suprema de Justicia, aunque ésta ha llegado flexibilizar la normatividad *so pre-texto* de aplicar tal control, admitiendo, incluso, un recurso extraordinario de revisión -que desde una interpretación exegética de la norma no habría sido procedente-, en el que se encontró que el acceso a la justicia de las víctimas dentro de un proceso penal militar había sido vulnerado ante las múltiples irregularidades de las que adolecía la causa²⁹⁶. Respecto al Consejo de Estado²⁹⁷, éste no solo suele referirse constantemente a la CADH y a la jurisprudencia de la Corte IDH, sino que, además, suele invocar con relativa periodicidad el control de convencionalidad, principalmente su Sección Tercera. Así, ha entendido que el acceso a la administración de justicia al ser un mandato imperativo de Derecho Internacional, genera obligaciones erga omnes a los Estados²⁹⁸ y, por tanto, no debe ser obstaculizada. De igual forma, ha precisado que es deber del operador judicial interpretar la normatividad de la manera más favorable para la realización del derecho sustancial²⁹⁹, por lo que, ha inapicado³⁰⁰ en va-

294 Corte Suprema de Justicia. 14-10-14. Magistrado Ponente: José Leónidas Bustos. Radicación T76242

295 Corte Suprema de Justicia. 29-09-15. Magistrado Ponente: José Leónidas Bustos. Radicación 28084.

296 Corte Suprema de Justicia. Sala Penal. Recurso extraordinario de revisión. SP16485-2014 (31194). Sentencia del 3 de diciembre de 2014. Magistrado Ponente: Fernando Alberto Castro Caballero.

297 Para ampliar información sobre el Consejo de Estado ver: Sánchez Vallejo, Juliana (2015) *Entre la recepción y la omisión de una obligación internacional: el control de convencionalidad en el Consejo de Estado*. Revista Academia & Derecho. Junio- diciembre 2015.

298 Consejo de Estado de Colombia. Sección Tercera. Magistrado Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Sentencia del 22 de octubre de 2015. Radicación: 54001233100020020180901

299 Consejo de Estado. 29-07-2013 Sección 3. Magistrada Ponente: Stella Conto Díaz. Actor: María Valencia Arango Accionado: Ejército Nacional. Radicado: 250002336000-20120062801.

300 A través de la figura de la excepción de inconstitucionalidad, que parte del artículo 4 de la Constitución Política que establece que en caso de existir norma que contradiga el texto constitucional se preferirá este último. Teniendo presente que en Colombia el único organismo que puede declarar la inconstitucionalidad de una norma con efectos erga omnes es la Corte Constitucional, se ha permitido la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad, por la cual los jueces pueden dejar de aplicar -o inaplicar- una norma de considerarla contraria a la Constitución, pero tal medida solo tendrá efectos *inter partes*.

rias ocasiones³⁰¹ normas que consideraba inconstitucionales e inconvencionales por violar el acceso a la justicia y el debido proceso³⁰². Sumado a lo anterior, ha anulado disposiciones que atentaban contra ciertos grupos de especial protección constitucional -como lo son las víctimas de delitos-, es el caso de la Resolución 089 de 2004, que limitaba dentro de los procesos disciplinarios la intervención de las víctimas de graves violaciones a los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario, al exigirles para su intervención la representación de un abogado o de un estudiante de consultorio jurídico³⁰³, circunstancia que fue catalogada como excesivamente restrictiva.

Conclusiones

El acceso a la administración de justicia en Colombia desde la perspectiva normativa viene a encontrar arraigo a partir de la Constitución Política de 1991, donde se sustentaría en los postulados axiológicos del preámbulo constitucional y teleológicos de los artículos 1 y 2 superiores que darían significado a la organización del Poder Judicial como encargado de la administración de la justicia, bajo el entendido del artículo 228 constitucional, de que es una función pública. Finalmente, con el artículo 229 se consagraría expresamente el derecho al acceso a la Administración de Justicia. Desde la perspectiva legal, es con la ley 270 de 1996 -Estatutaria de Administración de Justicia- que se trazan los lineamientos básicos para el funcionamiento de la misma, consagrándose del artículo 2 al 9 los principios que la rigen, empezando por la garantía del acceso a la misma para todas las personas.

La jurisprudencia constitucional ha concretado el concepto, contenido y alcance del acceso a la Justicia, partiendo de distintas visiones sobre el mismo: como pilar fundamental del Estado Social de Derecho, como servicio público esencial³⁰⁴ y como derecho fundamental de aplicación inmediata que forma parte del núcleo esencial del debido proceso.

Entendiéndose el acceso a la Administración de Justicia como derecho fundamental, es éste un derecho amplio y omnicompreensivo que incluye aspectos como el derecho a la acción, al establecimiento de recursos judiciales efectivos, a la resolución de los conflictos a través

301 Consejo de Estado. Sección Tercera. Magistrado Ponente Juan De Dios Montes Hernández. Demandante Jorge Heli Vanegas G. Demandando Fondo Rotatorio De Aduanas. Fecha de Sentencia 3 de diciembre de 1993. Radicación: 8662

302 Consejo de Estado de Colombia. Sección Tercera. Magistrado Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Sentencia del 22 de octubre de 2015. Radicación: 54001233100020020180901

303 Consejo de Estado. 19-05-2011 Sección 1 Magistrado Ponente: Rafael Eduardo Ostau. Actor: Iván A. Carvajal Accionado: el Procurador General. Radicado: 110010324000-20080023200.

304 Vale la pena precisar que, como se dijo al principio de este escrito, lo que realmente puede catalogarse de "servicio público esencial" es la administración de justicia, siendo el acceso a tal servicio un derecho fundamental.

de una decisión de fondo, dada en un plazo razonable, sin dilaciones injustificadas y con la garantía de la impugnación de considerarse necesaria. Asimismo, es un derecho que conlleva a que el Estado, de manera paralela, ostente obligaciones que se concretan en respetar, proteger y realizar el acceso a la administración de justicia.

Desde las políticas públicas, se encuentran lineamientos estatales principalmente dirigidos al fortalecimiento del acceso ciudadano a la justicia, el fortalecimiento de la justicia formal y al establecimiento de una justicia prioritaria para niñas y mujeres víctimas de violencia de género, así como a menores de edad desmovilizados, abandonados o infractores.

Por otro lado, las altas cortes colombianas tienden a favorecer en su jurisprudencia el derecho al acceso a la administración de justicia desde sus tres ámbitos de aplicación. Tal como la Corte IDH lo estableciera en su momento, se trata de un derecho cuyo titular jurídico es toda persona, sin embargo, los Estados deben considerar ciertas circunstancias o características que hacen más vulnerables a ciertos grupos poblacionales, a quienes debe brindar garantías para que puedan acceder efectivamente a la justicia. Indudablemente una práctica judicial común en el Estado colombiano en favor del acceso a la administración de justicia ha sido la aplicación de la teoría de los sujetos de especial protección constitucional, la cual indica que debe brindarse un amparo reforzado a aquellos grupos poblacionales por cuyas condiciones especiales de vulnerabilidad necesitan de la protección especial del Estado a fin de superar los obstáculos que les impiden acceder a los medios para la defensa de sus derechos, entre ellos: las víctimas y sus familiares, las mujeres, los niños, los adultos mayores, los indígenas y las personas con discapacidad. En este punto, las altas cortes colombianas han acogido el estándar interamericano, extendiéndolo a las circunstancias propias de su contexto, por medio de la teoría mencionada, por lo que es dable afirmar que se ha presentado una recepción amplia de este parámetro.

En cuanto al ámbito de protección funcional, no puede perderse de vista que la Corte Constitucional colombiana ha coincidido con los niveles desde los que puede observarse la materialización de este derecho según la Corte IDH, es decir, desde una órbita pre procesal, procesal y post procesal. No sobra recordar que el Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia más que desarrollar un concepto y contenido propio del derecho de acceso a la justicia, se han remitido a la jurisprudencia constitucional que existe sobre la materia, incluyendo los aspectos en los que se desarrolla desde lo funcional, los cuales ya han sido mencionados.

Ahora bien, desde la fase pre procesal, se identifica un acogimiento amplio de los estándares interamericanos, en la medida que se ha insistido en la necesidad de garantizar el derecho a ser oído, a la asistencia consular, a la verdad y a la existencia de recursos efectivos, sencillos y rápidos. No obstante, en relación con el estándar de “ser informado de los derechos y las vías para protegerlos”, se puede hallar una recepción media del mismo, pues si bien hay pronunciamientos -principalmente de la Corte Constitucional- que establecen su existencia como obligación del Estado, realmente requiere mayor desarrollo no solo jurisprudencial sino en general, por parte del Estado, para lo cual debería fortalecer sus políticas públicas frente a este punto.

La fase procesal, sin duda es la más desarrollada desde la jurisprudencia, claramente por la visión procedimental que en Colombia se tiene sobre el acceso a la justicia, es decir, se ha mantenido por largo tiempo la concepción de que la justicia solo es realizable mediante el aparato jurisdiccional del Estado. Independientemente de lo anterior, se encuentran bastantes puntos coincidentes entre los estándares interamericanos y la interpretación de las altas cortes respecto al acceso a la justicia desde lo procesal, *verbigracia*, el que se insista en el derecho a acceder a un tribunal judicial sin que sea obstaculizado por meros formalismos, el respeto por unas garantías mínimas dentro de los procesos como la imparcialidad, la publicidad, el acceso a los expedientes, la doble instancia, así como las garantías esenciales dentro de los procesos penales. Aunque en su mayoría se ha percibido una recepción amplia del estándar funcional, en relación con el plazo razonable se considera que hay una recepción media: ya a pesar de establecerse que el mismo debe ser garantizado, en la jurisprudencia de las altas cortes abundan casos donde se solicita la protección del acceso a la justicia y el debido proceso por la dilación injustificada en la toma de las decisiones, ocasionada usualmente por la congestión judicial. Esta circunstancia ha sido un problema estructural -bastante antiguo- del Estado colombiano que a la fecha no ha sido solucionado, a pesar de las exhortaciones que se han realizado desde distintas esferas estatales, entre ellas, el Poder Judicial. La solución definitiva, sin duda, no está solo en manos de la judicatura, se requerirán de medidas mucho más profundas, cuyo retardo seguirá traduciéndose en un obstáculo para la realización de este derecho.

De igual manera, se encontró una acogida amplia en cuanto a la fase post procesal del derecho en estudio, ya que las altas cortes colombianas han entendido que la realización de la justicia implica también el cumplimiento debido de los fallos, para lo cual incluso se ha permitido la procedencia de la acción de tutela cuando no se han acatado obligaciones de hacer. De la misma forma, se halló un acogimiento medio en torno a las medidas de efectividad del acceso a la justicia, es probablemente uno de los puntos en los que debe profundizar el

Estado en su integridad. Aunque se denotan actuaciones judiciales tendientes a eliminar obstáculos, por ejemplo, aplicando el control de convencionalidad, la jurisprudencia de las altas cortes deja ver que muchos jueces no aplican este control, por lo que deberían fortalecerse las acciones tendientes a capacitar a los operadores judiciales no solo en el derecho interno, sino también en las obligaciones internacionales cuyo cumplimiento se encuentre de manera directa o indirecta en sus manos, de tal forma que no solo se eviten circunstancias que lleven a la declaratoria de responsabilidad del Estado sino que, sobre todo, se garantice la realización del acceso a la justicia en todas sus manifestaciones.

Finalmente, un punto que no puede dejarse de mencionar es que, si bien desde la perspectiva de la jurisprudencia se encuentran coincidencias con los estándares interamericanos, queda una preocupación y es que, precisamente, los casos estudiados reflejaron que muchos obstáculos hacia el acceso a la administración de justicia se presentan por el propio actuar de los jueces, algunos pudieron ser solucionados gracias a las altas cortes. Sin embargo, muchas causas jamás llegan a tales instancias. En este sentido, será necesaria mayor preparación tanto de los operadores judiciales como de los abogados, de manera que su desempeño redunde en favor de la justicia. Por otro lado, como se observó en su momento, una posibilidad que tienen las altas cortes -a diferencia de falladores de menor jerarquía- es tomar decisiones que van más allá de lo ordinario, esto les permite, por ejemplo, determinar que para una causa en concreto "flexibilizarán" el ordenamiento jurídico. Igualmente, hay aspectos de los estándares que se han acogido en términos teóricos, pero en la práctica queda mucho camino por recorrer, como es el caso del fortalecimiento de los mecanismos alternativos de solución de conflicto. El análisis a profundidad de temáticas que a nivel interno pueden ser contradictorias en relación con la CADH, como puede ocurrir con el principio de la doble instancia, el plazo razonable y la mora judicial. Habrá, entonces, que seguir profundizando en el acceso a la Justicia en Colombia, no solo desde la visión judicial sino también desde lo sociológico, antropológico, político, económico, entre otros aspectos, cuya conjunción al final podría contribuir a que la reflexión expuesta por Kafka en su cuento "ante la ley" se materialice, de manera que los ciudadanos no sigan esperando ante la puerta de la justicia, sino que la alcancen y la vean realizada en sus vidas.

Análisis comparativo del derecho de acceso a la justicia en la jurisprudencia de la Corte IDH y la Sala de lo Constitucional de El Salvador

Oswaldo Ernesto Feusier Ayala¹

Resumen

El presente trabajo pretende brindar una visión general sobre el contenido del derecho de "acceso a la justicia" en la jurisprudencia y realidad salvadoreña. En principio, se analizarán los contornos generales de dicho derecho en la jurisprudencia de nuestro tribunal de más alta jerarquía en materia constitucional dentro de nuestro país: La Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, luego se analizará su funcionamiento frente a los distintos índices que miden la actividad judicial, para finalmente realizar un análisis del mismo en sus principales dimensiones o etapas: antes del proceso, durante el proceso y después del proceso, mencionando en cada caso algunas políticas públicas que de manera relevante entorpecen el ejercicio de este derecho.

1. Desafíos y retos

Sin duda el principal desafío en el presente análisis consiste en lograr un balance entre el estado del derecho o garantía de acceso a la justicia a nivel discursivo y lo que representa o cómo se vive en el campo institucional o práctico. Por su parte, el principal reto lo ha representado la dispersión que presenta nuestra jurisprudencia nacional en materia constitucional, debiendo abocarnos a bases de datos institucionales, motores de búsqueda convencionales y diversos textos de lectura que no siempre muestran el estado de la jurisprudencia constitucional de forma definitiva o integral. Al final, se ha decidido elegir las más representativas de las resoluciones que se han brindado en cada tema, evitando así la innecesaria repetitividad de las mismas ideas.

1 Maestro en Derecho Penal Constitucional por la Universidad Centroamericana "José Simeón Cañas" ofeusier@uca.edu.sv

2. El contenido del derecho de acceso a la justicia

Doctrinariamente hablando, en su Manual de Derecho Constitucional, Bertrand Galindo y otros entienden que en el entramado constitucional salvadoreño el *derecho a la jurisdicción* o el *derecho de acción* se encuentra ubicado en el artículo 11 de la Carta Magna y supone como elemento primordial el derecho a la *tutela judicial efectiva*, misma que comprende entre otros aspectos: a) El acceso a los órganos investidos de jurisdicción (art. 172 Cn.), b) El control judicial de cualquier acto lesivo de la esfera jurídica personal (art. 11 Cn), c) El derecho a obtener una decisión jurídicamente fundada mediante el proceso legalmente previsto (arts. 11, 15, 16, 17 y 27 Cn), d) El derecho a que se declare la inconstitucionalidad de las leyes, tratados, decretos y reglamentos, o bien la inaplicabilidad de cualquier ley o disposición de otros órganos (Arts. 149, 183 y 185 Cn), e) El derecho a que se ejecute lo juzgado, y, f) La prohibición de la indefensión².

Respecto al ámbito jurisprudencial, debemos comenzar diciendo que nuestra Constitución de la República no hace ninguna referencia expresa al "derecho al acceso a la justicia" como tal, expresando su artículo once que "ninguna persona puede ser privada del derecho a la vida, a la libertad, a la propiedad y posesión, ni de cualquier otro de sus derechos sin ser previamente oída y vencida en juicio con arreglo a las leyes; ni puede ser enjuiciada dos veces por la misma causa", mientras que su artículo dieciocho establece que "toda persona tiene derecho a dirigir sus peticiones por escrito, de manera decorosa, a las autoridades legalmente establecidas; a que se le resuelvan, y a que se le haga saber lo resuelto".

Lo anterior no ha representado dificultad para que nuestra jurisprudencia constitucional le asigne un asidero y contenido específico. Para el caso, desde hace más de quince años, la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia³ mediante la resolución de Amparo de referencia 384-97 de febrero de 1999, hablaba del derecho de "Acceso a la Jurisdicción" que se derivaba de al menos tres artículos de la Constitución (artículos 11, 15 y 172)⁴, y que tenía como contenido "el derecho que toda persona tiene a acceder a los tribunales -a través las vías legalmente

2 Bertrand Galindo, Francisco y otros, 1999, *Manual de Derecho Constitucional*, San Salvador, Ministerio de Justicia, 917-920

3 Según el artículo 174 de la Constitución de la República de El Salvador (1983), corresponde a la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, el conocimiento de las demandas de inconstitucionalidad de las leyes, decretos y reglamentos, los procesos de amparo, y el proceso de *habeas corpus*, además de otras funciones. Por su parte, el artículo 183 de la Carta Magna establece que dicha Sala "será el único tribunal competente para declarar la inconstitucionalidad de las leyes, decretos y reglamentos, en su forma y contenido, de un modo general y obligatorio". Sobra decir que los anteriores artículos convierten a dicho Tribunal en el interprete más autorizado y de mayor jerarquía dentro del órgano judicial en materia constitucional

4 El artículo once desarrolla la idea de Juicio Previo, el quince el principio de legalidad en materia penal, y el ciento setenta y dos desarrolla la función de "Juzgar y ejecutar lo juzgado" por el órgano judicial, como se puede suponer, ninguna de estas ideas supone de manera directa e inequívoca la noción de "acceso a la jurisdicción".

establecidas- para la defensa de sus demás derechos, con el propósito de obtener una resolución motivada y fundada en derecho”⁵.

Para octubre del 2009, la Sala ya le había asignado un contenido más específico al mismo, vinculándolo con cuatro exigencias particulares: 1) *Libre* acceso al órgano judicial en caso de utilizar las vías legalmente establecidas, 2) Obtener una respuesta motivada y fundada en derecho, 3) La posibilidad de ejercer todos los derechos, obligaciones y cargas procesales que el proceso implique a efectos de defender los derechos; y, 4) La obligación que el fallo se cumpla”⁶.

No es difícil apreciar que las cuatro exigencias relacionadas hacen referencia a tres momentos que la jurisprudencia del sistema interamericano menciona para el mismo derecho. La primera acepción, el *libre acceso al órgano judicial*, es un derecho que se impone previo a la existencia de un proceso. Por su parte, las exigencias de *una respuesta motivada y fundada*, así como la de *ejercer todos los derechos, obligaciones y cargas procesales* son derechos que se desarrollan durante la existencia de un proceso, y en tercer y último lugar, la exigencia que *la obligación del fallo se cumpla*, es una clara alusión a un momento posterior a la vida del proceso, una etapa de cumplimiento o ejecución de lo resuelto en el mismo.

Previo a la anterior resolución, la Sala se encargaría de vincular el derecho de “acceso a la jurisdicción” a un todavía más amplio “derecho de protección jurisdiccional”, tal como se observa en la resolución bajo la referencia I4-99 del 28 de mayo del 2001, comprendiendo por este último: “la posibilidad que tiene todo ciudadano de acudir al órgano estatal competente para plantearle, vía pretensión procesal, cualquier vulneración inconstitucional a sus derechos”⁷, quedando obligado el Estado a consecuencia del ejercicio de este derecho “a proporcionar protección jurisdiccional a todas las personas, frente a actos arbitrarios e ilegales que afecten su esfera jurídica (...) a través del instrumento heterocompositivo –también creado constitucionalmente– diseñado con tal finalidad: el proceso jurisdiccional en todas sus instancias y en todos sus grados de conocimiento”⁸.

De igual forma, el derecho a la protección jurisdiccional se vincularía con el artículo 2 de la Constitución de la República, mismo que regula como “toda persona tiene derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la libertad, a la seguridad, al trabajo, a la propiedad y posesión, y a ser protegida en la conservación y defensa de los mismos”.

5 Cfr. SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Amparo 384-1997, del 9 de febrero de 1999.

6 Cfr. SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Amparo 348-2004, del 9 de septiembre del 2011.

7 Cfr. SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Amparo I14-99, del 28 de mayo del 2001

8 Cfr. SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Amparo I14-99, del 28 de mayo del 2001

La relación entre “acceso a la jurisdicción” y “protección jurisdiccional” volvería a hacerse patente con la resolución de Amparo bajo la referencia 271-2009 del nueve de septiembre del 2011, que nuevamente toca la noción de protección jurisdiccional, entendiendo que dicho derecho exige cuando menos cuatro supuestos: (i) el acceso a la jurisdicción (ii) el proceso constitucionalmente configurado o debido proceso (iii) el derecho a una resolución de fondo motivada y congruente y (iv) el derecho a la ejecución de las resoluciones⁹. Como se puede observar, la sala vuelve a considerar la dimensión de previa al proceso (exigencias i), procedimental (exigencia ii y iii) y de ejecución (exigencia iv) del derecho de “acceso a la justicia”.

El fallo en cuestión sería confirmado por el proceso de Amparo bajo la referencia 253-2009¹⁰ de agosto de 2011, en el cual la Sala extendió el derecho a la “protección no jurisdiccional”, dando énfasis al tema de la congruencia. En este entendido, dicha resolución afirmó que el derecho de acceder a la jurisdicción para obtener una respuesta no únicamente es una exigencia que pueda plantearse a los procesos incoados dentro del órgano jurisdiccional, sino que también existe una protección por entes no jurisdiccionales que deben cumplir las garantías procesales arriba esbozadas¹¹.

Más adelante y en el campo penal, una de las resoluciones más importantes en cuanto al reconocimiento a la “protección jurisdiccional” vendría en diciembre del 2010, de la mano del proceso de Inconstitucionalidad bajo la referencia 5-2001 acum. El precedente significaría la inserción del derecho a la “protección jurisdiccional” en el interior del proceso penal de una forma nunca antes vista en los últimos 150 años de legislación en materia procesal penal, desarrollando la Sala de lo Constitucional una fuerte variedad de derechos. Esto hacen a partir del artículo 2 de la Constitución de la República para las víctimas que debaten sus intereses en el interior del proceso penal, acordando el máximo Tribunal ciertas prerrogativas mínimas que tienen estos sujetos para lograr un acceso a la justicia, en palabras de la Sala:

a partir del art. 2 Cn., la víctima está facultada para: (i) ser escuchada en los casos en que el Fiscal quiera aplicar el criterio de oportunidad, conforme al art. 20 del C. Pr. Pn.; (ii) impugnar la decisión judicial que concede el mencionado criterio de oportunidad; (iii) solicitar la conversión de la acción penal pública en privada, conforme al art. 29 del

9 Cfr. SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Amparo 271-2009, del 9 de septiembre de 2011

10 Cfr. SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Amparo 253-2009, del 26 de agosto de 2011

11 Según la Sala el “derecho a obtener una resolución congruente –como concreta manifestación del derecho a la protección jurisdiccional y no jurisdiccional- debe tenerse en cuenta que tanto los jueces y magistrados, al ejercer la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado que les encomienda el art. 172 Cn., como las autoridades no jurisdiccionales, al resolver los casos concreto que les son sometidos a su conocimiento mediante la aplicación del derecho, *tienen el deber de justificar sus decisiones y resolver de manera congruente a lo pedido por las partes de un determinado proceso o procedimiento*” (Cfr. SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Amparo 253-09, del 26 de agosto de 2011).

C. Pr. Pn.; y (iv) ejercer la acción penal privada –como querellante–, según el art. 21 inc. 2º del C. Pr. Pn., si el supuesto no es de lo que se contemplan en el art. 29 de tal Código

Lo expresado estuvo lejos de quedarse en lo cosmético o declarativo, a partir de esta resolución y mediante reformas realizadas en febrero del año 2012¹², no solo se limita el tiempo de investigación que tiene como máximo la agencia fiscal para realizar las diligencias de investigación en un proceso penal¹³, sino que en caso de finalizar este plazo sin que el ente acusador oficial (en nuestro país, la Fiscalía General de la República) cumpla su función investigadora, se abre la posibilidad que la víctima satisfaga su derecho de “acceso a la jurisdicción” mediante la conversión de la acción penal pública a privada, con lo que en resumidas cuentas la víctima tiene la posibilidad de buscar la respuesta en el órgano judicial sin necesidad de la autorización o presentación de requerimiento de agente oficial alguno, independientemente el tipo de delito (incluso crimen organizado, por supuesto, con muchas más limitaciones).

Habiendo analizado lo anterior, se observan importantes coincidencias entre lo mencionado y las pautas planteadas respecto al derecho de acceso a la justicia por la jurisprudencia del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, mismo que según la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso *González y otras (“Campo Algodonero”)*, se encuentra “consagrado en los artículos 8.1 y 25.1”¹⁴, y cuyo contenido es desarrollado por el mismo organismo en el caso de *Las Masacres de Ituango Vs. Colombia*, afirmándose en tal sentido que “según la Convención Americana, los Estados Partes están obligados a suministrar recursos judiciales efectivos a las víctimas de violaciones de los derechos humanos (artículo 25), recursos que deben ser sustanciados de conformidad con las reglas del debido proceso legal (artículo 8.1), todo ello dentro de la obligación general, a cargo de los mismos Estados, de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción (artículo 1.1)”. Una definición muy similar a la que brindan Freedman y Rojas, en el sentido de afirmar que dicho derecho se traduce en “la posibilidad que tiene toda persona de ser oída y peticionar ante las autoridades judiciales exigiendo el respeto de otros derechos que considera afectados o en peligro y la obtención de una respuesta adecuada”¹⁵

12 Decreto legislativo 1010, del 29 de febrero de 2012, publicado en el Diario Oficial número 58, tomo 394 del 23 de marzo de 2012

13 Se trata de la primera fase de un proceso penal, busca dilucidar si existen los elementos típicos que se señalan en una denuncia o actividad policial oficiosa, de cara a la formulación de un requerimiento, en la redacción previa a la reforma, el agente fiscal no tenía tiempo definido para cumplir esta fase en los casos de procesado no detenido.

14 Corte IDH. Caso *González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C, No.205 § 402

15 Freedman D. y Rojas S., 2013, *Artículo 25 Protección Jurisdiccional*, en Convención Americana de Derechos Humanos y su proyección en el Derecho Argentino, Buenos Aires, Departamento de publicaciones de la facultad de derecho, UBA, 444

No es difícil observar, a partir de lo anterior, que las garantías y derechos que surgen con "el acceso a la justicia", pueden funcionalmente subdividirse en atención al momento primordial en que operan, pudiendo distinguirse tres tipos: a) Los derechos que operan antes el proceso (información sobre los derechos existentes, orientación procesal y formas de solución de conflictos), b) Los derechos durante del proceso, y c) Los derechos respecto al cumplimiento de las sentencias.

Pero antes, no podemos olvidar que para el efectivo ejercicio del derecho de acceso a la justicia, el correcto funcionamiento del órgano judicial es un componente fundamental, al ser esta institución uno de los principales garantes de los distintos derechos que surgen antes, durante y después del proceso, retomando en este punto las palabras de Rodríguez Rescia: "Toma así relevancia la administración de justicia, sistema sobre el que descansan todos los mecanismos jurisdiccionales de solución de controversias entre personas particulares o entre éstas y el Estado, todo ello dentro de un contexto que supone un servicio público en un Estado de Derecho en democracia, con respeto a las garantías del debido proceso legal y a todos los derechos humanos vigentes en el país"¹⁶. Por lo anterior, consideramos pertinente hacer un breve repaso del funcionamiento de dicho órgano fundamental en nuestro país.

3. El acceso a la justicia en la realidad del órgano judicial

Como mencionamos, independientemente de la fase en que nos encontremos respecto al cumplimiento del "Acceso a la Justicia", no cabe duda que la capacidad y disponibilidad del órgano judicial para conocer y resolver los casos que se someten a su jurisdicción es un presupuesto fundamental para la vigencia plena del derecho de acceso a la justicia. Una administración de justicia lenta y congestionada difícilmente tendrá capacidad para dar respuesta a las exigencias mínimas que demandan sus usuarios, lo que nos lleva a un breve análisis de la actividad jurisdiccional en nuestro país.

En este punto, y analizando comparativamente la labor jurisdiccional de los últimos años (cuadro 1), puede decirse que a nivel global nuestra administración de justicia recibió un ingreso promedio aproximado de 161,437 casos anuales en todas las materias durante el trienio correspondiente a los años 2013-2015. Estos casos ingresados se suman al promedio de 167,853 casos que anualmente se encontraban en trámite al momento de iniciar cada año. Frente a este volumen de trabajo egresará un promedio anual de 163,437 casos, es decir un

16 Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2011, *Módulo de acceso a la justicia y derechos humanos en Argentina*, Víctor Rodríguez Rescia, consultor, San José, IIDH, 11

aproximado del 49% del volumen de trabajo antes relacionado (o porcentaje de evacuación global, que se entiende como la capacidad de los tribunales de concluir procesos respecto a la carga de trabajo que poseen).

En otros términos, la labor de nuestros tribunales permite hacer frente a un promedio similar a la cantidad de causas que ingresan anualmente (evacuación parcial, o desempeño del tribunal en relación a los movimientos ocurridos durante el mismo período), pero no permite una evacuación total de todo lo acumulado (o volumen de trabajo, la suma de lo que ingresa al año, más lo que ya se encuentra en trámite al inicio de ese periodo de tiempo), generando una tasa promedio de acumulación para dicho trienio de 2.01 causas, es decir, por cada causa egresada durante el año, queda pendientes de respuesta dos causas.

**Tabla 1: Labor jurisdiccional e indicadores de labor años 2013-2015
 (elaboración propia a partir de fuentes institucionales)**

Año	Labor jurisdiccional				Indicadores de labor		
	En trámite al inicio del periodo	Ingresos	Egresos	En trámite al final del periodo	Porcentaje evacuación global	Porcentaje evacuación parcial	Tasa congestiónamiento
2015	168,547	156,587	160,641	167,481	49 %	102%	2.02
2014	166,771	161,675	164,608	168,187	50%	101%	2.00
2013	168,241	166,051	165,063	166,707	49%	99%	2.03
Prom	167,853.0	161,437	163,437	167,458	49%	101%	2.01

Por supuesto, esto variará de tribunal a tribunal, y habrán algunas sedes en las que la carga de trabajo notoriamente se evacua de manera preocupante y deficiente. Esto se puede observar si analizamos la labor jurisdiccional para el año 2015, teniendo como criterio de ordenación el porcentaje global de evacuación y la tasa de congestiónamiento (tabla 2). Como se puede observar, los juzgados de vigilancia penitenciaria y ejecución de la pena están a la cabeza como los tribunales con menor capacidad de evacuación (apenas el 13.1% de su volumen de trabajo) y con mayor tasa de acumulación de causas (por cada causa egresada, hay casi ocho sin egresar). Un poco atrás de éstos se encuentran los tribunales de ejecución de medidas al menor, con una tasa un poco más alta, pero siempre preocupante, de evacuación global de causas del 25.3% del total del volumen de trabajo anual.

**Tabla 2: Labor jurisdiccional e indicadores de labor años 2013-2015
(elaboración propia a partir de fuentes institucionales)**

Tipo de tribunal	LABOR JURISDICCIONAL 2015				INDICADORES DE LABOR 2015		
	En trámite al inicio del periodo	Ingresos	Egresos	En trámite al final del periodo	Porcentaje evacuación global	Tasa congestionamiento	Porcentaje evacuación parcial
Juzgados de vigilancia penitenciaria	63998	15226	10385	68839	13.1	7.6	7.6
Juzgados especializados de instrucción	1749	387	303	1879	14.2	7.0	7.0
Juzgado de ejecución de medidas al menor	2835	1114	998	2951	25.3	4.0	4.0
Juzgados de instrucción	24256	10534	10628	24652	30.5	3.3	3.3
Juzgados ambientales	1	74	24	51	32.0	3.1	3.1
Juzgados de lo civil	16,200	8413	11068	13711	45.0	2.2	2.2
Salas	4830	2795	3459	4166	45.4	2.2	2.2
Juzgados de primera instancia (mixtos)	8945	7174	7480	8937	46.4	2.2	2.2
Juzgados de lo militar	177	177	169	185	47.7	2.1	2.1
Juzgados de menor cuantía	2787	2892	3309	2482	58.3	1.7	1.7
Juzgados de lo laboral	7173	6863	8351	5807	59.5	1.7	1.7
Juzgados de sentencia	4350	6779	6636	4632	59.6	1.7	1.7
Juzgados de lo civil y mercantil	4684	8660	8405	5099	63.0	1.6	1.6
Juzgados de menores	2102	3870	3847	2156	64.4	1.6	1.6
Juzgado especializado de extinción de dominio	7	30	26	12	70.3	1.4	1.4
Juzgados de tránsito	955	1453	1733	873	72.0	1.4	1.4
Juzgados de familia	11673	29314	29901	11313	73.0	1.4	1.4
Juzgados de lo mercantil	477	21	378	120	75.9	1.3	1.3
Tribunales especializados de sentencia	156	458	480	267	78.2	1.3	1.3
Juzgados especializados de niñez y adolescencia	479	678	913	255	78.9	1.3	1.3
Juzgados de paz	9615	41879	43999	8230	85.4	1.2	1.2
Cámaras	1098	7796	8149	864	91.6	1.1	1.1

Por supuesto, el caso de estas dos jurisdicciones llama la atención en nuestro país, en el cual la tasa de hacinamiento en centros penitenciarios ha tenido una densidad de hasta el 334% respecto a su capacidad instalada (2012)¹⁷, un hacinamiento que apenas el presente año fue declarado como un “estado de cosas inconstitucional”, ordenándose el cese del hacinamiento para cualquier persona que lo sufra, encomendándose a los Jueces de Vigilancia Penitenciaria y de Ejecución de la Pena que realicen: “(...) urgentemente, una labor de actualización respecto a aquellos casos en los cuales, por cumplirse los supuestos de ley, los penados ya no deban permanecer privados de libertad, tomando en cuenta todas las herramientas que para ello regula el ordenamiento jurídico”¹⁸.

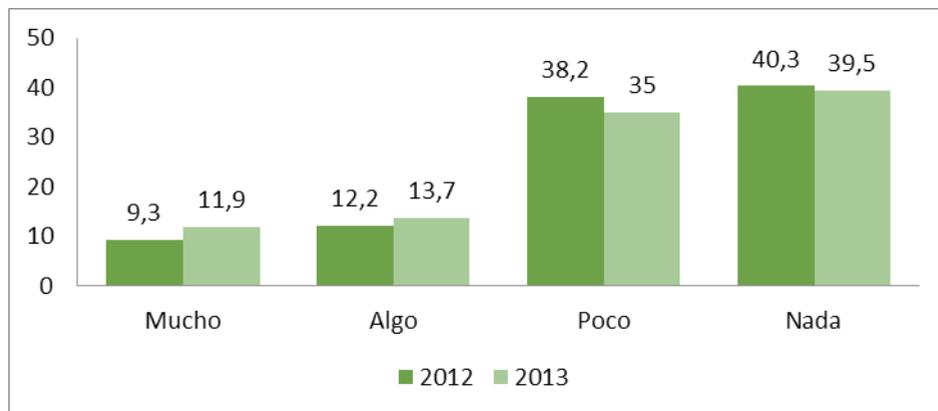
Las metas solicitadas por la Sala de lo Constitucional, difícilmente se cumplirán en un contexto como el ya relacionado, en el cual los tribunales que se encargan del cumplimiento de las penas y medidas impuestas presentan índices tan altos en materia de acumulación y congestión de trabajo, dificultando un pleno ejercicio del derecho de acceso a la justicia, particularmente en lo que concierne a su faceta relacionada a la ejecución de las sentencias.

Posiblemente sea el anterior desempeño del órgano judicial, el que ha generado poca confianza de la población en la efectividad del sistema de justicia. En este sentido, el Instituto Universitario de Opinión Pública (IUDOP) de la Universidad Centroamericana “José Simeón Cañas” (UCA) destacó que para el año 2012 un 65.2% de la población expresó tener poca o ninguna confianza en la efectividad del sistema de justicia, un porcentaje parecido al del año 2013 cuando esta proporción aumentaría al 67.3% de los encuestados (ver tabla 3).

17 IUDOP, 2014, *La Situación de la seguridad y la justicia 2009-2014*, San Salvador, Talleres gráficos UCA

18 Habeas Corpus 119-2014 acumulada, Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, veintisiete de mayo de 2016

Tabla 3: Confianza de la población en la efectividad del sistema de justicia penal 2012-2013 (Fuente: IUDOP)



4. Las tres dimensiones del acceso a la justicia

Derechos y garantías previas al proceso

La posibilidad de acceder a la jurisdicción en aras a la obtención de una respuesta motivada y de fondo solo puede surgir en la medida que se vertebra una serie de condiciones básicas para facilitar este acceso. En tal sentido, el Sistema Americano ha desarrollado al menos dos garantías previas como condiciones iniciales para la existencia de un debido proceso. Nos referimos al *derecho a ser oído*, y el *derecho a un recurso*. A éstos puede adicionarse un tercero, en aquellos casos en que existe una vulneración grave al derecho internacional de los derechos humanos mediante la realización de crímenes de lesa humanidad. Nos referimos al *derecho a la verdad*.

En lo que sigue, desarrollaremos con mayor detalle cada una de estas ideas:

- **Derecho a ser oído y a un recurso efectivo frente al derecho de audiencia**

En cuanto al primero, el *derecho a ser oído*, la Corte Interamericana en el caso *Barbani Duarte y otros contra Uruguay* expresó que el mismo suponía un ámbito formal y procesal de asegurar

el acceso al órgano competente para determinar el derecho reclamado en apego a las debidas garantías procesales (tales como la presentación de alegatos y la aportación de prueba), así como también la obligación que el Estado garantice que la decisión que se produzca en el procedimiento satisfaga el fin para el cual fue concebido¹⁹.

Por su parte, el *derecho a un recurso* efectivo ha sido previsto por el mismo artículo 25.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, según el cual “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”.

Por su parte, en el ámbito salvadoreño, la posible contracara de las anteriores garantías podría relacionarse con el *derecho de audiencia*, entendida como aquella garantía según la cual todo gobernado tiene derecho “a obtener protección de los tribunales contra las arbitrariedades del poder público y cuyo objetivo es tutelar la seguridad y certeza jurídica (...)”²⁰. Según Bertrand Galindo, se trata de un derecho que surge por primera vez en la Constitución de 1841, y que actualmente se encuentra conformada por dos garantías: a) La garantía de Juicio Previo, que supone la realización de un procedimiento con todas las garantías previo a la restricción o conculcación de un derecho fundamental²¹ y b) La imposibilidad que una persona sea juzgada más de una vez por el mismo hecho²²

En cuanto a la naturaleza de este derecho, la Sala de lo Constitucional ha expresado que se trata de una garantía de carácter procesal, con una función que no se justifica en sí misma, sino en la medida en que protege otros derechos fundamentales frente a un proceso o actividad pública arbitraria²³.

19 CORTE IDH. Caso Barbani Duarte y otros Vs. Uruguay. Sentencia del 13 de octubre del 2011, párr. 122 y 136.

20 Bertrand Galindo, Francisco y otros, 1999, *Manual de Derecho Constitucional*, San Salvador, Ministerio de Justicia, 865

21 Por su parte, según la misma Sala de lo Constitucional “la exigencia del proceso previo supone dar al demandado y a todos los intervinientes en el proceso, la posibilidad de exponer sus razonamientos y defender sus derechos de manera plena y amplia. Y es que, hacer saber al sujeto contra quien se pretende en un determinado proceso, la existencia de éste, y facilitarle el ejercicio de los medios de defensa, constituyen circunstancias ineludibles para el goce irrestricto del derecho de audiencia. Por todo ello, esta Sala ha sostenido repetidamente que existe violación al derecho constitucional de audiencia cuando el afectado por la decisión estatal no ha tenido la oportunidad real de defensa, privándole de un derecho sin el correspondiente proceso, o cuando en el mismo no se cumplen las formalidades esenciales, procesales o procedimentales- establecidas en las leyes que desarrollan el derecho de audiencia” (Cfr. SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Amparo 150-97, 13 de octubre de 1998).

22 Cfr. Bertrand Galindo, Francisco y otros, 1999, *Manual de Derecho Constitucional*, San Salvador, Ministerio de Justicia, 868-871

23 Cfr. SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Amparo 150-97, del 13 de octubre de 1998, en igual sentido el Amparo 655-99, del 6 de febrero de 2001, o el Amparo 394-99, del 31 de mayo de 2000.

En cuanto al contenido de este derecho, la Sala ha expresado que el mismo puede incluir de manera no taxativa aspectos generales tales como: “ (a) que la persona a quien se pretende privar de alguno de sus derechos se le siga un proceso, el cual no necesariamente es especial, sino aquel establecido para cada caso por las disposiciones constitucionales respectivas; (b) que dicho proceso se ventile ante entidades previamente establecidas, que en el caso administrativo supone la tramitación ante autoridad competente; (c) que en el proceso se observen las formalidades esenciales procesales o procedimentales; y (d) que la decisión se dicte conforme a leyes existentes con anterioridad al hecho que la hubiere motivado”²⁴.

Además de lo anterior, la jurisprudencia constitucional también desarrolla ideas importantes sobre la configuración del *derecho de audiencia*, estableciendo que el mismo se concreta “en la estructura de los procesos y, por tanto, también [por medio] de instancias, recursos o medios impugnativos, de acuerdo con la naturaleza de las pretensiones que se plantean y de las normas jurídicas que le sirvan a ésta de basamento”²⁵, sin que por ello olvidemos que cualquier configuración del legislador debe realizarse conforme lo determina la Constitución de la República.

Finalmente, a juicio del máximo tribunal en materia de interpretación de la Constitución, el *derecho de audiencia* puede ser vulnerado cuando sucede una de dos cosas: a) No se sigue un juicio previo como condición necesaria para la restricción de un derecho fundamental, o, b) Habiendo realizado el mencionado juicio, el mismo no cumple con garantías de carácter constitucional²⁶.

• El derecho a la verdad

Frente a hechos que afectan de manera particular y grave el entramado de valores más importantes que comparte la comunidad internacional, y que a su vez son hechos que fácilmente pueden caer en la impunidad por realizarse desde estructuras de poder –tal como sucedió en el contexto latinoamericano-, la jurisprudencia del sistema interamericano ha propiciado un vigoroso desarrollo del *derecho a la verdad* como derecho a favor de las víctimas para conocer lo que sucedió con sus seres queridos. Para el caso, en *Bámaca Velásquez Vs. Guatemala* se entendió por dicho derecho aquel de la sociedad a “tener acceso a infor-

24 Cfr. SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Amparo 150-97, del 13 de octubre de 1998.

25 Cfr. SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Amparo 150-97, del 13 de octubre de 1998

26 Cfr. Sala de lo constitucional de la corte suprema de justicia, Amparo 655-99, del 6 de febrero de 2001, en igual sentido el Amparo 394-99, 31 de mayo de 2000

mación esencial para el desarrollo de los sistemas democráticos, y un carácter particular, como derecho de los familiares de las víctimas a conocer lo sucedido con su ser querido (...)”²⁷.

Pero más allá del conocimiento de la verdad, se trata de un derecho que poseen los familiares de las víctimas para obtener justicia mediante el proceso correspondiente contra los responsables de estos ilícitos, además de la reparación en daños y perjuicios que puedan haber soportado los dolientes²⁸. Se trata entonces de un derecho que asegura un medio de reparación para estas víctimas²⁹.

En el contexto actual salvadoreño, heredero de una cruenta guerra civil durante la década de los ochenta, las víctimas de delitos de lesa humanidad se han visto en una permanente lucha por alcanzar justicia debido a las acciones u omisiones del Estado salvadoreño. En cuanto a los actos políticos que aseguraron la impunidad, destacó la aprobación por parte del órgano legislativo de la “Ley de Amnistía General para la Consolidación de la Paz” en marzo de 1993, contrariando lo expresamente establecido en los Acuerdos de Paz firmados en Chapultepec en enero de 1992, documento fundacional de nuestra democracia actual que en su capítulo I, numeral 5, titulado “Superación de la impunidad” reconoció la necesidad “de esclarecer y superar todo señalamiento de impunidad de oficiales de la Fuerza Armada, especialmente en casos donde esté comprometido el respeto a los derechos humanos (...). hechos de esa naturaleza, independientemente del sector al que pertenecieran sus autores deben ser objeto de actuación ejemplarizante de los tribunales de justicia”.

Pero el órgano judicial también ha contribuido a la impunidad, comenzando por los más altos tribunales, la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, que solo hasta sentir la presión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el caso 10.488 del 22 de diciembre de 1999³⁰, emitió resolución en el año 2000 sobreseyendo las aspiraciones de declarar de manera genérica y obligatoria, la inconstitucional de la referida ley de amnistía por contravenir el artículo dos de la Constitución de la República (derecho de acceso a la justicia o a *la protección jurisdiccional*), dejando en manos de cada tribunal la posibilidad de hacerlo cuando lo considere conforme a derecho³¹. Dicha resolución fue

27 Corte IDH. Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala. Sentencia de 25 de noviembre de 2000.

28 Corte IDH. Caso de las Hermanas Serrano Cruz Vs. El Salvador. Sentencia de 1 de marzo de 2005. Caso Heliodoro Portugal Vs. Panamá. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Caso Kawas Fernández Vs. Honduras, sentencia de 3 de abril de 2009, Caso Garibaldi Vs. Brasil, sentencia de 23 de septiembre de 2009, caso García y Familiares Vs. Guatemala, sentencia de 29 noviembre de 2012

29 Corte IDH. Caso Kawas Fernández Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de abril de 2009

30 Informe n° 136/99, caso 10.488, Ignacio Ellacuría y otros contra El Salvador

31 En palabras de la Sala “el art. 1 de la LAGCP (Ley de Amnistía General para la Consolidación de la Paz) no es inconstitucio-

suficiente para que al menos hasta principios del 2016 no se hubiese registrado ninguna investigación a nivel nacional por delitos contra la humanidad que hubiese superado la etapa de presentación del requerimiento fiscal³².

Luego de esta resolución del año 2000, la Sala de lo Constitucional retomaría el *derecho a la verdad* con la sentencia definitiva de Amparo bajo la referencia 665-2010, misma que se dirigiría contra actuaciones de la Fiscalía General de la República y al juez Primero de Paz de Tecoluca, departamento de San Vicente, quienes se negaban a investigar una de las muchas masacres contra población civil durante el conflicto armado salvadoreño. Nos referimos a la masacre de Tecoluca ocurrida en octubre de 1981, y que dejó más de una treintena de asesinatos a sangre fría.

En dicha resolución, la Sala vinculó el *derecho a la verdad* con el derecho a *la protección jurisdiccional* (acceso a la justicia), al vincular el primero con el artículo 2 inc. primero de la Constitución de la República, mismo que ya hemos citado establece que “toda persona tiene derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la libertad, a la seguridad, al trabajo, a la propiedad y posesión, y a ser protegida en la conservación y defensa de los mismos”.

La Sala también expresó que se trata de un derecho que le asiste a las víctimas ya sean directas o indirectas (el caso de familiares) así como también a la sociedad en su conjunto, y que además se trata de un derecho con un contenido claro, pues solo se garantiza a través de investigaciones serias, exhaustivas, responsables, imparciales, integrales, sistemáticas y concluyentes por parte del Estado, con independencia del tiempo transcurrido desde la fecha del ilícito, quién fue su autor, en qué fecha, en qué lugar se perpetró o cómo se produjo el hecho, sosteniendo además que este derecho también supone la posibilidad y la capacidad real de investigar, buscar y recibir información confiable que conduzca al esclarecimiento imparcial y completo de los hechos³³.

nal per se ya que admite una interpretación conforme a la Constitución, la cual debe ser considerada por el juzgador en cada caso concreto” (Cfr. Sala de constitucional de la corte suprema de justicia, Inconstitucionalidad 24-97/21-98, 26 de septiembre del 2000).

32 Un precedente lo constituye la resolución de sobreseimiento definitivo dictada el dos de diciembre del año 2000 por el juzgado tercero de paz de San Salvador en el caso de la masacre en el interior de la UCA (Universidad Centroamérica “José Simeón Cañas”). En aquella fecha se dictó sobreseimiento definitivo a solicitud del representante de la Fiscalía General de la Republica, arguyendo que el posible ejercicio de la acción penal ya había prescrito, a pesar que en informe 136/99 la CIDH ya había expresado que “algunos de los delitos amparados por este Decreto (refiriéndose a la ley de amnistía) han sido considerados de tal gravedad por la comunidad internacional que han justificado la adopción de convenciones especiales sobre la materia y la inclusión de medidas específicas para evitar su impunidad, incluso la jurisdicción universal y la imprescriptibilidad de la acción”

33 Cfr. SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Amparo 665-10, del 5 de febrero de 2014

A pesar de lo anterior, la Sala hizo una aclaración afirmando que *el derecho a la verdad* no necesariamente se vulnera cuando al momento de judicializar una pretensión se decide rechazar la demanda incoada al inicio del proceso, lo mismo si al conocer el fondo de la pretensión se resuelve que las personas procesadas no cometieron los hechos que se les atribuían³⁴.

Tres años después, en septiembre del 2013, la Sala de lo Constitucional admitiría una segunda demanda de inconstitucionalidad contra la ley de amnistía. Luego de mucha espera, la demanda sería resuelta en julio del 2016, declarando finalmente inconstitucional los artículos fundamentales del principal instrumento legal que aseguraba la impunidad, la "Ley de Amnistía General para la Consolidación de la Paz" de marzo de 1993, permitiendo la realización de justicia en aquellos delitos "que constituyan crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra constitutivos de graves violaciones al DIH, cometidos por ambas partes bajo el amparo de un aparato organizado de poder"³⁵.

Más allá de lo anterior, en la referida resolución la Sala retomaría la conceptualización del "derecho a la verdad" formulado en el Amparo de la masacre de Tecoluca, entendiendo nuevamente que dicho derecho le asiste a las víctimas y a la sociedad en su conjunto, y que el mismo garantiza investigaciones serias, exhaustivas, responsables, imparciales, integrales, sistemáticas y concluyentes por parte del Estado, siendo indiferente la fecha de perpetración del ilícito³⁶.

Por tratarse de una resolución emitida durante los meses que finaliza el presente ensayo, es difícil pronosticar los resultados de dicha resolución, siendo que hasta la fecha no se han iniciado o verificado procesos legales de carácter civil o penal que se encuentren en estadio intermedio, a efectos de buscar el justo resarcimiento y justicia para las víctimas de tan atroces hechos.

Garantías y derechos durante el proceso

Pero no sirve de nada la posibilidad de ser oído o acceder a un recurso que me permita oponerme frente a actuaciones que dañen mis derechos, si una vez accedido a dicho recurso o proceso no existe un mínimo de garantías que aseguren mi intervención en condiciones de

34 Cfr. SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Amparo 665-10, del 5 de febrero de 2014

35 Cfr. SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, , Inconstitucionalidad 44-2013/145-2013, del trece de julio de 2016.

36 Cfr. SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, , Inconstitucionalidad 44-2013/145-2013, del trece de julio de 2016

paridad o justicia, Por ello surgen otras garantías que desplegarán su contenido durante el transcurso o desarrollo del proceso.

En este punto, dentro de la jurisprudencia del sistema interamericano de protección de los derechos humanos puede hacerse una distinción en tres tipos de garantías según su relación con el artículo 8 del pacto de San José. Así pues es posible diferenciar entre: a) Las debidas garantías mencionadas en el artículo ocho numeral uno, b) Las garantías mínimas contenidas en el artículo 8 numeral 2, y c) Las garantías adicionales que se mencionan en el resto de numerales del mencionado artículo ocho. En lo que sigue a continuación, desarrollaremos cada uno de estos tipos de garantías:

1.1.1. Garantías debidas

El artículo 8.1 del Pacto de San José establece que “toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”.

A partir de la lectura pueden citarse cuando menos aquellos derechos indispensables para lograr un juicio justo, tales como la obligación de motivar las resoluciones judiciales, la oralidad en las actuaciones, el derecho a acceder al expediente, la previsibilidad de las normas penales, así como otras garantías que se citan de manera directa por el mismo artículo, como la existencia de plazos razonables, y las garantías orgánicas relacionadas con la existencia del juez natural, la independencia y la imparcialidad del juzgador. Por ello procedemos a desarrollar algunas de las anteriores.

• La motivación de la resolución

En cuanto a la obligación de motivación de las resoluciones, la Corte Interamericana ha establecido que “un fallo debe mostrar que han sido debidamente tomados en cuenta los alegatos de las partes y que el conjunto de pruebas ha sido analizado. Asimismo, la motivación demuestra a las partes que éstas han sido oídas y, en aquellos casos en que las decisiones son recurribles, les proporciona la posibilidad de criticar la resolución y lograr un nuevo examen de la cuestión ante las instancias superiores”³⁷. Como se puede observar, existe una vincula-

37 Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C, No. 182, § 78.

ción palpable entre el derecho a tener una resolución motivada y la estructura contradictoria del proceso y el derecho de defensa.

Por su parte, la Sala de lo Constitucional salvadoreña también ha explorado la relación entre la obligación de motivación y el derecho de acceso a la justicia. En tal sentido ha afirmado que dicha exigencia “no es un mero formalismo procesal o procedimental, sino que se apoya en el derecho a la protección jurisdiccional. Consiste en darle la oportunidad a los gobernados de conocer los razonamientos necesarios que lleven a las autoridades a decidir sobre una situación jurídica concreta que les concierne”³⁸.

Más allá de lo anterior, la Sala le ha asignado a la motivación de las resoluciones finalidades bastante específicas: 1) Facilita control de la actividad jurisdiccional por parte de la opinión pública y las partes. 2) Asegura sometimiento del Juez al imperio de la Constitución y las leyes. 3) Logra convencimiento de las partes sobre la justicia de la decisión judicial, eliminando la sensación de arbitrariedad. 4) Garantiza la posibilidad de control de la resolución judicial por los tribunales superiores que conozcan de los correspondientes recursos³⁹.

En la misma resolución la Sala estableció que la finalidad de esta garantía consiste en la explicitación de aquellas razones que impulsan a la autoridad a decidir en un específico sentido, por lo que requiere una reflexión razonable, clara y justificable sobre el juicio de derecho que se realiza al resolver, aunque aclara que dicha reflexión no necesariamente debe ser extensa o exhaustiva, bastando con que la misma sea “concreta y clara”⁴⁰.

En similar sentido al criterio sostenido por la jurisprudencia interamericana, la Sala de lo Constitucional no solo vincula esta garantía con la de *protección jurisdiccional* (acceso a la justicia), sino que también la enlaza con la posibilidad que tienen las partes para escrutar el poder, y por supuesto con el derecho de defensa, pues solo conociendo los fundamentos de una decisión una parte procesal tendrá “la oportunidad de ejercer los medios de defensa a través de los instrumentos procesales específicos”⁴¹.

38 Cfr. SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Amparo 308-2008, del 30 de abril del 2010, también se puede citar el Amparo 469-2008, del uno de febrero del 2012.

39 SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Inconstitucionalidad 8-2011, del 22 de febrero del 2013.

40 Cfr. SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Amparo 308-2008, del 30 de abril del 2010, también se puede citar el Amparo 469-2008, del uno de febrero del 2012, y la resolución de Amparo 1072-2002, 27 de junio del 2003.

41 Cfr. SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Amparo 308-2008, 30 de abril del 2010, también se puede citar el Amparo 469-2008, 1 de febrero del 2012, y el Amparo 1072-2002, 27 de junio del 2003

• Plazo razonable

El derecho a ser juzgado en un *plazo razonable* también es mencionado en el artículo 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Se trata de una garantía que ha generado profundas discusiones en el seno de la realidad salvadoreña, siendo uno de los escenarios más conocidos la reciente pugna entre la Sala de lo Constitucional, encargada de conocer los procesos de *habeas corpus*⁴², y la Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, cuya competencia le faculta conocer los recursos de Casación en materia penal⁴³.

Respecto a la garantía en cuestión, la Sala de lo Constitucional ha fundamentado el derecho de un procesamiento *en un plazo razonable* con la obligación de una "pronta y cumplida justicia" por parte del órgano judicial (182 num. 5 Cn), así como en los valores de seguridad jurídica y la garantía del debido proceso⁴⁴. Ahora bien, la Sala ha establecido que la anterior garantía no es un "derecho al cumplimiento de los plazos establecidos por el legislador", sino más bien un derecho "a ser juzgado dentro del plazo razonable", lo que tácitamente permite el incumplimiento de los tiempos y plazos que señala la ley nacional cuando dicho incumplimiento sea "razonable"⁴⁵.

En cuanto a esto último, la Sala ha desarrollado tres aspectos que permiten encuadrar un incumplimiento como razonable: "1) La complejidad del asunto, ya sea la complejidad fáctica del litigio, es decir, la necesidad de realizar distintas pruebas; y la jurídica o las propias deficiencias técnicas del ordenamiento; 2) El comportamiento del recurrente; puesto que no merece el carácter de indebida una dilación que haya sido provocada por el propio litigante y; 3) La actitud del Juez o Tribunal, referida a si las dilaciones en el proceso obedecen a la inactividad del órgano judicial, que sin causa de justificación, dejó transcurrir el tiempo sin emitir la decisión correspondiente (...)"⁴⁶.

42 Según el artículo 38 de la ley de procedimientos constitucionales, el *habeas corpus* es aquel procedimiento que se puede impetrar cuando existe vulneración del derecho de libertad, que en palabras del mismo artículo es lesionado "deteniéndose a la persona contra su voluntad dentro de ciertos límites, ya sea por amenazas, por temor a daño, apremio u otros obstáculos materiales".

43 El recurso de casación en la legislación salvadoreña es un mecanismo de impugnación que puede impetrarse contra decisiones de segunda instancia (apelación) en resoluciones en las que exista un vicio o error en la aplicación del derecho en ciertos autos y las sentencias definitivas.

44 Cfr. SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, *Habeas Corpus* 241-99, 28 de octubre de 1999

45 Cfr. SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, *Habeas Corpus* 99-2010, 20 de agosto del 2010, en igual sentido el *Habeas Corpus* 52-2003, 3 de septiembre del 2003, o la resolución de *Habeas Corpus* sin referencia conocida, del 28 de octubre de 1999

46 Cfr. SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, *Habeas Corpus* 99-2010, del 20 de agosto del 2010, en igual sentido el *Habeas Corpus* 22-2005, 27 de junio del 2006, y el *Habeas Corpus* 52-2003, 3 de septiembre del 2003

- **Garantías orgánicas: Independencia, imparcialidad y juez natural**

Finalmente, ninguna de las anteriores garantías tiene sentido a menos que se opongan frente a un órgano decisor que también cumpla ciertos estándares mínimos de objetividad e imparcialidad. Con esto aludimos a lo que la doctrina comúnmente conoce como “garantías orgánicas”, o garantías que regulan la actuación del órgano decisor. Así pues, el artículo 8.1. de la Convención Americana de Derechos Humanos habla de la necesidad de contar con “un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con autoridad por la ley (...)”.

En cuanto al atributo de “competente”, se relaciona con un marco de atribuciones que se deriven de la ley⁴⁷; la independencia, por su parte, puede verse desde una perspectiva institucional cuando se refiera a evitar injerencias por parte de otros órganos del Estado⁴⁸, o puede ser una independencia desde una perspectiva individual, cuando se refiera a evitar presiones por parte de jueces o tribunales que ejercen función de revisión o apelación⁴⁹. En cuanto a la imparcialidad, ésta surge en la medida que el juez demuestre estar por encima de cualquier prejuicio personal que garantice e inspire la “confianza necesaria a las partes en el caso (...)”⁵⁰ y, finalmente, el previo establecimiento legal de la autoridad judicial busca evitar la creación de tribunales especiales, creados para un caso o varios casos en específico, o ad hoc⁵¹.

En el caso salvadoreño, una de las coyunturas que motivó a la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia a pronunciarse sobre el contenido de las referidas garantías orgánicas, fue la relativamente reciente creación de tribunales especializados por medio de la “Ley Contra el Crimen Organizado y Delitos de Realización Compleja”, emitida por el Decreto Legislativo 190 de julio del 2006, misma que en su artículo uno establece “la competencia de los tribunales especializados y los procedimientos para el juzgamiento de los delitos cometidos bajo la modalidad de crimen organizado o de realización compleja”. Para algunos ciudadanos, la creación de estos tribunales representaba una transgresión a las nociones que supone el principio de *juez natural*.

47 KAS-Kommentar S. 218.

48 Corte IDH. Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela, op. Cit., § 55, y Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C, No. 239, § 186.

49 Corte IDH. Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela, op. Cit., § 55, y Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile, op. Cit., § 186.

50 Corte IDH. Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C, No. 107, §§ 170 y 171.

51 Corte IDH. Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C, No. 182, § 50.

La polémica fue resuelta por la Sala de lo Constitucional dentro del proceso de inconstitucionalidad 6-2009 de diciembre del 2012, misma en la cual el máximo tribunal desarrolló la garantía de *juez natural*. Esta sentencia entendió que éste era el "juez previamente determinado por ley, que trasciende la simple idea del juez del lugar del delito"⁵². Para la Sala, una de las principales formas de transgredir este principio (así como el principio de igualdad y el de "monopolio exclusivo de la jurisdicción por parte de jueces y magistrados"), lo constituye "la creación de tribunales ex post facto o ad hoc así como la creación de comisiones especiales provenientes de otros poderes del Estado encargadas de auditar el trabajo jurisdiccional"⁵³, entendiéndose por tribunales de excepción "aquellos constituidos para juzgar un caso particular o casos individuales".

A propósito de la coyuntura en comento, la Sala estimó que la creación de Tribunales especiales en materia de crimen organizado no constituía una transgresión al principio del juez natural, puesto que se trató de un ámbito competencial que suponía "un progreso o avance significativo en el ámbito del enjuiciamiento, conforme a la implementación de mecanismos e institutos que potencien la protección jurisdiccional y la resolución de conflictos con celeridad y eficacia". Una respuesta frente a un fenómeno que la Sala estimó como "un serio agravamiento en el ámbito de la criminalidad en el país y en la región (...), que en la actualidad representa un grave peligro para la seguridad de los derechos de la población". En sentido negativo, la creación de estos tribunales especiales no representó la colocación arbitraria del imputado por tribunales distintos a los que corresponden juzgarlo al momento del hecho, lo que sí representaría una transgresión a la garantía del juez natural.

Más adelante, en junio del 2013, la Sala dictaría una segunda resolución sobre este punto confirmando que la creación de tribunales especializados no contradice el principio *de juez natural*, siempre y cuando cumpla con cuatro exigencias fundamentales: a) Que impartir justicia se encuentre en manos de jueces nombrados conforme a los parámetros constitucionales y legales, pertenezcan al Órgano Judicial y sean nombrados de acuerdo a los mecanismos de selección que garanticen su capacidad y mérito, b) Que se respeten las diversas características

52 Cfr. SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Inconstitucionalidad 06-2009, 19 de diciembre del 2012. Se trata en todo caso de una noción que ya había sido relacionada en la sentencia de inconstitucionalidad 46-2003 del 19 de abril del 2005, en la cual se expresó que dicha garantía consistía en "que el órgano judicial haya sido creado previamente por la ley, que ésta le haya investido de jurisdicción y competencia con anterioridad al hecho motivador de la actuación o proceso judicial y que su régimen orgánico y procesal no permita calificarle de órgano especial o excepcional. En ese sentido, el principio de juez ordinario predeterminado, comprende las siguientes exigencias: (i) creación previa del órgano jurisdiccional mediante una norma con rango de ley; (ii) determinación legal de su régimen competencial con anterioridad al hecho motivador de la actuación o proceso judicial; y (iii) necesidad que ese órgano se rija por un régimen orgánico y procesal común, que impida calificarle como órgano especial o excepcional -art. 216 Cn.-"

53 Cfr. SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Inconstitucionalidad 06-2009, 19 de diciembre del 2012

correspondientes a la noción del juez natural, como lo puede ser garantizar su independencia e imparcialidad, c) Que el ámbito de su competencia sea estrictamente delimitado conforme al principio constitucional de legalidad procesal, a fin de evitar una manipulación arbitraria del procedimiento; y (d) que tal seccionamiento de la competencia se encuentre justificado en razón de la materia⁵⁴.

En cuanto a la *independencia judicial*, se trata de un principio que también fue definido en la resolución 6-2009 ya mencionada, como aquel que asegura el estricto sometimiento de la autoridad judicial a los designios de la ley expresado estrictamente a través de criterios jurídicos sin intromisiones, ya sean de tipo internas o externas (según quien se entromete se encuentra dentro o fuera del órgano judicial). Para la Sala la garantía de independencia genera dos deberes: "a) Al Estado para garantizar aquella característica y b) Al juez en su carácter individual, quien debe emitir decisiones exclusivamente basadas en la Constitución y la ley"⁵⁵.

Por otra parte, la imparcialidad judicial fue definida como aquel principio según el cual "el juez no se dejará llevar por ningún otro interés que no sea la aplicación correcta de la ley y la solución justa del litigio (...) quien resuelve judicialmente no debe tener interés alguno directo o indirecto en el resultado y ello se traduce en la prohibición de mantener vínculos cercanos con alguna de las posiciones contendientes, que para un observador razonable despierte sospechas de parcialidad"⁵⁶.

Se trata en esencia, de un concepto similar al formulado en la resolución de inconstitucionalidad 5-2001 acumulada de diciembre del 2010, en la que se entendió que el principio de imparcialidad judicial se encontraba "necesariamente referido al ejercicio de la potestad jurisdiccional; en otras palabras, a la actitud que deben tener los jueces en el desarrollo del proceso respecto de los intervinientes en el litigio"⁵⁷. Más allá de la anterior definición, esta resolución es interesante pues la Sala analiza los límites del principio de *imparcialidad* que uniforma a la judicatura frente a ciertas facultades legales de las que pueden gozar los jueces, y que potencialmente los colocan en posición de ser juez y parte.

54 Cfr. SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Inconstitucionalidad 02-2010, 21 de junio del 2013

55 Cfr. SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Inconstitucionalidad 06-2009, 19 de diciembre del 2012

56 Cfr. SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Inconstitucionalidad 06-2009, 19 de diciembre del 2012

57 Cfr. SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Inconstitucionalidad 5-2001 acumulada, 23 de diciembre del 2010.

Específicamente, en esta resolución se discutían algunas facultades que poseían los jueces de lo penal según el código procesal penal de 1998 -y que siguen manteniendo en el código procesal penal actual- para ordenar actos de investigación, realizar preguntas a los testigos durante el interrogatorio, ordenar la práctica de actividad probatoria, o interrogar a los imputados durante su declaración indagatoria. Para los demandantes de la 5-2001 acumulada, tales facultades constituían excesos que contrariaban el principio de *imparcialidad judicial* al convertir al juzgador en una parte que busca activamente la verdad mientras conserva el rol de imparcial evaluador de esa búsqueda de la verdad. En otras palabras, lo convierten en juez y parte.

Sin embargo, para la Sala de lo Constitucional la realización de este tipo de actividad investigativa y probatoria no necesariamente contradice el principio de *imparcialidad*, siempre y cuando estas actividades se ajusten a ciertos límites básicos.

En cuanto a la posibilidad de los jueces de realizar preguntas en un interrogatorio, tienen que entenderse que se trata de una facultad “absolutamente excepcional y netamente aclaratoria, sin llegar a: (i) controvertir, sustituir o complementar la labor de las partes; (ii) desacreditar la teoría de la defensa, o (iii) sembrar dudas sobre la credibilidad de la versión de los hechos proporcionada por el procesado”⁵⁸.

Algo similar sucede con la facultad de oficio de ordenar medios de prueba, siempre y cuando sea “de forma excepcional” en aquellos casos en que la actividad probatoria “está dirigida a esclarecer los hechos que han sido objeto de argumentación por los sujetos procesales y que, por ende, se constituyen en objeto de enjuiciamiento (...) esta facultad está reservada para aquellos casos en los que sea indispensable clarificar determinados extremos fácticos que versen exclusivamente sobre la imputación y donde sea absolutamente necesario”.

Finalmente, lo mismo sucede con la facultad de ordenar actos de investigación de oficio durante la etapa de investigación, en la que el juez deberá mantener un perfil de “receptor de las peticiones que las partes hagan respecto de la indagación del ilícito penal, debiendo trasladarlas al ente constitucionalmente facultado para investigarlas”⁵⁹.

En resumidas cuentas, la síntesis que parece dejar la 5-2001 acum., es que las facultades legales que tiene el juez de interrogar testigos, ordenar medios de prueba u ordenar actos de investigación, son facultades que no riñen con el principio de *imparcialidad judicial*, siempre

58 Cfr. SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Inconstitucionalidad 05-2001 acumulada, 23 de diciembre del 2010

59 Cfr. SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Inconstitucionalidad 05-2001 acumulada, 23 de diciembre del 2010

y cuando se trate de una actividad aclaratoria de los hechos que ya han planteado las partes, o bien a petición de las mismas.

Volviendo al concepto de la imparcialidad reseñado en la 6-2009, para potenciar la protección de este principio, la Sala estima necesarias las regulaciones procesales en materia de impedimentos, excusas y recusaciones, siempre presentes en los textos de carácter adjetivo que disciplinan las distintas áreas jurídicas⁶⁰.

Finalmente, en cuanto a la idoneidad del juzgador, la Sala la describe en términos generales como "la capacidad o aptitud para hacer algo de forma satisfactoria. En materia jurisdiccional ello comporta la idea del juez técnico lo cual implica que no puede ser investido de tal potestad quien no tiene la preparación técnica suficiente para resolver cuestiones relativas a la aplicación del derecho"⁶¹.

1. 1. 2. Garantías mínimas

El artículo 8.2 del Pacto de San José enuncia otra serie de garantías a las que nombra como garantías mínimas por tratarse de una serie de derechos que tienen que garantizarse como condiciones mínimas o primordiales de cara al cumplimiento del derecho de acceso a la justicia.

- **Presunción de inocencia**

Dentro de las garantías mínimas que se pueden observar en el artículo 8.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, destaca el derecho a *la presunción de inocencia*, misma que según la CorIDH no es otra cosa que "un elemento esencial para la realización efectiva del derecho a la defensa, acompaña al acusado durante toda la tramitación del proceso, hasta que una sentencia condenatoria que determine su culpabilidad quede firme"⁶². Más allá de lo anterior, y retomando la noción del *in dubio pro reo*, la Corte ha afirmado que en caso de

60 Cfr. SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Inconstitucionalidad 06-2009, 19 de diciembre del 2012, coincidiendo con dicho punto la Inconstitucionalidad 5-2001 acum, 23 de diciembre de 2010

61 Cfr. SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Inconstitucionalidad 06-2009, del 19 de diciembre del 2012

62 Corte IDH. Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C, No. 111, § 154.

existir prueba incompleta o insuficiente de la responsabilidad de una persona “no es procedente condenarla, sino absolverla”⁶³.

La Corte también ha desarrollado la noción de “incoercibilidad” del acusado, imponiendo la obligación para las autoridades de no restringir la libertad del detenido, salvo en casos de necesidad para asegurar el desarrollo de las investigaciones, es decir, asignando a la prisión preventiva una naturaleza instrumental y cautelar, nunca punitiva⁶⁴. Surge entonces el principio de excepcionalidad de la prisión preventiva⁶⁵, y su aplicación únicamente en los casos de existir un fundamento jurídico razonado y objetivo⁶⁶. Finalmente, “la presunción de inocencia exige que las autoridades estatales sean discretas y prudentes al realizar declaraciones públicas sobre un proceso penal”⁶⁷.

Observándose importantes coincidencias con la jurisprudencia nacional, la presunción de inocencia ha sido ampliamente debatida por la Sala de lo Constitucional, siendo encasillada dicha garantía en el artículo 12 inc. 1º Cn., según el cual “toda persona a quien se le impute un delito, se presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley y en juicio público, en el que se le aseguren todas las garantías necesarias para su defensa”, entendiéndose que la misma tiene tres significados principales: a) Una garantía básica del proceso penal que impide cualquier norma que represente una presunción de culpabilidad⁶⁸, b) Una regla de tratamiento del imputado durante el proceso debiendo presumirse inocente y consecuentemente reducirse al mínimo la imposición de medidas restrictivas de derechos (es decir, el *in dubio pro reo* y la incoercibilidad del procesado relacionados por la CIDH en el Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela y Palamara Iribarne Vs. Chile, respectivamente), y c) como regla relativa a la prueba, exigiéndose que sea la acusación la obligada a demostrar la culpabilidad del procesado⁶⁹.

63 Corte IDH. Caso Cantoral Benavides vs. Perú, Fondo, sentencia de 18 de agosto de 2000. Serie C, No. 69, § 120, y Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México, Cabrera García y Montiel Flores Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C, No. 220, § 183.

64 Corte IDH. Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador. Fondo. Sentencia de 12 de noviembre de 1997. Serie C, No. 35, § 77.

65 Corte IDH. Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de noviembre de 2009. Serie C, No. 206, § 121.

66 Cfr. Corte IDH. Caso Palamara Iribarne Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C, No. 135, § 216.

67 Corte IDH. Caso J. Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2013. Serie C, No. 275, § 244.

68 Según la resolución 360-97 “ninguna persona –natural o jurídica– puede verse privada de algún derecho por aplicaciones automáticas y aisladas de ‘presunciones de culpabilidad’, sean legales o judiciales, ya que las mismas son inconstitucionales si no se acompañan de otros medios de prueba que lleven una conclusión objetiva de culpabilidad” (Cfr. SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, *Exp. Amparo 360-97*, del 10 de febrero de 1999)

69 Cfr. SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, *Exp. Inconstitucionalidad 28-2006 acum*, del 12 de abril del 2007, también en el *Exp. De inconstitucionalidad 40-2009 acum.*, del día doce de noviembre de 2010, y SALA

Más específicamente, en el ámbito de las medidas cautelares, nuestra Sala de lo Constitucional ha expresado diciendo que las mismas serán legítimas únicamente cuando sean producto de las siguientes condiciones: a) Una resolución motivada, b) Con el fin de asegurar los fines del proceso, c) Frente a un proceso donde existen indicios racionales de la comisión de un delito y la participación del imputado; d) Que busquen evitar peligro relevante para el fin del proceso considerando la gravedad del delito, y, e) Que sean medidas excepcionales, subsidiarias, necesarias y proporcionales a la consecución de los fines del proceso⁷⁰.

Tal como sucede con la jurisprudencia de la Corte, la Sala de lo Constitucional salvadoreña también hace un razonamiento específico sobre la más grave de todas las medidas cautelares, la *prisión preventiva* (o "detención provisional" como se regula en el artículo 329 del código procesal penal), estableciendo que tiene un fin meramente asegurativo e instrumental, por lo que nunca puede tener el carácter o finalidad de sanción (la Corte IDH nos habla de finalidad "punitiva"), buscando únicamente asegurar los fines del proceso, independientemente de cualquier otro fin secundario que la misma medida pueda tener⁷¹.

Finalmente debe agregarse que la anterior jurisprudencia nacional e internacional ha recibido fuertes resistencias en la política criminal salvadoreña última, que en su marcado tono punitivista convirtió a la detención provisional en la regla general y no en la excepción que demanda La Convención Americana de Derechos Humanos, esto logrado incluso con la ayuda de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

Esto fue así, cuando por medio del decreto legislativo 752 de octubre de 1999, apenas un año después de la aprobación del código procesal penal de 1998, el legislador salvadoreño prohibía la aplicación de medidas sustitutivas a la detención provisional para una significativa lista de delitos entre los que se incluían el homicidio simple, homicidio agravado, secuestro, violación, agresión sexual en menor o incapaz, agresiones sexuales agravadas, extorsión, defraudación a la economía pública, delitos contemplados en la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas y los delitos contemplados en la Ley contra el Lavado de Dinero y Activos.

DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, *Exp. Inconstitucionalidad, 40-2009*, del 12 de noviembre del 2010

70 Cfr. SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, *Inconstitucionalidad 28-2006 acum*, 12 de abril del 2007, también en la *Inconstitucionalidad 40-2009 acum.*, 12 de noviembre de dos mil diez.

71 Cfr. SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, *Exp. Inconstitucionalidad 37-2007*, del 14 de septiembre del 2011, de igual forma *Exp. Inconstitucionalidad 28-2006*, del 12 de abril de 2007 y el *Exp. Habeas Corpus 452-99*, del 31 de enero del 2000.

Como dijimos, al impedirse en estos casos la aplicación de medidas sustitutivas a la detención provisional, básicamente se establecía por mandato de ley que la detención provisional era la única medida cautelar aplicable para los mismos, independientemente de la escasa actividad probatoria que sustentara los cargos dentro de estos procesos, o de cualquier otra consideración particular (por ejemplo, la presencia de una causa de justificación). En octubre del 2004 (decreto legislativo 458), se amplía la lista de delitos que solo admiten como medida cautelar la detención provisional, incluyendo cualquier delito contra la libertad sexual, el "Robo Agravado", la "Extorsión", el "Comercio de Personas", el "Tráfico Ilegal de Personas", y la "Trata de Personas". Finalmente, en agosto del 2007 se agrega a la larga lista de delitos el de "Desórdenes Públicos Agravados".

Esta utilización desmesurada y generalizada de la detención provisional recibe un aval de parte de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia en abril del 2007 por medio de la resolución de inconstitucionalidad 28-2006, que básicamente señaló que la aislada referencia a la gravedad de los delitos mencionados, era suficiente criterio para que el legislador estableciese la detención provisional como única medida cautelar para los mismos⁷². Será hasta septiembre del 2011, el año en que se derogó el código procesal penal de 1998, cuando la Sala de lo Constitucional rectificaría el anterior criterio estableciendo la necesidad que cada juez aplique la detención provisional valorando la circunstancias específicas de cada caso y no únicamente la pena o gravedad del hecho en cuestión⁷³.

Este tipo de decisiones político criminales que generalizan el uso de la detención provisional han tenido mucho impacto en la realidad penitenciaria de nuestro país. Para el caso, apenas en enero del año 2013 el informe del Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria de la Organización de las Naciones Unidas señalaba como en nuestro país la detención provisional

72 En palabras de la Sala: "en las siguientes categorías de delitos: (i) homicidio simple y agravado, secuestro, robo agravado y extorsión, los cuales tienen como denominador común que son ataques a bienes jurídicos que se encuentran entre los más importantes de la persona humana: vida, libertad personal, propiedad; y (ii) defraudación a la economía pública, comercio de personas, tráfico ilegal de personas y trata de personas, así como los delitos contra la libertad sexual, los contemplados en la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas y en la Ley contra el Lavado de Dinero y Activos, que presenten una mayor dañosidad al bien jurídico protegido -art. 18 C. Pn.-; se concluye que el Legislativo ha realizado una ponderación entre bienes jurídicos: libertad personal y presunción o principio de inocencia, por un lado, y eficacia de la justicia penal, por otro, que se enmarca dentro de su potestad de ser el primer llamado a hacer ponderaciones entre bienes jurídico-constitucionales".

73 En términos expresados por la Sala: "(...) tanto la imputación como la actividad probatoria practicada para su comprobación, exigen que el órgano decisor exteriorice en la resolución dichas apreciaciones y consideraciones, que a la postre, son las únicas capaces de fundamentar la legitimidad legal y constitucional de la sanción o medida impuesta. Por lo anterior, su contenido no queda satisfecho con la mera invocación de apreciaciones aisladas y mucho menos con el uso de frases ritualistas o carentes de sentido, sino que requiere la exposición del camino que le lleva a la autoridad judicial al convencimiento que concurre el *fumus boni iuris* y el *periculum in mora*, conforme una mínima actividad probatoria que sirve de fundamento" (Cfr. SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Inconstitucionalidad 37-2007, 14 de septiembre del 2011).

“es utilizada ampliamente en el procedimiento criminal, lo que tiene como consecuencia la sobrepoblación de los centros penales”⁷⁴, una sobrepoblación penitenciaria que en el quinquenio entre el 2009-2013 alcanzaba un 305% de densidad penitenciaria, y más específicamente 316.2% para el año 2013, lo que en otras palabras quiere decir que de 8,490 plazas que era la capacidad instalada de nuestro sistema penitenciario, para el 2013 el mismo albergaba la cantidad de 26,848 reclusos

• Derecho de defensa

Existe una indisociable relación entre la garantía de *presunción de inocencia* y el *derecho de defensa*, de nada sirve que se presuma el estatuto de inocencia de la persona señalada dentro de un proceso, si esta inocencia no se puede sostener y reafirmar frente a la parte acusadora. Por ello no parece extraño que tanto la Constitución de la República de El Salvador como La Convención Americana de Derechos Humanos coloquen en el mismo articulado ambas garantías, en el caso de la Constitución Salvadoreña el artículo 12 ya citado, y en el Pacto de San José el artículo 8.2, mismo que establece entre otros derechos: a) El derecho de ser asistido gratuitamente por traductor o intérprete, b) La comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada; c) La concesión de tiempo y medios para preparar la defensa, d) El derecho de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor técnico, e) El derecho de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado si el inculpado no puede costear uno privado; f) el derecho de confrontar la actividad probatoria de parte acusadora, g) el derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

Este *derecho de defensa* ha sido ampliamente desarrollado por la jurisprudencia del sistema interamericano de Derechos Humanos. Por ejemplo, para la preparación de la defensa es indispensable que tanto señalado como su defensor tenga conocimiento oportuno de los cargos⁷⁵. Además se ha desarrollado como parte del derecho de defensa el derecho de ser asistido por un defensor de su elección en caso que el señalado no pueda o quiera defenderse personalmente⁷⁶. La defensa además debe tener la posibilidad de ejercer un control crítico y de legalidad en el tema probatorio⁷⁷, negándose el mismo cuando existan restricciones a los

74 Consejo de Derechos Humanos, 22º periodo de sesiones, informe del 11 de enero del 2013 bajo la referencia A/HRC/22/44/Add.2.

75 Corte IDH. Caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C, No. 52, § 141.

76 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-11/90, op. Cit., § 25.

77 Corte IDH. Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela, op. Cit., § 61, y Caso Vélez Loor vs. Panamá, op. Cit., § 132.

defensores técnicos en cuanto a las posibilidades de confrontar testigos o hacerlos comparecer⁷⁸. Finalmente, en cuanto al inicio de este derecho, se trata de uno que nace desde el momento en que existe señalamiento contra el imputado⁷⁹, y que tiene como parte fundamental del mismo el derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo, sobre todo cuando esta autoincriminación se logra a través de la fuerza o el engaño⁸⁰.

Sin duda, existen grandes coincidencias entre lo anterior, y lo señalado por la Sala de lo Constitucional. Para el caso, la Sala considera que la garantía del artículo 12 de la Constitución de la República es un derecho que se proyecta principalmente durante el proceso, permitiendo que las partes desarrollen sus intervenciones dentro de una arquitectura procesal igualitaria y contradictoria, en el que elijan sin ningún tipo de imposición el arsenal probatorio que estimen conveniente (libertad probatoria)⁸¹ siempre y cuando sea una actividad probatoria legal y congruente con la causa que se discute. En palabras de la misma Sala, el derecho de defensa representa “las posibilidades de participar en un proceso informado por el principio de contradicción, en que las partes puedan ser oídas en igualdad y utilizar las pruebas pertinentes en su defensa, de modo que no se les impida aproximar al juez el material probatorio que considere pertinente para su defensa”⁸².

Tal como señaló la Corte Interamericana, se trata de una facultad fundamental frente al poder de castigo del Estado posibilitando a las partes participar e incidir en el proceso, teniendo el encausado la facultad de hacerse escuchar y rebatir tanto elementos probatorios de hecho como elementos de derecho, siendo una de sus principales manifestaciones dentro del proceso penal la asistencia técnica de un defensor que trate de colocar en situación de paridad los distintos sujetos procesales intervinientes. Por ello se trata de una “exigencia objetiva del proceso y una condición de validez del mismo”, debiendo ser provista obligatoriamente por parte del Estado cuando por cualquier motivo el incoado no pueda nombrar un defensor particular (necesidad de la defensa)⁸³.

78 Corte IDH. Caso Castillo Petrucci y otros Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C, No. 52, §§ 154, 155 y 156.

79 Corte IDH. Caso Vélez Loor Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010 Serie C, No. 218, § 132.

80 Corte IDH. Caso Cantoral Benavides Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 18 de agosto de 2000. Serie C, No. 69, § 132.

81 Cfr. SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Exp. Inconstitucionalidad 1072-2002, 27 de junio del 2003.

82 Cfr. SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Exp. Inconstitucionalidad, 40-2009 acum., 12 de noviembre del 2010.

83 Cfr. SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Inconstitucionalidad 5-2001 acum, 23 de diciembre del 2010.

Luego de aceptar la naturaleza dual del *derecho de defensa* (como técnica y material), la Sala ha considerado como expresión más acabada de la defensa material (es decir, la que hace el inculpado) la declaración del mismo, manifestación que solo cumplirá los estándares constitucionales cuando no tenga un origen en la coerción, la pregunta capciosa o la sugestiva. Pero también esta defensa material tiene una faceta pasiva, representada por la facultad de abstenerse de declarar sin que el silencio pueda ser considerado prueba o indicio de culpabilidad⁸⁴. Por supuesto, esta posibilidad de expresarse sin mayor restricción solo puede asegurarse en la medida que cualquier ciudadano tenga acceso y conocimiento de la imputación que se le atribuye, por lo que la Sala de lo Constitucional establece la necesidad que el acusado tenga un "conocimiento efectivo de una imputación debidamente perfilada"⁸⁵.

Por otra parte, la Sala hace una interesante relación entre *derecho de defensa* y el principio de oralidad de los actos procesales que no parece presente en la jurisprudencia de la Corte IDH, siendo criterio de la Sala que el derecho de defensa exige una amplia posibilidad de confrontar la prueba de cargo, por lo que se vuelve una exigencia connatural el contacto inmediato entre actividad probatoria de cargo y la reacción de la defensa, garantizado por el principio de oralidad. En palabras del máximo tribunal "solo la prueba obtenida en el juicio oral puede ser utilizada para establecer la culpabilidad del acusado"⁸⁶.

Pero más allá de la referencia al principio de oralidad, la Sala de lo Constitucional ha relacionado el derecho de defensa con una arquitectura acusatoria dentro del proceso, misma que al menos logre garantizar: 1) Separación de las fases de instrucción y sentencia en órganos jurisdiccionales distintos; 2) Separación de las funciones de acusación y decisión; 3) Correlación entre el tema *decidendum* del proceso con la sentencia (congruencia, que será retomado más adelante); y 4) la prohibición de la *reformatio in peius*⁸⁷.

Retomando la última de las garantías, es decir la "interdicción de la reforma peyorativa" o de *reformado in peius*, la Sala vincula esta garantía con el derecho defensa, prohibiendo que en segunda o ulterior instancia se agrave la situación jurídica del apelante cuando no

84 Cfr. SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Inconstitucionalidad 5-2001 acum, 23 de diciembre del 2010. En el mismo sentido la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Inconstitucionalidad 8-2011, 22 de febrero del 2013.

85 Cfr. SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Inconstitucionalidad 8-2011, 22 de febrero del 2013.

86 Cfr. SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Inconstitucionalidad 5-2001 acum, 23 de diciembre del 2010.

87 Cfr. SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Inconstitucionalidad 8-2011, 22 de febrero del 2013

lo espera el defensor, una situación que vulnera su capacidad de reacción y contradicción al tratarse de una sorpresa que no puede prever, y por ende, contrarrestar en favor de la defensa del imputado⁸⁸.

Con respecto al derecho a recurrir, que el sistema interamericano ha vinculado fuertemente con el derecho de defensa en su artículo 8.2, debe decirse que también para nuestra Sala de lo Constitucional se trata de un garantía que se relaciona con el derecho de defensa y el derecho a la igualdad procesal (específicamente la equivalencia de armas procesales), pero todo esto como parte del derecho a la protección jurisdiccional y las garantías del debido proceso⁸⁹.

Ahora bien, este derecho a recurrir en los términos reseñados por la Sala de lo Constitucional no permite el acceso a recursos distintos de aquellos que plantea la ley, por lo que consecuentemente la existencia de una única instancia no necesariamente representa una vulneración del derecho a recurrir, siempre que esta única instancia responda a intereses de urgencia, complejidad, o evitar el dispendio de recursos⁹⁰. Lo anterior tampoco implica que el legislador tenga plena libertad, debiendo en todo caso formular los recursos de una forma en que no sea incompatible con los derechos del acusado o los principios constitucionales. Por ejemplo previendo un recurso para una sola parte y excluyendo a la otra de su impetración o contestación (afectación del principio de igualdad procesal)⁹¹.

Finalmente en cuanto el derecho a recurrir, la Sala establece al juzgador que independientemente la ley establezca requisitos de impugnabilidad objetiva y subjetiva, los mismos no pueden interpretarse o exigirse de una manera tal que cierre el derecho de defensa. En palabras de la Sala “tales entidades (tribunales) están obligadas a que dicha concreción se realice de conformidad a la ley y a la Constitución, lo que significa en la forma más favorable a la efectividad del derecho de defensa y de la garantía de equivalencia de armas”⁹².

88 Cfr. SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Inconstitucionalidad 8-2011, 22 de febrero del 2013

89 Cfr. SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Inconstitucionalidad 4-99, 28 de mayo del 2001

90 Cfr. SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Exp. Inconstitucionalidad 4-99, 28 de mayo del 2001, en igual sentido la Inconstitucionalidad 40-2009, 12 de noviembre del 2010, y el Amparo 40-2011, 1 de abril del 2011

91 Cfr. SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Amparo 40-2011, 1 de abril del 2011, en igual sentido SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Inconstitucionalidad, 40-2009, 12 de noviembre del 2010

92 Cfr. SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Inconstitucionalidad, 4-99, 28 de mayo del 2001, en igual sentido el Amparo 40-2011, 1 de abril del 2011, y finalmente la Inconstitucionalidad 40-2009, 12 de noviembre del 2010

• Derecho de defensa y protección de testigos

Muchas veces lo declarativo encuentra fuertes resistencias en el plano de la realidad cotidiana. En el caso del derecho de defensa, esto nos lleva a un breve análisis de lo que sería una de las regulaciones que más entrapa la plena vigencia de dicho derecho en nuestro país. Nos referimos a la regulación en materia de protección para víctimas y testigos que a partir del año 2006 se concentra en la Ley Especial para la Protección de Víctimas y Testigos (decreto legislativo número 1029 del 26 de abril de 2006).

En la ley se diferencian tres tipos de medidas: Las ordinarias, las extraordinarias y las medidas de atención, estableciendo el artículo cuatro de la referida legislación la definición para cada una de ellas. Para el caso, las medidas ordinarias serán todas aquellas encaminadas a preservar la identidad y localización de las personas protegidas, por su parte, las medidas extraordinarias consisten en medidas que brindan seguridad integral a las personas protegidas, de manera temporal o definitiva, por condiciones de extremo peligro o riesgo⁹³, y las medidas de atención consistirían en acciones complementarias destinadas a preservar la salud física o mental de las personas protegidas, a satisfacer sus necesidades básicas y a proporcionarles asesoría jurídica oportuna.

Específicamente entre las medidas ordinarias que señala el artículo 10 de la ley especial se encuentran: a) Que en las diligencias de investigación administrativas o de carácter judicial, no consten los datos generales de la persona protegida, ni cualquier otro que pueda servir para su identificación, b) Que las personas protegidas comparezcan en cualquier diligencia de una forma que se imposibilite su identificación visual, y, c) Rendir su testimonio en ambientes no formales, ni hostiles, grabado por medios audiovisuales para su reproducción en la vista pública.

En la práctica, la implementación de tales medidas ha derivado en la utilización sistemática y permanente de auténticos "testigos anónimos", es decir, aquellos cuya identidad es desconocida u ocultada al acusado y al público, que debe diferenciarse del "testigo oculto", o testigo cuya identidad sí es conocida por el encartado, pero no puede ser visto por el acusado y el público al momento de declarar. Se trata de una gran diferencia, frente a un testigo anónimo

93 Entre las medidas extraordinarias, el artículo once cita las siguientes: a) brindar seguridad policial mientras se mantengan las circunstancias de peligro, b) proporcionar residencia temporal en albergues o lugares reservados, c) facilitar el cambio de residencia, lugar de trabajo o centro de estudios, d) facilitar la salida del país y residencia en el extranjero de las personas protegidas, cuando las medidas antes señaladas sean insuficientes para garantizar su seguridad. En este caso se podrá considerar la expedición de documentos para una nueva identidad, lo cual será sujeto de un régimen especial, e) cualquier otra que estuviere acorde a los principios establecidos en la presente Ley.

interrogado por la parte acusadora, la defensa no podrá realizar ningún contrainterrogatorio que directa o indirectamente pueda conllevar a la revelación de la identidad de dicho testigo, dejando como inatacable, o sin posibilidad de ser confrontados, aspectos tan vitales para el correcto ejercicio del derecho de defensa como las motivaciones personales, e incluso las condiciones personales de percepción del acontecimiento. Esto lo expresa mejor el Tribunal Europeo de Derechos Humanos:

Si la defensa desconoce la identidad de la persona a la que intenta interrogar, puede verse privada de datos que precisamente le permitan probar que es parcial, hostil o indigna de crédito. Un testimonio, o cualquier otra declaración contra un inculpado, pueden muy bien ser falsos o deberse a un mero error; y la defensa difícilmente podrá demostrarlo si no tiene las informaciones que le permitan fiscalizar la credibilidad del autor o ponerla en duda. Los peligros inherentes a tal situación son evidentes⁹⁴.

A pesar de lo anterior, la utilización de “testigos anónimos” en el contexto salvadoreño, particularmente en materia de criminalidad organizada o delincuencia compleja, es constante e indispensable, llevándose casos en los que incluso un testigo anónimo declara contra cientos de imputados. Por citar cifras, en el año 2003, la Unidad Técnica del sector Justicia (UTE), entidad que autoriza e implementa toda medida de protección, estaría recibiendo 2,979 solicitudes de protección y atención, de las cuales un 92% provenían de la Fiscalía General de la República, un 7% de parte de la Policía Nacional Civil, restando apenas un 1% que se reparte en los tribunales, la Procuraduría General de la República y la parte interesada. En cuanto al tipo de solicitudes, la amplia mayoría de recursos de la UTE van dirigidos hacia la prestación de medidas ordinarias con un 92% de las medidas prestadas, siendo apenas un 3% del total de medidas de carácter extraordinario, y solamente 2% de las medidas son de atención.

Esta tendencia mayoritaria de las medidas ordinarias sobre las extraordinarias ya se observaba desde la entrada en vigencia de la Ley especial de protección para víctimas y testigos, observándose en estadísticas recopiladas por la Organización de Estados Americanos, que entre los años 2006 al 2009 fueron solicitadas 5,942 medidas, de las cuales 4,891 eran de carácter ordinario, es decir más del 82% de las medidas, siendo apenas 424 medidas de carácter extraordinarias (7%), y solo 322 medidas de atención (5%). De esta misma cantidad, casi la mitad eran víctimas, habiéndose protegido 3,328 víctimas (47%) de 7,048 personas en total (también se beneficiaron 3,582 testigos que no son víctimas y 138 testigos beneficiados con un criterio de oportunidad)⁹⁵.

94 SSTEDH de 20 de noviembre de 1989, caso Kostovski c. Holanda, § 42 y de 27 de septiembre de 1990, caso Windisch c. Austria, § 28

95 Cfr. https://www.oas.org/juridico/MLA/sp/protec_victimas2.pps, consultado el 9/04/2016.

Más allá de los riesgos connaturales que genera el “testigo anónimo” para el *derecho de defensa*, y que han sido señalados por el TEDH, los medios de comunicación salvadoreños se han encargado de evidenciar otros riesgos. Nos referimos a la utilización de testigos falsos que sirven al Estado para lograr condenas, mismos cuya detección se vuelve difícil por la secrecía con que se manejan los datos del testigo anónimo. Para muestra, en la investigación “Los testigos falsos de la fiscalía”, Daniel Valencia reportó al menos siete casos de testigos cuyas mentiras fueron detectadas en diversos casos de homicidio⁹⁶.

Finalmente sobre este punto, debemos decir que la recepción del testigo anónimo en la legislación salvadoreña representa en la actualidad uno de los mayores obstáculos para la plena vigencia del derecho de defensa. Balancear este último con el derecho que tiene toda víctima o testigo de ser protegido durante la tramitación de un proceso penal es el gran reto que nuestro país ha sido incapaz de solventar hasta el momento.

1. 1. 3. GARANTIAS ADICIONALES

La parte final del artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos menciona al menos tres garantías más que deben conjugarse con las garantías debidas y las garantías mínimas durante el proceso. Sin más preámbulo, nosotros destacáramos dos de estos derechos, mismos que desarrollamos a continuación:

- **El principio de coherencia o correlación entre acusación y sentencia**

Este principio se encuentra comprendido en los incisos b) y c) del Art. 8.2. CADH, habiendo establecido la Corte Interamericana que la transgresión del mismo significa un obstáculo para preparar adecuadamente la defensa⁹⁷. Por ello, para la Corte “debe mediar identidad entre los hechos de los que se informa al inculpado y aquellos por los que se le procesa, acusa y

96 Cfr. http://archivo.elfaro.net/secciones/Noticias/20080728/noticias1_20080728.asp. Otras investigaciones que pueden citarse son “Así creaba culpables la fiscalía de Luis Martínez” de Gabriel García (Cfr. <http://www.informatvx.com/asi-creaba-culpables-la-fiscalia-de-luis-martinez>), o “La Fiscalía acusa a Miguel de ser un asesino desalmado” (Cfr. <http://www.elfaro.net/es/206005/salanegra/18631/La-Fiscal%C3%ada-acusa-a-Miguel-de-ser-un-asesino-desalmado.htm>)

97 Corte IDH. Caso Fermín Ramírez Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de junio de 2005. Serie C, No. 126, § 73 en igual sentido Corte IDH. Caso Fermín Ramírez Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de junio de 2005. Serie C, No. 126, § 68.

sentencia⁹⁸, debiendo versar la sentencia únicamente sobre hechos o circunstancias contemplados en la acusación⁹⁹.

Ahora bien, la Corte aclara que no obstante la “calificación jurídica de éstos (los hechos que se imputan) puede ser modificada durante el proceso por el órgano acusador o por el juzgador, sin que ello atente contra el derecho de defensa, cuando se mantengan sin variación los hechos mismos y se observen las garantías procesales previstas en la ley para llevar a cabo la nueva calificación”¹⁰⁰.

En cuanto a la exigencia relativa a la congruencia o correlación entre el objeto del proceso y la sentencia que resuelve el mismo, la Sala de lo Constitucional ha definido que, en el caso del proceso penal, la misma se presenta cuando la acusación contiene los hechos que son acusados y la calificación jurídica de dichos hechos, debiendo este cuadro fáctico y jurídico ser margen de discusión de la Vista Pública, considerándose una garantía fundamental para evitar la sorpresa, una vulneración al derecho de defensa¹⁰¹.

Pero más allá de lo anterior, y en un sentido más genérico, la congruencia también se mira como un requisito fundamental del derecho de *protección jurisdiccional* (acceso a la justicia), estando ausente esta correlación en al menos tres supuestos: (a) La sentencia otorga más de lo pedido; (b) La sentencia concede menos de lo admitido por el demandado; o (c) La sentencia resuelve cosa distinta de lo pedido por ambas partes. De ahí que se hable de dos tipos fundamentales de incongruencia, la incongruencia omisiva (no se decide lo debatido, ni se da respuesta a una pretensión de la parte) y la incongruencia por *extra petitum* (desajuste entre lo resuelto por el tribunal que conoce y lo planteado en la demanda o en el recurso)¹⁰².

- **Ne bis in idem**

Otra de las garantías adicionales relacionadas por la jurisprudencia de la Corte Interamericana a efectos de garantizar el acceso a la justicia lo constituye la “prohibición de sometimiento

98 Corte IDH. Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de noviembre de 2009. Serie C, No. 206, § 47.

99 Corte IDH. Caso Fermín Ramírez Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de junio de 2005. Serie C, No. 126, § 67.

100 Corte IDH. Caso Fermín Ramírez Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de junio de 2005. Serie C, No. 126, § 67.

101 Cfr. SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA., Inconstitucionalidad, 8-2011, 22 de febrero del 2013

102 Cfr. SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Amparo 604-2001, 12 de agosto del 2002.

a nuevo juicio por los mismos hechos”, o también denominado *Ne bis in idem*, mismo que según el máximo tribunal busca esencialmente “proteger los derechos de los individuos que han sido procesados por determinados hechos para que no vuelvan a ser enjuiciados por los mismos hechos”¹⁰³, requiriéndose en todo caso la existencia de tres condiciones fundamentales: (i) El imputado fue absuelto (ii) La absolución debe ser el resultado de una sentencia firme, y (iii) El nuevo juicio debe estar fundado en los mismos hechos que motivaron la sustanciación del primer juicio¹⁰⁴

Además de lo anterior, en el caso de la jurisprudencia de la Corte Interamericana, la excepción al *non bis in idem* vendría dada por los delitos contra la humanidad, en cuyo caso: “Si aparecen nuevos hechos o pruebas que puedan permitir la determinación de los responsables de violaciones a los derechos humanos, y más aún, de los responsables de crímenes de lesa humanidad, pueden ser reabiertas las investigaciones, incluso si existe una sentencia absoluta en calidad de cosa juzgada, puesto que las exigencias de la justicia, los derechos de las víctimas y la letra y espíritu de la Convención Americana desplaza la protección del *Ne bis in idem*.”¹⁰⁵

En el caso de la jurisprudencia salvadoreña, un primer aspecto que se puede señalar es la clara relación que se ha trazado entre esta garantía y los valores de seguridad y certeza jurídica¹⁰⁶, esto es así pues entendemos por “seguridad jurídica” la necesaria “previsibilidad” y “certidumbre” de lo que se puede hacer dentro de los márgenes de un Estado de Derecho. Dicha certidumbre solo será posible cuando está cerrada la posibilidad que arbitrariamente se juzgue al ciudadano tantas veces como considere necesario el juez de turno.

En segundo lugar, el máximo tribunal constitucional ha asignado a la garantía de *non bis in idem* un contenido vinculado con la verificación de tres identidades específicas: *eadem res* (identidad de hechos), *eadem personam* (identidad en el sujeto procesado) y *eadem causa petendi* (que la Sala relaciona en alguna jurisprudencia como identidad “de causa: sustrato

103 Corte IDH. Caso Loayza Tamayo Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 17 de septiembre de 1997. Serie C, No. 33, § 66, de igual forma puede citarse Corte IDH. Caso Mohamed Vs. Argentina. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 noviembre de 2012 Serie C, No. 255, § 125.

104 Cfr. Corte IDH. Caso J. Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2013. Serie C, No. 275, § 262.

105 Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de 2006. Serie C, No. 154. § 154.

106 Cfr. SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Amparo 270-2000, 4 de marzo del 2002, en igual sentido el Habeas Corpus 198-2005, 4 de septiembre del 2006.

factivo y fundamento jurídico”). Para la verificación de violación a la garantía se requiere que se presenten las tres identidades, sin que pueda faltar una de ellas¹⁰⁷.

En el caso de la identidad *causa petendi*, la sala de lo constitucional ha estimado que no existe tal identidad en caso que a una misma persona y por los mismos hechos, sea objeto de un proceso con pretensiones de carácter civil y otro proceso con pretensiones de carácter penal¹⁰⁸. En igual sentido cuando se trata de pretensiones de carácter mercantil y penal¹⁰⁹, e incluso pretensiones de carácter penal respecto a las diligencias respectivas de remoción del cargo (en el caso de un empleado público que cometió un hecho delictivo y fue removido del cargo a consecuencia de dicho ilícito)¹¹⁰.

La Sala de lo Constitucional salvadoreña también se ha expresado sobre el tipo de pronunciamiento que genera la protección proveniente de la garantía. En dicho sentido se ha establecido que solo existirá doble procesamiento frente a la resolución que toque los mismos hechos frente al mismo sujeto, siempre y cuando sea una resolución que ponga “fin a una contienda o controversia de manera definitiva”¹¹¹. En otros términos, no habrá *No bis in idem* frente a resoluciones como las desestimaciones, las inadmisibilidades, las decisiones de archivo de la causa, y otras tantas que imposibilitan la continuación del proceso principalmente por cuestiones procedimentales o formalistas.

Derechos después de la sentencia

La Convención Americana de Derechos Humanos también presta atención al tema de ejecución y el cumplimiento de las sentencias. De nada sirve un proceso estructurado con todas las garantías si finalmente la resolución obtenida no puede hacerse efectiva. Así pues, en su art. 25 numeral 2, literal “c”, como parte fundamental de la “Protección Judicial” la convención estipula que “los Estados Partes se comprometen a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.” En tal sentido, para la Corte Interamericana la ejecución de la sentencia es una parte integrante del juicio¹¹², y de nada sirve la articulación de un proceso con todas las garantías si no existe la exigencia de hacer cumplir lo

107 Cfr. SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Amparo 270-2000, 4 de marzo del 2002, en igual sentido el Habeas Corpus 43-2001, 8 de octubre del 2003, el Habeas Corpus 371-99R, 27 de enero del 2000

108 Cfr. SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Amparo 119-2000, 26 de febrero del 2003

109 Cfr. SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Habeas Corpus 147-2003, 26 de enero del 2004

110 Cfr. SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Habeas Corpus 116-2001, 1 de marzo del 2002

111 Cfr. SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Amparo 109-98, 23 de abril de 1998, también se puede citar el Amparo 270-2000, 4 de marzo del 2002.

112 Corte IDH. Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá. Competencia. Sentencia de 28 de noviembre de 2003. Serie C, No. 104, § 81.

dictaminado en dicho proceso de una forma completa, perfecta, integral y sin demora¹¹³ mediante mecanismos accesibles para las partes¹¹⁴.

Como hemos mencionado, la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia ha comprendido dentro del derecho a la *Protección Jurisdiccional*, esto es, la obligación que el fallo se cumpla como elemento fundamental¹¹⁵.

En otras resoluciones, la Sala ha hecho una importante distinción entre el proceso de conocimiento, en el cual se procura al juez el conocimiento de un hecho, y el proceso de ejecución, que es un medio ante el incumplimiento de la sentencia para que se sustituya la ejecución voluntaria con la ejecución forzada. Así pues, mientras que en el primero por su misma finalidad debe seguirse ceñidamente el principio de contradicción e igualdad entre partes, en el proceso de ejecución lo primordial es que el juzgador "realice todas aquellas actuaciones necesarias para llevar a efecto su pronunciamiento", todo ello como manifestación de la potestad jurisdiccional de *ejecutar lo juzgado*, claro está, en un *proceso de ejecución*¹¹⁶

En cuanto al contenido del derecho, denominado por la Sala de Constitucional como "*derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales*"; el máximo tribunal ha estimado que se trata de una garantía que asegura "el respeto a la seguridad jurídica de quien se vio protegido judicialmente por una sentencia que devino firme", misma cuya ejecución corresponde a los jueces, como funcionarios investidos de potestad jurisdiccional (art. 172 inc. 1° Cn.)¹¹⁷.

Al igual como sucede con la jurisprudencia del sistema interamericano, nuestra Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia entiende que el "*derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales*" busca garantizar la eficacia de las resoluciones firmes "sin obligar a asumir la carga de nuevos procesos, ya que ello resultaría incompatible con la protección jurisdiccional que deben prestar los órganos judiciales", todo mediante un proceso realizador que sea pronto y efectivo¹¹⁸.

113 Corte IDH. Caso Mejía Idrovo Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2011 Serie C, No. 228, § 105.

114 Corte IDH. Caso Mejía Idrovo Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2011 Serie C, No. 228, § 106.

115 Cfr. SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Amparo 348-2004, 9 de septiembre del 2011, también la Inconstitucionalidad 40-2009 acum., 12 de noviembre de 2010.

116 Cfr. SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Amparo 348-2004, 9 de septiembre del 2011.

117 Cfr. SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Amparo 107-2011, 28 de marzo de 2014.

118 Cfr. SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Amparo 7-2006, 10 de septiembre de 2008.

Conclusiones

Finalizado el anterior análisis comparativo, podemos sintetizar los resultados del mismo en tres conclusiones principales:

El derecho de acceso a la justicia, también denominado de "protección jurisdiccional", ha sido ubicado en la jurisprudencia constitucional salvadoreña en los artículos 2, 11, 15 y 172 de la Carta Magna. Tal como sucede en el sistema regional interamericano de protección de derechos humanos, se trata de un derecho que sirve de "llave" para habilitar los mecanismos institucionales de protección de otros derechos, siendo en el caso específico salvadoreño una garantía fundamental que vertebra todo el proceso con otras garantías indispensables antes, durante y posterior al mismo, mencionándose específicamente cuatro garantías mínimas: (i) el acceso a la jurisdicción (ii) el proceso constitucionalmente configurado o debido proceso (iii) el derecho a una resolución de fondo motivada y congruente y (iv) el derecho a la ejecución de las resoluciones. La Sala de lo Constitucional salvadoreña ha abierto este derecho a la "protección no jurisdiccional", es decir, a las anteriores garantías en procesos frente a entes no jurisdiccionales.

Parte fundamental del derecho a la "protección jurisdiccional" es el correcto y pronto funcionamiento del órgano judicial, sin embargo, en el caso salvadoreño se detecta un desempeño relativamente congestionado que no permite una evacuación total de todo lo acumulado. En resumidas cuentas, se promedia que por cada causa egresada durante el año en el sistema judicial salvadoreño, quedan pendientes de respuesta dos causas.

En cuanto a las garantías derivadas del Acceso a la Justicia que tienen su campo de acción ya sea previo, durante o posterior al proceso, puede comentarse de manera genérica una enorme similitud en el aspecto declarativo de cada una de estas garantías y derechos, entre la jurisprudencia del sistema interamericano de protección de Derechos Humanos y el abordaje que realiza nuestra Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, tal como se puede observar en el estudio comparativo que antecede. En términos simples, lo que la jurisprudencia del sistema interamericano enuncia es seguido de forma muy similar por la jurisprudencia constitucional salvadoreña, al menos declarativamente.

La principal resistencia que encuentra el derecho de Acceso a la Justicia en nuestro país proviene de políticas concretas que son producto de la inercia que ejercen los rasgos más atávicos de nuestro incipiente Estado de Derecho. La cultura de impunidad, cristalizada en el temor por procesar a personalidades con influencias en el entramado nacional, ha sido un pesado lastre para el "Derecho a la Verdad", imposibilitando por décadas enteras su mínima aplicación. El exa-

cerbado punitivismo y mano-durismo proveniente de una política de seguridad que solo conoce la violencia estatal para responder a la violencia delincinencial, ha representado el principal obstáculo a garantías intra-procesales como el derecho de defensa (el caso del testigo anónimo) o la presunción de inocencia (uso generalizado de la detención provisional), y finalmente, la falta de recursos o la mala utilización de los mismos ha derivado en una administración de justicia que se mueve a un paso mucho más lento del ritmo deseado.

A pesar de la similitud reseñada entre jurisprudencia nacional y regional, la cita, referencia o el diálogo entre la jurisdicción nacional y regional es esporádica e intermitente, por no decir escasa. Debemos recordar en este punto, la tradicional resistencia que ha tenido nuestra Sala de lo Constitucional de aceptar nociones tales como el "bloque de constitucionalidad"¹¹⁹, aunque curiosamente otros tribunales de alto rango ya se han pronunciado positivamente en sus resoluciones sobre "control de convencionalidad" que están llamados a realizar nuestros jueces de la república¹²⁰.

119 Por ejemplo en la resolución 31-2004 acumulada, la Sala expresó que: "si bien existe una vinculación material entre la llamada "parte dogmática" de la Constitución y los tratados internacionales sobre derechos humanos, ello no equivale a una integración normativa entre ambos en una sola categoría constitucional. Y es que -se dijo-, los instrumentos internacionales no tienen rango constitucional, no forman un bloque de constitucionalidad con la Ley Suprema, razón por la cual, en la referida sentencia, se afirmó que la configuración de una pretensión planteada en un proceso constitucional debe fundamentarse jurídicamente en la Constitución -en sus disposiciones expresas o en los valores y principios que se encuentran a su base-, pero ello no es óbice para que se puedan invocar los tratados como fundamento complementario de la pretensión" (Cfr. SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Amparo 31-2004 acumulada, 6 de junio del 2008).

120 Por ejemplo, en una resolución de la Corte en Pleno para resolver un caso de extradición por delito contra la humanidad, dicho tribunal de alto rango citó el caso Almonacid Arrellano y otros, a efectos de definir el control de convencionalidad, expresando que dicho antecedente "deja en evidencia el rol que se espera de los jueces y juezas del órgano Judicial en nuestro país, en sus atribuciones constitucionales de juzgar y ejecutar lo juzgado (...), de considerar en sus sentencias tanto la norma internacional y las interpretaciones que de ellas se realicen por los órganos de protección de los derechos humanos" (Cfr. CORTE EN PLENO, Extradición 13-S-2012, del 8 de mayo de 2012).

¿Existe en Chile una garantía efectiva del acceso a la justicia en condiciones de igualdad y particularmente respecto de grupos en situación de discriminación?

Claudio Nash¹ / Constanza Núñez² / Camila Troncoso³

Resumen

La presente investigación tiene como objetivo colaborar en la elaboración de un acervo regional sobre acceso a la Justicia. Para cumplir con dicho propósito, en la primera parte de nuestro trabajo realizamos un análisis sobre qué significa el acceso a la justicia en la normativa, jurisprudencia y políticas públicas en Chile, la cual comparamos con el baremo internacional sobre el contenido del derecho de acceso a la justicia desarrollado por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y, particularmente, por los órganos de protección y políticos interamericanos. La segunda parte se enfoca en el acceso a la justicia de grupos vulnerables o vulnerabilizados, con miras al reconocimiento de aspectos problemáticos en la legislación que son subsanados con elementos de la jurisprudencia y de políticas públicas, según sea el caso.

Introducción

El objetivo del trabajo realizado por CEJA y GIZ, en conjunto con los grupos de investigadores/as, es determinar si contamos con un acervo regional respecto al derecho de acceso a la justicia. Luego de sendas discusiones y jornadas de trabajo en Chile y en Costa Rica, los trabajos han logrado producir lo que era uno de los objetivos principales: ser los catalizadores de un diálogo entre los distintos países. Producto de dicha discusión, surgieron algunos cuestiona-

1 Doctor en Derecho, Universidad de Chile, fundacion@dialogojurisprudencial.org

2 Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, cnunez@dialogojurisprudencial.org

3 Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, ctroncoso@dialogojurisprudencial.org

mientos acerca de lo que entendíamos por acceso a la justicia y por la justicia en sí, debates que se encuentran reflejados en este trabajo.

Buscamos dar cuenta, en primer lugar, qué entendemos por acceso a la justicia en nuestro país, tanto en materia normativa, jurisprudencial y de políticas públicas, para luego comparar dicho estándar con el internacional, emanado del sistema interamericano de derechos humanos, determinando las falencias de nuestro ordenamiento nacional. Para esto, el trabajo consta de dos partes; la primera, se refiere al estándar de acceso a la justicia en general, entendiendo que estamos ante un derecho humano que debe ser garantizado para todas y todos, por lo que se busca responder a la pregunta de cuál es el estándar de acceso a la justicia que encontramos en dichos ámbitos, y si este es concordante con el estándar derivado de organismos internacionales.

En segundo lugar, entendiendo que estamos frente al desarrollo de un concepto complejo del derecho de acceso a la justicia en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH), y particularmente, en relación con el derecho de acceso a la justicia en condiciones de igualdad por parte de grupos en situación de discriminación en Chile, nos parece relevante plantearnos la siguiente pregunta: ¿Existe en Chile una garantía efectiva del acceso a la justicia en condiciones de igualdad y, particularmente, respecto de grupos en situación de discriminación?

Frente a esta pregunta, nuestra hipótesis es que en Chile se garantizan normativamente algunos aspectos del derecho de acceso a la justicia y, otros, son complementados a través de prácticas de los órganos estatales a través de políticas públicas y medidas jurisdiccionales, lo que se traduce en una garantía parcialmente efectiva en el acceso de grupos en situación de discriminación, quedando aún pendientes aspectos normativos, institucionales y hermenéuticos para su plena garantía acorde a los estándares internacionales.

1. Estándar de acceso a la justicia en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos

1.1 Normativa internacional

El derecho de acceso a la justicia se concibe a partir de la lectura conjunta de distintas disposiciones, en particular, los artículos 25.1 y 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante CADH). En este sentido, de la lectura de dichas disposiciones se desprende que el derecho de acceso a la justicia consiste en desarrollar una institucionalidad adecuada para

disponer de mecanismos de protección efectiva de los derechos humanos⁴, en tres momentos: información previa al proceso, el proceso mismo y la ejecución de lo resuelto.

El artículo 8.1 de la CADH establece el derecho de toda persona a ser oída con las debidas garantías y en un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, el que debe ser independiente e imparcial, establecido con anterioridad a la ley, ante cualquier acusación penal, o con el objeto de determinar derechos y obligaciones en relación a temas civiles, laborales o de cualquier ámbito.

El derecho a la tutela judicial efectiva, por su parte, es una manifestación del derecho de acceso a la justicia, y consiste en la posibilidad de obtener protección judicial ante la afectación de derechos fundamentales⁵, siendo consagrada en la CADH en el artículo 25 (derecho al recurso) y en el artículo 7.6 (*habeas corpus*), en el cual se establece un desarrollo particular en materia con respecto al derecho a la libertad personal. En este sentido, corresponde aclarar que el derecho de acceso a la justicia y el derecho a la tutela judicial (en los términos del artículo 25 de la CADH) no son sinónimos, en la medida en que el derecho a la tutela judicial efectiva es una manifestación específica del acceso a la justicia en el campo de los derechos fundamentales.

La lectura conjunta de los artículos 8.1, 25 y 1.1 de la CADH permiten afirmar que en términos generales, el derecho de acceso a la justicia obliga al Estado a proporcionar a toda persona la posibilidad de acceder a los mecanismos necesarios para la protección de sus derechos. Siendo más precisos, el derecho de acceso a la justicia contempla el derecho de toda persona a accionar, en instancias judiciales o de otro tipo, para tutelar sus derechos y solucionar sus controversias, a fin de alcanzar una respuesta acorde a derecho y ejecutable, obtenida ante un órgano competente, independiente e imparcial, luego de un procedimiento en el que se cumpla con las garantías de un debido proceso que asegure la igualdad de condiciones entre las partes que participan en él⁶. Como se observa, este derecho no se reduce al acceso a los tribunales, sino que también comprende el derecho a un procedimiento llevado a cabo de acuerdo a las garantías del debido proceso y a una respuesta conforme a derecho, que se ejecute de forma efectiva.

4 INDH (2013). Informe Anual, [En línea]: <<http://www.indh.cl/wp-content/uploads/2013/12/2.-Acceso-a-la-Justicia.pdf>>, p. 60.

5 Nash, Claudio y Núñez, Constanza (2015), La tutela judicial efectiva de los derechos fundamentales en Latinoamérica, México D.F, IIDH-Ubijus-CEAD, p. 22.

6 Acosta, Paula (2007), *El derecho de acceso a la justicia en la jurisprudencia interamericana*. Bogotá, Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo, p. 50.

Por otra parte, debemos resaltar que el acceso a la justicia es un derecho que, como todos, debe ser ejercido y gozado en condiciones de igualdad, en virtud del artículo 1.1. de la CADH. Esto implica que el Estado debe garantizar que las personas que forman parte de grupos en condición de vulnerabilidad puedan ejercer este derecho de manera equivalente a los demás. Por este motivo, es necesario, para cumplir con los compromisos internacionales, que el Estado asuma un rol activo y adopte un conjunto de medidas especiales que permitan que ciertos sujetos en situación desventajada, puedan acceder efectivamente a la justicia para la protección de sus derechos.

1.2. Jurisprudencia

La Corte IDH ha configurado el derecho de acceso a la justicia, en parte, a partir del artículo 8.1⁷, entendiéndolo que las garantías consagradas en este artículo solo pueden desenvolver su fin protector si antes se garantiza, en igualdad de condiciones, el acceso de las personas a los tribunales o cualquier otro órgano que ejerza jurisdicción. De esta forma, el artículo 8 consagra dos aspectos importantes del derecho al acceso a la justicia: el derecho a la acción y el derecho a que el procedimiento se siga de acuerdo a las garantías que componen el debido proceso. En este sentido, la Corte IDH ha señalado:

“Esta disposición [artículo 8.1] de la Convención consagra el derecho de acceso a la justicia. De ella se desprende que los Estados no deben interponer trabas a las personas que acudan a los jueces o tribunales en busca de que sus derechos sean determinados o protegidos. Cualquier norma o medida del orden interno que imponga costos o dificulte de cualquier otra manera el acceso de los individuos a los tribunales, y que no esté justificada por las razonables necesidades de la propia administración de justicia, debe entenderse contraria al precitado artículo 8.1 de la Convención”⁸.

El otro derecho utilizado por la Corte IDH para configurar el derecho de acceso a la justicia es el numeral 1 del artículo 25 de la CADH. Para la Corte, este artículo obliga a los Estados a establecer en sus jurisdicciones un recurso efectivo ante violaciones a los derechos humanos y también consagra el derecho de acceso a la justicia en su sentido amplio, es decir, todos los escenarios posibles de acceso a la administración de justicia⁹.

7 Como veremos más adelante la Corte da forma plena a este derecho a partir, también, del artículo 25 de la CADH, que consagra el derecho a la tutela judicial de los derechos fundamentales.

8 Corte IDH. *Caso Cantos vs. Argentina (Fondo, Reparaciones y Costas)*. Sentencia de 28 de noviembre de 2002. Serie C. No 97, párr. 50.

9 *Ibíd.*, párr. 52.

En el mismo sentido, el sistema de Naciones Unidas, a partir del artículo 2 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, resalta la necesidad que los recursos judiciales sean efectivos y accesibles, es decir, que puedan cumplir con su función de tutela de derechos fundamentales. Para el Comité del Pacto, estos recursos deben tener en cuenta la condición de vulnerabilidad de ciertos grupos de personas:

“En el párrafo 3 del artículo 2 se dispone que, además de proteger eficazmente los derechos reconocidos en el Pacto, los Estados Parte habrán de garantizar que todas las personas dispongan de recursos accesibles y efectivos para reivindicar esos derechos. Esos recursos se deben adaptar adecuadamente para tener en cuenta la vulnerabilidad especial de ciertas clases de personas, en particular los niños”¹⁰.

En el ámbito interamericano, sobre la base de las obligaciones del artículo 1.1 de la CADH, la Corte IDH ha señalado que toda persona que se encuentre en una situación de vulnerabilidad es titular de una protección especial, en razón de los deberes especiales cuyo cumplimiento por parte del Estado es necesario para satisfacer las obligaciones generales de respeto y garantía. Estos deberes especiales determinan que respecto de ciertos grupos deben tomarse medidas especiales y re-interpretar el contenido de la CADH, lo que se determina en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho:

“La Corte Interamericana considera que toda persona que se encuentre en una situación de vulnerabilidad es titular de una protección especial, en razón de los deberes especiales cuyo cumplimiento por parte del Estado es necesario para satisfacer las obligaciones generales de respeto y garantía de los derechos humanos. La Corte reitera que no basta que los Estados se abstengan de violar los derechos, sino que es imperativa la adopción de medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre”¹¹.

Estas particularidades pueden venir dadas por la condición personal del sujeto (por ejemplo, características culturales) o por la situación específica en la que se encuentra (por ejemplo, privación de libertad). De ahí que, respecto de estos grupos de la población se hayan establecido deberes específicos para el Estado en aras de garantizar el derecho de acceso a la justicia. Por ejemplo, en cuanto al acceso a la justicia de mujeres víctimas de violencia, ha establecido ciertos estándares que debe cumplir la investigación, que debe realizarse

10 CDH. Observación General No.31. Naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los estados partes en el Pacto, 80º período de sesiones, CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, 29 de marzo de 2004, párr.15.

11 Corte IDH. *Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil. (Fondo, Reparaciones y Costas)*. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C, No. 149, párr.103.

de oficio, en forma seria e imparcial, de acuerdo a la noción de debida diligencia¹²; por otro lado, en relación a la población indígena ha recalcado el derecho a que sea asistido/a por traductor/a e intérprete¹³, y que la actuación de los/as operadores/as de justicia no debe basarse en estereotipos¹⁴.

1.3. Resoluciones de órganos políticos

La Asamblea General de Naciones Unidas, en resolución aprobada el 24 de septiembre de 2012¹⁵, recalca la igualdad en el acceso a la justicia, al señalar:

“Ponemos de relieve el derecho a la igualdad de acceso a la justicia para todos, incluidos los miembros de los grupos vulnerables, y la importancia de la concienciación sobre los derechos jurídicos, y, a este respecto, nos comprometemos a adoptar todas las medidas necesarias para prestar servicios justos, transparentes, eficaces, no discriminatorios, responsables y que promuevan el acceso a la justicia para todos, entre ellos la asistencia jurídica”.

“Reconocemos que los mecanismos oficiosos de justicia, cuando son compatibles con las normas internacionales de derechos humanos, tienen un papel positivo en la solución de controversias, y que todas las personas, en particular las mujeres y las personas que pertenecen a grupos vulnerables, deben disfrutar de un acceso pleno y equitativo a esos mecanismos de justicia”¹⁶.

Asimismo, uno de los Objetivos de Desarrollo Sostenible de la ONU, establece la promoción de sociedades pacíficas e inclusivas para el desarrollo sostenible, facilitar el acceso a la justicia para todos y crear instituciones eficaces, responsables e inclusivas a todos los niveles¹⁷. Una

12 Corte IDH. *Caso Veliz Franco y otros Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 19 de mayo de 2014. Serie C, No. 277; Corte IDH. *Caso Espinoza González Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 20 de noviembre de 2014. Serie C, No. 289; Corte IDH. *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C, No. 205.

13 Corte IDH. *Caso Fernández Ortega y otros Vs. México. (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas)*. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C, No. 215, Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México. Excepción Preliminar (Fondo, Reparaciones y Costas)*. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C, No. 216.

14 Corte IDH. *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

15 ONU. Resolución de la Asamblea General del 24 de septiembre de 2012. Declaración de la reunión de alto nivel de la Asamblea General sobre el estado de derecho en los planos nacional e internacional. A/RES/67/1. [En línea]. Disponible en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N12/478/69/PDF/N1247869.pdf?OpenElement>

16 *Ibid.*, párrs. 14 y 15. El destacado es nuestro

17 ONU. Proyecto de documento final de la Cumbre de las Naciones Unidas para la aprobación de la agenda para el desarrollo después de 2015. A/69/L.85, 12 de agosto de 2015. [En línea]. Disponible en: <http://www.un.org/es/comun/docs/?Symbol=A/69/L.85>

de las metas que implica dicho objetivo, consiste en promover el estado de derecho en los planos nacional e internacional y garantizar la igualdad de acceso a la justicia para todos¹⁸.

La Asamblea General de la OEA, por su parte, ha emitido una serie de resoluciones sobre el derecho de acceso a la justicia en los diferentes Estado Parte. En ellas, reconoce el acceso a la justicia como un derecho humano fundamental y como el "medio que permite restablecer el ejercicio de aquellos derechos que hubiesen sido desconocidos o vulnerados"¹⁹. Para dicho organismo, el derecho a defensa, enmarcado en la figura de los defensores públicos, es fundamental al momento de determinar el alcance del acceso a la justicia. En la resolución 2656 del 7 de junio de 2011, sobre "Garantías para el acceso a la justicia: el rol de los defensores públicos oficiales"²⁰, considera en su preámbulo:

"Que el acceso a la justicia, en tanto derecho humano fundamental es, asimismo, el medio que permite restablecer el ejercicio de aquellos derechos que hubiesen sido desconocidos o vulnerados, a la vez que subraya que el acceso a la justicia no se agota con el ingreso de las personas a la instancia judicial, sino que se extiende a lo largo de todo el proceso, que debe sustanciarse de conformidad con los principios que sustentan el estado de derecho, como el juicio justo y se prolonga hasta la ejecución de la sentencia"²¹.

Además, reconoce la importancia –como parte del acceso a la justicia–, del servicio de asistencia letrada y gratuita, para la protección del derecho de acceso a la justicia, en particular para aquellas personas que se encuentran en situación de vulnerabilidad²², recalcando la importancia de la figura del Defensor Público, el que debe ser independiente y funcionalmente autónomo. Lo mismo es reiterado con ocasión de la Resolución de la Asamblea General de la (OEA) 2714, aprobada el 4 de junio de 2012, sobre "Defensa pública como garantía de acceso a la justicia de las personas en condiciones de vulnerabilidad"²³, y en la Resolución 2801 del 5

18 ONU. Objetivos de Desarrollo Sostenible. Disponible en: <<http://www.un.org/sustainabledevelopment/es/peace-justice/>>

19 OEA. Resolución N° 2656 de la Asamblea General. Garantías para el acceso a la Justicia. El Rol de los Defensores Públicos Oficiales. AG/RES. 2656, 7 de junio de 2011. [En línea]. Disponible en: http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/AG-RES_2656_XLI-O-11.pdf; OEA. Resolución N° 2714 de la Asamblea General. Defensa Pública como Garantía de acceso a la Justicia de las Personas en condiciones de vulnerabilidad. AG/RES. 2714, 4 de junio de 2012. [En línea]. Disponible en: http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/AG-RES_2714_XLII-O-12.pdf

20 OEA. Resolución N° 2656 de la Asamblea General. Garantías para el acceso a la Justicia. El Rol de los Defensores Públicos Oficiales. AG/RES. 2656, 7 de junio de 2011. [En línea]. Disponible en: <http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/AG-RES_2656_XLI-O-11.pdf>

21 *Ibid.*, preámbulo.

22 *Ibid.*, punto 3.

23 OEA. Resolución N° 2714 de la Asamblea General. Defensa Pública como Garantía de acceso a la Justicia de las Personas en condiciones de vulnerabilidad. AG/RES. 2714, 4 de junio de 2012. [En línea]. Disponible en: http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/AG-RES_2714_XLII-O-12.pdf

de junio de 2013, que coloca el énfasis en el desarrollo de la autonomía de la defensa pública oficial como garantía de acceso a la justicia.

En el mismo sentido, el Comité Jurídico Interamericano, parte de la OEA, aprobó el 9 de marzo de 2012 el Informe del CJJ sobre acceso a la Justicia en las Américas. Dicho concepto es entendido como un derecho, más que un servicio, así:

“El acceso a los recursos, la igualdad ante la ley y las garantías judiciales, constituyen piezas esenciales para el disfrute efectivo de los derechos humanos. Por esa razón, la perspectiva para el tratamiento del tema no puede desplazarse enteramente hacia la organización del servicio. La justicia es un servicio, pero es primero un derecho. Existe una administración judicial, porque hay unos derechos que esa administración debe hacer valer. Los enunciados que hemos propuesto en relación con el acceso a la justicia y con las formas innovadoras de la misma, están enunciados desde de esa perspectiva”²⁴.

Este informe establece los siguientes principios: (i) el carácter inalienable del derecho de acceso a la justicia; (ii) el acceso igualitario a la justicia es una necesidad del Estado de Derecho (iii) el Estado tiene el deber de garantizar el acceso a la justicia; (iv) las políticas referidas al acceso social a la justicia implican no solo la gratuidad de la asistencia jurídica, sino que debe implicar una tutela judicial efectiva (v) la actividad del Estado es compatible con formas de autocomposición (vi) los mecanismos alternativos de justicia deben contar con base legal y apoyo del Estado (vii) la priorización de la atención a grupos vulnerables, debiendo establecer las condiciones para el efectivo acceso a la justicia de miembros de dichos grupos (viii) el reconocimiento de la pluriculturalidad, reconociendo las formas tradicionales de resolver conflictos (ix) garantizar la independencia de la administración de justicia (x) la importancia de que el proceso judicial y su resolución sean oportunos, respetando plazos razonables (xi) capacitación a ciudadanos/as y formación judicial (xii) la modernización del sistema judicial como prioridad²⁵.

Por lo tanto, concluimos que el acceso a la justicia es un pilar fundamental del Estado de Derecho que requiere ser asegurado por todos los Estados, poniendo énfasis en el acceso en condiciones de igualdad, lo que implica adoptar medidas afirmativas y políticas públicas destinadas a evitar la perpetuación de la discriminación sufrida por grupos vulnerables.

24 OEA. Guía de Principios para el acceso a la Justicia en las Américas e Informe del Comité Jurídico Interamericano acceso de Justicia en las Américas. CIJ/RES. 187, 27 de marzo de 2012. [En línea] Disponible en: <http://www.oas.org/cji/CP-INF_6419-12_esp.pdf>, p. 4. El destacado es nuestro.

25 *Ibíd.* 7.

2. Estándar de acceso a la justicia en Chile

En este apartado desarrollaremos cómo se ha entendido el concepto de acceso a la justicia en Chile a través del análisis de la legislación, jurisprudencia y políticas públicas que buscan garantizar este derecho. Finalmente analizaremos este concepto a la luz del acervo regional en la materia y su concordancia (o no) con este.

2.1 Constitución y legislación

El ordenamiento jurídico chileno no contempla ninguna disposición que consagre el derecho de acceso a la justicia en forma expresa, sin perjuicio de ello, sí goza de reconocimiento constitucional y legal. En primer lugar, se encuentra implícito en la Constitución Política de la República (CPR), en su artículo 19 N° 3²⁶, que garantiza el derecho a la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos. En este sentido, dicha disposición salvaguarda: a) el derecho a defensa, b) el derecho a la tutela judicial, c) el derecho a la asistencia jurídica gratuita en casos específicos, y, d) el derecho a un procedimiento y una investigación racionales y justos.

Por su parte, en cuanto a la tutela judicial, esta se desarrolla en los artículos 20 y 21 de la CPR, que consagra las acciones de protección y de amparo, aunque el primero queda reducido a ciertos derechos garantizados en la Constitución²⁷ y, el segundo, corresponde al denominado

26 Artículo 19 N°3: "La igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos. Toda persona tiene derecho a defensa jurídica en la forma que la ley señale y ninguna autoridad o individuo podrá impedir, restringir o perturbar la debida intervención del letrado si hubiere sido requerida. Tratándose de los integrantes de las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública, este derecho se regirá, en lo concerniente a lo administrativo y disciplinario, por las normas pertinentes de sus respectivos estatutos. La ley arbitrará los medios para otorgar asesoramiento y defensa jurídica a quienes no puedan procurárselos por sí mismos. La ley señalará los casos y establecerá la forma en que las personas naturales víctimas de delitos dispondrán de asesoría y defensa jurídica gratuitas, a efecto de ejercer la acción penal reconocida por esta Constitución y las leyes. Toda persona imputada de delito tiene derecho irrenunciable a ser asistida por un abogado defensor proporcionado por el Estado si no nombrare uno en la oportunidad establecida por la ley. Nadie podrá ser juzgado por comisiones especiales, sino por el tribunal que señalare la ley y que se hallare establecido por ésta con anterioridad a la perpetración del hecho. Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos. La ley no podrá presumir de derecho la responsabilidad penal. Ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado. Ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella", Constitución Política de la República de Chile.

27 La acción de protección protege solo los derechos consagrados en el artículo 20 de la Constitución Política. Es decir, a diferencia de otros ordenamientos jurídicos no solo no se protegen los derechos consagrados en los tratados internacionales, sino que además, los derechos protegidos, no son todos aquellos contemplados en la Constitución. Los derechos que han sido excluidos, son básicamente los que importan derechos sociales y aquellos cuya atención está condicionada

"*habeas corpus*". Pese a que estas acciones de tutela judicial se encuentran reconocidas en la Constitución, la regulación de la protección constitucional no se ha hecho por vía de una ley, sino que ha sido la propia Corte Suprema la que ha ido estableciendo requisitos que no se encuentran en el texto constitucional²⁸.

Siguiendo con la regulación constitucional, podemos destacar el artículo 76 de la CPR, que consagra el principio de inexcusabilidad de la administración de justicia en los siguientes términos: "Reclamada su intervención en forma legal y en negocios de su competencia, no podrán excusarse de ejercer su autoridad, ni aun por falta de ley que resuelva la contienda o asunto sometidos a su decisión". En este mismo artículo, se consagra otro elemento de un concepto amplio de acceso a la justicia y es la ejecutabilidad de las decisiones judiciales: "Para hacer ejecutar sus resoluciones, y practicar o hacer practicar los actos de instrucción que determine la ley, los tribunales ordinarios de justicia y los especiales que integran el Poder Judicial, podrán impartir órdenes directas a la fuerza pública o ejercer los medios de acción conducentes de que dispusieren. Los demás tribunales lo harán en la forma que la ley determine".

En cuanto a la regulación legal del derecho, cabe destacar que desde los años 90', con la modernización del Estado, se buscó también modernizar la justicia. Como indicara el ex Presidente Frei Ruiz-Tagle en el Mensaje del proyecto de ley: "el objetivo global de la modernización de la justicia –definido como la maximización de las garantías y la imparcialidad del Estado democrático y el incremento del bienestar –se encuentran a lo menos tres diversas áreas en las que es necesario efectuar reformas, a saber, el área de acceso a la justicia; el área del derecho de menores, y el área del sistema penal"²⁹.

Como parte de dicho proceso, se realizaron una serie de reformas al sistema procesal penal, al sistema laboral y al sistema de familia. El objetivo de estas reformas era hacer compatible estos procedimientos con un debido proceso (modernizando ciertos principios, como pasar de un sistema escrito e inquisitivo a un sistema oral y acusatorio en el sistema penal, y a procesos orales en el resto). Para esto se llevó a cabo la creación de una infraestructura que fuese capaz de sostener al sistema y la creación de distintas unidades que ejecutaran diversas funciones asignadas. En el sistema penal la creación del Ministerio Público, de los Juzgados de Garantía

a la capacidad económica del Estado. Un análisis sobre la tutela judicial en Chile, en: Nash, Claudio y Núñez, Constanza (2015), *La tutela judicial efectiva de los derechos fundamentales en Latinoamérica*, México D.F., Editorial Ubijus e Instituto Interamericano de Derechos Humanos, pp. 79 y ss.

28 Mediante los denominados "Autoacordados". Esto ha sido criticado, pues se trata de la restricción de un derecho (tutela judicial), que a la luz del derecho internacional de los derechos humanos no puede hacerse sino por vía legal (en un sentido amplio, constitucional o simplemente legal).

29 Mensaje de S.E. El Presidente de la Republica, don Eduardo Frei Ruiz-Tagle, con que inicia un proyecto de ley que establece un nuevo código de procedimiento penal (boletín n° 1630-07), el destacado es nuestro.

y los Tribunales Orales en lo Penal; en familia, la creación de los Tribunales de Familia, la formación de los/as jueces/zas, la incorporación de los concejeros técnicos y la introducción de mediadores en el proceso; en el sistema laboral la creación de los nuevos Tribunales del Trabajo y Juzgados de Cobranza Laboral y Previsional, aumentando el número de jueces/zas especializados/as, ampliando la cobertura y disminuyendo los tiempos de tramitación.

Una de las principales características de la reforma de la justicia penal fue la transformación de un sistema inquisitivo a un sistema acusatorio, regido bajo los principios de oralidad, celeridad, imparcialidad e intermediación. Además, la Reforma Procesal Penal consagró derechos a la información de los intervinientes en el procedimiento³⁰; durante el proceso³¹, incluyendo ciertas garantías tales como: el juicio previo y única persecución (art. 1º), juez natural (art. 2º), presunción de inocencia (art. 4º), derecho a defensa (art. 8º), y en particular, la cautela de garantías (art. 10º), que busca que el imputado pueda ejercer los derechos otorgados la CPR, las leyes y los tratados internacionales.

En cuanto al acceso a la justicia, se ha destacado que la reforma procesal penal ha conseguido: a) instalación de un sistema acusatorio y contradictorio que permite que las principales cuestiones sean resueltas en audiencias públicas y orales; b) incremento considerable de los derechos y servicios a los intervinientes, especialmente tratándose de la víctima y el imputado. Víctimas, imputados y testigos son atendidos con altos grados de eficiencia, profesionalismo y disponen de fácil acceso a la información relativa a sus casos; c) ganancia ostensible en los tiempos de funcionamiento del sistema y; d) mejora en condiciones de probidad del funcionamiento de la justicia criminal³².

En relación a la reforma a los Tribunales de Familia, la Ley N°19.968 que consagra la reforma a la justicia de familia, además de recoger los principios de intermediación, oralidad y celeridad propios de estas reformas, destaca en cuanto al acceso a la justicia, que en su artículo 14 se establece la preferencia de los métodos alternativos de solución de conflicto, privilegiando

30 Artículo 93 del Código Procesal Penal establece los derechos y garantías del imputado, en su letra a) establece el derecho a que se le informen de manera específica y clara acerca de los hechos que se le imputan y los derechos que le otorgan la CPR y las leyes.

31 Artículo 93 del CPP garantiza los derechos durante el procedimiento del imputado referidos a derecho a defensa, a impugnar ciertas resoluciones y solicitar diligencias, entre otros. A su vez, el artículo 109 consagra ciertos derechos de la víctima durante el procedimiento: ser oída, presentar querrela, solicitar medidas de protección e impugnar ciertas resoluciones, entre otras.

32 Baytelman, Andrés y Duce, Mauricio (2003). *Evaluación de la reforma procesal penal: estado de una reforma en marcha*. Santiago, Universidad Diego Portales, pp. 7-8.

las soluciones acordadas entre las partes. Asimismo, se consagra explícitamente el principio del interés superior del niño y el derecho de niños/as a ser oídos/as en los procedimientos³³.

Por su parte, la Ley 20.022 que crea los Tribunales Laborales, también reforma el procedimiento en materia, modernizándolo. En el Mensaje que crea estos tribunales se destaca “esta iniciativa se enmarca dentro de una serie de esfuerzos para modernizar la justicia laboral y previsional, la cual deberá ser reformada siguiendo principios procesales como la especialidad, la concentración, la publicidad, la intermediación, la contradicción y la oralidad. Todas estas iniciativas, en conjunto, deben tender a lograr una justicia que sea accesible a toda la población y que trabaje con celeridad para resolver los conflictos de relevancia jurisdiccional de manera oportuna, justa y en condiciones objetivas de imparcialidad. La modificación a la justicia laboral y previsional debe eliminar cualquier distancia entre el juez, el proceso y las partes”³⁴.

En este sentido, ambas reformas (laboral y familia), siguiendo la misma línea que la reforma procesal penal, tuvieron como propósito garantizar y acrecentar el acceso a la justicia a sectores tradicionalmente excluidos³⁵.

Como parte del proceso de modernización de la justicia, queda pendiente la reforma a la justicia civil, ya que si bien se han ingresado proyectos de ley³⁶ que buscan modernizarla y adecuarla a los estándares de celeridad, transparencia, oralidad e intermediación, su discusión ha sido extensa y aún no se aprueba ningún proyecto de ley. Una de las críticas que ha recibido el sistema civil, en relación al acceso a la justicia, es su excesiva lentitud, formalismo y onerosidad (sin perjuicio, de –como veremos más adelante– la existencia de Corporaciones de Asistencia Judicial)³⁷.

33 Artículo 16 Ley N°19.968: “Interés superior del niño, niña o adolescente y derecho a ser oído. Esta ley tiene por objetivo garantizar a todos los niños, niñas y adolescentes que se encuentren en el territorio nacional, el ejercicio y goce pleno y efectivo de sus derechos y garantías. El interés superior del niño, niña o adolescente, y su derecho a ser oído, son principios rectores que el juez de familia debe tener siempre como consideración principal en la resolución del asunto sometido a su conocimiento”.

34 Historia de la Ley N°20.022, p.6.

35 Historia de la Ley N°20.087, p. 7 y 8 e Historia de la Ley N°19.968, p. 7. Ambos citados en: INDH (2013). *Situación de los Derechos Humanos en Chile. Informe Anual 2013*. Santiago, p. 59.

36 El primer proyecto de ley fue presentado ante el Congreso Nacional en 2009 (Mensaje N°398-357, Boletín N°6567-07). Un segundo proyecto fue presentado ante la Cámara de Diputados en 2012 (Mensaje N°004-360, Boletín N°8197-2007).

37 INDH (2013). *Situación de los Derechos Humanos en Chile. Informe Anual 2013*. Santiago, pp. 62-63.

2.2 Jurisprudencia

La jurisprudencia de los órganos superiores de justicia (Cortes de Apelaciones y Corte Suprema), así como la magistratura constitucional (Tribunal Constitucional), han desarrollado de manera evolutiva un concepto de acceso a la justicia, entendido inicialmente con un derecho a la acción, para luego dotarlo de un contenido más amplio.

En todos los análisis jurisprudenciales vinculados al derecho de acceso a la justicia, se menciona el artículo 19 N°3 de la Constitución Política de la República como norma fundante del derecho a la justicia. En su primera aproximación a la temática el Tribunal Constitucional señaló:

“Que, por otra parte, la Constitución reconoce en su artículo 19 N°3, el derecho a la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos, lo que implica un conjunto de garantías fundamentales, entre las que pueden señalarse: el derecho fundamental de acceso a la justicia y la efectiva tutela de los derechos por parte de los tribunales, que junto con el derecho al juez natural, y al debido procedimiento, configuran el “alma” de aquella garantía que todo ser humano posee de recurrir al juez (independiente e imparcial) en demanda de justicia, ser oído y ser resueltas sus pretensiones conforme a Derecho, y hacer así posible la convivencia social en paz”³⁸.

En otro pronunciamiento relevante el TC estableció que:

“El derecho de las personas a acceder libremente a un tribunal de justicia para la protección de sus derechos, [...] es uno de los derechos asegurados por el N° 3 del artículo 19 de la Constitución, pues, aunque no esté designado expresamente en su texto escrito, carecería de sentido que la Carta Fundamental se hubiese esmerado en asegurar la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos, el derecho a la defensa jurídica, el derecho a ser juzgado por el juez natural, el derecho a un justo racional procedimiento, si no partiera de la base de la existencia de un derecho anterior a todos los demás y que es presupuesto básico para su vigencia, esto es, el derecho a toda persona a ser juzgada, a presentarse ante el juez, a ocurrir al juez, sin estorbos, gabelas o condiciones que se lo dificulten, retarden o impidan arbitraria o ilegítimamente”³⁹.

Vinculado con lo anterior, el mismo Tribunal Constitucional ha considerado que el derecho de acceso a la justicia es una manifestación del derecho a la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos “la igualdad en el ejercicio de los derechos supone el derecho a acceder a la jurisdicción para satisfacer la pretensión que sustenta un justiciable. Desde ese

38 Tribunal Constitucional de Chile, sentencia rol 248-1996, de fecha 22/10/1996, considerando 5.

39 Tribunal Constitucional de Chile, sentencia rol 1470-2009, de fecha 27/10/2009, considerando 9.

punto de vista, la satisfacción de esa pretensión a través del proceso no debe experimentar impedimentos u obstáculos que, en definitiva, coarten el acceso a la justicia”⁴⁰.

Por su parte, las Cortes de Apelaciones y Corte Suprema han dado un contenido más amplio, relacionando el acceso a la justicia con diversos elementos:

- a. Derecho a la acción⁴¹;
- b. Derecho a ser oído⁴²;
- c. Derecho a defensa jurídica o asistencia letrada eficaz y especializada⁴³;
- d. Derecho a la tutela judicial efectiva y a obtener una sentencia sobre el fondo del asunto⁴⁴; y
- e. Como un derecho vinculado al derecho a la verdad y a recibir reparación de los familiares de víctimas de violaciones graves y sistemáticas a los derechos humanos⁴⁵.

Entre los requisitos que deben concurrir para entender garantizado el derecho, la jurisprudencia ha mencionado que:

- a. No deben existir barreras de carácter económico para acceder a la justicia⁴⁶ (prohibición del *solve et repete*⁴⁷).
- b. Deben eliminarse las trabas que obstaculizan el acceso al proceso, tanto como para impedir que, como consecuencia de los formalismos procesales, queden ámbitos de la actividad administrativa inmunes al control judicial⁴⁸. En este sentido, no deben imponerse

40 Tribunal Constitucional de Chile, sentencia rol 2042-2015, de fecha 10/07/2012, considerando 29.

41 Corte Suprema, causa rol 8778-2015, de fecha 07/09/2015; Corte Suprema, causa rol 1753-2008 de fecha 6/04/2009; Corte de Apelaciones de Rancagua, causa rol 603-2014 de fecha 8/05/2014.

42 Corte Suprema, causa rol 5851-2015, de fecha 16/06/2015.

43 Corte Suprema, causa rol 2399-2013 de fecha 13/08/2013 (en el ámbito penal); Corte Suprema, causa rol 921-2012 de fecha 5/04/2012; Corte de Apelaciones de Valdivia, causa 983-2006, de fecha 6/12/06.

44 Corte de Apelaciones de Santiago, causa rol 1369-2014 de fecha 13/01/2015.

45 Corte Suprema, causa rol 11964-2014, de fecha 12/01/2015; Corte Suprema, causa rol 3841-2012 de fecha 4/09/2013; Corte de Apelaciones de Santiago, causa rol 9332-2014, de fecha 26/01/2015; Corte de Apelaciones de Santiago, causa rol 719-2008 de fecha 30/03/2010.

46 “Tal acceso se ve seriamente entrabado – si no directamente denegado– si para impetrar derechos ante el juez la persona se ve opuesta la exigencia de entregar una cantidad de dinero al Estado (sea Fisco, sea a un organismo administrativo determinado) para poder ejercerlo [...]”. Tribunal Constitucional. Sentencia rol 248-1996, 22 de octubre de 1996, considerando 5.

47 Tribunal Constitucional. Sentencia rol 1580-2009, 27/01/2011.

48 Tribunal Constitucional. Sentencia rol 2495-2013, 31/07/2014.

exigencias que no han sido establecidas por ley o que no se concilian con la naturaleza de los procedimientos⁴⁹.

c. No deben existir tampoco barreras geográficas para acceder a la justicia⁵⁰.

De esta manera, la jurisprudencia desarrolla un concepto amplio de acceso a la justicia, vinculándolo fundamentalmente con la protección judicial y la tutela judicial efectiva. Pese a ello, no se distingue –claramente– el contenido de este derecho respecto de los otros, existiendo una variedad de acepciones para el mismo concepto. Lo que sí es claro, es que existe consenso en que no deben existir barreras (económicas o requisitos procesales) que hagan ilusoria la garantía del derecho de acceso a la justicia.

2.3 Políticas Públicas

Las políticas públicas en Chile han tenido por objeto garantizar el acceso a la justicia en condiciones de igualdad y, en ese sentido, cumplir con la obligación internacional de remover los obstáculos para garantizar el acceso a la justicia. Entendemos aquí un concepto amplio de políticas públicas que incorpora diversas fuentes para su generación: políticas del ejecutivo, políticas del legislativo y la influencia del sistema interamericano en su generación cuando dispone medidas de reparación vinculadas con esta temática⁵¹.

En el caso de las políticas públicas en Chile –en general– están vinculadas con reducir los costos económicos para acceder a la justicia (Defensorías y Corporación de Asistencia Judicial) y con acercar a la ciudadanía a la misma, a través de la creación de unidades de justicia vecinal, desarrollo de mecanismos alternativos de solución de conflictos y herramientas tecnológicas para facilitar la información. A continuación, describiremos someramente las principales políticas públicas en la materia.

a. Defensoría Laboral y Defensoría Penal Pública

Tanto las Oficinas de Defensoría Laboral (dependientes de la Corporación de Asistencia Judicial), como las Oficinas de la Defensoría Penal Pública (DPP), nacen al alero de las reformas y modernización de la justicia en ese ámbito.

49 Corte de Apelaciones de Santiago, causa rol 983-2006, de fecha 6/12/2006.

50 Corte de Apelaciones de Concepción, causa rol 3606-2014, de fecha 25/11/ 2014.

51 Concepto amplio debatido en el seminario regional "Aportes para la Construcción de un Acervo Regional Interamericano sobre el Derecho de acceso a la Justicia" celebrado los días 7 y 8 de abril en Santiago de Chile.

Las Oficinas de Defensa Laboral, por una parte, pretenden garantizar el acceso a la justicia y alcanzar el mayor número de trabajadores que lo requieran mediante el patrocinio de causas judiciales en materias laborales⁵².

Por su parte, la figura del defensor penal público nace en Chile con la creación de la Defensoría Penal Pública en el año 2001. Esta institución se crea tras la reforma procesal penal con la finalidad de proporcionar defensa penal a los imputados o acusados por un crimen o simple delito que sea de competencia de un juzgado de garantía o de un tribunal de juicio oral en lo penal y de las respectivas Cortes y, en su caso, que carezcan de abogado⁵³. Desde el año 2006, la Institución se encuentra en funcionamiento en todas las regiones del país, ampliando su cobertura de defensa a mediados del año 2007 a imputados(as) menores de edad, de acuerdo a lo dispuesto en la Ley 20.084.

En la historia de la ley que crea la defensoría penal pública, se pone de relieve la importancia de la defensa penal para los imputados dentro de las garantías del debido proceso. En particular, se recalca que el respeto del derecho de defensa constituye un componente esencial de la noción misma de proceso. La creación de la figura del defensor penal público, obedece al imperativo de dar plena fisonomía al debido proceso e implica que actualmente toda persona tenga derecho a defensa penal mediada por un agente letrado (defensa material y defensa técnica).

De esta forma, el/la defensor/a penal público, se constituye en un garante formal de los derechos del imputado al materializar no solo una garantía constitucional que asiste al imputado, sino también al constituir una condición de legitimidad y validez de los procesos penales en todas sus etapas⁵⁴.

En términos cuantitativos, la DPP ha registrado cerca de 3 millones de atenciones desde el inicio de sus funciones hasta el término del año 2015. En el período de enero a diciembre 2015, se generaron 335.617 ingresos⁵⁵.

52 En cifras del Ministerio de Justicia, “los usuarios de las Oficinas de Defensoría Laboral, ODL, deben mantener una remuneración líquida de 388 mil pesos, lo cual garantiza una cobertura máxima del 97,52 por ciento de los asalariados pertenecientes a los tres primeros quintiles y de un 83,61 por ciento de todos los asalariados del país. Desde su implementación, las oficinas de defensa laboral han atendido 64 mil 505 casos” Información disponible en < <http://2010-2014.gob.cl/media/2010/05/JUSTICIA.pdf>> [fecha de consulta: 6-06-2016].

53 Artículo 2 Ley N°19.718 que crea la Defensoría Penal Pública.

54 CEJA y PNUD (2006). *Manual de defensoría penal pública para América Latina y el Caribe*. Santiago, p. 20.

55 DPP (2016). Informe estadístico 2015. Disponible en < <http://www.dpp.cl/resources/upload/files/documento/3e01213dd27e414b91587a1911f7f681.pdf>> [fecha de consulta: 6-06-2016].

b. Corporaciones de Asistencia Judicial

La Corporación de Asistencia Judicial (CAJ) es un servicio público, descentralizado y sin fines de lucro, cuya misión es proporcionar orientación y asesoría jurídica a todas las personas que así lo requieran y patrocinar judicialmente de manera profesional y gratuita a quienes no cuenten con los recursos para hacerlo. Por otra parte, se otorgan los medios para que los egresados y licenciados de derecho puedan realizar su práctica profesional para obtener su título de abogado. Los servicios que entrega la Corporación de Asistencia Judicial son a) Prevención y Promoción de Derechos; b) Orientación e Información; c) Asesoría y Patrocinio Judicial; d) Resolución Alternativa de Conflictos y; e) Atención Integral a Víctimas de Delitos Violentos.

La Corporación de Asistencia Judicial, si bien ha sido objeto de ciertas mejoras, aún es objeto de serias críticas. El Ministerio de Justicia en su cuenta anual del año 2015 señaló la necesidad de crear un sistema nacional de asistencia jurídica, propendiendo a una profesionalización del sistema, para que no recaiga sobre los egresados sino sobre profesionales (en ese sentido, la Defensoría Penal Pública resulta un buen ejemplo a seguir).

c. Unidades de Justicia Vecinal en Chile

Respecto de la necesidad de dar solución a los problemas de carácter vecinal y comunal que aquejan a la ciudadanía, dichos problemas no tienen una respuesta efectiva, oportuna y eficaz por parte de los tribunales⁵⁶, el año 2011 se implementó un sistema de Unidades de Justicia Vecinal que apunta a resolver ciertas situaciones cotidianas, conflictos comunitarios y vecinales otorgando orientación e información necesaria, dando la opción de acceder a mecanismos de solución alternativas (mediación por ejemplo) y realizando las derivaciones correspondientes cuando son conflictos judiciales⁵⁷.

Bajo estándares modernos, basados en experiencias nacionales e internacionales, estas unidades de justicia vecinal ponen a disposición de las personas un modelo de atención que involucra a profesionales altamente calificados. Los objetivos de las Unidades de Justicia Vecinal son: "a) Apertura de canales de *acceso a la justicia* destinados a la comunidad; b) Obten-

56 Alfaro, Eduardo; Rojas, Tomás; Sierra, Consuelo (et.al.), *La mediación en Chile*. Disponible en <<http://www.cejamericas.org/Documentos/documentosidrc/53lamediacionenchile.pdf>> [fecha última visita 1-06-2016].

57 Ministerio de Justicia (2011), "Resumen Ejecutivo: Unidad de Justicia Vecinal", Chile, Noviembre, p. 7.

ción de soluciones rápidas, eficaces y de bajo costo a conflictos vecinales y locales y; c) Mejorar la calidad de vida de las personas en sus barrios y comunidades⁵⁸.

Actualmente es un proyecto que se encuentra en desarrollo como plan piloto en algunas comunas del país.

d. Mecanismos alternativos de solución de conflictos

Se ha entendido que acceso a la justicia no implica solo acceder a Tribunales propiamente tales, sino contar con toda la gama de servicios que permiten dar solución a los conflictos jurídicamente relevantes. Para esto, en Chile se han implementado mecanismos alternativos de solución de conflictos, en particular: la mediación. En este sentido, se ha implementado como trámite obligatorio para realizar demandas en el área de familia⁵⁹ o de manera previa en materia de responsabilidad médica con el Consejo de Defensa del Estado. Actualmente, la mediación es obligatoria para ciertos temas y depende de los ingresos de las personas. El Ministerio de Justicia en su cuenta anual 2015, destaca la necesidad de crear un sistema de mediación nacional para que no esté limitado solo a ciertas materias y para que no se distinga entre mediadores públicos y licitados⁶⁰.

2.4 Concordancia con el acervo regional

Como vimos en el primer apartado de este estudio, el acervo regional está compuesto por los elementos contenidos en los tratados sobre derechos humanos, en la jurisprudencia de los órganos de protección de derechos humanos y en las resoluciones de los órganos políticos.

Respecto de este acervo, tanto de la normativa, jurisprudencia y políticas públicas existentes en Chile existe coincidencia en cuanto al contenido del derecho de acceso a la justicia en cuanto a: a) derecho a la acción propiamente tal (reconocido constitucionalmente, jurisprudencialmente y en políticas públicas); b) derecho a defensa gratuita (reconocido a nivel constitucional y en políticas públicas); c) derecho a un recurso judicial efectivo; y, d) debido

58 Información disponible en <<http://www.minjusticia.gob.cl/justicia-vecinal/>> [fecha última visita 1-06-2016]. El destacado es nuestro.

59 La ley 19.968 que estableció la creación de los Tribunales de Familia dispuso la mediación obligatoria en ciertos ámbitos para resolver colaborativamente las disputas que surgieran en el seno familiar. En el Mensaje Presidencial se señala que el objetivo de la ley es ampliar y mejorar la tutela jurisdiccional, en atención a las características propias de los conflictos familiares.

60 Ministerio de Justicia Gobierno de Chile (2015), Cuenta Pública Anual, mayo. [En línea]: www.gob.cl/cuenta-publica/2015/sectorial/2015_sectorial_ministerio-justicia.pdf

proceso. Asimismo, a nivel jurisprudencial se ha reconocido que el derecho de acceso a la justicia comprende también –en el mismo sentido que en el ámbito interamericano– el derecho de las víctimas de buscar verdad, justicia y reparación, combatiendo la impunidad. En este sentido, las facetas de acceso a la justicia vinculadas con información y proceso (al menos a nivel conceptual), son concordantes con el acervo regional.

Sin embargo un aspecto, que se encuentra ausente de la construcción del concepto de acceso a la justicia en Chile (tanto a nivel normativo, jurisprudencial, como de políticas públicas), es la faceta de ejecución como parte del derecho de acceso a la justicia y, en general, la noción de un plazo razonable. Las políticas públicas han estado orientadas a garantizar el acceso igualitario (eliminando las barreras económicas), pero los plazos de tramitación (especialmente en materia civil) siguen siendo excesivamente altos. Asimismo, no se contemplan mecanismos judiciales ni construcciones jurisprudenciales para denunciar la falta de ejecución de las resoluciones judiciales.

Por otra parte, los mecanismos de tutela de derechos fundamentales, como una faceta particular del derecho de acceso a la justicia, están concebidos en términos restrictivos (tanto por sus limitaciones formales-procesales) como por los derechos que protegen. Un concepto de acceso a la justicia amplio incorpora un mecanismo de tutela de derechos humanos que permita responder a las violaciones de derechos humanos consagradas tanto a nivel constitucional como internacional (tratados internacionales sobre derechos humanos).

3. acceso a la justicia en condiciones de igualdad

Uno de los pilares fundamentales del sistema de derechos humanos es el ejercicio y goce de los derechos en condiciones de igualdad (artículo 1.1 de la CADH y 2.1 del Pacto Derechos Civiles y Políticos). Para ello los Estados deben organizar el aparato público para dar una garantía efectiva de goce y ejercicio de los derechos respecto de las personas que se encuentran bajo su jurisdicción. El derecho de acceso a la justicia, en este sentido, debe ser garantizado en condiciones de igualdad, lo que supone para la Corte IDH reconocer y resolver los factores de desigualdad de quienes son llevados ante la justicia:

“Para alcanzar sus objetivos, el proceso debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia. Es así como se atiende el principio de igualdad ante la ley y los tribunales y a la correlativa prohibición de discriminación. La presencia de condiciones de desigualdad real obliga a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses. Sino

existieran esos medios de compensación, ampliamente reconocidos en diversas vertientes del procedimiento, difícilmente se podría decir que quienes se encuentran en condiciones de desventaja disfrutan de un verdadero acceso a la justicia y se benefician de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas”⁶¹.

En el caso de Chile, analizaremos si se ha garantizado el derecho de acceso a la justicia en condiciones de igualdad respecto de inmigrantes, pueblos indígenas, privados de libertad y mujeres. Hemos elegido estos cuatro grupos porque respecto de ellos se identifican diversos niveles de déficit en términos de esta garantía: legislativo y de reglamentos (en el caso de los inmigrantes y privados de libertad) y problemas interpretativos (en el caso de pueblos indígenas y mujeres). En estos cuatro casos mostraremos que en algunos casos a través de la jurisprudencia y, en otros, mediante las políticas públicas y la interpretación administrativa se ha intentado superar estos déficit, estableciendo mecanismos para acortar las brechas en la materia.

Este diagnóstico, además, no es un fenómeno aislado en el contexto latinoamericano, sino que es una forma de discriminación estructural común en América Latina. Como destaca la Asociación Interamericana de Defensorías Públicas (AIDEF):

“En América Latina persisten distintas barreras que limitan el acceso a la justicia para la población, en particular para los grupos más vulnerables. En efecto, podemos mencionar problemas como el de la discriminación étnica y cultural que afecta a los Pueblos Indígenas, “al desconocer y desconfiar éstos del sistema de justicia y, éste, de las culturas, las lenguas, los razonamiento y formas de solución de controversias, conflictos y las sanciones que imparten en la justicia indígena” (barreras culturales y lingüísticas); ‘el costo que entrañan los procesos para personas que viven en pobreza o pobreza extrema y la ausencia o déficit en muchos países de defensores públicos o asistencia legal gratuita’ (barreras económicas), ‘la existencia de prejuicios y estereotipos de género en los funcionarios del sistema de justicia que colocan en desventaja a las mujeres y la ausencia de servicios jurídicos especializados para mujeres’ (barreras de género)”⁶².

Como parte de este diagnóstico es que en el contexto de la XVI Cumbre Judicial Iberoamericana se elaboraron y aprobaron las 100 Reglas de Brasilia de acceso a la justicia para grupos en situación de vulnerabilidad, recogiendo recomendaciones para los órganos públicos y para quienes prestan sus servicios en el sistema judicial con el objeto de garantizar el acceso a la justicia en condiciones de igualdad. Como parte de la exposición de motivos para la creación de estas re-

61 Corte IDH, *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*, Opinión Consultiva OC-16/99, serie A, No. 16, 1 de octubre de 1999, párr. 119.

62 DPLF e IDL (2009). “Obstáculos para el acceso a la justicia en las Américas”. Estudio presentado ante el Comité Jurídico Interamericano.

glas, la Cumbre Judicial Iberoamericana explica: “Si bien la dificultad de garantizar la eficacia de los derechos afecta con carácter general a todos los ámbitos de la política pública, es aún mayor cuando se trata de personas en condición de vulnerabilidad dado que éstas encuentran obstáculos mayores para su ejercicio. Por ello, se deberá llevar a cabo una actuación más intensa para vencer, eliminar o mitigar dichas limitaciones. De esta manera, el propio sistema de justicia puede contribuir de forma importante a la reducción de las desigualdades sociales, favoreciendo la cohesión social”⁶³.

Inmigrantes

Según el Anual Estadístico del Departamento de Extranjería e Inmigración del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, Chile ha sufrido un aumento explosivo de la migración hacia el país. En los últimos 30 años ha pasado de alrededor de 83 mil migrantes en 1982 a los 411 mil migrantes en 2014⁶⁴.

Pese a este hecho, la normativa migratoria data de 1974 y, como explicaremos más adelante, además de no hacerse cargo del fenómeno migratorio moderno tiene serias deficiencias en materia de acceso a la justicia para la población migrante en Chile, sobre todo para los inmigrantes en situación migratoria irregular. Pese a ello, la normativa administrativa y la jurisprudencia han intentado hacerse cargo de estas deficiencias, tanto en materia de reconocimiento de derechos como estableciendo mecanismos y estándares mínimos para el acceso a la justicia.

a. Problema: la legislación

La normativa legal vigente en materia de inmigración⁶⁵ fue diseñada en la lógica de incentivar una inmigración selectiva. El D.L N°1094 y su respectivo reglamento Decreto Supremo N°597, regulan el ingreso al país, la permanencia definitiva, el egreso, el reingreso, la expulsión y el control de los extranjeros. En general, estas normas otorgan amplias facultades al Ministerio del Interior para la concesión de visas bajo el concepto jurídico indeterminado de “conveniencia o utilidad para el país” y describen las causales de prohibición de ingreso,

63 100 Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad. XIV Cumbre Judicial Iberoamericana. Disponible <<http://www.justiciachaco.gov.ar/pjch/contenido/varios/100reglas.pdf>> [fecha última visita 1-06-2016].

64 DEM (2016). “Migración en Chile 2005-2014”. Departamento Extranjería y Migración Ministerio del Interior y Seguridad Pública, Santiago, p. 21.

65 Decreto Ley N°1094 “Establece normas sobre extranjeros en Chile”.

que también hacen aplicables como causales de expulsión⁶⁶. Respecto de esta normativa, el Tribunal Constitucional ha señalado que son “el reflejo de un esquema normativo de máxima discrecionalidad que admite masivas vulneraciones de derechos o alternaciones menores, dependientes del carácter comprensivo o estricto de su invocación por las autoridades de turno”⁶⁷.

Esto se traduce en que dicho marco normativo faculta a las autoridades para denegar permisos de residencia y llevar a cabo expulsiones de manera expedita, sin que se contemplen procedimientos y recursos que permitan impugnar estas decisiones a través de un debido proceso. En efecto, para determinar la medida de expulsión del país la legislación migratoria no contempla la posibilidad de que la persona presente sus descargos frente a la medida impuesta, ni que pueda presentar antecedentes favorables para regularizar su situación migratoria (por ejemplo, existencia de hijos/as en el país o de un vínculo laboral estable). El único recurso previsto por la legislación migratoria, otorga una acción ante la Corte Suprema para impugnar una expulsión de un extranjero en el plazo de 24 hrs., lo que claramente es insuficiente en términos de la efectividad de un recurso para la protección del derecho a la libertad personal. Respecto de las denegaciones de permisos de residencia (que conlleva consigo la orden de abandono de manera inmediata del país), solo se contempla la reconsideración (que tiene un plazo de interposición de tres días).

Frente a estos déficits que presenta la normativa específica en materia de extranjería, los/as inmigrantes utilizan las normas supletorias (normas administrativas⁶⁸). Sin embargo, estas normas tampoco responden a las necesidades específicas de este grupo de la población, pues además de no existir un debido proceso administrativo (pues se omite la fase de contradicción al momento de tomar decisiones), toda la tramitación administrativa es: a) altamente burocrática (excesivos plazos de espera); b) formalista; y, c) onerosa (por cuanto se deben realizar diversos pagos para la notaría de documentos, solicitud de certificados, entre otros). El plazo estimado para la resolución de la invalidación de una orden de expulsión o de la reconsideración de un permiso de residencia es de aproximadamente de 1 año y 6 meses, lo que excede con creces el plazo razonable para tomar una determinación sobre derechos tales como la libertad personal o la protección de la familia.

66 Godoy, Rodrigo y Didier, Marcel (2014). Comentarios de la jurisprudencia de la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional sobre derechos de las personas migrantes durante el año 2013. Anuario de Derechos Humanos N°10, p.140.

67 Tribunal Constitucional. Sentencia rol 2273-2013, de fecha 4/07/2013 considerando 7.

68 Por ejemplo, Ley de Bases Generales de la Administración del Estado (Ley N°18.575) y Ley que establece las Bases de los Procedimientos Administrativos (Ley N°19.880).

Las deficiencias de la legislación migratoria no solo están dadas por sus falencias en materia de acceso a la justicia en el sentido que hemos descrito sino también en general, por tratarse de una normativa que no está construida bajo un enfoque de derechos humanos, sino de seguridad nacional, lo que implica una visión y tratamiento de la realidad migratoria como un fenómeno de peligro y, por tanto, de riesgo para la nación.

b. Jurisprudencia

Considerando las limitaciones de la legislación en la materia, la jurisprudencia –mediante la aplicación de tratados internacionales sobre derechos humanos– ha intentado limitar la arbitrariedad y acortar la brecha que existe para los inmigrantes para acceder a la justicia y buscar la garantía de sus derechos. Esta manifestación se da tanto en la jurisprudencia constitucional como en la jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia (Corte Suprema y Corte de Apelaciones).

Destaca particularmente en esta materia, una sentencia del Tribunal Constitucional del año 2013, donde estableció respecto de la legislación migratoria:

“Se trata de una norma pre-constitucional elaborada en 1975 y que refleja un esquema normativo de máxima discrecionalidad que admite masivas vulneraciones de derechos o alteraciones menores, dependientes del carácter compasivo o estricto de su invocación por las autoridades de turno”.

“En esta sentencia se expondrá que esta potestad de policía de seguridad del Ministerio del Interior está sujeta a límites materiales que provienen desde la Constitución, el Derecho Internacional y, especialmente, desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, según se explicará. Estos criterios sustanciales enmarcan la facultad de los Estados para rechazar el ingreso de determinados extranjeros y para no otorgar el visado correspondiente de manera excepcional”⁶⁹.

En relación al acceso a la justicia es relevante destacar que esta sentencia sostiene que “el deber estatal de recibir es una cuestión sometida al derecho interno de cada Estado, pero cumpliendo las obligaciones propias del Derecho Internacional. Lo anterior exige un particular cuidado en el ejercicio de la potestad administrativa y legislativa de cada Estado, con un exámen de las limitaciones propias de los derechos fundamentales invocados”⁷⁰. En este

69 Tribunal Constitucional. Sentencia rol 2273-2013, de fecha 4/07/2013, considerando 7.

70 *Ibíd.*, considerando 11.

sentido, esto supone que la actuación de la autoridad administrativa debe garantizar los estándares de acceso a la justicia que emanan del Derecho Internacional.

En cuanto a los tribunales superiores de justicia, cabe destacar que considerando que no existe un recurso judicial específico en materia migratoria (salvo el referido con el plazo de 24 hrs.) se han utilizado las acciones de amparo y protección frente a la vulneración de derechos. Así, por ejemplo, en el contexto de una acción de amparo la jurisprudencia ha dejado sin efecto órdenes de expulsión donde no se garantiza un debido proceso:

"Así las cosas, la medida de expulsión se funda en la existencia de un debido proceso, en que la persona tuvo derecho a ser oída, a contar con defensa letrada, a presentar pruebas y a ejercer los medios de impugnación que procedan. Sin embargo, en este caso ninguno de esos supuestos se da, ya que según los documentos acompañados por la recurrida, la denuncia se efectuó el mismo día en que la Intendencia Regional de Atacama se desistió de ella, lo que no permitió la existencia de un proceso previo tramitado conforme a los estándares nacionales e internacionales del debido proceso"⁷¹.

De esta manera, la jurisprudencia entiende que los inmigrantes –frente a órdenes de expulsión– deben tener el derecho de acceso a la justicia, lo que implica el derecho a ser oídos, contar con defensa letrada, presentar pruebas y ejercer medios de impugnación.

c. Políticas públicas y medidas administrativas

Además de la jurisprudencia, la reglamentación administrativa (normas infralegales) y las políticas públicas, también han desarrollado mecanismos para acortar la brecha de acceso a la justicia de la población inmigrante en Chile reconociendo, por una parte, derechos a la población inmigrante y, por otra, garantizado el derecho a un debido proceso.

Así, por ejemplo, respecto del reconocimiento de derechos, la administración ha dictado circulares y oficios interpretativos de la legislación migratoria y otros cuerpos normativos, para garantizar derechos sociales (como salud y educación)⁷². Destacan en el ámbito del acceso a la justicia, por ejemplo, la circular N°30722 del Departamento de Extranjería y Migración

71 Corte de Apelaciones de Copiapó, causa rol 290-2015, de fecha 20/10/2015. En el mismo sentido, recientemente: Corte de Apelaciones de Santiago, causa rol 2083-2015, de fecha 4/12/2015.

72 Resolución Exenta N°1914 "Aprueba convenio de colaboración celebrado entre los ministerios de salud e interior"; Oficio ordinario N°3229 "Atención en Salud de población inmigrante en riesgo social y situación de permanencia no regular"; Circular N° A 15/06 "Atención de salud de personas inmigrantes" y; Oficio ordinario N°07/1008 "Instruye sobre el ingreso, permanencia y ejercicio de los derechos de los alumnos inmigrantes en los establecimientos educacionales que cuentan con reconocimiento oficial", entre otros.

que “elimina la aplicación de sanciones migratorias a niños, niñas y adolescentes” y el Oficio N°575 de la Fiscalía Nacional de Chile que “Imparte criterios de actuación en los delitos de trata de personas y tráfico ilícito de migrantes”.

Cabe destacar que en el más reciente instructivo sobre política migratoria en Chile “Lineamientos e instrucciones para la política nacional migratoria” de noviembre de 2015 de la Presidencia de la República, uno de los ejes es el acceso a la justicia en condiciones de igualdad. Señala el instructivo “[E]l Gobierno procurará que las y los migrantes, en condición de igualdad con la población nacional, cuenten con asistencia y representación para los procedimientos en que sean parte, incluido en los casos en que se encuentran privados de libertad. A su vez, el Gobierno deberá velar por informar oportunamente a las y los migrantes de sus derechos y proveerá de los mecanismos que le permitan comprender los procedimientos judiciales y administrativos en los que participen [...]”.

En aplicación de este instructivo por ejemplo, y con el fin de avanzar hacia la garantía del debido proceso, las Intendencias están realizando –de oficio– audiencias públicas para que los/as inmigrantes puedan ser oídos/as en los procedimientos de expulsión. Estas audiencias –si bien no tienen regulación legal– se han desarrollado desde el año 2015 como una medida administrativa por parte de las Intendencias, para dar la oportunidad a los/a inmigrantes de presentar antecedentes favorables para regularizar su situación migratoria y dejar sin efecto las órdenes de expulsión del país.

Como parte de las políticas públicas, destaca en el ámbito del derecho a defensa, la existencia de una unidad de la Defensoría Penal Pública especializada en materia migratoria⁷³ (existiendo aún déficit en la asistencia jurídica en otras materias, pues asistencia especializada solo se realiza por las Clínicas Jurídicas de algunas Universidades y por la Oficina de Derechos Humanos de la Corporación de Asistencia Judicial, que solo tiene presencia en la Región Metropolitana) y el Protocolo Intersectorial de Atención de Víctimas de Trata de Personas⁷⁴. El Protocolo Intersectorial establece la coordinación de las instituciones que prestan asistencia de diversa índole a víctimas del delito de Trata de Personas a objeto de garantizar el efectivo ejercicio de los derechos de las víctimas.

73 Información disponible en <http://www.dpp.cl/pag/169/381/defensa_de_personas_extranjeras_y_migrantes> [fecha de visita: 14/06/2016].

74 Información disponible en <<http://tratadepersonas.subinterior.gov.cl/media/2015/07/MITP-Protocolo-Intersectorial-de-Atenci%C3%b3n-de-V%C3%adctimas-de-Trata-de-Personas.pdf>> [fecha de visita: 14/06/2016].

Mujeres

a. Problema: las falencias de la legislación y su interpretación

En cuanto al acceso de la justicia en casos de violencia contra las mujeres –uno de los principales ámbitos en que se manifiesta concretamente la desigualdad en el acceso a la justicia–, la Comisión IDH ha definido esta como:

“El acceso de jure y de facto a instancias y recursos judiciales de protección frente a actos de violencia, de conformidad con los parámetros internacionales de derechos humanos. La CIDH ha establecido que un acceso adecuado a la justicia no se circunscribe solo a la existencia formal de recursos judiciales, sino también a que éstos sean idóneos para investigar, sancionar y reparar las violaciones denunciadas. (...), una respuesta judicial efectiva frente a actos de violencia contra las mujeres comprende la obligación de hacer accesibles recursos judiciales sencillos, rápidos, idóneos e imparciales de manera no discriminatoria, para investigar, sancionar y reparar estos actos, y prevenir de esta manera la impunidad”⁷⁵.

La normativa internacional en materia de derechos humanos establece estándares que deben ser cumplidos por los países, en relación al acceso a la justicia de las mujeres. Dichos estándares (CEDAW y Convención Belém do Pará) establecen obligaciones para los Estados, la primera en su artículo 12.c) establece la obligación de condenar la violencia contra la mujer y otorgar la “protección jurídica de los derechos de la mujer sobre la base de igualdad con los del hombre y garantizar por conducto de los tribunales nacionales competentes y de otras instituciones públicas, la protección efectiva de la mujer contra todo acto de discriminación”; la segunda garantiza el derecho a la igual protección ante la ley y de la ley (art. 4.f), el derecho a un recurso sencillo y rápido ante tribunales competentes, que la amparen contra actos que violen sus derechos (art. 4.g) y el deber del Estado de actuar con la debida diligencia para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (art. 7.b). El artículo 7 de la Convención Belém do Pará, establece que se deben realizar procedimientos legales, justos y eficaces, y que deben incluir medidas de protección y un juicio justo, lo que refuerza lo contenido en los artículos 8 y 25 de la CADH⁷⁶.

Dicha normativa busca establecer la aplicación de una perspectiva de género en los ámbitos de administración de justicia, precisamente por la constatación de normas generales y abstractas del acceso a la justicia, no son tales, pues encontramos que las mujeres víctimas de

75 CIDH (2007). acceso A La Justicia Para Las Mujeres Víctimas De Violencia En Las Américas, 20 de enero de 2007, párr. 5

76 Riveros, Francisca. (2010) acceso a la Justicia y Violencia contra la mujer artículo, en UDP, Informe Anual de Derechos Humanos en Chile, p. 186.

violencia son discriminadas por los/as operadores/as del proceso judicial, ingresando a una ruta crítica que no les permite garantizar sus derechos. La propia Asamblea General, al establecer menciones y deberes especiales en relación a mujeres víctimas de violencia, enfatiza la necesidad de adoptar medidas especiales que contribuyan a garantizar el efectivo acceso a la justicia en condiciones de igualdad:

“Reconocemos la importancia de lograr que las mujeres, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, disfruten plenamente de los beneficios del estado de derecho, nos comprometemos a utilizar las leyes para defender la igualdad de sus derechos y conseguir su participación plena y en pie de igualdad, incluso en las instituciones de gobernanza y el sistema judicial, y renovamos el compromiso de establecer marcos jurídicos y legislativos adecuados para prevenir y combatir todas las formas de discriminación y violencia contra la mujer y asegurar su empoderamiento y pleno acceso a la justicia.”⁷⁷

En este marco internacional, se dicta la Ley 20.066 –que reemplaza a la Ley 19.325 sobre violencia intrafamiliar– que fue promulgada con el propósito de dar cumplimiento a las obligaciones que el Estado contrajo al ratificar la Convención Belém do Pará. En este sentido, dicha ley consagra la violencia contra la mujer como un problema de derechos humanos y establece la obligación de garantizar ciertos derechos que deberán ser cumplidos a través de políticas públicas.

Ahora bien, no basta la existencia de una normativa que garantice el acceso a la justicia, sino que se requiere que dicho acceso sea efectivo, “esto quiere decir que efectivamente debe permitir a las mujeres víctimas de violencia solicitar a la administración de justicia una pronta, oportuna y eficaz solución a su situación”⁷⁸. Si bien la legislación en este sentido es insuficiente, debido a que a pesar de que las deficiencias de la normativa nacional podrían ser suplidas por los estándares internacionales en la materia. Se requiere una implementación de políticas públicas o un desarrollo jurisprudencial que reconozca lo señalado anteriormente y que garantice el acceso real de las mujeres a la justicia, orientadas a la aplicación de una perspectiva de género en todos los pasos del proceso, debido a las deficiencias presentadas en la ruta de la violencia y la ausencia de una interpretación acorde a estándares internacionales por parte de los/as operadores/as de justicia.

77 ONU. Resolución de la Asamblea General del 24 de septiembre de 2012. Declaración de la reunión de alto nivel de la Asamblea General sobre el estado de derecho en los planos nacional e internacional. A/RES/67/1. [En línea]. Disponible en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N12/478/69/PDF/N1247869.pdf?OpenElement>, párr. 16.

78 Riveros, Francisca. (2010) acceso a la Justicia y Violencia contra la mujer artículo, en UDP, Informe Anual de Derechos Humanos en Chile, p. 209

La Comisión IDH ha señalado que:

“Estos problemas estructurales afectan en forma más crítica a las mujeres, como consecuencia de la discriminación que han sufrido históricamente. La CIDH ha constatado la existencia y la persistencia de patrones y comportamientos socioculturales discriminatorios que obran en detrimento de las mujeres, que impiden y obstaculizan la implementación del marco jurídico existente y la sanción efectiva de los actos de violencia, a pesar que este desafío ha sido identificado como prioritario por los Estados americanos. El ritmo de los cambios legislativos, políticos e institucionales en las sociedades americanas ha excedido el avance de los cambios en la cultura de hombres y mujeres ante la violencia y la discriminación, y este problema se refleja en la respuesta de los funcionarios judiciales ante actos de violencia contra las mujeres”⁷⁹.

Ahora bien, en el acceso a la justicia en casos de violencia de género existe una “ruta crítica”, relacionada con los diversos problemas a los que se enfrentan las mujeres a la hora de denunciar casos de violencia. En este sentido, uno de los primeros obstáculos se refiere a Carabineros, en cuanto existe “dificultad en la capacitación para redactar un parte o denuncia con detalle y bien informada y que incluya la recomendación de cautelares; debilidad en la función de acogida (entrada en la ruta) que no ponga en duda los relatos de las mujeres, ni las culpen e informarlas correctamente de los pasos a seguir”⁸⁰. Por otro lado, si ingresan a la ruta, existe una serie de problemas en el camino que se relacionan con el sector salud, con la “falta de motivaciones y recursos en el sistema para realizar los informes psicológicos que en ocasiones los/as jueces/zas exigen a las mujeres en sus procesos; insensibilidad en los/as médicos tratantes que no dejan plasmado en los informes los casos de VIF; falta de compromiso generalizada para denunciar casos de VIF (resistencia a ser llamados/as a declarar ante tribunal) y que los Servicios de Salud no están siendo aprovechados como puertas de entrada a la ruta”⁸¹.

En cuanto al poder judicial, los problemas son, entre otros, la “falta de comprensión del fenómeno, con una naturalización de la VIF: atenuación de las sanciones, deslegitimación de las mujeres, descalificación de las dimensiones subjetivas y emocionales, jueces/zas no comprenden la variación de declaraciones, atribución de falta de seriedad de las denunciantes; dificultad de las/ os actoras/es del sistema de justicia para coordinarse con SERNAM: falta de flexibilidad, apertura, reconocimiento solo entre pares; además, en las mujeres hay un gran desconocimiento de

79 CIDH. (2007) acceso A La Justicia Para Las Mujeres Víctimas De Violencia En Las Américas, párr. 8.

80 SERNAM. (2009) Análisis y evaluación de la ruta crítica en mujeres afectadas por violencia en la relación de pareja. Documento de trabajo N° 107, Santiago de Chile, p. 252

81 *Ibíd.* 253

los pasos del proceso judicial, sus tiempos y consecuencias (que esperar, deserción, asistencia orientación permanente)⁸².

El Observatorio de Equidad de Género en Salud, señaló que "las limitaciones de la institucionalidad para sancionar la violencia contra las mujeres han generado un contexto de gran impunidad, que tiene su base en las definiciones de violencia que contiene la ley, en la insuficiencia de los recursos asignados y en la débil capacitación de las personas que operan el sistema"⁸³.

Lo anterior constata que el problema en materia de violencia contra las mujeres en cuanto al acceso a la justicia es el cómo es interpretado por parte de funcionarios/as del poder judicial, del sistema de salud asociado y de los organismos auxiliares como Carabineros y Policía de Investigaciones. El Poder Judicial y los/as operadores/as de justicia siguen siendo un obstáculo a la hora de analizar los casos con perspectiva de género. Si bien han comenzado a realizarse capacitaciones en ese sentido, queda mucho por hacer. "La existencia de prejuicios y estereotipos de género en los funcionarios del sistema de justicia que colocan en desventaja a las mujeres", son barreras que limitan el acceso a la justicia⁸⁴. Por otro lado, los juzgamientos y sanciones suelen ser deficientes, y las sentencias condenatorias no se condicen con la cantidad de denuncias realizadas⁸⁵.

b. Jurisprudencia

La vía jurisdiccional, en la práctica, no ha sido útil a la hora de fortalecer el concepto de acceso a la justicia en casos de violencia contra las mujeres. Como se analizó anteriormente, existe un problema cultural en los/as jueces/zas que impide la aplicación de una perspectiva de género y la garantía efectiva de medidas protección. Por otro lado, entienden que el problema en este caso es de políticas públicas, en tanto reconocen los deberes del Estado de actuar según la normativa internacional y reconocen la labor del SERNAM al realizar asistencia jurídica especializada:

"Desde la perspectiva de una justicia procesal la normativa recogida en la síntesis precedente tiene una lectura influenciada por el artículo 19 N° 3, el cual instituye la racionalidad y la justicia en los procedimientos que sigan los tribunales competentes

82 *Ibid.* 254

83 Observatorio de Equidad de Género y Salud. (2013) Informe Monográfico 2007-2012 "Violencia de Género en Chile", p. 30.

84 DPLF e IDL (2009). Obstáculos para el acceso a la justicia en las Américas. Estudio presentado ante el Comité Jurídico Interamericano.

85 Riveros, Francisca (2010). acceso a la Justicia y Violencia contra la mujer artículo, en UDP, Informe Anual de Derechos Humanos en Chile, p. 186

para obtener sentencias idóneas. Así, bajo su potestad jerárquica normativa y conforme a ella, se ha entregado el conocimiento de estas delicadas materias a la judicatura especial integrada con asesores especialistas y funcionando con redes de apoyo como las que aporta SERNAM de manera de asegurar la efectiva comprensión del conflicto, cuyos contenidos vienen traspasados por las emociones de los involucrados, entre otros componentes.”⁸⁶

La propia jurisprudencia, en este caso, reconoce la necesidad de políticas públicas para superar el fenómeno de violencia contra la mujer y la necesidad de una defensa especializada en el tema.

Es más, como señalamos anteriormente, muchas veces es un obstáculo. Por ejemplo, en la reciente sentencia de la Corte de Apelaciones de La Serena, dicho Tribunal confirmó la utilización de la atenuante de arrebató u obsecación en un caso de femicidio frustrado, debido al arrebató que le habría producido a la pareja de la víctima el conocimiento de una infidelidad⁸⁷.

c. Políticas públicas

Debido a lo anterior, se requiere la aplicación de políticas públicas con perspectiva de género, lo que “supone un diagnóstico del(os) problema(s) donde se reconoce que existen necesidades diferenciadas atendiendo a la adscripción de género, como también en el impacto que tendrían las acciones, medidas, políticas etc. del Estado orientadas a la solución de la problemática”⁸⁸. Dichas políticas deben ser desde una perspectiva intersectorial, nacional e integral; la ausencia de una política de esas características vulnera las convenciones internacionales en la materia⁸⁹, y deben propender al mejoramiento del acceso a la justicia de mujeres víctimas de violencia.

En nuestro país, el Servicio Nacional de la Mujer (SERNAM), actual Ministerio de la Mujer, tiene como una de sus iniciativas centrales “contribuir a la autonomía física de las mujeres con la erradicación de toda forma de violencia, tanto en lo público como en lo privado, a través de la prevención, atención, protección y reparación del daño psicosocial, además de promover el acceso a la justicia de las víctimas mediante un sistema especializado de atención para estos

86 Corte de Apelaciones de Punta Arenas, rol 28-2012, de fecha 4/5/2012, considerando segundo

87 Corte de Apelaciones de La Serena, rol 159-2016, de fecha 31/5/2016, considerando séptimo.

88 SERNAM. (2004) Departamento de Estudios “Políticas públicas y género”, Santiago de Chile.

89 Observatorio de Equidad de Género y Salud. (2013) Informe Monográfico 2007-2012 “Violencia de Género en Chile”, p. 33.

fines⁹⁰. Para esto, se analizarán las propuestas de políticas públicas referidas a: i) la creación de centros especializados de atención para mujeres víctimas de violencia ii) la realización de campañas mediáticas de sensibilización iii) énfasis en la primera respuesta del sistema con respecto a casos de femicidio iv) asistencia telefónica (Fono Sernam) v) mecanismos de intervención para proteger a las víctimas de violencia (botones de pánico) vi) capacitaciones:

i) Como parte de dichas políticas, y referido al derecho a ser asistido por centros especializados en el tema (como vimos en la jurisprudencia), el año 2006 se creó el plan de Centros de la Mujer, servicios que otorgan asistencia jurídica y terapéutica gratuita a mujeres que sufren o han sufrido violencia por parte de sus parejas. Asimismo, dichos centros entregan asistencia gratuita, no importando el nivel socioeconómico de la mujer, lo que resulta fundamental a la hora de otorgar una mayor protección de sus derechos, debido a que es un fenómeno que afecta a las mujeres en su generalidad sin distinguir clase social o etnia. Esta política viene a fortalecer el acceso a la justicia de las mujeres, sobre todo porque muchas no denunciaban precisamente por temor a ser juzgadas y a recibir un trato discriminatorio⁹¹.

En la cuenta pública del año 2015, el SERNAM señala que su énfasis está puesto en la "prevención, atención, protección, reparación y acceso a la justicia de las mujeres que viven violencia"⁹². Además, se señaló que se dispusieron 97 Centros de la Mujer en el País, junto a un Centro Intercultural en Alto Biobío y un Centro Móvil Intercultural en la Región de La Araucanía, que cuenta con los mismos servicios que el resto de los Centros de la Mujer, teniendo una cobertura en 279 comunas del país⁹³.

Además, durante 2014 el Sernam contó con tres Centros de Prevención y Atención Reparatoria para Mujeres Víctimas de Agresiones Sexuales y los Centros Reparatorios de Violencia Sexual (CVS Mujeres) en las regiones Metropolitana, Valparaíso y Biobío, que tenían la finalidad de otorgar atención psicosocial y jurídica –con sentido reparatorio, socio educativo y transformador-, a mujeres adultas que han sido víctimas de agresiones sexuales⁹⁴. Por otro

90 Cuenta pública sectorial SERNAM (2015). [En línea]. Disponible en: http://www.gob.cl/cuenta-publica/2015/sectorial/2015_sectorial_servicio-nacional-de-la-mujer.pdf, p. 698. El destacado es nuestro.

91 Comisión IDH (2007). acceso a la Justicia para las Mujeres Víctimas de Violencia en las Américas.

92 Cuenta pública sectorial SERNAM (2015). [En línea]. Disponible en: http://www.gob.cl/cuenta-publica/2015/sectorial/2015_sectorial_servicio-nacional-de-la-mujer.pdf, p. 701

93 Durante 2014 ingresaron 20 mil 393 mujeres, de ellas un 66,8 por ciento egresó de la intervención, es decir, termina favorablemente su proceso; un 30 por ciento interrumpe o deserta de la intervención y un 3 por ciento es derivadas a otras instancias de atención. El 86 por ciento de las mujeres ingresadas a los centros con signos de violencia física grave o vital fue patrocinada judicialmente. De las mujeres que se les realizó seguimiento, un 98,07 por ciento mantuvo o mejoró los logros alcanzados al egreso de los Centros de la Mujer. En Cuenta pública sectorial SERNAM (2015). [En línea]. Disponible en: http://www.gob.cl/cuenta-publica/2015/sectorial/2015_sectorial_servicio-nacional-de-la-mujer.pdf

94 Cuenta pública sectorial SERNAM (2015). [En línea]. Disponible en: <http://www.gob.cl/cuenta-publica/2015/secto->

lado, se realizaron acciones de sensibilización y capacitación sobre violencia sexual, a más de 2.792 personas, dando prioridad a los agentes involucrados en la ruta de las mujeres para denunciar, como Carabineros, PDI, Fiscalías y Salud⁹⁵.

ii) En relación a las campañas mediáticas desde el SERNAM, éstas tienen como objetivo fomentar las denuncias e identificar por otro lado, hechos que constituyen violencia. El año 2014, se realizó una política de difusión permanente, que buscaba establecer en el discurso público, contenidos de prevención de la violencia contra la mujer; incorporando para esto al Consejo Nacional de Televisión en el Plan Nacional de Acción. Además, se realizaron dos campañas de sensibilización: “Esto es Violencia”, que abordó las variadas formas de control, manipulación, maltrato y violencia contra las mujeres, con el propósito de promover un cambio cultural, basado en la igualdad de género; y, “Mujeres es nuestro Derecho vivir sin violencia”.

iii) Se buscó mejorar el cuidado y la primera respuesta que da el sistema en casos de femicidio, en cuanto a la asistencia, el acceso a la justicia y la sanción –tanto a las víctimas directas como a sus familiares–. Esto, a través de la creación del espacio intersectorial “Circuito de Femicidios”, y a través de la acción institucional del Sernam para casos de Femicidios y de Connotación Pública en Violencia contra la Mujer⁹⁶. Cabe recalcar que el año 2014, en nuestro país ocurrieron 40 femicidios consumados, el año 2015 se registraron 45 femicidios y hasta la fecha, el año 2016 han ocurrido 28 femicidios consumados⁹⁷. Esto, sin contar los casos de femicidios frustrados, que el año 2014 llegaron a un número de 103, y que hasta el 21 de octubre del 2016 llega a la cifra de 101. En la mayoría de estos casos, el Sernameg (ex Sernam) ha presentado querellas en el sistema penal.

iv) Con el fin de mejorar el acceso a la justicia de las mujeres víctimas de violencia, debido a lo masificado del fenómeno de la violencia, se elaboró una política de atención telefónica, que buscó facilitar y mejorar el tiempo de atención, mejorando la cobertura tanto en el territorio nacional como en el tiempo, pues la disponibilidad de este servicio es las 24 horas y los 365 días del año⁹⁸.

rial/2015_sectorial_servicio-nacional-de-la-mujer.pdf. Durante el mismo año los CVS Mujeres entregaron orientación, información y reparación a 706 mujeres.

95 *Ibíd.*

96 *Ibíd.*

97 Información disponible en portal web del Ministerio de la Mujer y Equidad de Género: <http://www.minmujeryeg.gob.cl/sernameg/programas/violencia-contra-las-mujeres/femicidios/>, [consulta: 23 de octubre de 2016]

98 El 2014 se recibieron 26 mil 767 llamadas al Fono Sernam.

v) Por otro lado, mecanismos de protección y seguimiento a las víctimas son fundamentales a la hora de continuar con el proceso judicial, y de garantizar una efectiva protección. El año 2014 se logró realizar seguimiento a 57 mil 922 mujeres en virtud de partes de denuncias de Carabineros; se entregaron mil 423 botones de emergencia a mujeres en riesgo de violencia y se logró contactar a quince mil 590 mujeres derivadas del Centro de Medidas Cautelares del Tribunal de Familia de Santiago. Ahora bien, uno de los problemas identificados es la falta de coordinación entre los distintos sistemas, que son vistos como sistemas particulares, y no como un sistema interconectado de protección.

vi) Finalmente, el trabajo estuvo enfocado en la realización de capacitaciones sobre violencia de género, en tanto la prevención entiende que se debe desnaturalizar dicha violencia, a través del cuestionamiento a patrones y estereotipos de género, entre otras. Para ello, los principales ejes de trabajo el año 2014 fueron la sensibilización en la comunidad, la capacitación y la generación de conocimiento sobre el fenómeno de la violencia contra las mujeres. Participaron en las actividades de capacitación 523 personas.

Por lo tanto, las políticas públicas elaboradas por el Ministerio de la Mujer y Equidad de Género y Sernameg (ex Sernam) ayudan a configurar el derecho de acceso a la justicia de las mujeres víctimas de violencia en los tres niveles asociados a este derecho: información, proceso y ejecución.

Privados de libertad

a. Problema: Legislación y Reglamentos

Los estándares internacionales establecen que las personas privadas de libertad tienen derecho de acceder a la justicia debiendo el Estado proveerles mecanismos que lo permitan, entendiendo además la especial posición de sujeción en que se encuentra⁹⁹. Esto se expresa en la posibilidad de solicitar controles judiciales para determinar si la privación de libertad se ajusta a derecho o no, en la posibilidad de poder controlar las condiciones de detención y de impedir los tratos crueles, inhumanos y/o degradantes, entre otros¹⁰⁰. En este sentido, el

99 Corte IDH. *Caso "Instituto de Reeducción del Menor" Vs. Paraguay. (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)*. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C. No. 112, párr. 152; Corte IDH. *Caso Caesar Vs. Trinidad y Tobago. (Fondo, Reparaciones y Costas)*. Sentencia 11 de marzo 2005. Serie C. No. 123, párr. 97; Corte IDH. *Caso Fermín Ramírez Vs. Guatemala. (Fondo, Reparaciones y Costas)*. Sentencia de 20 de junio de 2005. Serie C. No. 126, párr. 118.

100 INDH (2012), *Estándares internacionales en materia de personas privadas de libertad y condiciones de los centros penitenciarios: sistematización, análisis y propuestas*, Santiago, Chile.

artículo 25 de la CADH mencionado en el primer apartado, adquiere una connotación especial cuando estamos ante personas privadas de libertad. Existe a su vez, normativa específica con respecto a personas detenidas, por un lado, el Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquiera Forma de Detención, que señala en su principio 4: “Toda forma de detención o prisión y todas las medidas que afectan a los derechos humanos de las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión deberán ser ordenadas por un juez u otra autoridad, o quedar sujetas a la fiscalización efectiva de un juez u otra actividad”¹⁰¹.

En este sentido, como se señaló anteriormente, se cuenta en la normativa nacional con el recurso de amparo o habeas corpus. En la legislación encontramos además el “amparo ante el juez de garantía” (artículo 95 del Código Procesal Penal) y una serie de garantías establecidas en el Código Procesal Penal (artículos 19, 93, 98, 102, entre otras). El derecho a defensa está garantizado a nivel constitucional (artículo 19 n°3 inciso 2), el que se concreta en el Código Procesal Penal, en sus artículos 7, 8, 93 y 466.

Ahora bien, con respecto a la normativa penitenciaria, el Reglamento de Establecimientos Penitenciarios reconoce en su artículo 9° el derecho que tienen los/as internos/as de presentar recursos legales y el derecho a petición y queja ante las autoridades penitenciarias; el artículo 58 a su vez, precisa el derecho a petición señalando que el Alcaide deberá contestar las peticiones por escrito o en forma verbal, no pudiendo negarse a tramitarlas; y en el artículo 82, se consagra el derecho a ser oído antes de aplicar las sanciones a los/as internos/as por parte del Jefe del Establecimiento. Por otro lado, la Ley de Bases de Procedimientos Administrativos (19.880), establece el derecho de defensa material de personas privadas de libertad (artículos 10, 17 letra f) y 22)¹⁰². Asimismo, la Ley N° 19.718 que crea la Defensoría Penal Pública lo señala en sus artículos 2 y 35 (proporcionar defensa penal a imputados que carezcan de abogado). Ahora bien, en relación a normativa penitenciaria no existe norma que establezca el derecho a designar un defensor¹⁰³.

Por tanto, la legislación ha sido complementada por medidas administrativas, como la dictación del Reglamento de Establecimientos Penitenciarios¹⁰⁴, mencionado anteriormente, que ha desarrollado específicamente los aspectos relevantes del derecho de acceso a la justicia de

101 Adoptado por la Asamblea General en su resolución 43/173, de 9 de diciembre de 1988.

102 Ejecución de la pena privativa de libertad: una mirada comparada (2014). Colección documentos de trabajo N° 17. [En línea]. Disponible en: <<http://www.dpp.cl/resources/upload/94ea454848933ba928bc545a14f3c0bb.pdf>>, p. 115.

103 *Ibid.* 116.

104 Reglamento de establecimientos penitenciarios, Decreto 518, 22/05/1998. [En línea]: <<http://www.leychile.cl/Navegar?Idnorma=123280>>

las personas privadas de libertad. En efecto, el artículo 9° del reglamento establece el derecho de los internos para dirigirse a las autoridades competentes y formular las reclamaciones y peticiones pertinentes, a través de los recursos legales; pudiendo también, presentar quejas sobre las condiciones carcelarias. Si bien existe un avance, como vimos existe una serie de vacíos normativos.

En dicho sentido, la legislación y las normas reglamentarias consagran el derecho a solicitar la tutela judicial. Sin embargo, esto no ha implicado una mejoría sustancial de las condiciones carcelarias de las personas privadas de libertad, ni una racionalización en la utilización de medidas cautelares (en particular la prisión preventiva)¹⁰⁵, entre otras¹⁰⁶. Por lo tanto, no ha tenido el efecto de garantizar otros derechos fundamentales, como la integridad personal, entre otros.

En materia de condiciones carcelarias, la tutela judicial no ha sido una vía útil en Chile para mejorar las condiciones o al menos, para crear un debate profundo a partir de una actuación judicial efectiva como ha sido el caso de otras jurisdicciones¹⁰⁷. Un ejemplo en este sentido ha sido la aplicación de sanciones al interior de recintos carcelarios¹⁰⁸. En Chile con la actual legislación existe un serio problema de acceso a la justicia en casos de aplicación de sanciones al interior de las cárceles, donde en los hechos no existe control jurisdiccional alguno en la materia y solo ha habido algunos avances vía administrativa¹⁰⁹.

Por lo tanto, a pesar de que la normativa legal y los reglamentos reconocen un derecho de las personas privadas de libertad a reclamar por sus condiciones ante la autoridad administrativa, "ningún cuerpo legal contempla un recurso que tenga por finalidad específica impugnar judicialmente una resolución dictada por la administración penitenciaria"¹¹⁰, lo que implica un vacío en la legislación que conlleva la indefensión de dichas personas y la consiguiente impunidad de actos que vulneran sus derechos humanos.

105 INDH (2014), *Situación de los Derechos Humanos en Chile: Informe Anual*, p. 76. De un estudio se estima que de 10 solicitudes de prisión preventiva, 9 son acogidas, lo que contrasta con la opinión pública de la "puerta giratoria".

106 Sin perjuicio de ello, la Reforma Procesal Penal sí implicó una mejoría sustancial en dichos procedimientos, estando al debe el Estado de Chile en la mejoría y modernización de la situación carcelaria.

107 El caso de la Corte Constitucional colombiana es el más interesante en la materia. Ver T-153/98.

108 Nash, Claudio, et.al (2013). *Personas privadas de libertad y medidas disciplinarias en Chile: análisis y propuestas desde una perspectiva de derechos humanos*, Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho Universidad de Chile.

109 Reforma reglamentaria en materia de aplicación de sanciones, del año 2013, dictada por el Ministerio de Justicia.

110 Ejecución de la pena privativa de libertad: una mirada comparada (2014). Colección documentos de trabajo N° 17. [En línea]. Disponible en: <<http://www.dpp.cl/resources/upload/94ea454848933ba928bc545a14f3c0bb.pdf>>, p. 204.

Por otro lado, un elemento central del acceso a la justicia, es el acceso efectivo a servicios jurídicos prestados por una abogacía independiente¹¹¹. Se han registrado serios problemas de asistencia letrada especializada para las personas privadas de libertad, abogados y/o egresados que se aprovechan de dichas personas y la posición de vulnerabilidad en la que se encuentran, lo que afecta directamente su derecho de acceso a la justicia.

“La defensa técnica aparece entonces como un requisito para garantizar la igualdad de armas en el proceso penal, una de las características del debido proceso en un Estado de derecho, a fin de evitar la desigualdad de medios que poseen las personas perseguidas penalmente y el Estado. Esta situación de desigualdad entre el individuo y las instituciones estatales, se mantiene e incluso se agrava respecto de aquellas condenadas y privadas de libertad. No garantizar la defensa técnica en los casos en que los internos no están capacitados para defenderse por sí mismos significa desvirtuar el derecho de defensa tornándolo de imposible cumplimiento”¹¹².

b. Jurisprudencia

La jurisprudencia ha dado cuenta de los problemas a los que se enfrentan las personas privadas de libertad en lo referente al acceso a la justicia, particularmente debido a la posición de vulnerabilidad y sujeción especial en la que se encuentran. Una de las discusiones centrales, se ha referido al derecho a defensa. En efecto es interesante lo resuelto por la Corte Suprema:

“Es importante considerar que la defensa penal pública penitenciaria tiene características particulares, reconocidas en las Bases Administrativas y en el contrato de prestación de servicios, que la diferencian de la defensa penal tradicional. Entre estas especificidades está el hecho que los beneficiarios del sistema son personas que permanecerán privadas de libertad durante períodos prolongados de tiempo, y por lo tanto, constituyen un grupo en condición de alta vulnerabilidad, sometidas a custodia y vigilancia de la autoridad penitenciaria. Ello determina que el quehacer del desempeño de los defensores penales debe estar orientado al aseguramiento de los derechos humanos fundamentales, la satisfacción de las necesidades básicas y el acceso, en los casos que corresponda, a los servicios intrapenitenciarios que posibiliten la postulación a algún beneficio. Otra particularidad del trabajo de los defensores penales, radica en la existencia de una normativa especializada referida a las actuaciones y gestiones que se llevan a cabo en la etapa de ejecución de la sentencia, y que requiere, por lo tanto, de un manejo óptimo al respecto.

111 *Ibíd.* 114.

112 *Ibíd.* 15.

“Es importante considerar que en esta materia existen una serie de instrumentos internacionales –Carta de derechos de las personas ante la justicia en el espacio judicial iberoamericano y las 100 Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas de vulnerabilidad– que resaltan la relevancia del asesoramiento técnico-jurídico especializado para la efectividad de los derechos de las personas privadas de libertad”.

“De esta manera, la absoluta falta de diligencia y rapidez constatada en relación con la atención que los abogados prestadores del servicio de defensa penal penitenciaria brindaron a 5 de los usuarios, sumado a la ausencia de la debida información respecto del estado de sus solicitudes, no solo constituye el incumplimiento de una obligación calificada como “esencial”, sino que configura una inobservancia gravísima, teniendo en consideración que se trata del objeto mismo para el cual se celebró el contrato de prestación de servicios, y la condición de alta vulnerabilidad de los imputados afectados por la deficiente atención recibida.”¹¹³.

Además, la misma Corte Suprema ha pleneado ciertos requisitos mínimos con los que debe darse esta defensa técnica:

“Como aparece evidente en el caso de autos, el imputado Sanquea no eligió defenderse personalmente, sino que confió su defensa en una supuesta abogada, quien ejercía labores lícitas para la Defensoría Penal Pública, sin contar con título habilitante para dicha función, terminando condenada. De este modo, la situación que se produjo fue que el Estado no pudo dar cumplimiento a su obligación de arbitrar los medios para otorgar asesoramiento y defensa jurídica a quien no podía procurárselos, desde que en la base de la situación en estudio se produjo una irregularidad que condujo a error a todos los intervinientes y que derivó que el acusado simplemente no contó con defensor letrado que representara sus intereses, vulnerándose sus derechos constitucionales.”¹¹⁴

Por otro lado, se ha ampliado el mecanismo de “cautela de garantía” del artículo 10 del CPP por la jurisprudencia:

“Se ha entendido por la jurisprudencia que la cautela de garantías comprende cualquier situación, que a juicio del tribunal, pudiere conculcar alguno de los derechos establecidos en la constitución, en la ley o en los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes, relativos a las garantías procesales del imputado o condenado. Así, se ha utilizado en casos de imposibilidad material

113 Corte Suprema, causa rol 2399-2013, de fecha 13/08/2013 considerando 17°

114 Corte Suprema, causa rol 6131-2013, de fecha 16/10/2013, considerando séptimo; Corte Suprema, causa rol 6068-2013, fecha 14/10/2013.

de ejercer el derecho a la defensa (déficit cognitivo no constitutivo de enajenación mental); imposibilidad de ejercer una defensa técnica; afectación de cualquier otra dimensión del debido proceso; control de los actos administrativos de la autoridad penitenciaria (sanciones disciplinarias, traslados, etc.).¹¹⁵.

c. Vías administrativas y políticas públicas

En cuanto a políticas públicas, se aprecia que las personas privadas de libertad han sido constantemente excluidas de los procesos de modernización del Estado¹¹⁶, siendo muchas veces la sociedad civil y centros de estudio los que han llamado la atención sobre las condiciones carcelarias. La Defensoría Penal Pública ha sido relevante en este sentido al implementar en un comienzo un plan piloto para ofrecer una defensa penitenciaria proporcionada por un servicio público y de calidad, en el marco del objetivo de dicha institución de mejorar el acceso a la justicia de grupos sujetos a condiciones de vulnerabilidad¹¹⁷. Actualmente cuenta con una unidad especializada en torno a la defensa penitenciaria¹¹⁸.

Por otro lado, resulta relevante el rol del INDH, institución que ha colaborado en la elaboración de convenios con Gendarmería, precisamente para aportar a que Gendarmería cumpla con los estándares internacionales en la materia y que constantemente está patrocinando recursos ante situaciones de vulneración de derechos dentro de las cárceles. El año 2012, se firmó un convenio de colaboración entre ambas instituciones. Posterior a ello, se creó en Gendarmería la Unidad de Protección y Promoción de los Derechos Humanos, entre sus tareas específicas incluye la promoción de actividades de capacitación que incentiven una cultura de los derechos humanos en los funcionarios/as de dicho servicio¹¹⁹.

Por lo tanto, en materia de personas privadas de libertad existe un déficit en la administración de justicia. Esto, debido a la ausencia de legislación específica con respecto al cumplimiento de las penas, pues de la investigación encontramos que los/as internos/as tienen que hacer uso de normas genéricas y normas administrativas que, sumado a la desprotección en la que se encuentran –lo que se expresa en la referencia de la jurisprudencia al derecho a defensa–, impide un ejercicio efectivo del derecho de acceso a la justicia.

115 Ejecución de la pena privativa de libertad: una mirada comparada (2014). Colección documentos de trabajo N° 17. [En línea]. Disponible en: <<http://www.dpp.cl/resources/upload/94ea454848933ba928bc545a14f3c0bb.pdf>>, p. 207.

116 INDH (2012), Estándares internacionales en materia de personas privadas de libertad y condiciones de los centros penitenciarios: sistematización, análisis y propuestas, Santiago, Chile, p. 130.

117 *Ibid.* 140.

118 Para mayor información, véase <<http://www.dpp.cl/pag/182/395/descripcion>>

119 Ver: http://www.gendarmeria.gob.cl/organigrama_nuevo/sitio_derechos_humanos.html

Pueblos indígenas

Los recursos para hacer exigibles los derechos reconocidos a los pueblos indígenas deben ser culturalmente accesibles, esto es, en cuanto a su presentación y tramitación. Deben adecuarse a las tradiciones comunitarias, a la lengua, a las formalidades propias de la cultura y ser resueltos de acuerdo con un procedimiento adecuado a los fines perseguidos. Al respecto, en el caso *Fernández Ortega y otros vs. México*, sobre una mujer indígena que fue violada sexualmente por militares que se encontraban en el Estado de Guerrero en el marco de la lucha contra la delincuencia organizada, la Corte IDH consideró que la imposibilidad de denunciar el delito de que fue objeto y de recibir información en su idioma en los momentos iniciales "implicó, en el presente caso, un trato que no tomó en cuenta la situación de vulnerabilidad de la señora Fernández Ortega, basada en su idioma y etnicidad. Con base a lo anterior, la Corte considera que el Estado incumplió su obligación de garantizar, sin discriminación, el derecho de acceso a la justicia"¹²⁰.

a. Problema: una interpretación sin consideración de la identidad cultural

En el caso de los pueblos indígenas en Chile, los mayores obstáculos para el acceso a la justicia se presentan en la aplicación de la normativa existente por parte de los/as operadores/as de justicia, que desconocen las particularidades propias de este grupo.

En el caso de Chile, no existe una legislación especial sobre acceso a la justicia de comunidades indígenas. Pese a ello, existen disposiciones (como el artículo 54 de la ley indígena¹²¹), que leída en conjunto con las obligaciones del Estado consagradas en el Convenio 169 de la OIT, permitirían incorporar la costumbre como derecho en un juicio, así como instituciones que facilitarían considerar las particularidades de las comunidades en procedimientos judiciales, tales como la mediación intercultural y el peritaje antropológico¹²².

120 Y luego agregó que "[...] reitera que durante la investigación y el juzgamiento, el Estado debe asegurar el pleno acceso y capacidad de actuar de la víctima en todas las etapas. En un caso como el presente en el que la víctima, mujer e indígena, ha tenido que enfrentar diversos obstáculos en el acceso de la justicia, el Estado tienen el deber de continuar proporcionando los medios para que la víctima acceda y participe en las diligencias del caso, para lo cual debe asegurar la provisión de intérprete y apoyo desde una perspectiva de género, en consideración de sus circunstancias de especial vulnerabilidad". Véase: Corte IDH. *Caso Fernández Ortega y otros. Vs. México. (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas)*. Sentencia de 30 de agosto de 2010 Serie C, No. 215, párrs. 201 y 230.

121 Ley N°19.253 que "establece normas sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas y crea la CONADI".

122 Sobre la materia véase: Yañez, Nancy y Bertini, Leonello (2013). Pluralismo jurídico: derecho indígena y justicia nacional. En: *Anuario de Derechos Humanos* N°9, Centro de Derechos Humanos Facultad de Derecho Universidad de Chile.

En este sentido, los déficits en el acceso a la justicia no tienen que ver con deficiencias normativas, sino con problemas culturales a la hora de realizar un ejercicio hermenéutico que se haga cargo de la identidad cultural de las comunidades indígenas en el acceso a la justicia en condiciones de igualdad. Como destacan Yañez y Bertini, "el análisis jurisprudencial evidencia el desconocimiento del juzgador respecto del fenómeno cultural que configura la costumbre. Recurrentemente se aduce, sin bases antropológicas, la existencia de un fenómeno de aculturación"¹²³. En el estudio realizado por estos investigadores, en la jurisprudencia analizada se evidencian decisiones basadas en estereotipos discriminatorios¹²⁴.

En materia de reconocimiento de jurisdicción especial indígena el camino es aún más difícil y el acercamiento a formas propias de resolución de conflictos más lejano. Así por ejemplo, sostuvo la Corte de Apelaciones de Concepción:

"Una sentencia dictada por la comunidad a la que pertenece el imputado o una sanción penal impuesta por ellos, no es compatible con nuestro sistema jurídico nacional, de manera que no tiene aplicación el artículo 9° antes transcrito [Convenio 169 de la OIT]. En efecto, el artículo 76 de la Constitución Política de la República dispone que: 'La facultad de conocer las causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado, pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley'. El artículo 19° de la Carta Fundamental, en su numeral 3°, al establecer la garantía de la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos, expresa, en su inciso 7°, que: 'Nadie puede ser juzgado por comisiones especiales, sino por el tribunal que le señale la ley y que se halle establecido con anterioridad por ésta' [...]"¹²⁵.

Pese a ello, existen ejemplos aislados de jurisprudencia que van en el sentido contrario y que permiten afirmar que el problema no es normativo, sino hermenéutico. Uno de los *leading cases* en este ámbito lo constituye un juicio donde la utilización del peritaje antropológico para probar la costumbre fue determinante para absolver a dos imputadas que portaban hojas de coca:

"Entonces, lo que estos sentenciadores entienden, y de ahí su convicción absoluta, es que las acusadas, no obstante realizar una conducta reprochable, lo hicieron siguiendo las formas y simbolismos propias de su cultura, lo que significa que ellas, en su conciencia y fuero interno, no tuvieron la intención de traficar las hojas de coca, sino

123 *Ibid.* 157.

124 Véase, entre otras: Corte de Apelaciones de Punta Arenas, causa rol 75439, de fecha 14/02/2002; Corte de Apelaciones de Concepción, causa rol 1344-2003, de fecha 18/02/2003, rol; Tribunal Oral en lo Penal de Arica, causa rit 221-2009, de fecha 11/10/2010.

125 Corte de Apelaciones de Concepción, causa rol 195-2014, de fecha 2/05/2014.

entregárselas a una persona que, como creyente, las iba a utilizar en una festividad religiosa”¹²⁶.

b. Políticas públicas

En materia penal es donde persisten las mayores dificultades de acceso a la justicia, principalmente, por un reconocimiento limitado de las formas de resolución de conflictos de las comunidades indígenas. La Defensoría Penal Pública, en este sentido, se encuentra realizando esfuerzos para el reconocimiento de la costumbre y los mecanismos de resolución de conflictos en materia penal respecto de imputados mapuche a través de la Defensoría Indígena¹²⁷.

En esta misma línea, como política pública que tiene por objetivo acortar las brechas de acceso a la justicia de la población indígena, se ha creado la figura de los mediadores o facilitadores interculturales (que no solo operan en el ámbito de la justicia, sino también en salud o educación por ejemplo). En el ámbito penal, son los encargados de colaborar en la prestación de defensa, realizando tareas como intérprete/traductor, facilitar la comprensión de la cultura del imputado por parte de defensores y jueces (tradiciones, creencias, costumbres, etc.), y realizar difusión de derechos al interior de las comunidades, entre otros. Los facilitadores están dispuestos estratégicamente en algunas de las zonas geográficas con mayor presencia de población originaria (Arica, Iquique, Calama, Cañete y Temuco), y su ámbito de trabajo es regional¹²⁸.

126 Tribunal Oral en lo Penal de Calama, causa rit 66-2010, de fecha 6/10/2007. Citado en: LILLO, Rodrigo. Justicia penal y derechos indígenas: el largo camino del reconocimiento de la diversidad. *Rev. Austral cienc. Soc.*, 2015, no.28, p.99-115.

127 Al efecto, la Defensoría ha diseñado un modelo de "Defensa Penal para Imputados Indígenas". Véase [en línea] < <http://www.dpp.cl/resources/upload/bbff843724ee902561ab8def3ea5cf37.pdf> > Con la ratificación del Convenio 169 en septiembre del 2008, la Defensoría Penal Pública comenzó a trabajar en la elaboración de un Modelo de Defensa Penal Indígena, que permitiera a la institución prestar defensa de calidad a imputados pertenecientes a los pueblos originarios. En el año 2012 se implementa el Modelo de Defensa Penal para imputados indígenas, permitiendo a la institución otorgar defensa penal a través de abogados especializados en materias indígenas, que hayan sido capacitados en materias relativas a interculturalidad, Convenio N° 169 de la OIT, nociones de Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Derecho Constitucional, Derecho Penal con enfoque en la diversidad cultural de los pueblos originarios, etc. Esta preparación se ha llevado adelante a través de las Academias de Defensa Penal para Imputados Indígenas, actividad anual que se realiza para formar nuevos defensores especializados y para perfeccionar y profundizar conocimientos de defensores que cuentan ya con la especialidad. Esto ha permitido que en la institución existan al día de hoy más de 200 profesionales capacitados en la materia, de los cuales 174 son defensores públicos. En: LILLO, Rodrigo. Justicia penal y derechos indígenas: el largo camino del reconocimiento de la diversidad. *Rev. Austral cienc. Soc.*, 2015, no.28, p. 99-115.

128 *Ibid.*

Conclusiones

El derecho de acceso a la justicia en nuestro país se ha construido a partir de lo establecido en la normativa, la jurisprudencia y las políticas públicas, y se constituye como un derecho humano que debe ser garantizado para todos y todas en condiciones de igualdad.

En cuanto al estándar normativo, este no consagra expresamente en la Constitución el derecho de acceso a la justicia, pero sí se reconoce implícitamente en el artículo 19 N° 3, que garantiza la igual protección ante la ley. A través de este artículo visualizamos ciertos elementos que componen el acceso a la justicia, tales como el derecho a defensa, el derecho a la tutela judicial, a la asistencia jurídica gratuita y el derecho a un procedimiento y a una investigación racional y justa. A su vez, la propia Constitución reconoce las acciones de protección y amparo (habeas corpus), teniendo eso sí la primera limitaciones para la tutela de ciertos derechos (particularmente los derechos económicos, sociales y culturales que no pueden ser protegidos por dicha vía).

A mediados de los años 90', se crearon e implementaron una serie de medidas que buscaban la modernización del Estado, y dentro de ellas, un mejoramiento del acceso a la justicia, a través de la creación de una institucionalidad que permitiera efectivamente dicho derecho (entiéndase por esto las reformas al poder judicial en sus diversas áreas, como lo analizamos con anterioridad). Si bien uno de los objetivos fue mejorar el acceso a la justicia para hacerlo asequible a sectores tradicionalmente excluidos, las reformas permitieron el mejoramiento del acceso a la justicia para todos/as, estando al debe, la reforma procesal civil que aún no permite que hablemos de un acceso a la justicia para todos/as en dicha área debido a la demora excesiva de los procesos, al excesivo formalismo y la onerosidad, entre otros factores.

Con respecto a la jurisprudencia, esta ha ido evolucionando desde entenderlo solo como un derecho a la acción hacia un concepto más amplio de acceso a la justicia, incorporando elementos mencionados ya anteriormente (derecho a defensa, asistencia jurídica gratuita, derecho a ser oído, etc.) pero sin mayor claridad conceptual en cuanto a diferenciarlo del derecho a un debido proceso o del derecho a la tutela judicial.

Ahora bien, de lo expuesto en el trabajo encontramos que el concepto de acceso a la justicia está claramente relacionado con el acceso a tribunales, en el entendido que son los únicos órganos establecidos para solucionar los conflictos jurídicos de las personas. Hay poco desarrollo en cuanto a otras formas de acceso a la justicia, sean los medios alternativos de

solución de conflicto, justicia comunal o el desarrollo de justicia indígena, lo que aún es visto más alejado con respecto a lo que se entiende, normativa y jurisprudencialmente, como acceso a la justicia. Debido a esta noción, los conceptos y las elaboraciones que se desarrollan para mejorar el acceso a la justicia, son con respecto a eliminar ciertas barreras que no permiten el acceso a tribunales o que –ya ingresando a estos–, no permiten la igualdad de armas (pero siempre dentro de la lógica de los tribunales formales).

En esa lógica, las políticas públicas desarrolladas en la materia buscan eliminar dichas barreras. Durante el desarrollo de este trabajo, pudimos apreciar que las políticas públicas están orientadas, en parte, a reducir los costos económicos para acceder a la justicia o a los tribunales y para mejorar el acceso de ciertos grupos que viven discriminación estructural. Sin embargo, si al analizar la normativa y jurisprudencia, señalamos que estaban orientadas hacia un concepto de acceso a la justicia como acceso a los tribunales, la política pública ha intentado ampliar este concepto a través del desarrollo de mecanismos alternativos de solución de conflictos y el desarrollo de planes pilotos de justicia vecinal, sumado a herramientas tecnológicas que faciliten el acceso de los ciudadanos y ciudadanas a la justicia.

Ahora bien, si entendemos el acceso a la justicia como acceso a tribunales y su desarrollo, de todas formas encontramos serias deficiencias: ámbito restrictivo del recurso de cautelar que solo busca dar protección a ciertos derechos, la ausencia del plazo razonable como elemento configurador del acceso a la justicia, y la total ausencia de la fase de ejecución, tanto en la normativa como en jurisprudencia. Por lo tanto, el estándar de acceso a la justicia no solo presenta serias fallas cuando nos enfrentamos a grupos vulnerables o vulnerabilizados, sino también con respecto a todas y todos los ciudadanos que buscan acceder a ella.

Por otro lado, si bien constatamos fallas a nivel general, el análisis que puede realizarse con respecto a grupos en situación de discriminación estructural presenta incluso más deficiencias. Las barreras lingüísticas y culturales, las barreras económicas y las barreras de género, son fenómenos comunes en América Latina que inevitablemente permean la efectividad del derecho de acceso a la justicia en grupos tradicionalmente discriminados o vulnerables. Debido a ello, se ha establecido normativa especial en algunos casos, y en otros, la jurisprudencia y la política pública han sido las que se han utilizado para paliar los déficits encontrados.

Con respecto a los inmigrantes, la normativa presenta deficiencias en cuanto a los procedimientos de expulsión, falencias que han intentado ser solucionadas a través de normas administrativas, que no están exentas de fallas, debido a que son excesivamente burocrá-

ticas (siendo los plazos excesivos), onerosas y formalistas. Al respecto, la jurisprudencia y las políticas públicas han jugado un rol relevante al intentar ampliar los derechos que la normativa nacional niega a la población inmigrante.

En cuanto a las mujeres, el problema identificado es la interpretación que los tribunales realizan y la falta de utilización de perspectiva de género al analizar los casos, la que es considerada como indispensable por la Comisión IDH y la Corte IDH al enfrentar casos de violencia contra la mujer. En este sentido, la política pública ha jugado un rol fundamental a la hora de la creación de una institucionalidad preparada para enfrentar dichos casos que busca dar las herramientas necesarias para enfrentar las situaciones con perspectiva de género.

Con respecto a las personas privadas de libertad, las deficiencias se aprecian en materia legislativa debido a la falta de acceso a la justicia que tienen dichas personas al encontrarse en los centros penitenciarios, lo que ha intentado ser remediado con la dictación del Reglamento de Establecimientos Penitenciarios. Sin perjuicio de ello, la efectividad de dichas normas es reducida para garantizar la efectividad de otros derechos (integridad personal por ejemplo), debido a que se encuentran en una situación de vulnerabilidad extrema, quedando entregada la protección de dichos derechos a organizaciones de la sociedad civil y al INDH.

Finalmente, en cuanto a grupos indígenas, los problemas de acceso a la justicia se relacionan con la falta de utilización de los estándares internacionales, en relación a la interpretación y uso que se le otorga a la costumbre indígena; así como a la falta de reconocimiento de formas de resolución propias de las comunidades indígenas. Los intentos, desde las políticas públicas, apuntan a cómo facilitar la participación de las comunidades indígenas ante los tribunales nacionales, para lo cual se comienza a implementar la figura de mediadores o facilitadores interculturales. El problema, por tanto, se refiere a cómo la administración, y la administración de justicia en particular, interpretan los derechos y libertades, situación similar ocurrida en el caso de mujeres.

Por lo tanto, en muchos de los casos vistos el problema –y a diferencia de otros países latinoamericanos–, no es con respecto a la independencia del poder judicial ni con respecto a otros poderes, sino en cuanto a la interpretación que utilizan para analizar los casos –como lo vimos en temas de violencia contra la mujer e indígena–, y a los problemas de interpretación que pueden surgir, que evidencia la falta de utilización de estándares internacionales en la aplicación hermenéutica del derecho. Este déficit podría estar relacionado con la

enseñanza del Derecho en las universidades chilenas¹²⁹, cuestión que excede los alcances de este estudio.

En conclusión, el concepto de acceso a la justicia, tanto a nivel general como si nos enfocamos en ciertos grupos, es un derecho fundamental relacionado con el acceso a tribunales debido proceso y con cómo el Estado elimina las barreras para acceder a la justicia en forma igualitaria.

Finalmente, las vías para superar los déficits normativos han sido administrativos y jurisdiccionales, pero ambos han topado con problemas institucionales y culturales para cumplir con los estándares internacionales en materia de acceso a la justicia en Chile, problemas compartidos por la gran parte de los países latinoamericanos.

129 "Aunque han pasado a formar parte de estas mallas en las distintas Facultades de Derecho del país, esta incorporación es todavía insuficiente en una serie de aspectos relevantes para una correcta formación en Derechos Humanos. Ello explica, en gran medida, el hecho de que la perspectiva de los Derechos Humanos se encuentre habitualmente ausente del debate jurídico interno y de las decisiones de nuestros tribunales de justicia" (Nash, Claudio (2011). *Diagnóstico sobre la incorporación de los Derechos Humanos en las carreras de Derecho en Chile*, Actas Seminario Internacional Universidad y Derechos Humanos, Instituto Nacional de Derechos Humanos, p. 71).

El acceso a la justicia en Ecuador y su comparación con el acervo interamericano: un estudio de jurisprudencia, normativa y políticas públicas

Mayra Lucía Tirira Rubio¹ / Andrea Isabel Flores Ruilova² / Víctor Pacaric Calderón Merino³

Resumen

La presente investigación estudia cuál es el actual contenido de acceso a la Justicia en Ecuador mediante la identificación de una serie estándares nacionales que se comparan con los del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Se parte de un concepto de acceso a la Justicia en dos dimensiones: es un (macro) derecho humano formado por un conjunto de (sub) derechos procesales, y es también un objetivo de política pública judicial con enfoque de derechos destinada a proteger personas en situación de vulnerabilidad. Bajo el paradigma teórico-jurídico del neoconstitucionalismo latinoamericano plasmado en la Constitución ecuatoriana de 2008, se identifican los estándares en materia de acceso a la Justicia en la jurisprudencia de sus dos Altas Cortes en 2015, así como el diseño de la política pública judicial con enfoque de derechos sobre la materia.

El estudio evidencia que, en Ecuador, existe aún una incompleta cristalización nacional del paradigma neo-constitucionalista en relación con el acervo interamericano sobre acceso a la

1 Mayra Lucía Tirira Rubio es abogada por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador (Quito, Ecuador), especialista en Derecho Constitucional por la Universidad Andina Simón Bolívar (Quito, Ecuador), y máster en Sociología Jurídica por la Universidad del País Vasco -Instituto Internacional en Sociología Jurídica- (Oñati, España); ha sido Consultora de Naciones Unidas para diversos productos de investigación en relación a Derechos Humanos [mayra.tirira@gmail.com].

2 Andrea Isabel Flores Ruilova es abogada por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador (Quito, Ecuador); ha sido semifinalista en Concurso Interamericano de Derechos Humanos 2015, por la Washington University (Estados Unidos), y obtuvo el segundo lugar como mejor oradora en español; fue participante del IX Concurso Iberoamericano de Derecho Internacional y Derechos Humanos "Francisco Suárez" 2013 (Bogotá, Colombia) [andrea.floresruilova@gmail.com].

3 Víctor Pacaric Calderón Merino es licenciado en Derecho por la Universidad de Salamanca (USAL; España), y diplomado de Postítulo en Transparencia, Accountability y Lucha contra la Corrupción por la Universidad de Chile (Santiago, Chile). Es candidato a magíster en Relaciones Internacionales, con mención en Derechos Humanos y Seguridad, por la FLACSO-Ecuador) [victor.pcm@hotmail.com].

Justicia. Se sostiene que existe una ligera sistematización jurisprudencial nacional, que resulta de una aplicación judicial intuitiva, lo que produce una cierta desconexión entre macro-derecho y sub-derechos, una desvinculación entre jurisprudencia y política pública, una desprotección de derechos y una pobre utilización de las posibilidades del acervo interamericano.

Introducción

Un diagnóstico sintético de acceso a la justicia

En Ecuador el Acceso a la Justicia (en adelante, AJ) es una idea o concepto normativo que se consagró como *derecho* en la Constitución del Ecuador de 2008. Desde entonces, ha venido siendo aplicado por las Altas Cortes ecuatorianas (Corte Constitucional y Corte Nacional de Justicia), y se ha estructurado con relativa fuerza, al menos en el plano programático, retórico o discursivo, en el marco de las políticas públicas en los últimos años.

Por su parte, en el ámbito internacional-regional, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha forjado un amplio acervo jurisprudencial en materia de AJ con un enfoque de Derechos Humanos y Derecho Internacional Público a través de estándares razonablemente sistematizados en la actualidad. La Corte Constitucional del Ecuador en ciertas ocasiones acude a la jurisprudencia interamericana, pero no existe una revisión sistemática de los parámetros regionales que se plasme en el quehacer diario de las sentencias ecuatorianas.

Considerando ambos polos –nacional y regional–, el diagnóstico del AJ en Ecuador se reduce, en términos muy generales, a una aplicación jurisprudencial tímida pero progresiva. Ello contrasta, no obstante, con la existencia de un objetivo nacional de política pública sobre AJ que desde 2008 ha sintetizado los impulsos institucionales de *reforma* de los servicios judiciales ecuatorianos, ante un reclamo que históricamente había sido propugnado por grupos sociales *vulnerables*.

La pregunta que guía la investigación y la hipótesis de trabajo

Si lo que se pretende con el AJ es contar con un *derecho* que garantice efectivamente la protección judicial de los *derechos humanos*, sin apartar el análisis del marco normativo y de política pública sobre la materia, es preciso profundizar en una investigación que se encuentre guiada por la siguiente pregunta:

“¿Cuáles son los elementos que configuran en 2015 el contenido esencial del AJ en Ecuador, teniendo en cuenta jurisprudencia y política pública nacionales, tomando como punto de referencia el año 2008, y en comparación con los estándares fundamentales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la materia?”

En respuesta provisional a dicha pregunta, la presente investigación planteó, como hipótesis, una conjetura centrada en el análisis de la *jurisprudencia nacional*:

“El contenido jurisprudencial del AJ actualmente en Ecuador viene determinado por dos elementos: a) La insuficiente sistematización jurisprudencial de los elementos del derecho de AJ ha supuesto que su progresiva aplicación judicial, desde 2008, continúe siendo preponderantemente intuitiva; b) A mayor aplicación judicial intuitiva respecto del derecho AJ en Ecuador, mayor es la desconexión en la aplicación judicial en 2015, entre el macro-derecho de AJ y sus sub-derechos.”⁴

Estructura del documento

Para dar respuesta a la pregunta sobre el contenido de AJ en Ecuador y para verificar la hipótesis pergeñada, el presente documento sigue la siguiente secuencia:

i. Primero, se explica con detenimiento cuál es el marco apriorístico con el que se parte. Así, se explica por qué se toma como punto de partida un determinado *marco conceptual* sobre AJ; se delinea el *marco teórico-jurídico* neo-constitucionalista, a la luz del cual se interpretarán los resultados de la investigación empírica acerca del análisis de diseño de política pública y de la jurisprudencia ecuatoriana; luego, se culmina este apartado explicando el *marco metodológico* elegido, para ofrecer una comprensión objetiva del modo de sistematización, análisis y síntesis.

4 Esta formulación no incluyó una conjetura que relacionase el plano jurisdiccional con la *política pública*. Esta dificultad se explica en dos dimensiones: *metodológicamente*, los parámetros de la investigación impidieron configurar unas fuentes que permitieran adelantar, razonablemente, que se podía probar algún tipo de influencia entre ámbito jurisdiccional y diseño e implementación de políticas públicas. Técnicamente, resultó conflictivo configurar una influencia de la política pública judicial en el quehacer diario de los jueces de las dos Altas Cortes ecuatorianas, sin entrar a discutir los mecanismos por los cuales se plasma o se transgrede el principio de *independencia* judicial, lo que exigiría extender la investigación a otros ámbitos. Por ello, el componente de *política pública* se utilizó en esta investigación como un marco de referencia conceptual para situar la planificación estatal en materia de *reforma judicial*, puesto que es el eje que atraviesa la política pública en Ecuador en estos últimos años.

ii. En segundo lugar, tras describir el marco normativo e institucional que configura actualmente al Ecuador en relación al AJ, se realiza una aproximación analítica a los estándares jurisprudenciales fundamentales en las dos Altas Cortes ecuatorianas. Ello ha permitido situarlos en relación a los patrones o criterios más afines a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de AJ, para reflexionar sobre sus similitudes y divergencias.

iii. Finalmente, las conclusiones triangulan resultados empíricos, hipótesis de trabajo, y marco jurídico-teórico propuesto.

1. ¿Cómo vamos a trabajar?

a. Un marco conceptual de acceso a la justicia

La obra de Cappelletti sobre AJ⁵ es fundacional, pero resulta hoy insuficiente, por lo que los posteriores aportes de Thompson, Van Rooij y Birgin-Gherardi son fundamentales para completar un concepto actual de AJ. El AJ en Cappelletti tiene dos dimensiones: es concebido como un *derecho de prestación* de los ciudadanos en un Estado de bienestar, pero también se lo entiende como mejora de *mecanismos jurisdiccionales* concretos del servicio judicial democrático, desde las perspectivas constitucional, social y supranacional⁶. Sin embargo, esta entrada no elabora un concepto teórico que incluya política pública judicial; mide el desenvolvimiento del AJ en cada país conforme a criterios de *progreso o retraso*; y carece de un enfoque expreso de AJ vinculado a la idea de *garantía* judicial efectiva de los *derechos humanos*.

Thompson⁷ replantea la óptica de Cappelletti: el AJ no solo se refiere a reformas de concretos mecanismos jurisdiccionales de entrada al sistema, sino que se vincula al mejoramiento del mismo sistema de justicia, por lo que el AJ es un *servicio* cuya prestación estatal permite con-

5 Cappelletti, Mauro. *acceso a la Justicia; conclusión de un proyecto internacional de investigación jurídico-sociológica* (1979). En *Il foro Italiano*, vol. CII, fascículo 2, Roma, 1979, pp. 761-771. Este artículo presenta las grandes líneas de su proyecto de AJ en 4 volúmenes: A. Giuffrè Editore, Milán, Italia, y Sijhoff and Noordhoff, Alhen van den Rijn, Holanda, vol. I, libros 1 y 2, 1978, 1037 p.; vol. II, libros 1 y 2, 1978-1979, 903 p.; vol. III 1979, 603 p.; y vol. IV, 1979, 218 p.

6 *Ibid.*, p. 763. Si bien Cappelletti sugiere la existencia de *tipos de reforma* de AJ, detecta “un propio y verdadero *movimiento de reforma en escala mundial*, dirigida a realizar de manera concreta una justicia más accesible”, que se materializa en 3 fases [u *olas*]: la asistencia legal de personas desfavorecidas, la representación procesal de intereses difusos, y la potenciación de los mecanismos alternativos. Esta última elaboración contó con el aporte fundamental de Bryant Garth, en el vol. I (*Ibid.*, pp. 764-6).

7 Thompson, José (2000). *acceso a la justicia y equidad. Estudio en siete países de América Latina*. Ed. Por el BID (Banco Interamericano de Desarrollo) y el IIDH (Instituto Interamericano de Derechos Humanos). San José, Costa Rica.

cretar el *derecho* de AJ⁸. Profundiza en la identificación de *obstáculos* en el acceso al aparato judicial de los *grupos más desfavorecidos*, en la lógica de establecer estrategias de *desarrollo* para corregir *inequidades* en Latinoamérica, como una exigencia derivada de los *derechos humanos*, lo que implica identificar *modelos* institucionales de AJ, estatales [judiciales y administrativos] y no estatales⁹. Sin embargo, su excesivo énfasis en la idea de AJ como *servicio* y la introducción de una noción *desarrollista* de *equidad*, distorsionan ligeramente el concepto que sería útil para los efectos de esta investigación.

Van Rooij¹⁰ afirma que el AJ se presentó desde principios del siglo XXI como novedoso frente a la previa ortodoxia de Estado de Derecho (que estaba vinculado a la *cooperación internacional para el desarrollo*), desde *un enfoque de abajo hacia arriba*: “las intervenciones legales deberían beneficiar a los pobres” sobre la base de sus necesidades y preferencias¹¹. Este enfoque, si bien no era realmente nuevo, sí implicó “una gran contribución a las prácticas existentes y pueden resolver algunos de los problemas” latentes en el paradigma ortodoxo del *Estado de Derecho*, así como la existencia de un vínculo fundamental de dicho enfoque con los instrumentos de protección de derechos humanos¹². Una verdadera efectividad de los mismos proviene del empoderamiento desde la sociedad civil y no solo desde la institucionalización estatal¹³.

Birgin y Gherardi¹⁴, finalmente, permiten redondear la noción de AJ, ya que la entienden como una “garantía indispensable para el ejercicio libre de los derechos reconocidos por tratados internacionales, constituciones y leyes, y para el ejercicio mismo de la ciudadanía”, lo

8 Ibid., pp. 25-7.

9 Ibid., pp. 459-71.

10 Van Rooij, Benjamin (2011). “Acercar la justicia a los pobres. Cooperación de abajo hacia arriba en las estrategias legales”; en Haydée Birgin y Natalia Gherardi (Coords.), *La garantía de acceso a la justicia: aportes empíricos y conceptuales*, serie Género, Derecho y Justicia. México, Fontamara. Pp. 187-219.

11 Ibid., p. 187-8. “Estas ideas han sido desarrolladas en forma simultánea por organizaciones donantes y un pequeño grupo de académicos [Barendrecht y Van Nispen tot Sevenaer, por ejemplo, hablan de *microjusticia*], quienes en algunos casos trabajan para estas organizaciones. Los principales donantes influyentes son el [PNUD, que habla de AJ formal o informal], el Banco Mundial [que habla de *Justicia para los Pobres*], la Comisión para el Empoderamiento Legal de los Pobres (CLEP), la Fundación Ford y el Banco Asiático de Desarrollo (BASD) [los tres últimos hablan, con matices, de *empoderamiento legal*]” (Ibid., p. 188, complementado con pp. 189-90).

12 Interesa su análisis del enfoque de AJ que sostuvo el PNUD en 2004 [ver nota anterior]: está relacionado con el objetivo de reducción de la pobreza y se dirige a derribar dos tipos de obstáculos: “Primero, los problemas relacionados con las instituciones de justicia (tanto formales como informales), y segundo, los problemas relacionados con la persona pobre que intenta acceder a la justicia”.

13 Ibid., p. 191-4.

14 Birgin, Haydée Birgin y Natalia Gherardi (Coords.) (2011), *La garantía de acceso a la justicia: aportes empíricos y conceptuales*, México, serie Género, Derecho y Justicia. Fontamara. Pp. 187-219.

que deriva de una consideración rigurosa del principio de igualdad material ante la ley¹⁵. Su aporte a destacar es que contemplan al AJ, expresamente, como una *política pública* antidiscriminatoria, con enfoque de derechos humanos, que "compromete al Estado" y que incide "sobre el goce de los derechos civiles, políticos económicos y sociales" de *personas en situación de vulnerabilidad*¹⁶.

En consecuencia, esta investigación define ampliamente la actual noción de AJ bajo 2 dimensiones complementarias:

1. Una dimensión *jurisdiccional*: como un macro-derecho humano que, mediante un abanico de sub-derechos con un contenido esencial delimitado, garantiza efectivamente la protección de otros derechos humanos.
2. Otra dimensión, *organizacional*: como una política pública con enfoque de derechos que identifica obstáculos en el acceso al servicio (principalmente desde la perspectiva de personas en situación de vulnerabilidad) y que institucionaliza mecanismos judiciales, administrativos o de otra índole para conseguir su eventual remoción.

b. Un marco jurídico-teórico: el *neoconstitucionalismo*

Respondiendo al contexto normativo actual establecido por la Constitución ecuatoriana de 2008, el modelo teórico que se ajusta de la manera más adecuada al presente trabajo es el *neoconstitucionalismo*¹⁷, con origen histórico en la posguerra europea¹⁸, pero con anclaje en Latinoamérica en las dos últimas décadas, principalmente en Venezuela, Ecuador y Bolivia. Así, se presenta en esta región como una estrategia alternativa político-jurídica, frente

15 Ibid., p. Xiii. Distinguen tres aspectos del AJ: posibilidad de llegar al sistema, el buen servicio de justicia y el conocimiento por los ciudadanos de sus derechos y los medios para hacerlos valer, e igualmente insisten en la identificación de *obstáculos* en el AJ. Vid. Haydée Birgin y Natalia Gherardi (2008). "El acceso a la justicia como un derecho humano fundamental: retos y oportunidades para mejorar el ejercicio de los derechos de las mujeres". En Aldo Etchegoyen (Coord.), *Mujer y acceso a la justicia*. Buenos Aires: *el Mono Armado*. 1era edición, p. 5.

16 Birgin y Gherardi (2011), p. Xvi-xx.

17 Para Luis Prieto Sanchís (vid. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Editorial Trotta, España, 2da. Edición, 2009, p. 16), el neoconstitucionalismo tiene 4 acepciones principales: i) puede encarnar un cierto tipo de Estado de Derecho, designando por tanto el modelo institucional de una determinada forma de organización política, ii) es también una teoría del derecho, más concretamente aquella teoría apta para describir o explicar las características de dicho modelo, iii) la ideología o filosofía política que justifica o defiende la fórmula así designada, y iv) se proyecta sobre un amplio capítulo que podríamos denominar de filosofía jurídica y que afecta a cuestiones conceptuales y metodológicas sobre la definición del Derecho, el estatus de su conocimiento o la función del jurista.

18 Ávila, Ramiro (2011). *El Neoconstitucionalismo Transformador: el Estado y el Derecho en la Constitución de 2008*. Ediciones Abya-Yala, 1era Edición, Quito, Ecuador, p. 53.

a las políticas derivadas del *neoliberalismo*, para alcanzar una transformación social con profundos cambios.¹⁹

Esta corriente teórico-jurídica aplica a esta investigación porque subraya la importancia de la garantía específica de los derechos constitucionales, en conexión con los instrumentos internacionales de protección de Derechos Humanos. Así, en relación al AJ, el neoconstitucionalismo se presenta como una posibilidad de poner en práctica un modelo de justicia emancipadora, capaz de generar condiciones de igualdad. También, la importancia vital que atribuye a la figura del juez y al activismo proactivo jurisdiccional, refuerza la posición del desarrollo jurisprudencial como complemento de los esquemas formal-normativos.

En el mismo sentido, se propone que el Derecho tenga influencia en el sistema político y viceversa, favoreciendo la inclusión de los grupos tradicionalmente excluidos. Asimismo, esta corriente propone trabajar la democratización de la justicia, reconociendo la posibilidad del pluralismo jurídico como una forma de asegurar el AJ a los ciudadanos de una manera más cercana a su realidad social y cultural²⁰.

En efecto, la misma Constitución de 2008 presenta características típicas del neoconstitucionalismo, como son la rigidez en el proceso de reforma de su texto, el carácter normativo y la fuerza vinculante de las jurisprudencias constitucionales, el control de constitucionalidad a través de garantías jurisdiccionales (con cauces procesales específicamente detallados con minuciosidad en su texto) y su aplicación judicial con énfasis en la protección de derechos (idea del *juez garante*)²¹.

Especial importancia tiene dentro de este modelo la expansión y garantía a los derechos, de directa aplicación en las políticas públicas (también en materia de AJ). Los derechos son i) el reconocimiento de profundos problemas sociales que tienen que ver con carencias y necesidades insatisfechas, y 2) representan las luchas y reivindicaciones de organizaciones y movimientos de la sociedad²². En esa esfera ingresa también el AJ concebido en la Constitución como un derecho a ser garantizado por el Estado.

19 Méndez J. (2010). La Participación Popular en el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano. A Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A. C. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C., núm. 25, 2010, Puebla, México, p.99.

20 Ávila Linzán, Luis (2008), *El acceso a la justicia y la emancipación social de las personas excluidas*. Neoconstitucionalismo y Sociedad, Quito, Ministerio de Justicia, pp.172-117.

21 Corte Constitucional de Transición, en sentencia interpretativa de noviembre de 2008, Registro Oficial 479 del 2 de diciembre de 2008.

22 Ávila, Ramiro (2011). El Neoconstitucionalismo Transformador: el Estado y el Derecho en la Constitución de 2008. Ediciones Abya-Yala, 1era Edición, Quito, Ecuador, p. 62.

Esta característica amplia de la Constitución en favor de la protección de derechos, genera a su vez una institucionalidad constitucionalmente establecida, pero normativamente desarrollada, que en Ecuador ha conectado directamente con el proceso de reforma constitucional de 2011 para la reconfiguración de la Función Judicial, con lo que se vuelve a confirmar que el neoconstitucionalismo se configura como un elemento dinamizador de las transformaciones sociales a través de la reforma progresiva de servicios estatales, en este caso, estatales.

Para el neoconstitucionalismo, al atravesar los derechos todo el ordenamiento constitucional y legal, el AJ se convierte en un eje prioritario para proteger los derechos de los habitantes del Ecuador. Si bien el neoconstitucionalismo no desarrolla directamente al AJ como derecho, su propia naturaleza jurídica permite, por un lado, que el AJ como derecho sea analizado desde varias perspectivas de la teoría jurídica y, por otro, asegura a través de las garantías jurisdiccionales su cumplimiento.

c. Una metodología cualitativa e interpretativista

La metodología de esta investigación es *cualitativa*²³ y está basada en el *análisis de contenido de documentos*²⁴ en dos fases: i) análisis de la normativa y política pública ecuatoriana en materia de AJ; y ii) análisis de los criterios o patrones jurisprudenciales, de la Corte Constitucional de Justicia y Corte Nacional de Justicia, en 2015, en relación a los estándares de AJ de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Para el levantamiento de información sobre la primera parte se usaron como fuentes documentales de base: Constitución del Ecuador de 2008, Código Orgánico de la Función Judicial de 2010, *Plan Nacional del Buen Vivir 2013-2017*, *Plan Estratégico de la Función Judicial 2013-2019*²⁵ y las *Agendas para la Igualdad*²⁶. La información encontrada fue sistematizada

23 Roberto Hernández Sampieri et alii (2010), *Metodología de la investigación*, México, Quinta Edición. McGraw Hill. Creswell, John W. (2009), *Research Design. Qualitative, quantitative and mixed methods approaches*, United States of America, Sage Publications, 3^{ra} Edición.

24 De acuerdo a Gilbert y Churchill (*Investigación de Mercados*, México, editorial Thompson Editores, 4^a edición, 2003, p. 46), el *análisis de contenido* ayuda a identificar y describir las tendencias y patrones encontrados en la investigación. Esta metodología de análisis se fundamenta en la implementación de un proceso de selección, clasificación, categorización, análisis y síntesis de textos que permiten examinar las relaciones encontradas en entre los textos y el contexto de esta investigación.

25 Son 5 ejes de política pública institucional de las tres instituciones del poder judicial ecuatoriano, para dicho período: Consejo de la Judicatura, Fiscalía General del Estado y Defensoría Pública.

26 Son cinco Agendas: Intergeneracional, de Género, de Pueblos y Nacionalidades Indígenas, de Discapacidades y Movilidad Humana.

y organizada a fin de encontrar una línea de base en relación al AJ, así como las estrategias y énfasis para su desarrollo en política pública.

En la segunda parte, de acuerdo a los parámetros de la investigación predeterminados por CEJA, esta investigación ha analizado las sentencias provenientes de las dos principales Altas Cortes del Ecuador: Corte Nacional de Justicia y Corte Constitucional²⁷. La elección del año 2015 como muestra de análisis de la jurisprudencia²⁸ responde a la necesidad de contar con los criterios más recientes sobre el macro derecho de AJ, permitiendo una síntesis de los criterios y sus sub-derechos²⁹.

Con ello, para la codificación de información se utilizó un sistema de *palabras clave* tomado de la *Guía sobre el Derecho de acceso a la Justicia* que proporcionó el Centro de Estudios Judiciales de las Américas (CEJA). Realizada la búsqueda de sentencias, el *software* arrojó un universo de 357 sentencias, en las cuales se estimaron útiles 631 párrafos que incluyen la expresión AJ o alguno de sus sub-derechos³⁰. Posteriormente, se procedió a efectuar la determinación de convergencias, reubicaciones y asignación de criterios por cada uno de los fragmentos, de acuerdo a los patrones de mayor repetición encontrados hasta obtener uno o más estándares³¹.

27 El Ecuador reconoce la *justicia indígena* como diferente de la *ordinaria*. En esta investigación no se han analizado las decisiones de las máximas autoridades de las distintas *justicias indígenas*, puesto que tal análisis conlleva otras herramientas metodológicas de trabajo que, además, implica un profundo conocimiento antropológico de las culturas y tradiciones orales indígenas. Sin embargo, sí se analiza la jurisprudencia de la Corte Constitucional en materia de *justicia indígena*. Para el análisis del AJ en temas de justicia indígena se analizaron 2 sentencias emblemáticas del año 2014: *La Cocha y Tagaeri*.

28 Para la selección de sentencias del año 2015 sobre AJ, después de una serie de pruebas con varios buscadores, se optó por efectuar pruebas con *fielweb* (<http://www.fielweb.com/>) y *Lexis* (<http://www.lexis.com.ec/>). El motor de búsqueda de este último resultó mucho más exhaustivo y fiable.

29 En las sentencias del año 2015 se recogen líneas jurisprudenciales referentes a años anteriores, con un marco que llega hasta el año 2008. Por tanto, en 2015 se puede comprobar el estado real de los pronunciamientos jurisprudenciales correspondientes, lo que, a su vez, permite no obviar ninguna sentencia que contuviese la palabra clave correspondiente, y verificar la utilización real en cada ratio decidendi. Los estándares de AJ encontrados responden a casos planteados a partir de la Constitución de 2008, la cual reconoce el AJ dentro del grupo de derechos de protección, y al hecho de presumir una implementación de la reforma judicial instaurada en el año 2011. En dicho momento, se crea un Consejo de la Judicatura de Transición, que en 2013 se convierte en Consejo de la Judicatura que lidera un Plan Estratégico de la Función Judicial, cuyo Objetivo 2 persigue "promover el óptimo acceso a la justicia".

30 Dichos fragmentos jurisprudenciales fueron primeramente agrupados y luego subdivididos en sendas matrices de cálculo dentro del macro-derecho o sus sub-derechos, incluyendo en cada matriz una columna que permitiese agrupar las diversas sentencias por criterios, patrones o estándares afines.

31 En una primera fase, se detectaron una gran cantidad de diversos criterios por cada materia modelo; sin embargo, esta situación fue después corregida mediante la agrupación de tal cantidad de criterios en códigos más genéricos o globales, si bien respetando el sentido esencial de cada criterio.

Tras este proceso, los criterios o patrones finales fueron analizados y comparados con aquellos estándares de AJ encontrados en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Se efectuó un trabajo de profundización de los estándares interamericanos, mediante el manejo de los buscadores electrónicos de la Corte Interamericana³² y en el Buscador Jurídico de Derechos Humanos³³, para luego proceder a una síntesis entre la Guía de CEJA y la ampliación³⁴.

2. La normativa y la política pública sobre acceso a la justicia en Ecuador

a. Contexto general

La utilización de la expresión AJ es minoritaria como un concepto amplio, ya que abarca otras temáticas que lo componen, por ejemplo: *tutela judicial efectiva, garantías del debido proceso, medios alternativos de resolución de conflictos y justicia indígena*. Esta utilización discursiva se ha generado con cierta habitualidad durante los últimos años por los máximos representantes de las instituciones de la Función Judicial ecuatoriana (ej.: Defensor Público General o Presidente del Consejo de la Judicatura)³⁵.

En Ecuador se ha promocionado con fuerza la *mediación* para la descongestión de las causas pendientes en la justicia ordinaria³⁶ y, en gran medida, la justicia indígena y respecto del pluralismo jurídico. Sin embargo, si bien ha existido un énfasis en los *momentos de ejecución* o, con más fuerza aún, en el momento del *proceso*, esta orientación tampoco ha sido aplicada al momento o fase de *información*.

32 <http://www.corteidh.or.cr/index.php/jurisprudencia>.

33 <http://www.bjdh.org.mx/BJDH/>.

34 De los resultados encontrados únicamente 23 sentencias pertenecen a la Corte Nacional de Justicia mientras que 334 a la Corte Constitucional. Esto responde a que el AJ en la Constitución de 2008 es un derecho de protección, el cual puede ser alegado por quien considere vulnerado este derecho ante la Corte Constitucional mediante una garantía jurisdiccional de acción extraordinaria de protección. De la revisión de sentencias conocidas por la Corte Constitucional, en su inmensa mayoría han sido casos presentados por acciones extraordinarias de protección.

35 Consejo de la Judicatura, Ecuador, *Consejo de la Judicatura busca garantizar equidad en acceso a la justicia*. Disponible en http://www.funcionjudicial-azuay.gob.ec/index.php?Option=com_content&view=article&id=287:consejo-de-la-judicatura-busca-garantizar-equidad-en-acceso-a-la-justicia&catid=34:institucion [consulta: 28-11-2015].

36 Consejo de la Judicatura, Ecuador, *Proyecto de Mediación, Cultura de Paz y Justicia de Paz, 2014-2015*.

b. Análisis formal-normativo

Actualmente, el AJ *gratuito* en Ecuador está reconocido como *un derecho* en el artículo 75 de la Constitución de 2008³⁷, el cual consagra también el derecho a la tutela judicial efectiva. Además, la propia Constitución establece garantías procesales en su artículo 76, potencia en general una cultura de paz (art. 393) y reconoce autonomía a la Justicia Indígena (art. 171)³⁸.

Más allá de la Constitución, el AJ no se encuentra ampliamente detallado en instrumentos normativos específicos ni en pronunciamientos jurisprudenciales. La única salvedad se refiere a los artículos 3 y 22 del Código Orgánico de la Función Judicial, los cuales lo consideran no como un *derecho*, sino como parte de una *política* pública judicial y como un *principio* procesal a ser respetado por los operadores jurídicos³⁹.

Ahora bien, los artículos 11.3⁴⁰ y 424⁴¹ de la Constitución de la República constituyen la base jurídica por la cual se aplica en el país el denominado *control de convencionalidad*, cuyo fundamento último se encuentra, precisamente, en la recepción del acervo Interamericano en materia de Derechos Humanos⁴². Así, en Ecuador se ha producido una constitucionalización del Derecho internacional de los Derechos Humanos. Desde este modo, la *cláusula de inter-*

37 Art. 75: "Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley". Constitución de la República del Ecuador de 2008.

38 *Ibid.* Arts. 76, 393 y 171.

39 Art. 3 y 23: "Políticas de justicia. Con el fin de garantizar el acceso a la justicia, el debido proceso, la independencia judicial y los demás principios establecidos en la Constitución y este Código, dentro de los grandes lineamientos del Plan Nacional de Desarrollo, los órganos de la Función Judicial, en el ámbito de sus competencias, deberán formular políticas administrativas que transformen la Función Judicial para brindar un servicio de calidad de acuerdo a las necesidades de las usuarias y usuarios; políticas económicas que permitan la gestión del presupuesto con el fin de optimizar los recursos de que se dispone y la planificación y programación oportuna de las inversiones en infraestructura física y operacional; políticas de recursos humanos que consoliden la carrera judicial, fiscal y de defensoría pública, fortalezcan la Escuela de la Función Judicial, y erradiquen la corrupción". Código Orgánico de la Función Judicial de Ecuador 2009.

40 Art. 11, numeral 3: "Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte".

41 Art. 424 inciso segundo: "La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público". Art. 426: "Los derechos consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de inmediato cumplimiento y aplicación". Constitución de la República del Ecuador 2008.

42 Cfr. Cañado Trindade, Antonio. "El derecho de acceso a la justicia internacional y las condiciones para su realización en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/R08066-2.pdf> [consulta: 29-11-2015]

pretación conforme, que permite la armonización entre Derecho nacional e internacional⁴³, establece que todos los derechos deben interpretarse a la luz de los tratados sobre Derechos Humanos de modo que se favorezca la protección de las personas.

c. Lineamientos de política pública

En la Constitución de 2008 el AJ es un derecho que se garantiza, no solo jurisdiccionalmente o a través de normas, sino también a través de políticas públicas. El AJ ha sido un tema prioritario en todos los planes de desarrollo para la gestión pública, en particular el último vigente (Plan Nacional del Buen Vivir 2013–2017), mismo que contempla el AJ como el Objetivo 6 a alcanzar. Tales planes han gobernado la actuación y metas de las instituciones estatales a fin de buscar el cumplimiento de una serie de objetivos que centran su diagnóstico en la necesidad de profundizar en una perspectiva de AJ como base de una reestructuración clara de la Función Judicial ecuatoriana⁴⁴.

En concordancia con lo anterior, igualmente, se han configurado lineamientos institucionales, sobre todo, las pertenecientes a la Función Judicial (Consejo de la Judicatura, Defensoría Pública y Fiscalía General del Estado). El Objetivo 2 del Plan Estratégico de la Función Judicial propugna para el período 2013–2019 la promoción de un “óptimo acceso a la justicia”⁴⁵. Del mismo modo, el AJ en Ecuador se ha impulsado desde la actuación de las máximas *autoridades* de la componen la Función Judicial⁴⁶. Adicionalmente, dada la falta de elaboración integral en el Ecuador del derecho de AJ, su sentido ha sido completado por la aplicación de apoyos interpretativos auxiliares⁴⁷.

43 Cfr. Esparza, Amparo y Andrea Bustos (2012), Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, Ayuda memoria, Control de Convencionalidad. 2012, p. 1.

44 Por ejemplo, vid. Objetivo 6 del *Plan Nacional del Buen Vivir Ecuador 2013-2017*. Quito, Ecuador.

45 Plan Estratégico de la Función Judicial, 2013-2019, pp. 20-4. Consejo de la Judicatura. Quito, Ecuador.

46 Guías de Santiago sobre Protección de Víctimas y Testigos. Documento Aprobado en la XVI Asamblea General Ordinaria de la Asociación Iberoamericana de Ministerios Públicos (AIAMP). República Dominicana, 9 y 10 de julio de 2010; Punta Cana: “Se recuerda asimismo la importancia y vigencia de la Declaración sobre los Principios Fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder, adoptada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, en su resolución 40/34, de 29 de noviembre de 1985, la cual contiene principios básicos sobre el concepto de víctimas, su acceso a la justicia y a un trato justo, su resarcimiento e indemnización y su asistencia”.

47 En este último sentido, han sido importantes las *100 Reglas de Brasilia para el acceso a la Justicia para las personas en situación de vulnerabilidad* de 2008, en el marco de la Cumbre Judicial Iberoamericana (con su institucionalidad de seguimiento de su cumplimiento a nivel nacional), o las *Guías de Santiago* en el ámbito procesal penal del otros marcos de interpretación vinculante en relación al Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Asimismo, el AJ es considerado como un eje fundamental en las políticas de igualdad. Con el fin de transversalizar el principio de igualdad y no discriminación en particular para los grupos de atención prioritaria, los Consejos Nacionales para la Igualdad han publicado 5 agendas de política pública a ser implementadas en la gestión pública. Su particularidad es que todas presentan una política enfocada al AJ.

- a. *Agenda de Género*: el AJ se presenta como una necesidad para alcanzar una vida libre de violencia, fortaleciendo el sistema judicial, especialmente mediante el acceso a un sistema de protección a víctimas y testigos de calidad; se sugiere que los delitos sexuales y contra la vida se excluyan del tratamiento de justicia indígena.
- b. *Agenda Intergeneracional*: muestra especial preocupación en el AJ en relación a la prevención de delitos informáticos, trata y tráfico de personas, así como dentro del debido proceso para evitar la revictimización, estigmatización y discriminación de las víctimas.
- c. *Agenda de Discapacidades*: presenta una política más amplia de AJ, ya que solo es un mandato a la aplicación del AJ, mismo que debe garantizarse mediante la implementación de acciones afirmativas.
- d. *Agenda de Pueblos y Nacionalidades*: señala como claves las estrategias de cooperación entre justicia indígena y ordinaria, principalmente enfocándose en el respeto a las decisiones de las autoridades indígenas; y prioriza la necesidad de contar con servidores públicos judiciales capacitados que faciliten el AJ, haciendo especial énfasis en la protección a víctimas de violencia de género y niñez.
- e. *Agenda de Movilidad Humana*: enfatiza la necesidad de fortalecer los derechos del debido proceso, el derecho de petición y en el fortalecimiento de los procesos de extradición. Asimismo, menciona la importancia de prevenir delitos de trata y tráfico de personas.

3. Análisis comparativo de jurisprudencia de acceso a la justicia de Altas Cortes ecuatorianas respecto a la Corte Interamericana de Derechos Humanos

A. Titulares jurídicos

1) acceso a la justicia (macro-derecho)

Patrón identificado en la Corte Constitucional en 2015 (hay 13)	Estándar de la Corte IDH más próximo a lo indicado por la Corte Constitucional	Análisis comparativo
1. Se menciona acceso a la justicia sin realizar ningún análisis ⁴⁸ .	1. El AJ constituye una norma imperativa de Derecho Internacional y, como tal, genera obligaciones <i>erga omnes</i> para los Estados de adoptar las medidas que sean necesarias para no dejar en la impunidad esas violaciones, ya sea ejerciendo su jurisdicción para aplicar su derecho interno y el Derecho Internacional para juzgar y, en su caso, sancionar a los responsables de hechos de esa índole, o colaborando con otros Estados que lo hagan o procuren hacerlo ⁴⁹ .	1. Mientras que las Altas Cortes ecuatorianas solo realizan una enunciación del derecho al AJ, la Corte Interamericana, por el contrario, hace un estudio al considerarlo como una norma imperativa de Derecho Internacional que genera obligaciones <i>erga omnes</i> .
2. Si bien no se puede negar el AJ por omisión de formalidades, es necesario que las partes cumplan con la normativa vigente. El AJ en el recurso de casación se garantiza a través de un estudio pormenorizado que concluya si se cumplieron o no los requisitos previstos en la ley ⁵⁰ .	2. El AJ no es un derecho absoluto y puede ser restringido. La Corte considera que, si bien el derecho al AJ no es absoluto y, consecuentemente, puede estar sujeto a algunas limitaciones discrecionales por parte del Estado, lo cierto es que éstas deben guardar correspondencia entre el medio empleado y el fin perseguido y, en definitiva, no pueden suponer la negación misma de dicho derecho ⁵¹ .	2. Existe un criterio similar de protección del derecho. Así, la Corte IDH considera que el AJ no es derecho absoluto y puede ser limitado, sin embargo, no se puede sacrificar la justicia por la sola falta de solemnidades procesales. Las Cortes ecuatorianas afirman que no se puede negar el AJ por omisión de formalidades.

48 Este patrón se refiere al análisis y a la conceptualización de acceso a la justicia. Se llegó a esta conclusión después del estudio de 16 sentencias de la Corte Constitucional de la República del Ecuador. Ver Corte Constitucional de la República del Ecuador, causas: 006-15-SEP-CC, 49-15-SEP-CC, 073-13-SEP-CC, 088-15-SEP-CC, 117-15-SEP-CC, 135-15-SEP-CC, 145-15-SEP-CC, 150-15-SEP-CC, 193-15-SEP-CC, 215-14-SEP-CC, 258-15-SEP-CC, 279-15-SEP-CC, 291-15-SEP-CC, 323-15-SEP-CC, 333-15-SEP-CC, de fecha 2015.

49 Cfr. Corte IDH, *Caso La Cantuta Vs. Perú* (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia de 29 de noviembre de 2006, serie C, No. 162, párr. 160. Corte IDH, *Caso Anzaldo Castro Vs. Perú* (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia 22 septiembre 2009, serie C, No. 202, párr. 125.

50 Corte Constitucional del Ecuador, causas: 028-15-SEP-CC, 130-15-SEP-CC, 001-15-SEP-CC, 2015.

51 Cfr. Corte IDH, *Caso Cantos Vs. Argentina* (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia de 28 de noviembre de 2002, serie C, No. 97, párr. 54. Igual, la Corte Europea ha manifestado en la sentencia *Osman v. The United Kingdom*, Judgment of 28 October 1998, Reports 1998-VIII, párr. 147, 148, 152.

<p>3. No se puede suspender un proceso sin la debida motivación, ya que suspender un proceso en cualquier instancia implica la limitación al AJ⁵². La tutela judicial efectiva y derecho a la defensa se encuentran íntimamente relacionados con la garantía de motivación⁵³.</p>	<p>3. La <u>motivación es parte del ámbito de protección del AJ</u>⁵⁴, por tanto, el deber de motivación es una de las "debidas garantías" incluidas en el artículo 8.1 para salvaguardar el derecho a un debido proceso⁵⁵.</p> <p>La tutela efectiva y la defensa son parte del debido proceso y del deber de debida diligencia.</p>	<p>3. Para ambas Cortes la motivación es parte del ámbito de protección del AJ y está relacionado con la tutela efectiva y la defensa. La Corte IDH, precisa de manera más adecuada la implicación del deber de motivar.</p>
<p>4. El derecho a la tutela judicial efectiva se cumple en tres momentos: i) el acceso a los órganos jurisdiccionales; ii) sometimiento de la actividad jurisdiccional a las disposiciones constitucionales y legales vigentes, que permitan contar con resoluciones fundadas en Derecho; y, iii) la ejecución como plena efectividad de los pronunciamientos⁵⁶.</p>	<p>4. El <u>derecho a la tutela judicial genera la obligación estatal de establecer y garantizar recursos judiciales</u> idóneos y efectivos para la protección cautelar de los derechos⁵⁷.</p>	<p>4. Para el Ecuador existen tres momentos de cumplimiento de la tutela judicial efectiva; para la Corte IDH la tutela es un derecho y una obligación estatal.</p>

52 Corte Constitucional de la República del Ecuador, causas: 005-15-SCN-CC, de fecha 2015.

53 Corte Constitucional de la República del Ecuador, causas: 005-15-SCN-CC, 002-15-SCN-CC, 008-14-SCN-CC, 100-15-SEP-CC.

54 CEJA, *Guía: el derecho de acceso a la justicia*, p. 8.

55 Cfr. Corte IDH, *Caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") Vs. Venezuela* (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia de 5 de agosto de 2008, serie C, No. 182, párr. 78.

56 Corte Constitucional de la República del Ecuador: 109-15-SEP-CC, 003-15-SCN-CC, 99-15-SEP-CC, 120-15-SEP-CC, 149-15-SEP-CC, 244-15-SEP-CC, 251-15-SEP-CC, 307-15-SEP-CC, 311-15-SEP-CC, 317-15-SEP-CC, 265-15-SEP-CC, de fecha 2015. Ratificado en 11 causas: 110-13-SEP-CC (2), 241-12-SEP-CC, 36-13-SEP-CC, 31-14-SEP-CC, 136-14-SEP-CC, 31-14-SEP-CC, 0016-13-SEP-CC..

57 Cfr. CIDH, *El acceso a la Justicia como Garantía de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. Cita a "Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas, pp. 35.

<p>5. El derecho a la tutela judicial efectiva se cumple en tres momentos:</p> <p>i) acceder al sistema judicial; ii) cumplimiento de las reglas del debido proceso; iii) sentencias basadas en derecho, sin arbitrariedades⁵⁸.</p>	<p>5. En base al artículo 25.1 de la Convención <u>obliga a los Estados partes a suministrar recursos judiciales efectivos</u> a las víctimas de violación de los derechos humanos, recursos que deben ser sustanciados de conformidad con las reglas del debido proceso legal (artículo 8.1), todo ello dentro de la obligación general a cargo de los mismos Estados de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción⁵⁹.</p>	<p>5. Las Cortes ecuatorianas manifiestan que la tutela judicial se cumple al acceder al sistema judicial, al debido proceso y con sentencias basadas en derecho. Este criterio es similar al de la Corte IDH, ya que a su criterio en la tutela judicial se reconoce la obligación de los Estados de administrar justicia y ésta debe estar acorde al debido proceso que garantice el ejercicio de derechos.</p>
<p>6. El derecho a la tutela judicial efectiva se cumple en tres momentos:</p> <p>i) acceder al sistema judicial; ii) cumplimiento de las reglas del debido proceso, especialmente en un tiempo razonable; iii) que exista eficacia de la sentencia⁶⁰.</p>	<p>6. En el caso <i>Mejía Idrovo vs. Ecuador</i>⁶¹ se afirma que el principio de tutela judicial efectiva requiere que los <u>procedimientos de ejecución sean accesibles para las partes, sin obstáculos o demoras indebidas</u>, a fin de que alcancen su objetivo de manera rápida, sencilla e integral. Adicionalmente, las disposiciones que rigen la independencia del orden jurisdiccional deben estar formuladas de manera idónea para asegurar la puntual ejecución de las sentencias sin que exista interferencia por los otros poderes del Estado y garantizar el carácter vinculante y obligatorio de las decisiones de última instancia.</p>	<p>6. Si bien el Ecuador divide en tres momentos el cumplimiento de la tutela judicial, ambas Cortes se asemejan al razonar que el acceso debe ser eficaz, rápido y sencillo y debe existir una eficacia de las sentencias sin interferencia de otros poderes.</p>
<p>7. El derecho a la tutela judicial efectiva se cumple en dos momentos:</p> <p>i) acceder al sistema judicial; ii) se cumplan las reglas del debido proceso⁶².</p>	<p>7. No existe mención a momentos de la tutela judicial efectiva. Sin embargo, en relación a este derecho la Corte IDH <u>exige a los jueces que dirijan el proceso de modo a evitar que dilaciones y entorpecimientos indebidos</u>, conduzcan a la impunidad, frustrando así la debida protección judicial de los derechos humanos⁶³.</p>	<p>7. Ambas Cortes coinciden en la necesidad de tutela efectiva y el debido proceso.</p>

58 Corte Constitucional de la República del Ecuador, 15 causas: 298-15-SEP-CC, 35-15-SEP-CC, 222-15-SEP-CC, 232-14-SEP-CC, 007-15-SCN-CC, 242-15-SEP-CC, 212-15-SEP-CC, 52-15-SEP-CC, 069-15-SEP-CC, 085-15-SEP-CC, 98-15-SEP-CC, 239-15-SEP-CC, 156-15-SEP-CC, 071-15-SEP-CC, 283-15-SEP-CC. Criterio ratificado en sentencias 16: 14-14-SEP-CC, No. 024-10-SEP-CC, No. 110-13-SEP-CC, No. 31-14-SEP-CC, 102-13-SEP-CC, de fecha 2015.

59 Corte IDH, OC-9/97 del 6 de octubre de 1987, Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (artículos 27.1., 25 y 8 de la CADH), serie A, No. 9, párrs. 23 y 24.

60 Corte Constitucional de la República del Ecuador, 18 causas: 40-15-SEP-CC, 103-15-SEP-CC, 108-15-SEP-CC, 18-15-SEP-CC, 38-15-SEP-CC, 129-15-SEP-CC, 134-15-SEP-CC, 165-15-SEP-CC, 168-15-SEP-CC, 170-15-SEP-CC, 185-15-SEP-CC, 220-15-SEP-CC, 240-15-SEP-CC, 261-15-SEP-CC, 196-15-SEP-CC, 17-15-SEP-CC, 50-15-SEP-CC, 315-15-SEP-CC, de fecha 2015. Criterio ratificado en 11 causas: 30-SCN-CC, 470-12-EP, 90-14-SEP-CC, 023-13-SEP-CC, 110-13-SEP-CC, 0690-12-EP, 117-14-SEP-CC, 1010-11-EP, 0032-09-SEP-CC, 004-10-SEP-CC, 227-12-SEP-CC, 224-14-SEP-CC, 32-09-SEP-CC, 90-14-SEP-CC, de fecha 2015.

61 Corte IDH, *Caso Mejía Idrovo Vs. Ecuador* (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia de 5 de julio de 2011, serie C, No. 228, párr. 106.

62 Corte Constitucional de la República del Ecuador, causas: 297-15-SEP-CC, 029-15-SEP-CC, 329-15-SEP-CC, de fecha 2015. Criterio ratificado en causa 36-13-SEP-CC, de fecha 2015.

63 Cfr. Corte IDH, *Caso Myrna Mack hang*, sentencia de 25 de noviembre de 2003, serie C, No. 101, párr. 207-211. Criterio considerado también en el Tribunal Constitucional de Perú, sentencia del 9 de diciembre de 2004 (Exp. No. 2798-04-HC/TC), citado por la Corte IDH.

8. La tutela judicial efectiva es: i) acceder al sistema judicial; ii) razonamiento en derecho ⁶⁴ .	8. No existe mención a momentos de la tutela judicial efectiva.	8. La Corte IDH, difiere del razonamiento ecuatoriano pues no considera que existan momentos para la tutela judicial, sino que éste es un derecho y obligación del Estado de ser cumplida.
9. La tutela judicial efectiva es AJ porque implica: i) acceso al proceso; ii) resolución fundada; iii) debido proceso; y, iv) hace posible el ejercicio de los demás derechos constitucionales ⁶⁵ .	9. No existe mención a momentos de la tutela judicial efectiva.	9. Igual criterio que el punto 8.
10. La tutela judicial efectiva es: i) acceso a la justicia; ii) debido proceso; iii) derecho de prestación puesto que el Estado debe generar los elementos necesarios para que el derecho sea ejercido ⁶⁶ .	10. No existe mención a momentos de la tutela judicial efectiva.	10. Igual criterio que el punto 8.
11. La seguridad jurídica es un presupuesto anterior al AJ ⁶⁷ .	11. No se relaciona en específico la seguridad jurídica con el AJ, ya que éste es un <u>principio transversal que persigue alcanzar como fin la estabilidad y confiabilidad de la tutela internacional</u> de los derechos humanos por los órganos encargados de su interpretación y aplicación ⁶⁸ .	11. La seguridad jurídica para Ecuador es tan solo un presupuesto anterior del AJ. En opuesto, la Corte IDH afirma que la seguridad jurídica es transversal y tiene como fin la estabilidad y confiabilidad de la tutela.

64 Corte Constitucional de la República del Ecuador, 8 causas: 188-15-SEP-CC, 10-15-SEP-CC, 187-14-SEP-CC, 204-15-SEP-CC, 230-14-SEP-CC, 45-15-SEP-CC, 234-15-SEP-CC, 111-15-SEP-CC. Criterio ratificado en sentencias: 127-12-SEP-CC, 023-13-SEP-CC, 36-13-SEP-CC, de fecha 2015.

65 Corte Constitucional de la República del Ecuador, causa 32-15-SEP-CC.

66 Corte Constitucional de la República del Ecuador, causa 43-15-SEP-CC.

67 Corte Constitucional de la República del Ecuador, 13 causas: 56-15-SEP-CC, 064-15-SEP-CC, 97-15-SEP-CC, 113-15-SEP-CC, 141-15-SEP-CC, 178-15-SEP-CC, 179-15-SEP-CC, 206-15-SEP-CC, 207-15-SEP-CC, 213-14-SEP-CC, 314-15-SEP-CC, 334-15-SEP-CC, 55-15-SEP-CC. Esta sentencia se fundamenta en las causas 121-13-SEP-CC, 173-14-SEP-CC.

68 Cfr. Corte IDH, *Caso Vélez Loor Vs. Panamá* (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia de 23 de noviembre de 2010, serie C, No. 218, párr. 183.

<p>12. La materialización del derecho a la tutela judicial efectiva radica en la medida en que los fallos se cumplan de forma inmediata, integral y efectiva⁶⁹.</p>	<p>12. El cumplimiento de las sentencias está fuertemente ligado al derecho de acceso a la justicia, el cual se encuentra consagrado en los artículos 8 (Garantías Judiciales) y 25 (Protección Judicial) de la Convención Americana.</p> <p>En relación al Art. 8 numeral, las víctimas y sus familiares tienen derecho a participar dentro del proceso con el fin de acceder el acceso a la justicia, el conocimiento de la verdad de lo ocurrido y el otorgamiento de una justa reparación⁷⁰.</p> <p>Para que el Estado <u>satisfaga el deber de garantizar adecuadamente diversos derechos protegidos en la Convención, entre ellos el derecho de acceso a la justicia</u> y el conocimiento y acceso a la verdad, es necesario que cumpla su deber de investigar, juzgar y, en su caso, sancionar⁷¹ y reparar las graves violaciones a los derechos humanos.</p>	<p>12. Ambas Cortes coinciden con la efectividad de la sentencia. Sin embargo, la Corte IDH ha estudiado de manera más profunda el AJ al considerar que <i>es necesario que cumpla su deber de investigar, juzgar y, en su caso, sancionar y reparar las graves violaciones a los derechos humanos.</i></p> <p>Por tanto, el análisis del sistema interamericano es más profundo que el de Ecuador.</p>
<p>13. La tutela judicial efectiva se efectiviza a través del cumplimiento de los derechos del debido proceso incluida la efectividad de las resoluciones⁷².</p>	<p>13. Para satisfacer el derecho de AJ no es suficiente con que en el respectivo proceso o recurso se emita una decisión definitiva⁷³, en la cual se declaren derechos y obligaciones o se proporcione la protección a las personas. Además, <u>es preciso que existan mecanismos efectivos para ejecutar las decisiones o sentencias, de manera que se protejan efectivamente los derechos declarados.</u></p>	<p>13. La Corte IDH va más allá que el criterio de Ecuador, al considerar que la obtención de una resolución al manifestar que “no es suficiente con una decisión definitiva sino deben existir mecanismos que ejecuten la sentencia”. Así, el cumplimiento de las sentencias está fuertemente ligado al derecho de AJ, el cual se encuentra consagrado en los artículos 8 (Garantías Judiciales) y 25 (Protección Judicial) de la Convención Americana.</p>

69 Corte Constitucional de la República del Ecuador, 3 causas: 005-15-SIS-CC, 34-15-SIS-CC; 35-15-SIS-CC.

70 Cfr. Corte IDH, *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador* (Fondo y reparaciones), sentencia de 27 de junio de 2012, serie C, No. 245, párr. 265.

71 Ver. Corte IDH, *Caso Castillo González y otros Vs. Venezuela* (Fondo), sentencia de 27 de noviembre de 2012, serie C, No. 256, párr. 168. *Caso Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala* (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia de 24 de noviembre de 2009, serie C, No. 211, párr. 105.

72 Corte Constitucional de la República del Ecuador, causas: 078-15-SEP-CC, 186-15-SEP-CC, 224-14-SEP-CC, 247-15-SEP, 286-15-SEP-CC; además, las siguientes causas no refieren directamente al debido proceso, pero sí determinadas garantías del debido proceso o matizaciones del mismo: 146-15-SEP-CC, 50-15-SEP-CC, 001-15-SIIN-CC, 325-15-SEP-CC; 93-13-SEP-CC.

73 Cfr. Corte IDH, *Caso “Cinco Pensionistas” Vs. Perú* (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia de 28 de febrero de 2003, serie C, No. 98, párr. 138 y 141.

2) Justicia indígena

Si bien su aplicación tiene gran autonomía, existen ciertas pautas que la delimitan:

- i. *Titulares jurídicos*: Conforme a la Constitución, los pueblos y nacionalidades del Ecuador tienen el derecho colectivo de crear, desarrollar y practicar su Derecho propio⁷⁴, por lo que el AJ indígena es un derecho exclusivo de las personas provenientes de pueblos y nacionalidades indígenas, y tiene características propias de cada administración de justicia indígena dependiendo del pueblo o la nacionalidad.
- ii. *Ámbito de aplicación*: La justicia indígena se circunscribe a un ámbito territorial indígena en casos de conflicto interno de la comunidad siempre que se respeten los derechos humanos, en especial de mujeres, niños, niñas y adolescentes⁷⁵.
- iii. *Derecho aplicable*: Los pueblos y nacionalidades indígenas pueden aplicar su Derecho basado en tradiciones ancestrales. Las decisiones de la justicia indígena deben ser respetadas por las instituciones y autoridades de justicia ordinaria⁷⁶.

A nivel jurisprudencial la Corte Constitucional también ha desarrollado otros criterios de aplicación de justicia indígena como el deber de garantizar el AJ en ambas justicias, la limitación de competencia de justicia indígena en casos de delitos contra la vida, o el uso de peritajes especializados, entre otros.

74 Artículo 57.10 de la Constitución del Ecuador

75 Artículo 171 de la Constitución del Ecuador.

76 *Ibíd.*

Patrón identificado en la Corte Constitucional en 2015 (hay 6)	Estándar de la Corte IDH más próximo a lo indicado por la Corte Constitucional	Análisis comparativo
<p>1. Justicia ordinaria y justicia indígena deben garantizar que las personas accedan a una justicia efectiva y expedita, y para ello deben también garantizar el respeto de las decisiones que hayan adoptado las autoridades competentes⁷⁷.</p>	<p>1. La Corte ha afirmado que, “en lo que respecta a pueblos indígenas, es indispensable que los Estados otorguen una protección efectiva, que tome en cuenta sus particularidades propias, sus características económicas y sociales, así como su situación de especial vulnerabilidad, su derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres”⁷⁸. La imposibilidad de denunciar y recibir información en el idioma propio implica “un trato que no tomó en cuenta la situación de vulnerabilidad [...], basada en su idioma y etnicidad, implicando un menoscabo, de hecho, injustificado, en su derecho de acceder a la justicia”. En tal sentido, la Corte concluyó que “el Estado incumplió su obligación de garantizar, sin discriminación, el derecho de acceso a la justicia en los términos de los artículos 8.1 y 25 de la Convención Americana, en relación el artículo 1.1 del mismo instrumento”⁷⁹.</p>	<p>1. La Corte IDH hace referencia a que debe garantizarse a los pueblos indígenas una protección efectiva que tome en cuenta sus particularidades propias, haciendo especial referencia a garantizar dentro de los procesos recibir información y denunciar en el idioma propio. Para el Ecuador en el criterio de acceso a la justicia el estándar es más limitado puesto que únicamente se hace referencia al respeto de autoridades competentes indígenas.</p>
<p>2. Las autoridades con potestad jurisdiccional en materia indígena son diferentes a las de justicia ordinaria, ya que la autoridad que toma y ejerce jurisdicción en el caso es la Asamblea sin titular que la represente⁸⁰.</p>	<p>2. El Estado debía garantizar, en la medida de lo posible, que las víctimas no tuvieran que hacer “esfuerzos desmedidos o exagerados para acceder a los centros de administración de justicia encargados de la investigación”⁸¹.</p>	<p>2. Concordantemente la Corte Constitucional reconoce el derecho de las comunidades indígenas a tener su propia forma de autoridades, criterio establecido por la Corte IDH en un sentido amplio. No se hace referencia alguna al criterio de la Corte IDH sobre eliminación de barreras desmedidas de acceso a los centros de justicia.</p>

77 Corte Constitucional del Ecuador, 008-15-SCN-CC, de fecha 2015.

78 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo Reparaciones y Costas*. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C, No. 125, párr. 63.

79 Corte IDH. *Caso Fernández Ortega y otros. Vs. México. Excepción Preliminar, fondo, reparaciones y costas*. Sentencia de 30 de agosto de 2010, serie C, No. 215, párr. 201.

80 Corte Constitucional del Ecuador. *Caso La Cocha 2*, pág. 16. (Primera sentencia en materia de acción extraordinaria de protección que se relacionaría con decisiones jurisdiccionales de justicia indígena).

81 Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México. Excepción Preliminar, fondo, reparaciones y costas*. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C, No. 216, párr. 179.

<p>3. Existen actuaciones específicas que deben cumplirse como parte del proceso de juzgamiento de una infracción: <i>willachina, tapaycuna, chimbapurana, kishpichirina, packtachina</i>⁸².</p>	<p>3. El Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales, ratificado por Colombia en 1991, reconoce los derechos de los pueblos indígenas a ejercer sus costumbres, su derecho consuetudinario y los métodos que utilizan para tratar asuntos penales, estando sujetos a los principios fundamentales de los derechos humanos reconocidos en fuentes jurídicas nacionales e internacionales. Cualquier conflicto que surge en la aplicación de estos principios requiere el establecimiento de procedimientos para resolver dichos conflictos (artículos 8,9)⁸³.</p>	<p>3. En congruencia con la Corte IDH, la Corte Constitucional reconoce otro tipo de procedimiento indígena distinto del ordinario para el juzgamiento de infracciones, pudiendo evidenciarse de esta manera la intención de cumplir con el derecho consuetudinario de los pueblos.</p>
<p>4. La jurisdicción y competencia para conocer, resolver y sancionar los casos que atentan contra la vida de toda persona es facultad exclusiva y excluyente del sistema de Derecho Penal Ordinario⁸⁴.</p>	<p>4. El Convenio 169 también dispone que en situaciones en las que los miembros de los pueblos indígenas enfrentan sanciones penales previstas por la legislación general, <i>"deberán tenerse en cuenta sus características económicas, sociales y culturales"</i> y deberá darse preferencia a los métodos de sanción distintos del encarcelamiento (artículo 10).</p>	<p>4. En materia penal la Corte Constitucional es restrictiva en comparación a los estándares de la Corte IDH puesto que el estándar nacional restringe por completo la posibilidad de resolver delitos penales contra la vida, mientras que el estándar internacional no limita tal posibilidad y al contrario exhorta a dar preferencia a sanciones distintas al encarcelamiento.</p>
<p>5. Se debe considerar el enfoque pluricultural y la cosmovisión de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas en la aplicación de las normas legales, incluida la esfera penal⁸⁵.</p>	<p>5. La Declaración afirma el derecho de los pueblos indígenas a <i>"procedimientos equitativos y justos para el arreglo de conflictos y controversias con los Estados u otras partes, y a una pronta decisión sobre esas controversias, así como a una reparación efectiva de toda lesión de sus derechos individuales y colectivos"</i> y esas decisiones deben tener en consideración las costumbres, las tradiciones y los sistemas jurídicos de los pueblos indígenas y las normas internacionales de derechos humanos (artículo 40).</p>	<p>5. Es concordante en ambas Cortes la idea de aplicar en los procesos judiciales las costumbres y cosmovisiones propias de la cultura del pueblo.</p>

82 Corte Constitucional del Ecuador. *Caso La Cocha 2*.

83 Organización de las Naciones Unidas, *Derechos humanos, jurisdicción indígena y acceso a la justicia: Hacia el diálogo y respeto intercultural*. En "Encuentro internacional sobre técnicas de investigación en asuntos indígenas" - Bogotá, Colombia, 24 de febrero de 2016.

84 Corte Constitucional del Ecuador. *Caso La Cocha 2*.

85 Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 004-14-SNC-CC. *Caso Tagaeri-Taromenane*, p. 27.

<p>6. Para garantizar la igualdad material dentro de los casos de justicia indígena se deberá contar con el apoyo de profesionales técnicos en peritajes⁸⁶.</p>	<p>6. La Corte Interamericana señaló que para garantizar el acceso a la justicia de los pueblos indígenas sin obstáculos y sin discriminación “el Estado debe asegurar que [los pueblos indígenas] puedan comprender y hacerse comprender en los procedimientos legales iniciados, facilitándoles intérpretes u otros medios eficaces para tal fin” y también debe garantizar que “no tengan que hacer esfuerzos desmedidos o exagerados para acceder a los centros de administración de justicia encargados de la investigación [de su] caso”⁸⁷. Cuando la víctima, quien no hablaba español con fluidez, acudió a denunciar la violación sexual que padeció, no se le proveyó la asistencia de un intérprete. Ello fue calificado por la Corte como un hecho que no respetó la identidad cultural de la víctima, y no resultó adecuado “para asegurar la calidad del contenido de la declaración ni para proteger debidamente la confidencialidad de la denuncia”⁸⁸.</p>	<p>6. En ambas Cortes se resalta la importancia de garantizar la igualdad y no discriminación de los pueblos indígenas dentro de los procesos a través del apoyo de intérpretes y/u otros profesionales.</p>
--	--	--

3) Grupos de atención prioritaria

Patrón identificado en la Corte Constitucional en 2015 (hay 3)	Estándar de la Corte IDH más próximo a lo indicado por la Corte Constitucional	Análisis comparativo
<p>1. En el Ecuador, de acuerdo al artículo 35 de la Constitución, se reconocen como grupos de atención prioritaria a las personas adultas mayores, niños, niñas y adolescentes, mujeres embarazadas, personas con discapacidad, personas privadas de la libertad y quienes adolezcan enfermedades catastróficas. El mismo tratamiento reciben aquellas personas en situación de riesgo, víctimas de violencia doméstica y sexual, maltrato infantil, desastres naturales o antropogénicos.</p>	<p>1. La Corte IDH ha fijado un ámbito de protección personal a todo ser humano a sus derechos y obligaciones surgidas de la CADH (Art. 1), en específico sobre el <u>AJ toda persona tiene derecho a la garantías y tutela judicial</u>. Así, por ejemplo, se ha identificado sobre migrantes indocumentados (personas en situación de movilidad humana) que el “debido proceso legal es un derecho que debe ser garantizado a toda persona, independientemente de su estatus migratorio”⁸⁹.</p>	<p>1. Los grupos de atención prioritaria que son reconocidos en la legislación ecuatoriana, pero no en la Corte IDH.</p> <p>Ese organismo sí realiza una diferenciación específica sobre migrantes indocumentados y acceso a la justicia.</p>

86 Ibíd., p. 34.

87 Cfr. Corte IDH, *Caso Tiu Tojín vs. Guatemala*, sentencia de 26 de noviembre de 2008, párr. 100.

88 Cfr. Corte IDH, *Pueblos Indígenas y la Corte Interamericana: Fondo y Reparaciones*. Cita a *Rosendo Cantú y otra Vs. México*.

89 Corte IDH, *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003, serie A, No. 18, párr. 121-122.

<p>2. Solo se hace referencia al derecho. En siete sentencias se fundamentan parte de su análisis en los derechos de los grupos de atención prioritaria. De la revisión de las mismas hemos encontrado que todas fueron previamente analizadas en el macro derecho de AJ, sin encontrarse particularidades o estándares relacionados al AJ para grupos de atención prioritaria⁹⁰. En la totalidad de sentencias revisadas se encuentra que tanto los derechos de los grupos de atención prioritaria, así como el de AJ fueron analizados de manera separada sin realizar conexión alguna entre ambos derechos.</p>	<p>2. La Corte IDH hace un análisis de las características de los grupos de atención prioritaria. La Corte IDH ha establecido que los <u>niños, niñas y adolescentes son sujetos de protección especial</u>⁹¹ ya que existe una especial gravedad en los casos en los cuales ellos son víctimas de violaciones a los derechos humanos.</p> <p>Los niños, niñas y adolescentes son titulares de los derechos establecidos en la Convención Americana, además de contar con las medidas especiales de protección contempladas en el artículo 19⁹², esto se traduce en los deberes de los estados de prevenir situaciones que pudieran conducir, por acción u omisión, a la afectación de aquél⁹³.</p>	<p>2. La Corte IDH realiza siempre un análisis pormenorizado de los derechos de los grupos de atención prioritaria, como en el caso de los NNA. En lo opuesto analizamos que en Ecuador existen sentencias que enuncian el derecho y otras que fueron analizadas desde el macro derecho de AJ.</p>
<p>3. Los niños, niñas y adolescentes son un grupo de atención prioritaria a ser protegidos tanto en los ámbitos públicos como privados para la plena vigencia de sus derechos, pero no se hace una referencia a cómo se podría garantizar de mejor manera el acceso a la justicia para este grupo poblacional⁹⁴.</p>	<p>3. En relación al Art. 8 y 25 de la Convención Americana deben correlacionarse con los derechos específicos que estatuye, además, el artículo 19 de la Convención en forma que se reflejen en cualesquiera procesos administrativos o judiciales en los que se discuta algún derecho de un niño⁹⁵. En relación a los <u>Arts. 8 y 25 de la CADH, los Estados están obligados a suministrar recursos judiciales efectivos a las víctimas de violaciones de los DDHH</u>, conforme al debido proceso, con el fin de que se haga todo lo necesario para conocer la verdad de lo sucedido⁹⁶ y se sancione a los responsables⁹⁷.</p>	<p>3. Las Cortes ecuatorianas afirman que los niños, niñas y adolescentes son un grupo de atención prioritaria, sin embargo no se hace referencia a su derecho de AJ; la Corte IDH sí ha establecido derechos y obligaciones específicas.</p>

90 Corte Constitucional de la República del Ecuador, causas: 38-15-SEP-CC, 45-15-SEP-CC, 064-15-SEP-CC, 239-15-SEP-CC, 258-15-SEP-CC, 279-15-SEP-CC, 334-15-SEP-CC, de fecha 2015.

91 Corte IDH, Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002, serie A, No. 17, párr. 71. *Caso Rochac Hernández y otros Vs. El Salvador*, 2014, párr. 110. Comité de los Derechos del Niño, 54º período de sesiones, 25 de mayo a 11 de junio de 2010.

92 Cfr. Corte IDH, *Caso Gelman Vs. Uruguay* (Fondo y Reparaciones), sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C, No.221, párr. 121.

93 Cfr. Corte IDH, *Caso de la Masacre de Mapiripán Vs. Colombia*, 2005, párr. 162.

94 Corte Constitucional de la República del Ecuador, causa 064-15-SEP-CC, de fecha 2015.

95 Cfr. Corte IDH, *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002, serie A, No. 17, párr. 95.

96 Cfr. Corte IDH, *Caso Defensor de Derechos Humanos y otros Vs. Guatemala*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 28 agosto 2014, serie C, No. 283, párr. 199.

97 Ver Corte IDH, *Caso García Lucero y otras Vs. Chile* (Excepción Preliminar, Fondo y Reparaciones), sentencia de 28 de agosto de 2013, serie C, No. 267, párr. 121. La Corte Europea de Derechos Humanos, dentro del caso Okkali v. Turkey Application no. 52067/99 de octubre del 2006, se manifiesta en relación a la no impunidad casos de NNA. Art. 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, Reglas de Beijing, de Tokio y las Directrices de Riad.

B. Sub-derechos antes del proceso

1) Derecho a ser oído

Patrón identificado en la Corte Constitucional en 2015 (hay 3)	Estándar de la Corte IDH más próximo a lo indicado por la Corte Constitucional	Análisis comparativo
<p>1. Consiste en formular alegaciones, ser escuchado en audiencia en igualdad de condiciones y replicar, lo que permite ser debidamente juzgado. Es un elemento de la defensa técnica, que es la dimensión formal (no material) del derecho de defensa⁹⁸.</p>	<p>1. La Corte IDH⁹⁹ sobre el derecho a ser oído ha indicado que el mismo se encuentra protegido en el artículo 8.1 de la Convención, en el sentido general de comprender el derecho de toda persona a tener acceso al tribunal u órgano estatal encargado de determinar sus derechos y obligaciones. Al respecto, la Corte ha señalado que las garantías establecidas en el artículo 8 de la Convención Americana suponen que las víctimas deben contar con amplias posibilidades de ser oídas y actuar en los procesos respectivos, de manera que puedan formular sus pretensiones y presentar elementos probatorios y que éstos sean analizados de forma completa y seria por las autoridades antes de que se resuelva sobre hechos, responsabilidades, penas y reparaciones.</p>	<p>1. Ambas Cortes se refieren al derecho a ser oído como la facultad de ser escuchado en los procesos con el fin de presentar cuanto les favorezca y que dichos elementos sean analizados para un correcto juzgamiento.</p>
<p>2. Es un elemento del cumplimiento del debido proceso que permite conseguir AJ. Éste, a su vez, es un elemento de la tutela judicial efectiva¹⁰⁰.</p>	<p>2. El derecho a ser oído consagrado presenta dos ámbitos: [...] procesal de asegurar el acceso al órgano competente para que determine el derecho que se reclama en apego a las debidas garantías procesales (tales como la presentación de alegatos y la aportación de prueba). Abarca un ámbito de protección material que implica que el Estado garantice que la decisión que se produzca a través del procedimiento satisfaga el fin para el cual fue concebido. Esto último no significa que siempre deba ser acogido, sino que se debe garantizar su capacidad para producir el resultado para el que fue concebido¹⁰¹.</p>	<p>2. Ambas Cortes vinculan el derecho a ser oído con el debido proceso. La Corte IDH es más explícita: el derecho a ser oído abarca un ámbito formal que asegura el acceso al órgano competente y un ámbito material que garantiza una decisión capaz de producir el resultado para la cual fue concebida.</p>

98 99 100 101

98 Corte Constitucional de la República del Ecuador. La Corte reitera este criterio en 5 sentencias (con énfasis en que el derecho permite ser debidamente juzgado), referencias: 220-15-SEP-CC, 024-10-SEP-CC; más específica es la 246-15-SEP-CC y se cita dentro de la sentencia 247-15-SEP-CC, de fecha 2015.

99 Cfr. Corte IDH, *Caso del Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) Vs. Ecuador* (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia de 28 agosto 2013, serie C, No. 268, párr. 181.

100 Corte Constitucional de la República del Ecuador, 5 causas: 078-15-SEP-CC, 006-14-SEP-CC, 14-15-SEP-CC, 325-15-SEP-CC y 3-2015. Corte Nacional del Ecuador, fallo de triple reiteración.

101 Cfr. Corte IDH, *Caso Barbani Duarte y otros vs. Uruguay* (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 13 de octubre de 2011, párr. 136.

3. Es un elemento del derecho de defensa. Ésta, a su vez, es un elemento del debido proceso ¹⁰² .	3. El derecho a ser oído se relaciona inevitablemente con otros derechos de la Convención Americana, tales son los casos del derecho de defensa y el deber de motivación de las decisiones. De esta manera, la Corte ha establecido que el deber de motivación constituye una prueba de que las partes han sido oídas ¹⁰³ .	3. Ambas Cortes relacionan y vinculan el derecho a ser oído con el derecho a la defensa. Una salvedad realiza la Corte IDH es la vinculación del deber de motivación como una prueba de que las partes han sido oídas.
--	--	--

2) Información sobre asistencia consular

Patrón identificado en la Corte Constitucional en 2015 (hay 1)	Estándar de la Corte IDH más próximo a lo indicado por la Corte Constitucional	Análisis comparativo
1. Existe una mención en una sentencia sobre cuestiones consulares ¹⁰⁴ , pero no se refiere a la asistencia consular en el marco de un proceso judicial.	1. Los componentes esenciales del derecho debido al individuo por el Estado Parte [son]: 1) el derecho a ser notificado de sus derechos bajo la Convención de Viena; 2) el derecho de acceso efectivo a la comunicación con el funcionario consular, y 3) el derecho a la asistencia misma ¹⁰⁵ . Asimismo, la obligación de los Estados de informar al extranjero de su derecho a solicitar asistencia consular y de las implicancias en el Derecho interno de la falta de cumplimiento de esta obligación ¹⁰⁶ .	1. La jurisprudencia nacional no elabora ningún estándar en relación al derecho de asistencia consular, mientras que la Corte IDH lo señala como un derecho del debido proceso y una garantía de los extranjeros a una asistencia por parte de su Estado.

102 Corte Constitucional de la República del Ecuador, causa No. 001-15-SIIN-CC. Criterio analizado en 15 (5 de ellas que solo lo conceptúan como un elemento del derecho de defensa, como, por ejemplo: 300-15-SEP-CC; una lo relaciona con el principio de igualdad de armas procesales: 136-15-SEP-CC).

103 Salmón, Elizabeth y Blanco, Cristina. *El derecho al debido proceso en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, pp. 112. Quien cita a "Corte IDH, *Caso Chocrón Chocrón vs. Venezuela* (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 1 julio 2011, párr. 118.

104 Corte Constitucional de la República del Ecuador, causa No. 198-14-SEP-CC, de fecha 2015.

105 Corte IDH, *Caso Vélez Loor vs. Panamá*, párr. 153.

106 Corte IDH, *Opinión Consultiva OC-16/99*, párr. 5.

3) Recurso-proceso sencillo, rápido y efectivo

Patrón identificado en la Corte Constitucional en 2015 (hay 1)	Estándar de la Corte IDH más próximo a lo indicado por la Corte Constitucional	Análisis comparativo
<p>1. Existen dos sentencias con mención de dichas palabras clave: 1) En sentencia No. 18-15-SEP-CC el criterio se refiere que dicho derecho implica poder solicitar o modificar medidas cautelares impuestas; 2) Por otro lado, en sentencia No. 50-15-SEP-CC la Corte Constitucional indica que este derecho implica la necesidad imperativa de citar y notificar en forma de los actos procesales. Sin embargo, la Corte Constitucional en 2015 no propone un contorno más definido que dé cuenta de requisitos más específicos sobre cómo debe aplicarse o entenderse este proceso.</p>	<p>1. El artículo 25.1 de la Convención contempla la obligación de los Estados Partes de garantizar, a todas las personas bajo su jurisdicción, un recurso judicial sencillo, rápido y efectivo ante juez o tribunal competente. La Corte recuerda su jurisprudencia que dicho recurso debe ser adecuado y efectivo¹⁰⁷. En cuanto a la efectividad del recurso, éste 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. Así, el proceso debe tender a la materialización de la protección del derecho reconocido en el pronunciamiento judicial mediante la aplicación idónea de dicho pronunciamiento¹⁰⁸.</p>	<p>1. No existe un desarrollo jurisprudencial por las Altas Cortes ecuatorianas acerca del derecho a un recurso sencillo, rápido y efectivo. Por su parte la Corte IDH es amplia en este criterio al indicar sus características, mismas que deben ser adecuado, efectivo e idóneo.</p>

107 Corte IDH, *Caso López Lone y Otros Vs. Honduras* (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia 5 octubre 2015, párr. 245. *Caso Granier y Otros (Radio Caracas Televisión) Vs. Venezuela* (Exceps. Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia 22 junio 2015, párr. 282.

108 Cfr. Corte IDH, *Caso Furlan y Familiares Vs. Argentina* (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia de 31 de agosto de 2012, serie C, No. 246, párr. 345.

4) Derecho a la verdad, obligación de investigar

Patrón identificado en la Corte Constitucional en 2015 (hay 1)	Estándar de la Corte IDH más próximo a lo indicado por la Corte Constitucional	Análisis comparativo
<p>1. En dos pronunciamientos el criterio establece que este derecho se vulnera (y no se cumple la consiguiente obligación de investigar) cuando las diligencias penales no se realizaron al procedimiento establecido (151-15-SEP-CC y 290-15-SEP-CC). En una de las sentencias existe un criterio inusual, según el cual conceder la posibilidad de recurrir una decisión judicial puede resultar lesivo al derecho a la verdad (196-15-SEP-CC). En dos de ellas, finalmente, no existe una elaboración de un criterio o patrón sustantivo, sino que solo se menciona, dando por supuesto su significado o los requisitos correspondientes (131-15-SEP-CC y 287-15-SEP-CC).</p>	<p>1. La Corte ha considerado que el derecho a la verdad¹⁰⁹ "se encuentra subsumido en el derecho de la víctima o de sus familiares a obtener de los órganos competentes del Estado el esclarecimiento de los hechos violatorios y las responsabilidades correspondientes, a través de la investigación y el juzgamiento que previenen los artículos 8 y 25.1 de la Convención"¹¹⁰. Si bien el derecho a conocer la verdad se ha enmarcado fundamentalmente en el derecho de acceso a la justicia¹¹¹, aquel tiene una naturaleza amplia y su vulneración puede afectar distintos derechos consagrados en la Convención Americana¹¹², dependiendo del contexto y circunstancias particulares del caso. En el caso del Perú, el Tribunal Constitucional del Perú ha reconocido que "el derecho a la verdad, aunque no tiene un reconocimiento expreso en [el] texto constitucional, es un derecho plenamente protegido [...]" Asimismo, ha señalado que "la Nación tiene el derecho de conocer la verdad sobre los hechos o acontecimientos injustos y dolorosos provocados por las múltiples formas de violencia estatal y no estatal. Tal derecho se traduce en la posibilidad de conocer las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las cuales ellos ocurrieron, así como los motivos que impulsaron a sus autores. El derecho a la verdad es, en ese sentido, un bien jurídico colectivo inalienable"¹¹³</p>	<p>1. No existe relación entre los estándares de derecho a la verdad señalados por la jurisprudencia nacional e internacional. En la jurisprudencia nacional no existe un desarrollo acerca del contenido del derecho a la verdad, mientras que para la Corte IDH el derecho a la verdad se encuentra íntimamente ligado al acceso a la justicia, ya que permite el esclarecimiento de los hechos y responsabilidades correspondientes.</p>

109 Este derecho es analizado en el Sistema Interamericano y en el Sistema Universal DDHH, así encontramos los siguientes documentos: Resolución de Consejo de Seguridad No. No. 1606 (2005) de 20 de junio de 2005. Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. *Estudio sobre el derecho a la verdad*, U.N. Doc. E/CN.4/2006/91 de 9 de enero de 2006.

110 Cfr. Corte IDH, *Caso Quispialaya Vilcapoma Vs. Perú* (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia de 23 de noviembre de 2015, párr. 161. *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 25 de octubre de 2012, serie C, No. 252, párr. 298.

111 Cfr. Corte IDH. *Caso Comunidad Campesina de Santa Bárbara Vs. Perú* (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia de 1 de septiembre de 2015, párr. 265.

112 *Ibíd.* Quien cita: "se ha reconocido el derecho a conocer la verdad vinculado con el derecho a obtener y solicitar información, el derecho a la justicia [...]". Cfr. Informe OACDH, *Estudio sobre el derecho a la verdad*, U.N. Doc. E/CN.4/2006/91 de 9 de enero de 2006.

113 Cfr. Corte IDH, *Caso Comunidad Campesina de Santa Bárbara Vs. Perú* (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia de 1 de septiembre de 2015.

C. Sub-derechos durante el proceso

1) Deber de motivación

Patrón identificado en la Corte Constitucional en 2015 (hay 3)	Estándar de la Corte IDH más próximo a lo indicado por la Corte Constitucional	Análisis comparativo
<p>1. Es una condición, una obligación y un derecho:</p> <p>+ Como <i>obligación</i>, requiere que el decisor, no solo enuncie los antecedentes de hecho o los fundamentos de Derecho (no solo es preciso que la sentencia contenga parte expositiva, motiva y dispositiva), sino que explique precisa, pormenorizada y coherentemente (con argumentos de calidad) la pertinencia de su aplicación a la decisión (como resultado de un verdadero ejercicio intelectual).</p> <p>+ Como <i>derecho</i>, es una garantía del debido proceso porque permite al ciudadano conocer las razones de la decisión, limitar la arbitrariedad del decisor y, por tanto, ejercer derechos constitucionales y humanos.</p> <p>+ Como <i>condición</i>, ha de ser razonable (no contradiga disposiciones constitucionales o legales), lógica (sea coherente entre premisas, conclusión y decisión) y comprensible (expresada en lenguaje claro para su fiscalización por la sociedad, más allá de las partes en conflicto)¹¹⁴.</p>	<p>1. La Corte ha mencionado que la motivación es la exteriorización de la justificación razonada que permite llegar a una conclusión¹¹⁵. El deber de motivar las resoluciones es una garantía vinculada a la recta administración de justicia, que le garantiza a los ciudadanos el derecho a ser juzgados por las razones que el derecho otorga, a la vez que brinda credibilidad a las decisiones judiciales en una sociedad democrática¹¹⁶. En virtud de lo cual las decisiones que adopten los órganos internos de los estados que puedan afectar derechos humanos deben de estar motivadas, de lo contrario serían decisiones arbitrarias¹¹⁷. Por todo lo anterior, la Corte ha concluido que el deber de motivación es una de las “debidias garantías” incluidas en el artículo 8.1 del debido proceso¹¹⁸.</p>	<p>1. Si bien existe coherencia entre ambas Cortes sobre la necesidad de motivar una sentencia y con ello evitar la arbitrariedad, es importante señalar que la Corte IDH aborda la motivación desde su finalidad e importancia, mientras que la jurisprudencia nacional hace énfasis en su naturaleza como condición, obligación y derecho.</p>

114 Corte Constitucional de la República del Ecuador, 23 causas que analizan este criterio, así: es una jurisprudencia sólida y consolidada desde las sentencias de la Corte Constitucional de Transición, siendo las más citadas: 061-15-SEP-CC, 067-10-SEP-CC, 227-12-SEP-CC, 024-13-SEP-CC y 076-13-SEP-CC. (Ver también: 11-09-SEP-CC, 069-10-SEP-CC, 200-12-SEP-CC, 92-13-SEP-CC, 97-13-SEP-CC, 020-13-SEP-CC, 11-09-SEP-CC/090-14-SEP-CC, 118-14-SEP-CC, 98-14-SEP-CC, 062-14-SEP-CC, 180-14-SEP-CC, 167-14-SEP-CC, 203-14-SEP-CC, 133-14-SEP-CC, 160-14-SEP-CC, 34-15-SEP-CC, 062-15-SEP-CC, 56-15-SEP-CC). Cabe recalcar que en estas se menciona 4 veces sentencias Chaparro y Lapo, y una vez a la sentencia Melba Suárez Peralta vs Ecuador (Corte IDH).

115 Cfr. Corte IDH, *Caso J. Vs. Perú* (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia de 27 de noviembre de 2013, serie C, No. 275, párr. 224.

116 Cfr. Corte IDH, *Caso Apitz Barbera y otros Vs. Venezuela*, párr. 77.

117 Cfr. Corte IDH, *Caso Yatama Vs. Nicaragua* (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia de 23 de junio de 2005, serie C, No. 127, párr. 125.

118 Cfr. Corte IDH, *Caso Suárez Peralta Vs. Ecuador* (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia de 21 de mayo de 2013, serie C, No. 261, párr. 109.

2. solo se cita el test de motivación: que la misma sea razonable, lógica y comprensible ¹¹⁹ .	2. No existe un criterio igual en la Jurisprudencia de la Corte IDH, sin embargo, lo más semejante es que "la motivación de un fallo debe permitir conocer cuáles son los hechos, motivos y normas en las que se basó el órgano que lo dictó para tomar su decisión de modo que se pueda desechar cualquier indicio de arbitrariedad, a la vez que les demuestra a las partes que estas han sido oídas en el marco del proceso ¹²⁰ .	2. La jurisprudencia nacional se enfoca en los requisitos que debe tener la motivación, como razonable, lógica y comprensible, mientras que la Corte IDH no indica requisitos, pero señala que debe existir una coherencia entre hechos, motivos y normas.
3. No contiene elaboración del criterio o solo se enuncia ¹²¹	3. El primer caso en el que se alegó fue <i>Lori Berenson vs. Perú</i> : la Corte optó por una posición formalista, en tanto no ingresó a analizar la calidad de la motivación, ya que se consideró que es un deber de toda decisión que afecte derechos humanos ¹²² .	3. Aun cuando la Corte IDH no desarrollaba el estándar de motivación, siempre hizo referencia a la misma, inicialmente en su aspecto formal, lo cual no sucede con la jurisprudencia nacional.

2) Oralidad

Patrón identificado en la Corte Constitucional en 2015 (hay 1)	Estándar de la Corte IDH más próximo a lo indicado por la Corte Constitucional	Análisis comparativo
1. En 8 sentencias no se aplica ningún criterio (tres de la Corte Constitucional: 223-15-SEP-CC, 188-15-SEP-CC, 165-15-SEP-CC; y 5 de la Corte Nacional de Justicia: 926-2010, 603-2010, 554-201, 546-060, 121-2010). En una sentencia de Corte Nacional de Justicia se indica que implica actuar de acuerdo a los principios de concentración, contradicción y dispositivo (10-2015). Se vincula a la oralidad con el art. 168 de la Constitución, pero no se elabora un estándar (009-15-SCN-CC).	1. La Corte considera que del artículo 8.1 de la Convención se desprende que el derecho a ser oído debe necesariamente ejercerse de manera oral en todo procedimiento. Lo anterior no obstaría para que la Corte considere que la oralidad es una de las "debidas garantías" que el Estado debe ofrecer a los justiciables en cierto tipo de procesos. Por tanto, existen casos en los que se requiere que el proceso sea oral y, de no ser así, las partes podrán alegar la violación del artículo 8.1, siempre y cuando dicha oralidad esté debidamente justificada ¹²³ .	1. En la jurisprudencia internacional existe un mayor desarrollo de la oralidad puesto que la vinculan con el debido proceso y una garantía irrenunciable para cierto tipo de procesos. En la jurisprudencia nacional la oralidad casi no tiene ningún desarrollo, únicamente se la ha vinculado con principios procesales.

119 Corte Constitucional de la República del Ecuador, causa 077-15-SEP-CC, de 2015.

120 Cfr. Corte IDH, *Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile* (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia de 19 de septiembre de 2006, serie C, No. 151, párr. 122.

121 Corte Constitucional de República del Ecuador: 003-15-SCN-CC, 073-13-SEP-CC o 142-15-SEP-CC.

122 Criterio referido al *Caso Hurk vs. Holanda*, TEDH, sentencia del 19 de abril de 1994, párr. 61.

123 Salmón, Elizabeth y Blanco Cristina, *El derecho al debido proceso en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, pág. 109.

3) Participación en el proceso, acceso a los expedientes

Patrón identificado en la Corte Constitucional en 2015 (hay 1)	Estándar de la Corte IDH más próximo a lo indicado por la Corte Constitucional	Análisis comparativo
<p>1. solo existen dos sentencias. La 18-15-SEP-CC indica que este derecho implica poder solicitar actos de disposición en materia de medidas cautelares. La 50-15-SEP-CC establece que supone la necesidad imperativa de citar y notificar en forma de los actos procesales.</p>	<p>1. Para la Corte IDH la participación en el proceso no constituye una obligación de la víctima o su familiar, sino un derecho de la misma, ya que la búsqueda efectiva de la verdad corresponde al Estado, y no depende de la iniciativa procesal de la víctima, o de sus familiares o de su aportación de elementos probatorios; por tanto, se debe garantizar en todas las etapas de los respectivos procesos. Sobre el acceso a los expedientes la Corte se ha referido que la negativa de expedir copias del expediente de la investigación a las víctimas constituye una carga desproporcionada en su perjuicio, incompatible con el derecho a su participación en la averiguación previa¹²⁴.</p>	<p>1. En la jurisprudencia nacional, el estándar se centraliza en el derecho de petición, notificaciones y citaciones. Para la Corte IDH este derecho constituye una garantía de las víctimas de poder conocer sus procesos y participar de ellos.</p>

4) Sanción previsible

Patrón identificado en la Corte Constitucional en 2015 (hay 1)	Estándar de la Corte IDH más próximo a lo indicado por la Corte Constitucional	Análisis comparativo
<p>1. Dos sentencias de la Corte Constitucional mencionan la previsibilidad de las sanciones o bien en relación al artículo 9 de la Convención Americana de Derechos Humanos (No. 063-15-SEP-CC) o bien en conexión con el artículo 76 de la Constitución del Ecuador (No. 268-15-SEP-CC). solo se elabora un poco más el criterio en la sentencia (001-15-SIIN-CC), que indica que el legislador debe prever que ninguna norma contravenga debido proceso o tutela efectiva, porque no es posible dejar en indefensión a alguien respecto a una sanción.</p>	<p>1. Es interesante que la Corte determine elementos concretos que debe tomar en cuenta el juez al momento de imponer una sanción, limitando la discrecionalidad de la medida sancionatoria¹²⁵. En el marco de las debidas garantías establecidas en el artículo 8.1 de la Convención Americana se debe salvaguardar la seguridad jurídica sobre el momento en el que se puede imponer una sanción. La Corte IDH se remite a la Corte Europea según la que norma de carácter penal tiene que ser: i) adecuadamente accesible, ii) suficientemente precisa, y iii) previsible. Respecto a este último aspecto, la Corte Europea utiliza el denominado “test de previsibilidad”, el cual tiene en cuenta tres criterios para determinar si una norma es lo suficientemente previsible, a saber¹²⁶: i) el contexto de la norma bajo análisis; ii) el ámbito de aplicación para el que fue creado la norma, y iii) el estatus de las personas a quienes está dirigida la norma¹²⁷.</p>	<p>1. El desarrollo que presenta la jurisprudencia internacional sobre este derecho es mucho mayor que el que presenta la jurisprudencia nacional. Para las Cortes ecuatorianas las sanciones no deben contravenir el debido proceso, mientras que para las cortes internacionales el análisis de sanción previsible es mucho mayor y debe respetar el test de previsibilidad.</p>

124 Corte IDH, *Caso Radilla Pacheco Vs. México* (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia de 23 de noviembre de 2009, serie C, No. 209, párr. 252.

125 Universidad de Chile, *Boletín de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Disponible <http://www.cd.h.uchile.cl/media/publicaciones/pdf/82.pdf>.

126 Sentencias TEDH: *Hasan and Chaush v. Bulgaria*, sentencia 26 octubre 2000, párr. 84; *Maestri v. Italy*, sentencia 17 julio 2004, párr. 30; *Landvreugd v. The Netherlands*, sentencia 4 junio 2002, párr. 59.

127 Corte IDH, *Caso López Mendoza Vs. Venezuela* (Fondo Reparaciones y Costas), sentencia de 1 de septiembre de 2011, serie C, No. 233, párr. 199.

5) Plazo razonable

Patrón identificado en la Corte Constitucional en 2015 (hay 4)	Estándar de la Corte IDH más próximo a lo indicado por la Corte Constitucional	Análisis comparativo
1. No se refiere a plazo razonable como derecho procesal, sino como condición para ejecutar una orden judicial en un tiempo no excesivo ¹²⁸ .	1. El primer caso es el de <i>Genie Lacayo vs. Nicaragua</i> ¹²⁹ y uno de los últimos es el caso <i>Quispialaya Vilcapoma vs. Perú</i> de 2015. El derecho de AJ requiere que se haga efectiva la determinación de los hechos que se investigan y de las responsabilidades penales en tiempo razonable ¹³⁰ , una demora prolongada puede llegar a constituir una violación de las garantías judiciales ¹³¹ .	1. Mientras que el plazo razonable constituye únicamente una condición de ejecución para las cortes nacionales, la Corte IDH considera que el plazo razonable es una garantía en sí misma vinculada directamente con el AJ.
2. Aplica directamente el 8 CADH ¹³² .	2. El Art. 8 numeral 1 de la CADH determina el derecho a ser oído en un plazo razonable. Se encuentra contenido en el Art. 7 numeral 1 en relación al plazo razonable en privación de libertad ¹³³ . Asimismo, el Art 25 del recurso judicial hace mención a que las toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido ¹³⁴ .	2. La Corte Constitucional vincula el plazo razonable con las garantías del debido proceso de la CADH, es decir el artículo 8. La Corte IDH

128 Corte Constitucional de la República del Ecuador, 41 causas. Ej.: 17-2010, 003-15-SCN-CC, 003-15-SIS-CC, 005-15-SIS-CC, 12-15-SAN-CC, 16-15-SIN-CC, 021-15-SIN-CC, 30-15-SIN-CC.

129 Cfr. Corte IDH, *Caso Genie Lacayo vs. Nicaragua*, párr. 74.

130 Cfr. Corte IDH, *Caso Bulacio Vs. Argentina*, párr. 114, y *Caso Rochac Hernández y otros Vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de octubre de 2014, serie C, No. 285, párr. 139.

131 Cfr. Corte IDH, *Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros Vs. Trinidad y Tobago* (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia de 21 de junio de 2002, serie C, No. 94, párr. 145.

132 Corte Constitucional de la República del Ecuador, 13 sentencias. Por ejemplo: 12-15-SEP-CC, 3-2015, 14-15-SEP-CC, 028-15-SEP-CC, 35-15-SEP-CC, 93-13-SEP-CC, 113-15-SEP-CC, 124-15-SEP-CC; 136-15-SEP-CC, 220-15-SEP-CC, de fecha 2015.

133 Cfr. Corte IDH, *Caso Bayarri vs. Argentina* (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 30 de octubre de 2008, párr. 70.

134 Cfr. Corte IDH. *Caso Abrill Alosilla y otros Vs Perú* (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia de 4 de marzo de 2011, serie C, No. 223, párr. 75.

<p>3. Cabe interponer la acción de incumplimiento cuando el juez sentenciador no haya dictado la sentencia en un plazo razonable¹³⁵.</p>	<p>3. El plazo razonable no solo se aplica a autoridades judiciales sino también a las diligencias llevadas a cabo por autoridades fiscales¹³⁶, procesos civiles¹³⁷, procesos de inconstitucionalidad¹³⁸, recursos de amparo¹³⁹, procesos administrativos¹⁴⁰, entre otros.</p>	<p>3. Para ambas Cortes el plazo razonable debe ser aplicado por cualquier autoridad judicial. Pero la Corte IDH amplía el criterio a distintas autoridades.</p>
<p>4. Según la Corte IDH tiene cuatro (4) elementos: valoración de la complejidad del asunto, la actividad procesal del interesado, la conducta de las autoridades nacionales y la afectación generada en la situación jurídica de la persona involucrada en el proceso¹⁴¹.</p>	<p>4. La Corte ha considerado cuatro aspectos para determinar su cumplimiento¹⁴²: la complejidad del asunto, la conducta de las autoridades, la actividad procesal del interesado¹⁴³, y la afectación generada en la situación jurídica de la persona involucrada en el proceso. Pero la pertinencia de aplicar esos criterios para determinar la razonabilidad del plazo de un proceso depende de las circunstancias particulares¹⁴⁴. Corresponde al Estado demostrar las razones por las cuales un proceso o conjunto de procesos han tomado un período determinado que exceda los límites del plazo razonable. Si no lo demuestra, la Corte tiene amplias atribuciones para hacer su propia estimación al respecto¹⁴⁵.</p>	<p>4. La Corte Constitucional usa los mismos estándares dados por la Corte IDH para plazo razonable. Pero se diferencia de este último organismo porque establece una obligación de demostrar las razones.</p>

135 Corte Constitucional de la República del Ecuador, causas: 16-15-SIS-CC, 028-15-SIS-CC, 40-15-SIS-CC, 42-15-SIS-CC.

136 Cfr. Corte IDH, *Caso Valle Jaramillo y otros vs Colombia* (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 27 de noviembre de 2008, párr. 157-158.

137 Cfr. Corte IDH, *Caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador*, párr. 80-81.

138 Corte IDH, *Caso López Mendoza vs. Venezuela*, párr. 179.

139 Cfr. Corte IDH, *Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú*, párr. 91.

140 Corte IDH. *Caso Apitz Barbera vs. Venezuela*, párr. 172-178.

141 Corte Constitucional de la República del Ecuador, causas: 47-15-SIS-CC y 33-15-SIS-CC.

142 Ver Corte IDH, *Caso Quispialaya Vilcapoma Vs. Perú* (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia de 23 de noviembre de 2015, párr. 176-178.

143 Cfr. 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. 298.

144 Cfr. Corte IDH, *Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia*, sentencia de 31 de enero de 2006, serie C, No. 140, párr. 171.

145 Cfr. Corte IDH, *Caso Anzualdo Castro Vs. Perú* (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia de 22 de septiembre de 2009, serie C, No. 202, párr. 156.

6) Juez competente, independiente, imparcial, legal - natural

Patrón identificado en la Corte Constitucional en 2015 (hay 5)	Estándar de la Corte IDH más próximo a lo indicado por la Corte Constitucional	Análisis comparativo
1. No se elabora, sino que solo se menciona, dándolo por entendido ¹⁴⁶ .	1. En todas las sentencias la Corte IDH realiza el análisis de hecho producido con el derecho en cuestión, mencionado el estándar y expresando una conclusión razonada.	1. A diferencia del nivel nacional, la Corte IDH siempre realiza un análisis de los derechos de la Convención Americana.
2. Es un elemento de la tutela judicial efectiva ¹⁴⁷ .	2. No está íntimamente ligado a la tutela judicial pero sí al debido proceso (ver citas de abajo).	2. Para la jurisprudencia nacional es un elemento de la tutela judicial efectiva mientras que para la jurisprudencia internacional es un elemento del debido proceso
3. Es un elemento del debido proceso. La competencia tiene relación con la materialización de la jurisdicción en la materia, el territorio, las personas y los grados, que exige que el juez esté contemplado en la ley y esta determine los asuntos a que debe dedicarse ¹⁴⁸ .	3. El derecho está recogido en el artículo 8.1 de la Convención Americana, aquellos requisitos constituyen un presupuesto fundamental del debido proceso, pues su incumplimiento generaría la desprotección del justiciable antes del inicio formal del enjuiciamiento ¹⁴⁹ .	3. En este criterio existe uniformidad en concebir este derecho como parte del debido proceso.

146 Corte Constitucional Ecuador, 15 causas: 300-15-SEP-CC, 321-15-SEP-CC, 327-15-SEP-CC, 39-15-SIS-CC, 47-15-SIS-CC, 50-15-SEP-CC, 51-15-SEP-CC, 59-15-SEP-CC, 062-15-SEP-CC, 100-15-SEP-CC, 123-15-SEP-CC, 147-15-SEP-CC, 197-14-SEP-CC, 200-14-SEP-CC, 209-15-SEP-CC, 215-14-SEP-CC, 218-14-SEP-CC, 224-14-SEP-CC, 244-15-SEP-CC, 286-15-SEP-CC, 298-15-SEP-CC.

147 Corte Constitucional de la República del Ecuador, 7 causas: 319-15-SEP-CC, 001-15-SIIN-CC, 18-15-SEP-CC, 33-15-SEP-CC, 078-15-SEP-CC, 134-15-SEP-CC, 151-15-SEP-CC. Referencias citadas: 0032-09-SEP-CC, 32-09-SEP-CC, 90-14-SEP, 41-13-SEP-CC, de fecha 2015.

148 Corte Constitucional del Ecuador. La Corte hace un análisis de esto en 11 sentencias: 207-14-SEP-CC, 239-15-SEP-CC, 268-15-SEP-CC, 294-15-SEP-CC, 308-15-SEP-CC, 597-07-RA, 0681-07-RA, 3-2015, 027-15-SEP-CC, 028-15-SEP-CC, 195-15-SEP-CC; otras referencias: Corte Constitucional de Colombia, sentencia no. 315/12 de 12 de mayo de 2012, 16-13-SEP-CC, 14 PIDCP, 113-15-SEP-CC. Couture, Eduardo (1958), *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, p. 29.

149 Cfr. Corte IDH, *Caso Barbani Duarte y otros vs Uruguay*, párr. 142.

<p>4. La imparcialidad asegura una tutela judicial efectiva de derechos, cuyo fin es conseguir justicia (en los medios y en los resultados). Se distingue entre subjetiva (carencia de prejuicios, que se presume <i>iuris tantum</i>) y objetiva (demostrar con pruebas objetivas que el juez ofreció elementos que permitan desterrar su parcialidad). La recusación y la excusa son figuras que aseguran la imparcialidad. La imparcialidad se traduce en independencia externa¹⁵⁰.</p>	<p>4. Caso <i>Aptiz Barbera vs. Venezuela</i>: “la imparcialidad exige que el juez que interviene en una contienda particular se aproxime a los hechos de la causa careciendo, de manera subjetiva, de todo prejuicio y, asimismo, ofreciendo garantías suficientes de índole objetiva que permitan desterrar toda duda que el justiciable o la comunidad puedan albergar respecto de la ausencia de imparcialidad¹⁵¹. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha explicado que la imparcialidad subjetiva se presume a menos que exista prueba en contrario¹⁵². El juez debe aparecer como actuando sin estar sujeto a influencia, aliciente, presión, amenaza o intromisión¹⁵³. Hoy Corte IDH: caso <i>Herrera Ulloa vs. Costa Rica</i>, la Corte citó al Tribunal Europeo de Derechos Humanos para indicar que hasta las <i>apariencias</i> podrán tener cierta importancia, pues lo que está en juego es la confianza que deben inspirar los tribunales a los ciudadanos en una sociedad democrática y, sobre todo, en las partes del caso¹⁵⁴.</p>	<p>4. La Corte Constitucional vincula la imparcialidad con la tutela judicial efectiva mientras que la Corte IDH la vincula como una garantía del proceso en sí mismo.</p>
<p>5. Se asegura mediante el derecho a recurrir, limitando el poder que asume el juez dentro de una causa, porque es susceptible de cometer errores¹⁵⁵.</p>	<p>5. El artículo 8. 2 literal h de la CADH determina el derecho a recurrir el fallo ante un juez o tribunal superior en relación al debido proceso. Este derecho tiene relación con el derecho de defensa, en tanto otorga la posibilidad de interponer un recurso para evitar que quede firme una decisión que fue adoptada con vicios y que contiene errores que ocasionarán un perjuicio indebido a los intereses de una persona¹⁵⁶.</p>	<p>5. No existe una relación entre ambos criterios ya que la Corte Nacional hace referencia al juez natural mientras que la CADH lo relaciona con el derecho a la defensa.</p>

150 Corte Constitucional de la República del Ecuador, causas: No. 14-15-SEP-CC y 009-15-SEP-CC; (hay una referencia a la causa 227-12-SEP-CC).

151 Cfr. ECHR, *Pullar v. The United Kingdom*, sentencia del 10 de junio 1996.

152 Cfr. ECHR, *Daktaras v. Lithuania*, no. 42095, sentencia 1998, párr. 30.

153 ONU, *Principio 2 de los Principios Básicos de las Naciones Unidas*, párr. 59.

154 Cfr. Corte IDH, *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica* (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 2 de julio de 2004, párr. 170.

155 Corte Constitucional de la República del Ecuador, causa No. 186-15-SEP-CC, de 2015.

156 Cfr. Corte IDH, *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela*. Sentencia del 17 de noviembre de 2009, párr. 88.

7) Presunción de inocencia

Patrón identificado en la Corte Constitucional en 2015 (hay 3)	Estándar de la Corte IDH más próximo a lo indicado por la Corte Constitucional	Análisis comparativo
1. No se elabora, sino que solo se menciona, dándolo por entendido ¹⁵⁷ .	1. La Corte IDH siempre realiza el análisis de hecho producido con el derecho en cuestión, mencionado el estándar y expresando una conclusión razonada.	1. El Ecuador no realiza un análisis.
2. Es un elemento del debido proceso por el cual toda persona acusada de un delito, tiene derecho que se demuestre su culpabilidad a través de un juicio justo, donde se hayan asegurado todas las garantías de su defensa ¹⁵⁸ .	2. El derecho a la presunción de inocencia, tal y como se desprende del artículo 8 y exige que el Estado no condene informalmente a una persona o emita juicio ante la sociedad, contribuyendo así a formar una opinión pública, mientras no se acredite conforme a la ley la responsabilidad penal de aquella ¹⁵⁹ .	2. Para el Ecuador es un elemento del debido proceso, pero para la Corte IDH es un derecho.

157 Corte Constitucional de la República del Ecuador, causas No. 229-14-SEP-CC, 230-15-SEP-CC, 246-15-SEP-CC, 289-15-SEP-CC, 326-15-SEP-CC, 641-2010, 11-15-SEP-CC, 46-15-SEP-CC, 156-15-SEP-CC, 179-15-SEP-CC, 198-15-SEP-CC, 210-15-SEP-CC, 212-14-SEP-CC, 218-14-SEP-CC.

158 Corte Constitucional de la República del Ecuador, 14 causas: 168-2008, 002-15-SIN-CC, 30-15-SEP-CC, 50-15-SEP-CC, 54-15-SEP-CC, 084-15-SEP-CC, 111-15-SEP-CC, 137-15-SEP-CC, 173-15-SEP-CC, 196-15-SEP-CC, 223-15-SEP-CC, 237-15-SEP-CC, 291-15-SEP-CC. Corte Nacional de Justicia del Ecuador, causa 662-2010, 39-2010 (Expediente de Casación).

159 Cfr. Corte IDH, *Caso Tibi Vs. Ecuador* (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia de 7 de septiembre de 2004, serie C, No. 114, párr. 182.

<p>3. Para garantizarla en los procesos por delitos sexuales, el juez está llamado a hacer un análisis metódico del testimonio de las víctimas, el cual reviste un valor probatorio mayor precisamente por la naturaleza de dichos delitos¹⁶⁰</p>	<p>3. La Corte considera que por ser presunta víctima y al tener un posible interés directo en el mismo, dicho testimonio debe ser valorado como indicio dentro del conjunto de pruebas de este proceso¹⁶¹. El acusado no debe demostrar que no ha cometido el delito que se le atribuye, ya que el <i>onus probandi</i> corresponde a quien acusa, y que exige que una persona no pueda ser condenada mientras no exista prueba plena de su responsabilidad penal. La Corte ha establecido que este principio es un elemento esencial para la realización efectiva del derecho a la defensa y acompaña al acusado durante toda la tramitación del proceso hasta que una sentencia condenatoria que determine su culpabilidad quede firme¹⁶². No es necesario corroborar el testimonio de las víctimas de violencia sexual, que las pruebas que hagan referencia al comportamiento sexual de la víctima deben ser inadmisibles en el proceso y que la falta de precisión en el relato de la víctima sobre hechos, detalles de acontecimientos y fechas no puede ser usada para desestimar su testimonio¹⁶³.</p>	<p>3. En casos de delitos sexuales el testimonio de la víctima tiene un valor probatorio.</p>
--	--	---

8) Traductor - intérprete gratuito

Patrón identificado en la Corte Constitucional en 2015 (hay 4)	Estándar de la Corte IDH más próximo a lo indicado por la Corte Constitucional	Análisis comparativo
<p>1. Forma parte de las garantías mínimas previas que implica el debido proceso, a diferencia de las posteriores (que tienen que ver con la ejecución del acto administrativo)¹⁶⁴</p>	<p>1. Se debe proveer de traductor a quien desconoce el idioma en que se desarrolla el procedimiento, esto forma parte del conjunto de las garantías procesales y concurren a integrar el debido proceso legal¹⁶⁵.</p>	<p>1. Es parte del debido proceso.</p>

160 Corte Nacional de Justicia del Ecuador. Expediente de Casación 235-2011 y 764-2010.

161 Cfr. Corte IDH, *Caso Loaiza Tamayo vs Perú*, sentencia de Fondo de 17 septiembre 1997, párr. 44.

162 Cfr. Corte IDH, *Caso Ricardo Cantú vs. México* (Interpretación de la Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia de 15 de mayo de 2011, párr. 35.

163 Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia (1997, párr. 536-539; 2001); Corte Penal Internacional (ONU, 2000, Regla 63.4). Corte Penal Internacional (ONU, 2000, Regla 71), acogida por la Corte Constitucional de Colombia en la Sentencia T-453-2005. Tribunal Penal Para la Ex Yugoslavia (1997, párr. 534, 1998, párr. 108-115, 2001, párr. 564-565).

164 Corte Constitucional de la República del Ecuador, causas: No. 597-07-RA, 100-15-SEP-CC, 286-15-SEP-CC, 327-15-SEP-CC, recurso extraordinario de protección 327, de fecha 2015.

165 Cfr. Corte IDH, *Opinión Consultiva OC-18/03*, párr. 60.

2. No se vulnera si él mismo ha podido hacer valer sus derechos en el proceso. No se vulnera cuando se alega en casación, ya que implica una valoración de la prueba no permitida en tal instancia ¹⁶⁶ .	2. La imposibilidad de denunciar y recibir información en su idioma implica un menoscabo injustificado en su derecho de acceder a la justicia ¹⁶⁷ .	2. Para Ecuador pueden existir restricciones, para la Corte IDH esto es un menoscabo injustificado del derecho de AJ
3. Es un elemento del derecho a la defensa. A su vez, éste es un elemento del debido proceso, conectado con la inmediación y el derecho a ser oído ¹⁶⁸ .	3. La Corte IDH ha manifestado que en caso de que no comprenda o no hable el idioma del tribunal, el inculpado extranjero tiene derecho a ser provisto de un traductor y a ser informado oportunamente de que puede contar con la asistencia consular de su país ¹⁶⁹ .	3. Debe existir una garantía de su cumplimiento.
4. No se elabora, sino que solo se menciona, dándolo por entendido ¹⁷⁰ .	4. Especial análisis del derecho a contar con un traductor en caso de NNA en situación de migración ¹⁷¹ y la garantía del AJ de los miembros de comunidades indígenas que consideren sus características propias ¹⁷² .	4. Ecuador no realiza un análisis, sí la Corte IDH que hace una especificidad a los derechos de los NNA migrantes.

9) Ser informado de la acusación - preparar la defensa

Patrón identificado en la Corte Constitucional en 2015 (hay 4)	Estándar de la Corte IDH más próximo a lo indicado por la Corte Constitucional	Análisis comparativo
1. No se vulnera si él mismo ha podido hacer valer sus derechos en el proceso, pudiendo no haber quedado en indefensión. No se vulnera cuando se alega en casación, ya que implica una valoración de la prueba no permitida en tal instancia ¹⁷³ .	1. El derecho establecido en el artículo 8.2.b de la Convención supone que la persona reciba una comunicación, de modo previo y detallado, de la acusación que recae en su contra. Este derecho se encuentra muy relacionado con el derecho a la defensa, en tanto asegura que la persona involucrada conoce la situación materia del procedimiento y, en consecuencia, puede tomar acciones dirigidas a asegurar sus derechos en la consecución de este.	1. Para Ecuador no se vulnera si él mismo ha podido hacer valer sus derechos en el proceso, a diferencia de la Corte IDH que considera que parte del derecho a la defensa es asegurar que todas sus acciones se cumplan.

166 Corte Constitucional de la República del Ecuador, causas: No. 142-15-SEP-CC, 121-2010, 144-15-SEP-CC, 267-15-SEP-CC, 271-15-SEP-CC, 073-15-SEP-CC.

167 Ver Corte IDH, *Caso Fernández Ortega y otros. Vs. México*, párr. 201.

168 Corte Constitucional de la República del Ecuador, 14 causas: 080-15-SEP-CC, 116-15-SEP-CC, 123-15-SEP-CC, 137-15-SEP-CC, 170-15-SEP-CC, 176-15-SEP-CC, 217-14-SEP-CC, 220-15-SEP-CC, 233-15-SEP-CC, 238-15-SEP-CC, 265-15-SEP-CC, 283-15-SEP-CC y 334-15-SEP-CC.

169 Corte IDH, Opinión Consultiva 16, párr. 120. *Caso Tiu Tojín vs. Guatemala*, párr. 100.

170 Corte Constitucional Ecuador, 10 causas: 298-15-SEP-CC, 49-15-SIS-CC, 95-15-SEP-CC, 134-14-SEP-CC, 157-15-SEP-CC, 237-15-SEP-CC, 249-15-SEP-CC, 279-15-SEP-CC, 328-15-SEP-CC.

171 Corte IDH, *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*, OC-21/14 de 19 de agosto de 2014, serie A, No. 21, párr. 124.

172 Corte IDH, *Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*, p. 63. Rosendo Cantú Vs. México, p. 184.

173 Corte Constitucional de la República del Ecuador, 7 causas: 142-15-SEP-CC, 121-2010, 144-15-SEP-CC, 267-15-SEP-CC, 271-15-SEP-CC, y 073-15-SEP-CC.

2. Es un elemento del derecho a la defensa. A su vez, éste es un elemento del debido proceso, conectado con la inmediación y el derecho a ser oído ¹⁷⁴	2. El derecho a la defensa obliga al Estado a tratar al individuo en todo momento como un verdadero sujeto del proceso, en el más amplio sentido de este concepto, y no simplemente como objeto del mismo.	2. Es un elemento del derecho a la defensa.
3. No se elabora, sino que solo se menciona, dándolo por entendido ¹⁷⁵	3. En todas las sentencias la Corte IDH realiza el análisis de hecho producido con el derecho en cuestión, mencionado el estándar y expresando una conclusión razonada.	3. Criterios diferentes.
4. Se asegura mediante la citación o notificación de los actos procesales, conforme a la normativa procesal. La falta de cumplimiento y verificación de dicho acto afecta el ejercicio pleno del derecho a la defensa, a través de los principios de petición y contradicción, brindando confianza a la ciudadanía respecto a la publicidad en la sustanciación de las causas ¹⁷⁶ .	4. Si el Estado pretende limitar este derecho, debe respetar el principio de legalidad, argüir de manera fundada cuál es el fin legítimo que pretende conseguir y demostrar que el medio a utilizar para llegar a ese fin es idóneo, necesario y estrictamente proporcional. Caso contrario, la restricción del derecho de defensa del individuo será contraria a la Convención ¹⁷⁷ .	4. Se debe asegurar los mecanismos de defensa.

10) Abogado de su elección - defensor público

Patrón identificado en la Corte Constitucional en 2015 (hay 3)	Estándar de la Corte IDH más próximo a lo indicado por la Corte Constitucional	Análisis comparativo
1. No se elabora, sino que solo se menciona, dándolo por entendido ¹⁷⁸ .	1. En todas las sentencias la Corte IDH realiza el análisis de hecho producido con el derecho en cuestión, mencionado el estándar y expresando una conclusión razonada.	1. El Ecuador no analiza el derecho, solo lo menciona
2. Es un elemento del derecho a la defensa. A su vez, éste es un elemento del debido proceso ¹⁷⁹ .	2. Respecto al derecho a la defensa, la Corte ha afirmado que obliga al Estado a tratar al individuo en todo momento como un verdadero sujeto del proceso, en el más amplio sentido de este concepto, y no simplemente como objeto de éste ¹⁸⁰ .	2. Es un elemento del derecho a la defensa.

174 Corte Constitucional del Ecuador, 14 causas: 080-15-SEP-CC, 116-15-SEP-CC, 123-15-SEP-CC, 137-15-SEP-CC, 170-15-SEP-CC, 176-15-SEP-CC, 217-14-SEP-CC, 220-15-SEP-CC, 233-15-SEP-CC, 238-15-SEP-CC, 265-15-SEP-CC, 283-15-SEP-CC y 334-15-SEP-CC.

175 *Ibíd.* 298-15-SEP-CC, 49-15-SIS-CC, 95-15-SEP-CC, 134-14-SEP-CC, 157-15-SEP-CC, 237-15-SEP-CC, 249-15-SEP-CC, 279-15-SEP-CC y 328-15-SEP-CC.

176 Corte Constitucional de la República del Ecuador, causas: No. 50-15-SEP-CC, 35-15-SEP-CC, 082-15-SEP-CC, 085-15-SEP-CC, 108-15-SEP-CC, 181-15-SEP-CC, 292-15-SEP-CC.

177 Corte IDH, *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela*, párr. 54-55.

178 Corte Constitucional de la República del Ecuador, 14 causas: 253-15-SEP-CC, 603-2010, 001-2011-CC, 009-15-SCN-CC, 53-15-SEP-CC, 078-15-SEP-CC, 100-15-SEP-CC, 171-15-SEP-CC, 196-15-SEP-CC, 286-15-SEP-CC, 289-15-SEP-CC, 296-15-SEP-CC, 327-15-SEP-CC, de fecha 2015.

179 Corte Constitucional Ecuador, causa 223-15-SEP-CC, Resolución de la Corte Constitucional 597.

180 Corte IDH, *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, párr. 154.

3. No se vulnera si se ha notificado expresamente a que comparezca con su abogado particular o defensor público ¹⁸¹ .	3. Es una obligación estatal de proporcionar una defensa adecuada a quien no pudiera defenderse por sí mismo ni nombrar defensor particular. En especial, la Corte resalta que la asistencia letrada suministrada por el Estado debe ser efectiva, para lo cual el Estado debe adoptar todas las medidas adecuadas ¹⁸² .	3. La Corte IDH considera que se vulnera el derecho si no hay una asistencia legal efectiva; en Ecuador el derecho no se vulnera si existen notificaciones a su defensor.
--	---	---

11) Presentar pruebas, testigos y peritos

Patrón identificado en la Corte Constitucional en 2015 (hay 3)	Estándar de la Corte IDH más próximo a lo indicado por la Corte Constitucional	Análisis comparativo
1. No se elabora, sino que solo se menciona, dándolo por entendido ¹⁸³ .	1. En todas las sentencias la Corte IDH realiza el análisis de hecho producido con el derecho en cuestión, mencionado el estándar y expresando una conclusión razonada.	1. Ecuador no analiza el derecho a diferencia de la Corte IDH.
2. Es un elemento del debido proceso ¹⁸⁴ .	2. El artículo 8.2, literal f) de la Convención protege una garantía consustancial al derecho a la defensa, ya que toda persona procesada de interrogar y solicitar la comparecencia de testigos o peritos que puedan colaborar en el esclarecimiento de los hechos materia del proceso ¹⁸⁵ .	2. Es un elemento y garantía del derecho al debido proceso y a la defensa.
3. No presentar pruebas en el momento procesal oportuno no vulnera el derecho de defensa ¹⁸⁶ .	3. Además hay una violación de este derecho si no se llama a declarar a presuntos testigos presenciales de los hechos, y que varios testimonios son declarados "irrelevantes" sin ninguna explicación ¹⁸⁷ .	3. Para las Cortes ecuatorianas la no presentación de pruebas no vulnera derechos, pero para la Corte IDH la no presentación de testigos sí es una vulneración de derechos.

181 Corte Constitucional de la República del Ecuador, causa 11-15-SEP-CC, de fecha 2015.

182 Corte IDH, *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Ñíñez vs. Ecuador*, párr. 159.

183 Corte Constitucional del Ecuador, 13 causas: 100-15-SEP-CC, expediente de revisión 662-2010, resolución 597-2015-CC, 001-15-SIIN-CC, 11-15-SEP-CC, 023-15-SEP-CC, 080-15-SEP-CC, 123-15-SEP-CC, 142-15-SEP-CC, No. 238-15-SEP-CC, 242-15-SEP-CC, 283-15-SEP-CC, 298-15-SEP-CC.

184 1022Corte Constitucional de la República del Ecuador, 12 causas: 36-15-SEP-CC, 005-15-SEP-CC, 102-14-SEP-CC, No. 117-15-SEP-CC, 118-15-SEP-CC, 131-15-SEP-CC, 137-15-SEP-CC, 154-15-SEP-CC, 142-15-SEP-CC, 159-15-SEP-CC, 242-15-SEP-CC, 292-15-SEP-CC.

185 Corte IDH, *Caso Lori Berenson Mejía vs. Perú*, párr. 183-189.

186 Corte Constitucional Ecuador, causas: 159-15-SEP-CC, 246-15-SEP-CC, 300-15-SEP-CC.

187 Cfr. Corte IDH. *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. 233 y 238.

12) No declarar contra sí mismo

(No hubo resultados en la búsqueda nacional)

13) Recurrir el fallo ante el superior

Patrón identificado en la Corte Constitucional en 2015 (hay 4)	Estándar de la Corte IDH más próximo a lo indicado por la Corte Constitucional	Análisis comparativo
1. Es un elemento del debido proceso. Éste a su vez forma parte del derecho a la defensa ¹⁸⁸ .	1. Una garantía primordial que se debe respetar en el marco del debido proceso legal, en aras de permitir que una sentencia adversa pueda ser revisada por un juez o tribunal distinto y de superior jerarquía orgánica. Este derecho está vinculado al derecho de defensa, que da la posibilidad de interponer un recurso ¹⁸⁹ .	1. Es un elemento y garantía del debido proceso que debe respetarse. Éste a su vez forma parte del derecho a la defensa.
2. Es susceptible de ser delimitado, siempre que responda a la necesidad de garantizar derechos constitucionales y no se afecte su núcleo esencial ¹⁹⁰ .	2. La doble conformidad judicial, expresada mediante la íntegra revisión del fallo condenatorio afirma el fundamento y otorga mayor credibilidad al acto jurisdiccional del Estado, y al mismo tiempo brinda mayor seguridad y tutela a los derechos del condenado ¹⁹¹ . Este derecho debe ser garantizado antes de que la sentencia adquiera calidad de cosa juzgada ¹⁹² .	2. Para el Ecuador el derecho puede estar limitado, pero para la Corte IDH éste debe ser garantizado antes de que la sentencia adquiera calidad de cosa juzgada.
3. No se elabora, sino que solo se menciona, dándolo por entendido ¹⁹³ .	3. En todas las sentencias la Corte IDH realiza el análisis de hecho producido con el derecho en cuestión, mencionado el estándar y expresando una conclusión razonada.	3. En algunas sentencias Ecuador no analiza el derecho a diferencia de la Corte IDH.
4. Permite el control de las decisiones judiciales que tienen vicios o errores que pueden ser examinadas por otros jueces ¹⁹⁴ .	4. El derecho a recurrir consiste en una garantía mínima y primordial que se debe respetar en el marco del debido proceso legal, en aras de permitir que una sentencia adversa pueda ser revisada por un juez o tribunal distinto y de superior jerarquía ¹⁹⁵ .	4. Es una garantía del debido proceso para que las sentencias sean revisadas por un tribunal superior.

188 Corte Constitucional de la República del Ecuador, causas: 45-15-SEP-CC. Corte Nacional de Justicia del Ecuador, Fallo triple reiteración 10-2015, 007-15-SCN-CC, 008-14-SCN-CC, 144-15-SEP-CC

189 Corte IDH, *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, párr. 158.

190 Corte Constitucional de la República del Ecuador, causa 253-15-SEP-CC, de 2015.

191 Corte IDH, *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela*, párr. 89.

192 Corte IDH. *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*, párr. 158.

193 Corte Constitucional de la República del Ecuador, causas: 009-15-SCN-CC, 44-15-SEP-CC, 55-15-SEP-CC, de fecha 2015.

194 Corte Constitucional de la República del Ecuador, causas: 167-15-SEP-CC, 167-15-SEP-CC, 187-15-SEP-CC, 196-15-SEP-CC, 325-15-SEP-CC. Corte Nacional de Justicia, fallo triple reiteración 003-2015, de 2015.

195 Corte IDH. *Caso Liakat Ali Alibux Vs. Surinam*, párr. 84.

14) Congruencia

Patrón identificado en la Corte Constitucional en 2015 (hay 4)	Estándar de la Corte IDH más próximo a lo indicado por la Corte Constitucional (Art. 8 numeral 2 literal c y b)	Análisis comparativo
1. Implica afianzamiento de los criterios de concreción, sujeción a lo pedido, coherencia y contextualización ¹⁹⁶	1. El investigado, antes de declarar, tiene que conocer de manera oficial cuáles son los hechos que se le imputan, no solo deducirlos de la información pública o de las preguntas que se le formulan. De esta forma su respuesta podrá ser efectiva y sin el margen de error que las conjeturas producen; se garantizará el principio de congruencia, según el cual debe mediar identidad entre los hechos de los que se informa al inculpado y aquellos por los que se le procesa, acusa y sentencia, y se asegura el derecho a la defensa ¹⁹⁷ .	1. Para las Cortes la congruencia implica la concreción, sujeción a lo pedido, coherencia y contextualización que aseguren el derecho a la defensa.
2. Delimita el alcance contenido de la decisión en tanto ésta debe proferirse de acuerdo con el sentido de las impugnaciones y excepciones oportunamente aducidas a fin de que exista la identidad jurídica entre lo pedido y lo resuelto ¹⁹⁸ .	2. La necesaria congruencia entre la acusación y la eventual sentencia justifica la suspensión del debate y el nuevo interrogatorio del acusado, cuando se pretende cambiar la base fáctica de la acusación. Si esto ocurre irregularmente, se lesiona el derecho a la defensa, en la medida en que el imputado no ha podido ejercerlo sobre todos los hechos que serán materia de la sentencia ¹⁹⁹ .	2. Debería existir una similitud entre la acusación, las impugnaciones, etc., que garanticen el derecho a la defensa.
3. Es un elemento de la motivación ²⁰⁰ .	3. En la congruencia se busca una razonabilidad entre los hechos, derechos y las consecuencias de las mismas, así por ejemplo la Corte IDH ha considerado que el principio de congruencia o de correlación entre la imputación y el fallo determina el ámbito de la sentencia al hecho descrito en la acusación con todas sus circunstancias y elementos materiales, normativos y psíquicos ²⁰¹ .	3. La congruencia se relaciona con la motivación.
4. No se elabora, sino que solo se menciona, dándolo por entendido ²⁰² .	4. En todas las sentencias la Corte IDH realiza el análisis de hecho producido con el derecho en cuestión, mencionado el estándar y expresando una conclusión razonada.	4. Los criterios entre cortes son distintos.

196 Corte Constitucional de la República del Ecuador, causas 109-15-SEP-CC, 41-15-SEP-CC.

197 Corte IDH. *Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela*, párr. 47.

198 Corte Constitucional de la República del Ecuador, causa 211-15-SEP-CC. Corte Nacional de Justicia del Ecuador, expediente de casación 007-2012, 13-2012, 228-14-SEP-CC, de fecha 2013 y 2014.

199 Corte IDH, *Caso Fermín Ramírez Vs. Guatemala* (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia de 20 de junio de 2005, serie C, No. 126, párr. 74.

200 Corte Constitucional Ecuador: 077-15-SEP-CC, 079-15-SEP-CC, 199-15-SEP-CC, 216-15-SEP-CC.

201 Cfr. Demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos contra la República de Guatemala-Caso N. 12.403, *Fermín Ramírez*, párr. 65. TEDH, *Caso Pélissier y Sassi vs. Francia*. Sentencia del 25 de marzo de 1998, párr. 55-63. *Caso Sadak y otros vs. Turquía* (Nº 1), sentencia 17 julio 2001, párr. 52-59.

202 Corte Constitucional del Ecuador, 13 causas: No. 231-14-SEP-CC, 006-15-SAN-CC, 43-15-SEP-CC, 072-15-SEP-CC, 083-15-SEP-CC, 114-15-SEP-CC, 129-15-SEP-CC, 149-15-SEP-CC, 155-15-SEP-CC, 215-14-SEP-CC. Corte Nacional de Justicia del Ecuador, Expedientes de casación 111-2010, 607-2010.

15) Publicidad - proceso público

Patrón identificado en la Corte Constitucional en 2015 (hay 3)	Estándar de la Corte IDH más próximo a lo indicado por la Corte Constitucional	Análisis comparativo
1. No se elabora, sino que solo se menciona, dándolo por entendido ²⁰³ .	1. En todas las sentencias la Corte IDH realiza el análisis de hecho producido con el derecho en cuestión, mencionando el estándar y expresando una conclusión razonada.	1. En Ecuador no se elabora un criterio por el contrario de la Corte IDH donde cada hecho es analizado con el derecho, el estándar y la conclusión.
2. Para garantizarlo, es preciso facilitar el derecho de defensa a través del deber de informar a los individuos sobre las acciones que se ejecuten en su contra ²⁰⁴ .	2. La garantía de publicidad establecida en el artículo 8.5 de la Convención es un elemento esencial del sistema procesal penal acusatorio en un Estado democrático y se garantiza a través de la realización de la etapa oral en la que el acusado pueda tener intermediación con el juez y las pruebas y que facilite el acceso al público ²⁰⁵ .	2. Es un elemento del derecho a la defensa.
3. Protege el bien jurídico superior de seguridad jurídica ²⁰⁶ .	3. La publicidad es un medio que fomenta la confianza en los tribunales de justicia y se refiere al acceso a la información del proceso que tengan las partes e incluso los terceros ²⁰⁷ .	3. Para ambos se protege la seguridad jurídica y la confianza en la justicia.

203 Corte Constitucional Ecuador, 41 causas: 1154-2015-CC, 001-15-SEP-CC, 12-15-SEP-CC, 023-15-SIS-CC, 30-15-SEP-CC, 39-15-SEP-CC, 45-15-SEP-CC, 47-15-SIN-CC, 52-15-SEP-CC, 064-15-SEP-CC, 075-15-SEP-CC, 078-15-SEP-CC, 085-15-SEP-CC, 97-15-SEP-CC, 107-15-SEP-CC, 110-15-SEP-CC, 113-15-SEP-CC, 122-15-SEP-CC, 124-15-SEP-CC, 130-15-SEP-CC, 141-15-SEP-CC, 152-15-SEP-CC, 177-15-SEP-CC, 178-15-SEP-CC, 179-15-SEP-CC, 191-15-SEP-CC, 206-15-SEP-CC, 207-15-SEP-CC, 226-15-SEP-CC, 252-15-SEP-CC, 270-15-SEP-CC, 333-15-SEP-CC, 334-15-SEP-CC. Corte Nacional de Justicia del Ecuador: 318-2010, 480-2010, 554-2010, 603-2010, 607-2010, 641-2010.

204 Corte Constitucional Ecuador: 137-15-SEP-CC, 50-15-SEP-CC, 50-15-SIS-CC, 327-15-SEP-CC.

205 Corte IDH, *Caso J. Vs. Perú*. Párr. 217.

206 Corte Constitucional del Ecuador, 7 causas: 157-15-SEP-CC, 146-15-SEP-CC, 235-15-SEP-CC, 250-15-SEP-CC, 276-15-SEP-CC, 298-15-SEP-CC, 300-15-SEP-CC, 314-15-SEP-CC, de fecha 2015.

207 Corte IDH, *Caso J. Vs. Perú*, párr. 217.

D. Sub-derechos después del proceso

1) Cumplimiento, ejecución, efectividad de la sentencia

Patrón identificado en la Corte Constitucional en 2015 (hay 4)	Estándar de la Corte IDH más próximo a lo indicado por la Corte Constitucional Corte IDH (Art. 25.2 literal c) CADH)	Análisis comparativo
1. No se elabora, sino que solo se menciona, dándolo por entendido ²⁰⁸ .	1. En todas las sentencias la Corte IDH realiza el análisis de hecho producido con el derecho en cuestión, mencionado el estándar y expresando una conclusión razonada.	1. En Ecuador no se elabora un criterio, mientras que en la Corte cada hecho es analizado con el derecho, el estándar.
2. A través de la ejecución se garantiza la reparación integral de los derechos constitucionales ²⁰⁹ .	2. La ejecución de tales decisiones y sentencias es parte del derecho de AJ, entendido éste en sentido amplio, que abarque también el cumplimiento pleno de la decisión respectiva. Lo contrario supone la negación misma de este derecho ²¹⁰ .	2. La ejecución de las decisiones y sentencias es parte del derecho de AJ.
3. La norma o decisión cuyo cumplimiento se exige, debe contener una obligación de hacer o no hacer de forma clara, expresa y exigible ²¹¹ .	3. Los procedimientos de ejecución deben ser accesibles para las partes, sin obstáculos o demoras indebidas, a fin de que alcancen su objetivo de manera rápida, sencilla e integral ²¹² .	3. Hay un criterio coincidente.
4. El proceso de ejecución debe ser célere e inmediato, ante el mismo juez que resolvió la causa ²¹³ .	4. Por el principio de tutela judicial efectiva en la ejecución de fallos, se debe garantizar el cumplimiento de la sentencia por la autoridad competente ²¹⁴ .	4. El proceso de ejecución y de tutela debe ser célere e inmediato.

208 Corte Constitucional Ecuador, causas: 027-15-SIS-CC, 13-15-SIS-CC, 021-15-SIS-CC, 41-15-SIS-CC, 290-15-SEP-CC. Corte Nacional de Justicia del Ecuador, expediente de casación 274-2010.

209 Corte Constitucional de la República del Ecuador, causa 007-15-SIS-CC.

210 Corte IDH, *Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá*, párr. 82.

211 Corte Constitucional de la República del Ecuador, causas: 39-15-SIS-CC y 009-15-SAN-CC.

212 Corte IDH, *Caso Mejía Idrovo Vs. Ecuador*, párr. 106.

213 Corte Constitucional del Ecuador; 0031-14-SIS-CC, 028-15-SIS-CC, 47-15-SIS-CC.

214 Cfr. Corte IDH, *Caso Mejía Idrovo Vs. Ecuador*, párr. 90.

2) Tutela judicial efectiva, ejecución de la sentencia

Patrón identificado en la Corte Constitucional en 2015 (hay 7)	Estándar de la Corte IDH más próximo a lo indicado por la Corte Constitucional	Análisis comparativo
1. Todos los procesos, incluidos aquellos de garantías jurisdiccionales deben terminar con la ejecución de la sentencia, lo cual es concordante con la tutela judicial efectiva ²¹⁵ .	1. La falta de ejecución de la sentencia tiene vinculación directa con la tutela judicial efectiva para la ejecución de los fallos internos ²¹⁶ .	1. Iguales razonamientos. Los procesos deben tener la ejecución de su sentencia, ya que se vincula directamente con la tutela judicial.
2. Para asegurar la tutela judicial efectiva se deben interponer los recursos procesales en los términos legales. ²¹⁷ .	2. No puede considerarse un recurso efectivo cuando, por cualquier causa, no se permita al presunto lesionado el acceso al recurso judicial ²¹⁸ .	2. Para ambas Cortes el derecho a la tutela se garantiza con el acceso al recurso.
3. Para restringir el derecho de tutela judicial efectiva se debe analizar el riesgo de vulneración que esta restricción acarrea frente al nivel de satisfacción del otro derecho en conflicto ²¹⁹ .	3. Si el Estado pretende limitar este derecho, debe respetar el principio de legalidad, argüir de manera fundada cuál es el fin legítimo que pretende conseguir y demostrar que el medio a utilizar para llegar a ese fin es idóneo, necesario y estrictamente proporcional. Caso contrario, la restricción del derecho de defensa del individuo será contraria a la Convención ²²⁰ .	3. Para Ecuador si se restringe el derecho a la tutela judicial debe tomarse en cuenta el riesgo de vulneración a derechos. En cambio, para la Corte IDH se debe respetar la legalidad, establecer el fin y medio.
4. Se puede limitar el derecho de recurrir el fallo con el fin de garantizar el derecho a una tutela judicial efectiva ²²¹ .	4. La Corte señaló que la denegación al AJ tiene una relación con la efectividad de los recursos, ya que no es posible afirmar que un recurso existente dentro del ordenamiento jurídico de un Estado, mediante el cual no se resuelve el litigio planteado por una demora injustificada en el procedimiento, pueda ser considerado un recurso efectivo ²²² .	4. Para Ecuador es posible limitar este derecho para garantizar la tutela. Este criterio es discordante con el dado por la Corte IDH que considera que si un recurso no es efectivo se niega el AJ.

215 Corte Constitucional de la República del Ecuador, 22 causas: 004-15-SIS-CC,006-15-SIS-CC.008-15-SIS-CC, 11-15-SIS-CC, 13-15-SIS-CC, 14-15-SIS-CC,015-15-SIS-CC, 16-15-SIS-CC, 023-15-SIS-CC, 025-15-SIS-CC,028-15-SIS-CC, 30-15-SIS-CC, 35-15-SIS-CC, 43-15-SIS-CC, 46-15-SIS-CC, 49-15-SIS-CC, 51-15-SIS-CC, 56-15-SIS-CC, 58-15-SIS-CC, 59-15-SIS-CC, 178-15-SEP-CC. Se realiza referencia a sentencias: 009-09-SIS-CC, de fecha 2009 y 2015.

216 Corte IDH, *Caso Mejía Idrovo vs. Ecuador*, párr. 84.

217 Corte Constitucional de la República del Ecuador, causas: 006-15-SEP-CC, 215-15-SEP-CC.

218 Corte IDH, *Opinión Consultiva OC- 9/87*, párr. 24.

219 Corte Constitucional de la República del Ecuador, causas: 007-15-SCN-CC, 291-15-SEP-CC.

220 Corte IDH, *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela*, párr. 54-55.

221 Corte Constitucional de la República del Ecuador, causa 008-14-SCN-CC.

222 Corte IDH, *Salvador Chiriboga vs. Ecuador*, párr. 88. *Caso Ayarri vs. Argentina* (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 30 de octubre de 2008, párr. 116.

5. La seguridad jurídica es un presupuesto anterior al AJ.	5. La doble conformidad judicial, expresada mediante la íntegra revisión del fallo condenatorio, confirma el fundamento y otorga mayor credibilidad al acto jurisdiccional del Estado, y al mismo tiempo brinda mayor seguridad y tutela a los derechos del condenado ²²³ .	5. Ecuador afirma que la seguridad jurídica es un presupuesto anterior al AJ. Similar es la opinión de la Corte IDH que considera que la tutela da credibilidad al acto y brinda seguridad.
6. No se refiere a tutela judicial efectiva.	6. Se hace una mera referencia.	6. La Corte IDH hace referencia a la tutela judicial, al opuesto de Ecuador que no se refiere a éste.
7. El retardo injustificado en la ejecución de una sentencia es incompatible con la tutela judicial efectiva ²²⁴ .	7. El derecho a la tutela judicial efectiva exige entonces a los jueces que dirijan el proceso de modo de evitar dilaciones y entorpecimientos indebidos, conduzcan a la impunidad, frustrando así la debida protección judicial de los derechos humanos ²²⁵ .	7. Para ambas Cortes se deben evitar dilataciones y retardos injustificados.

4. Conclusiones

Si bien el AJ ha tenido un amplio **desarrollo** internacional, sea como derecho en sí mismo o como parte de una política pública de servicio judicial, es necesario que, en el Ecuador, en virtud de su nueva normativa constitucional, este derecho adquiera características propias que permitan la plena garantía de los derechos constitucionales.

En efecto, en la Constitución se refleja un programa neo constitucionalista, en donde la protección y desarrollo de los derechos a través de la acción de la figura de un **juez activo** y garantista. Sin embargo, a nivel jurisprudencial, en materia concreta de AJ, en Ecuador existe un tímido o incipiente desarrollo jurisprudencial vinculante y garante acorde con los postulados neo-constitucionalistas.

Como **marco conceptual** de AJ, la presente investigación sostiene que el AJ es una noción con dos dimensiones complementarias: jurisdiccional, como un macro-derecho humano compuesto de sub-derechos que protegen otros derechos humanos; y organizacional, como una política pública con enfoque de derechos que identifica obstáculos en el acceso al servicio y que institucionaliza mecanismos para conseguir su eventual remoción. No obstante, a la hora de relacionar política pública y ámbito jurisprudencial, con el objeto de unificar un concepto omniabarcante de AJ, existe una dificultad compleja que hace que el principio de in-

223 Corte IDH, *Barreto Leiva vs. Venezuela* (Fon., Rep. y Costas), Sent. 17 de noviembre 2009, párr. 89.

224 Corte Constitucional de la República del Ecuador, causa 47-15-SIS-CC.

225 Corte IDH, *Bulacio vs. Argentina*, párr. 114-115.

dependencia judicial juegue un papel separador de ambas realidades, lo que impide efectuar una generalización pacífica sobre lo que debe entenderse como AJ en Ecuador.

Hay cierta confusión entre el tradicional concepto de **tutela judicial efectiva** y lo que significa el AJ. El AJ tiende a concebirse, en forma mayoritaria, como una parte de la tutela judicial efectiva. La referencia a las garantías del debido proceso es constante, pero no es uniforme y lo mismo ocurre con la efectividad. De la expresión AJ se encontraron 102 sentencias cuyo análisis sugiere que, como regla general, para las altas Cortes ecuatorianas el derecho de AJ sería **un componente del derecho** a la tutela judicial efectiva, no tendiendo a ser considerado como un derecho en sí mismo, autónomo e independiente de la tutela judicial efectiva. El AJ en el plano jurisdiccional se configura, por tanto, como un elemento de la tutela judicial efectiva.

Tal situación de cierta indefinición entre AJ y tutela judicial efectiva puede explicarse a partir de un análisis crítico que tenga en cuenta la naturaleza del neo-constitucionalismo como una puerta que abre la posibilidad de incorporar los estándares en materia de AJ derivados de **instancias internacionales**, como ocurre con la Corte Interamericana de Derechos humanos. Esto, potencialmente, podría favorecer un desarrollo del AJ en el Ecuador de manera armónica con el acervo interamericano.

Se puede **sintetizar** el criterio de las Altas Cortes ecuatorianas en 2015, sobre qué debe entenderse en Ecuador por AJ, del siguiente modo:

El derecho a la tutela judicial efectiva es AJ por que se cumple siempre, al menos, en dos momentos:

- I. El acceso a los órganos jurisdiccionales, entendido como acceso al proceso judicial o acceso al sistema judicial, y
- II. Sometimiento de la actividad jurisdiccional a las disposiciones constitucionales y legales vigentes –incluso el cumplimiento de las reglas del debido proceso–, que permitan contar con resoluciones fundadas en Derecho –sin arbitrariedad y en un tiempo razonable–, que hagan posible el ejercicio de los demás derechos constitucionales.

Ahora bien, una línea jurisprudencial tiende a incluir un tercer elemento, adicional al anterior:

- III. La ejecución como efectividad y eficacia de los pronunciamientos judiciales, que sea plena, inmediata, integral. Adicionalmente, es un derecho de prestación

puesto que el Estado debe generar los elementos necesarios para que el derecho sea ejercido

No es que las Altas Cortes carezcan de un planteamiento de análisis en **profundidad** por defecto, sino que el AJ es un concepto jurídico reciente que necesita de una sistematización. Por ejemplo, el derecho a la motivación sigue un bloque monolítico de interpretación, defendido en el tiempo desde 2008. Sin embargo, esto no ocurre con el AJ, que llega a tener entre 15 y 20 patrones parecidos, pero diferentes, que son, en realidad, reducidos a 13 criterios.

La **guía de CEJA** supuso un punto excelente de partida, porque marca las líneas fundamentales desde los cuales comenzar con un análisis macro y micro del AJ y porque refiere una primera jurisprudencia interamericana de inicio. Sin embargo, su estructuración resultaría matizable, como por ejemplo ocurre con la tutela judicial efectiva, misma que es predicable también *durante todo el proceso*, y no solo en ejecución o cumplimiento, con la idea de debido proceso o la de defensa técnica, que son elaborados más transversalmente y no solo sub-derechos, tanto en la CIDH como en la Corte Constitucional ecuatoriana.

La Corte Constitucional debería aplicar el **control de convencionalidad de oficio**. Hay un poco de confusión de la Corte Constitucional del Ecuador porque no existe un elenco de criterios concordantes. La utilización de la jurisprudencia de la Corte Interamericana tiende a ser un reforzamiento de los pronunciamientos judiciales, y en algunas ocasiones, es el mismo estándar nacional. Sin embargo, no se ha detectado una conciencia de la necesidad de aplicar el control de convencionalidad en el ámbito interno, lo que deriva en que la jurisprudencia ecuatoriana adolece de un grave desconocimiento de las soluciones que se están planteando desde el ámbito regional.

De plantearse la existencia de un **acervo interamericano** en materia de AJ, en Ecuador puede identificarse una aproximación razonable a tal acervo en el ámbito jurisprudencial. Sin embargo, el resultado no es global o integral, es decir, no es profundo, sino que tiende a ser superficial o estético. La utilización ecuatoriana de criterios de la Corte IDH tiende a fundamentarse en una suerte de actitud que pretende inmunizar al justiciable ante un posible reclamo ante la instancia internacional.

Mientras que las altas Cortes del Ecuador solo realizan una **enunciación** del derecho al AJ, la Corte Interamericana, por el contrario, hace un **análisis** de este considerándolo como una norma imperativa de Derecho Internacional que genera obligaciones *erga omnes*. Igualmente, existen criterios diferentes al considerar que la seguridad jurídica para Ecuador es tan solo un presupuesto anterior del AJ; en opuesto, la Corte IDH afirma que la seguridad jurídica

es transversal y tiene como fin la estabilidad y confiabilidad de la tutela. Otro ejemplo de lo anterior es que el análisis del sistema interamericano es más profundo que el de Ecuador, ya que en este último solo considera la efectividad de la sentencia mientras que la Corte IDH se debe cumplir con su deber de investigar, juzgar y, en su caso, sancionar y reparar las graves violaciones a los derechos humanos.

De otra parte, en materia de AJ, el Ecuador a diferencia de la Corte IDH, divide en tres **momentos** el cumplimiento de la tutela judicial. Ambos se asemejan al razonar que el AJ debe ser eficaz, rápido y sencillo y debe existir una eficacia de las sentencias sin interferencia de otros poderes. En todo caso, en materia de AJ, **la Corte IDH va más allá** que el criterio de Ecuador al establecer que el cumplimiento de las sentencias está fuertemente ligado al derecho de AJ. Sin embargo, existe entre ambas Cortes un criterio similar de protección del derecho, y la motivación es parte del ámbito de protección del AJ y están relacionadas con la tutela efectiva y debido proceso.

La normativa ecuatoriana reconoce especial protección a los **grupos de atención prioritaria**, lo que se identifica directamente a personas o grupos en situación de vulnerabilidad, donde una situación de desigualdad de condiciones deriva en una actual o potencial discriminación ante la ley, bien formal o bien materialmente. Detectada la existencia de barreras u obstáculos al AJ, estas personas en situación de vulnerabilidad son tutelados desde el marco que plantea la política pública en las diferentes áreas.

Aunque no encontramos una enunciación igual en la Corte IDH, ese organismo ya ha efectuado una **diferenciación** específica sobre migrantes indocumentados y AJ. En todo caso, la Corte IDH realiza siempre un análisis pormenorizado de los derechos de los grupos de atención prioritaria, como en el caso de los NNA. En lo opuesto analizamos que en Ecuador existen sentencias que enuncian el derecho y otras que fueron analizadas desde el macro derecho de acceso.

Sobre **justicia indígena**, ambas Cortes consideran importante que se respeten las costumbres propias de los pueblos indígenas y sus procedimientos. Asimismo, ambas coinciden en la necesidad de contar con personal de apoyo, intérpretes y traductores dentro de los procesos.

Cabe resaltar, sin embargo, que si bien el marco discursivo es neo-constitucionalista, en favor de la **diversidad, multiculturalidad y plurinacionalidad**, de manera negativa, la Corte Constitucional, sin ninguna relación con los estándares internacionales, limitó la posibilidad de que la justicia indígena conozca delitos contra la vida. Aquí existe, por tanto, una grave falencia que aún espera ser corregida.

En materia de justicia indígena, y de acuerdo a los estándares de la Corte IDH, no existe limitación en razón de la materia para el conocimiento de casos por parte del **Derecho consuetudinario**. La única restricción es la no violación de derechos; en todos los casos se exhorta a que se apliquen sanciones distintas a la privación de la libertad.

Sobre el derecho a ser oído, si bien la Corte IDH desarrolla con mayor profundidad el derecho a ser oído, tanto en su ámbito formal como material, **los estándares nacionales no son ajenos** a los criterios establecidos por la Corte IDH, ya que se considera el derecho a ser oído como poder acceder a tribunales, ser escuchado, presentar pruebas y alegatos, y finalmente obtener una decisión razonada.

Existe una serie de derechos, diferentes a los ya analizados, respecto de los que la jurisprudencia nacional **no elabora ningún estándar** o lo hace de manera muy leve, mientras que la Corte IDH los desarrolla con mayor amplitud vinculándolos al derecho del debido proceso e indicando las características que deben cumplir. Tales derechos son: a la información sobre asistencia consular, recurso sencillo, rápido y efectivo, derecho a la verdad, oralidad, participación en el proceso, acceso a los expedientes, sanción previsible, juez competente, independiente, imparcial, presunción de inocencia, traductor-intérprete, abogado a elección, presentar pruebas, no declarar contra sí mismo, congruencia y publicidad.

Es importante subrayar que el caso del **derecho a la motivación**, al menos en comparación con la elaboración de estándares o criterios para el resto de derechos, ha merecido un amplio desarrollo por parte de la jurisprudencia nacional. Así, se ha establecido su naturaleza como condición, obligación y derecho y se ha profundizado en sus requisitos de razonabilidad, lógica y comprensibilidad. Estos estándares complementan y amplían el razonamiento de la Corte IDH sobre el tema.

En materia de **plazo razonable**, jurisprudencia nacional sigue las líneas jurisprudenciales trazadas por la Corte IDH ya que en la mayoría de sentencias usa como criterio propio los estándares de la jurisprudencia vertida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y aplica el test de plazo razonable, conforme a los siguientes parámetros: la complejidad del asunto, la actividad procesal del interesado, la conducta de las autoridades nacionales y la afectación generada en la situación jurídica de la persona involucrada en el proceso.

Sobre el derecho a ser informado de la acusación y a preparar la defensa, para Ecuador, no se vulnera si él mismo ha podido hacer valer sus derechos en el proceso, a diferencia de la Corte IDH, que considera que parte del derecho a la defensa es asegurar que todas sus acciones se cumplan. En todo caso, se configura como un elemento del **derecho a la defensa**, aunque existen criterios diferentes, todos ellos se orientan a asegurar los mecanismos de la defensa técnica.

En cuanto al **derecho a recurrir**, es un elemento y una garantía del debido proceso y forma parte del derecho a la defensa. Para el Ecuador el derecho puede estar limitado, pero para la Corte IDH éste debe ser garantizado antes de que la sentencia adquiera calidad de cosa juzgada. En algunas sentencias Ecuador no analiza el derecho a diferencia de la Corte IDH.

Respecto de la idea de **cumplimiento, ejecución o efectividad de la sentencia**, para las dos Cortes la ejecución de las decisiones y sentencias es parte del derecho de AJ. Por tanto, las decisiones deben ser claras, sin demoras, sencillas e integrales. En todo caso, desde un punto de vista amplio, sobre tutela judicial efectiva desde el plano de la ejecución de la sentencia, cabe indicar que los procesos deben tener la ejecución de su sentencia, ya que se vincula directamente con la tutela judicial. Para las dos Cortes el derecho a la tutela se garantiza con el acceso al recurso y se deben evitar dilataciones y retardos injustificados.

El Derecho de acceso a la Justicia a partir de la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia de 2009: el pluralismo jurídico como nuevo escenario

*Amy Kennemore*¹ / *Pedro Celestino P.*² / *Cynthia Berenice S.*³ /
*Marina Correa de Almeida*⁴ / *Juan Carlos Marcani Y.*⁵ / *João Telésforo*⁶

- 1 Licenciada y maestra en los Estudios Latinoamericanos por la Universidad de Nortecarolina, Charlotte. Maestra y doctorante en Antropología por la Universidad de California, San Diego. Asistente editorial para la revista *Latin American and Caribbean Ethnic Studies*. Actualmente realiza una estancia de investigación en Bolivia en relación con el contenido de la Jurisdicción Indígena Originaria Campesina en torno a los conflictos de competencia y la resolución de conflictos en áreas rurales del altiplano. Correo electrónico: akennemore@ucsd.edu.
- 2 Licenciado en antropología social y cultural por la Universidad Mayor de San Andrés. Docente de Antropología Andina en la Universidad mayor de San Andrés y miembro de la Asociación de Antropología de La Paz. Actualmente investiga temas relacionados con la interlegalidad entre los diversos sistemas jurídicos que existen en Bolivia. Correo electrónico: pachaguay@hotmail.com.
- 3 Licenciada en Sociología, Maestrante en Estudios Latinoamericanos por la Universidad Nacional Autónoma de México. Miembro del Consejo de Redacción de la Revista crítica Jurídica durante el mismo periodo. Miembro fundador de la Asociación Nuestramericana de Estudios Interdisciplinarios de la crítica Jurídica, ANEIJ. Realizó una estancia de investigación en el CIDES de la Universidad Mayor de San Andrés, en la ciudad de La Paz, Bolivia durante el periodo agosto-diciembre de 2015. Actualmente es becario del Instituto de Investigaciones Sociales de la UNAM. Correo electrónico: cynthia_salazarnieves@outlook.com.
- 4 Licenciada y maestra en Derecho por la Universidad Federal de Santa Catarina, Brasil. Doctorante en Estudios Latinoamericanos por la Universidad Nacional Autónoma de México. Miembro fundador de la Asociación Nuestramericana de Estudios Interdisciplinarios de la Crítica Jurídica, ANEIJ. Realizó una estancia de investigación en Bolivia en torno al pluralismo jurídico y desarrollo de la jurisdicción indígena originaria campesina, en convenio con la Universidad Mayor de San Andrés, CIDES. Correo electrónico: marinacalmeida@hotmail.com.
- 5 Bachiller en Humanidades de la Universidad Técnica de Oruro. Licenciado en Derecho en la Universidad Mayor de San Andrés. Técnico en Formulación de Perfiles de Proyectos y en Liderazgo de Género y Desarrollo Comunitario por el Instituto de Desarrollo de La Misión Alianza de Noruega en Bolivia. Miembro de la Comisión de Justicia Indígena Originaria Campesina – Enlaces Jurídico Institucional e Interlegalidad de la Central Agraria Campesina de Zongo, Departamento de La Paz. Correo electrónico: juancmy@hotmail.com.
- 6 Licenciado en Derecho de la Universidad de Brasilia (2010), Brasil, y Máster en Derecho, Estado y Constitución por la misma Universidad mediante la defensa de la tesis "La formación del Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia (2006-2012): ideas en disputa sobre la descolonización y la democratización de la justicia". Realizó una estancia de investigación en Bolivia durante 2015. Correo electrónico: mf.telesforo@gmail.com.

Resumen

A partir de la promulgación de la Constitución Política del Estado Plurinacional (CPE) de Bolivia en 2009, hubo un cambio drástico en el contenido del derecho de acceso a la Justicia en el país, con base en nuevos principios, instituciones y políticas públicas de la justicia plural. Sin embargo, muchos de los obstáculos relacionados con el acceso a la justicia se mantienen y tienen efecto, mayormente, en las poblaciones indígena originaria campesinas, que constituyen casi la mayoría del país. Planteando que el pluralismo jurídico no solo fomenta el efectivo acceso a la justicia, sino también brinda nuevo contenido al derecho, la presente investigación analiza de qué modo la CPE, las jurisprudencias de las diferentes jurisdicciones y las políticas públicas subsiguientes han interpretado el derecho a partir de la CPE. También, la investigación analizará la aplicación concreta del pluralismo jurídico a través de varias experiencias interlegales para considerar, con más profundidad, la naturaleza de los obstáculos al derecho y abstraer recomendaciones que podrían mejorar el acceso a la justicia, no solo para pueblos marginalizados sino también para toda la población de Bolivia y otros países latinoamericanos.

1. Introducción

1.1 Problemática

El derecho de acceso a la justicia es fundamental para toda sociedad, pues a partir de su garantía, toda persona adquiere la capacidad de reclamar, exigir y hacer cumplir la amplia gama de derechos humanos que han sido reconocidos a lo largo de la historia. En América Latina existe una estrecha relación entre el rezago en el acceso a la justicia y los niveles en la calidad de vida, ya que un efectivo acceso a la justicia implica la garantía efectiva del resto de derechos humanos. En Bolivia, un país con una población compuesta en su mayoría por indígenas y campesinos, tanto en áreas rurales como urbanas, las barreras de acceso a la justicia en relación con la discriminación social, racial y económica son particularmente preocupantes.

En 2007 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) publicó un informe sobre la situación del acceso a la Justicia e inclusión social en Bolivia, realizado a petición del Estado Boliviano. A pesar de ciertos avances formales en el ámbito de derechos humanos internacionales y reformas multiculturales del Estado, la CIDH denunció que las comunidades indígenas y campesinas se encontraban con obstáculos cuando pretendían presentar sus reclamos ante la justicia ordinaria, e identificó que, para el fortalecimiento de la justicia indígena, “requieren un

marco legislativo que permita compatibilizar la potestad de los pueblos indígenas y comunidades campesinas de aplicar sus propias normas y mecanismos de solución de conflictos, con las funciones de diversos órganos estatales, particularmente, pero no exclusivamente, frente a la persecución penal".⁷

El nuevo escenario de pluralismo jurídico en Bolivia, establecido formalmente con la promulgación de la Constitución Política del Estado (CPE) en 2009, abrió otras posibilidades de superar muchos de los obstáculos al acceso a la justicia que identificó la Comisión. Fue planteado por una amplia coalición de sectores populares de la sociedad que participaron en la Asamblea Constituyente, denominada "Pacto de Unidad".⁸ Las demandas del Pacto se hicieron en función de transformar radicalmente el modelo de "monismo jurídico" del Estado –basado en un solo sistema normativo que, se supone, representa a una sociedad homogénea–⁹ a un modelo plurinacional, puesto que éste implica la articulación, en el seno del propio Estado-nación, de diversos sistemas normativos que tienen como fundamento principios y valores de carácter colectivo.¹⁰ Como ha señalado el politólogo boliviano Luis Tapia, dicho escenario superaría el marco de pluralismo jurídico multicultural predominante en la región, pues parte de la idea de un multiculturalismo con "jerarquía constitucional" que reconoce la diversidad cultural y el derecho de pueblos indígenas a ejercer la justicia según sus usos y costumbres, pero de manera aislada, a menudo reducida a la condición de un mecanismo alternativo de resolución de pequeños litigios.

En cambio, el pluralismo jurídico en Bolivia se basa en el reconocimiento de la igualdad jerárquica entre las jurisdicciones ordinarias del Estado y de las Naciones y Pueblos Indígenas Originario Campesinos (NyPIOC) en la CPE plurinacional de Bolivia, establecido principalmente por los Artículos 178, 179.I y II; esto logró dar un paso extraordinario para resolver la problemática jurídica. En estos términos, el pluralismo jurídico brinda un nuevo contenido al derecho de acceso a la Justicia. Según el Defensor del Pueblo, Rolando Villena Villegas, "este

7 CIDH, *acceso a la Justicia e inclusión social: el camino hacia el fortalecimiento de la democracia en Bolivia*, OEA/Ser.LN/II., Doc. 34, de fecha 28/07/2007, Capítulo IV.E.2.294.

8 La Asamblea Constituyente estuvo compuesta en parte, por primera vez en el país, por amplios sectores populares como los sindicatos campesinos, organizaciones de la sociedad civil, así como las organizaciones indígenas. Para una descripción detallada de las discusiones de la Asamblea entre 2006 y 2007, ver Schavelzon, Salvador (2012), *El nacimiento del Estado Plurinacional de Bolivia. Etnografía de una Asamblea Constituyente*, La Paz, Bolivia, Plural, para una descripción detallada de las discusiones de la Asamblea Constituyente entre 2006 y 2008.

9 Yrigoyen Fajardo, Raquel (1997), "Una fractura original en América Latina: la necesidad de una juridicidad democrático-pluralista", en Fridolin Birk, *Guatemala: ¿Pobre, oprimida o princesa embrujada? Discusiones abiertas sobre la economía y sociedad*, Guatemala, Friedrich Ebert Stiftung.

10 Para un análisis de la trayectoria de los varios movimientos sociales que convergieron en este momento, ver Tapia, Luis (2010), "Consideraciones sobre el Estado Plurinacional", En *Descolonización en Bolivia, Cuatro Ejes para Comprender el Cambio*, pp. 135-168. La Paz, Bolivia: Vicepresidencia del Estado.

principio no se refiere únicamente al acceso del ciudadano al sistema ordinario de justicia; más bien, se refiere al derecho de los ciudadanos a resolver su conflicto en cualquiera de las jurisdicciones definidas por el Estado, incluido el Sistema de Justicia Indígena Originario Campesino".¹¹¹² De este modo, la jurisdicción no solo se trata del territorio sobre el cual se ejerce cierto poder y autoridad para gobernar y ejercer la justicia, sino también de "la potestad de los pueblos indígenas originario campesinos para recurrir a sus autoridades y dar soluciones a las controversias que se generan dentro de sus territorios, así como la facultad de tomar decisiones, juzgar y ejecutar hechos de acuerdo con sus normas jurídicas".¹³

1.2 Hacia un "acervo regional" del derecho de acceso a la justicia

En el encuentro de los equipos de investigación convocados CEJA-GIZ, realizado en San José, Costa Rica, a través del diálogo conjunto y la discusión colectiva de la problemática que nos convocaba, se puso especial énfasis en la importancia y necesidad de abordar el desafío de repensar el concepto del derecho de acceso a la justicia como un derecho humano universal. Al respecto, emergió la sugerencia de analizar el contenido del Derecho no solo desde la normativa y la jurisprudencia, sino también tomando en consideración el rol del activismo político de la comunidad en la creación y defensa de derechos. Bolivia nos ofrece un escenario particularmente fructuoso para explorar esa línea de análisis. Como han destacado varios intelectuales importantes bolivianos, no se puede entender el escenario boliviano actual sin consideración de las prácticas, las acciones y las demandas de los sujetos históricos que le han dotado de contenido.¹⁴ Sin duda, las transformaciones políticas, económicas, sociales e institucionales de las últimas décadas en Bolivia, han traído consigo un drástico cambio en la subjetividad de sus ciudadanos; mientras que muchos todavía reclaman sus derechos frente

11 Defensoría del Pueblo (2016), Sin los Pueblos Indígenas no hay Estado Plurinacional, La Paz, Bolivia, Defensoría del Pueblo, p. 188.

12 Es importante subrayar la distinción de sistemas de justicia entre las cuatro jurisdicciones reconocidas: mientras que la Jurisdicción Agroambiental (JA), la Jurisdicción Especial (JE) y la Jurisdicción Ordinaria (JO) tienen como fuente jurídica el sistema grecorromano caracterizado por ser escrito y estático y por promover los derechos individuales, la Jurisdicción Indígena Originaria Campesina (JIOC) tiene como fuente jurídica las costumbres y los testimonios orales que se traducen en las normas y procedimientos que emanan de lo comunitario; se caracteriza por ser dinámica y promueve los derechos colectivos.

13 Defensoría del Pueblo, 2016, 187.

14 Zavaleta Mercado, Rene (1986), *La Nacional-Popular en Bolivia*, México: Siglo XX; Rivera Cusicanqui, Silvia (1984), *Oprimidos pero no vencidos, Luchas del campesinado aymara y qhechwa de Bolivia, 1900-1980*. La Paz: HISBOL/CSUTCB; Tapia, Luis (2010), "Consideraciones sobre el Estado Plurinacional", en *Descolonización en Bolivia, Cuatro Ejes para Comprender el Cambio*, pp. 135-168. La Paz, Bolivia: Vicepresidencia del Estado. Bautista S., Rafael (2010), "¿Qué significa el Estado Plurinacional?", en *Descolonización en Bolivia, Cuatro Ejes para Comprender el Cambio*, pp. 169-206. La Paz, Bolivia: Vicepresidencia del Estado.

a o en contra del Estado, cada vez más, otros lo hacen asumiendo un rol fundamental en la dirección de la nación a futuro¹⁵.

De este modo, durante las reflexiones compartidas en la reunión mencionada, se planteó la necesidad de un enfoque interdisciplinario que incorporara una visión antropológica y sociológica para poder analizar, con mayor precisión, la coexistencia de diferentes sistemas normativos, juntos con sus distintas nociones y prácticas de la justicia, en un país determinado, contribuyendo, de este modo, a la conformación de un acervo regional en torno al Derecho de acceso a la Justicia. Por otro lado, el énfasis puesto en la ciudadanía intenta responder a otro enorme desafío al que nos hemos enfrentado en la tarea de construir un derecho regional y común, pero compuesto por países y contextos tan distintos.

Ciertamente, el hecho de que el contexto boliviano –tanto demográfico como histórico, discursivo, político, económico y social– está compuesto por múltiples especificidades históricas, genera dudas sobre hasta qué punto el contenido del derecho de acceso a la justicia (plural) de Bolivia pueda dialogar, efectivamente, con el contenido de este derecho de otros países igualmente distintos. Sin embargo, el reciente reconocimiento de los derechos colectivos reconocidos en la CPE significa una apertura para su inclusión en sindicatos, asociaciones, federaciones, juntas vecinales y organizaciones civiles dentro de la categoría de “naciones y pueblos indígena originario campesino”. En sí, el resultado de debates fuertes dentro de la Asamblea Constituyente¹⁶ nos brinda la oportunidad de reflexionar sobre el concepto de derecho de acceso a la justicia desde el punto de vista de una amplia gama de prácticas colectivas, las que a menudo se han formado, precisamente, en respuesta a un estado débil, o bien, ante la falta de acceso a la justicia. Esto se puede encontrar en todos los países.

Al mismo tiempo, es necesario evitar el riesgo de disminuir la importancia de la historia larga de la lucha indígena originaria frente el racismo y la desposesión desde la época colonial hasta ahora. Además, la posición relativa de algunos grupos en relación con el acceso a los recursos naturales y económicos –a la tierra y a otros servicios básicos– está cada vez más jerarquizada entre de los sectores indígenas campesinos originarios en Bolivia, en los que influye directamente, a la vez, su posición frente el Estado.¹⁷ Ciertamente, como el trabajo colectivo del Concurso mostró, hay bastante diferencia entre el concepto del derecho de acceso a la

15 Canessa, Andrew (2006), “New Indigenous Citizenship in Bolivia: Challenging the Liberal Model of the State and its Subjects.” *Latin American and Caribbean Ethnic Studies* 7 (2): 201-221; Postero, Nancy (2009), *Ahora somos ciudadanos*, Muela de Diablo editors, La Paz.

16 Schavelzon, Salvador. 2013. *El nacimiento del Estado Plurinacional de Bolivia: Etnografía de una Asamblea Constituyente*. La Paz, Bolivia: Plural.

17 Canessa, Andrew (2012), “Conflict, Claim, and Contradiction in the New Indigenous State of Bolivia.” *Desigualdades.net Working Paper Series*, 22, 5-40.

justicia cuando se analiza desde las experiencias de los “grupos vulnerables”, a menudo vistos como grupos en la espera de un servicio del Estado, o desde los grupos indígenas originarios que exigen su derecho fundamental al territorio y la autonomía del Estado. Ambos enfoques delimitan la posibilidad de realizar un análisis lo suficientemente general para abstraer un concepto de un derecho humano universal. No obstante, a pesar de sus posicionamientos distintos frente sus derechos, ambos grupos comparten una relación ambigua e incierta con el Estado, una relación que puede servir como un punto central para reflexionar sobre la naturaleza de los desafíos para mejorar el acceso a la justicia y construir un derecho regional para todos.

El hecho de que el contenido del derecho de acceso a la Justicia en Bolivia ha cambiado drásticamente en los años recientes, crea ciertos desafíos y retos en cuanto al análisis entre el marco teórico y el diagnóstico de las realidades del derecho y su aplicación en la realidad. Pero a la vez, nos ofrece un espacio privilegiado para analizar la relación entre el Estado y varios colectivos en un contexto cambiante y, luego entonces, poder abstraer recomendaciones que podrían mejorar el acceso a la justicia, no solo para pueblos marginalizados sino para toda la población de Bolivia y otros países latinoamericanos. Por tanto, pedimos al lector reflexionar sobre el presente trabajo no como una muestra de prácticas aisladas, y de relevancia exclusiva para países con una gran población de indígenas, sino como una mirada particular a la naturaleza de la pluralidad que siempre ha subyacido a todas las prácticas judiciales a nivel regional y global, así como un posible planteamiento metodológico para repensar el concepto del Derecho y su aplicabilidad a través de varios contextos.

1.3 Hipótesis y plan de trabajo

El pluralismo jurídico ha provisto de nuevo contenido al derecho de acceso a la Justicia en Bolivia, inaugurando un nuevo escenario para el acceso a la justicia, en tanto que el reconocimiento de igualdad jerárquica entre jurisdicciones en la CPE de 2009 amplía el margen de acceso a la justicia a cualquiera de las jurisdicciones definidas por el Estado plurinacional, incluido el sistema de Justicia Indígena Originario Campesino. En ese sentido, el pluralismo jurídico contribuye, significativamente, al proceso de trascender las principales barreras de acceso a la justicia, además de que converge con los estándares interamericanos.

De acuerdo con algunas reflexiones recientes de la Defensoría del Pueblo de Bolivia y la Comisión¹⁸¹⁹, consideramos que el concepto de acceso a la justicia debe derivar del carácter intercultural y plurinacional del Estado. Por tanto, debe ser entendido como un verdadero derecho y no un mero servicio ofrecido por las instituciones formales y que, por tanto, dependa de la cobertura y/o carga procesal de la justicia oficial. Por esta razón, es importante trabajar los conceptos-ejes contenidos en esa investigación –la plurinacionalidad, la igualdad jerárquica y la interlegalidad–, con el objetivo de explicar cómo la jurisprudencia y políticas públicas propias de los pueblos y diferentes colectividades podrían fortalecer la aplicabilidad del derecho.

Analizaremos los avances y desafíos del pluralismo jurídico en convergencia con los estándares interamericanos del derecho mediante un análisis de varias experiencias “interlegales” en Bolivia a partir de la CPE de 2009. Mostraremos la evolución del derecho de acceso a la justicia en Bolivia a través de la interpretación del pluralismo jurídico por el Tribunal Constitucional Plurinacional, la producción legislativa respecto al acceso a la justicia plural y la incidencia del derecho de acceso a la justicia en las políticas públicas del Estado. Esta metodología nos permite considerar la existencia de un diálogo entre sistemas jurídicos y la influencia del contenido del derecho de acceso a la justicia en Bolivia por las prácticas y normas jurídicas de las NyPIOC para considerar, con más profundidad, la naturaleza de los obstáculos al derecho y abstraer recomendaciones que podrían mejorar el acceso a justicia, no solo para pueblos marginalizados sino también para toda la población de Bolivia y otros países latinoamericanos.

2. La evolución del Derecho de acceso a la Justicia en Bolivia

2.1 Obstáculos al derecho de acceso a la Justicia identificados por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en 2007

La investigación llevada a cabo por la CIDH en 2007 señaló una serie de obstáculos que enfrenta la población boliviana. Específicamente, destacó la escasa y deficiente cobertura y funcionamiento de la administración de justicia ordinaria, la escasa presencia de operadores del Poder Judicial, del Ministerio Público y de la Defensoría Pública, así como las difíciles posibilidades de presentar demandas judiciales frente a las perspectivas reales de obtener

18 *Defensoría del Pueblo*, 2016, 188.

19 CIDH, *acceso a la Justicia e inclusión social: el camino hacia el fortalecimiento de la democracia en Bolivia*, OEA/Ser.LN/II., Doc. 34, de fecha 28/07/2007, capítulo VIII, 32.

una respuesta judicial en un plazo razonable.²⁰ Dichos problemas se fueron profundizando por la corrupción de la que son sujetos los operadores de justicia, principalmente los jueces, y la escasa infraestructura material y financiera, lo cual permitía comprender la ineficiente cobertura.²¹ Asimismo, el informe señaló otros problemas como la continuidad de prácticas discriminatorias y la falta de cumplimiento con los convenios internacionales que exigen garantías para que los pueblos indígenas puedan acceder a su propia cultura, al territorio y al autogobierno, entre otros.²²

En relación con la situación del acceso a la justicia de los pueblos indígenas y comunidades campesinas en Bolivia, dicho informe señaló que se debía analizar desde dos perspectivas: i) Los obstáculos adicionales con los cuales se encuentran las Naciones y Pueblos Indígena Campesinos Originarios (NyPIOCs) cuando se enfrentan al sistema de justicia ordinaria; y ii) El reconocimiento efectivo del derecho y la administración de justicia indígena.²³ Como se verá en la siguiente sección, el marco teórico de la propia Comisión para aplicar el derecho consideró que, si bien ambos aspectos forman parte del derecho a la justicia de estos sectores, “pueden considerarse excluyentes en el sentido de que el cumplimiento de uno exime al Estado de garantizar el otro”.²⁴ Desde este punto de vista, las recomendaciones para superar los obstáculos al acceso a la justicia se refieren a los derechos colectivos e individuales por separado, sin una consideración profunda de cómo la relación entre ellos podría permitir superar muchos obstáculos al acceso a la justicia. Tomando en cuenta que muchos de los obstáculos para la garantía de este derecho quedan vigentes, consideramos pertinente analizar cómo el fortalecimiento de mecanismos de coordinación y cooperación entre las distintas jurisdicciones en Bolivia podría generar un modelo nuevo basado en los principios de interlegalidad para la efectiva realización del derecho no solo para las poblaciones indígenas sino también para todos los ciudadanos.

20 CIDH, *acceso a la Justicia e inclusión social: el camino hacia el fortalecimiento de la democracia en Bolivia*, OEA/Ser.L/V/II., Doc. 34, de fecha 28/07/2007.

21 Por ejemplo, señala en el informe de la CIDH que en 2006, del Presupuesto General de la Nación un 64.21% era asignado a la Administración Central (compuesta por los tres poderes), de dicha suma, el presupuesto asignado al órgano de justicia no equivalía siquiera al 1%, por tanto, podemos desprender que la administración de justicia no ha sido un tema prioritario en la agenda estatal.

22 *Ibíd.* P. 11.

23 CIDH, *acceso a la Justicia e inclusión social: el camino hacia el fortalecimiento de la democracia en Bolivia*, OEA/Ser.L/V/II., Doc. 34, de fecha 28/07/2007, capítulo IV.E.277.

24 *Ibíd.*

2.2 El aporte de la plurinacionalidad, la igualdad jerárquica y la interlegalidad al contenido del derecho de acceso a la Justicia

Sin duda, los mismos obstáculos señalados por la Comisión para el acceso a la Justicia en Bolivia ya constituían gran parte de las discusiones de la Asamblea Constituyente desde 2007.²⁵ Como hemos mencionado, por primera vez participaba en la Asamblea una amplia coalición de sectores populares de la sociedad. Como han señalado muchos analistas, la convergencia de estas trayectorias en la demanda de refundar el Estado-nación boliviano muestra que la plurinacionalidad no solo es una propuesta de las NyPIOC sino también fue visto como una "necesidad nacional" a través de varios sectores.²⁶ Esta necesidad de construir una necesidad nacional articulada a lo plurinacional comienza a plantearse desde el siglo XX, poniendo énfasis en el rol fundamental de los ciudadanos en la construcción de un nuevo país²⁷.

Las propuestas de la Asamblea plantean las posibilidades de apropiación y resignificación del término nación en el marco de un proceso de descolonización. El surgimiento de la plurinacionalidad implica el reconocimiento formal del colonialismo, definido por Boaventura de Sousa Santos como "todo sistema de naturalización de las relaciones de dominación y de subordinación basadas en diferencias étnicas o raciales", emitido predominantemente por las instituciones del Estado monocultural que "oculta la diversidad".²⁸²⁹ Desde este punto de vista, se puede ver el surgimiento de la plurinacionalidad en Bolivia no solo como una manera de superar obstáculos para el acceso a la justicia por el reconocimiento de derechos especiales para grupos marginalizados, sino más bien como una propuesta de transformación radical del modelo de Estado al incorporar las normas y los valores colectivos en el seno mismo del Estado-nación, logrando la articulación de la sociedad plural.³⁰ Sin embargo, el anteproyecto de la CPE fue sujeto a cambios drásticos, como resultado de negociaciones entre los partidos políticos, fuera del espacio de participación y discusión de la Asamblea.

25 Ver Schavelzon, Salvador, 2012., por una descripción detallada de las discusiones de la Asamblea Constituyente entre 2006 y 2008.

26 Postero, Nancy (2013), "El Pueblo Boliviano, de Composición Plural", en *The Promise and Perils of Populism*, Carlos de la Torre (dir.), Kentucky, University of Kentucky Press, pp. 398-430; véase también Vicepresidencia del Estado Plurinacional de Bolivia (coord.) (2011), *Descolonización en Bolivia. Cuatro ejes para comprender el cambio*, La Paz, Bolivia, Vicepresidencia del Estado Plurinacional de Bolivia.

27 Ibid.

28 De Sousa Santos, Boaventura (2012), "Cuando los excluidos tienen Derecho: justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad", en Boaventura de Sousa Santos y José Luis Exeni Rodríguez (eds.) *Justicia Indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Bolivia*, Quito, Ecuador, Fundación Rosa Luxemburgo/ Aby-Yala, pp. 20-21.

29 Según esta definición, se puede identificar en el preámbulo de la CPE el reconocimiento del colonialismo y la propuesta de la pluralidad como manera principal de superarlo.

30 Tapia, Luis (2010), "Consideraciones sobre el Estado Plurinacional", En *Descolonización en Bolivia: Cuatro ejes para comprender el cambio*. La Paz, Bolivia, Vicepresidencia del Estado Plurinacional de Bolivia, pp. 135-168.

A pesar de las limitaciones que han señalado muchos analistas,³¹ el marco jurídico establecido por la CPE, articulado con el “bloque de constitucionalidad” de los convenios internacionales,³² creó mecanismos fundamentales para que las naciones y pueblos indígenas hagan exigibles su derecho al territorio y a la autodeterminación. Algunos de los artículos de la CPE que tratan de las garantías constitucionales al derecho de acceso a la Justicia convergen con las interpretaciones de la Comisión, como es el caso del derecho al debido proceso (Art. 117), el derecho de igualdad de oportunidades para la defensa (Art. 119), entre otros. No obstante, cuando pensamos en la composición de la sociedad boliviana es posible pensar que tales garantías no son suficientes para acercar a los ciudadanos a sus derechos y a una igualdad de posibilidades de acceso a la justicia.

En cambio, otros artículos que tratan de los derechos colectivos, ya reconocidos por el bloque de constitucionalidad, no solo convergen con los estándares interamericanos de acceso a la justicia sino que plantean otros mecanismos para su efectiva realización. Por ejemplo, referente al derecho de acceso a la justicia en su lengua, el art. 120.II de la CPE converge con el Art. 8.2 de la CADH, reconociendo como lenguas oficiales del Estado “el castellano y todos los idiomas de las naciones y pueblos indígena originario campesinos” (Art. 5.I). Además, uno de los requisitos constitucionales (CPE, Art. 234.7) para el desempeño de funciones públicas es que se hable al menos dos idiomas oficiales del país.³³

Más allá de estas consideraciones, cabe distinguir entre: i) las garantías constitucionales que intentan ampliar el derecho por responder, de manera aislada, a los obstáculos descritos en los dos aspectos identificados por la CIDH (entre los cuales se encuentran los obstáculos de PyNIOC frente el sistema de justicia ordinaria y las barreras del reconocimiento del derecho y la administración de la JIOC); y ii) las garantías constitucionales que generan otra forma de responder a los obstáculos en el marco del *pluralismo jurídico*, establecido principalmente por los Artículos 178, 179.I y II, que definen la relación entre las distintas jurisdicciones por la función judicial única (reconociendo que cada jurisdicción se ejerce por sus propias autoridades y propio sistema), pero también por la coexistencia en igualdad jerárquica de la jurisdicción ordinaria con la JIOC (véase figura 1).

31 Ver por ejemplo, Schavelzon, Salvador (2012); Tapia, Luis (2010).

32 Este conjunto de normas indica que los parámetros de control de constitucionalidad no están dados solamente por las normas del texto de la Constitución sino también por disposiciones supranacionales de derechos humanos. Art. 410.II de la CPE también integra el control de constitucionalidad no solo al bloque de constitucionalidad, sino también a los principios y valores plurales de pueblos indígena originario campesinos como el Vivir Bien.

33 La décima disposición constitucional transitoria establece que esa exigencia es de aplicación progresiva De acuerdo a la Ley; fue prevista como requisito para todas las Magistradas y Magistrados del TCP, por la Ley No. 027/2010, de 06/07/2010.

Figura 1: La igualdad jerárquica entre jurisdicciones establecida por la CPE



La igualdad jerárquica entre jurisdicciones, al incluir entre ellas la JIOC, establece para los bolivianos nuevas formas de acceder a la justicia –aunque la resolución de conflictos comunitarios siempre ha sido practicada por los pueblos y naciones indígenas originarias– además del respeto a la capacidad de autodeterminación de los pueblos y naciones sobre sus territorio.³⁴ Es por eso que cuando la CPE establece un nuevo diseño judicial, con el objetivo de garantizar una mayor y mejor impartición de justicia, se percibe la importancia de comprender cómo está organizado el sistema judicial y si tales cambios son capaces de cumplir con los estándares de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en lo referente al derecho de acceso a la justicia.

Cabe señalar que el tema del pluralismo jurídico no es nuevo sino que ha surgido desde mediados del siglo XX con los debates que tuvieron lugar sobre cómo otorgar derechos especiales a grupos basados en sus diferencias sociales dentro del marco de soberanía del Estado-nación liberal y homogéneo.³⁵ En 1994, se modificó en Bolivia la Constitución para reconocer el carácter multiétnico y pluricultural del país; asimismo, se promulgó una serie de leyes para descentralizar el sistema político e integrar la participación de las NyPIOC dentro el Estado según sus propios usos y costumbres.³⁶ En el mismo año, se implementó la Reforma de Justicia, como parte del Acuerdo Nacional para la Reforma y Modernización del Estado firmado en 1992 por miembros de la Asamblea Legislativa. En el marco de dicho Acuerdo, en 1993 se creó el Ministerio de Justicia, institución desde la cual se impulsaron diversas iniciativas

34 El derecho de ejercer funciones jurisdiccionales es reconocido por el Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes (Ratificado por Bolivia mediante Ley No. 1257 del 11 de julio de 1991) y por la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (Declaración aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de septiembre de 2007 y promulgada como Ley de Bolivia el 7 de noviembre de 2007; véase también Defensoría del Pueblo (2016).

35 Engle, Karen (2010), *The Illusive Promise of Indigenous Development: Rights, Culture, Strategy*, Durham, NC: Duke University Press.

36 En relación al pluralismo jurídico, o más importante de estas Leyes era la Ley No. 1551 de Participación Popular de 20/04/1994.

legislativas para la reforma judicial. Esto se vio complementado con la creación, en 1994, del Tribunal Constitucional, el Consejo de la Judicatura, la Defensoría del Pueblo y el reconocimiento de los sistemas normativos indígenas, aunque dicho reconocimiento tuvo un carácter de subordinación en tanto que se les reconoció como "modos alternativos de resolución de conflicto".³⁷

Desde 2003 se promovió, desde el poder Ejecutivo, el Legislativo y el Judicial, la propuesta "Justicia para Todos: Consolidación Institucional del Sistema Judicial" como política pública que abonaría a la reforma del sistema judicial. Esta política identificaba como objetivo lograr que los sectores vulnerables tuvieran mayor acceso a la justicia, dando paso a la creación de políticas públicas que se centraban principalmente en la implementación del sistema conciliatorio como medio alternativo de resolución de conflictos³⁸ o, en el caso del Programa Nacional de acceso a la Justicia, la implementación de los "Centros de acceso a la Justicia" y los "Centros Integrados de Justicia" con el fin de ampliar el margen de acceso a la justicia de los sectores más vulnerados mediante la promoción de su empoderamiento.³⁹ En estos esfuerzos podemos identificar un claro antecedente a la reciente reforma judicial en lo que se refiere al despliegue de políticas públicas que han tenido continuidad en la actualidad, lo que analizaremos más adelante respecto al nuevo escenario del pluralismo jurídico establecido por la CPE de 2009.

Por otro lado, el concepto de interlegalidad es clave para lograr dicha tarea, al brindar un nuevo aporte al pluralismo jurídico. La interlegalidad está vinculada con el concepto de interculturalidad, el cual constituyó parte significativa del movimiento indígena y su demanda por revertir las estructuras de exclusión racial establecidas desde la colonia y sostenidas durante la República hasta nuestros días, expresadas en el multiculturalismo vigente durante los años noventa. Según Walsh, "su afán –de la interculturalidad– no es simplemente reconocer, tolerar ni tampoco incorporar lo diferente dentro de la matriz y estructuras establecidas. Por el contrario, es implosionar desde la diferencia... como reto, propuesta, proceso y proyecto; es hacer reconceptualizar y re-fundar estructuras que ponen en escena y en relación equitativa lógicas, prácticas y modos culturales diversos de pensar, actuar y vivir".⁴⁰ Ciertamente, considerando la participación histórica del Pacto de Unidad en la Asamblea Constituyente, esta significación afianza el contenido de la interculturalidad vigente en la CPE, utilizada tanto con referencia

37 Orias Arredondo, Ramiro (2015), *Reforma judicial en Bolivia. Elementos para el diagnóstico y desafíos*. La Paz, Bolivia: Friedrich Ebert Stiftung-Bolivia (FES), p. 17.

38 Mediante el Decreto Supremo n.º 28471, 29 de noviembre de 2005.

39 Mediante el Decreto Supremo n.º 28586, 17 de enero de 2006.

40 Walsh, Catherine (2008), "Interculturalidad, plurinacionalidad y decolonialidad: las insurgencias político-epistémicas de refundar el Estado", *Tabula Rasa*, Bogotá, Colombia, No. 9, pp. 131-152.

a los principios del Estado Plurinacional,⁴¹ como a los derechos sociales, de bienestar y de educación;⁴² como una categoría de identidad y reconocimiento político⁴³ y una manera de aplicar la justicia.⁴⁴

El TCP interpretó el principio de interlegalidad en la SCP 00874/2014, en la que otorgó la competencia de jurisdicción sobre una mina a una comunidad IOC. Según la sentencia, se define la interlegalidad por "la participación de las naciones y pueblos indígenas originarios...cuya presencia es fundamental para la resignificación y reinterpretación del derecho –de acceso a la justicia–, de ahí la relevancia de la presencia de los representantes del sistema indígena originario campesino en el Tribunal Constitucional Plurinacional. Los sistemas jurídicos indígena y ordinario se relacionan a partir de su diferencia, 'generando instituciones, espacios y procesos de interacción e interpenetración', que permitirán la construcción de un sistema jurídico plural".

En ese sentido, la interlegalidad enfatiza la importancia de las prácticas jurídicas de las Ny-PIOC para mejorar el acceso a la justicia no como un ejercicio individual y aislado por parte del Estado, sino como la articulación de esta diversidad de prácticas jurídicas en el seno del Estado Plurinacional. Esto nos brinda un aporte indispensable para analizar y discutir las cuestiones de fondo que hoy limitan el acceso a la justicia, a pesar de los avances históricos que han dado lugar a lo plurinacional y a la apertura de derechos colectivos en el país, ampliando las posibilidades de acceso a una justicia plural.

3. La interpretación del pluralismo jurídico por el Tribunal Constitucional Plurinacional (TCP)

3.1 Resguardo institucional por la nueva estructura y composición del TCP

La CPE estableció que el TCP, por ser instancia superior tanto del sistema de justicia ordinario como de la IOC, debería estar integrado por Magistradas y Magistrados elegidos por voto popular con criterios de plurinacionalidad y con representación de los dos sistemas.⁴⁵ La Ley n° 27 de 2010 del TCP requiere que, de los siete titulares y siete suplentes que componen el TCP,

41 Arts. 1 y 10, Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia de 2009.

42 Arts. 9, 17, 30.2, 45.II, 78.II, 95, 96, Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia de 2009.

43 Arts 100, 218.II, 394.III y 395, Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia de 2009.

44 Arts. 178 y 186, Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia de 2009.

45 Art. 197. I, Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia de 2009.

al menos dos representen al sistema JIOC. Algunos de los aportes más efectivos para implementar el pluralismo jurídico fue la creación de la Sala Especializada, compuesta por los/las dos Magistrados/Magistradas que representan la JIOC, para dar efectividad al control plural de constitucionalidad. Dicha Sala es responsable de las Declaraciones en respuesta a las consultas de las autoridades IOC sobre la aplicación de sus normas jurídicas a casos concretos.⁴⁶

Dicha reestructuración y recomposición del TCP converge con las recomendaciones planteadas por la CIDH en su informe de 2007, particularmente con relación a la administración de justicia en las cortes altas, con mejor transparencia e independencia en la selección de Magistradas y Magistrados.⁴⁷ Además, al incorporar la representación de la JIOC dentro del Tribunal bajo los principios del pluralismo jurídico se amplió el Derecho.⁴⁸ Sin embargo, como planteó la ex Viceministra de la Justicia Indígena Originaria, María Helena Attard (2014), la selección de solo dos magistrados como representantes de la JIOC no cumple con el principio de paridad establecido por la CPE bajo los términos de igualdad jerárquica y, por tanto, “podría ser contraria al proceso de igualdad formulado en esta visión del constitucionalismo, ya que los ritualismos extremos pueden incidir en el acceso a la justicia constitucional de pueblos y naciones indígena originario campesinos”.⁴⁹

3.1.1 La Secretaría Técnica y Descolonización

La Sala Plena del Tribunal decidió que no eran suficientes los conocimientos sobre Derecho Constitucional, sino que además es necesaria la asesoría técnica multidisciplinaria que no solo esté capacitada en las ciencias sociales occidentales sino también en los saberes de los pueblos y naciones IOC, para comprender su cosmovisión y su lógica en la resolución de conflictos.⁵⁰ Para garantizar el debido proceso de acuerdo con la concepción del derecho plurinacional comunitario, el TCP creó la Secretaría Técnica y Descolonización, formada por la Unidad de Descolonización y la Unidad de Justicia Indígena Originaria Campesina.

La Secretaría Técnica es la instancia encargada de producir peritajes e informes antropológicos-culturales para los/as magistrados/as, muchas veces con visitas a las comunidades IOC y,

46 Art. 23, Ley No. 027 de 06/07/2010.

47 CIDH, *acceso a la Justicia e inclusión social: el camino hacia el fortalecimiento de la democracia en Bolivia*, OEA/Ser.L/V/II., Doc. 34, de fecha 28/07/2007, pp. 20-28.

48 *Sistematización de Jurisprudencia y esquemas jurisprudenciales de Pueblos Indígenas en el marco del sistema plural de control de constitucionalidad*, La Paz, Bolivia, KAS/Construir, p. 44.

49 Se pueden ver otras limitaciones también en la “auto-identificación” de los candidatos de Magistradas y Magistrados como IOC, lo que no garantiza que ellos tengan efectiva experiencia y conocimiento de la JIOC.

50 Comunicación personal con Fernando Tawiharay, director de la Unidad de Descolonización, el 22 de octubre del 2015.

en algunos casos, se encarga de traducir y socializar fallos del Tribunal en pueblos afectados por ellas. Para eso, la Unidad de Descolonización cuenta con un equipo multidisciplinario: dos antropólogos, un sociólogo, un historiador, un lingüista y un abogado constitucionalista. Por otro lado, la Unidad de Justicia Indígena Originaria Campesina está compuesta por un abogado constitucionalista, un politólogo y un sociólogo. Para la Unidad de JIOC, el equipo también cuenta con tres *amautas*, uno de las comunidades de las tierras altas, uno de las tierras bajas y uno de los valles, quienes generalmente median entre los seres sobrenaturales y los seres humanos en su cargo de dar consejo a la comunidad. En la Secretaría Técnica, los *amautas* cumplen el importante rol de aconsejar sobre las cosmovisiones de las NyPIOC en cuando se integran en el procedimiento de casos concretos del TCP.

3.2 El funcionamiento del pluralismo jurídico en el TCP

El Tribunal Constitucional, que es el máximo guardián y supremo intérprete de la Constitución, ejerce el control de constitucionalidad con la cualidad de defensor de los Derechos Fundamentales y Garantías Constitucionales. Ahora bien, debido a la inserción de los pueblos a la estructura social del Estado, se definió la estructura social como multiétnica y pluricultural. La interpretación de los derechos fundamentales está regida por principios contenidos en los pactos internacionales de derechos humanos que forman parte del bloque de constitucionalidad, que brinda al TCP el control normativo de constitucionalidad.⁵¹ Artículo 179 de la CPE establece que “la función judicial es única” en Bolivia, compuesta por las cuatro jurisdicciones que gozan de igualdad jerárquica, y que “la justicia constitucional se ejerce por el Tribunal Constitucional Plurinacional”,⁵² el supremo intérprete y defensor de los derechos humanos, instituido con funciones jurisdiccionales en el ámbito normativo, competencial y/o tutelar.

51 Arts. 410, 256 y 13. IV, Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia de 2009; Tribunal Constitucional Plurinacional, SCP 0895/2010 R de fecha.10/08/2010.

52 Art. 179.I, II y III, Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia de 2009.

3.2.1. El control normativo del derecho de acceso a la justicia en el ámbito normativo: el caso de Zongo

Entre 2012 y 2014 se llevó a cabo en la comunidad de Zongo un proceso de resolución de conflictos por las autoridades IOC en contra de los abusos a la comunidad y daños al medio ambiente efectuados por un empresario minero. La Central Agraria fungió como el espacio de organización para la resolución del conflicto, resolviendo, bajo los principios y valores de la comunidad, la expulsión del empresario. El caso trascendió a conflicto interlegal cuando el empresario minero Oscar Bellota, inconforme por la resolución de la comunidad, inició la persecución de las autoridades que emitieron dichas resoluciones, acusando a treinta y tres comuneros ante la jurisdicción ordinaria por "robo agravado", tras lo cual se emitió auto de formal prisión a dos autoridades IOC y otros dos comunarios en el penal de San Pedro.⁵³ En junio de 2013, la Sala Primera Especializada realizó una consulta de autoridad IOC sobre la aplicación de sus normas jurídicas, tras lo que resolvió declarar: "La APLICABILIDAD de la decisión comunal de expulsión y desalojo del empresario minero José Oscar Bellota Cornejo de Zongo, conforme sus principios, valores normas y procedimientos propios en el marco de su jurisdicción".⁵⁴

Este caso representa un hito en el sistema jurídico boliviano, no solo por el reconocimiento formal de la producción y aplicación normativa de la JIOC, sino también por la labor interpretativa del TCP de la consulta instituida en el art. 202.8 de la CPE como un mecanismo constitucional propio para el acceso a la justicia plural, lo que señaló que "por ende, su procedimiento debe respetar la diversidad y el contexto de cada comunidad".⁵⁵

3.2.2 El derecho de acceso a la justicia en el ámbito competencial

Respecto de cómo se ejerce el derecho de acceso a la justicia en el ámbito competencial partimos del análisis de las *SCP 0037/2013*, *SCP 0874/2014* que respetaron los ámbitos de competencia de la JIOC; además aplica el artículo 30.II.5 de la CPE, que habla del derecho de la Jurisdicción Indígena y el *componente plural del Derecho de acceso a la Justicia*. En el caso Zongo, una vez que se emitió la resolución 0006/2013, las autoridades IOC presentaron un **conflicto de competencias jurisdiccionales** entre la Jurisdicción Indígena Originaria

53 Pachaguay, Pedro, Juan Carlos Marcani (2016), "La defensa territorial desde la jurisdicción indígena de Zongo", *Bolivia Movimiento Regional por la Tierra*, Disponible en <http://porlatierra.org/docs/6a615b9bac5963d9e35107e6710ff55c.pdf>.

54 Tribunal Constitucional Plurinacional, DCP 0006/2013 de fecha 5 de junio 2013.

55 *Ibíd.*, véase la sección: "Fundamentos jurídicos de fallo", III.4.

Campesina de Zongo y el Juez Primero de Instrucción en lo Penal de El Alto al TCP. Después de analizar el caso y basándose en la declaración, el TCP declaró: **COMPETENTE** a las autoridades indígenas originario campesinas de la Jurisdicción Indígena Originaria Campesina de Zongo, provincia de Murillo del departamento de La Paz, para conocer y resolver el asunto planteado a través de instancias y procedimientos propios.⁵⁶ En ese caso concreto, las competencias jurídicas al acceso a la justicia en base a los procedimientos propios respetados por el Estado son ejercidos por las NyPIOCs.

3.2.3 El derecho de acceso a la justicia en el ámbito tutelar

Existe la posibilidad de ampliar el derecho de acceso a la justicia en el ámbito tutelar utilizando Acciones de defensa (Acción de Libertad, Acción de Amparo Constitucional, Acción de Cumplimiento) que las Autoridades IOC deben conocer y, de ese modo, ser garantes constitucionales del principio de unidad e igualdad jurídica contemplada en la Constitución Política; por tanto, todas las personas y colectividades vulneradas en sus derechos fundamentales pueden acudir a dichas autoridades.

3.3 Interpretaciones del derecho de acceso a la Justicia dentro del marco del pluralismo jurídico por la jurisprudencia del TCP

En las interpretaciones del derecho de acceso a la Justicia por el TCP en sus sentencias se puede ver una influencia clara del sistema interamericano; se cita como fuentes jurídicas la Constitución Política del Estado, la Convención Americana sobre Derechos Humanos,⁵⁷ la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos,⁵⁸ el Convenio 169 de la OIT⁵⁹ y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.⁶⁰ Hay también referencias a informes de la CIDH⁶¹ y del Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo⁶², como fuentes de propuestas de interpretación de ese derecho.

56 Tribunal Constitucional Plurinacional, SCP 0874/2014 de fecha 12/05/2014.

57 Tribunal Constitucional Plurinacional SCP 0643/2014 de fecha 25/03/2014.

58 Tribunal Constitucional Plurinacional, scps 0645/2012 de fecha 3/06/2012, 572/2014 de fecha 10/03/2014, SC 2003/2010-R de fecha 25/10/2010.

59 Tribunal Constitucional Plurinacional, SC 2003/2010-R de fecha 25/10./2010; scps 0645/2012 de fecha 23/07/2012, 0037/2013 de fecha 4/01/2013, 572/2014 de fecha 10/03/2014; DCP 0006/2013 de fecha 5/06/2013.

60 Tribunal Constitucional Plurinacional, SC 2003/2010-R de fecha 25/10./2010; DCP 0006/2013 de fecha 5/06/2013; .scps 0037/2013 de fecha 4/01/2013, 572/2014 de fecha 10/03/2014.

61 Tribunal Constitucional Plurinacional, SC 300/2012 de fecha 18/06/2012.

62 Tribunal Constitucional Plurinacional, SCP 0037/2013 de fecha 4/01/2013.

También podemos decir que el contenido del Derecho ha evolucionado a partir de las interpretaciones del TCP basadas en los principios de plurinacionalidad, pluralismo jurídico, interlegalidad, interculturalidad e igualdad jerárquica establecidos por la CPE. Particularmente, se puede ver en dichas interpretaciones una aplicación concreta de conceptos como el Vivir Bien⁶³ o la *Chakana*,⁶⁴ en relación con el acceso a la justicia plural, en algunos casos visto como una orientación hacia la pluralidad por el respeto de "los derechos fundamentales y las normas constitucionales de todos los habitantes del Estado Plurinacional, garantizando, en especial, el acceso a la justicia efectiva, pronta, oportuna, transparente y sin dilaciones".⁶⁵ A nivel local, cabe señalar la aplicabilidad de los principios de las cosmovisiones en resolver conflictos sobre el territorio, propiedad, relaciones interpersonales y organización política, donde intervienen todos los elementos (ser humanos, naturaleza, cosmos y temporalidad) en diálogo para resolver los casos de manera comunitaria y holística.

Dado que no se define explícitamente el término Vivir Bien dentro de la CPE, el TCP utiliza como criterio de interpretación para el pluralismo jurídico el Plan Estratégico del CONAMAQ (Consejo Nacional de Ayllus y Markas del Qullasuyu) y el trabajo multidisciplinario de la Secretaría Técnica y Descolonización para aplicar el concepto a casos concretos. En el caso de analizar las sanciones contra una familia por el delito de robo en la comunidad de Poroma, por ejemplo, el equipo elaboró un *test* basado en el paradigma del Vivir Bien para aplicar la interlegalidad y evaluar la proporcionalidad y necesidad estricta de las resoluciones de la Junta Vecinal en coordinación con los derechos de los grupos vulnerables; en este caso, una mujer y su hijo.⁶⁶ Además, no solo se considera dichos conceptos como un referente importante para sostener los principios y los valores de las comunidades de la región andina, sino también una metodología para mejorar y descolonizar el sistema de justicia ordinaria del Estado.⁶⁷

63 En general, el Vivir Bien se refiere a un modelo de desarrollo sostenible que se basa en los principios y valores indígenas de equilibrio, armonía, reciprocidad y complementariedad (ART) y oricipios etuticos ama qhilla, ama llulla, ama suwa (no seas flojo, no seas mentiroso ni seas ladrón), suma qamaña (vivir bien), ñandereko (vida armoniosa), teko kavi (vida buena), ivi maraei (tierra sin mal) y qhapaj ñan (camino o vida noble) (ART). Sin Embargo, los raíces y la apropiación del Vivir Bien han sido una fuente de debate y fuerte crítica en los años recientes; ver por ejemplo, Ivonne Farah H y Luciano Vasapollo (coords) (2011), *Vivir bien: ¿Paradigma no capitalista?*, La Paz: CIDES-UMSA.

64 Según un análisis llevado por la Unidad de Descolonización del Tribunal Constitucional Plurinacional, las cuatros dimensiones claves de la chakana – Munay, Munaña (Ser); Yachay, Yatiña (Saber); Ruway, Luraña (Hacer) – se convierten en "una herramienta fundamental de planificación, producción y construcción de los nuevos paradigmas (conceptos y categorías) en el marco de la nueva Justicia Constitucional Plural", Tribunal Constitucional Plurinacional, "Informe técnico", ST/UD/ Inf. No. 10/2014.

65 Tribunal Constitucional Plurinacional, SCP 1312/2012 de fecha 19/09/2010; Tribunal Constitucional Plurinacional, SCP 1023/2013 de fecha 28/08/2013.

66 Tribunal Constitucional Plurinacional, SCP 1422/2012, de fecha 24/09/2012.

67 Tribunal Constitucional Plurinacional, SCP 0874/2014 de fecha 12/05.2014.

3.3.1 Ámbito de protección personal y colectivo (el titular jurídico)

Para el TCP, el derecho de acceso a la justicia debe ser garantizado *a toda persona*, "acorde con su cosmovisión, su cultura, sus normas y procedimientos propios."⁶⁸ En la SCP 1478/2012, el TCP afirma también que se debe garantizar dicho derecho a cualquier persona por una de las cuatro jurisdicciones que componen el sistema judicial boliviano, incluyendo la JIOC. Esto significa que el pluralismo jurídico es también un medio para garantizar el derecho de acceso a la justicia a toda persona en Bolivia.

De esa manera, el TCP considera como titular jurídico del derecho de acceso a la Justicia no solo a sujetos individuales sino también a sujetos colectivos. Después de citar la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y la CPE, la SCP 0037/2013 hace referencia al "enfoque integral de acceso a la justicia" impulsado por el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, que entiende ese derecho "como un instrumento para la transformación de las relaciones de poder que perpetúan la exclusión, la pobreza y la subordinación de grupos como mujeres, presos, indígenas, migrantes, discapacitados, niños, ancianos, población de bajos ingresos, etc." Así, el Tribunal concluye que "el derecho de acceso a la justicia, por el carácter dinámico de los derechos, adquiere un nuevo componente: la pluralidad, en la medida que *su contenido también debe guardar correspondencia con el titular de su ejercicio*".

El TCP también ha reconocido en la SCP 0292/2012 (citada también en la SCP 1467/2013) especificidades en la garantía al derecho de acceso a la justicia a diversos sujetos colectivos.⁶⁹ También merecen especial atención las SCPs 0026/2013 y 1225/2013, en las cuales el TCP afirmó la necesidad de interpretar la Ley de Deslinde Jurisdiccional (en especial, su art. 10, II) de manera compatible con el "derecho a la libre determinación de los pueblos IOC y su autonomía", bajo los principios fundantes de la Constitución: "plurinacionalidad, pluralismo, interculturalidad, descolonización entre otros y el bloque de constitucionalidad".

3.3.2 Ámbito de protección funcional

Para el TCP, "el derecho a la jurisdicción o de acceso a la justicia (...) contiene: 1) El acceso propiamente dicho a la jurisdicción, es decir, la posibilidad de llegar a la pluralidad de jurisdicciones reconocidas por la Constitución, sin que existan obstáculos, elementos de exclusión, limitación,

68 Tribunal Constitucional Plurinacional, SCP 0037/2013 de fecha 4/01/2013.

69 Se interprete el derecho por el principio *favor debilis*, aplicable en virtud de lo previsto en los Arts. 13.IV, 256 y 410.I de la CPE de 2009.

que dificulten el ejercicio de este derecho tanto por el Estado como por los particulares; 2) Lograr un pronunciamiento judicial proveniente de las autoridades judiciales formales o las autoridades naturales de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, que solucione el conflicto o tutele el derecho, siempre que se hubiera cumplido los requisitos establecidos en la norma; y 3) Lograr que la Resolución emitida sea cumplida y ejecutada, debido a que si se entiende que se acude a un proceso para que se restablezca o proteja un derecho, un interés o un bien, en la medida que el fallo no se ejecute, el derecho a la jurisdicción o de acceso a la justicia no estará satisfecho.”⁷⁰ Consideraremos en lo siguiente este ámbito respecto de los tres momentos del acceso a la justicia concretizados por la jurisprudencia de la Corte IDH.

3.3.2.1 Información:

Respecto con el derecho a la información, entendido por la Corte (Art. 25.1 de CADH) como el derecho de ser informado sobre sus propios derechos y vías existentes de protegerlos, vemos una brecha preocupante en su aplicación por la falta de incorporación en la jurisprudencia del TCP. Ello podría explicar la falta de casos concretos que concretizarían la interlegalidad, aunque hemos visto en el último año que los esfuerzos de autoridades IOC de definir sus experiencias, a menudo con el respaldo de organizaciones sociales, ha llevado a un amplio conocimiento del nuevo escenario del pluralismo jurídico como vía de ejercer la igualdad jerárquica entre jurisdicciones.⁷¹

3.3.2.2 Proceso:

(i) En la SCP 0645/2012, el TCP ha garantizado el derecho a la defensa y al debido proceso de las NyPIOC, tomando en cuenta sus particularidades (estableció, por ejemplo, la no exigencia de personalidad jurídica como requisito del ejercicio de los derechos de esos pueblos). La Sentencia cita los casos Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay (2005) y Comunidad indígena Sawhoymaxa vs Paraguay (2006), de la Corte Interamericana de DDHH.

(ii) El Art. 8.2 a de la CADH que garantiza el “derecho del inculpado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal”, tiene especial importancia para los indígenas, como reconoció la jurisprudencia de

70 Tribunal Constitucional Plurinacional, SCP 1478/2012 de fecha 24/09/2012; 1876/2013 de fecha 29/10/2013; SCP 122/2014 de fecha 4/12/2014.

71 Según la Secretaría Técnica y Descolonización, empezaron seis casos interlegales entre los meses de marzo y junio de 2016, mostrando una aumentación en conocimiento del procedimiento respecto al pluralismo jurídico (comunicación personal, junio de 2016).

la Corte IDH.⁷² En ese aspecto, la CPE es más protectora que la CADH, pues asegura (Art. 120, II) que: “toda persona sometida a proceso debe ser juzgada en su idioma; excepcionalmente, de manera obligatoria, deberá ser asistida por traductora, traductor o intérprete”. La SCP 423/2014 fundamenta el “derecho de petición”, tanto individual como colectivo, en el marco del vivir bien. La SCP 470/2014 garantiza el ejercicio de ese derecho también de manera oral e informal, en cualquiera de las 36 lenguas IOC reconocidas por la CPE.⁷³

El Código Procesal Constitucional de 5 de julio de 2012 establece, en su artículo 130, que tanto las Declaraciones Constitucionales del TCP, en respuesta a las consultas de las autoridades IOC sobre la aplicación de sus normas jurídicas a un caso concreto, así como las resoluciones sobre conflictos de competencia entre las jurisdicciones en las cuales la JIOC sea declarada competente (Art. 125), deberán ser emitidas “en castellano y en el idioma de la nación o pueblo indígena originario campesino que promovió la consulta.”⁷⁴

(iii) Flexibilización de los requisitos formales y reconducción procesal de las acciones tutelares, para materializar el derecho de acceso a la justicia constitucional. 132

(iv) “La duda razonable para la aplicación del principio *pro-actione* en etapa de admisibilidad en acciones de amparo constitucional vinculadas con naciones y pueblos indígena originario campesinos” (Auto Constitucional 0029/2012-RCA-SL).

3.3.2.3 Ejecución:

En la SCP 1259/2013-L, el TCP observa que “la jurisdicción indígena comprende también la capacidad de establecer penas y sanciones, reconocida en nuestras constituciones nacionales, en el Convenio 169 de la OIT, así como en la DPNUDPI”, que también comprende la capacidad *coertio* (capacidad de ejercicio de violencia legítima)”. De este modo, el TCP reafirma la competencia de la JIOC para aplicar sus propios métodos de ejecución de sus decisiones y materializar la justicia –sanciones que, según el tribunal, son aplicadas siempre, en la JIOC, con el fin de lograr una justicia restaurativa, para mitigar el daño y restaurar la armonía de la comunidad, y no perseguir al transgresor.

En la Declaración Constitucional Plurinacional (DCP) 0006/2013, que tuvo lugar tras una consulta de autoridades de pueblos y naciones IOC, el TCP ha concluido, “bajo un enfoque

72 Corte IDH. Caso Tiu Tojín vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2008. Serie C, No. 190, § 100; Corte IDH. Caso Fernández Ortega y otros. Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010 Serie C, No. 215, § 201.

73 Arts. 5 y 24, Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia de 2009.

74 Arts. 130 y 125, Ley 254 de 5/07/2012. De 5/07/2012.

interdisciplinario”, que la sanción de expulsión por los pueblos y naciones (la máxima sanción o castigo de la JIOC) tiene fundamento constitucional, en el bloque de constitucionalidad,⁷⁵ y también “en el marco de la plurinacionalidad y el pluralismo (...), desde la comprensión de los pueblos IOC; es decir, desde su cosmovisión”. Parecido a otros casos mencionado, el TCP ha hecho un análisis histórico y antropológico de la sanción de expulsión en la cosmovisión andina, observando que es una medida que permite mantener el equilibrio y la armonía dentro de la comunidad, que es el fundamento de sus sistemas de administración de justicia⁷⁶.

En el mismo sentido, para el antropólogo Xavier Albó (citado por el TCP): “La recuperación o la expulsión del delincuente son las dos vertientes del carácter global, comunal y flexible del derecho indígena. El camino y resultado más común es la recuperación”. Según la DCP 0006/2013, en la consulta de autoridad IOC sobre la aplicación de sus normas jurídicas en el caso Zongo, “ambas vertientes... buscan restituir el equilibrio perdido, porque una y otra están ligadas en el marco comunal”.

4. La producción legislativa respecto con el acceso a la justicia plural

Para el desarrollo y consolidación de las directrices contenidas en la CPE, el poder legislativo elaboró una serie de leyes en el marco del derecho de acceso a la justicia. Revisaremos y analizaremos algunas leyes en referencia con los estándares de la CIDH, para comprender los avances y límites respecto del derecho de acceso a la justicia en el pluralismo jurídico boliviano.

De acuerdo con el artículo 1.2 de la CADH, todas las personas son titulares de derechos humanos, incluido el derecho de acceso a la justicia. En el mismo sentido, los artículos 8 y 25 de la CADH establecen que todas las personas tienen derecho a las garantías judiciales. Respecto a la interpretación y aplicación del Derecho, la Ley No. 341 de Participación y Control Social establece los fines de la participación y control social, mostrando preocupación en lo que se refiere a garantizar que la gestión pública sea transparente y permita la participación amplia y democrática de la población, en especial las naciones y pueblos indígenas originarios campesinos;⁷⁷ asimismo, señala que sus formas de organización y producción normativa

75 La DCP cita la Convención 169 de la OIT y la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

76 El TCP cita, en su razonamiento, no solamente especialistas universitarios, sino también, por ejemplo, al amawta Tata Mario Mendoza Gómez.

77 Art. 3.7, Ley No. 341 de 5/02/2013; También véase “Exposición de Motivos. Proyecto de Ley de Participación y Control Social”, disponible a: <http://www.cedib.org/wp-content/uploads/2012/11/ANTEPROYECTO-LEY-Participacion-y-Control-Social-BOLIVIA.pdf>.

deben ser respetadas, una convergencia con el ámbito de normativa que hemos discutido respecto al funcionamiento del control de constitucionalidad.

Respecto al acceso a la justicia, el título IV, capítulo I, de la misma Ley establece que el Estado está en la obligación de generar mecanismos para que las personas accedan a la información, a la rendición pública de cuentas y a generar propuestas de políticas públicas; en el artículo 8 de la Ley establece los derechos para la participación y control social, y en los puntos 3, 6, 7 y 10, busca consolidar la garantía de acceso a la información y transparencia en la gestión pública.

Otro punto de interés para garantizar el acceso a la justicia que hemos analizado en la legislación boliviana es la preocupación hacia sectores de la población que históricamente han sido vulnerados en sus derechos, como el caso de las mujeres, niños y ancianos. Para resolver esta problemática se promulgó la ley No. 348, en marzo de 2013, destacando en su Exposición de Motivos la influencia del sistema internacional.⁷⁸ Dicha ley, en su Art. 2, presenta el objeto y la finalidad de la misma: "establecer mecanismos, medidas y políticas integrales de prevención, atención y reparación a las mujeres en situación de violencia, así como la persecución y sanción a los agresores, con el fin de garantizar a las mujeres una vida digna y el ejercicio pleno de sus derechos para Vivir Bien".

Las obligaciones generales establecidas en los artículos 8 y 25 de la CADH se complementan con las obligaciones del Tratado Interamericano llamado "Convención de Belém do Pará". Respecto con la situación de las mujeres, dice que deben tener apoyo desde una perspectiva de género, además de acceso y participación en las diligencias del caso, una interpretación visible en varios puntos de la Ley boliviana.⁷⁹ No obstante, en el artículo 41, II, aparece una limitación al acceso a la justicia para las mujeres pertenecientes a las NyPIOC, así como a las mujeres de las poblaciones afrobolivianas, pues establece que los casos de violencia sexual, feminicidio y delitos análogos deben ser derivados a la jurisdicción ordinaria, de conformidad con la Ley de Deslinde Jurisdiccional, de la cual trataremos luego. Eso significa que las mujeres pertenecientes a estas comunidades no pueden buscar la justicia en sus propias jurisdicciones, sino que deben recurrir a la justicia ordinaria.⁸⁰

Otro ejemplo de producción legislativa que consideramos importante analizar y comparar con los estándares de la CIDH, es la ley No. 45 contra el racismo y toda forma de discriminación.

78 Específicamente, la Exposición citó la Declaración para la Eliminación de la Violencia Contra la Mujer, Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución 48/104 de la Asamblea General de la ONU, 20 de diciembre de 1993.

79 Arts. 4.13 y 1, 43, 45 y 46, Ley No. 348 de 9/03/2013

80 También, analizaremos más adelante como eso podría obstaculizar su acceso a la justicia respecto a las barreras al acceso a la justicia plural.

En su artículo 2 establece que todos tienen derecho a igual protección, de manera efectiva y oportuna en sede administrativa y/o jurisdiccional y que además, merecen una reparación o satisfacción justa y adecuada por cualquier daño sufrido como consecuencia de actos racistas o discriminatorios, lo cual está acorde con el artículo 1.1 y con el artículo 24 de la CADH. Además, el artículo 12 de la misma Ley establece una diversidad de vías para acceder a la justicia en casos de racismo y/o discriminación, como la vía constitucional, administrativa o disciplinaria, y penal. Asimismo, el artículo 18 establece la necesidad de protección a las víctimas de casos de racismo y/o discriminación, lo que nos hace ver la conformidad de esta ley con respecto a la jurisprudencia de la CIDH.

Por otro lado, la CPE también ha establecido la función judicial única y el respeto al pluralismo jurídico debido a la presencia de una diversidad de jurisdicciones colectivas (indígenas originarias campesinas). Sin embargo, la elaboración de la legislación nos hace ver que existen límites al amplio respeto de las jurisdicciones colectivas. Analicemos lo señalado por la Ley de Deslinde Jurisdiccional y la Ley Marco de Autonomías al respecto.

La Ley No. 073 de diciembre de 2010, llamada Ley de Deslinde Jurisdiccional, fue una de las primeras leyes promulgadas para garantizar el respeto constitucional al pluralismo jurídico, ya que la misma Constitución estableció que las jurisdicciones IOC están en igualdad jerárquica con las demás, siendo necesario establecer ámbitos de competencia para cada jurisdicción. En el artículo 1 se afirma que la ley tiene por objeto la regulación de los ámbitos de vigencia entre la JIOC y demás jurisdicciones reconocidas constitucionalmente, además de establecer los mecanismos de cooperación y coordinación entre ellas, en el marco de la función judicial única. En el artículo 2, la ley se fundamenta no solo en la Constitución Política de Estado, sino también en la Ley No. 1257 de 11 de julio de 1991, en la que se ratificó el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo y en la Ley No. 3897 de 26 de junio de 2008 que elevó a rango de ley la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, además de otros instrumentos internacionales de derechos humanos aplicables, como es el caso de la CADH.

En el artículo 10, que trata del ámbito de vigencia material, la ley excluye la competencia de la JIOC en delitos de materia penal, delitos contra el derecho internacional, los crímenes de lesa humanidad, delitos de seguridad interna y externa del Estado, delitos de terrorismo, los tributarios y aduaneros, delitos por corrupción, delitos cometidos en contra de la integridad corporal de los niños y adolescentes, además de los delitos de violación, asesinato u homicidio. Tampoco la JIOC puede tener competencia en materia civil cuando, por alguna razón, sea interesado el Estado. Lo mismo en relación con materia laboral, de seguridad social, tributaria, ni tampoco con respecto al derecho administrativo, minero, de hidrocarburos,

forestal, informático, internacional y agrario, con excepción de la distribución interna de las tierras en las comunidades que tengan derecho propietario sobre las mismas.

Ahora bien, es necesario aclarar que la JIOC no tiene ámbitos de aplicación establecidos por materias, como la jurisdicción ordinaria. Así, un conflicto en un pueblo o nación indígena originario campesino es asumido de manera holística (puede involucrar diferentes materias visto desde la jurisdicción ordinaria) y la autoridad Indígena Originaria Campesina toma conocimiento del caso en cuestión y lo resuelve a partir de procedimientos propios, lo que garantiza un mejor y más amplio acceso a la justicia. Sin embargo, el artículo 10, como hemos dicho, atenta contra este ejercicio.

En el ámbito de vigencia territorial, el artículo 11 también limita la competencia de la JIOC, ya que dice que podrán conocer las relaciones y hechos jurídicos ocurridos en su jurisdicción "siempre y cuando concurran los otros ámbitos de vigencia establecidos en la Constitución Política de Estado y en la presente ley". No obstante, nos parece interesante señalar que el artículo 12 prohíbe que las decisiones de las autoridades de la JIOC puedan ser revisadas por las demás jurisdicciones, lo que permite fortalecer el desarrollo de la JIOC y su posibilidad de permitir a la población indígena originaria campesina un acceso a la justicia de forma más rápida y gratuita.

En lo referente a la coordinación entre jurisdicciones, el artículo 13 establece la necesidad de concertar medios y esfuerzos para lograr garantizar un efectivo acceso a la justicia, sea de manera individual, colectiva o comunitaria, y que tales medios podrán realizarse de forma oral o escrita, respetando así las particularidades de cada jurisdicción. El establecimiento de una diversidad de mecanismos de coordinación en el artículo 14 demuestra la iniciativa del Estado boliviano en garantizar un amplio acceso a la justicia, sea con el establecimiento de mecanismos de acceso a la información con transparencia o con espacios de diálogo. Lo mismo se puede decir con respeto a la cooperación entre jurisdicciones, pues en los artículos 15 y 16 deja claro la necesidad de cumplimiento a los mecanismos de cooperación para garantizar la equidad, transparencia, celeridad, oportunidad y gratuidad de la justicia; incluso estableciendo sanción, en el artículo 17, en casos de que se dificulte o imposibilite la coordinación y cooperación entre las jurisdicciones, lo que es fundamental para un verdadero acceso a la justicia.

Otra ley que busca garantizar el pluralismo jurídico es la ley N° 31 de julio de 2010, llamada ley Marco de Autonomías y Descentralización. En su artículo 9, VIII, establece que se respeta el ejercicio de la potestad jurisdiccional indígena de la Autonomía Indígena Originaria Campesina

(AIOC). Lo mismo en el artículo 13, II, que establece como deber del Estado prever y crear mecanismos que permitan el fortalecimiento de las capacidades institucionales de las autonomías territoriales. Es importante mencionar que el artículo 17 establece que, en casos de conflicto sobre los límites de las autonomías territoriales, el mecanismo de resolución es la vía conciliatoria, o en casos específicos por referéndum, lo que puede garantizar la celeridad de la justicia y el respeto a los derechos de los ciudadanos involucrados en esos casos.

Además, al establecer en el artículo 43 el carácter de lo indígena originario campesino, como concepto indivisible, permite que los que se consideren parte de esa población puedan acceder en igualdad de condiciones al derecho de autonomía establecido en la CEP, lo que amplía los derechos de esta población, sobre todo en lo que se refiere a la capacidad de jurisdicción, fundamental para garantizar el pluralismo jurídico, lo que significa un gran avance para el Estado boliviano en relación con el acceso a la justicia. Igualmente, el artículo 48 establece que el ejercicio de la facultad jurisdiccional podrá ser de manera oral o escrita, teniendo el mismo valor para ambas.

No obstante, en el título IV de la ley, referente al procedimiento para acceder a la autonomía y a los mecanismos para la elaboración de estatutos y cartas orgánicas, encontramos serios límites para un verdadero ejercicio de la AIOC y, por ende, de su potestad de jurisdicción. El acceso a la AIOC debe ser hecho a través de consulta pero respetando la ley electoral, también afirma en el artículo 53, V, la necesidad de elaboración de un estatuto que en la mayoría de las veces se enmarca en el derecho ordinario,⁸¹ lo cual limita la posibilidad de acceder a la autonomía y a su potestad de jurisdicción. Asimismo, el artículo 56 establece una serie de requisitos para el acceso a la AIOC los cuales constituyen limitantes al ejercicio pleno de sus derechos, en especial a su potestad de ejercer jurisdicción; por ejemplo, establece la obligación de que se certifique expresamente en cada caso la condición de territorio ancestral.

5. Incidencia del derecho de acceso a la Justicia en las Políticas Públicas del Estado Plurinacional Boliviano

En el actual escenario de pluralismo jurídico de Bolivia, se ha identificado el derecho de acceso a la justicia como uno de los ámbitos de mayor rezago en el país y que, por tanto, es necesario avocar esfuerzos para garantizar su pleno ejercicio en el marco de una justicia plural, incluyente, independiente y transparente. Se puede identificar como antecedente de la

81 Actualmente, los pueblos contratan un abogado para la redacción de sus estatutos orgánicos, el profesional redacta este documento bajo la lógica del derecho ordinario, lo cual hace que no solo que se pierda el contenido de su cosmovisión, sino también el potencial jurídico contrahegemónico que pueda tener.

reciente reforma judicial el despliegue de políticas públicas que se gestaron desde la década de los noventa y que se concretaron con la creación del Programa Nacional de acceso a la Justicia en el año 2006. Tales políticas públicas sentaron algunas bases para la subsecuente reforma judicial impulsada desde el nuevo Estado Plurinacional y la nueva CPE.

Mostraremos en lo siguiente cómo, en gran parte, las políticas públicas analizadas convergen con las recomendaciones de la Comisión para superar los obstáculos del acceso a la justicia. No obstante, para analizar y discutir el nuevo contenido que brinda al derecho el nuevo escenario de pluralismo jurídico en Bolivia es pertinente preguntar en qué medida existe una articulación entre las políticas públicas del Estado y de la JIOC como mecanismo para erradicar las barreras actuales para el acceso a la justicia. Por tanto, también se considerarán, en la medida de lo posible, el rol de la JIOC en la incidencia del derecho de acceso a la Justicia en las políticas públicas del Estado Plurinacional.

5.1 La Reforma de la justicia en el Estado Plurinacional: hacia una justicia plural

Las acciones que el Estado boliviano ha desplegado con el fin de construir una justicia plural, incluyente y transparente se ubican en dos niveles: 1) aquellas medidas y líneas de acción tomadas desde un marco de política interior y 2) aquellas acciones implementadas a partir de la cooperación con organismos internacionales que le permiten al Estado y su sistema de justicia un ejercicio de retroalimentación.

5.1.1 Las políticas públicas de acceso a la justicia desde la política interior

El modelo de Estado instaurado en Bolivia desde 2006 parte de reconocer la reproducción de un sistema de justicia colonial, retardatario y anacrónico como obstáculos para el acceso a la justicia. Desde entonces podemos identificar, por lo menos, tres momentos claves en las que el Estado boliviano ha desplegado una serie de acciones y constituido políticas públicas orientadas a ampliar el margen de acceso a la justicia.

5.1.1.1 Plan Nacional de Derechos Humanos

a. Plan Nacional de Derechos Humanos 2009-2013

Como parte del "Plan de Desarrollo Económico: Bolivia digna, soberana, productiva y democrática para Vivir Bien" (Plan Nacional de Desarrollo) anunciado el 12 de septiembre de 2007, se reiteró la necesidad de reformar el sistema judicial con el objetivo de construir una "justicia plural, integral y descolonizada que actuara con mayor coordinación entre la justicia ordinaria y la comunitaria mediante el pleno ejercicio de los derechos fundamentales". Por esa razón el 10 de diciembre de 2008, mediante decreto N° 29851, se anunció el Plan Nacional de Derechos Humanos, en el que se definió garantizar el derecho de acceso a la justicia como uno de los objetivos principales.

En ese contexto, el Ministerio de Justicia creó las Casas de Justicia como brazo social del ministerio, sumándose a los Centros Integrados de Justicia. Por un lado, las Casas de Justicia tienen el objetivo de "viabilizar" el acceso a la justicia de los sectores más vulnerables de carácter multifuncional, pues estarán integradas por jueces, fiscales, defensores públicos, árbitros, policías en función judicial, expertos en métodos alternativos de solución y controversia. Se instituyen como brazo social del Ministerio de Justicia desde las capitales de los departamentos.⁸² Por otro lado, los Centros Integrados de Justicia, iniciados con el Programa Nacional de acceso a la Justicia, tienen como objetivo procurar el respeto a los derechos fundamentales de la población que se encuentra en lugares alejados de los centros urbanos con el fin de que "los servicios lleguen de manera ágil, oportuna, eficiente, oral, gratuita y cercana".⁸³

En 2009, el Estado Plurinacional de Bolivia firmó un Convenio con Dinamarca para la edificación de las Casas de Justicia y de los Centros Integrados de Justicia. Dicho convenio implicó la donación de 93 millones de bolivianos. De tal modo, se construyeron y habilitaron Casas de Justicia en Tupizo, Potosí; Challapata, Oruro; Muyupampa, Chuquisaca; Villamontes, Tarija;

82 Dentro de las atribuciones de las casas de justicia se destacan: 1) Orientación y/o asistencia legal, psicológica, médica o social gratuita, 2) Resolución alternativa de conflictos, 3) Acompañamiento en la defensa y restitución de derechos, 4) Fortalecimiento de los conocimientos y la participación de las organizaciones de la sociedad civil, 5) Promoción y procesamiento de las iniciativas de la sociedad civil sobre las reformas a la normativa jurídica vigente, 6) Representar ciertas funciones del Ministerio de Justicia en el ámbito departamental.

83 Ministerio de Justicia, "Servicios Integrados de Justicia Plurinacional Antiguo"; 13 de noviembre de 2014. Consultar en <http://www.justicia.gob.bo/index.php/viceministerios/vio/164>. De las atribuciones con las que estas instituciones cuentan se destacan: 1) Información legal básica para la resolución de conflictos, 2) Orientación Jurídica, 3) Difusión de información sobre derechos y educación en Derechos, 4) Resolución Alternativa de conflictos y 5) Resolución judicial de conflictos mediante jueces de dichos centros.

Plan tres mil, Santa Cruz; El Alto, La Paz; Caracollo, Corque y Sabaya en Oruro hasta 2015. Estas entidades, si bien tienen el objetivo de descentralizar el sistema judicial, no fortalecen directamente la Justicia Indígena Originaria Campesina, pues los servicios que en ellas se ofrecen están apegados a los protocolos de la jurisdicción ordinaria buscando la resolución de conflictos por medio de jueces estatales.

En este sentido, la presencia de nuevas entidades judiciales podrían provocar un efecto imprevisto en el fortalecimiento del la JIOC. Por ejemplo, la Casa de Justicia de Caracollo, inaugurada en agosto de 2015, está situada dentro de la jurisdicción IOC, compuesta por 13 autoridades encargadas de resolver casos de disputa de tierras y violencia familiar, entre otros. Las experiencias de las autoridades IOC con la Casa muestran que no se aplican mecanismos de coordinación y cooperación entre las jurisdicciones, a pesar de que la JIOC está en pleno ejercicio de la justicia según sus propios usos y costumbres y que, por tanto, significa mayores posibilidades de acceso a la justicia para la población ya que, además, la resolución de conflictos se hace de manera gratuita y expedita. En ese sentido, una autoridad originaria de la Marka Tapacarí Cóndor Apacheta, ubicada en el departamento de Oruro, señaló durante una entrevista que se le realizó que la descentralización de la justicia ordinaria por medio de Casas y Centros Integrados no son suficientes para superar los obstáculos de acceso a la justicia, pues aún así los comunarios siguen enfrentándose a barreras como la corrupción, la retardación de justicia y el alto costo de servicios, entre otros. Por el contrario, señaló que es necesario encontrar mecanismos de coordinación para que los funcionarios de la justicia ordinaria respeten las resoluciones de las NyPIOC.⁸⁴

b. Política Plurinacional de Derechos Humanos 2015-2020

La Política Plurinacional de Derechos Humanos (PPDH) es un instrumento elaborado por el Estado Boliviano en coordinación con la sociedad civil que hace parte de la Agenda Patriótica, por tanto está diseñada para implementarse durante el periodo 2015-2020. Por un lado el objetivo consiste en hacer que el Estado interiorice un enfoque permanente de Derechos Humanos en todo su quehacer y por otro, que la sociedad civil interiorice la exigibilidad de sus derechos. Dicha política es resultado, a su vez, del diagnóstico hecho sobre el avance en DDHH respecto de los logros del Plan Nacional de Acción de Derechos Humanos; al mismo

84 Comunicación personal, el 13 de junio de 2016, Peñas, Oruro, Bolivia.

tiempo, incluye las recomendaciones hechas por los Comités de Tratados y Convenios Internacionales del Estado Plurinacional de Bolivia.⁸⁵

LA PPDH se avoca a siete ámbitos de acción: derechos fundamentales; derechos civiles y políticos; derechos de los pueblos y naciones indígena, originario, campesinos y afrobolivianos; derechos económicos, sociales y culturales; derecho de los grupos en riesgo de vulnerabilidad; derechos de las mujeres y, finalmente, derechos humanos y fuerzas armadas. Mientras cabe agregar que los organismos internacionales emitieron una serie de recomendaciones para incluir otros ámbitos entre los que se encuentran: derechos de los trabajadores migratorios y sus familias; derechos de la niñez y adolescencia; la no discriminación; la prohibición de la tortura; la desaparición forzada de personas y sobre los derechos de las personas con discapacidad; sumándose alrededor de 167 recomendaciones, las cuales han sido contempladas en el diseño de la PPDH.

Este escenario nos habla de una constante observación nacional, regional e internacional sobre el desempeño del Estado boliviano respecto de la garantía de los derechos humanos. Esto a su vez, repercute en la efectividad del derecho de acceso a la justicia. En ese sentido, la PPDH señala, por un lado, que es necesario garantizar la independencia judicial mediante la Carrera judicial, siendo la Escuela de Jueces y la Escuela de Fiscales las instituciones encargadas de capacitar a las autoridades judiciales, de tal modo que su actuación sea conforme los principios constitucionales bajo el enfoque de derechos humanos, como mencionaremos más adelante. Por otro lado, señala que los Servicios Integrados de Justicia Plurinacional (SI-JPLU) son el instrumento indicado para orientar y dar patrocinio legal gratuitamente a la ciudadanía para conducirlos al acceso a la justicia.

LA PPDH indica como actores principales para la ejecución de las políticas públicas a favor del acceso de los derechos humanos a todas las instancias e instituciones del Estado cuya responsabilidad se organiza de manera jerárquica según el Decreto Supremo N° 29894 del 7 de febrero de 2009. Estas instituciones van desde los Órganos Ejecutivo, Legislativo y Judicial hasta entidades territoriales autónomas, organismos internacionales y otras organizaciones e instituciones de DDHH. Se refiere que el Ministerio de Justicia, mediante el Tribunal Supremo de Justicia, el Tribunal Constitucional y el Tribunal Agroambiental, son los entes encargados de la impartición de justicia con base en los principios establecidos por la CPE.

85 Estado Plurinacional de Bolivia. Ministerio de Justicia. *Política Plurinacional de Derechos Humanos, PPDH 2015-2020*. 177 páginas. Disponible en http://vjdf.justicia.gob.bo/images/cargados/files/PPDH_2015-2020.pdf. Consultado el 3 de mayo de 2016. En el documento se puede consultar, así mismo, el avance promedial del PNADH 2009-2013, el cual se estima en un 56%.

Sin embargo, la PPDH fija algunos desafíos pendientes por resolver en materia de derechos humanos por parte del Estado Boliviano y las instituciones que le dan forma. En el ámbito de derechos civiles y políticos establece que, hay serias dificultades en la garantía al acceso a la justicia como es la falta de eficiencia y efectividad del servicio judicial a la población; así mismo, señala que hay una ausencia en la práctica de justicia restaurativa, preventiva y descolonizadora en la administración de la justicia ordinaria así como la inexistencia de un marco legal acorde a la CPE que sea capaz de garantizar el acceso a la información oportuna, fidedigna y veraz.⁸⁶

En ese sentido, la PPDH conserva la necesidad de reforzar el sistema de la Carrera Judicial como línea de base para subsanar dichas dificultades en el acceso a la justicia junto a la implementación del Programa de Fortalecimiento a la Independencia Judicial en Bolivia. Como parte de la solución a los desafíos pendientes se destacan en materia de acceso a la justicia, al menos en el ámbito de los derechos civiles y políticos: aplicar medidas administrativas y jurisdiccionales para eliminar la corrupción y retardación de justicia; desarrollar una estructura institucional a nivel nacional que permita a las y los jóvenes en conflicto con la ley acceder a una justicia restaurativa, entre otros.⁸⁷

Así pues, dentro de dicho marco estratégico, se señalaron algunas políticas públicas a seguir. En el ámbito de derechos civiles y políticos se indica como uno de los objetivos: "Garantizar un acceso a la justicia, eficiente, oportuna y sin distinción a través de mecanismos que sirvan para fortalecer una estrategia de desconcentración de los servicios de justicia hacia los municipios y hacia puntos estratégicos de las ciudades capitales". La instancia encargada de realizar dicho objetivo recae en los Servicios de Justicia suficientes y pertinentes, estableciéndose como meta que los nueve departamentos cuenten con Centros Integrados de Justicia a fin de lograr una mayor cobertura y eficiencia del sistema a nivel nacional. Para ello, se tomará el número de Centros, de juzgados creados, de jueces, de ítems creados y de causas resueltas y priorizadas como indicadores de la efectividad de dicha política, cuya responsabilidad recae en el Ministerio de Justicia, el Fondo de Inversión Productiva y Social, las Entidades Territoriales Autónomas (ETAS) y el Órgano Judicial.⁸⁸

En ese sentido, podemos observar que la concepción sobre derecho y justicia que permea en el PPDH no toma en consideración la coordinación y cooperación entre las cuatro jurisdicciones que

86 Estado plurinacional de Bolivia..., *óp. Cit.* P. 54.

87 Para ello, la PPDH señala como marco estratégico la definición de la Política Pública que parta de los principios constitucionales así como de los instrumentos internacionales para los derechos humanos.

88 Estado plurinacional de Bolivia..., *óp. Cit.* P. 71

componen la función única judicial, es decir, carece de un enfoque plural; por el contrario, delega todas las acciones a las instituciones de la justicia ordinaria haciendo caso omiso de los aportes que la JIOC otorga en materia del derecho de acceso a la justicia como la gratuidad, la celeridad y la integralidad, por citar algunos.

5.1.1.2 Plan Sectorial de Justicia Plural 2013-2025

En 2013 se implementó, desde el órgano Ejecutivo, a cargo del Ministerio de Justicia, el denominado “Plan Sectorial de Justicia Plural 2013-2025”. El propósito estriba en construir “una justicia plural, de paz, que busque la conciliación y la armonía entre las bolivianas y los bolivianos”, lo cual se hará por medio de la “formación de los recursos humanos, la desconcentración de la atención judicial, al desarrollo y adecuada utilización de las tecnologías, además de una correcta administración de los recursos económicos”. Dentro de dicho Plan se señalan seis pilares sobre los que se centrarán los esfuerzos de: Recursos Humanos, Desarrollo Normativo, Desconcentración Judicial, Infraestructura Tecnológica, Recursos Económicos y Fortalecimiento de la Justicia Indígena Originario Campesina.

Un análisis de dos de estos pilares, el de Desconcentración Judicial y el de Fortalecimiento de la Justicia Indígena Originario Campesina, muestra algunas divergencias en el modo en el que se aplica el derecho dentro de la misma política pública del Estado. Por un lado, el pilar de Desconcentración Judicial busca ampliar el margen de acceso a la justicia por medio de la descentralización del sistema judicial, acercando la justicia a los bolivianos con la construcción de Casas de Justicia y Centros Integrados de Justicia en zonas alejadas de centros urbanos, entre otras estrategias. Mientras que este pilar responde a algunos de los obstáculos al acceso a la justicia que preocupó a la CIDH en 2007,⁸⁹ dichas soluciones no fortalecen directamente la JIOC, pues los servicios que ellas ofrecen están apegados a los protocolos de la Jurisdicción Ordinaria, buscando la resolución de conflictos por medios de jueces estatales, abogados y burocracia técnica cuyo actuar corrupto y retardatario sigue constituyendo una barrera significativa para el acceso a justicia.

Por otro lado, respecto del Fortalecimiento de la JIOC como sexto pilar, se hace énfasis en el hecho de que no basta con que sea mencionada la JIOC en la CPE sino que es indispensable desplegar una serie de acciones para su fortalecimiento, poniendo especial esfuerzo en las acciones de información de lo que dicha jurisdicción implica y sus atribuciones no solo a

89 En el tema de la administración de justicia, la Comisión observó, “con profunda preocupación” la escasa de cobertura y distribución de los servicios de justicia, particularmente en áreas rurales, CIDH, *acceso a la Justicia e inclusión social: el camino hacia el fortalecimiento de la democracia en Bolivia*, OEA/Ser.LN/II., Doc. 34, de fecha 28/07/2007, p. 17.

la sociedad civil, sino, sobre todo, a los operadores del derecho ordinario; estableciéndose los siguientes objetivos: i) conocer en qué consisten las prácticas de justicia indígena originaria campesina y ii) capacitar a los operadores judiciales sobre la pluralidad que conforma el nuevo órgano judicial para una plena coordinación y cooperación entre jurisdicciones.

En ese sentido, siguiendo lo establecido en la Ley No. 025 del Órgano Judicial –que exige la permanente capacitación de jueces y funcionarios de dicho órgano–, se creó la Escuela de Jueces del Estado Plurinacional de Bolivia con sede central en la Ciudad de Sucre, como entidad académica especializada para la formación de jueces y funcionarios acorde a los principios establecido en la CPE en materia de justicia.⁹⁰ Esto implicaría, entonces, que parte de la formación esté orientada al fortalecimiento de las relaciones de diálogo, coordinación y cooperación entre jurisdicciones. Sin embargo; en los dos últimos años los *ítems* de formación que se han abordado no están en función de fortalecer la JIOC, como lo establece el Plan Sectorial; no obstante que la Escuela de Jueces tiene un convenio con el Consejo Nacional de Ayllus y Markas de Qullasuyu (CONAMAQ), organización nacional que representa a una amplia gama de comunidades indígenas originarias del altiplano.⁹¹ Sin embargo, dicha cooperación no se ha hecho evidente en los *ítems* de formación de jueces y fiscales.⁹²

5.1.1.3 La Cumbre de Justicia Plural para Vivir Bien

El 30 de marzo de 2016, el gobierno declaró que la justicia en Bolivia se encontraba en un “estado de crisis” y anunció la Cumbre de Justicia Plural para Vivir Bien, la cual se llevó a cabo por el Ministerio de Justicia en Sucre el 10 y 11 de junio. En su planificación, el Ministerio evitó abordar el tema de la JIOC con la justificación de que la justicia indígena “goza de buena salud” y la necesidad, por tanto, de priorizar problemas de la administración ordinaria a través de seis ejes: el acceso a la justicia, la corrupción, la retardación de justi-

90 La Escuela de Jueces no es la primer iniciativa de buscar iniciar una apertura al diálogo intercultural en el ámbito jurídico. Por ejemplo, en junio de 2001 surgió El Programa de Justicia Comunitaria (PJC) a partir de una iniciativa gestada por los docentes de la carrera de Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Mayor de San Andrés (UMSA); véase Molina Rivero, Ramiro, y Ana Arteaga (2008), *¿Dos racionalidades de una lógica jurídica? La justicia comunitaria en el altiplano boliviano*, La Paz, Bolivia, Compañeras de las Américas/ Fundación Dialogo.

91 Por ejemplo, en 2015, dicha entidad capacitó a más de 2500 servidores mediante 56 talleres y cursos que tenían como objetivo la capacitación integral, promoción del diálogo, coordinación interjurisdiccional en el marco del pluralismo jurídico, socialización normativa a través de la “interacción con la sociedad civil”. No obstante, los cursos y talleres que se impartieron giraron en torno a temas como: conciliación en sede judicial; impactos ambientales y normativa legal aplicable; ética y transparencia, y teoría del delito.

92 En 2014 los temas que se abordaron fueron sobre: código procesal civil desde la mirada del personal de apoyo judicial; nuevo código procesal civil y conciliación; excepciones e incidentes en materia penal; trata y tráfico de personas; valoración de la prueba para la jurisdicción agroambiental.

cia, la política criminal, la formación de los abogados y el tema de la elección de las altas autoridades del Órgano Judicial. La respuesta del gobierno a la crisis de justicia muestra la tendencia de abordar las barreras al derecho de acceso a la justicia separando las jurisdicciones Ordinaria de la JIOC.

Eso ha merecido críticas de las autoridades de la JIOC, quienes se auto convocaron al Encuentro Plurinacional de la JIOC el 2 de junio, organizado con el apoyo de la Secretaría Técnica y Descolonización, donde se elaboró una propuesta de la JIOC después de un debate comunitario, la cual fue presentada en la Cumbre Nacional por una delegación de autoridades IOC, a fin de plantear las propuestas de la JIOC con la finalidad de fortalecer esa jurisdicción y materializar la igualdad jerárquica con la justicia ordinaria.

Aunque las propuestas presentadas por la delegación de autoridades IOC no fueron consideradas en su mayoría para la redacción de las más de cien conclusiones tomadas de la Cumbre para iniciar una reforma radical a la justicia en Bolivia,⁹³ los presentantes de las diferentes NyPIOC plantearon, entre otros puntos, que el nuevo sistema de justicia:

- Debe trabajarse en un plan preventivo, como se hace en el sistema de la JIOC, para lo cual las ciudades deben asumir modelos de valores comunitarios establecidos en la CPE (especialmente en áreas urbanas de migración).
- Se deben cambiar las prácticas de la justicia ordinaria (condenatoria, sancionatoria y punitiva) a una justicia restaurativa que materialice una sociedad justa y armoniosa, para efectivizar la justicia plural.
- La justicia ordinaria debe recuperar el principio de “servicio a la sociedad” en la administración de la justicia, asumiendo la práctica de las autoridades de la JIOC.⁹⁴

Cabe destacar que tanto estos puntos como otros que se presentaron en función de exigir el fortalecimiento de la JIOC, van más allá de las demandas o recomendaciones comúnmente conocidas para mejorar el acceso a la justicia de comunidades indígenas y campesinas. En este sentido, el énfasis en las prácticas preventivas y restaurativas de la JIOC como un modelo de mejorar el acceso a la justicia, aplicado tanto en el ámbito de derechos colectivos urbanos como en el ámbito de la justicia ordinaria; muestra cómo se interpreta el acceso a la justicia dentro del marco de pluralismo jurídico e interlegalidad, y las consiguientes propuestas de políticas públicas que surgen de esta conceptualización.

93 Se puede leer los resultados de la Cumbre Nacional en el vínculo siguiente: <http://www.comunicacion.gob.bo/sites/default/files/media/publicaciones/Conclusiones%20Cumbre%20de%20Justicia.pdf>.

94 Propuesta de la Justicia Indígena Originaria Campesina para la Cumbre Judicial, Eje 1.

Del 20 al 22 de septiembre de 2016, se realizó la Cumbre de Justicia Indígena Originaria Campesina, sin ningún apoyo del Ministerio de Justicia ni la Secretaría Técnica y Descolonización, para analizar el estado de los derechos individuales y colectivos de las NyPIOC y conformar una comisión de coordinación y seguimiento del proceso de acción de inconstitucionalidad abstracta en contra de la ley de deslinde jurisdiccional; esta consideraba una vulneración de sus derechos y de los principios fundamentales del Estado Boliviano Plurinacional. Consideraremos, más adelante, cómo el rol de las autoridades IOC en su defensa y aplicación del pluralismo jurídico podrían contribuir a la superación de las barreras al acceso a la justicia y, en turno, brindar un nuevo contenido al derecho. Por ahora, cabe señalar que las autoridades IOC consideraron que el hecho de no haberlos tomado en cuenta para la organización de la Cumbre merma la posibilidad de solucionar la profunda crisis por la que atraviesa desde hace tiempo la jurisdicción ordinaria.

5.1.2 La cooperación internacional en el marco del Derecho de acceso a la Justicia

Junto a las acciones desplegadas por el Estado Plurinacional de Bolivia para ampliar el margen de acceso a la justicia, se ha desarrollado el Programa de Fortalecimiento de la Independencia del Sistema de Justicia en Bolivia que actuó durante 2012 y 2013 por iniciativa de organismos internacionales como el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y la Unión Europea mediante la Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo.

En adelante, revisaremos en qué medida este programa contempló el derecho de acceso a la justicia como requisito para la mejora del sistema de justicia, qué medidas y acciones se previeron para tal efecto y qué áreas y jurisdicciones del mismo sistema fueron contempladas, esto es, ¿hasta qué punto la Jurisdicción Indígena Originaria Campesina es articulada por el Estado en el marco de las políticas públicas y, además, de qué manera?

5.1.2.1 Programa de Fortalecimiento de la Independencia del Sistema Judicial

Este programa fue presentado por la Oficina de Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACNUDH) y la Unión Europea (UE) mediante la Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo (AECID). La finalidad era coadyuvar al Estado boliviano en el fortalecimiento de las instituciones de justicia para cumplir las normas y estándares internacionales de derechos humanos, independencia judicial, transparencia insti-

tucional y acceso a la justicia en el marco de la CPE⁹⁵ en un plazo de 18 meses con un apoyo de 1.3 millones de euros proporcionado por la Unión Europea (UE).⁹⁶ En palabras de Ana Sánchez, jurista de la Agencia Nacional Española y directora del programa, el objetivo era "reforzar el progreso alcanzado en la lucha contra la impunidad, la creación de un entorno libre de corrupción y el acceso a la justicia en todo el territorio nacional boliviano".⁹⁷

Así pues, desde 2012 el Programa consistió en la organización y desarrollo de diversos talleres, foros y seminarios internacionales para el intercambio de experiencias que sirvieran, como marco de referencia para magistrados y otros miembros del Órgano Judicial (Tribunal Supremo, Constitucional y Agroambiental), el Consejo de la Magistratura, el Ministerio Público y el Ministerio de Justicia para la redacción de reglamentos y normas de organización interna y funcionamiento de las instituciones judiciales. El programa se desarrolló en tres áreas: Capacitación, Fortalecimiento Institucional y Promoción de Relaciones Internacionales.⁹⁸

Después de un año, las instituciones judiciales bolivianas avalaron la eficacia del Programa con base en la actualización de los conocimientos e intercambio de saberes y experiencias con los otros países, de tal suerte que se logró reforzar la lucha contra la impunidad, contra la corrupción y por un efectivo acceso a la justicia en Bolivia.⁹⁹ Finalmente, el 10 de marzo de 2014 se firmó en Sucre un Memorándum de Entendimiento por parte del gobierno y los representantes de las instituciones judiciales con el Grupo Europeo de Justicia y Naciones Unidas que busca dar continuidad a la transformación del sistema judicial boliviano.¹⁰⁰ Según señaló la directora del programa, Ana Sánchez, fueron tres los parámetros bajo los cuales se desarrolló

95 "Programa de la Unión Europea para el Fortalecimiento a la Independencia del Sistema Judicial de Bolivia". Ministerio de Justicia, OACNUDH y AECID. 104 páginas. Disponible en <http://www.aecid.bo/portal/wp-content/uploads/2014/06/MEMORIA-MAQUETADO.pdf>, consultado el 3 de mayo de 2016.

96 "Fortalecimiento del sistema judicial. Programa de la Unión Europea y la Cooperación Española". En Sociedad que inspira, 23 de octubre de 2014. Consultado en http://www.sociedadqueinspira.com/noticia/27/933-fortalecimiento_del_sistema_judicial/1-fortalecimiento_del_sistema_judicial, el 3 de mayo de 2016.

97 "El gobierno y la justicia de Bolivia refuerzan su cooperación internacional". En Agencia Española para la Cooperación Internacional para el Desarrollo, 11 de marzo de 2014. Consultado en http://www.aecid.es/ES/Paginas/Sala%20de%20Prensa/Noticias/2014/2014_03/2014-03-11-Justicia-Bolivia.aspx el 1 de mayo de 2016.

98 Al final, el programa tuvo una duración de un año y el monto del costo del mismo ascendió €450.000 se realizaron trece seminarios internacionales, dos foros internacionales, dos encuentros iberoamericanos, 31 talleres y seis visitas institucionales de delegaciones judiciales bolivianas al extranjero en el que participaron más de 1600 magistrados, jueces y expertos jurídicos bolivianos.

99 Resultado de dicho Programa ha sido la firma de acuerdos y convenios con organismos e instituciones internacionales para la colaboración en materia judicial, como fue el tratado con la Corte Interamericana de Derechos Humanos durante la visita en Costa Rica.

100 Dicho Memorándum compromete la creación de una "Mesa Sectorial de Diálogo y trabajo coordinado en el ámbito de la Justicia", la cual estará compuesta por representantes de la UE (compuesto por Alemania, Dinamarca, España, Suecia y la delegación de la UE en Bolivia), Suiza y el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) a fin de consolidar la independencia del sistema judicial boliviano y su respeto a las normas y estándares internacionales en materia de Derechos Humanos; "Programa de la Unión Europea...", *óp. Cit.*, p. 100.

el programa: 1) La contribución a la mejora de las capacidades técnicas de los magistrados electos respecto a las normas y estándares del derecho internacional, de DDHH y de la CPE; 2) el fortalecimiento de las instituciones del sistema judicial boliviano mejorando su capacidad de cumplimiento con los estándares internacionales respecto a DDHH, independencia judicial, transparencia y acceso a la justicia; y 3) El impulso del diálogo de la reforma judicial boliviana en retrospectiva con experiencias de la región y del marco internacional. Mientras que el programa muestra claramente la presencia importante de mecanismos de cooperación internacional y la influencia de los estándares de la CIDH respecto al Derecho, cabe destacar la falta de convocatoria para representantes de la JIOC.

6. Barreras del acceso a la justicia desde la mirada del pluralismo jurídico a partir de la CPE de 2009

En 2009 la Comisión IDH hizo un informe para darle seguimiento a las recomendaciones efectuadas por la Comisión de 2007, señalando que había avances por parte del Gobierno en priorizar políticas públicas y programas para avanzar en una agenda de derechos humanos en Bolivia.¹⁰¹ Sin embargo, la Comisión observó dificultades en el acceso a la justicia desde dos perspectivas: a) en el acceso de los pueblos indígena originario campesinos al sistema ordinario de justicia; y b) en el reconocimiento de sus derechos colectivos y la JIOC.¹⁰² Desde entonces, se pueden ver esfuerzos significativos para superar dichas dificultades a partir de la promulgación de leyes, políticas públicas y jurisprudencias, los cuales hemos analizado en las secciones anteriores.

No obstante, la situación actual del respeto a las jurisdicciones de los PyNIOC sigue siendo preocupante. En su último informe, el Defensor del Pueblo, Rolando Villena Villegas, declaró que “están siendo objeto de un sistemático mecanismo de descrédito y estigmatización, cooperación de sus organizaciones naturales e implementación de estrategias prebendales que no aportan a su desarrollo bajo su propias visiones... sancionada por nuestra Constitución”.¹⁰³

En el ámbito ordinario, hay amplio consenso social sobre la continua crisis en el sistema de justicia; situación que fue discutida con profundidad durante la Cumbre Nacional. Se señalaron algunos obstáculos, entre otros, para el acceso a la justicia: el abrumador crecimiento de la población carcelaria –de los 7 mil en el año 2007 a los más de 13 mil actuales, cifra

101 CIDH, Informe de seguimiento– *acceso a la Justicia e inclusión social: el camino hacia el fortalecimiento de la democracia en Bolivia*, OEA/Ser.L/V/II.135, Doc. 40, de fecha 07/08/2009.

102 Ibid., D, 177-191

103 Defensoría del Pueblo (2016), p. 4.

razonablemente estable desde el año 2012 debido, principalmente, a indultos dictados por el gobierno—¹⁰⁴ y la dramática proporción de población detenida preventivamente sin sentencia, que actualmente es del 69%¹⁰⁵, la cual muestra una evidente situación de denegación masiva del derecho de acceso a la justicia.¹⁰⁶

El estado actual de la crisis en el sistema de justicia muestra la vigencia de muchos de los obstáculos de acceso a la justicia a pesar de los esfuerzos y acciones que se han emprendido para su erradicación. Por tal razón, es necesario hacer una evaluación de las principales barreras para el acceso a la justicia desde el enfoque del pluralismo jurídico, partiendo de la falta de mecanismos de coordinación, cooperación y respeto entre las distintas jurisdicciones.

Como hemos señalado, el artículo 10 de la Ley de Deslinde Jurisdiccional limita severamente a la JIOC y no establece niveles concretos de coordinación y cooperación entre las jurisdicciones constitucionalmente reconocidas, lo que ha sido criticado por varios actores de los PyNIOC, analistas académicos y cuerpos de derechos humanos.¹⁰⁷ El ámbito de aplicación establecido a partir de materias, como se hace en la jurisdicción ordinaria, reproduce numerosas barreras del acceso a la justicia. La parcelación de la naturaleza de los conflictos por materias no tiene lugar en las jurisdicciones IOC, pues, acorde con su visión de mundo, lo jurídico es asumido de forma integral; esa integralidad establece la base fundamental de los usos, costumbres y procedimientos propios de los PyNIOC.¹⁰⁸

En la Comunidad Coniri,¹⁰⁹ la separación del conflicto por el tipo de materias ha constituido el obstáculo principal para el acceso a la justicia por más de una década. En mayo del 2006, las familias Quispe y Calani fueron amenazadas, golpeadas y torturadas por miembros de la familia Pillco, vecinos de la comunidad, quienes luego tomaron posesión de sus tierras, despo-

104 Según los datos estadísticos de la Dirección de Régimen Penitenciario, en 2012 el número de presos era de 13.654; en 2013, 14.761; en 2014, 14.587; y en noviembre de 2015, 13.200, entre sentenciados y detenidos preventivos, datos disponible a: http://www.la-razon.com/seguridad_nacional/pesar-indulto-numero-presos-solo_0_2385361527.html

105 <http://www.defensoria.gob.bo/archivos/PRESOSSINSENTENCIA.pdf>.

106 <http://www.defensoria.gob.bo/archivos/PRESOSSINSENTENCIA.pdf>.

107 Ver por ejemplo Conversatorio Asamblea de La Paz, del pueblo Tacana, 2016; Pedro Velasco Rojas (2014), *Etnografía de los mecanismos de coordinación y cooperación interjurisdiccional. Un estudio de Antropología del Derecho*, La Paz, THOA/UMSA; CERD/C/BOL/17-20 (2011), “Recomendaciones del Comité de las Naciones Unidas para la Eliminación de la Discriminación Racial. El mismo Encuentro de la JIOC realizado en Sucre el 2 de junio de 2016 ha demandado la necesidad de derogación de dicha Ley.

108 Tribunal Constitucional Plurinacional, ST/UC/Inf.No. 11/2014, “Informe Técnico sobre la concepción del derecho propio desde la visión de las Naciones y Pueblos Indígena Originario Campesinos”; ST/UD/Inf.No.010/2014, “Informe técnico sobre la metodología de la Chakana y su aplicación a la ‘Consulta de A.I.O.C.’”.

109 Comunidad perteneciente, perteneciente al Ayllu Jacha Marka Taparcari y Cónдор Apacheta de la Nación Sora del municipio Pazña del departamento de Oruro

jando y expulsando a la familia Quispe de la comunidad.¹¹⁰ En este caso se puede observar que el conflicto está atravesado por la materia penal, la civil y la agroambiental. Las dificultades que una familia indígena campesina originaria boliviana tiene para acceder a la justicia se hicieron evidentes cuando la familia Quispe y Calani gastó casi todos sus recursos para ampliar un proceso de 'Interdicto de Retener la Posesión' contra los Pillco en el Juzgado Agrario de Oruro entre 2007 y 2008¹¹¹. Aunque la juez agroambiental falló a su favor declarando probada la demanda y ordenando a los Pillco de abstenerse de cometer actos perturbatorios contra la posesión de los demandantes, no ofreció garantías para ejercer la sentencia,¹¹² orillando a las familias Quispe y Calani a continuar exigiendo garantías para su seguridad personal a la jurisdicción ordinaria, ya que la familia Pillco los había amenazado de muerte en caso de que intentaran retomar la posesión de sus tierras. Se enfrentaron en numerosas ocasiones con los obstáculos de acceso a la justicia ordinaria: en 2008 se declaró improbadamente la demanda de interdicto de retener la posesión por acusaciones civiles de la familia Pillco. Habiendo transcurrido un año desde el fallo a su favor, los Quispe continuaban sin la posibilidad de recuperar la posesión ni de sus tierras ni de sus casas, impidiéndoles, de este modo, cumplir con la función económica y social que les corresponde como comunarios.^{113 114}

Considerando que el caso aborda procesos internos de la comunidad como también tensiones locales que son el producto de procesos históricos –la reforma agraria de 1953, la privatización de la propiedad, el aumento de conflictos territoriales ligados a contaminación por la minería y la expansión de los cultivos de quinua en la región–¹¹⁵, se pueden apreciar las dificultades que conlleva intentar resolver el caso desde el sistema jurídico ordinario no solo porque opera bajo una lógica distinta a la de la comunidad –la lógica positivista– sino porque, además, se encuentra actualmente en un estado de crisis.

Por estas razones, el sistema integral de la JIOC ofrece no solo mayores posibilidades de acceder a la justicia sino también brinda posibilidades para generar modelos que puedan superar

110 Almeida, Marina, Cynthia Salazar y Blanca Melgarito (2015) "Relatoría. Violación a los derechos en: Conflicto por territorio y despojo en la comunidad Coniri, Ayllu Tapacarí, Jacha Marka Tapacarí Cándor-Apacheta, Provincia Poopó, Oruro", Asociación Nuestramericana de Estudios Interdisciplinarios de la Crítica Jurídica – ANEICJ, México, La Paz, Bolivia.

111 Juzgado Agrario Oruro, sentencia No. 3/2007/ No. 17/07.

112 Ibid.

113 Ibid.

114 Según el testimonio de la familia Quispe y Calani, el abogado contratado de tomar el caso después de la Sentencia de 2007 "se hecho perder" el caso, nunca respondió a sus llamadas y supuestamente fue "comprado" por algunos miembros de la familia Pillco.

115 Para investigaciones sobre el impacto de las industrias mineras y agroindustriales, ver Perrault, Tom (2013), "Dispossession by Accumulation? Mining, Water, and the Nature of Enclosure in the Bolivian Altiplano", *Antipode*, 45 (5): 1050-1069; Jean Gout et al (2014), *Quinua y Territorio: Nuevo Desafíos*, La Paz, VSF – CICDA y Comunidades e Intersalar.

las barreras del derecho ordinario que están profundamente ligadas a procesos históricos, económicos, sociales y legales. Sin embargo, tomando en cuenta que dichos procesos han debilitado la JIOC por los remanentes vigentes de las estructuras coloniales en el sistema político y económico del propio Estado plurinacional,¹¹⁶ en muchos casos las autoridades de los PyNIOC requieren la cooperación y coordinación de funcionarios de las instituciones estatales para garantizar el cumplimiento de sus decisiones y sanciones, por tanto, las autoridades judiciales y administrativas del Estado deben tener la obligatoriedad de prestar su inmediata atención y cooperación a las autoridades de las NyPIOC cuando las soliciten.¹¹⁷ Empero, como observó la Defensoría del Pueblo en los pocos casos en que hubo coordinación y cooperación entre las jurisdicciones, “tienen un proceso lento de implementación por el poco impulso de las autoridades involucradas”¹¹⁸. Como hemos mencionado, en el caso de la Comunidad Coniri, la falta de dichos mecanismos devino en la revocación de la sentencia que se había dictado a su favor. Después de casi ocho años, la familia Quispe no ha tenido un acceso efectivo a la justicia para retornar a su comunidad.

La falta de mecanismos de coordinación y cooperación en este y otros casos parecidos contribuye al debilitamiento de la JIOC –y por tanto, del sistema de justicia en general–, tanto en la competencia misma como en la confianza de los comuneros hacia sus autoridades para resolver casos. Las barreras tradicionales del acceso a la justicia ordinaria, como la escasez de personal judicial y policial, particularmente en áreas rurales, hace que las autoridades no puedan garantizar un efectivo cumplimiento de las resoluciones de sus comunidades ya que incluso corren el riesgo de ser procesados por la justicia ordinaria si toman acciones directas, como ocurrió en el caso Zongo o como, por ejemplo, en la Comunidad Coniri en donde el actuar violento del vecino Pillco no solo ha quedado impune durante más de una década sino que ha respondido a cualquier intento de resolver el caso con amenazas de muerte o de procesos penales contra las autoridades que emitan una resolución en contra su persona.

Por otro lado, en el Programa Nacional de acceso a la Justicia, la creación de Casas de Justicia muestra el intento del Estado por responder a la escasez de personal judicial de apoyo, pero de un modo meramente cuantitativo, sin un proceso de formación y preparación que parta de la base conceptual de pluralismo e interlegalidad, lo cual contribuiría con los mecanismos de coordinación y cooperación en el respeto y reconocimiento de las resoluciones emitidas por la JIOC. En las experiencias obtenidas de las comunidades IOC con quienes

116 Ver por ejemplo, Defensoría del Pueblo (2016).

117 Velasco Rojas (2014).

118 Defensoría del Pueblo (2016), p.192.

hemos colaborado en el proceso de fortalecimiento de su jurisdicción, se ha revelado que la incapacidad de las autoridades para hacer cumplir las resoluciones de su comunidad contribuye a la pérdida gradual de su gobernanza provocando, en algunos casos, provoca la fragmentación y conflicto dentro de las comunidades. Estos casos demuestran que la falta de un enfoque plural e interlegal y, a su vez, de mecanismos para ejercer el pluralismo jurídico reproduce las barreras tradicionales del acceso a la justicia mientras que debilita la legitimidad de los sistemas de cargos. Estas situaciones resultan paradójicas frente a las recomendaciones hechas por la CIDH respecto al reconocimiento de los derechos colectivos como un mecanismo fundamental para superar la crisis del sistema de justicia boliviano.

Además, es necesario analizar cómo los mecanismos de coordinación y cooperación entre las jurisdicciones podría mejorar el acceso a la justicia de los grupos más vulnerados, como las mujeres y los niños, en escenarios donde prevalece la presencia de “excesos”¹¹⁹ tanto en el actuar de los operadores del derecho ordinario como en las autoridades de las IOC, mediante actos que vulneren los derechos humanos de grupos minoritarios al interior de las NyPIOC.¹²⁰ Tales excesos pocas veces son llevados al sistema ordinario por la presión de las autoridades y familiares locales, por la falta de recursos para acceder a la justicia ordinaria,¹²¹ o bien, porque existe la experiencia otros excesos ejercidos desde la justicia ordinaria.

Por ejemplo, en la SCP 1422/2012, tuvo lugar la aplicación de la cosmovisión de la comunidad Poroma, específicamente el principio de *ch'uwanchar* –término aymara que significa resolver un conflicto, para “volver en el orden el desorden causado por la conducta no adecuada” que implica además en este marco, “encontrar una solución adecuada a los problemas”–, el cual fue utilizado por el TCP para determinar que la resolución que dicta la expulsión de una mujer y su hijo por el delito de robo cometido por su otro hijo no cuenta con dicho principio y, por tanto, se dieron garantías a sus derechos vulnerados.

Por otro lado, como hemos mencionado con relación al marco de la Ley No. 348, algunos delitos graves contra las mujeres de NyPIOC deben ser delegados a la jurisdicción ordinaria; sin embargo, esto podría significar un límite significativo para su acceso a la justicia.¹²²

119 De Sousa Santos, Boaventura (2012), El autor destaca que también existe excesos en la justicia ordinaria, como los de corrupción y violencia.

120 Ver por ejemplo las denuncias y quejas contra autoridades IOC documentados por el Defensoría del Pueblo, “Informe de la Defensoría del Pueblo sobre el ejercicio de los DD.HH. En el Estado Plurinacional de Bolivia y resultados de la gestión 2014, <http://www.defensoria.gob.bo>.

121 Defensoría del Pueblo, 2016.

122 Cabe señalar que para muchas mujeres de las nypioc, los derechos colectivos que se encuentran en sus comunidades y los derechos humanos individuales no se contradicen. En el caso de la organización y las acciones políticas de las Zapa-

Eso fue evidente en el caso de Lisbeth Vargas, dirigente de las Mujeres Campesinas de la Nación Chichas de Tupiza.¹²³ Su caso no solo muestra las barreras tradicionales que enfrenta la población vulnerable sino también un nivel de corrupción político que muestra la falta de autonomía del sistema jurídico de los intereses personales de miembros de los partidos políticos.¹²⁴ En este sentido, el efectivo diálogo entre jurisdicciones con base en el acceso a la información y los servicios, ofrecería a los grupos más vulnerables un efectivo acceso a la justicia.

No obstante, hay que reconocer que la evolución del derecho en Bolivia dentro del marco de pluralismo jurídico e interculturalidad es relativamente nuevo. En ese contexto, algunos casos, como el proceso llevado a cabo por las jurisdicciones de Zongo contra un empresario minero, podrían convertirse en un modelo para mostrar la efectiva realización del derecho. Sin embargo, las experiencias de la Comisión de Justicia también muestran la naturaleza de las barreras vigentes al acceso a la justicia dentro del marco del pluralismo jurídico. Cuando los miembros de la Comisión de Justicia Indígena Originaria Campesina de Zongo exigieron que el juez del Tribunal Departamental de La Paz respetara la resolución emitida por ellos, consistía en la expulsión del empresario, éste solo atinó a responder: “¿Acaso son jueces ustedes?, ¿acaso han estudiado?, ¿acaso alguien les ha posesionado?”, mostrando no solo una falta de respeto hacia su cargo de autoridades IOC, sino además una grave falta de conocimiento sobre la igualdad jerárquica reconocida por la CPE actual, evidente también por las respuestas de los funcionarios del Estado que rechazaron sus demandas en cada instancia.¹²⁵

Además, las experiencias del caso muestran la reiterada discriminación de una “cultura jurídica dominante”¹²⁶ frente a los NyPIOC. Ese hecho fue observado también por el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial de las Naciones Unidas, que también expresa su “preocupación por la falta de claridad en la Ley de Deslinde Jurisdiccional respecto de los niveles y mecanismos de coordinación y cooperación” entre jurisdicciones y que en la práctica “existen sectores de la población que continúan atravesando dificultades para acceder a la

tistas en México, la antropóloga Shannon Speed (2008) ha mostrado cómo las mujeres indígenas luchan por ejercer sus derechos colectivos frente al Estado pero también articulan la importancia de sus derechos humanos para dar forma de la gobernanza de sus comunidades indígenas, la cual siempre es dinámica y fluida frente a las demandas actuales del pueblo, *Rights in Rebellion: Indigenous Struggle and Human Rights in Chiapas*, Stanford, Stanford University Press.

123 Su testimonio fue entregado al Senado Nacional de Bolivia para la elaboración de la Ley No. 348, ver el relato correspondiente, Vargas Pérez, Lizbeth (2014), *Acoso y violencia. Uso y abuso del poder politiqueros avasallan y violan en anguirria de poder MAS, Bolivia, Ediciones Qhanañchawi*.

124 Necesito ubicar los documentos para citar mejor su caso.

125 Ver Pachaguayá, Pedro, and Juan Carlos Marcani, 2016.

126 De Sousa Santos, 2012.

justicia, por las dificultades de acceso al recurso judicial en casos de delitos relacionados a la discriminación racial".¹²⁷

7. Conclusiones: consideraciones respecto a un posible marco de referencia del derecho del acceso a la Justicia

En el análisis de las jurisprudencias de la JIOC contenidas en la presente investigación, hemos podido corroborar que la administración de justicia y el acceso a la misma se corresponden no solo con los principios constitucionales sino, incluso, con los estándares internacionales, particularmente el acceso a la justicia efectiva, pronta, oportuna, transparente y sin dilaciones. La interpretación de los derechos fundamentales está regida por principios contenidos en los pactos internacionales de derechos humanos que forman parte del bloque de constitucionalidad, que brinda al TCP el control normativo de constitucionalidad y demuestra una influencia importante del sistema interamericano. El nuevo escenario de pluralismo jurídico en Bolivia, establecido formalmente con la promulgación de la CPE en 2009, amplió el margen de posibilidades de superar muchos de los obstáculos al acceso a la justicia que históricamente han existido y siguen vigentes. En particular, consideramos que el reconocimiento de la igualdad jerárquica entre las jurisdicciones ha cambiado radicalmente el acervo común del derecho a nivel nacional, y merece un análisis más profundo sobre sus implicaciones potenciales al brindar de nuevo contenido al derecho a nivel regional.

El proceso mediante el cual el Estado boliviano busca realizar una reforma al sistema de justicia se ha tornado complejo, pero con avances significativos. Las interpretaciones que los tribunales han hecho en la resolución de casos interlegales concretos amplía el margen de acceso a la justicia dentro del marco del pluralismo jurídico. En este escenario, se entiende el derecho no únicamente como el acceso del individuo a la justicia ordinaria, sino más bien como el derecho de todos los ciudadanos y sujetos colectivos – como titulares jurídicos– a acceder a la justicia en cualquiera de las jurisdicciones definidas por el Estado plurinacional, incluido el sistema de Justicia Indígena Originario Campesino.

El establecimiento de una función judicial única compuesta por las cuatro jurisdicciones ha ampliado significativamente el margen de acceso a la justicia tanto en el ámbito normativo, competencial y/o tutelar. Como hemos analizado, el caso de Zongo representa un hito en el sistema jurídico boliviano por el reconocimiento de la validez constitucional de las normati-

127 CERD/C/63/CO/2 parr. 17.

vas emitidas por la JIOC y su competencia jurídica sobre una empresa minera dentro de su jurisdicción.

Asimismo, las diversas interpretaciones que ha realizado el TCP con el aporte de la Secretaría Técnica y Descolonización en la resolución de conflicto de competencias, muestra la incorporación y aplicación de las diversas cosmovisiones y prácticas de las NyPIOC en el seno del Estado Plurinacional. No se puede subestimar el aporte de la plurinacionalidad, la igualdad jerárquica y la interlegalidad al contenido del derecho de acceso a la justicia respecto de un posible marco de referencia para futuras políticas destinadas a fortalecer su efectiva aplicación. Es decir, tanto la jurisprudencia como las políticas públicas propias de las NyPIOC abren un nuevo espacio de análisis sobre la situación actual del acceso a la justicia

Ciertamente los remanentes de las estructuras coloniales sobre las modernas estructuras de organización política y de mediación entre Estado y Sociedad Civil obstaculizan un avance más eficaz en torno a la ampliación del margen de acceso a la justicia y, sin duda, muchos de los obstáculos relacionados con el acceso a la justicia se mantienen y tienen efecto mayormente en las poblaciones indígena originaria campesinas. Como hemos mencionado, prevalece la idea de que Bolivia atraviesa por un rezago en la impartición de justicia; sin embargo, las políticas públicas desplegadas para resolver dicha situación se limitan a medidas cuantitativas y burocráticas más que a medidas del tipo cualitativo. Es decir, las políticas públicas analizadas en esta investigación están en función de incrementar el número de instituciones, de jueces, de ministerios y de medios de formación para la carrera judicial, sin observar las condiciones bajo las cuales la JIOC participa, o no, del entramado judicial plurinacional y, por tanto, de los aportes que estas prácticas jurídicas puedan significar para el sistema judicial en conjunto.

Además, nuestro análisis ha mostrado ciertos avances y retrasos en la producción de normativas con respecto al acceso a la justicia plural. Considerando que es relativamente pronto para hacer un diagnóstico más acabado –en tanto que la promulgación de la CPE tiene cerca de siete años– sí podemos señalar como desafío pendiente la sistematización de los casos concretos para analizar su aporte al acervo jurídico y discutir, de manera profunda, la convergencia o divergencia con las interpretaciones de la CIDH.

En el caso de la Ley de Deslinde Jurisdiccional, podemos ver su aplicación en los casos de conflicto de competencia entre jurisdicciones. En el caso de Zongo, en la SCP 0874/2014 se aplicó parcialmente la Ley, otorgando a las autoridades IOC su competencia para superar el Art. 10, lo que ha sido criticado por varias personas y organizaciones. Este caso muestra la posibilidad de superar algunos obstáculos en torno al acceso a la justicia desde un nivel normativo en la

aplicación del pluralismo jurídico en ámbitos y prácticas contrastantes. En otras palabras, la producción de normativas que limitan el acceso a la justicia en el escenario del pluralismo jurídico, como lo es la Ley de Deslinde, aunque preocupante, no es insuperable.

Eso fue evidente, también, en otro caso, cuando las autoridades originarias de la Marka Quila, de la nación Qhara, presentaron una acción popular de inconstitucionalidad al TCP de Bolivia para interpelar dos artículos del Decreto 29215 de la Ley del Instituto Nacional de Reforma Agraria (INRA), que exigen la personería jurídica para el trámite de demanda de territorios indígenas. El TCP resolvió revocar la resolución 001/2015 del INRA y notificar al presidente del Estado Plurinacional para la depuración de las normas que contradicen la Constitución Política del Estado. El proceso jurídico en sí –que involucraba una amplia variedad de prácticas que iban desde analizar sus derechos dentro del bloque de constitucionalidad hasta pedir sus títulos coloniales de los archivos en España– sirvió como una forma de capacitación invaluable para las autoridades. Desde entonces, se ha formado un Tribunal de JIOC en la capital judicial de Sucre, donde se lleva a cabo peritajes judiciales para fortalecer la JIOC. Cabe señalar que han adoptado la estrategia desarrollada en el caso contra la ley INRA para empezar el proceso de acción de inconstitucionalidad abstracta en contra de la ley de deslinde jurisdiccional, como conclusión principal de la Cumbre de la Justicia Indígena Originaria Campesina Plurinacional que se llevó a cabo en el septiembre de este año.

A pesar de ciertos desafíos, el nuevo contenido del derecho de acceso a la justicia emergente a partir de la CPE de 2009 en Bolivia establece un marco de referencia para futuras políticas destinadas a fortalecer el derecho en su contexto plurinacional e interlegal. Con relación a las barreras visibilizadas desde el enfoque del pluralismo jurídico, como la falta de mecanismos de coordinación y cooperación entre jurisdicciones y la vigencia de estructuras de discriminación judicial entre ellas, consideramos pertinente enfatizar la relevancia de una adecuada formación de funcionarios judiciales –tantos estatales como IOCs– para dar lugar a una interpretación y aplicación del derecho con verdadero carácter plurinacional.

El desafío no es menor, considerando que dicho escenario es relativamente nuevo y la mayoría de puestos judiciales ya son ocupados por funcionarios formados en los contextos previos a la plurinacionalidad. En ese sentido, es necesario reconsiderar cómo se puede generar capacitación y formación interlegal en las carreras de derecho de tal modo que los funcionarios sean capaces de tomar en cuenta el aporte de la JIOC. Hasta ahora, el Estado no ha considerado su aporte en el diseño e implementación de políticas públicas, a pesar de que el concepto de interlegalidad ha sido elaborado por las interpretaciones del TCP y, por otro lado, de que

las políticas públicas vigentes no parecen responder a los obstáculos del acceso a la justicia de manera efectiva.

En la propuesta que hizo la Justicia IOC para la Cumbre Judicial, podemos ver cómo la perspectiva del pluralismo jurídico como marco teórico para analizar la situación actual del acceso a la justicia generó una serie de planteamientos innovadores. Cabe destacar tres puntos planteados por los representantes de las diferentes NyPIOC como recomendaciones para un derecho común a nivel nacional e internacional: i) la necesidad de crear un plan preventivo de la justicia; ii) poner en práctica una justicia restaurativa; y iii) recuperar el principio de “servicio a la sociedad” en la administración de justicia. Lo novedoso de estas propuestas es su contenido, basado en las prácticas de la JIOC como modelo para mejorar el acceso a la justicia, no solo para el fortalecimiento de la JIOC sino también para una reforma radical al sistema ordinario, que responda adecuadamente a las necesidades jurídicas de todos los ciudadanos, en especial en aquellas áreas urbanas con altos índices de migración rural.

La aplicación de dichas propuestas interlegales implicaría investigaciones a fondo de estos conceptos, en colaboración con las autoridades IOC y su integración en instituciones judiciales en todos los niveles –desde las Casas de Justicia como en la sub gobernación– como lo muestra el ejemplo de la Secretaría Técnica y Descolonización en el TCP. De esta manera, se podría reconceptualizar el derecho, a pesar de los procesos iniciados con el nuevo escenario del pluralismo jurídico, éste sigue siendo entendido como un mero servicio ofrecido por las instituciones formales y que, por tanto, depende de la cobertura y/o carga procesal de la justicia oficial. Por el contrario, pensar el derecho como una labor conjunta entre todos los ciudadanos y sujetos colectivos y las instancias propias de cada jurisdicción significaría un importante avance en el proceso de ampliación del margen de acceso a la justicia que actualmente tiene lugar en Bolivia.

El acceso a la justicia en el Perú y su relación con los estándares del SIDH: barreras, desafíos y propuestas

Saulo Galicia Vidal¹ / Amanda Mujica Coronado²

Resumen

Esta investigación tiene como objetivo elaborar un diagnóstico sobre el estado actual del acceso a la justicia en el Perú y contrastar tales resultados con los estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Se presenta la discusión que existe sobre la relación entre acceso, debido proceso y tutela jurisdiccional efectiva, y la postura adoptada por el Tribunal Constitucional. Se postula que dicha concepción condiciona el desarrollo de las políticas públicas en el Perú y de las dimensiones de dicho derecho. Además, se realiza un recuento de las políticas y medidas institucionales para un mejor acceso a la justicia. Por último, se brindan conclusiones del caso peruano para la construcción de un acervo regional en materia de acceso a la justicia.

1. Introducción

Han pasado más de 30 años desde que Mauro Cappelletti y Bryant Garth resaltaran el rol fundamental del derecho al acceso a la justicia: un derecho que condiciona severamente el goce del resto de derechos fundamentales de los ciudadanos³.

1 Bachiller en Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Adjunto de Docencia de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Correo electrónico: saulogalicia9@gmail.com - sgalicia@puccp.pe

2 Miembro del Grupo de Investigación de Derecho Constitucional y Derechos Fundamentales de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Estudiante de último Ciclo de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Correo electrónico: aamujicaco@gmail.com - aamujica@puccp.pe

3 Garth, Bryant y Cappelletti, Mauro (1978), "Access to Justice: The Newest Wave in the Worldwide Movement to Make Rights Effective", *Buffalo Law Review*, vol. 72. Versión en español: Cappelletti, Mauro y Garth, Bryant (1996), *El acceso a la justicia. La tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivos los derechos*, Ciudad de México, Fondo de Cultura Económica, p. 13.

A pesar de ello –y de su amplio reconocimiento en varios convenios internacionales y en normas constitucionales–, la lucha por un efectivo acceso a la justicia sigue siendo una tarea pendiente. Basta ver los continuos pronunciamientos de los organismos internacionales, los planes de derechos humanos de distintos países y el desarrollo de la literatura sobre el tema para notar que la efectividad de dicho derecho sigue siendo un objetivo no alcanzado en su plenitud.

El Perú, un país con un altísimo grado de desigualdad, no es ajeno a dicha realidad. En una sociedad con un sector mayoritario de la población dentro del umbral de la pobreza, con una cultura que perpetúa discriminaciones por género, origen étnico y social entre otros aspectos, no se puede pensar que el reto será sencillo.

Siendo ello así, resulta válido preguntarse: ¿Qué se entiende realmente por acceso a la justicia en el Perú? ¿Qué contenido y características se le ha otorgado a dicho derecho? ¿Qué medidas se han tomado para lograr su plena efectividad? Y si lo planteado anteriormente, va en concordancia con los estándares internacionales sobre acceso a la justicia.

Son estas las preguntas que guían la presente investigación. Buscamos describir y analizar el desarrollo del derecho al acceso a la justicia en el Perú: la construcción de su contenido y características, los estándares que se han fijado jurisprudencialmente, las políticas públicas planteadas para concretizar dicho derecho (así como la efectividad de las mismas), las variables sociales que influyen en las decisiones de los operadores jurídicos y si, en todo caso, lo desarrollado en el Perú es concordante con los estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Nuestra hipótesis es que la concepción tradicional del acceso a la justicia imperante en el Perú (que lo identifica con el acceso a los órganos jurisdiccionales) ha postergado el desarrollo del resto de dimensiones que deberían componer dicho derecho. De esta manera, los esfuerzos (sobre todo, las políticas públicas) por el acceso a la justicia se ven condicionados por el concepto que se maneja de tal derecho, impidiendo su plena efectividad.

Sin perjuicio de ello, a la hora de desarrollar los estándares de este derecho (englobado según la posición tradicional peruana en la tutela jurisdiccional efectiva), la jurisprudencia sí ha recogido y desarrollado los mismos estándares manejados por el SIDH, sobre todo en la parte pertinente a las garantías procesales. En ese sentido, por lo menos para los que ya acceden al sistema de justicia (o quienes se supone que sí lo hacen), se observa que existen determinadas garantías (apoyadas por la jurisprudencia constitucional y ordinaria) durante el proceso.

Esta situación nos lleva a que, por lo menos en un aspecto formal-procesal, la jurisprudencia constitucional peruana es consonante con los estándares del SIDH. Sin embargo, la construcción conceptual del acceso a la justicia en el Perú, condiciona la forma de concretización de dicho derecho, lo cual sí afectaría en alguna medida su consonancia con el objetivo establecido por el SIDH.

En una primera instancia, explicaremos el dilema conceptual que existe alrededor del derecho al acceso a la justicia en el Perú, producto del reconocimiento constitucional del debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva y de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional. En segundo lugar, veremos cómo este dilema condiciona el contenido y características que se le han asignado para luego pasar a explicar las medidas (políticas públicas) que se han adoptado para materializar dicho derecho. Por último, presentaremos un contraste entre los postulados teóricos que se persiguen y la realidad peruana.

2. Diagnóstico del acceso a la justicia en el Perú

En este capítulo describiremos el dilema conceptual planteado en torno al derecho de acceso a la justicia en el Perú, a raíz de sus orígenes históricos, su reconocimiento constitucional y jurisprudencial y la tradición jurídica peruana. Veremos, además, las consecuencias prácticas que derivan de dicho dilema y mostraremos cómo dicha concepción condiciona las políticas públicas para lograr un acceso a la justicia efectivo.

2.1 El dilema conceptual: una controversia con fuertes consecuencias prácticas

El derecho de acceso a la justicia ha sido objeto de un debate doctrinario bastante extenso en el Perú. En la actualidad, este debate pareciera estar cerrado a raíz de la postura del Tribunal Constitucional (aceptada también por la Corte Suprema). Sin embargo, como mostraremos a lo largo de este capítulo, el ámbito institucional del Poder Judicial sigue una visión mucho más amplia del derecho de acceso a la justicia (compartiendo la postura proveniente de la sociología jurídica).

2. 1. 1. Los orígenes históricos del acceso a la justicia en el Perú

En el Perú, el concepto de acceso a la justicia ha transitado por sucesivas etapas. La primera Constitución Política de 1823 estableció dos normas que prefijaban las formas judiciales⁴ para llevar a cabo los procesos. Sin embargo, no hacía mención expresa del derecho al acceso a la justicia, del debido proceso ni la tutela jurisdiccional.

Posteriormente, las Constituciones de 1826, 1828⁵, 1834⁶, 1920 y 1933 consagraron las primeras normas vinculadas a manifestaciones del acceso a la justicia, debido proceso y tutela jurisdiccional efectiva, pero sin regularlos expresamente.

En ese sentido, la Constitución peruana de 1979 si bien no hacía mención expresa ni al acceso a la justicia ni a los derechos del debido proceso y tutela jurisdiccional efectiva (los cuales suelen ser relacionados⁷), del Título I referido a los derechos y deberes fundamentales de la persona se interpretó, de modo sistemático dentro del capítulo sobre las Garantías Constitucionales de la Administración de Justicia⁸, que existían ciertas garantías constitucionales y legales dentro de los procesos.

Es recién hasta finales de 1991 que la falta de nominación de los derechos relacionados con el acceso a la justicia fue subsanada por primera vez por la Ley Orgánica del Poder Judicial⁹; ya que dicha ley consagró expresamente el debido proceso, la tutela jurisdiccional efectiva y el acceso a la administración de justicia como un deber del Estado.

En el mismo año, el Código Procesal Civil peruano señala tanto el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva como al debido proceso¹⁰. Además, debemos destacar que en el mismo cuerpo normativo se define de manera tradicional el acceso a la justicia como el servicio de justicia gratuito que debe un servicio brindado por el Estado¹¹.

4 Artículo 106 de la Constitución Política del Perú de 1823. En Enrique Chipoco Tovar. Constituciones Políticas del Perú. 1822 - 1979. Lima: 1989. Presidencia Cámara de Diputados del Perú, pp.19.

5 Artículo 125 de la Constitución Política del Perú de 1828.

6 Artículo 123 de la Constitución Política del Perú de 1834.

7 Priori, Giovanni (2009), “La efectiva tutela jurisdiccional de las situaciones jurídicas materiales: hacia una necesaria reivindicación de los fines del proceso”. Derecho Procesal Civil. Estudios, Giovanni Priori (coord.), Lima, Jurista Editores, pp. 69-70.

8 Artículo 232 de la Constitución Política del Perú de 1979.

9 El Decreto Legislativo 767 se aprobó el 29 de noviembre de 1991.

10 Artículo I del Título Preliminar del Código Procesal Civil de 1992.

11 Artículo VIII del Título Preliminar del Código Procesal Civil de 1992.

Así, podemos desprender que fue hasta 1993 que el acceso a la justicia fue reconocido, en alguna medida, en el ordenamiento constitucional. En efecto, es con la Constitución Política del Perú de 1993 que se introducen dos conceptos que condicionarían drásticamente la forma de enfrentar el problema del acceso a la justicia: el derecho al *debido proceso* y a la *tutela jurisdiccional efectiva*¹².

Nótese dos puntos centrales en función a lo regulado en la Constitución: (i) no hay una alusión directa al derecho de acceso a la justicia y (ii) se mencionan dos conceptos complejos sin establecer su relación.

Ahora bien, el Código Procesal Constitucional (del año 2004), por su parte, señaló en su artículo 4 que la "*tutela procesal efectiva (...) comprende el acceso a la justicia y el debido proceso*". Esta fue la primera vez que una norma (que desarrolla contenido constitucional) brinda una forma de relación entre los conceptos en juego. Sin embargo, tal instrumento normativo no especificó concretamente el contenido de cada derecho.

Ello generó que la doctrina nacional y la jurisprudencia tuvieran que brindar definiciones y propuestas de relación entre el debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva y evaluar cómo es que estos derechos se vinculan con el de acceso a la justicia.

2. 1. 2. El debate doctrinal peruano sobre el concepto y contenido del acceso a la justicia

Como se verá más adelante, la postura adoptada por el Tribunal Constitucional coincide con uno de los modelos elaborados por la doctrina. Por ello, resulta relevante entender y analizar cuáles fueron las alternativas planteadas en torno a la relación entre acceso a la justicia, debido proceso y tutela jurisdiccional efectiva. Las propuestas, naturalmente, no fueron pacíficas.

Antes de explicar cómo se plantearon las interpretaciones de los derechos en mención, queremos señalar que esta discusión fue abordada de forma diferente dependiendo de la rama del Derecho desde donde los autores se aproximaron. Por ejemplo, desde los autores más cercanos al constitucionalismo y procesalistas (sobretudo, de influencia romano-germánica) se presentaron visiones que se centraban más en el debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva.

12 Artículo 139, numeral 3 de la Constitución Política del Perú de 1993.

En cambio, los autores más cercanos a la sociología jurídica (y a la escuela del realismo jurídico o *legal realism*) se centraron en rescatar una definición mucho más amplia del acceso a la justicia.

Habiendo hecho esta precisión, se podrá entender mejor cómo se plantearon las siguientes alternativas:

- i. *La tutela jurisdiccional efectiva, en tanto derecho de contenido complejo, engloba al debido proceso.* En este punto, la tutela jurisdiccional comprendería tres manifestaciones: (i) acceder a los órganos jurisdiccionales; (ii) un proceso con garantías mínimas (esta sería la posición del debido proceso); y (iii) efectividad en las resoluciones judiciales¹³. Para esta postura, el derecho de acceso a la justicia se ubicaría en la primera manifestación y se suele llamar “acceso a los órganos jurisdiccionales”.

Quienes plantearon esta interpretación son esencialmente procesalistas y constitucionalistas¹⁴. Esta ha sido denominada también una *concepción tradicional* del acceso a la justicia¹⁵.

Gráfico N° 1



- ii. *La tutela jurisdiccional efectiva y el debido proceso son dos conceptos similares, pues buscan garantizar determinados derechos durante el proceso y la actividad jurisdiccional.* En

13 Cabe resaltar que para el profesor Giovanni Priori la tutela jurisdiccional efectiva tendría una cuarta manifestación: el derecho a obtener una resolución que ponga fin al proceso. Dicha manifestación se desprende de la tercera señalada, pues la efectividad de resoluciones judiciales implica, naturalmente, la necesidad de una resolución previa. Véase: Priori, Giovanni, 2009, 86-88.

14 Es el caso de los siguientes trabajos: Ibíd.; Monroy, Juan (1996) *Introducción al derecho procesal civil*, Bogotá, Temis - De Belaunde y Monroy Abogados, pp. 245 y ss.; Eguiguren, Francisco (1999), "La inejecución de sentencias por incumplimiento de entidades estatales. Algunas propuestas de solución", *Revista Lus Et Veritas*, N° 18, pp. 96-107; Landa, Cesar (2012), *El derecho al debido proceso en la jurisprudencia: Corte Suprema de la República del Perú - Tribunal Constitucional del Perú -Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Lima, Academia de la Magistratura, pp. 15 y ss.; entre otros.

15 La Rosa, Javier (2007), "Acceso a la Justicia: elementos para incorporar un enfoque integral de política pública", acceso a la Justicia en el Mundo Rural, Javier la Rosa (coord.), Lima, Instituto de Defensa Legal, p. 34.

ese sentido, tanto la tutela como el debido proceso tendrían, a fin de cuentas, el mismo contenido. Esta postura tuvo arraigo entre constitucionalistas¹⁶.

Gráfico N° 2



iii. *Existe un orden secuencial entre la tutela jurisdiccional efectiva y el debido proceso.* Primero se requiere de la tutela jurisdiccional para acceder al sistema de justicia y, luego, un proceso con garantías (debido proceso). En este caso se limita el concepto de tutela jurisdiccional al acceso a los órganos jurisdiccionales y se da autonomía al debido proceso¹⁷.

Como se podrá ver, no se menciona explícitamente al derecho de acceso a la justicia. Una opción para salvar ese punto en este esquema consistiría en considerar al acceso a la justicia dentro de la fase preliminar de la tutela jurisdiccional efectiva. La otra lectura que explica este modelo sería recordar que, al final, la Constitución de 1993 no reconoce explícitamente el derecho de acceso a la justicia, razón por la cual no habría necesidad de darle un contenido autónomo propio.

Gráfico N° 3



iv. *El acceso a la justicia es el concepto genérico que abarca dentro de él a la tutela jurisdiccional efectiva y al debido proceso.* Quienes plantean esta postura parten de reconocer que el acceso a la justicia es un derecho que traspasa las fronteras de la jurisdicción tradicional y se

16 Rubio, Marcial (1999) *Estudios de la Constitución Política del Perú de 1993*, tomo 5, Lima, PUCP, p. 49.

17 Espinosa-Saldaña, Eloy (2000), "El debido proceso en el ordenamiento jurídico peruano y sus alcances en función a los aportes hechos por nuestra Corte Suprema sobre el particular", Cuadernos Jurisdiccionales. Asociación No Hay Derecho, Lima, Ediciones Legales.

concretiza con distintos mecanismos de solución de conflictos eficaces, siempre que sean respetuosos de los derechos fundamentales, dentro de los que se encuentra el reconocimiento y promoción de la justicia comunal y los mecanismos alternativos de solución de conflictos¹⁸.

Quienes comparten esta postura lindan entre el constitucionalismo y una visión sociológica del derecho (pudiéndose centrar en lo que tiempo atrás se denominó el realismo jurídico). Esta ha sido denominada una *concepción integral* del acceso a la justicia.

Gráfico N° 4



Como se podrá observar, la discusión sobre el contenido del derecho de acceso a la justicia y su relación con los derechos al debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva fue extenso y ampliamente discutido.

De la revisión realizada en esta investigación, se observó que los diálogos se han presentado por lo general entre los autores de los tres primeros enfoques, sin embargo, la cuarta propuesta (concepción integral del acceso a la justicia) no ha sido tomada en cuenta por aquellos.

En este punto sería conveniente resaltar que, independientemente de la tradición que cada autor siga, debería existir un espacio de diálogo entre los académicos interesados en estudiar el acceso a la justicia en nuestro país, de tal manera que se puedan analizar y evaluar las consecuencias de adoptar una u otra postura.

Ahora bien, luego de describir los modelos más influyentes de la doctrina peruana, queda analizar si es que la jurisprudencia adoptó una de las mencionadas o si, en todo caso, optó por plantear una visión propia.

18 Los trabajos de: La Rosa, Javier (2007), 28. Lovatón, David (2009), "Experiencias de acceso a la justicia en América Latina", Revista IIDH, N° 50, pp. 25-26; y, Ortiz, Iván (2014), *El derecho fundamental del acceso a la justicia y las barreras de acceso en poblaciones urbanas pobres en el Perú*, Tesis para optar el grado académico de Magister en Derecho Constitucional, PUCP.

2. 1. 3 La construcción conceptual del acceso a la justicia en la jurisprudencia peruana y su relación con el debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva.

En cuanto al Tribunal Constitucional peruano (en adelante, TC), encontramos que dicho órgano ha optado mayoritariamente por el primer enfoque planteado, esto es, considerar a la tutela jurisdiccional efectiva como el derecho genérico, dentro del cual se incluyen las tres manifestaciones: acceso a los órganos jurisdiccionales, procesos con garantías mínimas y la efectividad de las resoluciones judiciales¹⁹ (denominado "concepción tradicional del acceso a la justicia"). Cabe plantear una precisión: cuando se tiene que definir el derecho de tutela jurisdiccional efectiva, el TC ha preferido centrarse en la primera y última manifestación: acceso a jurisdicción (o al sistema jurisdiccional) y efectividad y dejar un campo especial para las garantías procesales mínimas concretizadas en el debido proceso.

De esta manera, el TC ha señalado que *"la tutela judicial efectiva es un derecho constitucional de naturaleza procesal en virtud del cual toda persona o sujeto justiciable puede acceder a los órganos jurisdiccionales, independientemente del tipo de pretensión formulada y de la eventual legitimidad que pueda, o no, acompañarle a su petitorio. En un sentido extensivo, la tutela judicial efectiva permite también que lo que ha sido decidido judicialmente mediante una sentencia, resulte eficazmente cumplido"*²⁰.

Como hemos señalado, esta formulación se replica en distintos pronunciamientos, lo que permite concluir que el TC peruano considera al derecho a la tutela jurisdiccional efectiva como uno de contenido complejo y que, por tanto, engloba al acceso a la justicia (y por extensión, al debido proceso y a la efectividad de las resoluciones judiciales).

Ahora bien, ¿por qué es que el TC adopta esta postura y no, por ejemplo, los otros modelos descritos en este punto? Para contestar ello, habría que hacer una salvedad. En un pronunciamiento, el TC equiparó los contenidos de tutela jurisdiccional efectiva con el de acceso a la justicia²¹. Sin embargo, esa forma de definir a la tutela jurisdiccional efectiva fue aislada, dado que los posteriores pronunciamientos continuaron adoptando la postura tradicional del acceso a la justicia.

19 TC, Expedientes N° 1230-2002-HC/TC de fecha 13/06/2013, 8123-2005-PHC/TC de fecha 14/11/2015 y 075-2004-AA/TC de fecha 5/05/2004, entre otras.

20 TC, Expediente N° 763-2005-AA/TC de fecha 13/04/2005

21 TC, Expediente N° 10-2012-AI/TC de fecha 3/01/2003. Se señala textualmente: *"Un planteamiento en contrario conllevaría la vulneración del derecho a la tutela jurisdiccional o derecho de acceso a la justicia reconocido por el artículo 139, inciso 3), de la Constitución."*

Así las cosas, consideramos que una primera explicación a la adopción de esta postura por parte del TC peruano radica en un factor ya señalado en este trabajo: el Código Procesal Constitucional en su artículo 4, al fijar que la "*tutela procesal efectiva (...) comprende el acceso a la justicia y el debido proceso*". El TC estaría siguiendo, entonces, las líneas que el mismo Código Procesal Constitucional ha fijado: la tutela jurisdiccional (o tutela procesal, siguiendo la literalidad de la norma) es el derecho genérico que engloba al acceso a la justicia y al debido proceso. Con esas pautas, resulta comprensible que la judicatura constitucional siga este modelo tradicional del acceso a la justicia.

Una segunda explicación a la adopción realizada por el TC consiste en la tradición jurídica que imperaría en el Perú: la romano-germánica, de donde proviene el concepto de tutela jurisdiccional.

Sin embargo, a pesar de dicha tradición, nuestro ordenamiento no solo recoge la tutela jurisdiccional efectiva, sino, el debido proceso (de origen anglosajón: *due process of law*), lo que fue advertido y criticado por algunos autores²².

Sin perjuicio de dicha crítica, lo cierto es que en la actualidad el TC mantiene sólidamente la postura descrita: la tutela jurisdiccional es un derecho de contenido complejo, integrando el acceso a la justicia y el debido proceso.

Dicho esto, ¿cuál es el contenido concreto que la judicatura constitucional ha asignado a la tutela, que, como hemos visto, es el eje central según el Tribunal?

Pues en la parte de acceso, es decir, en la fase preliminar de la tutela, se suele emplear el término "acceso a los órganos jurisdiccionales" o acceso del justiciable a los mecanismos procesales²³. Es más, rara vez se emplea solamente "acceso a la justicia".

Con cargo a desarrollar posteriormente los estándares fijados para concretizar esa primera manifestación del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, es necesario resaltar que el TC sí fija la necesidad de que el Estado elimine las barreras que pudieran existir para que los ciudadanos puedan acceder a dichos órganos jurisdiccionales²⁴.

22 Entre ellos: Priori, Giovanni (2009), 69.

23 TC, Expediente N° 763-2005-AA/TC de fecha 13/04/2005.

24 TC, Expediente N° 1230-2002-HC/TC de fecha 13/06/2013.

Con respecto a las garantías procesales, el TC ha desarrollado los siguientes derechos, enmarcándolos todos dentro del derecho al debido proceso (esta es una lista de los más resaltantes, en el siguiente punto se describirá detenidamente los estándares fijados en esta materia):

- v. a la defensa²⁵;
- vi. a la prueba²⁶;
- vii. a un juez natural²⁷;
- viii. a un juez imparcial²⁸;
- ix. a la motivación²⁹;
- x. a la pluralidad de instancia³⁰;
- xi. a ser juzgado dentro de un plazo razonable³¹; y
- xii. al acceso a recursos³².

Con relación a la efectividad de las resoluciones judiciales (la tercera y última dimensión de la tutela jurisdiccional efectiva) tal como hemos citado al iniciar este punto, el TC hace énfasis en que la tutela no solo implica el derecho a acceder a los órganos judiciales, sino, que exista una resolución sobre el fondo (que ponga fin al proceso) y que dicha decisión sea efectiva en la realidad. Ello ha generado que se fije, adicionalmente, algunas reglas para poder lograr la consecución de dicho objetivo (como se verá en el punto respectivo).

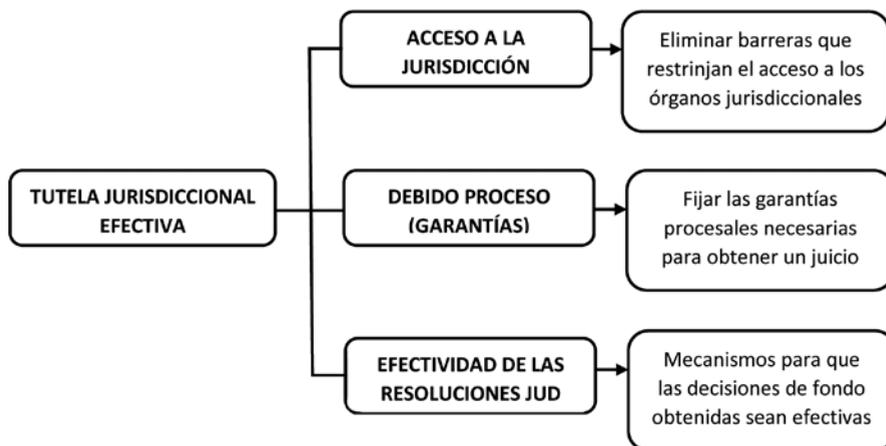
Cabe recordar que la Constitución peruana no hace una mención expresa a la "efectividad" de la tutela jurisdiccional, sin embargo, varios autores y el mismo TC han rescatado que esa omisión no debe ser tomada en cuenta literalmente, dado que *"un proceso solo puede considerarse realmente correcto y justo cuando alcance sus resultados de manera oportuna y efectiva"*³³.

A modo de resumen, lo explicado en este punto puede ser resumido de la siguiente forma:

-
- 25 TC, Expediente N° 08280-2006-AA/TC de fecha 28/04/2008.
 - 26 TC, Expediente N° 06712-2005-HC/TC de fecha 17/10/2015.
 - 27 TC, Expediente N° 00802-2012-PHC/TC de fecha 5/06/2012.
 - 28 TC, Expediente N° 00654-2007-AA/TC de fecha 10/07/2007.
 - 29 TC, Expediente N° 3891-2011-PA/TC de fecha 16/01/2012.
 - 30 TC, Expediente N° 4235-2010-PHC/TC de fecha 11/08/2011.
 - 31 TC, Expediente N° 00295-2012-PHC/TC de fecha 14/05/2015.
 - 32 TC, Expediente N° 1243-2008-HC/TC de fecha 1/09/08.
 - 33 Landa, César (2012), 93.

Gráfico N° 4

Construcción Conceptual de la Tutela Jurisdiccional Efectiva del TC peruano³⁴



Con relación a los órganos jurisdiccionales de la Corte Suprema, sus pronunciamientos no han ido en un camino diferente a los del TC. Así, sucesivas Sentencias³⁵ reconocen a la tutela jurisdiccional efectiva como el derecho central y al acceso a la justicia (en una faceta del acceso a órganos jurisdiccionales) y debido proceso como una de sus manifestaciones.

Sin embargo, como veremos en el siguiente punto, los órganos encargados de la elaboración de políticas públicas del Poder Judicial sí han acogido una definición más amplia del acceso a la justicia, difiriendo en alguna medida de lo que el TC peruano ha establecido.

2. 1. 4 La recepción de la construcción jurisprudencial en las otras Instituciones Públicas: Ministerio de Justicia y Poder Judicial

¿Cómo fue recibida la construcción que el TC peruano realizó sobre la tutela jurisdiccional efectiva, el debido proceso y el acceso a la justicia en las principales Instituciones Públicas involucradas en esta materia?

34 Realizado sobre la base de las Sentencias analizadas y las interpretaciones encontradas.

35 Véase por todas: Corte Suprema, Expediente N° 061189-2011 Lima de fecha 18/07/2013 por todas.

Como es común en el resto de los países, las políticas públicas sobre el acceso a la justicia están a cargo del Poder Ejecutivo, en concreto, del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Sin perjuicio de ello, el Poder Judicial, mediante órganos de línea, también emite lineamientos y políticas para lograr un acceso efectivo a la justicia. Es por ello que analizaremos cómo es que tal construcción conceptual fue recibida en estos dos espacios públicos.

Con respecto al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos del Perú (en adelante, MJDH), ente encargado del diseño y ejecución de las políticas para el acceso a la justicia ha recogido, la concepción tradicional que maneja el TC peruano.

En un Manual elaborado por el MJDH, en la parte de desarrollo del marco teórico, se observa claramente cómo es que se adopta la postura del TC peruano (denominada por la doctrina, como *concepción tradicional*) al señalar que el derecho de acceso a la justicia *"es el que permite a los ciudadanos entrar y recorrer, en pie de igualdad, todos los ámbitos de los sistemas de justicia, de ahí que junto al debido proceso forme parte del contenido esencial del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva"*³⁶.

Asimismo, en su página institucional, se señala que la Dirección General de Defensa Pública y acceso a la Justicia es la institución *"encargada de garantizar la **tutela judicial efectiva** del derecho constitucional a la defensa, labor de vital importancia para fortalecer el estado democrático y de derecho"*³⁷ (el énfasis es nuestro).

Como se podrá observar, el MJDH adopta la construcción conceptual del TC: aquella que posiciona el concepto de tutela jurisdiccional efectiva como el eje central y al acceso a la justicia y el debido proceso como una de sus manifestaciones.

Por lo cual, el acceso a la justicia se sigue planteando como la primera manifestación de la tutela judicial efectiva: la que permite que los ciudadanos puedan acceder a los órganos jurisdiccionales o mecanismos judiciales. Por ello, la gran mayoría de medidas del Plan Nacional de Derechos Humanos 2014-2016 del MJDH apuntan hacia *"Consolidar los mecanismos de acceso a la justicia y solución pacífica de conflictos entre particulares"*³⁸.

Ahora bien, en cuanto al Poder Judicial, observamos que se ha ido desarrollando una línea relativamente disidente a la jurisprudencia del TC peruano.

36 Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (2014), *Manual sobre estándares jurisprudenciales en acceso a la justicia y debido proceso en el Perú*. Lima, serie Estándares en Derechos Humanos, N° 1, p. 32.

37 Consulta realizada el 5 de junio de 2016.
[Http://www.minjus.gob.pe/defensapublica/interna.php?Comando=101](http://www.minjus.gob.pe/defensapublica/interna.php?Comando=101)

38 Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (2014), *Plan Nacional de Derechos Humanos 2014-2016*. Lima, MJDH, p. 57.

Por un lado, encontramos que el Poder Judicial tiene un órgano de línea que se encarga de desarrollar la integración entre el sistema judicial tradicional y los mecanismos de resolución de conflictos indígenas o de pueblos originarios. Así, esta institución cuenta con la Oficina Nacional de Justicia de Paz y Justicia Indígena (en adelante, ONAJUP).

Esta entidad tiene tres líneas definidas de trabajo³⁹:

- i. Justicia de Paz: diseño y ejecución de actividades para el fortalecimiento y consolidación de los juzgados de paz en el Perú.
- ii. Justicia Comunal: se dedica al desarrollo de programas de capacitación e integración de los derechos de los pueblos indígenas, así como establecer las líneas de acción para la creación de juzgados interculturales.
- iii. Justicia Ordinaria: desarrolla políticas de coordinación con la justicia ordinaria para difundir el enfoque intercultural y el pluralismo jurídico dentro de la toma de decisiones judiciales.

En el marco de esas líneas de trabajo, en el año 2015 se emitió el Protocolo de Atención y Orientación con Enfoque Intercultural dirigido a Funcionarios del Sistema Estatal de Justicia. Este documento está dirigido a establecer las pautas que deben seguir los funcionarios públicos del sistema de justicia a la hora de atender casos relacionados a los derechos de los pueblos indígenas u originarios.

Dentro de dicho Protocolo se regulan una serie de principios. Uno de ellos es el del *principio de acceso a la justicia diferenciada*, el cual es definido de la siguiente manera: *“Toda persona, atendiendo a su diferencia cultural, tiene la libertad de solicitar a cualquier autoridad pública el reconocimiento de algún derecho o la intervención en algún conflicto en que se encuentre involucrada y cuya resolución sea además de justa, equitativa, oportuna y eficaz”*⁴⁰.

Como se podrá observar, la definición que la ONAJUP plantea de acceso a la justicia es una mucho más amplia que la presentada por el TC y acogida por el MJDH. De acuerdo al referido Protocolo, el acceso a la justicia permite que cualquier ciudadano pueda solicitar al Estado el reconocimiento de los derechos o que esta intervenga para la resolución de conflictos en los que se esté involucrado.

39 Información obtenida de la página web institucional de la ONAJUP. Consulta realizada el 5 de junio de 2016. Disponible en: <http://www.onajup.gob.pe>

40 Protocolo de Atención y Orientación con Enfoque Intercultural dirigido a Funcionarios del Sistema Estatal de Justicia de la ONAJUP (2015). Disponible en: <http://www.onajup.gob.pe/wp-content/uploads/2015/09/Protocolo-Orientaci%C3%b3n-y-Asistencia-Legal-Texto-Final-aprobado-CEPJ.pdf>

Por otro lado, recientemente se ha aprobado el Plan Nacional de acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad – Poder Judicial del Perú 2016 – 2021.

El referido Plan tiene como objetivo integrar los diversos esfuerzos que se han ido realizando para efectivizar el acceso a la justicia de poblaciones en condición de vulnerabilidad, para coordinar tales iniciativas dentro de un lineamiento articulado y que posteriormente sea medible de cara a evaluar la efectividad de sus actividades.

Dentro de las novedades que trae este Plan, se encuentra la adopción de un enfoque de acceso a la justicia mucho más amplio que el desarrollado por el TC peruano. De esta manera, en la parte pertinente a la definición de acceso a la justicia se señala lo siguiente:

*“El acceso a la justicia es el derecho de las personas, sin distinción de sexo, raza, ideología política o creencias religiosas, a **obtener una respuesta satisfactoria a sus necesidades jurídicas**. Ello implica la evaluación de los obstáculos estructurales y de las barreras legales de acceso a la justicia que afectan a las personas en condición de vulnerabilidad.*

*En consecuencia, la noción de acceso a la justicia **no está referida exclusivamente al acceso a los tribunales estatales**, o al derecho a la **tutela jurisdiccional efectiva** y al servicio de justicia que brinda el Estado.⁴¹” (énfasis agregado).*

Esta definición trasciende rotundamente la *concepción tradicional* del acceso a la justicia que hemos estado describiendo en esta última parte y que ha sido recogida por el TC peruano. Al contrario, encajar dentro de la *concepción integral* descrita en el punto 2.1.2 de este trabajo: aquella referida al acceso a la justicia como el concepto central de la materia y que permite integrar el debido proceso, pero, además, cualquier otro mecanismo efectivo de solución de conflictos, independientemente de la intervención de la autoridad jurisdiccional específica.

A pesar que la Corte Suprema (del Poder Judicial) como órgano jurisdiccional sigue la postura del TC peruano sobre la relación entre tutela judicial efectiva, debido proceso y acceso a la justicia, los órganos encargados de elaborar las políticas públicas del mismo Poder Judicial manejan un concepto mucho más amplio del acceso a la justicia y que correspondería a otro tipo de postura doctrinaria (*concepción integral*).

Habiendo hecho este recuento, presentaremos las conclusiones preliminares que se puede extraer sobre el concepto de acceso a la justicia.

41 Plan Nacional de acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad - Poder Judicial del Perú 2016 – 2021, pp. 13-14.

2. 1. 5 Conclusiones sobre el concepto de acceso a la justicia en el Perú

¿Qué conclusiones podemos extraer a partir de lo presentado? La *concepción tradicional* del acceso a la justicia (enmarcado como "acceso a los órganos jurisdiccionales" y como una dimensión de la tutela jurisdiccional) es la imperante en la jurisprudencia peruana y la mayoría de las instituciones públicas encargadas del diseño y elaboración de las políticas públicas para lograr su efectividad, salvo el caso de los órganos elaboradores de políticas públicas del Poder Judicial.

De esta manera, el Tribunal Constitucional, los órganos jurisdiccionales de la Corte Suprema y el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos del Perú comparten una posición similar sobre el acceso a la justicia: este es un derecho que, enmarcado dentro de la tutela jurisdiccional efectiva, implica el acceso al sistema de justicia tradicional u órganos jurisdiccionales.

Por su parte, los órganos encargados de la elaboración de las políticas públicas del Poder Judicial han diferido de esta concepción, recogiendo una definición mucho más amplia (concepción integral) del acceso a la justicia: este es un derecho que implica la posibilidad que los ciudadanos puedan obtener una respuesta favorable a sus necesidades jurídicas, sin que ello involucre, necesariamente, la participación de las autoridades tradicionales del sistema de justicia. Esta definición abandona, claramente, la concepción tradicional que parte desde la doctrina mayoritaria peruana y es recogida por el Tribunal Constitucional peruano.

Sin embargo, este "cambio de postura" que experimenta el Poder Judicial peruano es relativamente reciente⁴², por lo que sus impactos todavía no pueden ser medibles. De esta manera, el análisis que se hace en este trabajo tiene como referencia a la concepción tradicional del acceso a la justicia como la imperante a la hora de la elaboración de medidas y políticas para la consecución de dicho derecho. Por cierto, esto último no es errado, toda vez que quienes elaboraron los estándares (TC y Corte Suprema), así como las políticas públicas (MJDH) comparten, hasta lo que se ha podido registrar, tal concepción tradicional.

Ahora bien, desde nuestro punto de vista, el imperio de la *concepción tradicional* del acceso a la justicia podría condicionar, en alguna medida, las políticas públicas para el acceso a la justicia efectivo.

42 El Plan Nacional de acceso a la Justicia para Personas en Condición de Vulnerabilidad recién fue aprobado durante este año.

Así, para la judicatura y para una opción mayoritaria de la doctrina peruana la tutela jurisdiccional es el centro de atención de las medidas para que los ciudadanos puedan resolver sus conflictos jurídicos. Ello genera que las políticas públicas tendrán como punto de partida lo "jurisdiccional", es decir, el sistema de justicia tradicional.

Por lo tanto, ¿hacia dónde apuntarán los esfuerzos estatales para lograr un "mejor" acceso a la justicia? Naturalmente, hacia reformar el Poder Judicial, dotarle de mayores recursos y buscar mejorar su calidad. Ello, en principio, no es errado. ¿Cómo se podría estar en contra de mejorar el sistema de servicio judicial estatal?

El problema que observamos en este punto consiste en que con esta concepción tradicional se está dejando de lado un hecho fundamental: existen otros mecanismos para solucionar conflictos jurídicos que pueden ser igual o más eficaces que el sistema judicial tradicional. Estos son la administración de justicia comunal (o justicia indígena) y los mecanismos alternativos de solución de conflictos (en adelante, MASC). Lo anterior ha sido advertido de manera similar por algunos autores como La Rosa y De Belaunde⁴³.

Sin perjuicio de ello, consideramos que la concepción tradicional genera una segunda consecuencia de similar grado de relevancia que la primera. El hecho de identificar al acceso a la justicia con el "acceso a los órganos jurisdiccionales o a los tribunales"⁴⁴ genera que el foco de atención sea, por lo general, esa primera dimensión. Relegando el desarrollo de las demás dimensiones (proceso con garantías mínimas y efectividad de las resoluciones judiciales).

Si bien es cierto estas tres dimensiones son interdependientes y siguen un preciso orden secuencial, esto es, para que exista un proceso con garantías debería uno poder primero acceder al sistema y para que haya resoluciones eficaces éstas deberían basarse en un proceso previo; no deja de ser cierto que una reforma integral de la justicia (y no solo del sistema) debe enfocarse en todas las dimensiones del derecho.

De esta manera, esta segunda conclusión explica por qué es que inclusive quienes han planteado una visión *integral* del acceso a la justicia (cuarta postura) centran sus críticas, esfuerzos y propuestas generalmente en eliminar las barreras para acceder a la justicia y no necesariamente en propuestas relacionadas a evaluar qué garantías mínimas deberían existir en procesos judiciales o en los MASC que ellos mismos proponen o medidas para dar efectividad

43 La Rosa, Javier (2007), 28-29. De Belaunde, Javier (2006), *La reforma procesal del sistema de justicia ¿En el camino correcto? Breve balance de su situación actual y de los retos pendientes*, Lima, Fundación Konrad Adenauer e Instituto Peruano de Economía Social de Mercado, 32 y ss.

44 Los términos empleados en las sentencias citadas suelen ser: acceso a los tribunales de justicia, acceso a la jurisdicción o a órganos jurisdiccionales.

a las resoluciones judiciales. Ésta más bien ha sido tarea de la judicatura (sobre todo constitucional), pero pensada justamente para el ejercicio común de la función jurisdiccional.

Como se podrá observar, la concepción tradicional del acceso a la justicia considerada como una manifestación inicial de la tutela jurisdiccional efectiva genera dos consecuencias de enorme relevancia para el desarrollo de políticas públicas y medidas para lograr su efectividad: (i) se ha centrado generalmente en mejorar lo “jurisdiccional” y (ii) se ha enfocado en la primera faceta del acceso (o tutela, si se quiere), lo cual posterga en alguna medida las demás dimensiones.

Un punto adicional que se observa en este análisis es que el reciente esfuerzo del Poder Judicial peruano para lograr un acceso efectivo a la justicia se centra, principalmente, en mejorar las condiciones para las personas en condición de vulnerabilidad mediante la integración de las políticas públicas hasta el momento realizadas (y que serán descritas en el siguiente punto) y el desarrollo de otras. Esto tiene como punto de partida una serie de colectivos que, debido a las condiciones particulares que enfrentan, tienen más dificultades para ejercer su derecho de acceso a la justicia.

Consideramos que esta premisa puede traer consigo una consecuencia pocas veces advertida por quienes participan constantemente en la discusión sobre esta materia. El eliminar las barreras para el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad no va a mejorar, de forma automática, la posibilidad de satisfacer las necesidades jurídicas de esta población. Lo que eventualmente sucederá, si no se cambia de visión hacia una postura integral del acceso a la justicia, es que eliminando las barreras advertidas, estos colectivos accederán al mismo sistema de justicia que quienes no son parte de estos grupos ya enfrentan.

¿Este sistema de justicia es el ideal? En lo absoluto. Los problemas del acceso a la justicia no son exclusivos de las personas en condición de vulnerabilidad, sino de toda la ciudadanía en general. Si solo nos enfocamos en eliminar las barreras que los colectivos enfrentan, se corre el riesgo de dejar de lado el problema mayor: el sistema de justicia tradicional no está cumpliendo con su principal objetivo.

Por ejemplo, con eliminar los costos de las tasas o aranceles judiciales para que las personas en condición de pobreza puedan acceder libremente a los órganos jurisdiccionales (medida importante sin duda alguna) no implica que el proceso que estas personas enfrenten durará menos de 5 años o que cuando obtengan una sentencia esta no pueda ser realmente efectiva.

El punto que queremos advertir es que cuando se analiza el acceso a la justicia, es adecuado tener en cuenta que existen ciertos colectivos que enfrentan particulares problemas para ejercer este derecho, sin embargo, existen problemas generales (como analizaremos posteriormente) que no deberían dejar de ser tomados en consideración. Por lo tanto, cuando se elaboren o diseñen políticas públicas para mejorar el acceso a la justicia en el Perú, a la par con eliminar las barreras que estos colectivos actualmente tienen, se debe seguir pensando en formas alternativas y creativas para resolver los problemas generales que este derecho enfrenta.

Habiendo hecho esta última precisión, veamos en el siguiente punto cómo se han plasmado los estándares para cada dimensión (acceso, proceso y ejecución o efectividad) y cómo es que el condicionamiento de la concepción tradicional advertido se manifiesta en el diseño y ejecución de las políticas públicas.

2.2 La materialización del acceso a la justicia en el Perú: estándares y políticas para lograr su efectividad

En este punto, analizaremos cómo se plasman los estándares para lograr un acceso a la justicia o tutela jurisdiccional efectiva (dependiendo de la concepción por la que se opte) desde las tres dimensiones del derecho. En primer lugar, se verán los estándares jurisprudenciales y, luego, se reseñarán las políticas públicas de cada dimensión.

2.2.1 acceso en sentido estricto: la fase preliminar del acceso a la justicia

Denominamos esta primera dimensión como “acceso en sentido estricto” para diferenciarlo del concepto integral de “acceso a la justicia”. De esta manera, esta es la fase preliminar del derecho, aquella que permite acceder no solo a los órganos jurisdiccionales, sino a cualquier método o mecanismo que permita solucionar conflictos de índole jurídico.

A. Estándares

De manera genérica, el TC peruano ha establecido un primer estándar: el acceso en sentido estricto implicaría *“la garantía de que los ciudadanos puedan acceder a los órganos jurisdiccionales para que se resuelva una situación jurídica, conflicto de derechos o presentación de recamos en un proceso judicial”*⁴⁵.

45 TC, Expediente N° 3063-2009-AA/TC de fecha 10/08/2009.

Como consecuencia de ello, un segundo estándar que recoge el TC es la imposibilidad de rechazar, de forma automática, las demandas de los ciudadanos. El rechazo “liminar” es restringido, y solo procede en casos de manifiesta causal de improcedencia⁴⁶. Lo que permite que las demandas puedan tener, en su mayoría, sentencias de fondo que resuelvan sus conflictos. La limitación inicial de este derecho solo podrá basarse, entonces, en cuestiones procesales pero fundadas en fines legítimos (capacidad procesal, legitimación procesal, capacidad para obrar, entre otras).

Asimismo, el TC ha establecido que las normas que impidan revisar cuestiones jurídicas (sobre todo, de graves violaciones de derechos humanos) son inconstitucionales, por vulnerar el derecho de acceso a la justicia. Así, en el caso de las leyes de amnistía para exculpar a los responsables del asesinato en el caso Barrios Altos, estas fueron declaradas ilegítimas toda vez que impedían investigar y juzgar a los responsables de dicho suceso⁴⁷.

Por último, el TC también ha reconocido (a propósito de un caso de reposición laboral), que la primera faceta de la tutela jurisdiccional efectiva (que nosotros estamos denominando acceso en sentido estricto) posibilita *“a las personas –entre otros– el libre e igualitario acceso a la jurisdicción para la tutela de sus derechos y, de esta forma, se debe eliminar todas las barreras que limiten, restrinjan o impidan este acceso libre e igualitario a los órganos jurisdiccionales”*⁴⁸.

En ese sentido, el TC también ha reconocido (como veremos que se señala en el SIDH) esta obligación de eliminar las barreras que restrinjan el acceso en sentido estricto a la justicia.

Nótese, sin embargo, que esta obligación de eliminación está enmarcada en la concepción tradicional del acceso, aquella que solo la limita al “acceso a órganos jurisdiccionales”, lo que corrobora las conclusiones señaladas en el punto 2.1.5 y es que los esfuerzos están dirigidos a eliminar las barreras, pero para que se pueda acceder al sistema tradicional de justicia.

B. Políticas públicas

En la línea de lo anterior, podemos empezar señalando que las políticas públicas en el Perú están destinadas a remover esas barreras que restringen el acceso a la justicia.

46 TC, Expediente N° 5659-2007-AA/TC de fecha 30/11/ 2009.

47 TC, Expediente N° 5350-2009-AA/TC de fecha 10/08/2010.

48 TC, Expediente N° 3072-2006-PA/TC de fecha 27 /02/2008. El mismo criterio se observa en: TC, Expediente N° 1087-2004-AA/TC de fecha 20/10/2004.

Las barreras que impiden el acceso en sentido estricto han sido divididas en tres tipos: institucionales, económicas y sociales⁴⁹.

En cuanto a las institucionales, el primer gran esfuerzo realizado en el Perú fue la implementación de la Comisión Especial para la Reforma Integral de la Administración de Justicia (en adelante, CERIAJUS) instalada en 2003. Esta comisión trabajó un gran proyecto de reforma integral del sistema de justicia peruano. Lamentablemente, como anotaron algunos autores⁵⁰, desde el año 2006 (coincidente con el cambio de gobierno de Toledo a García) se dejaron de implementar las reformas de la CERIAJUS y, al contrario, se crearon nuevas comisiones para evaluar los mismos problemas ya tocados⁵¹.

Las barreras económicas se componen por todos los costos derivados de acceder a la justicia (incluyen no solo los de iniciar un proceso, sino de llevarlo y la asesoría letrada), así también los costos de información para acceder al sistema normativo.

Veamos entonces. En cuanto a los "costos del proceso" (que incluyen las tasas judiciales, costos de asesoría letrada y los "informales"), en el año 2009 La Rosa señaló que para esa fecha existían alrededor de 700 abogados de defensa gratuita.

En el año 2015, el Ministro de Justicia señaló que se convocarían en total 1750 plazas⁵². Si vamos al reporte estadístico de casos atendidos por los abogados de defensa gratuita, encontraremos que se patrocinaron 177,224 casos en el año 2013. En el año 2014, 74,524 casos y 134,657 en el 2015. La progresión puede ser planteada de la siguiente manera:

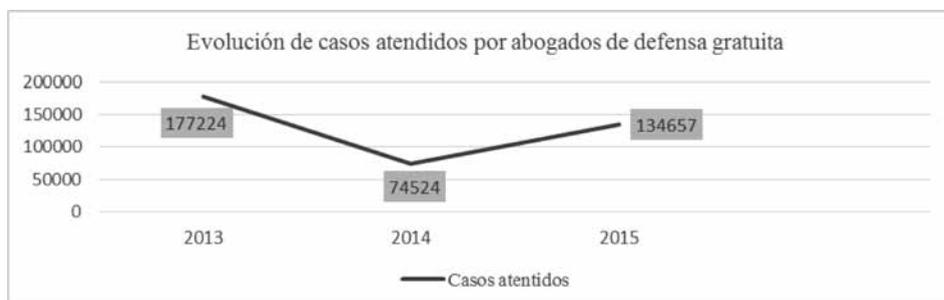
49 La Rosa, Javier (2009), "El acceso a la Justicia como condición para una reforma judicial en serio", Revista Derecho PUCP, N° 62. Lima, PUCP, pp. 120 y ss.

50 Pásara, Luis (2010), Tres claves de la justicia en el Perú. Jueces y Poder en el Perú – Enseñanza del Derecho – Los abogados en la Administración Pública, Lima, PUCP, pp. 194-198; y, Dargent, Eduardo (2006), "Judicial Reform in Perú (1990-2005)", Making Institutions work in Perú, John Crabtree (ed.), London, Institute for the Study of the Americas – University of London, p. 155.

51 Pásara, Luis (2010), 195.

52 <http://www.andina.com.pe/agencia/noticia-casi-300000-peruanos-son-atendidos-abogados-oficio-gratuitos-560702.aspx>

Gráfico N° 6



Fuente: MJDH
Elaboración Propia

No se observa una línea progresiva entre los casos patrocinados ni un aumento considerable desde el año 2013. Inclusive, la cifra de 1,750 abogados de defensa gratuita sigue siendo incipiente para el gran sector de la población peruana que no cuenta con los recursos para acceder a una asesoría letrada de calidad.

En cuanto a los costos derivados del propio proceso (tasas judiciales), vemos que en el 2009 La Rosa reportó que eran 531 los distritos beneficiados por exoneraciones de tasas judiciales por las condiciones económicas de sus ciudadanos. Desde esa fecha, se han declarado 6 distritos más como exonerados de los aranceles judiciales⁵³. En total, son solo 537 los distritos con estas exoneraciones, sin duda una tarea pendiente.

En cuanto a los costos de información del sistema normativo, la situación es complicada toda vez que para acceder al sistema público denominado “Sistema Peruano de Información Jurídica” (en adelante, SPIJ) uno tiene que realizar un pago anual, en el mejor de los casos, de S/. 1,169.09 (345 dólares americanos aproximadamente) y si se desea contar con un servicio para ser usado en cualquier computadora, el precio irá aumentando hasta S/. 9,680.88 (2,854 dólares americanos aproximadamente)⁵⁴.

53 Resoluciones Administrativas N° 171-2012-CE-PJ y N° 003-2016-CE-PJ.

54 Información obtenida del portal web del SPIJ: <http://spij.minjus.gob.pe/suscripcion.html>

Es contradictorio que por un lado se le exija al ciudadano que conozca sus derechos y obligaciones (bajo el principio "el derecho se presume conocido"), pero por otro lado se le impide que tenga acceso libre a dicha información.

También se observa la creación de Centros de Asistencia Legal Gratuita – ALEGRA, constituidos en el 2015. Se brindan servicios de Asistencia Legal Gratuita dirigida principalmente a las personas de escasos recursos económicos o en situación de vulnerabilidad.

Estos Centros, gestionados por la Dirección General de Defensa Pública y acceso a la Justicia del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos – MINJUS, ofrecen gratuitamente los servicios de Defensa Pública de Víctimas, Familia, Civil y Laboral, así como Conciliación Extrajudicial. La idea de implementar esta política pública nació de la concepción de diversos Centros que se han implementado en países de la región tales como "Casa de Dereitos" (Brasil), "Casa de Justicia" (Colombia), "Centros de acceso a la Justicia" (Argentina), etc. Así, el modelo plantea una labor que va más allá del registro de conciliadores para brindarse un servicio integral de asesoría legal. En la actualidad, según el MINJUS el Perú cuenta con 41 Centros ALEGRA a nivel nacional.

En cuanto a las barreras sociales, estas se componen de las lingüísticas, las culturales y las de género.

Las barreras lingüísticas están siendo tratadas de enfrentar con intérpretes de lenguas indígenas y originarias. Lamentablemente, solo existen 25 traductores en todo el país que trabajan con el Poder Judicial como puede observarse en el siguiente cuadro:

Cuadro N° 1
Relación actual de Intérpretes de Lenguas Indígenas u Originarias

Departamento	Lengua	Traductores
Ancash	Quechua	3
Cusco	Matsigenka	1
	Quechua	1
Junin	Quechua	1
Lima	Ashaninka	2
	Awajun	3
	Jaqaru	1
	Quechua chanka	1
	Shipibo	1
	Wampis	2
Loreto	Kichua	1
	Tikuna	1
Puno	Aymara	2
Ucayali	Ashaninka	2
	Shipibo	3
Total: 25		

Fuente: MJDH
 Elaboración Propia

Ciertamente, un número reducido para la cantidad de personas que no hablan castellano o que, en todo caso, no es su lengua materna. Recién en marzo de 2016 el Consejo Nacional de la Magistratura estableció como criterio de selección de magistrados y fiscales el hecho que hablen lenguas indígenas u originarias⁵⁵.

55 Información obtenida del siguiente enlace: <http://rpp.pe/peru/puno/cnm-nombrara-solo-a-jueces-y-fiscales-que-hablen-quechua-y-aymara-noticia-947467>

En relación a las barreras culturales, estas se centran en la falta de reconocimiento de la justicia comunal que, como han señalado varios autores,⁵⁶ pueden ser hasta más efectivas que los sistemas tradicionales de justicia. Si bien hay reconocimiento constitucional de la justicia comunal (art. 149 de la Constitución), se ha advertido que la falta de reglamentación de la norma constitucional viene dificultando seriamente su aplicación.

Una medida para ello ha sido la creación de juzgados interculturales, sin embargo, no hay un plan concreto para la creación de los mismos y se vienen constituyendo de forma esporádica (se registran 2 en Ayacucho y 1 en San Martín).

De esta manera, el reconocimiento y desarrollo de la justicia comunal sigue siendo una tarea pendiente para el Estado peruano.

Por último, en cuanto a la superación de las barreras de género se observa la creación de Centros de Emergencia Mujer, centros dedicados a atender mujeres víctimas de violencia. Sin perjuicio de ello, son varios los autores que siguen cuestionando la forma en la que la Policía Nacional recibe estas denuncias⁵⁷ (Jarís Mujica, Marisol Fernández), lo cual sigue constituyendo una grave barrera de acceso a la justicia.

Mención aparte merece el desarrollo de los MASC por el Ministerio de Justicia. Se observa que este sector tiene una Dirección de Conciliación Extrajudicial y Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos, mediante los cuales brinda asesoría sobre éstos y supervisa el funcionamiento de los Centros de Conciliación Extrajudicial.

Asimismo, se observa según la propia información estadística brindada que este servicio ha logrado 20,020 soluciones mediante este mecanismo en el año 2015⁵⁸. Cifra que debería extenderse para volverse un instrumento efectivo para la mayoría de la población.

2.2.2. Proceso: garantías procesales y su ámbito de aplicación

Sobre la materialización del debido proceso, como hemos señalado en el acápite anterior, el TC ha desarrollado los siguientes derechos: (i) a la defensa; (ii) a la prueba; (iii) a un juez

56 La Rosa, Javier (2009), 125 y Peña, Antonio (2012), "Barreras de acceso a la Justicia, y la Justicia Comunal como Alternativa en el Perú", *Derecho & Sociedad*, N° 38, pp. 360-368.

57 Mujica, Jarís (2010), "Sobre el feminicidio y el monopolio del uso legítimo de la violencia", *Brújula*, N° 20; y, Fernández, Marisol (2006), "Usando el género para criticar el Derecho". *Revista Derecho PUCP*, N° 59, pp. 357 y ss.

58 Información obtenida en:
http://www.minjus.gob.pe/defensapublica/contenido/estadisticas/986_estadistica_anual_dcma_2015.compressed.pdf

natural; (iv) a un juez imparcial; (v) a la motivación; (vi) a la pluralidad de instancia; (vii) a ser juzgado dentro de un plazo razonable; y (viii) al acceso a recursos. En ese sentido, pasaremos a dilucidar los estándares que la jurisprudencia peruana ha establecido para cada derecho nombrado y lo desarrollado en las políticas públicas vigentes relativo a esta dimensión.

A. Estándares

i. Derecho a la defensa:

El TC ha reconocido, en la misma línea que el artículo 139 inciso 14 de la Constitución, que este derecho comprende la prohibición de ocasionar indefensión y el principio de contradicción de los actos procesales que pudieran repercutir en la situación jurídica de algunas de las partes de un proceso o de un tercero con interés⁵⁹.

Asimismo, en virtud del derecho a la defensa en un proceso, ya sea penal, administrativo o parlamentario, el TC ha fijado las siguientes garantías mínimas⁶⁰:

- a. El derecho del inculpado a la comunicación previa y detallada de los cargos que se le imputan⁶¹,
- b. La concesión al imputado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa,
- c. El derecho del inculpado a defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección, así como de comunicarse libre y privadamente con este⁶²,
- d. El principio de igualdad entre las partes o paridad de armas⁶³,
- e. El derecho a contradecir la acusación⁶⁴,

59 TC, Expedientes N°1003-1998-AA/TC 06/05/2002, 06648-2006-HC/TC 14/03/2007, 1147-2012-PA/TC 16/01/2013, 02098-2010-PA/TC 22/06/2011, entre otros.

60 TC, Expediente N°156-2012-PHC-TC de fecha 08/08/2012.

61 TC, Expedientes N° 1941-2002-AA/TC 27/01/2003, 02098-2010-PA/TC 22/06/2011, 8123-2005-PHC/TC 14/11/2005, 4587-2009-PA/TC 4/12/2009, entre otros.

62 TC, Expedientes N° 6260-2005-HC/TC 12/09/2005, 1323-2002-HC/TC 9/07/2002, 2028-2004-HC/TC 5/06/2004, entre otros.

63 TC, Expedientes N° 1425-2008-PHC/TC 24/09/2008, 2028-2004-HC/TC 5/06/2004, 6260-2005-HC/TC 12/09/2005; 1919-2006-HC/TC 16/03/2006.

64 TC, Expedientes N°1014-2007-PHC/TC 5/04/2007, 3987-2010-PHC/TC 02/12/2010, entre otros.

f. El derecho a no autoincriminarse y a guardar silencio⁶⁵.

Cabe resaltar que, la garantía de que los procesados no queden en estado de indefensión se proyecta a lo largo de todo el proceso y, abarca incluso la etapa de investigación judicial o del procedimiento administrativo sancionador⁶⁶.

ii. Derecho a la prueba

El estándar sobre la prueba establece que toda persona tiene derecho a que se admitan y actúen los medios probatorios ofrecidos por los sujetos procesales distintos al juzgador y los valore debidamente, teniéndolos en cuenta en su sentencia o decisión, prescindiendo el resultado de su apreciación⁶⁷.

En esa misma línea, el tribunal ha determinado que no todo aspecto relacionado con el derecho a la prueba es susceptible de ser protegido a través de un proceso constitucional. De esa manera, ha establecido que deberá existir una vulneración del contenido esencial del derecho y ésta debe guardar relación con la afectación de otro derecho fundamental, tal como el derecho a la defensa dentro de un proceso⁶⁸.

iii. Derecho a un juez natural

El tribunal, en reiteradas oportunidades, ha establecido, en primer lugar, que quien juzgue debe ser un juez o un órgano que tenga potestad jurisdiccional garantizándose, así, la interdicción de ser enjuiciado por un juez excepcional; en segundo lugar, que la jurisdicción y competencia del juez sean predeterminadas por la ley, por lo que la asignación de competencia judicial necesariamente debe haberse establecido con anterioridad al inicio del proceso, garantizándose así que nadie pueda ser juzgado por un juez ex post facto o por un juez ad hoc⁶⁹.

65 TC, Expedientes N° 3021-2013-PHC/TC 20/06/2014, 00897-2010-PHC/TC 25/05/2010, 003-2005-PI/TC 9/08/2006, entre otros.

66 TC, Expediente N° 4968-2014-PHC/TC de fecha 4/11/2015.

67 TC, Expedientes N° 6712-2005-HC/TC 17/10/2005, 10-2002-AI/TC 3/01/2003, 00862-2008-PHC/TC 13/10/2009, 02738-2014-PHC/TC 30/07/2015, 3997-2013-PHC/TC 24/11/2015.

68 TC, Expediente N° 1417-2005-AA/TC de fecha 8/07/2005.

69 TC, Expedientes N° 8662-2006-PHC/TC, 1937-2006-HC/TC 30/03/2007, 5761-2009-PHC/TC 13/05/2010, 290-2002-HC/TC, 1013-2002-HC/TC 20/05/2002, 1076-2003-HC/TC 9/06/2003, entre otros.

iv. Derecho a un juez imparcial

El TC ha insistido que el derecho a ser juzgado por un juez imparcial asegura a toda persona sometida a un proceso judicial que no se vea perjudicada por la intromisión o injerencia de sujetos o circunstancias ajenas al caso.

En tal sentido, el derecho a ser juzgado por un juez imparcial garantiza no solo que el juez o el tribunal se encuentre en el plano subjetivo libre de cualquier prejuicio o compromiso personal, sino también que su organización y funcionamiento se encuentren estructurados de tal forma que se excluya cualquier duda legítima al respecto⁷⁰.

Así, el TC ha recordado las dimensiones de la imparcialidad, destacando sus vertientes subjetiva y objetiva. En lo que respecta a la primera, ha sostenido qué tutela al justiciable frente a todo compromiso que pueda tener el juez con los sujetos procesales o, en su defecto, con el resultado del proceso. Se garantiza a todo procesado que el juzgador no tenga ningún tipo de interés en la causa que deba resolver⁷¹.

v. Derecho a la motivación

El TC destaca que se trata de un principio constitucional, implícito en la organización del Estado Democrático, como un tipo de Estado contrario a la idea del poder absoluto o arbitrario. En ese sentido, el poder público está sometido al Derecho, lo que supone que la actuación judicial deberá dar cuenta de esta sujeción a fin de despejar cualquier sospecha de arbitrariedad. Para lograr este objetivo, las decisiones deben contener una adecuada motivación, tanto de los hechos como de la interpretación de las normas o el razonamiento realizado por el funcionario o colegiado, de ser el caso⁷².

Asimismo, ha señalado que: “la falta de motivación interna del razonamiento (defectos internos de la motivación) se presenta en una doble dimensión; por un lado, cuando existe invalidez de una inferencia a partir de las premisas que establece previamente el Juez en su decisión; y, por otro lado, cuando existe incoherencia narrativa. Se trata, en ambos casos, de identificar el ámbito constitucional de la debida motivación mediante el control de los

70 TC, Expedientes N° 06149-2006-PA/TC 11/12/2006, 02568-2011-PHC/TC 9/11/2011, 512-2013-PHC/TC 22/05/2013.

71 TC, Expediente N° 02465-2004-AA/TC de fecha 11/04/2004.

72 TC, Expedientes N° 2192-2004-AA/TC 11/10/2014, 04644-2012-PA/TC 5/03/2013, 4580-2012-PA/TC 11/12/2014, 3323-2012-PA/TC 7/03/2013, entre otros.

argumentos utilizados en la decisión asumida por el juez; sea desde la perspectiva de su corrección lógica o desde su coherencia narrativa⁷³.

vi. Derecho a la pluralidad de instancia

El Tribunal Constitucional tiene expuesto, en uniforme y reiterada jurisprudencia, que se trata de un derecho fundamental que “tiene por objeto garantizar que las personas, naturales o jurídicas, que participen en un proceso judicial tengan la oportunidad de que lo resuelto por un órgano jurisdiccional sea revisado por un órgano superior de la misma naturaleza, siempre que se haya hecho uso de los medios impugnatorios pertinentes, formulados dentro del plazo legal⁷⁴.”

En esa medida, el derecho a la pluralidad de la instancia guarda también conexión estrecha con el derecho fundamental a la defensa, reconocido en el artículo 139°, inciso 14, de la Constitución.

vii. Derecho a ser juzgado en un plazo razonable

El derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable, según los estándares que ha recogido el TC, constituye el derecho a ser parte de un proceso sin dilaciones indebidas, y protege al justiciable de no ser sometido a procesos extremadamente breves⁷⁵.

Establece, además, que para determinar, si en cada caso concreto se ha producido una violación del derecho al plazo razonable del proceso, se ha precisado que se deben evaluar los siguientes criterios: (i) la complejidad del asunto; (ii) la actividad o conducta procesal del interesado; (iii) la conducta de las autoridades judiciales. De esa manera, esos criterios permitirían apreciar si el retraso o dilatación es indebido o no.

Por último, en relación a las consecuencias jurídicas que se generan cuando se constata la violación,⁷⁶ el TC señaló que ello conllevaba a la exclusión del imputado del proceso.

73 TC, Expedientes N° 728-2008-PHC/TC de fecha 13/10/2008.

74 TC, Expedientes N° 1243-2008-PHC/TC 1/09/2008, 2596-2010-PA/TC 11/09/2011, 3261-2005-PA/TC 9/06/2006, 0607-2009-PA/TC 18/03/2010, entre otros.

75 TC, Expedientes N° 00465-2009-PHC/TC 2/06/2009, 3509-2009-PHC/TC 19/10/2009, 5350-2009-PHC/TC 10/08/2010, 00295-2012-PHC/TC 14/05/2015, 350-2013-PHC 06/08/2013, entre otros.

76 TC, Expediente N° 3509-2009-PHC de fecha 19/10/2009.

vii. Derecho al acceso a recursos

A pesar de que el derecho a los recursos o medios impugnatorios no se encuentra reconocido de manera expresa en la Constitución, forma parte del contenido implícito del derecho al debido proceso y constituye una derivación del principio a la pluralidad de instancia⁷⁷.

Este derecho exige que toda persona tenga derecho a recurrir a un juez u órgano tribunal superior, con el fin de que el órgano jurisdiccional superior conozca los fundamentos por los que el recurrente cuestiona la resolución expedida⁷⁸.

Una vez fijados los estándares establecidos por el TC sobre el derecho al debido proceso, resaltamos que, en concordancia con la línea jurisprudencial de la Corte IDH⁷⁹, el tribunal ha dispuesto que la observancia de estos derechos tienen carácter vinculante no solo para los procedimientos judiciales, sino que deben encontrarse en todos los procedimientos que tengan naturaleza administrativa, política, electoral o militar, a fin de que las personas puedan defender sus derechos correctamente.⁸⁰

B. Políticas públicas

En este punto probablemente los mayores esfuerzos son las dos reformas procesales en el ámbito laboral y penal que han buscado introducir la oralidad como eje central del proceso. Ello destinado a reducir considerablemente el tiempo que dura los procesos judiciales.

Se observa por un lado que el nuevo proceso penal aprobado en el año 2004⁸¹ (hace más de 12 años) no se ha terminado de implementar en todos los distritos judiciales (inclusive en Lima, la capital, no se encuentra implementado en su totalidad).

Por su parte, el nuevo proceso laboral⁸² tiene 3 años y medio de vigencia, y todavía no existe un balance sobre su aplicación en este tipo de procesos. Por lo pronto, lo prudente será esperar a un balance serio sobre la materia.

77 TC, Expedientes 3261-2005-PA/TC 8/07/2015, 5108-2008-PA/TC 16/04/2008, 0607-2009-PA/TC 15/03/2010, entre otros.

78 TC, Expedientes 503-2002-AA/TC 7/01/2003, 0616-2003-AA/TC 6/06/2005, entre otros.

79 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de 31 de enero del 2001, recaída en el caso Tribunal Constitucional vs Perú, fundamento jurídico 71, Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá, de fecha 2 de febrero de 2001

80 TC, Expedientes N° 156-2012-PHC-TC 8 /08/2012, 535-2009-PA/TC 19/10/2009, 4232-2004-AA/TC, 02107-2007-PA/TC, 02868-2004-AA/TC, 1873-2009-PA/TC, 0009-2007-PI/TC, 02192-2004-AA/TC.

81 Decreto Legislativo N° 957, Nuevo Código Procesal Penal de 29/07/2004

82 Ley N° 29497, Nueva Ley Procesal del Trabajo de 13/01/2010.

Sin embargo, se observa que en cuanto a las otras ramas: civil, familia, fiscal, etc. no hay propuestas de reforma o medidas que busquen mejorar los tiempos que duran los procesos. La falta de atención a estos puntos refuerza la idea del segundo condicionamiento planteando en el punto 2.1.1: la atención se centra en el acceso a la justicia en sentido estricto.

Nos hemos centrado en las acciones para mejorar tanto la calidad del proceso como el tiempo del mismo, toda vez que los estándares de actuación dentro del proceso han sido desarrollados por el TC de manera coherente y son replicados por la Corte Suprema.

2.2.3 Ejecución o efectividad

En este punto nos referimos a la última dimensión del acceso a la justicia (o tutela, si se quiere): la ejecución o efectividad de las resoluciones judiciales⁸³.

A. Estándares

De acuerdo con lo expresado, se puede apreciar el TC entiende el derecho de acceso a la justicia como parte del contenido del derecho a la tutela jurisdiccional, y no como equivalente a esta. Este último también comprende el derecho a la ejecución efectiva de las resoluciones judiciales, es decir a la efectividad de los recursos judiciales tal como lo establece el SIDH.

De esa forma, reconoce que el derecho de la tutela judicial efectiva no se agota en prever mecanismos de tutela en abstracto, sino que supone posibilitar al justiciable la obtención de un resultado óptimo con una mínima actividad procesal, con la intención de permitirle acceder de modo real al servicio de justicia y obtenerla en el menor tiempo y al menor costo posible⁸⁴.

En resumen, el TC ha descrito el derecho a la efectividad de las resoluciones como una garantía de que lo decidido en una sentencia se cumpla, y que la parte que obtuvo un pronunciamiento de tutela, a través de la sentencia favorable, sea repuesta en su derecho y compensada, si hubiere lugar a ello, por el daño sufrido⁸⁵.

83 Chamorro, Francisco (1994), *La tutela Judicial efectiva*, Barcelona, Bosch, p. 303.

84 TC, Expedientes N° 3072-2006-AA/TC 10/06/2014, 763-2005-PA/TC 13/05/2005, 0032-2005-PHC 28/05/2005, entre otros.

85 TC, Expedientes N° 15-2001-AI, 16-2001-AI, 004-2002-AI 30/01/2004.

B. Políticas públicas

En este plano, si bien el TC ha pauteado los estándares de este derecho, no se observan políticas públicas para concretizar este aspecto del acceso a la justicia.

Sin embargo, sí se encuentra que el TC peruano ha buscado crear recursos (no regulados en el propio código procesal constitucional) para dotar de efectividad a sus propias decisiones. Así, en caso que un juzgado se niegue o demore en ejecutar sus resoluciones, el perjudicado podrá solicitar, mediante un recurso de agravio constitucional, que el TC vuelva a ordenar la ejecución bajo apercibimiento de multa. Esto es denominado en la jurisdicción peruana como el RAC por salto (*per saltum*).⁸⁶

En el ámbito civil, se ha destacado que el diseño legislativo de los procesos de ejecución tiene contradicciones respecto de sus postulados, impidiendo severamente que estos puedan ser realizados en el tiempo oportuno⁸⁷.

3. Comparación entre los resultados del diagnóstico y los estándares del Sistema Interamericano

Habiendo hecho la revisión de las políticas públicas y medidas para lograr la satisfacción del acceso a la justicia, podemos plantear un análisis en función de los resultados del diagnóstico realizado y los estándares sobre las tres manifestaciones del acceso a la justicia pauteados por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

En primer lugar, observamos que la Corte IDH ha desarrollado, a través de sus sentencias, un intenso acervo jurisprudencial sobre el derecho a la tutela judicial efectiva, a la protección judicial o a la noción del acceso a recursos judiciales idóneos y efectivos en el Perú.

Así, por ejemplo, sobre la noción de acceso a la justicia, la Corte IDH en la Sentencia recaída en el Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú manifestó:

“De acuerdo a las obligaciones internacionales contraídas por el Perú, éste tiene el deber de garantizar el derecho de acceso a la justicia de acuerdo a lo establecido en

86 TC, Expediente N° 00004-2009-PA/TC de fecha 26/10/2010.

87 Cavani, Renzo (2014) “Incoherencias del proceso de ejecución peruano: causales de contradicción y suspensión de la ejecución. Análisis desde el derecho fundamental a la tutela efectiva, adecuada y tempestiva”, Efectividad y ejecución de las resoluciones judiciales. Ponencias del Cuarto Seminario Internacional de Derecho Procesal: Proceso y Constitución, Giovanni Priori (coord.), Lima, Palestra, pp. 579-602.

la Convención Americana, pero además conforme a las obligaciones específicas que le imponen las Convenciones especializadas que ha suscrito y ratificado (...)"⁸⁸

Siguiendo a la Corte IDH, nuestro TC ha señalado:

"... el derecho de acceso a la justicia es un componente esencial del derecho a la tutela jurisdiccional, reconocida en el inciso 3 del artículo 139° de la Constitución. Dicho derecho no ha sido expresamente enunciado en la Carta de 1993, pero ello no significa que carezca del mismo rango, pues se trata del contenido implícito de un derecho fundamental inconfundible. Mediante el referido derecho se garantiza a todas las personas el acceso a un tribunal de justicia independiente, imparcial y competente para la sustanciación "de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter", como lo señala el artículo 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos."⁸⁹

En segundo lugar, en cuanto a las garantías procesales, la Corte IDH ha establecido, mediante su jurisprudencia y opiniones consultivas, criterios que han sido plasmados como contenido mínimo del derecho al debido proceso en las sentencias desarrolladas por el TC.

Sobre las principales manifestaciones del debido proceso, establecidos por el TC, se podrá observar que el tribunal ha interpretado y se ha servido de ellos para resolver las controversias. De esa manera, por ejemplo, sobre el derecho a la defensa la Corte IDH en la Sentencia recaída en el Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela señaló:

"62. Si el derecho a la defensa surge desde el momento en que se ordena investigar a una persona (supra párr. 29), el investigado debe tener acceso a la defensa técnica desde ese mismo momento, sobre todo en la diligencia en la que se recibe su declaración. Impedir a éste contar con la asistencia de su abogado defensor es limitar severamente el derecho a la defensa, lo que ocasiona desequilibrio procesal y deja al individuo sin tutela frente al ejercicio del poder punitivo."⁹⁰

Siguiendo esa línea, sobre la manifestación de derecho a la defensa, el TC manifestó:

"121. Si bien una interpretación literal de la primera parte del inciso 14) del artículo 139° de la Constitución parecería circunscribir el reconocimiento del derecho de defensa al ámbito del proceso, una interpretación sistemática de la última parte del

88 Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C, No. 160, Párrafos 377 y 378.

89 TC, Expediente N° 00013-2010-AI, de fecha 31 de enero de 2011

90 Corte IDH, *Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela*, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de noviembre de 2009. Serie C, No. 206

mismo precepto constitucional permite concluir que ese derecho a no ser privado de la defensa debe entenderse, por lo que hace al ámbito penal, como comprensivo de la etapa de investigación policial, desde su inicio; de manera que el derecho a ser asesorado por un defensor, libremente elegido, no admite que, por ley o norma con valor de ley, este ámbito pueda reducirse y, en ese sentido, disponerse que el derecho a ser asistido por un profesional del derecho no alcance el momento previo a la toma de la manifestación.”⁹¹

Asimismo, se puede observar como caso ejemplificador, que el TC (en el Fundamento Jurídico N° 19 de la misma sentencia) que cita textualmente lo recogido por la Corte IDH:

“19. Ahora bien, el hecho de que el inculpado pudiese conocer por los medios de comunicación respecto del tema de la investigación, ello no le exime al Estado de su obligación de informarle previa y detalladamente el contenido de la acusación. Tomando en cuenta dicha circunstancia, la Corte Interamericana ha enfatizado que “[e]l investigado, antes de declarar, tiene que conocer de manera oficial cuales son los hechos que se le imputan, no solo deducirlos de la información pública o de las preguntas que se le formulan” (Caso Barreto Leiva vs. Venezuela). Es en buena cuenta, la finalidad de este derecho es brindarle al acusado en forma oportuna todos los elementos de hecho y de derecho, así como los medios probatorios que fundamentan la acusación con el fin de que éste pueda ejercer en forma adecuada y razonable su derecho a la defensa.”⁹²

Ese es un ejemplo de la interpretación y uso que hace el TC sobre los estándares que ha establecido la Corte IDH. Se podrá ver que, en su mayoría, el TC ha recogido lo expuesto por el SIDH.

En tercer lugar, sobre la efectividad de las sentencias, el TC plasma también los estándares y obligaciones que la CADH ha establecido para los Estados partes. Un claro ejemplo es la siguiente sentencia, que señala:

“El derecho a la ejecución de las sentencias se encuentra contenido implícitamente en el derecho a la tutela jurisdiccional, reconocido en el inciso 3) del artículo 139° de nuestra Constitución. En efecto, si bien la referida norma no hace referencia expresa a la “efectividad” de las resoluciones judiciales, dicha cualidad se desprende de su interpretación, de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos (Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución). Precisamente, el artículo 8° de la Declaración Universal de Derechos Humanos [...] y el artículo 25.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos [...] De este modo, el derecho a

91 TC, Expediente N. 0010-2002-AI de fecha 4 de enero de 2003.

92 TC, Expediente N. 0010-2002-AI de fecha 4 de enero de 2003.

la tutela jurisdiccional no solo implica el derecho de acceso a la justicia y el derecho al debido proceso, sino también el derecho a la "efectividad" de las resoluciones judiciales; busca garantizar que lo decidido por la autoridad jurisdiccional tenga un alcance práctico y se cumpla, de manera que no se convierta en una simple declaración de intenciones.⁹³ (Fundamento 2.3.1)

En ese sentido, consideramos que formalmente el TC se ajusta a lo dispuesto por el SIDH.

Sin perjuicio de ello, advertimos que el foco de atención se sigue centrando en la actividad jurisdiccional y sus reformas. Los esfuerzos del Estado peruano están destinados a que sus ciudadanos puedan acceder a un sistema de justicia tradicional, en ese sentido se observa que la manifestación más conocida del acceso a la justicia en el Perú es la gratuidad de los servicios judiciales que, como hemos señalado en el punto 2.1.1, se desarrolla mediante la Dirección General de Defensa Pública y acceso a la Justicia, institución que depende del MINJUS.

El desarrollo de los MASC y de la justicia comunal, así como cualquier otro mecanismo eficaz de resolución de conflicto jurídico no es la principal prioridad para el Estado peruano. En tal sentido, si bien el Estado cumple con la obligación negativa establecida por la CADH –de no impedir el acceso a los recursos– hemos constatado las deficiencias en cuanto a su obligación fundamentalmente positiva, de organizar el aparato institucional de modo que todos los individuos puedan acceder a esos recursos. A tal efecto, el Estado tiene un desafío pendiente: remover los obstáculos culturales, sociales o económicos que impiden la posibilidad de acceso a la justicia⁹⁴.

Sobre las manifestaciones del debido proceso, queda claro que el tribunal peruano sí cumple con aplicar el control de convencionalidad – considerada como la herramienta establecida en la jurisprudencia de la Corte IDH que permite a los Estados concretar la obligación de garantía de los derechos humanos en el ámbito interno – a través de la conformidad de las normas, con la CADH y su jurisprudencia⁹⁵.

En esa línea, observamos que el TC ha inaplicado normas de rango legal o actos estatales que contradicen la CADH. Así, en el siguiente caso ejemplificador, el TC expuso:

93 TC, Expediente N. 1042-2002-AA/TC de fecha de 6/12/2002.

94 CIDH, OEA. 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. Resumen Ejecutivo.

95 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Control de Convencionalidad. Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N 7. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/controlconvencionalidad8.pdf>

“De lo expuesto se colige que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha declarado que las leyes de amnistía aludidas carecen de efectos jurídicos y que lo resuelto, por tanto, tiene efectos generales. Siendo así, dicho pronunciamiento no solo es de aplicación a los hechos que suscitaron el Caso Barrios Altos, sino que comprende a los casos en los que su aplicación impidió que se juzgaran y sancionaran graves violaciones de derechos reconocidos en la Convención Americana, como el Caso La Cantuta.” (Fundamento 43)⁹⁶

Sin embargo, en cuanto a la aplicación del control de convencionalidad a las prácticas nacionales y las reformas necesarias, el Estado peruano solo ha aplicado dos procesos reformadores (en materia penal y laboral) como señalamos en el punto 2.1.2. El primero sigue sin estar vigente en todo el país, a pesar de tener más de 12 años de promulgación; y el segundo todavía no cuenta con un balance para analizar.

Sin perjuicio de ello, no se observan medidas concretas integrales para modificar el plazo de duración de los procesos en general, plazos que siguen siendo extremadamente largos⁹⁷. Peor aún cuando se ha detectado que una de las razones de duración de los procesos es la baja productividad del Poder Judicial (lo cual indica que el esfuerzo no debe provenir necesariamente de pautas del TC, sino de políticas públicas concretas del Estado peruano). Sin duda, esta alarmante situación contradice lo establecido por el SIDH al exigir a los Estados que procuren plazos de duración razonable para cada proceso⁹⁸.

En cuanto a la efectividad de las resoluciones judiciales, si bien se observan pautas jurisprudenciales para que estas puedan ser ejecutadas, a pesar de la advertencia de la doctrina sobre las incoherencias del sistema normativo que impiden una correcta ejecución, no se observan esfuerzos por parte del Estado para modificar esta situación. Nuevamente, ello también viola los estándares fijados por el SIDH en esta materia⁹⁹.

96 TC, Expediente N. 679-2005-PA de fecha 2 de marzo de 2007.

97 Hernández, Wilson (2008), *La carga procesal bajo la lupa: por materia y tipo de órgano jurisdiccional*, Lima, Instituto de Defensa Legal, pp. 11 y ss.

98 Véase: Corte IDH, Caso “Instituto de Reeducación del Menor” vs. Paraguay (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C, No. 112 y Corte IDH, Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) Vs. Perú (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia de 1 de julio de 2009 Serie C, No. 198.

99 Véase: Corte IDH, Caso “La Última Tentación de Cristo”(Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C, No. 73; y, Corte IDH, Caso Trujillo Oroza Vs. Bolivia (Reparaciones y Costas), sentencia de 27 de febrero de 2002. Serie C, No. 92.

Además, consideramos relevante mencionar que el Estado ha demostrado no contar con la voluntad de ejecutar el cumplimiento de las sentencias de Corte IDH¹⁰⁰ en las que resulta responsable y se le ordena restituir justicia sobre el caso.¹⁰¹

Por último, cabe mencionar que el tribunal peruano, aunque no de manera recurrente, analiza y recoge las decisiones que adoptan los tribunales y cortes constitucionales de Latinoamérica.¹⁰² De esa manera, se puede apreciar cómo estas forman parte del razonamiento del administrador de justicia al momento de dotar de contenido sus decisiones y sirven también de guía de interpretación al mismo alcance que se le da a los derechos contenidos en la CADH.

4. Conclusiones para la construcción de un acervo regional: aportes desde el Perú

En consonancia con los objetivos comunes del proyecto que inspira esta investigación, en esta última parte veremos qué conclusiones podemos obtener desde el caso peruano que permitan aportar a la construcción de un acervo regional sobre el acceso a la justicia en América Latina.

i. El concepto y contenido de acceso a la justicia

En el Perú, existe un dilema conceptual en torno a los derechos de acceso a la justicia, debido proceso y tutela jurisdiccional efectiva. Probablemente originados por la mención exclusiva de "debido proceso" y "tutela jurisdiccional efectiva" en la Constitución peruana, tanto la doctrina peruana como la jurisprudencial han tenido que brindar propuestas de relación entre tales derechos. La postura predominante en el TC peruano maneja un concepto integrador: tutela jurisdiccional efectiva, el cual engloba al acceso a la justicia (mencionado como acceso a los órganos jurisdiccionales), debido proceso y efectividad de las resoluciones judiciales.

Consideramos que esta postura (denominada en el Perú como concepción tradicional) ha generado dos tipos de condicionamientos: la mayoría de enfoques que se hagan para desarrollar el acceso a la justicia están ligados a potenciar a que los ciudadanos accedan a un

100 Bregaglio, Renata (2014) "El cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos emitidas contra el Estado peruano", Efectividad y ejecución de las resoluciones judiciales. Ponencias del Cuarto Seminario Internacional de Derecho Procesal: Proceso y Constitución, Giovanni Priori (coord.), Lima, Palestra, pp. 281-308.

101 Véase el Caso Pedro Huilca como uno de los ejemplos: <http://derechoshumanos.pe/2015/03/a-10-anos-de-sentencia-de-la-corte-idh-continua-impunidad-en-el-asesinato-de-pedro-huilca/>

102 TC, Expediente N. 1293-2011-PA de fecha 29 de setiembre de 2015.

sistema tradicional de justicia, postergando en alguna medida los otros mecanismos efectivos de acceso, como lo son los MASC o la justicia comunal o indígena.

Adicionalmente, como el acceso a la justicia es visto solo como la primera fase de la tutela jurisdiccional efectiva, las políticas van a centrarse, fundamentalmente, en esa primera dimensión del acceso a la justicia (acceso en sentido estricto o fase preliminar) y se postergan medidas concretas para las otras dos dimensiones (proceso con garantías y efectividad de resoluciones).

Esta postura ha sido asimilada por el Ministerio de Justicia peruano y la Corte Suprema del Poder Judicial. En el caso de los órganos encargados del diseño de políticas públicas del Poder Judicial, se tiene una postura disidente a la concepción tradicional, pues se recoge un concepto integral del acceso a la justicia (mucho más amplio que el de tutela), el cual implica la satisfacción de las necesidades jurídicas de los particulares, sin la necesaria intervención de las autoridades jurisdiccionales tradicionales.

ii. Desarrollo de las dimensiones del acceso a la justicia

Se observa que, jurisprudencialmente, existe un desarrollo amplio y garantista ya sea del acceso a la justicia o a la tutela jurisdiccional efectiva (en la lógica del TC peruano), tanto en acceso en sentido estricto (medidas para remover barreras que restrinjan el acceso al sistema judicial), debido proceso (garantías procesales) como efectividad de resoluciones judiciales (lograr que se cumplan con las decisiones de fondo de los tribunales). Para poder corroborarlo, véase el punto 2.2. del presente trabajo de investigación.

Sin perjuicio de ello, los condicionamientos advertidos en la conclusión anterior permiten observar que todos estos estándares se enmarcan, nuevamente, dentro del sistema tradicional de justicia. Las garantías desarrolladas están justamente destinadas para alguien que ya accede al sistema judicial (todas ellas pensadas en un proceso regular común). De esta manera, no se encuentran sentencias que emitan mandatos para una integración más profunda entre los sistemas tradicionales de justicia y los otros mecanismos eficaces para resolver conflictos jurídicos.

Lo anterior no puede llevar, en absoluto, a no reconocer el esfuerzo del TC peruano por establecer estándares para los justiciables, sino a advertir que podría existir un nivel mayor de activismo judicial para reconocer otros mecanismos que permitan un acceso más efectivo a la justicia (como concepto global).

iii. Consonancia entre los estándares del sistema peruano y los del SIDH

Visto lo anterior, se puede concluir que en un plano formal (y para los que regularmente pueden acceder al sistema de justicia tradicional) el TC ha recogido ampliamente los estándares fijados por el SIDH. Se observa claramente cómo el TC se inspira en las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para poder desarrollar las garantías procesales y de efectividad, así como las de acceso en sentido estricto.

Sin embargo, el SIDH no solo busca un reconocimiento formal de dichas garantías, sino un acceso efectivo y real a la justicia. De esta manera, el estado actual del acceso a la justicia en el Perú sigue siendo complejo. Las barreras de acceso persisten y, a pesar de los esfuerzos desde las políticas públicas, se observa que varias de ellas están enfocadas, todavía, en la concepción tradicional del acceso, retrasando en alguna medida otros esfuerzos para un acceso a mecanismos eficaces de solución de conflictos, así como el desarrollo de las dimensiones distintas al acceso (proceso con garantías y efectividad de resoluciones).

iv. Sobre las tareas pendientes

En base a todo lo anterior, pareciera que una visión mucho más integral del acceso a la justicia sería más adecuada para una realidad como la peruana, pues permite abrir el foco con el que se mira este problema en el Perú: desde lo jurisdiccional. Esta apertura de visión nos llevaría a ponerle una mayor atención no solo a los MASC (que vienen siendo desarrollados en alguna forma), sino a la misma justicia comunal e, inclusive, a pensar con creatividad en otros mecanismos para solucionar conflictos jurídicos.

Asimismo, a diferencia de Estados Unidos o Brasil (que cuentan con indicadores de acceso a la justicia), el Perú todavía no ha desarrollado mecanismo alguno para medir cómo se avanza en esa materia. Así, no existe un indicador que permita evaluar qué aspectos deben mejorarse y qué condiciona que los ciudadanos en su mayoría sigan desconfiando del sistema de justicia. Desde nuestro punto de vista, la elaboración de indicadores de acceso a la justicia permitiría encontrar de manera mucho más profunda los problemas que enfrentan los ciudadanos día a día y, al final, serviría como guía para que las instituciones encargadas de la elaboración de políticas públicas puedan contribuir con un acceso real y efectivo a la justicia para los peruanos. Esa sigue siendo la gran tarea en nuestro país.¹⁰³

103 La propuesta apoyaría a ir en concordancia con lo que se ha planteado en el mismo SIDH: Organización de Estados Americanos - (OEA) (2007), acceso a la Justicia: Llave para la gobernabilidad democrática., Informe Final del Proyecto "Lineamientos y Buenas prácticas para un adecuado acceso a la justicia en las Américas", Washington, OEA, p. 25.

Referencias y Bibliografía

Adriana Silva y Gerson de Barros

Bibliografía

- Bobbio, Norberto (1992), *A era dos direitos*, Rio de Janeiro, Campus.
- Bustelo, Pablo. (1999), *Teorías Contemporáneas del desarrollo económico*, 2da edición, Síntesis, Madrid
- Cappelletti, Mauro; Garth, Bryant (1988), *acesso à justiça*, Porto Alegre, Sergio Antonio Frabris Editor.
- Carneiro, Paulo Cezar Pinheiro (1999), *acesso à justiça: juizados especiais cíveis e ação civil pública*, Rio de Janeiro, Forense.
- Calatrola, Gerson de Barros (2015), *A falta de executividade dos acordos intermediados pelos Procons como obstáculo ao acesso à justiça e o projeto de lei 5.196/2013*. Revista Jurídica Luso Brasileira. No. II/2015
- CNJ (2010), *Panorama de acesso à justiça 2004 a 2009*. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/relat_panorama_acesso_pnad2009.pdf acesso em 14. abr. 2016.
- CNJ (2014), *Atlas de acesso à justiça: indicadores nacionais de acesso à justiça*. Disponível em: <http://pt.slideshare.net/justicagovbr/pesquisa-srj-atlas1>. acesso em: fev 2016.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2005), *La Corte Interamericana de Derechos Humanos: Un Cuarto de Siglo: 1979-2004*, San José, C.R., Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- Cunha, José Ricardo (2005), *Direitos humanos e justiciabilidade: pesquisa no Tribunal de justiça do Rio de Janeiro*. Sur. Revista Internacional de Direitos Humanos, Dec. 2005.
- Inter-American Commission on Human Rights (IACHR) (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*, 7 September 2007, OEA/Ser.L/V/II.129
- Garcez, José María Rossani (2001). *Constitucionalidade da Lei 9.307/96*. Rio de Janeiro: UERJ.
- Junqueira, Eliane Botelho (1996), "Acesso à justiça: um olhar retrospectivo", *Revista Estudos Históricos*, no. 18.
- Maillart, Adriana Silva; Sanches, Samyra Dal Farra Napolini (2012). *A decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso Gomes Lund e outros - Guerrilha do Araguaia*. *Revista de Direito Brasileira*, ano 2, v. 3, jul.-dez.
- OEA, CIDH, *Relatório Anual 2000*, Relatório n. 54/01, Caso 12.051, *Maria da Penha Maia Fernandes v. Brasil*. Disponível em: <http://www.cidh.oas.org/annualrep/2000port/12051.htm>. acesso em 10.mai.2016.

“Derecho de acceso a la justicia: aportes para la construcción de un acervo latinoamericano”

OEA, Corte IDH, Caso Nogueira de Carvalho v. Brasil. Sentença da Corte. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_161_por.pdf. acesso em 10/05/2016.

ONU, Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos (2003), Direitos Humanos na Administração da justiça MANUAL DE DIREITOS HUMANOS PARA JUÍZES, MAGISTRADOS DO MINISTÉRIO PÚBLICO E ADVOGADOS, Nova Iorque, pp. 109.

ONU - A/54/2000. “We the Peoples: the Role of the United Nations in the Twenty-First Century” Report of the Secretary. Item 84.

Piovesan, Flávia; Pimentel, Sílvia (2011), A Lei Maria da Penha na perspectiva da responsabilidade internacional do Brasil. In. CAMPOS, Carmen Hein (Org.). Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista, Lumen Iuris, Rio de Janeiro.

Rodrigues, Horácio Wanderlei (1994), acesso à justiça no direito processual brasileiro, São Paulo: Acadêmica.

Sadek, Maria Tereza (2010), O Judiciário em Debate, Rio de Janeiro, Centro Edelstein de Pesquisas Sociais.

Santos, Boaventura de Souza (2007), Para uma revolução democrática da justiça, São Paulo, Cortez.

Silva (Maillart), Adriana S. (2005), acesso à justiça e Arbitragem: Um caminho para a crise do Judiciário, São Paulo, Manole.

Vicente, Hélio Martins (2007) Lei dos Juizados Especiais Cíveis: Anotada e sua interpretação jurisprudencial. Belo Horizonte, Del Rey, pp. 7.

Watanabe, Kazuo (1988), “Acesso à justiça e Sociedade Moderna”, Participação e Processo, São Paulo, RT.

Watanabe, Kazuo (2007), Mentalidade e os Meios Alternativos de Solução de Conflitos no Brasil. Mediação e gerenciamento do processo, São Paulo, Atlas.

Mónica de Melo, Konstantin Gerber, Joao Vitor Cardoso

Bibliografía

Afonso da Silva, José (2011), Curso de Direito Constitucional Positivo, São Paulo, Malheiros.

Alvarado, Paola Andrea Acosta (2007), El derecho de acceso a la justicia en la jurisprudencia interamericana, Bogotá, Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita.

Alves, Cleber Francisco (2006), justiça para todos! Assistência jurídica gratuita nos Estados Unidos, na França e no Brasil, Rio de Janeiro, Lumen Juris.

Alves de Souza, Wilson (2011), acesso à justiça. Salvador, Dois de julho.

Araújo, Fábio (2015), “Poder desaparecedor. Livrar-se de corpos foi tática de repressão na ditadura e mantém-se nas práticas de milicianos, traficantes e policiais”, Revista de História da Biblioteca Nacional ano 11, n. 121.

- Araújo, Luiz Alberto Davi & Serrano, Vidal Nunes Júnior. (2011), Curso de Direito Constitucional. Ed. Verbatim.
- Arroyo, César Landa y Fanego, Coral Arangüena & Mc-Gregor, Eduardo Ferrer (2012), "El derecho al debido proceso", Roca, El diálogo entre los sistemas Europeu & Americano de Derechos Humanos, Javier García & Fernández, Pablo Antonio & Santolaya, Pablo & Canosa, Raúl (Editores), Civitas, Thomson Reuters, Pamplona.
- Barbosa, Rafael Vinheiro Monteiro & Maia, Maurilio Casas (2014) "Isonomia dinâmica e vulnerabilidade no direito processual civil", Revista de Processo ano 39, vol. 230, São Paulo, RT.
- Barcellos, Ana Paula de (2002), A eficácia jurídica dos princípios constitucionais. São Paulo, Rio de Janeiro, Renovar.
- Barroso, Luís Roberto (2014), "Vinculação de Estado-Membro pelo Direito Internacional. Reflexões acerca do cumprimento de Recomendações oriundas da Comissão Internacional de Direitos Humanos da OEA", Direito internacional na Constituição, Cicco Filho, Alceu José & Velloso, Ana Flávia Penna & Teixeira Rocha, Maria Elizabeth Guimarães, São Paulo, Saraiva.
- Bastos, Celso. (1999), Curso de Direito Constitucional, São Paulo, Ed. Saraiva, 20ª ed.
- Bueno de Moraes, Ana Carvalho Ferreira (2009). A defensoria pública como instrumento de acesso à justiça. São Paulo, Mestrado em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, pp. 20-25, disponível em: http://www.sapientia.pucsp.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=9495 acesso em: 28 de novembro de 2015.
- Bulos, Uadi Lammego (2008), Curso de Direito Constitucional. São Paulo.
- Cantoario, Diego Martinez Fervenza (2014), "O acesso à justiça como pressuposto da paridade de armas entre os litigantes no processo civil", Temas aprofundados. Defensoria Pública. Vol. 2. Aluísio Lunes Monte Ruggeri Ré & Gustavo Augusto Soares dos Reis (Orgs.), Salvador, Juspodium.
- Canotilho, José Joaquim Gomes (2006), "Métodos de proteção de direitos, liberdades e garantias", Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais. Visão Luso-Brasileira. José de Faria Costa & Marco Antonio Marques da Silva (Coord.), São Paulo, Quartier Latin.
- Canotilho, José Joaquim Gomes (1998), Direito constitucional e teoria da Constituição, Coimbra, Almedina.
- Cappelletti, Mauro (1994), "Os Métodos Alternativos de Solução de Conflitos no Quadro do Movimento Universal de acesso à justiça" Revista de Processo, vol. 74 (Abr - Jun). São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1994.
- Cappelletti, Mauro (1991), "O acesso à justiça e a função do jurista em nossa época", Revista de Processo, vol. 61, pp. 144 - 160, Jan - Mar.
- Cardoso, João Vitor & Gerber, Konstantin & Faina, Fernando (2016). Execução antecipada da pena: pesquisa jurídica convocada para o front, 23 de fevereiro, disponível em: <http://justificando.com/2016/02/23/execucao-antecipada-da-pena-pesquisa-juridica-convocada-para-o-front/> acesso em 6 de junho de 2016.
- Carvalho Ramos, André de (2009). Supremo Tribunal Federal Brasileiro e o Controle de Convencionalidade: levando a sério os tratados internacionais de direitos humanos. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo v. 104, São Paulo, FDUSP.
- Carvalho Ramos, André de (2012), Processo Internacional de Direitos Humanos, Ed. Saraiva, São Paulo.

Chayes, Abram (1976). “The Role of the Judge in Public Law Litigation”, Perspectives on Civil Procedure, Hazard Jr., Geoffrey & Vetter, Jan (Orgs.), Boston, Little, Brown and Company.

CIDH, El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. Estudio de los estándares fijados por el sistema interamericano de derechos humanos, 7 de setembro de 2007, p. 1, disponível em: <http://www.cidh.org/pdf%20files/ACCESO%20A%20LA%20JUSTICIA%20DESC.pdf> acesso em: 14 de junho de 2016.

CIDH, 2008, Lineamientos para la elaboración de indicadores de progreso en materia de derechos económicos, sociales y culturales. (OEA) Ser. LV II. 132, 19 de Julio, Doc. 14, p. 30, disponível em: <http://cidh.org/countryrep/IndicadoresDESC08sp/Indicadoresindice.sp.htm> acesso em 14 de junho de 2016.

CIDH, Informe 54/01 de 16/04/2001.

Conci, Luiz Guilherme Arcaro (2014). O controle de convencionalidade como parte de um constitucionalismo transnacional fundado na pessoa humana. Revista de Processo, São Paulo, RT.

Conci, Luiz Guilherme Arcaro (2016), Porque os juizes devem dialogar com outros juizes estrangeiros ou internacionais, 27 de janeiro, disponível em: <http://justificando.com/2016/01/27/por-que-os-juizes-devem-dialogar-com-outros-juizes-estrangeiros-ou-internacionais/> acesso em 5 de junho de 2016

Conci, Luiz Guilherme Arcaro & Gerber, Konstantin (2016). A melhor proteção aos direitos da pessoa humana exige a aplicação do princípio pro persona. 20 de fevereiro, Justificando, disponível em: <http://justificando.com/2016/02/20/a-melhor-protacao-aos-direitos-da-pessoa-humana-exige-a-aplicacao-do-principio-pro-homine/> acesso em 5 de junho de 2016.

Conci, Luiz Guilherme Arcaro & Gerber, Konstantin (2015), Diálogo entre Corte Interamericana de Derechos Humanos e o Supremo Tribunal Federal: controle de convencionalidade concomitante ao controle de constitucionalidade, XII Congresso Ibero-americano de Derecho Constitucional, Bogotá, no prelo.

Conci, Luiz Guilherme Arcaro & Gerber, Konstantin (2016), Porque temos tanta dificuldade em cumprir com decisões internacionais? Justificando, Quinta-feira, 10 de março, disponível em: <http://justificando.com/2016/03/10/por-que-temos-tanta-dificuldade-em-cumprir-com-decisoes-internacionais/> acesso em: 5 de junho de 2016

Conselho Nacional de justiça. Executive Summary. Courts in Figures 2015. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2015/11/491328c33144833370f375278683f955.pdf> acesso em 6 de junho de 2016.

Conselho Nacional de justiça (2013), A atuação do poder judiciário na aplicação da lei Maria da Penha. Disponível em <http://www.agenciapatriciagalvao.org.br/dossie/pesquisas/a-atuacao-do-poder-judiciario-na-aplicacao-da-lei-maria-da-penha-dpjcj-2013/>, acesso em 5/06/2016.

Corte IDH, Caso “Instituto de Reeducação del Menor” vs. Paraguay, sentencia de 2 de septiembre de 2004.

Corte IDH, Caso Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil. Supervisão de cumprimento de sentença, Resolução da Corte Interamericana de Derechos Humanos de 17 de outubro de 2014.

Corte IDH, Caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia de 23 de noviembre de 2009.

- Da Costa, Renata (2014). "Uma interpretação do Habeas Corpus à luz do sistema interamericano de direitos humanos", *Temas aprofundados, Defensoria Pública*, vol. 2, Ré, Aluísio Lunes Monte Ruggieri & Dos Reis, Gustavo Augusto Soares, Salvador, Editora Juspodium.
- Da Rocha, Amélia Soares (2013). *Defensoria Pública; fundamentos, organização e funcionamento*. São Paulo, Atlas.
- De Melo, Mónica (2015), *Modelo público de prestação de assistência jurídica gratuita como garantia do direito de acesso à justiça nacional e internacional das pessoas em situação de vulnerabilidade: análise do caso brasileiro a partir da jurisdição constitucional*, XII Congresso Iberoamericano de Derecho Constitucional, 16 a 18 septiembre, no prelo.
- Dias, Maria Berenice (2009). *União homoafetiva: o preconceito & a justiça*. 4 ed. ver. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.
- Ferreira Filho, Manoel Gonçalves (2015), *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo, Ed. Saraiva.
- Duarte, Zulmar (2016), *A difícil conciliação entre o Novo CPC e a Lei de Mediação*, disponível em: <http://jota.uol.com.br/a-dificil-conciliacao-entre-o-novo-cpc-e-a-lei-de-mediacao> acesso em: 25.10.2016
- Figueiredo, Marcelo & Gerber, Konstantin (2014) *Right to education in Brazil*, 18 de setembro, Blog IACL, disponível em: <https://iacl-aidc-blog.org/2015/01/06/19/> acesso em: 5 de junho de 2016.
- Garbellini Carnio, Henrique. *Direito e ideologia: o direito como fenômeno ideológico*. *Panóptica*. Revista Eletrônica Acadêmica de Direito, disponível em: <http://www.panoptica.org/seer/index.php/op/article/view/87> acesso em 14 de junho de 2016.
- Gerber, Konstantin (2016). *O que devemos saber sobre orçamento da Defensoria*, 1 de março, JOTA, disponível em: <http://jota.uol.com.br/o-que-devemos-saber-sobre-o-orcamento-da-defensoria-publica> acesso em: 14 de junho de 2016.
- Gross Cunha, Luciana (2008), *Juizado Especial*, São Paulo, Editora Saraiva, Direito GV.
- Guerra Filho, Willis Santiago (2007), *Teoria processual da Constituição*, São Paulo, RCS.
- IDDD (2016), *Monitoramento das audiências de custódia em São Paulo*, São Paulo, IDDD.
- Ikawa, Daniela Ribeiro & Kweitel, Juana & Mattar, Laura Davis, 2008. "Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969) Pacto de San José de Costa Rica", Piovesan, Flávia (Coord.). *Código de direito internacional dos direitos humanos anotado*. São Paulo, DPJ.
- IPEA, Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da justiça (2015) "Violência contra a Mulher e Práticas Institucionais", disponível em <http://www.agenciapatriagalvao.org.br/dossie/pesquisas/violencias-contra-a-mulher-e-as-praticas-institucionais-ipeasal-mj-2015/>, acesso em 5/06/2016.
- Koerner, Andrei & Camara, Heloisa Fernandes (2015), *Sobre o Relatório Julgando a Tortura*, 9 de fevereiro, Carta Maior, Disponível em: <http://cartamaior.com.br/?/Editoria/Principios-Fundamentais/Sobre-o-Relatorio-Julgando-a-Tortura-/40/32833> acesso em 5 de junho de 2016.

- Koerner, Andrei. "Representación y justicia": una hipótesis sobre el control de la constitucionalidad y el acceso a la justicia en Brasil desde 1930. In: Bogdandy, Armin Von & Marc-Gregor, Eduardo Ferrer & Antoniazzi, Mariela Morales (Coord.) La justicia constitucional y su internacionalización. Tomo I. Unam, México, 2010.
- Marinoni, Luiz Guilherme (1992), O acesso à justiça e os institutos fundamentais do direito processual, Tese de Doutorado, São Paulo, Pontifícia Universidade Católica.
- Mendes, Conrado Hubner (2011). Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação. 1. ed. São Paulo, Saraiva.
- Mendes, Gilmar Ferreira & Gonet Branco, Paulo Gustavo (2015), Curso de Direito Constitucional, Saraiva, São Paulo.
- Mazzuoli, Valerio de Oliveira (2009), Teoria Geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro. Revista dos Tribunais vol. 889, São Paulo, RT.
- Menegatti, Christiano Augusto (2011), O jus postulandi e o direito fundamental de acesso à justiça, São Paulo, LTR 75.
- Moraes, Alexandre. (2009), Curso de Direito Constitucional, São Paulo, Ed. Atlas.
- OEA, OEA/Ser.G
CP/RES. 1022 (1951/13)
18 dezembro 2013, disponível em: <http://www.oas.org/council/pr/resolucoes/res1022.asp> acesso em 14 de junho de 2016.
- Oliveira Gonçalves, Gabriella Vieira & Silva Brito, Lany Cristina & Santos Filgueira, Yasmin Von (2015). IV diagnóstico da Defensoria Pública no Brasil. Ministério da justiça, Secretaria da Reforma do Judiciário, Brasília.
- ONU, Comitê de Direitos Humanos, 90º período de sessões, Genebra 9 a 27 de julho de 2007.
- Piovesan, Flávia (2015), "Sistema interamericano de proteção dos direitos humanos: impacto, desafios e perspectivas à luz da experiência brasileira." Acosta Alvarado, Paola Andrea & Nunez Poblete, Manuel (Coord.) El margen de apreciación en el sistema interamericano de derechos humanos: proyecciones regionales y nacionales, México, Unam.
- Romeu, Luciana Campanelli & Passamani, Marcelo & Zago, Mariana Augusta dos Santos & Groterhorst, Rebecca (2014), "Análise crítica dos critérios utilizados pela defensoria para a definição do necessitado nos termos do artigo 134 da Constituição", Temas aprofundados, Defensoria Pública, vol. 2, Ré, Aluísio Lunes Monte Ruggieri & Dos Reis, Gustavo Augusto Soares, Salvador, Editora Juspodium.
- Sagues, María Sofia (2008), "El acceso a la justicia en el sistema interamericano de protección de derechos humanos. Proyección en la jurisdicción constitucional", Mac-Gregor, Eduardo Ferrer & Lelo de Larrea, Arturo Zaldivar (Coord.) La ciencia del derecho procesal. Tomo VIII, México, Unam, Marcial Pons, disponível em: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2562/27.pdf> acesso em 14 de junho de 2016.
- Scocuglia, Livia (2016), Aos 10 anos, Defensoria paulista enfrenta críticas sem orçamento. Disponível em: <http://jota.info/aos-10-anos-defensoria-paulista-enfrenta-criticas-sem-orcamento>

- Suannes, Adauto. As uniões homossexuais e a Lei 9.278/1996. Apud Dias, Maria Berenice (2009). União homoafetiva: o preconceito & a justiça. 4 ed. ver. e atual. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais.
- Supremo Tribunal Federal, HC 102368-CE, Rel. Min. Celso de Mello, j. 29 de junho de 2010.
- Supremo Tribunal Federal, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 2 de outubro de 2011.
- Supremo Tribunal Federal, RE 466343, Rel. Min. Cezar Peluso, j. em 3/12/2008.
- Supremo Tribunal Federal, HC 113477 MC, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 7 de maio de 2012.
- Supremo Tribunal Federal, HC 87.585-TO, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 3.12.2008.
- Supremo Tribunal Federal, AgRg. na Rcl. 4.454/RS, Rel. Min. Luis Roberto Barroso, j.03/03/2015.
- Supremo Tribunal Federal, HC 112.298, Rel. Min. Ayres Britto, j. 13 de março de 2012.
- Supremo Tribunal Federal, ARE 648.629, Rel. Min. Luiz Fux, julgamento em 19-9-2013 cf. A Constituição e o Supremo. p. 118, disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoLegislacaoAnotada/anexo/constituicao.PDF> acesso em: 14 de junho de 2016.
- Supremo Tribunal Federal, ADI 4414, Rel. Min. Luiz Fux, julgamento em 31-5-2012.
- Supremo Tribunal Federal, ADIN 1.127-8, Rel. Min. Marco Aurélio, j. em 17 de maio de 2006.
- Supremo Tribunal Federal, ADIN 1.539-7, Rel. Min. Maurício Correa, j. 24 de abril de 2003.
- Supremo Tribunal Federal, RE 566.621, Rel. Min. Ellen Gracie, j. em 4-8-2011.
- Supremo Tribunal Federal, RE 591.033, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 17-11-2010.
- Supremo Tribunal Federal, ADI 4425, Rel. Min. Ayres Britto, j. 14 de março de 2013.
- Supremo Tribunal Federal, AO 1531, Rel. Min. Carmen Lucia, j. 3 de junho de 2009.
- Supremo Tribunal Federal, RE 631.240 MG, Rel. Min. Roberto Barroso, j. 3 de setembro de 2014.
- Supremo Tribunal Federal, SE 5.206-AgR, Rel. Min. Marco Aurelio, j. 8 de maio de 1997.
- Supremo Tribunal Federal, RE 673.232, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 25 de novembro de 2009.
- Supremo Tribunal Federal, RMS 28.517-DF, Rel. Min. Celso de Mello, j. 1 de agosto de 2011.
- Supremo Tribunal Federal, MS 28.408-DF, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 18 de março de 2014.
- Supremo Tribunal Federal, RE-AgR 763667-CE, Rel. Min. Celso de Mello, j. 22 de outubro de 2013.
- Supremo Tribunal Federal, Adi 3942, Rel. Min. Carmen Lúcia, j. 5 de fevereiro de 2015.
- Supremo Tribunal Federal, Adi 2922, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 3 de abril de 2014.
- Supremo Tribunal Federal, Adi 4056, Rel. Ricardo Lewandowski, j. 7 de março de 2012.
- Supremo Tribunal Federal, ADI 362-AL, Rel. Min. Francisco Rezek, j. 21 de novembro de 1996.
- Supremo Tribunal Federal, AP 470-MG, Rel. Joaquim Barbosa, j. 18 de setembro de 2013.

“Derecho de acceso a la justicia: aportes para la construcción de un acervo latinoamericano”

- Supremo Tribunal Federal, ARE 748371 RG-MT, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 6 de junho de 2013.
- Supremo Tribunal Federal, RE 205029/RS, Rel. Min. Carlos Velloso, j. em 26 de novembro de 1996.
- Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário n. 205746-1/RS, Rel. Min. Carlos Velloso, j. em 26 de novembro de 1996.
- Supremo Tribunal Federal, RE 363.889, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 2 de junho de 2011.
- Supremo Tribunal Federal, RE 603.583, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 26 de outubro de 2011.
- Supremo Tribunal Federal, RHC 97181, Rel. Min. Celso de Mello, j. 14 de abril de 2009.
- Supremo Tribunal Federal, Adi-MC 2160-5, Rel. Min. Octavio Galloti, j. 13 de maio de 2009.
- Supremo Tribunal Federal, Adi 2655-1, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 9 de outubro de 2003.
- Supremo Tribunal Federal, AgRE 349.819-3, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 18 de fevereiro de 2003.
- Supremo Tribunal Federal, Adi 4424, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 9 de fevereiro de 2012.
- Supremo Tribunal Federal, RE-AgR 763667-CE, Rel. Min. Celso de Mello, j. 22 de outubro de 2013.
- Supremo Tribunal Federal, Adi 2922-RJ, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 3 de abril de 2014.
- Supremo Tribunal Federal, ADI 3943-DF, Rel. Min. Carmen Lúcia, j. em 7 de maio de 2015.
- Supremo Tribunal Federal, RHC 79.785, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 29 de março de 2003.
- Supremo Tribunal Federal, HC 126.292, Rel. Min. Teori, j. 17 de fevereiro de 2016.
- Supremo Tribunal Federal, EP 16 ProgReg-AgR-DF, Rel. Min. Roberto Barroso, j. 15 de abril de 2015.
- Supremo Tribunal Federal, RE 13528-SP, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 29 de junho de 1994.
- Supremo Tribunal Federal, ADI 4163-SP, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 29 de fevereiro de 2012.
- Supremo Tribunal Federal, ADI 3569-PE, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 2 de abril de 2007.
- Supremo Tribunal Federal, ADI 2903-PB, Rel. Min. Celso de Mello, j. 1 de dezembro de 2005.
- Supremo Tribunal Federal, ADI 4.277-DF, Rel. Min. Ayres Britto, j. 5 de maio de 2011.
- Superior Tribunal de justiça, REsp 347752-SP, Relatório e Voto do Min. Herman Benjamin, j. 8 de maio de 2007.
- Superior Tribunal de justiça, Resp 1357813-RJ, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 11 de setembro de 2013.
- Superior Tribunal de justiça, AgRg no AREsp 732047-SC, Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 11 de dezembro de 2015.
- Superior Tribunal de justiça, EDcl no CC 139782-GO, Rel. Min. Joao Otavio de Noronha, j. 25 de novembro de 2015.
- Superior Tribunal de justiça, AgRg no AREsp 426563-PR, Rel. Min. Luis Felipe Salomao, j. 3 de junho de 2014.
- Superior Tribunal de justiça, REsp 1290950-SP, Rel. Min. Ricardo Villas Boas Cueva, j. 31 de agosto de 2015.

- Superior Tribunal de justiça, CC 114461-SP, Rel. Min. Raul Araujo, j. 27 de junho de 2012.
- Superior Tribunal de justiça, CC 126601-MG, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 27 de novembro de 2013.
- Superior Tribunal de justiça, EDcl no CC 131618-DF, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 23 de abril de 2014.
- Superior Tribunal de justiça, REsp 611988-SC, Rel. Min. Luiz Fux, j. 1 de junho de 2004.
- Superior Tribunal de justiça, Resp 1127815-SP, Rel. Min. Luiz Fux, j. 24 de novembro de 2010.
- Superior Tribunal de justiça, AgRg nos EAREsp 321732-RS, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 16 de outubro de 2013.
- Superior Tribunal de justiça, REsp 1185599-MG, Rel. Min. Massami Uyeda, j. 15 de maio de 2012. Superior Tribunal de justiça, AgRg no AREsp 742314-MS, Rel. Min. Marco Buzzi, j. 1 de dezembro de 2015.
- Superior Tribunal de justiça, EREsp 1044784-MG, Rel. Min. Luiz Fux, j. 29 de junho de 2010.
- Superior Tribunal de justiça, EREsp 603137-MG, Rel. Min. Castro Meira, j. 2 de agosto de 2010.
- Superior Tribunal de justiça, RMS 29429, Rel. Min. Mauro Campbell, j. 12 de novembro de 2010.
- Superior Tribunal de justiça, RMS 26493-RS, Rel. Min. Eliana Calmon, j. 19 de agosto de 2008.
- Superior Tribunal de justiça, REsp 95042-SP, Voto do Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 5 de maio de 1998.
- Superior Tribunal de justiça, MC 1195, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 9 de junho de 1998.
- Superior Tribunal de justiça, REsp 659622-DF, Min. Nancy Andrighi, j. 25 de setembro de 2007. Superior Tribunal de justiça, AgRg na Pet 5144-MG, Rel. Min. Helio Quaglia Barbosa, j. 25 de abril de 2007.
- Superior Tribunal de justiça, REsp 651563-ES, Rel. Min. Luiz Fux, j. 6 de dezembro de 2005.
- Superior Tribunal de justiça, Resp 1102467-RJ, Rel. Min. Massami Uyeda, j. 2 de maio de 2012. Superior Tribunal de justiça, AgRg no Ag 1401792-RJ, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 16 de agosto de 2011.
- Superior Tribunal de justiça, REsp 671986-RJ, Rel. Min. Luiz Fux, j. 27 de setembro de 2005.
- Superior Tribunal de justiça, AgRg no AREsp 249395-SC, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 12 de novembro de 2013.
- Superior Tribunal de justiça, REsp 933354-SP, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 21 de agosto de 2007.
- Superior Tribunal de justiça, AgRg no REsp 1305905-DF, Rel. Min. Humberto Martins, j. 18 de dezembro de 2015.
- Superior Tribunal de justiça, REsp 1369727-RS, Rel. Min. Eliana Calmon, j. 8 de outubro de 2013. Superior Tribunal de justiça, EREsp 547653-RJ, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 15 de dezembro de 2010.
- Superior Tribunal de justiça, RMS 27433, Relatório e Voto do Min. Fernando Gonçalves, j. 28 de abril de 2009.
- Superior Tribunal de justiça, AgRg no Ag 1249816-RJ, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 16 de setembro de 2010.
- Superior Tribunal de justiça, AgRg no Ag 775617-RS, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 27 de maio de 2008.

“Derecho de acceso a la justicia: aportes para la construcción de un acervo latinoamericano”

- Superior Tribunal de justiça, REsp 152511-MG, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, j. 6 de abril de 2000.
- Superior Tribunal de justiça, EDcl no AgRg nos EDcl no AREsp 473595-RJ, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 15 de outubro de 2015.
- Superior Tribunal de justiça, EDcl no REsp 1112049-PR, Rel. Min. Raul Araujo, j. 4 de abril de 2013.
- Superior Tribunal de justiça, Resp 1504.787, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 3 de novembro de 2015.
- Superior Tribunal de justiça, REsp 1075392-RJ, Rel. Min. Castro Meira, j. 15 de dezembro de 2009.
- Superior Tribunal de justiça, REsp 555111-RJ, Rel. Min. Castro Filho, j. 5 de setembro de 2006.
- Superior Tribunal de justiça, AgRg no REsp 1479798-MG, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 17 de março de 2015.
- Superior Tribunal de justiça, AgRg no Ag 1418533-RJ, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, j. 28 de fevereiro de 2012.
- Superior Tribunal de justiça, REsp 1297974-RJ, Rel. Min. Nancy Andrichi, j. 12 de junho de 2012.
- Superior Tribunal de justiça, REsp 1125561-MG, Rel. Min. Castro Meira, j. 15 de abril de 2010.
- Superior Tribunal de justiça, SEC 11722, Rel. Min. OG Fernandes, j. 2 de fevereiro de 2015.
- Superior Tribunal de justiça, SEC 8600, Rel. Min. OG Fernandes, j. 16 de outubro de 2014.
- Superior Tribunal de justiça, SEC 7331, Rel. Min. Humberto Martins, j. 2 de outubro de 2013.
- Superior Tribunal de justiça, CC 114782-RS, Rel. Min. Nancy Andrichi, j. 12 de dezembro de 2012.
- Superior Tribunal de justiça, HC 265780-RS, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 14 de abril de 2013. Superior Tribunal de justiça. acesso à pesquisa “Legislação Aplicada”. REsp 287688-MG, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, j. 7 de dezembro 2000.
- Superior Tribunal de justiça, AgRg no REsp 1178825-PR, Min. Nefi Cordeiro, j. 22 de setembro de 2015.
- Superior Tribunal de justiça, REsp 1106515-MG, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. em 16 de dezembro de 2010.
- Superior Tribunal de justiça. acesso à pesquisa “Legislação Aplicada”. HC 72349-SP, Rel. Min. Haroldo Rodrigues, j. 16 de setembro de 2010.
- Superior Tribunal de justiça. acesso à pesquisa “Legislação Aplicada”. AR 3502-RS, Rel. Min. Vasco Della Giustina, j. 24 de junho de 2009.
- Superior Tribunal de justiça, REsp 934138-MT, Rel. Min. Luiz Fux, j. 10 de novembro de 2009.
- Superior Tribunal de justiça, REsp 834678-PR, Rel. Min. Luiz Fux, j. 26 de junho de 2007.
- Superior Tribunal de justiça, REsp 1236863-ES, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 12 de abril de 2011.
- Superior Tribunal de justiça, REsp 883656-RS, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 9 de março de 2010.
- Superior Tribunal de justiça, REsp 514.865-RS, Rel. Min. José Arnaldo Fonseca, DJ 18 de outubro de 2004.

- Superior Tribunal de justiça, REsp 1125582-MG, Rel. Min. Luiz Fux, j. 21 de setembro de 2010. Superior Tribunal de justiça, AgRg no REsp 1096575-RJ, Rel. Min. Luiz Fux, j. 3 de setembro de 2009. Superior Tribunal de justiça, AgRg nos EDcl no REsp 922610-SP, Rel. Min. Luiz Fux, j. 27 de outubro de 2009.
- Superior Tribunal de justiça, HC 123365-SP, Rel. Min. OG Fernandes, j. 22 de junho de 2010.
- Superior Tribunal de justiça, RHC 65655-MG, Relatório e Voto do Min. Nefi Cordeiro, j. 17 de dezembro de 2015.
- Superior Tribunal de justiça, HC 123365-SP, Rel. Min. OG Fernandes, j. 22 de junho de 2010.
- Superior Tribunal de justiça, HC 39427-SP, Rel. Min. Paulo Medina, j. 31 de maio de 2005.
- Superior Tribunal de justiça, REsp 1434498-SP, Rel. Min. Nancy Andrichi, j. 9 de dezembro de 2014.
- Superior Tribunal de justiça, RHC 65655-MG, Relatório e Voto do Min. Nefi Cordeiro, j. 17 de dezembro de 2015.
- Superior Tribunal de justiça, REsp 1443533, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, 6ª Turma, j. 23 de junho de 2015. Cf. Paiva, Caio (2016). Sem contato com o acusado, como o defensor arrola testemunha. Consultor Jurídico, 13 de março, disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-mar-15/tribuna-defensoria-contato-acusado-defensor-arrola-testemunhas> acesso em 14 de junho de 2016.
- Superior Tribunal de justiça, RMS 18017-SP, Rel. Min. Paulo Medina, j. 9 de fevereiro de 2006.
- Tartuce, Fernanda (2012), Igualdade e vulnerabilidade no processo civil, Rio de Janeiro, Gen, Forense.
- Tartuce, Fernanda & Delloro, Luiz (2014), "Gratuidade da justiça no novo CPC", Revista de Processo vol. 236, São Paulo, RT.
- Tavares, André Ramos (2009), Curso de Direito Constitucional, São Paulo, Ed. Saraiva.
- Tramontana, Enzamaría (2013), "Discriminación y violencia de género. Aportes del sistema interamericano de derechos humanos", Derechos Humanos, democracia e integração jurídica: emergência de um novo direito público. Piovesan, Flávia & Bogdandy, Armin Von & Morales, Mariela, Rio de Janeiro, Elsevier.
- Tribunal de justiça da Bahia, AC 16313-9/99, 3ª. Cam. Cív. j. 4.04.2001, rel. Des. Mário Albiani.
- Tribunal de justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento nº. 990.10.356069-8. Relator: Desembargador Antonio Vilenilson. Sessão de 14/12/2010.
- Tribunal de justiça do Rio Grande do Sul, AC 70006542377, 8ª Cam. Cív. j. 11.09.2003, rel. Des. Rui Portanova.
- Tribunal Regional Federal, 4ª R – AC. 2000.71.00.009347-0-RS. Rel. Des. Fed. João Batista Pinto Silveira. DJU 10/08/2005.
- Watanabe, Kazuo (1980), Controle Jurisdicional e Mandado de Segurança contra atos judiciais, São Paulo, RT.
- Uribe, Patricia & Steiner, Christian (2014) Convención Americana sobre Derechos Humanos, Comentario, Konrad Adenauer, disponível em: <http://www.kas.de/rspla/es/publications/38682/> acesso em: 14 de junho de 2016.
- Vieira, Marcela Fogaça & Reis, Renata (2010), "Litigância estratégica em direitos humanos – a atuação da sociedade civil no acesso a medicamentos no Brasil", justiça e direitos humanos: experiências de assessoria jurídica popular, Frigo, Darci & Prioste, Fernando & Escrivão Filho, Antonio Sérgio (Orgs), Curitiba, Terra de Direitos.

“Derecho de acceso a la justicia: aportes para la construcción de un acervo latinoamericano”

Zilli, Marcos (2015), Direito à verdade e justiça de transição nos países do cone sul: de 2012 a 2015, Seminário de 24 de agosto de 2015, Faculdade de Direito do Largo São Francisco, Universidade de São Paulo.

Mario Cruz y Tamara Hernández

Acrónimos

CADH Convención Americana sobre Derechos Humanos

CDHDF Comisión de Derecho Humanos del Distrito Federal

CNDH Comisión Nacional de Derecho Humanos

Comisión IDH Comisión Interamericana de Derechos Humanos

Corte IDH Corte Interamericana de Derechos Humanos

CPEUM Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

GIEI Grupo Interdisciplinario de Expertos Independientes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos

SCJN Suprema Corte de Justicia de la Nación

Bibliografía

Doctrina y literatura en general

Banakar, Reza (2010), “Law, Rights and Justice in Late Modern Society: A tentative Theoretical Framework”, Rights in Context (Law and Justice in Late Modern Society), Reza Banakar (Coordinadora), Estados Unidos de Norteamérica, Ashgate

Cançado Trindade, Antônio Augusto (2008), El derecho de acceso a la justicia en su amplia dimensión, Santiago de Chile, Librotecnia,

Cançado Trindade, Antônio Augusto (2011), The Access of Individuals to International Justice, Estados Unidos de Norteamérica, Oxford University Press.

Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (Coords.) (2011), La reforma constitucional de derechos humanos. Un nuevo paradigma, México, Universidad Nacional Autónoma de México

Carbonell, Miguel, y Córdova Vianello, Lorenzo (2001), “Reforma del Estado y democracia gobernable: algunas reflexiones”, Estrategias y propuestas para la Reforma del Estado, Carbonell, Miguel et al (Coords.), México, UNAM

- Carpizo, Jorge (1995), "Reformas constitucionales al Poder Judicial Federal y a la jurisdicción constitucional, del 31 de diciembre de 1994", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Número 83, Mayo-agosto 1995
- Casar, Amparo, y Marván, Ignacio (2014), "Pluralismo y reformas constitucionales en México: 1997-2012", *Reformar sin mayorías. La dinámica del cambio constitucional en México: 1997-2012*, Casar, Amparo, y Marván, Ignacio (Coords), México, Taurus.
- Concha Cantú, Hugo (2001), "Federalismo: Diseño y funcionalidad", *Estrategias y propuestas para la Reforma del Estado*, Carbonell, Miguel et al (Coords.), México, UNAM
- Concha Cantú, Hugo (2004), *Cultura de la Constitución en México. Una encuesta nacional de actitudes, percepciones y valores*, México, Universidad Nacional Autónoma de México-Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación-Comisión Federal de Mejora Regulatoria
- Cossío D., José Ramón (2015), "Evolución e involución de los derechos humanos en las sentencias de la Suprema Corte de Justicia". Pág.3-30. Memoria de El Colegio Nacional. Nueva Epoca, núm.2. Responsables Luis Fernando Lara, Octavio Novaro Peñalosa, Ramón Xirau.
- Cruz Martínez, Mario (2012), "La revolución invisible: el Neozapatismo y sus implicaciones jurídicas", *Derecho y Revolución*, Víctor Rojas Amandi (Coordinador), México, Editorial Porrúa
- Cruz Martínez, Mario (2015), "Por una nueva ética pública de la democracia en México: La cultura gubernamental de los derechos humanos", *Por una nueva ética de lo público en México: Experiencias sobre el impacto de la corrupción en la eficiencia gubernamental*, Enrique Cruz Martínez (Coordinador), México, Fontamara
- Cruz Martínez, Mario. (coordinador) (2015), *Las nuevas voces de la democracia en México*. Fontamara. México.
- Dulitzky, Ariel (Prólogo) (2015), *La desaparición forzada en México: Una mirada desde los organismos del sistema de Naciones Unidas*, México, Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas, p. 11. (Disponible en: http://www.hchr.org.mx/images/20151022_DesapForz_IBA_ONUDH_WEB.pdf)
- Ferrer Mac-Gregor Poisot, Eduardo (Coords.) (2013), *Derechos humanos en la Constitución: Comentarios de Jurisprudencia Constitucional e Interamericana*, tomo I y II, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación-UNAM-Konrad Adenauer Stiftung;
- Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Herrera García, Alfonso (Coords.) (2013), *Diálogo jurisprudencial en Derechos Humanos. Entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales*, México, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional-Corte Interamericana de Derechos Humanos-UNAM.
- Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, y Silva García, Fernando (2011), *Jurisprudencia militar y derechos humanos (El Caso Radilla ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos)*, México, Editorial Porrúa-UNAM
- Fix-Fierro, Héctor (2015), *Entre un buen arreglo y un mal pleito (Encuesta Nacional de Justicia)*, México, UNAM
- Fix-Zamudio, Héctor (1996), "Prologue", *Systematization of the Contentious Jurisprudence of The Inter-American Court of Human Rights. 1981-1991*, Manuel E. Ventura-Robles et al (coordinadores), Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos
- Gessner, Volkmar (1986), *Los conflictos sociales y la administración de justicia en México*, México, UNAM.

- Informe de resultados de los Foros de Justicia Cotidiana (2015), Centro de Investigación y Docencia Económicas, CIDE, abril de 2015.
- Lara Espinoza, Diana.(2013), Grupos en situación de vulnerabilidad. Comisión Nacional de Derechos Humanos. Colección de textos sobre derechos humanos. México.
- Lara Espinoza, Diana.(2015), El reconocimiento constitucional del derecho a la igualdad entre mujeres y hombres en Latinoamérica. Comisión Nacional de Derechos Humanos. Colección sobre la protección constitucional de los derechos humanos. Fascículo 9. México.
- Libro Blanco de la Reforma Judicial. Una agenda para la Justicia en México (2006), México, Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- Maekelt, Tatiana (2003), "El rol de la codificación interamericana en el mundo globalizado", Cursos de Derecho Internacional. Serie Temática (El sistema interamericano: 1974-2001), Comité Jurídico Interamericano, Secretaría General, Organización de Estados Americanos
- Memoria 2010-2011. Justiciabilidad de los Derechos Humanos de las Mujeres. La Sentencia de Campo Algodonero (Memoria de los foros internacionales "A un año de la Sentencia de Campo Algodonero" y "A dos años de la Sentencia de Campo Algodonero", Ciudad Juárez, Chihuahua 2010-2011. Comisión Especial para conocer y dar seguimiento Puntual y Exhaustivo a las Acciones que han emprendido las Autoridades Competentes en relación a los Femicidios registrados en México (2012), México, LXI Legislatura. Cámara de Diputados.
- Pou Giménez, Francisca, "Las reformas en materia de derechos fundamentales", Reformar sin mayorías. La dinámica del cambio constitucional en México: 1997-2012, Casar, Amparo, y Marván, Ignacio (Coords), México, Taurus
- Rey Cantor, Ernesto (2008), Control de convencionalidad de las leyes y derechos humanos, México, Editorial Porrúa- IMDPC
- Sánchez Cordero de García Villegas, Olga, Discurso en la presentación del Libro Blanco de la Reforma Judicial, Mérida Yucatán, 10 de noviembre de 2006, pp. 18-19. Disponible en: <https://www.scjn.gob.mx/conocelacorte/ministra/presentacion-libro-blanco.pdf>. (consultado el 9 de marzo de 2016).
- Vázquez Marín, Óscar (2010), "La implementación del Sistema de Justicia Penal Acusatorio en México desde la perspectiva del Poder Judicial", Nuevo Sistema de Justicia Penal (Revista semestral del Consejo de Coordinación para la Implementación del Sistema de Justicia Penal), noviembre 2010, Número 2.
- Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo (2001), "Los poderes privados no regulados. Democracia y nueva Ley de Amparo", "Reforma del Estado y democracia gobernable: algunas reflexiones", Estrategias y propuestas para la Reforma del Estado, Carbonell, Miguel (Coords.), México, UNAM
- Zavala de Alba, Luis Eduardo. (2015), Gobernanza en Derechos Humanos: Hacia una nueva eficacia y eficiencia institucional. Comisión Nacional de Derechos Humanos. Colección sobre la protección constitucional de los derechos humanos. Fascículo 18. México.

Jurisprudencia Nacional

- Pleno de la SCJN. Décima Época. Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 22, septiembre de 2015, tomo I. Tesis: P. XVII/2015 (10a.). acceso a la tutela jurisdiccional efectiva. Forma de garantizar el derecho humano relativo tratándose de personas indígenas. Disponible en <http://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Paginas/DetalleGeneralV2.aspx?ID=2009995&Clase=DetalleTesisBL> (consultado 18/02/2016)
- Pleno de la SCJN. Décima Época. Semanario Judicial de la Federación. septiembre de 2015. P. XX/2015 (10a.). Impartición de justicia con perspectiva de género. Obligaciones que debe cumplir el Estado mexicano en la materia. <http://sjf.scjn.gob.mx/SJFSem/Paginas/DetalleGeneralV2.aspx?ID=2009998&Clase=DetalleSemanarioBL> (consultado 18/02/2016)
- Primera Sala de la SCJN. Décima Época. Jurisprudencia. Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 18, mayo de 2015, tomo I. 1a./J. 12/2015 (10a.). Interés superior del menor. El ejercicio del derecho de los menores de edad a participar en los procedimientos que afecten su esfera jurídica involucra una valoración de parte del juez. Página: 383. <http://sjf.scjn.gob.mx/SJFSem/Paginas/DetalleGeneralV2.aspx?ID=2009010&Clase=DetalleSemanarioBL> (consultado 18/02/2016)
- Primera Sala de la SCJN. Décima Época. Jurisprudencia. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta . Libro XXII, Julio de 2013, tomo I. 1a./J. 40/2013 (10a.). Amparo directo en materia penal. La víctima u ofendido del delito tiene legitimación para promoverlo cuando se impugnan apartados jurídicos diversos al de la reparación del daño de la sentencia definitiva. Página: 123 Disponible en <http://sjf.scjn.gob.mx/SJFSist/paginas/DetalleGeneralV2.aspx?id=2003918&Clase=DetalleTesisBL> (consultado 18/02/2016)
- Primera Sala de la SCJN. Novena Época. Fundamentación y motivación de las resoluciones jurisdiccionales, deben analizarse a la luz de los artículos 14 y 16 de la constitución política de los estados unidos mexicanos, respectivamente. Apéndice 1917-Septiembre 2011. Tomo I. Constitucional 3. Derechos Fundamentales Primera Parte - SCJN Décima Tercera Sección -Fundamentación y motivación, pág. 1241. Disponible en <http://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Documentos/Tesis/1011/1011560.pdf> (consultado 18/02/2016)
- Primera Sala de la SCJN. Décima Época. Presunción de inocencia como estándar de prueba. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Libro XIX, abril de 2013, pág. 966. <http://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Documentos/Tesis/2003/2003344.pdf> (consultado 18/02/2016)
- Primera Sala de la SCJN. Décima Época. Presunción de inocencia como regla de trato procesal. Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 5, abril de 2014, pág. 497. <http://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Documentos/Tesis/2006/2006092.pdf> (consultado 18/02/2016)
- Primera Sala de la SCJN. Décima Época. Presunción de inocencia como regla de trato en su vertiente extraprocesal. Influencia de su violación en el proceso penal. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Libro XX, mayo de 2013, pág. 563 <http://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Documentos/Tesis/2003/2003692.pdf> (Consultado 18/02/2016)

- Primera Sala de la SCJN. Décima Época. Presunción De Inocencia Como Regla Probatoria. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Libro XIX, abril de 2013, pág. 967 <http://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Documentos/Tesis/2003/2003345.pdf> (consultado 18/02/2016)
- Primera Sala de la SCJN. Décima Época. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Derecho fundamental de los extranjeros a la notificación, contacto y asistencia consular. Su fuente y jerarquía en el Ordenamiento jurídico mexicano. Libro XX, mayo de 2013, pág. 533. Disponible en <http://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Documentos/Tesis/2003/2003542.pdf> (consultado 18/02/2016)
- Primera Sala de la SCJN. Décima Época. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Derecho fundamental de los extranjeros a la notificación, contacto y asistencia consular. La finalidad del artículo 36, primer párrafo, de la convención de Viena sobre relaciones consulares en el derecho internacional. Libro XX, mayo de 2013, pág. 530. Disponible en <http://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Documentos/Tesis/2003/2003539.pdf> (consultado 18/02/2016)
- Primera Sala de la SCJN. Décima Época. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Prueba testimonial. El artículo 245 del código de procedimientos penales para el estado de Veracruz, no viola la garantía de imparcialidad. Libro XVIII, marzo de 2013, pág. 800. Disponible en <http://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Documentos/Tesis/2003/2003123.pdf> (consultado 18/02/2016)
- Segunda Sala de la SCJN. Séptima Época. Fundamentación y motivación. Deben constar en el cuerpo de la resolución y no en documento distinto. Apéndice 1917-Septiembre 2011. Tomo I. Constitucional 3. Derechos Fundamentales Primera Parte - SCJN Décima Tercera Sección - Fundamentación y motivación, pág. 1243. Disponible en <http://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Documentos/Tesis/1011/1011562.pdf> (consultado 18/02/2016)
- Segunda Sala de la SCJN. Décima Época. Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Recurso judicial efectivo. El juicio de amparo cumple con las características de eficacia e idoneidad a la luz del artículo 25 de la convención americana sobre derechos humanos. Libro 15, febrero de 2015, pág. 1771. Disponible en <http://200.38.163.178/sjfsist/Documentos/Tesis/2008/2008436.pdf> (consultado 18/02/2016)
- Segunda Sala de la SCJN. Novena Época. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XXVI, agosto de 2007, pág. 639. Garantía De No Discriminación. Su Protección Constitucional. Disponible en <http://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Documentos/Tesis/171/171756.pdf> (Consultado 18/02/2016)
- Suprema Corte de Justicia de la Nación SCJN. Resolución dictada por el Tribunal Pleno en el Expediente Varios 912/2010 del día catorce de julio de dos mil once. Publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 4/10/2011. Párrafos 19-20. Disponible en http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5212527&fecha=04/10/2011 (consultado 20/03/2016)
- Suprema Corte de Justicia de la Nación SCJN. Resolución dictada por el Tribunal Pleno Contradicción de Tesis 293/2011. Disponible en <https://www.scjn.gob.mx/Transparencia/Epocas/Pleno/DecimaEpoca/293-2011-PL%20CT%20Ejecutoria.pdf> (consultado 20/03/2016)
- Suprema Corte de justicia de la Nación. Amparo Directo en Revisión 517/2011. Quejosa: Florence Marie Louise Cassez Crepin. Sentencia del 23 de enero de 2013. Disponible en https://www.scjn.gob.mx/pleno/documentos/proyectos_resolucion/adr-517_2011.pdf (consultado 18/02/2016)

- Tribunales Colegiados de Circuito. Décima Época. Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Improcedencia del juicio de nulidad por incompetencia del tribunal federal de justicia fiscal y administrativa. El artículo 8º., fracción II, de la ley federal de procedimiento contencioso administrativo, es violatorio del derecho humano de acceso a la justicia, consagrado en los artículos 17 de la constitución política de los Estados Unidos Mexicanos, y 8º de la convención americana sobre derechos humanos. Libro 2, enero de 2014, pág. 3068. Disponible en <http://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Documentos/Tesis/2005/2005432.pdf> (consultado 18/02/2016)
- Tribunales Colegiados de Circuito. Décima Época. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Libro VIII, mayo de 2012. Daño moral. Cuando la víctima de un acto ilícito fallece, su familia tiene legitimación activa para reclamar la indemnización relativa, por ser también víctima de violaciones de derechos humanos (Legislación Del Distrito Federal). pág. 1835. Disponible en <http://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Documentos/Tesis/2000/2000759.pdf> (Consultado 18/02/2016)
- Tribunales Colegiados de Circuito. Décima Época. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Libro XXI, junio de 2013. Pensión Alimenticia. Las Autoridades Jurisdiccionales No Deben Rechazar De Plano Las Promociones Provenientes De Menores De Edad, Por No Haberse Planteado En La Vía Y Forma Correctas. Interés Superior De La Niñez Y Derecho De acceso A La Justicia. pág. 1283. Disponible en <http://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Documentos/Tesis/2003/2003872.pdf> (consultado 18/02/2016)
- Tribunales Colegiados de Circuito. Décima Época. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Libro XI. acceso a la impartición de justicia. Las garantías y mecanismos contenidos en los artículos 8, numeral 1 y 25 de la convención americana sobre derechos humanos, tendentes a hacer efectiva su protección, subyacen en el derecho fundamental previsto en el artículo 17 de la constitución política de los Estados Unidos Mexicanos. Agosto de 2012, tomo 2, página 1071. Disponible en <http://200.38.163.178/sjfsist/Documentos/Tesis/2001/2001213.pdf> (consultado 18/02/2016)
- Tribunales Colegiados de Circuito. Décima Época. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tutela jurisdiccional efectiva. Para lograr la eficacia de ese derecho humano los juzgadores deben desarrollar la posibilidad del recurso judicial. Libro VI, marzo de 2012, pág. 1481. Disponible en <http://200.38.163.178/sjfsist/Paginas/DetalleGeneralV2.aspx?ID=2000479&Clase=DetalleTesisBL> (consultado 18/02/2016)
- Tribunales Colegiados de Circuito. Décima Época. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Extranjero privado de la libertad. Si no existe constancia que acredite que se le informó que cuenta con el derecho a una asistencia consular o se observa que no se hizo con la oportunidad debida como lo exige el debido proceso legal a efecto de que prepare su defensa debe reponerse el procedimiento. Libro VII, abril de 2012, pág. 1735. Disponible en <https://www.buscatdh.bjdh.org.mx/Jurisprudencia%20Mexicana/2000578.pdf> (consultado 18/02/2016)
- Tribunales Colegiados de Circuito. Décima Época. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Libro III, diciembre de 2011. Convención americana sobre derechos humanos, aplicación de su artículo 25. El ordenamiento jurídico mexicano prevé como figuras de defensa respecto de los actos de las autoridades fiscales el recurso de revocación y el juicio contencioso administrativo federal, cuyo objeto es tutelar el derecho humano de protección judicial reconocido en dicho precepto. pág. 3750. <https://www.buscatdh.bjdh.org.mx/Jurisprudencia%20Mexicana/2000009.pdf#pdfjs.action=download> (consultado 18/02/2016)

Tribunales Colegiados de Circuito. Décima Época. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tutela jurisdiccional efectiva. Para lograr la eficacia de ese derecho humano los juzgadores deben desarrollar la posibilidad del recurso judicial. Libro VI, marzo de 2012, pág. 1481. Disponible en <http://200.38.163.178/sjfsist/Documentos/Tesis/2000/2000479.pdf> (consultado 18/02/2016)

Tribunales Colegiados de Circuito. Décima Época. Suplencia de la queja en los conceptos de violación o agravios de la víctima u ofendido en el juicio de amparo en materia penal. Opera conforme al control de convencionalidad (Inaplicabilidad del Artículo 76 Bis, Fracción II, de la Ley De Amparo y de las Tesis 2a. CXXXVII/2002 y 1a./J. 26/2003). Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Libro V, febrero de 2012, pág. 2218. Disponible en <http://200.38.163.178/sjfsist/Documentos/Tesis/2000/2000290.pdf> (Consultado 18/02/2016)

Tribunales Colegiados de Circuito. Décima Época. Tesis Aislada. Violencia institucional contra la mujer. Cuando se reclaman actos u omisiones en los procesos jurisdiccionales del orden familiar, donde aquella se estima configurada, es necesario que se advierta en su ejecución la intención de las autoridades de discriminar o que tenga como fin dilatar, obstaculizar o impedir el goce y ejercicio de los derechos humanos de la persona con aquella calidad. Gaceta del Semanario Judicial de la Federación Libro 26, enero de 2016, tomo IV. Tesis: XXVII.1o.3 C (10a.) página 3498. Disponible en <http://200.38.163.178/sjfsist/Paginas/DetalleGeneralV2.aspx?ID=2010797&Clase=DetalleTesisBL&Semenario=1#> (consultado 18/02/2016)

Tribunales Colegiados de Circuito. Décima Época. Tesis: Aislada. Gaceta del Semanario Judicial de la Federación Libro 26, enero de 2016, tomo IV. XI.1o.A.T.3 CS (10a.) No discriminación. Consecuencias de la violación al derecho humano relativo en un proceso jurisdiccional, conforme al artículo 63 de la convención americana sobre derechos humanos. pág. 3312. Disponible en <http://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Paginas/DetalleGeneralV2.aspx?ID=2010856&Clase=DetalleTesisBL> (consultado 18/02/2016)

Tribunales Colegiados de Circuito. Personas con discapacidad visual. Atento a sus derechos humanos, las autoridades jurisdiccionales encargadas de administrar justicia, pueden instaurar el sistema de escritura braille en el procedimiento por ser uno de los medios de comunicación contemplados en “la convención sobre los derechos de las personas con discapacidad” y en la ley general para la inclusión de éstas, para lograr su inclusión al proceso, por propio derecho y en un plano de igualdad. Décima Época. Semanario Judicial de la Federación. Tesis Aislada (Constitucional). Tesis XVII.1o.C.T.1 CS (10a.). Disponible en <http://200.38.163.178/SJF-Sem/Paginas/DetalleGeneralV2.aspx?ID=2009152&Clase=DetalleSemenarioBL#> (consultado 18/02/2016)

Recomendaciones de los ombudsman mexicanos

Comisión Nacional de los Derechos Humanos. Recomendación General no. 14. Sobre los derechos de las víctimas de delitos. México, D. F., 27 de marzo de 2007. Disponible en http://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/Recomendaciones/generales/RecGral_014.pdf (consultado 18/02/2016)

Comisión Nacional de los Derechos Humanos. Recomendación No. 5 /2016 Sobre el recurso de impugnación contra la declinación de competencia de la comisión estatal de derechos humanos de Tlaxcala, en el caso de vulneración a los derechos de acceso a la justicia, integridad personal y trato digno de V1, V2, V3, V4, V5, V6, V7, V8, V9, V10, V11, V12, V13, V14, V15, V16, V17 Y V18. Ciudad de México, a 26 de febrero de 2016.

Párrafo 58. Disponible en http://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/Recomendaciones/2016/Rec_2016_005.pdf (consultado 18/02/2016)

Comisión Nacional de los Derechos Humanos México. Recomendación No. 16 /2015. Sobre la inadecuada procuración de justicia en agravio de V1, V2, V3, V4 Y V5, jornaleros agrícolas que perdieron la vida, y de sus familiares, en el municipio de Yurécuaro, Michoacán. México, D. F., 8 de junio de 2015. Disponible en http://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/Recomendaciones/2015/Rec_2015_016.pdf (consultado 18/02/2016)

Comisión Nacional de Derechos Humanos. Recomendación 72/2009. Caso del operativo realizado en el estado de Michoacán. México, D.F. 30 de octubre de 2009. http://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/Recomendaciones/2009/Rec_2009_072.pdf (consultado 18/02/2016)

Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal. Recomendación 1/2015 . Omisión de garantizar el acceso a la justicia a Jesús Romero Colín. Disponible en <http://cdhdfbeta.cd hdf.org.mx/wp-content/uploads/2015/04/reco.pdf> (consultado 18/02/2016)

Comisión Nacional de los Derechos Humanos. Recomendación No. 43 /2015. Sobre el caso de la violación a los derechos a la libre autodeterminación y al debido proceso, en agravio de V1 y V2, Indígenas Yaquis. Párrafo 90. México, D.F., 30 de noviembre de 2015. Disponible en http://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/Recomendaciones/2015/Rec_2015_043.pdf (consultado 18/02/2016)

Comisión Nacional de los Derechos Humanos. Recomendación General No. 23 Sobre el Matrimonio Igualitario. México, D. F., 6 de noviembre de 2015. Párrafo 13. Disponible en http://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/Recomendaciones/generales/RecGral_023.pdf (consultado 18/02/2016)

Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal. Recomendación 19/2013 Falta de protocolos específicos para la investigación y atención de casos de desapariciones en la ciudad de México. Emitida el 21/10/2013. Disponible en http://cdhdfbeta.cd hdf.org.mx/wp-content/uploads/2014/03/reco_1319.pdf (Consultado 18/02/2016)

Comisión Nacional de Derecho Humanos. Recomendación no. 55 /2015. Sobre el caso de violación al derecho de acceso a la justicia en su modalidad de procuración de justicia, en agravio de v1, v2 y v3. México, D. F., 30 de diciembre de 2015. Párrafo 70. Disponible en http://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/Recomendaciones/2015/Rec_2015_055.pdf (Consultado 18/02/2016)

Comisión de Derecho Humanos del Distrito Federal. Recomendación 1/2015 Omisión de garantizar el acceso a la justicia a Jesús Romero Colín. México, D.F., a 28 de abril de 2015. Disponible en <http://cdhdfbeta.cd hdf.org.mx/wp-content/uploads/2015/04/reco.pdf> (Consultado 18/02/2016)

Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal. Recomendación 19/2013 Falta de protocolos específicos para la investigación y atención de casos de desapariciones en la ciudad de México. Emitida el 21/10/2013. Disponible en http://cdhdfbeta.cd hdf.org.mx/wp-content/uploads/2014/03/reco_1319.pdf (Consultado 18/02/2016)

Comisión Nacional de Derecho Humanos. Recomendación no. 55 /2015. Sobre el caso de violación al derecho de acceso a la justicia en su modalidad de procuración de justicia, en agravio de v1, v2 y v3. México, D. F.,

30 de diciembre de 2015. Párrafo 70. Disponible en http://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/Recomendaciones/2015/Rec_2015_055.pdf (Consultado 18/02/2016)

Comisión Nacional de los Derechos Humanos. Recomendación No. 36/2014 Sobre el caso de violación a los derechos humanos a la seguridad jurídica, a la legalidad, al trato digno y acceso a la justicia, en agravio de v1 y su menor hijo v2, en el centro de justicia para mujeres sede Toluca, de la procuraduría general de justicia del Estado de México. México, D.F., 28 de agosto de 2014 Disponible en http://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/Recomendaciones/2014/Rec_2014_036.pdf (Consultado 18/02/2016)

Comisión Nacional de los Derechos Humanos. Recomendación No. 36/2014 Sobre el caso de violación a los derechos humanos a la seguridad jurídica, a la legalidad, al trato digno y acceso a la justicia, en agravio de v1 y su menor hijo v2, en el centro de justicia para mujeres sede Toluca, de la procuraduría general de justicia del Estado de México. México, D.F., 28 de agosto de 2014 Disponible en http://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/Recomendaciones/2014/Rec_2014_036.pdf (Consultado 18/02/2016)

Comisión Nacional de los Derechos Humanos. Recomendación No. 44/2012. Sobre el caso de dilación en la impartición de justicia en el procedimiento laboral por la junta federal de conciliación y arbitraje, en agravio de V1, persona con Discapacidad. México D. F., 12 de septiembre 2012. Disponible en http://www.stps.gob.mx/bp/secciones/junta_federal/secciones/documentos/REC_2012_044.pdf (consultado 18/02/2016)

Comisión Nacional de los Derechos Humanos. Recomendación No. 47/2013 sobre el caso de la violación del derecho a la no discriminación por no tomar medidas para garantizar el acceso al servicio de transporte público a personas con discapacidad, en agravio de v1 y v2, en tabasco, zacatecas. México, D.F., a 29 de octubre de 2013. Disponible en http://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/Recomendaciones/2013/Rec_2013_047.pdf (consultado 18/02/2016)

Comisión Nacional de Derecho Humanos. Recomendación No. 4/2013 Sobre el caso de la negativa de acceso al derecho de pensión por cesantía en edad avanzada en agravio de V1. México, D. F., a 31 de enero de 2013. Párrafo 69. Disponible en http://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/Recomendaciones/2013/Rec_2013_004.pdf (consultado 18/02/2016)

Comisión Nacional de los Derechos Humanos. Recomendación No. 2 /2015. Sobre el caso del homicidio de V1 y V2, migrantes de nacionalidad hondureña, ocurrido en el tramo férreo Pakal-Ná – Salto de Agua, Municipio de Palenque, Chiapas. México, D. F., 30 de enero de 2015. Disponible en http://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/Recomendaciones/2015/Rec_2015_002.pdf (consultado 18/02/2016)

Comisión Nacional de los Derechos Humanos. Recomendación No. 4/2013 Sobre el caso de la negativa de acceso al derecho de pensión por cesantía en edad avanzada en agravio de v1. México, D. F., a 31 de enero de 2013. Disponible en http://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/Recomendaciones/2013/Rec_2013_004.pdf (consultado 18/02/2016)

Políticas Públicas Sectoriales

Plan Nacional de Desarrollo. 2013-2018. <http://pnd.gob.mx/> (consultado 18/02/2016)

- Programa de Derechos Humanos del Distrito Federal, Comité Coordinador para la elaboración del Diagnóstico y Programa de Derecho Humanos del Distrito Federal-Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, agosto de 2009
- Programa Especial de los Pueblos Indígenas 2014-2018. Disponible en http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5343116&fecha=30/04/2014 (consultado 18/02/2016)
- Programa Nacional de Derechos Humanos 2014-2018 (Diario Oficial de la Federación, 30 de abril de 2014).
- Programa Nacional para la Igualdad y No Discriminación 2014 - 2018. Disponible en http://www.conapred.org.mx/userfiles/files/Pronaind%202014-2018_WEB_ACCSS.pdf (consultado 18/02/2016)
- Secretaría de Relaciones Exteriores. Protocolo para la atención consular de niñas, niños y adolescentes migrantes no acompañados. 2015. Disponible en <http://proteccionconsular.sre.gob.mx/images/Protocolonna2.pdf> (consultado 18/02/2016)
- Suprema Corte de Justicia de la Nación. Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en caso que afecten a personas migrantes y sujetas de Protección Internacional. Disponible en <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/Publicaciones/2013/9362.pdf?view=1> (Consultado 18/02/2016)
- Suprema Corte de Justicia de la Nación. Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren personas, comunidades y pueblos indígenas. Disponible en <http://www.corteidh.or.cr/tablas/28624.pdf> (consultado 18/02/2016)
- Suprema Corte de justicia de la Nación. Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren la orientación sexual o la identidad de género. Disponible en http://www.sitios.scjn.gob.mx/codhap/sites/default/files/archivos/paginas/PROTOCOLO_DE_ACTUACION_PARA QUIENES IMPARTEN JUSTICIA EN CASOS QUE INVOLUCREN LA ORIENTACION SEXUAL O LA IDENTIDAD DE GENERO_0.pdf (consultado 18/02/2016)
- Suprema Corte de justicia de la Nación. Protocolo para juzgar con perspectiva de género haciendo realidad el Derecho a la Igualdad. Disponible en <http://www.amij.org.mx/protocolos/Protocolo%20Para%20Juzgar%20con%20Perspectiva%20de%20Genero.pdf> (consultado 18/02/2016)
- Suprema Corte de justicia de la Nación. Protocolos de actuación para quienes imparten justicia. Disponible en <https://www.scjn.gob.mx/libreria/paginas/protocolos.aspx> (consultado 18/02/2016)

Informes de la Comisión IDH

- CIDH. Estándares jurídicos vinculados a la igualdad de género y a los derechos de las mujeres en el sistema interamericano de derechos humanos: Desarrollo y aplicación. 3 de noviembre de 2011. Disponible en: <https://www.oas.org/es/cidh/mujeres/docs/pdf/ESTANDARES%20JURIDICOS.pdf> (consultado el 12 de mayo de 2016).
- CIDH. Situación de derechos humanos en México, Informe de País México, 31 de diciembre de 2015

Decisiones de la Corte IDH.

- Corte IDH. Caso Acevedo Jaramillo y otros Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de febrero de 2006. Serie C, No. 144
- Corte IDH. Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C, No. 182,
- Corte IDH. Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C, No. 239
- Corte IDH. Caso Barbani Duarte y Otros Vs. Uruguay. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 13 de octubre de 2011. Serie C, No. 234
- Corte IDH. 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
- Corte IDH. Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C, No. 160
- Corte IDH. Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C, No. 71
- Corte IDH. Caso Escher y otros Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de julio de 2009. Serie C, No. 200
- Corte IDH. Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2013. Serie C, No. 272
- Corte IDH. Caso Furlan y Familiares Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012 Serie C, No. 246
- Corte IDH. Caso García y Familiares Vs. Guatemala. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 noviembre de 2012 Serie C, No. 258
- Corte IDH. Caso Godínez Cruz Vs. Honduras. Excepciones Preliminares. Sentencia de 26 de junio de 1987. Serie C, No. 3
- Corte IDH. Caso Goiburú y otros Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2006. Serie C, No. 153
- Corte IDH. Caso Gómez Palomino Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C, No. 136
- Corte IDH. Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C, No. 205
- Corte IDH. Caso López Álvarez Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C, No. 141

- Corte IDH. Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de octubre de 2012. Serie C, No. 251
- Corte IDH. Caso Palma Mendoza y otros Vs. Ecuador. Excepción Preliminar y Fondo. Sentencia de 3 de septiembre de 2012. Serie C, No. 247
- Corte IDH. Caso Radilla Pacheco vs Estados Unidos Mexicanos. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C, No. 209
- Corte IDH. Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C, No. 216
- Corte IDH. Caso Salvador Chiriboga Vs. Ecuador. Excepción Preliminar y Fondo. Sentencia de 6 de mayo de 2008. Serie C, No. 179
- Corte IDH. Caso Servellón García y otros Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de septiembre de 2006. Serie C, No. 152
- Corte IDH. Caso Tiu Tojín Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2008. Serie C, No. 190
- Corte IDH. Caso Vélez Loor Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C, No. 218
- Corte IDH. El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal. Opinión Consultiva OC -16/99 del 1º de octubre de 1999, serie A, No. 16.
- Corte IDH. Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización. Opinión Consultiva OC - 4/84 del 19 de enero de 1984. Serie A No. 4

Normas

- Ley de Amparo (Diario Oficial de la Federación, 2 de abril de 2013).
- Ley de Migración. (Diario Oficial de la Federación, 25 de mayo de 2011)
- Ley de Víctimas (Diario Oficial de la Federación, 9 de enero de 2013),
- Ley del Registro Nacional de Datos de Personas Extraviadas o desaparecidas (Diario Oficial de la Federación, 17 de abril de 2012).
- Ley General de acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia. (Diario Oficial de la Federación, 1 de febrero de 2007)
- Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes (Diario Oficial de la Federación, 4 de diciembre de 2015)
- Ley General de Prestación de Servicios para la Atención, Cuidado y Desarrollo Integral Infantil. (Diario Oficial de la Federación, 24 de octubre de 2011)

"Derecho de acceso a la justicia: aportes para la construcción de un acervo latinoamericano"

Ley General para la Inclusión de las Personas con Discapacidad. (Diario Oficial de la Federación, 30 de mayo de 2011)

Eduardo Osorio

Bibliografía

Libros y Artículos

CEJA-GIZ (2015) El derecho de acceso a la justicia, Su ámbito de protección y los deberes de los Estados Partes de la CADH, Según la interpretación de la Corte IDH, Documento de apoyo metodológico.

Consejo Superior de la Judicatura (2016), "Resultados del estudio de tiempos procesales", tomo I, abril 2016. Bogotá.

Freixes Sanjuán, Teresa (1998), "La Constitución y el sistema de derechos fundamentales y libertades públicas" en Álvarez Conde, E. Administraciones públicas y Constitución. Reflexiones sobre el XX aniversario de la Constitución española de 1978, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública.

Freixes Sanjuán, Teresa (1993), "Una aproximación al método de interpretación constitucional", Cuadernos de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol, núm. 4. Valencia.

Freixes Sanjuán, Teresa y Remotti Carbonell, José Carlos (1992), "La configuración constitucional de la seguridad ciudadana" en La ley de seguridad ciudadana. Anuario del Departament de Ciència Política y Dret Públic. Barcelona.

Knoepfel, Peter (2007) "Hacia un modelo de análisis de políticas públicas operativo". Revista Ciencia Jurídica.

Romano, Santi (1963). El ordenamiento jurídico. Instituto de Estudios Políticos, Madrid.

Roth Deubel, Andre-Noel (2002) Manual de políticas públicas, formulación, implementación y evaluación. Bogotá, Editorial Aurora.

Salazar Vargas (1995). Las políticas públicas. Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá.

Secretaría de Integración Social (2011) "Orientaciones para el diseño, la formulación y la implementación de políticas públicas". Bogotá.

Tamayo, Manuel (1997) "El análisis de las políticas públicas", La Nueva Administración Pública, Rafael Bañón (dir), Madrid.

Velásquez, Raúl (2009). "Hacia una nueva definición del concepto "política pública". Revista Desafíos. Volumen 20.

Jurisprudencia Nacional

- Corte Constitucional, sentencia T-006, de fecha 12/05/1992.
- Corte Constitucional, sentencia T-508, de fecha 28/08/1992.
- Corte Constitucional, sentencia C-544, de fecha 23/11/1993.
- Corte Constitucional, sentencia T-231, de fecha 13/05/1994.
- Corte Constitucional, sentencia T-553, de fecha 28/11/1995.
- Corte Constitucional, sentencia C-179, de fecha 25/04/1995.
- Corte Constitucional, sentencia T-268, de fecha 18/06/1996.
- Corte Constitucional, sentencia C-163, de fecha 17/03/1999.
- Corte Constitucional, sentencia C-330, de fecha 22/03/2000.
- Corte Constitucional, sentencia T-406, de fecha 23/05/2001.
- Corte Constitucional, sentencia C- 1149, de fecha 31/10/2001.
- Corte Constitucional, sentencia C-1104, de fecha 24/10/2001.
- Corte Constitucional, sentencia C-1195, de fecha 15/11/2001.
- Corte Constitucional, sentencia C-426, de fecha 29/05/2002.
- Corte Constitucional, sentencia T-240, de fecha 5/04/2002.
- Corte Constitucional, sentencia T-1051, de fecha 28/11/2002.
- Corte Constitucional, sentencia C-309, de fecha 30/04/2002.
- Corte Constitucional, sentencia T-1165, de fecha 4/10/2003.
- Corte Constitucional, sentencia C-662, de fecha 8/07/2004.
- Corte Suprema de Justicia, Proceso 23706, de fecha 26/01/2006.
- Corte Constitucional, sentencia C-355, de fecha 10/05/2006.
- Corte Constitucional, sentencia T-590, de fecha 19/05/2005.
- Corte Constitucional, sentencia C-183, de fecha 14/03/2007.
- Corte Constitucional, sentencia T-821, de fecha 5/10/2007.
- Corte Constitucional, Auto A-092 de fecha 14/04/2008.
- Corte Constitucional, sentencia C-483, de fecha 15/05/2008.
- Corte Constitucional, sentencia C-227, de fecha 30/03/2009.

“Derecho de acceso a la justicia: aportes para la construcción de un acervo latinoamericano”

Corte Constitucional, sentencia T-974, de fecha 18/12/ 2009.

Corte Constitucional, sentencia T-101, de fecha 15/02/2010.

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal, sentencia 48016, de fecha 28/05/2010.

Corte Constitucional, sentencia C-203, de fecha 24/03/2011.

Corte Constitucional, sentencia T-267 de fecha 8/04/2011.

Consejo de Estado, Radicado: 13001-23-31-000-2011-00113-01, de fecha 11/05/2011.

Corte Constitucional, sentencia T-843, de fecha 8/11/2011.

Corte Constitucional, sentencia T-841, de fecha 3/11/2011.

Corte Constitucional, sentencia T-431, de fecha 12/06/2012.

Corte Constitucional, sentencia T-729, de fecha 19/09/2012.

Corte Constitucional, sentencia T-1049, de fecha 3/12/2012.

Corte Constitucional, sentencia T-081, de fecha 15/02/2013.

Corte Constitucional, sentencia C-279, de fecha 15/05/2013.

Corte Constitucional, sentencia T-283, de fecha 16/05/2013.

Corte Constitucional, sentencia C-222, de fecha 17/04/2013.

Corte Constitucional, sentencia C-248, de fecha 4/04/2013.

Corte Constitucional, sentencia T - 956, de fecha 19/12/2013.

Corte Constitucional, sentencia C-034, de fecha 29/04/2014.

Corte Constitucional, sentencia T-272, de fecha 6/04/2014.

Corte Constitucional, sentencia T-488, de fecha 9/07/2014.

Consejo de Estado, Auto 44586, de fecha del 11/12/2014.

Corte Constitucional, Auto A009, de fecha 17/01/2015.

Corte Constitucional, sentencia T-037, de fecha 28/01/2015.

Corte Constitucional, sentencia T-184, de fecha 17/04/2015.

Corte Constitucional, sentencia T-267, de fecha 8/05/2015.

Corte Constitucional, sentencia SU 415, de fecha 2/07/2015.

Corte Constitucional, sentencia C-496, de fecha 5/08/2015.

Jurisprudencia y opiniones consultivas de la Corte IDH

- Corte IDH, La Colegiación Obligatoria de Periodistas (arts. 13 y 29 convención americana sobre derechos humanos), Opinión consultiva OC5/85, 13 de noviembre de 1985.
- Corte IDH, Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. (Estados Unidos Mexicanos), Opinión Consultiva OC-18/03, 17 de septiembre de 2003.
- Corte IDH, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, Opinión Consultiva OC-17/2002.
- Corte IDH, Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos), opinión consultiva No. OC/9 del 6 de octubre de 1987.
- CIDH, "X y Y vs Argentina", caso No. 10.506, informe 38/96, 1997.
- Corte IDH, Caso Acevedo Jaramillo y otros Vs. Perú (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia de 7 de febrero de 2006.
- Corte IDH. Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia de 28 de noviembre de 2003.
- Corte IDH, Caso Bamaca Velásquez vs Guatemala (Fondo), sentencia del 25 de noviembre de 2000.
- Corte IDH, Caso Barbani Duarte y otros Vs. Uruguay (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia de 13 de octubre de 2011.
- Corte IDH, Caso Barrios Altos vs Perú (Fondo), sentencia del 14 de marzo de 2001.
- Corte IDH, Caso Blake vs Guatemala (Fondo), sentencia del 24 de enero de 1998.
- Corte IDH, Caso Cabrera y Montiel Flores vs México (Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 26 de noviembre de 2010.
- Corte IDH, Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México.
- Corte IDH, Caso Cantoral Benavides vs Perú (Fondo), sentencia del 18 de agosto de 2000.
- Corte IDH, Caso Castillo Petrucci y otros vs Perú (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 30 de mayo de 1999.
- Corte IDH, Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador (Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 21 de noviembre de 2007.
- Corte IDH, Caso Dacosta Cadogan vs Barbados (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia de 24 de septiembre del 2009.
- Corte IDH, Caso Fernández Ortega y otros. vs México (Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia de 30 de agosto de 2010.
- Corte IDH, Caso Fermín Ramírez vs Guatemala (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia de 20 de junio de 2005.
- Corte IDH, Caso Furlan y Familiares vs Argentina (Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia de 31 de agosto de 2012.

“Derecho de acceso a la justicia: aportes para la construcción de un acervo latinoamericano”

Corte IDH, Caso Godínez Cruz vs Honduras (Fondo), sentencia del 20 de enero de 1989.

Corte IDH, Caso de las Hermanas Serrano Cruz vs el Salvador (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 1 de marzo de 2005.

Corte IDH, Caso Hilaire, Constantine y Benjamín y otros vs Trinidad y Tobago (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia de 21 de junio de 2002.

Corte IDH, Caso “Instituto de Reeducción del Menor” vs Paraguay (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia de 2 de septiembre de 2004.

Corte IDH, Caso Mejía Idrovo vs Ecuador (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia de 5 de julio de 2011.

Corte IDH, Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs Guatemala (Fondo), sentencia del 19 de noviembre de 1999.

Corte IDH, Caso Las Palmeras vs Colombia (Fondo), sentencia del 6 de diciembre de 2001.

Corte IDH, Caso “de personas dominicanas y haitianas expulsadas” vs República Dominicana (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia de 28 de agosto de 2014.

Corte IDH, Caso Tiu Tojín vs Guatemala (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia de 26 de noviembre de 2008.

Corte IDH, Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) vs Chile (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 5 de febrero de 2001.

Corte IDH, Caso Rosendo Cantú y otra vs México (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia de 31 de agosto de 2010, párr. 166 y Corte IDH, Caso Cabrera García y Montiel Flores vs México.

Corte IDH, Caso Suárez Rosero vs Ecuador (Fondo), sentencia de 12 de noviembre de 1997.

Corte IDH, Caso del “Tribunal Constitucional vs Perú” (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia de 31 de enero de 2001.

Corte IDH, Caso Velásquez Rodríguez vs Honduras (Fondo), sentencia de 29 de julio de 1988.

Corte IDH, Caso Vélez Loo vs Panamá (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia de 23 de noviembre de 2010.

Normas

Convención Americana de Derechos Humanos.

Constitución Política de Colombia de 1991.

Ley 270 de 1999.

Ley 1448 de 2011.

Ley 1564 de 2012.

Plan Sectorial de Desarrollo de la Rama Judicial 2015-2018.

Política pública "Justicia para la Reconciliación", Ministerio de Justicia y del Derecho.

Estrategia Nacional de Derechos Humanos 2014-2034.

Juliana Sánchez

Bibliografía

Doctrina

Acosta Alvarado, Paola. (2010). Administración de justicia y acceso a la justicia: el actual plan sectorial de la Rama Judicial en Colombia. *Revista Derecho del Estado* n° 24.

Araujo-Oñate, Rocío Mercedes (2011) acceso a la justicia y tutela judicial efectiva. Propuesta para fortalecer la justicia administrativa. *Visión de derecho comparado. Revista Estudios Socio-Jurídicos*, vol. 13, núm. 1, enero-junio 2011. Bogotá, Universidad del Rosario.

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

Corporación Excelencia en la Justicia -CEJ-. (2013). *Aproximación a una década de transformaciones de la justicia colombiana*. Bogotá, Legis S.A. Disponible en: <http://www.cej.org.co/seguimientoreforma/files/2014/Aproximacio%CC%81n%20a%20una%20de%CC%81cada%20de%20transformaciones%20de%20la%20justicia%20colombiana.pdf>.

García Manrique R. (2011). *El acceso a la justicia como derecho. Programa Regional de Apoyo a las Defensorías del Pueblo en Iberoamérica*. Bogotá.

Giraldo Ángel, Jaime et al. (1999). *Metodología y técnica de la investigación socio jurídica*. Editorial Legis. Bogotá, D.C.

Herrán Pinzón, Omar Antonio. (2013). El alcance de los principios de la Administración de Justicia frente a la Descongestión Judicial en Colombia. *Revista Prolegómenos -Derechos y Valores-* Disponible en: <http://revistas.unimilitar.edu.co/index.php/dere/article/view/757/509>

López Daza, Germán Alonso. (2010). El incidente de desacato en las sentencias de tutela de los jueces de Bogotá, Medellín, Cali y Neiva (2007-2008). *Revista Universidad Sur colombiana* enero - junio 2010.

Mayorga García, Fernando. (2002). *La administración de justicia en Colombia*. *Revista credencial historia*. Edición 148. Disponible en <http://www.banrepcultural.org/blaavirtual/revistas/credencial/abril2002/laadministracion.htm>

Ministerio de Justicia y del Derecho (2005). Convenio Nacional para la Puesta en Marcha del Programa Nacional de Casas de Justicia y Convivencia Ciudadana en Colombia. Disponible en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=4667>

Ministerio de Justicia y del Derecho. (2012). Guía para la Incorporación e Implementación de la Política de acceso a la Justicia en los Planes de Desarrollo Departamentales, Distritales y Municipales.

Naranjo Mesa, Vladimiro (2006). Teoría constitucional e instituciones políticas. Editorial Temis S.A. Décima Edición. Bogotá, Colombia.

Olano García, Hernán Alejandro. (2007). Constitucionalismo histórico. Historia de Colombia a partir de sus constituciones y reformas. Bogotá, Editorial Doctrina y Ley Ltda.

PNUD – Silvina Ramírez (2005). Apuntes sobre políticas de acceso a la justicia. Presentación del Manual de políticas públicas para el acceso a la justicia: América Latina y el Caribe. Buenos Aires, Argentina.

Rendición de Cuentas del Ministerio de Justicia y del Derecho. Para ampliar información <http://www.minjusticia.gov.co/Ministerio/Planeaci%C3%B3nGesti%C3%B3nyControl/Rendici%C3%B3ndeCuentas.aspx>

Sánchez Vallejo, Juliana (2015) Entre la recepción y la omisión de una obligación internacional: el control de convencionalidad en el Consejo de Estado. Revista Academia & Derecho. Junio- diciembre 2015.

Uprimmy Yepes, Rodrigo et al. (2014) Ante la justicia. Necesidades jurídicas y acceso a la justicia en Colombia. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia. Disponible en http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recurso/ri_name_recurso.665.pdf

Toscano López, Fredy Hernando. (2013). Aproximación conceptual al “acceso efectivo a la administración de justicia” a partir de la teoría de la acción procesal. Revista de Derecho Privado N° 24. Bogotá. Enero/junio de 2013. Disponible en http://www.scielo.org.co/scielo.php?pid=S0123-43662013000100010&script=sci_arttext#nu57 [consultado por última vez el 1 de marzo de 2016].

Zamudio, Héctor (1992). “Administración de justicia”, Diccionario Jurídico Mexicano, México, Porrúa- UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.

Zapata Bello, Gabriel. (s.f.). acceso a la justicia. Consultado en línea en 5 de abril de 2016. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/92/23.pdf>

Jurisprudencia

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C 37 de 1996, del 5 de febrero de 1996.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C 252 de 2001, del 28 de febrero del 2001.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C 426 del 29 de mayo de 2002.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C 483 del 15 de mayo de 2008.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T 283 del 16 de mayo de 2013.

- Corte Constitucional colombiana. Sentencia T 736 de 2013. Magistrado Ponente: Alberto Rojas. 17 de octubre de 2013.
- Corte Constitucional colombiana. Sentencia T 37 de 2015. Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt. 28 de enero de 2015.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T 923 de 2013. Magistrado Ponente: Alberto Rojas. 6 de diciembre de 2013.
- Corte Constitucional colombiana. Sentencia T-736-13. Magistrado Ponente: Alberto Rojas. 17 de octubre de 2013.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T 338 de 2015. Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio. 3 de junio de 2015.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T 1009 de 2000. Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz. 8 de agosto de 2000.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T 172 de 1994. Magistrado ponente: Alejandro Martínez Caballero. Actor: Ernesto Orjuela Álvarez. Accionado: Instituto de Seguros Sociales (I.S.S). Radicado: T-16336. 11 de abril de 1994.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T 1258 de 2008. Magistrado Ponente: Mauricio González. 15 de diciembre de 2008.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T 255 de 2005. Magistrado Ponente: Jaime Araújo Rentería. 17 de marzo de 2005.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C 1195 de 2001. Magistrados Ponentes: Manuel José Cepeda y Marco Gerardo Monroy Cabra. 15 de noviembre de 2001.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C 1195 de 2001. Magistrados Ponentes: Manuel José Cepeda y Marco Gerardo Monroy Cabra. 15 de noviembre de 2001.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T 1014 de 1999. Magistrado Ponente: Vladimiro Naranjo Mesa. Actor: Orlando Oviedo Saballeth Accionado: Empresa Nacional de Telecomunicaciones (TELECOM). Radicado: Acumulados T-239.989 y T-242.095. Sentencia del 10 de diciembre de 1999.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C 543 de 1992. Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández. 1 de octubre de 1992.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T 173 de 1993. Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández. Sentencia del 4 de mayo de 1993.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C - 590 de 2005. Magistrado Ponente: Jaime Córdoba Triviño. Sentencia del 8 de junio de 2005.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T 488 de 2014. Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio. 9 de julio de 2014.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T 353 de 2012. Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt. Sentencia del 15 de mayo de 2012.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU 627 del 1 de octubre de 2015. Magistrado Ponente: Mauricio González.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T 431 de 1992. Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández. Sentencia del 24 de junio de 1992.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T 220 de 2007. Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra. Sentencia del 22 de marzo de 2007.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T 292 de 1999. Magistrado ponente: José Gregorio Hernández Galdola. Actor: Jorge Quintero Forero. Accionado: TA de Caldas. Radicado: T-187857.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T 604 de 1995. Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz. Sentencias del 12 de diciembre de 1995.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T 220 de 2007. Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra. Sentencia del 22 de marzo de 2007.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T 604 de 1995. Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz. Sentencias del 12 de diciembre de 1995.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T 961 de 2004. Magistrada Ponente: Clara Inés Vargas. Sentencia del 7 de octubre de 2004.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C – 365 de 2000. Magistrado Ponente: Vladimiro Naranjo Mesa. Sentencia del 29 de marzo de 2000.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T 214 de 2012. Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva. Sentencia del 16 de marzo de 2012.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C 543 de 2011. Magistrado Ponente: Humberto Sierra Porto. Sentencia del 6 de julio de 2011.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T 283 de 2015. Magistrada Ponente: Martha Victoria Sáchica. Sentencia del 13 de mayo de 2015.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C – 774 de 2001. Magistrado ponente: Rodrigo Escobar Gil. Sentencia del 25 de julio de 2001.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T 956 de 2013. Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas. Sentencia del 19 de diciembre de 2013.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C 025 de 2009. Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar. Sentencia del 27 de enero de 2009.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C 258 de 2011. Magistrado Ponente: Gabriel Eduardo Mendoza. Sentencia del 6 de abril de 2011.

- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C 799 de 2005. Magistrado Ponente: Jaime Araújo Rentería. Sentencia del 2 de agosto de 2005.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C 102 de 2005. Magistrado Ponente: Alfredo Beltrán Sierra. Sentencia del 8 de febrero de 2005.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C 799 de 2005. Magistrado Ponente: Jaime Araújo Rentería. Sentencia del 2 de agosto de 2005.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C 95 de 2003. Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil. Sentencia del 11 de febrero de 2003.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C 341 de 2014. Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo. Sentencia del 4 de junio de 2014.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T 488 de 2014. Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio. Sentencia del 9 de julio de 2014.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T 676 de 2007. Magistrado Ponente: Humberto Sierra Porto. Sentencia del 30 de agosto de 2007.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C 367 de 2014. Magistrado Ponente: Mauricio González. Sentencia del 11 de junio de 2014.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C 169 de 2014. Magistrada Ponente: María Victoria Calle Correa. Sentencia del 19 de marzo de 2014.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C 828 de 2002. Magistrado Ponente: Eduardo Montealegre. Sentencia del 8 de octubre de 2002.
- Consejo de Estado de Colombia. Sección Primera. Sala de lo contencioso administrativo. Sentencia del 15 de noviembre de 2012. Magistrada Ponente: María Elizabeth García González. Actor: Pedro Acosta. Demandado: Consejo Superior de la Judicatura. Radicado: 660012331000-20100018901.
- Consejo de Estado de Colombia. Sección 3. Sentencia del 9-05-2012. Magistrado ponente: Enrique Gil. Actor: Luis Felipe López. Accionado: Hospital Antonio Roldan. Radicado 50012324000-19940253001.
- Consejo de Estado de Colombia. Sección 2. Sentencia del 3-12-2012. Magistrado Ponente: Gustavo E. Gómez. Actor: Doris Medina. Accionado: Unidad para la atención y reparación integral a las víctimas. Radicado: 250002341000-20120034401.
- Consejo de Estado de Colombia. Sección Quinta. Sentencia del 10 de septiembre de 2015. Magistrada Ponente: Lucy Jeannette Bermúdez. Demandante Sandra De La Paz Martínez Viloria Y Otros. Demandando Tribunal Administrativo Del Magdalena, Sala De Descongestión. Radicación. 11001031500020140347601.
- Consejo de Estado de Colombia. Sección 2. Magistrado ponente: Víctor Hernando Alvarado. Actor: Rosa Amelia Bustos. Accionado: Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Radicado: 110010315000-20110170200
- Consejo de Estado De Colombia. Sección 1. Magistrada ponente: María Claudia Rojas. Actor: Vicente Jesús Blanco. Sentencia del 1-03-09. Radicación 760012331000-20080082501.

- Consejo de Estado De Colombia. Sección 2 Magistrado Ponente: Alfonso Vargas. Actor: Édison Alberto Jiménez. Accionado: Juzgado 16 Administrativo de Medellín. Radicado: 110010315000-20110151500. Sentencia del 23-11-2011.
- Consejo de Estado de Colombia. Sección 3. Magistrada ponente: Ruth Stella Correa Palacio. Actor: Fundación Redimir. Accionado: Hospital San Pablo de Cartagena. Providencia del 9-12-2010. Radicado: 130012331000-20090010801.
- Consejo de Estado de Colombia. Sección 2. Magistrado ponente: Gustavo Eduardo Gómez. Actor: María Elvira Alfonso. Demandado Tribunal Administrativo Boyacá. Providencia del 19-08-09. Radicación 110010315000-20090070700.
- Consejo de Estado de Colombia. Sección 2. Magistrado ponente: Alfonso Vargas. Actor: Ismael Enrique Molina. Providencia del 1-09-09. Radicación 110010315000-20090081700
- Consejo de Estado de Colombia. Sección 2. Subsección A. Providencia del 16-02-2011. Magistrado Ponente: Luis Rafael Vergara. Actor: María Inés Correal. Accionado: Tribunal Administrativo de Santander. Radicado: 110010315000-201000153800
- Consejo de Estado de Colombia. Magistrado Ponente: Alonso Vargas Rincón. Actor: José Alonso Ceballos Accionado: Tribunal Administrativo de Antioquia. Radicado: 110010315000-20110065500.
- Consejo de Estado de Colombia. 31-03-2011 Sección 1 Magistrado Ponente: Marco Antonio Velilla. Actor: Pedro Julio Mora Rojas Accionado: Tribunal Administrativo Cundinamarca. Radicado: 110010315000-20100138100.
- Consejo de Estado de Colombia. 4-02-2016. Sección 2. Subsección B. Magistrado Ponente: Gabriel Valbuena. Actor: José Octavio Alzate. Radicación 11001031500020150101701 (AC)
- Consejo de Estado de Colombia. 07-05-2014 Sección 4. Magistrada Ponente: Carmen Teresa Ortiz. Actor: Proyecto 101 SAS Accionado: Secretaria Distrital de Hacienda. Radicado: 250002337000-20120038701
- Consejo de Estado de Colombia. Sección Quinta. Magistrado Ponente Lucy Jeannette Bermúdez. 7 de septiembre de 2015. Demandante María Esperanza Acevedo Campuzano. Demandando Consejo de Estado, Sección Tercera Subsección C. Radicación 110010315000-20140257901.
- Consejo de Estado de Colombia. 3-09-2006. Sección 3. Magistrado ponente: Eduardo Hernández. Actor: José Erlinton Angulo. Radicación 520012331000200501660.
- Consejo de Estado de Colombia. 29-10-2012 Sección 3 Subsección B. Magistrado ponente: Stella Conto Díaz. Actor: Rosalba Giraldo Accionado: Municipio de Medellín. Radicado: 50012331000-20120077401.
- Consejo de Estado de Colombia. 15-04-2004. Sección 1. Magistrado ponente: Camilo Arciniega. Actor: Delio Alfonso Giraldo. Radicación 1100103150002004015001.
- Consejo de Estado de Colombia 24-09-2012. Sección 3. Magistrado ponente Jaime Orlando Santofimio. Actor: José Antonio Feniche Accionado: Fiscalía General de la Nación. Radicado: 500012331000-20110058601.
- Consejo de Estado de Colombia Sección 2. Magistrado ponente Víctor Hernando Alvarado. Actor: Martha Lucía Farfán Accionado: Juzgado 2 Administrativo de Buga. Radicado: 760012331000-20120066501.

- Consejo de Estado de Colombia. 06-09-08. Sección 2. Magistrado ponente: Jesús María Lemos. Actor: Gladys Marina Angarita. Radicación 150012331000-20010086901.
- Consejo de Estado. Sentencia del 25-04-2011. Sección 2 Magistrado Ponente: Gustavo Eduardo Gómez. Actor: Ricardo González Accionado: Hospital Tulia Durán (Huila). Radicado: 410012331000-20090025501
- Consejo de Estado. 06-08-09. Sección 2. Magistrado ponente: Gerardo Arenas. Actor: Simón Clavos Álvarez. Demandado: Consejo Superior de la Judicatura. Radicación 180012331000-2009001901.
- Consejo de Estado. 1-12-2011 Sección 1 Magistrada Ponente: María Claudia Rojas. Actor: Carlos Arturo Castro Accionado: TAC. Radicado: 11000315000-201100611.
- Consejo de Estado. 9-06-2011 Sección 1 Magistrada Ponente: María Claudia Rojas. Actor: Néstor Adolfo Mozos Accionado: Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Radicado: 110010315000-20110048200.
- Consejo de Estado de Colombia. Sala Plena. Magistrada Ponente: Elizabeth García. Sentencia del 31 de julio de 2012. Radicación 11001031500020090132801.
- Consejo de Estado de Colombia. 25-06-2006. Sección 1. Magistrado ponente: Gabriel Eduardo Mendoza. Actor: José Iván Arguello. Radicación: 1100103150002006001071.
- Consejo de Estado de Colombia. 1-03-2007. Sección 1. Magistrado ponente: Rafael Ostau. Actor: Jairo Enrique Caballero. Radicación 11001031500020060147500
- Consejo de Estado de Colombia. 30-04-2016. Sección 2. Magistrado ponente: Alejandro Ordóñez. Actor: María Carmela Guerrero. Radicación 52001233100019990121502.
- Consejo de Estado. 23-11-09. Sección 2. Magistrado ponente: Luis Rafael Vergara Quintero. Actor: Banco GNB Sudameris. Demandado: TAC. Radicación 110010315000-20090107400.
- Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección A. Magistrado Ponente Flavio Augusto Rodríguez Arce. Demandante Jaime Cendales Melo. Demandando Contraloría Departamental De Boyacá. 8 de abril de 1999.
- Consejo de Estado. 16-04-2012 Sección 2 Magistrado ponente Luis Rafael Vergara. Actor: Yolanda Herrera Accionado: Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Radicado: 110010315000-20120039800.
- Consejo de Estado de Colombia. 4-09-2003. Sección 5. Magistrado ponente: María Nohemí Hernández. Actor: Julio Enrique González. Radicación 2500023260002000011201.
- Consejo de Estado de Colombia. 02-02-2012. Sección 1. Magistrado Ponente: Marco Antonio Velilla. Actor: Miriam Romaña Accionado: Juzgado 1 Administrativo de Quibdó. 270012331000-20110022501.
- Consejo de Estado de Colombia. 23-08-2012. Sección 2 Magistrado ponente Gustavo Eduardo Gómez. Actor: Sandra Isabel Buitrago Accionado: T.A. de Cundinamarca. 110010315000-20120088000.
- Consejo de Estado de Colombia. 1-09-2011 Sección 4 Magistrado Ponente: William Giraldo. Actor: Dilmar Ortiz Joya Accionado: Concejo Municipal de Floridablanca. Radicado: 680012331000-19990254401.
- Consejo de Estado de Colombia. 3-05-08. Sección 2. Magistrado ponente: Jesús María Lemos. Actor: Asocomed. Radicación 110010315000-20080024600.

“Derecho de acceso a la justicia: aportes para la construcción de un acervo latinoamericano”

- Consejo de Estado de Colombia. 13-11-2014. Sección 3. Subsección B. Magistrada Ponente. Stella Conto Díaz. Actor: Guillermo Pinzón Accionado: Rama Judicial. Radicado: 25000232600-20030238401.
- Consejo de Estado de Colombia. 20-11-2014 Sección 5 Subsección A. Magistrado Ponente: Alfonso Vargas. Actor: Nariño Montes Accionado: Juzgado 12 Administrativo de Barranquilla. Radicado: 080012333000-20140073601.
- Consejo de Estado de Colombia. 10-04-2003. Sección 4 Magistrado Ponente: Ligia López Díaz. Actor: Esmeralda Porras. Radicado Tribunal Administrativo Santander 110010315500020030025601.
- Consejo de Estado. Sección Segunda. Magistrado Ponente Carlos Arturo Orjuela Góngora. Demandante Gloria Del Rosario Neira. Demandando Caja De Retiro De Las Fuerzas Militares. Fecha de Sentencia 9 de diciembre de 1993
- Consejo de Estado. 9-02-2012 Sección 4. Magistrado ponente: William Giraldo. Actor: Nueva EPS Accionado: Tribunal Administrativo de Bolívar. Radicado: 110010315000-20110169100.
- Consejo de Estado de Colombia. 10-02-2016. Sección 3 Subsección A. Magistrado Ponente: Marta Nubia Velásquez. Actor: Edatel. E.S.P. Radicación: 5001233100020030273404.
- Consejo de Estado de Colombia. Sección Cuarta. Magistrado Ponente Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez. Fecha de Sentencia 5 de febrero de 2016. Demandante Henry Vargas Ferreira. Demandando Consejo de Estado, sala especial de decisión no. 8 y otros. N° de sentencia 110010315000-20150201700.
- Consejo de Estado. 06-08-2006. Sección 1. Magistrado ponente: Camilo Arciniegas. Actor: Martha Inés Pérez. Radicado 11001031500020060023400.
- Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección B. Magistrado Ponente Gerardo Arenas Monsalve. Demandante Yolanda Vélez Naranjo. Demandando Tribunal Administrativo del Valle del Cauca. Fecha de Sentencia 4 de febrero de 2016. N° de sentencia 110010315000-20150336500.
- Consejo de Estado. 9-06-2010 Sección 3. Magistrada ponente: Stella Correa Palacio. Actor: Ramiro Alonso Castro Accionado: Instituto del Seguro Social. Radicado: 760012331000-19970358101.
- Consejo de Estado. 23-11-09. Sección 2. Magistrado ponente: Luis Rafael Vergara Quintero. Actor: Banco GNB Sudameris. Demandado Tribunal Administrativo Cundinamarca. 110010315000-20090107400.
- Consejo de Estado. 3- 02- 2000. Sección 2. Subsección B. Radicación 27001233100020000941301. Magistrado Ponente: Carlos Arturo Orjuela. Actor: Rafael Enrique Figueroa.
- Consejo de Estado. 29-03-2012 Sección 2. Magistrado ponente: Víctor Hernando Alvarado. Actor: Silvia Raquel Quijano Accionado: Tribunal Administrativo de Cauca. Radicado: 110010315000-20110123001.
- Consejo de Estado. 23-11-09. Sección 2. Magistrado ponente: Luis Rafael Vergara Quintero. Actor: Banco GNB Sudameris. Demandado Tribunal Administrativo Cundinamarca. 110010315000-20090107400.
- Consejo de Estado. 28-02-2016. Sección 4. Magistrado Ponente: Carmen Teresa Ortiz. Radicación 11001031500020130009600.

- Consejo de Estado. 19- 5- 2005. Sección 1. Magistrado Ponente: Rafael Enrique Ostau de Lafort. Actor: Gloria María Barrera. 11001031500020050035800 (AC)
- Consejo de Estado. Sección cuarta. Magistrado Ponente: María Inés Ortiz. Actor: Yinet Hasbleidy Castillo. Radicación 11001031500020040048100
- Consejo de Estado. 01-10-2012 Sección 2. Magistrado ponente: Luis Rafael Vergara. Actor: María Sorely Carvajal Accionado: Juzgado 4 Administrativo de Manizales. Radicado: 170012331000-20120037501.
- Consejo de Estado. 08-05-2012 Sección 2 Magistrado ponente Luis Rafael Vergara. Actor: Luis Ignacio Bernal Accionado: Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Radicado: 110010315000-20110160001
- Consejo de Estado. 23-09-07. Sección 4. Magistrado ponente: Ligia López. Actor: Confecciones Tiny Ltda.
- Consejo de Estado. 01-01-09. Sección 2. M.P.: Gerardo Arenas. Radicación 110010315000-20090120800.
- Consejo de Estado. 14-07-2007. Sección 1. Magistrado ponente: Camilo Arciniegas. Radicación 11001031500020070040000.
- Consejo de Estado. 9-06-2011 Sección 4 Magistrada Ponente: Martha Teresa Briceño. Actor: Ministerio de Defensa Hospital Central Accionado: Juzgado 35 Administrativo del Circuito. 250002315000-20110090701
- Consejo de Estado. 12-08-2010 Sección 5 Magistrado Ponente: Susana Buitrago. Actor: Jorge Humberto Tascón Accionado: Tribunal Administrativo del Valle del Cauca. Radicado: 110010315000-20090065801.
- Consejo de Estado. 11-06-2013 Sección 3. Magistrado ponente: Danilo Rojas. Actor: Manuela Portocarrero Accionado: IPS Azul Pacífico. Radicado: 190012331000-20100002501.
- Consejo de Estado. 29-07-2010 Sección 2 Magistrado Ponente: Gustavo Eduardo Gómez. Actor. Aidé Rocío Cerón Accionado: Juzgado Segundo Administrativo de Pasto. Radicado: 520012331000-20100014801.
- Consejo de Estado. 07-07-2007. Sección 2. Magistrado ponente: Margarita Olaya. Actor: Humberto Salazar. Radicación 25000232700020070039501.
- Consejo de Estado. 06-02-2013 Sección 2. Magistrado Ponente: Luis Rafael Vergara. Actor: Manuel Ricardo Amaya Accionado: Tribunal Administrativo de Casanare. Radicado: 110010315000-20120207000.
- Consejo de Estado. 24-07-09. Sección 5. Magistrado ponente: María Nohemí Hernández. Actor: Carmen Alicia Estupiñan. Radicación 110010315000-20080120801.
- Consejo de Estado. Sección Cuarta. Magistrado Ponente Julio Enrique Correa Restrepo. Demandante Rafael Luna Joyas. Demandando Departamento Del Huila. 4 de abril de 1997. Radicación. 11001033100019970447301.
- Consejo de Estado. 9-06-2010 Sección 3. Magistrado Ponente: Enrique Gil. Actor: Juan Gabriel Varela Accionado: INCODER. Radicado: 110010326000-20090008900.
- Consejo de Estado. 16-09-2010 Sección 1 Magistrado Ponente: María Claudia Rojas Lasso. Actor: Martha E. Chávez Accionado: Hospital Militar. Radicado: 110010324000-20040019401.
- Consejo de Estado. 21-07-2004. Sección 1. Magistrado ponente: Olga Inés Navarrete. Actor: Omar Enrique Leina. Radicación 1100103240002003012701

- Consejo de Estado de Colombia. Sección Tercera. Magistrado Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Sentencia del 22 de octubre de 2015. Radicación: 54001233100020020180901
- Consejo de Estado. 29-07-2013 Sección 3. Magistrada Ponente: Stella Conto Díaz. Actor: María Valencia Arango Accionado: Ejército Nacional. Radicado: 250002336000-20120062801.
- Consejo de Estado. Sección Tercera. Magistrado Ponente Juan De Dios Montes Hernández. Demandante Jorge Heli Vanegas G. Demandando Fondo Rotatorio De Aduanas. Fecha de Sentencia 3 de diciembre de 1993. Radicación: 8662
- Consejo de Estado de Colombia. Sección Tercera. Magistrado Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Sentencia del 22 de octubre de 2015. Radicación: 54001233100020020180901
- Consejo de Estado. 19-05-2011 Sección 1 Magistrado Ponente: Rafael Eduardo Ostau. Actor: Iván A. Carvajal Accionado: el Procurador General. Radicado: 110010324000-20080023200.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso DacostaCadogan vs Barbados. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de septiembre de 2009. Serie C, No. 204, § 84.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Yatama vs Nicaragua, Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 23 de junio de 2005.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C, No.205§ 402
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Goiburú y otros vs Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2006.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de las Masacres de Ituango vs Colombia. Sentencia de 1 de julio de 2006 Serie C, No. 148 § 287.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Radilla Pacheco vs México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C, No. 209, § 247; Corte IDH.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Blake vs Guatemala. Fondo. Sentencia de 24 de enero de 1998. Serie C, No. 36, § 96.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, §§ 54 y 93.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Vélez Loor vs Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010 Serie C, No. 218, § 143.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Fernández Ortega y otros. vs México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010 Serie C, No. 215, § 201.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Furlán y Familiares vs Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C, No. 246, § 137.

- Corte Interamericana de Derechos Humanos. El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16, § 121.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso "Instituto de Reeducción del Menor" vs Paraguay. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C, No. 112, párr. 245.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de las Hermanas Serrano Cruz vs El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de marzo de 2005. Serie C, No. 120 § 64
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Suárez Rosero vs Ecuador. Fondo. Sentencia de 12 de noviembre de 1997. Serie C, No. 35, § 71.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Barreto Leiva vs Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de noviembre de 2009. Serie C, No. 206, § 75.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Reverón Trujillo vs Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de junio de 2009. Serie C, No. 197, § 148.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Palamara Iribarne vs Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C, No. 135, § 146
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") vs Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C, No. 182, § 77 y 78.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso López Mendoza vs Venezuela. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2011 Serie C, No. 233, § 199.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Ricardo Canese vs Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C, No. 111, § 154.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Castillo Petrucci y otros vs Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C, No. 52, § 141.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Hilaire, Constantine y Benjamín y otros vs Trinidad y Tobago. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de junio de 2002. Serie C, No. 94, § 152.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Vélez Loo vs Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010 Serie C, No. 218, § 132.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Herrera Ulloa vs Costa Rica, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. § 158 y 161.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Cantoral Benavides vs Perú. Fondo. Sentencia de 18 de agosto de 2000. Serie C#69, § 132.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Loayza Tamayo vs Perú. Fondo. Sentencia de 17 de septiembre de 1997. Serie C#33, § 66.

- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Mejía Idrovo vs Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2011 Serie C, No. 228, § 90.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Zambrano Vélez y otros vs Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2007. Serie C, No. 166, § 154.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Yvon Neptune vs Haití. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de mayo de 2008. Serie C, No. 180, § 179.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Anzualdo Castro vs Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2009. Serie C, No. 202, § 167.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Albán Cornejo y otros. vs Ecuador. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2007. Serie C, No. 171, § 136.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Fornerón e hija vs Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012. Serie C, No. 242, § 177.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awastingni vs Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C, No. 79, §§ 123, 124 y 127
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Nadege Dorzema y otros vs República Dominicana. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de octubre de 2012. Serie C, No. 251, § 275
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Tristán Donoso vs Panamá. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de enero de 2009 Serie C, No. 193, § 206.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Vargas Areco vs Paraguay. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C, No. 155, § 164.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014.
- Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 5-08-14. Magistrado Ponente: Fernando Alberto Castro. Tutela. Radicación T 74800.
- Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 17 de noviembre de 2015. Magistrado ponente: José Leonidas Bustos. Radicación T 82704.
- Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Penal. Magistrada ponente: María de Rosario González. Sentencia del 23 de abril de 2015. Radicación T 79111.
- Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Penal. Magistrado ponente: José Leónidas Bustos. Sentencia del 17 de noviembre de 2015. Radicación T 82704.
- Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Laboral. Sentencia del 15-07-2015. Magistrado ponente: Luis Gabriel Miranda. Radicación T 40552.
- Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 4-05-10. Magistrado Ponente: Julio Enrique Socha. Radicación. T47790.

- Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 14-04-20015. Magistrado ponente: Eugenio Fernández. Tutela. Radicación T 79045
- Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 13-11-14. Magistrado Ponente: Luis Guillermo Salazar. Tutela. Radicación T 76469.
- Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 1-12-15. Magistrada ponente: Patricia Salazar. Radicación T82960.
- Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Civil y Agraria. Sentencia del 08-07-2015. Magistrado ponente: Ariel Salazar Ramírez. Tutela contra providencia judicial. Radicación 110010204000-20157780202
- Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Laboral. Sentencia del 1-10-14. Magistrado Ponente: Carlos Ernesto Molina. Tutela. Radicación T 37866.
- Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Laboral. Sentencia del 15-07-20015. Magistrado ponente: Luis Gabriel Miranda. Tutela. Radicación T 40552.
- Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sentencia del 19-11-15. Magistrado ponente: Gustavo Enrique Malo. Radicación T 82942.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 1-10-2015. Magistrado ponente: Gustavo Enrique Malo. Radicación T 82205
- Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 4-03-14. Magistrado Ponente: Eugenio Fernández Carlier. T 70171.
- Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 10-02-15. Magistrado Ponente: José Leónidas Bustos. Radicación T 77761.
- Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 17-03-16. M.P.: Fernando Giraldo Gutiérrez. 110012203000-20160022601.
- Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 10-12-15. Magistrado ponente: Gustavo Enrique Malo. Radicación T83105.
- Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 23-09-2015. M.P.: Margarita Cabello. 110012203000-20150179201
- Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 11-11-15. Magistrado ponente: Gustavo Enrique Malo. Radicación T 82565.
- Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 22-09-2015. Magistrado ponente: José Leónidas Bustos. Radicación T 82041.
- Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 28-01-15. M.P.: Margarita Cabello. Radicación 11001020300020150000900
- Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 14-04-2015. Magistrada Ponente: Patricia Salazar. Radicación T 78998.
- Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 28-01-16. Magistrado ponente: Gustavo Enrique Malo. Radicación T83833.

“Derecho de acceso a la justicia: aportes para la construcción de un acervo latinoamericano”

Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 20-11-15. Magistrado ponente: Luis Armando Tolosa. Radicación 230012214000-20150024301.

Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 5-02-15. Magistrado Ponente: José Luis Barceló. Radicación T77770

Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 17-02-14. Magistrado Ponente: Gustavo Hernando López. Radicación T 32580

Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 23-04-20015. Magistrado ponente: María de Rosario González. Radicación T79111

Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 20-08-2015. Magistrado ponente: Eyder Patiño. Radicación T81215.

Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 9-09-2015. Magistrado ponente: Ariel Salazar Ramírez. Radicación 080012213000-20150031801.

Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 06-05-2015. Magistrado ponente: Luis Guillermo Salazar. Radicación T 79400.

Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 24-11-15. Magistrado ponente: Patricia Salazar Cuellar. Radicación T 82950

Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 14-10-14. Magistrado Ponente: José Leónidas Bustos. Radicación T 76242

Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 29-09-15. Magistrado Ponente: José Leónidas Bustos. Radicación 28084.

Corte Suprema de Justicia. Sala Penal. Recurso extraordinario de revisión. SP16485-2014 (31194). Sentencia del 3 de diciembre de 2014. Magistrado Ponente: Fernando Alberto Castro Caballero.

Normatividad

Constitución Política de Colombia de 1886

Constitución Política de Colombia de 1991

Ley 270 del 7 de marzo de 1996. “Ley Estatutaria de Administración de Justicia”

Ley 489 del 29 de diciembre de 1998

Decreto 2897 del 11 de agosto de 2011

Convención Americana de Derechos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica”

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Oswaldo Feusier

Bibliografía

- Bertrand Galindo, Francisco y otros, 1999, Manual de Derecho Constitucional, San Salvador, Ministerio de Justicia.
- IUDOP, 2014, La Situación de la seguridad y la justicia 2009-2014, 2014, San Salvador, Talleres gráficos UCA.
- Consejo de Derechos Humanos, 22º periodo de sesiones, informe del 11 de enero del 2013 bajo la referencia A/HRC/22/44/Add.2.

AMPAROS

- SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Amparo 119-2000, 26 de febrero del 2003.
- SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Amparo 384-1997, 9 de febrero de 1999.
- SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Amparo 360-97, 10 de febrero de 1999.
- SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Amparo 348-2004, 9 de septiembre del 2011.
- SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Amparo 114-99, 28 de mayo del 2001.
- SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Amparo 270-2000, 4 de marzo del 2002.
- SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Amparo 271-2009, 9 de septiembre de 2011.
- SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Amparo 253-2009, 26 de agosto de 2011.
- SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Amparo 150-97, 13 de octubre de 1998.
- SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Amparo 655-99, 6 de febrero de 2001.
- SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Amparo 604-2001, 12 de agosto del 2002.
- SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Amparo 394-99, 31 de mayo de 2000.
- SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Amparo 308-2008, 30 de abril del 2010.
- SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Amparo 469-2008, 1 de febrero del 2012.
- SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Amparo 1072-2002, 27 de junio del 2003.

“Derecho de acceso a la justicia: aportes para la construcción de un acervo latinoamericano”

- SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Amparo 40-2011, 1 de abril del 2011.
- SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Amparo 109-98, 23 de abril de 1998.

HABEAS CORPUS

- SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Habeas Corpus 371-99R, 27 de enero del 2000.
- SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Habeas Corpus 119-2014 acum, 27 de mayo de 2016.
- SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Habeas Corpus 116-2001, 1 de marzo del 2002.
- SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Habeas Corpus 99-2010, 20 de agosto del 2010.
- SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Habeas Corpus 22-2005, 27 de junio del 2006.
- SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Habeas Corpus 52-2003, 3 de septiembre del 2003.
- SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Habeas Corpus 119-2014 acum., 27 de mayo de 2016.
- SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Habeas Corpus 198-2005, 4 de septiembre del 2006.
- SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Habeas Corpus 452-99, del 31 de enero del 2000.
- SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Habeas Corpus 43-2001, 8 de octubre del 2003.
- SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Habeas Corpus 147-2003, 26 de enero del 2004.

INCONSTITUCIONALIDADES

- SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Inconstitucionalidad 5-2001 acum, 23 de diciembre de 2010.
- SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Inconstitucionalidad 8-2011, 22 de febrero del 2013.
- SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Inconstitucionalidad 06-2009, 19 de diciembre del 2012.

- SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Inconstitucionalidad 28-2006 acum, 12 de abril del 2007.
- SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Inconstitucionalidad 40-2009 acum., 12 de noviembre de dos mil diez.
- SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Inconstitucionalidad 37-2007, del 14 de septiembre del 2011.
- SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Inconstitucionalidad 4-99, 28 de mayo del 2001.
- SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA,. Inconstitucionalidad 1072-2002, 27 de junio del 2003.

JURISPRUDENCIA DEL SISTEMA INTERAMERICANO

- Corte IDH. Cabrera García y Montiel Flores vs México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C, No. 220.
- Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros vs Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de 2006. Serie C, No.154.
- Corte IDH. Caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") vs Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie Con. 182.
- Corte IDH. Caso Atala Riffo y Niñas vs Chile. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C, No. 239.
- Corte IDH. Caso Bámaca Velásquez vs Guatemala. Sentencia de 25 de noviembre de 2000. Serie C. No. 70.
- Corte IDH. Caso Barbani Duarte y Otros vs Uruguay. Fondo Reparaciones y costas. Sentencia de 13 de octubre de 2011. Serie C, No. 234.
- Corte IDH. Caso Barreto Leiva vs Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de noviembre de 2009. Serie C, No. 206.
- Corte IDH. Caso Cantoral Benavides vs Perú, Fondo, sentencia de 18 de agosto de 2000. Serie C, No. 69.
- Corte IDH. Caso Castillo Petruzzi y otros vs Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C, No. 52.
- Corte IDH. Caso de las Hermanas Serrano Cruz vs El Salvador. Sentencia de 1 de marzo de 2005. Serie C, No. 120.
- Corte IDH. Caso Fermín Ramírez vs Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de junio de 2005. Serie C, No. 126.

- Corte IDH. Caso García y Familiares vs Guatemala, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 noviembre de 2012, serie C No 258.
- Corte IDH. Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C, No. 205.
- Corte IDH. Caso Heliodoro Portugal vs Panamá. Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 12 de agosto de 2008, serie C No 186.
- Corte IDH. Caso Herrera Ulloa vs Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C, No. 107.
- Corte IDH. Caso J. vs Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2013. Serie C, No. 275.
- Corte IDH. Caso Kawas Fernández vs Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de abril de 2009. Serie C, No. 196.
- Corte IDH. Caso Mejía Idrovo vs Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2011 Serie C, No. 228.
- Corte IDH. Caso Mejía Idrovo vs Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2011 Serie C, No. 228.
- Corte IDH. Caso Palamara Iribarne vs Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C, No. 135.
- Corte IDH. Caso Ricardo Canese vs Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C, No. 111.
- Corte IDH. Caso Suárez Rosero vs Ecuador. Fondo. Sentencia de 12 de noviembre de 1997. Serie C, No. 35.
- Corte IDH. Caso Vélez Loo vs Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010 Serie C, No. 218.
- Informe n° 136/99, caso 10.488, Ignacio Ellacuría y otros contra El Salvador

Claudio Nash, Constanza Núñez, Camila Troncoso

Bibliografía

Libros y artículos

- Acosta, Paula (2007), *El derecho de acceso a la justicia en la jurisprudencia interamericana*. Bogotá, Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo, Bogotá.
- Alfaro, Eduardo; Rojas, Tomás; Sierra, Consuelo (et.al.), *La mediación en Chile*. Disponible en <http://www.cejamericas.org/Documentos/DocumentosIDRC/53LaMediacionenChile.pdf>.
- Baytelman, Andrés y Duce, Mauricio (2003). *Evaluación de la reforma procesal penal: estado de una reforma en marcha*. Santiago, Universidad Diego Portales.
- DPLF e IDL (2009). "Obstáculos para el acceso a la justicia en las Américas". Estudio presentado ante el Comité Jurídico Interamericano.
- Godoy, Rodrigo y Didier, Marcel (2014). *Comentarios de la jurisprudencia de la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional sobre derechos de las personas migrantes durante el año 2013*. Anuario de Derechos Humanos N°10.
- Lillo, Rodrigo, *Justicia penal y derechos indígenas: el largo camino del reconocimiento de la diversidad*. Rev. austral cienc. soc., 2015, no.28.
- Nash, Claudio, et.al (2013). *Personas privadas de libertad y medidas disciplinarias en Chile: análisis y propuestas desde una perspectiva de derechos humanos*, Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho Universidad de Chile.
- Nash, Claudio y Núñez, Constanza (2015), *La tutela judicial efectiva de los derechos fundamentales en Latinoamérica*, México, Editorial Ubijus e Instituto Interamericano de Derechos Humanos.
- Nash, Claudio (2011). *Diagnóstico sobre la incorporación de los Derechos Humanos en las carreras de Derecho en Chile*, Actas Seminario Internacional Universidad y Derechos Humanos, Instituto Nacional de Derechos Humanos.
- Observatorio de Equidad de Género y Salud. (2013) *Informe Monográfico 2007-2012 "Violencia de Género en Chile"*, Santiago.
- Riveros, Francisca. (2010) *Acceso a la Justicia y Violencia contra la Mujer Artículo*, en UDP, Informe Anual de Derechos Humanos en Chile.
- SERNAM. (2009) *Análisis y evaluación de la ruta crítica en mujeres afectadas por violencia en la relación de pareja*. Documento de trabajo N° 107.
- SERNAM. (2004) *Departamento de Estudios "Políticas públicas y género"*, Santiago de Chile.

Yáñez, Nancy y Bertini, Leonello (2013). Pluralismo jurídico: derecho indígena y justicia nacional. En: Anuario de Derechos Humanos N°9, Centro de Derechos Humanos Facultad de Derecho Universidad de Chile.

Informes y Jurisprudencia nacional e internacional

CDH. Observación General No.31. Naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados partes en el Pacto, 80º período de sesiones, CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, 29 de marzo de 2004.

CIDH (2007). acceso a la Justicia para las Mujeres Víctimas de Violencia en las Américas, 20 de enero de 2007.

Corte de Apelaciones de Concepción, causa rol 3606-2014, de fecha 25/11/ 2014.

Corte de Apelaciones de Concepción, causa rol 1344-2003, de fecha 18/02/2003.

Corte de Apelaciones de Concepción, causa rol 195-2014, de fecha 2/05/2014.

Corte de Apelaciones de Copiapó, causa rol 290-2015, de fecha 20/10/2015.

Corte de Apelaciones de La Serena, rol 159-2016, de fecha 31/5/2016.

Corte de Apelaciones de Punta Arenas, rol 28-2012, de fecha 4/5/2012.

Corte de Apelaciones de Punta Arenas, causa rol 75439, de fecha 14/02/2002

Corte de Apelaciones de Rancagua, causa rol 603-2014 de fecha 08/05/2014.

Corte de Apelaciones de Santiago, causa rol 983-2006, de fecha 6/12/2006.

Corte de Apelaciones de Santiago, causa rol 1369-2014 de fecha 13/01/2015.

Corte de Apelaciones de Santiago, causa rol 9332-2014, de fecha 26/01/2015

Corte de Apelaciones de Santiago, causa rol 719-2008 de fecha 30/03/2010.

Corte de Apelaciones de Santiago, causa rol 2083-2015, de fecha 4/12/2015.

Corte de Apelaciones de Valdivia, causa 983-2006, de fecha 06/12/06.

Corte Suprema, causa rol 8778-2015, de fecha 07/09/2015.

Corte Suprema, causa rol 1753-2008 de fecha 06/04/2009.

Corte Suprema, causa rol 5851-2015, de fecha 16/06/2015.

Corte Suprema, causa rol 2399-2013 de fecha 13/08/2013.

Corte Suprema, causa rol 921-2012 de fecha 5/04/2012.

Corte Suprema, causa rol 11964-2014, de fecha 12/01/2015

Corte Suprema, causa rol 3841-2012 de fecha 4/09/2013

Corte Suprema, causa rol 2399-2013, de fecha 13/08/2013.

Corte Suprema, causa rol 6131-2013, de fecha 16/10/2013.

- Corte Suprema, causa rol 6068-2013, fecha 14.10.2013.
- Corte IDH. Caso Cantos vs Argentina (Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia de 28 de noviembre de 2002. Serie C., No 97.
- Corte IDH. Caso Caesar vs Trinidad y Tobago (Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia 11 de marzo 2005. Serie C., No. 123.
- Corte IDH. Caso Fermín Ramírez vs Guatemala (Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia de 20 de junio de 2005. Serie C., No. 126.
- Corte IDH. Caso Fernández Ortega y otros vs México (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C, No. 215.
- Corte IDH. Caso "Instituto de Reeduación del Menor" vs Paraguay. (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C., No. 112.
- Corte IDH. Caso Ximenes Lopes vs Brasil (Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C, No. 149.
- Corte IDH. 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.
- Corte IDH. Caso Rosendo Cantú y otra vs México. Excepción Preliminar (Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C, No. 216.
- DEM (2016). "Migración en Chile 2005-2014". Departamento Extranjería y Migración Ministerio del Interior y Seguridad Pública, Santiago.
- INDH (2012), Estándares internacionales en materia de personas privadas de libertad y condiciones de los centros penitenciarios: sistematización, análisis y propuestas, Santiago, Chile.
- INDH (2013). Situación Anual de los Derechos Humanos en Chile. Informe Anual 2013, Santiago.
- Ministerio de Justicia (2011), "Resumen Ejecutivo: Unidad de Justicia Vecinal", Chile, Noviembre.
- Ministerio de Justicia Gobierno de Chile (2015), Cuenta Pública Anual, mayo.
- OEA. Resolución N° 2714 de la Asamblea General. Defensa Pública como Garantía de acceso a la Justicia de las Personas en condiciones de vulnerabilidad. AG/RES. 2714, 4 de junio de 2012.
- OEA. (2012) Guía de Principios para el acceso a la Justicia en las Américas e Informe del Comité Jurídico Interamericano acceso de Justicia en las Américas. CIJ/RES. 187, 27 de marzo de 2012.
- ONU. Proyecto de documento final de la Cumbre de las Naciones Unidas para la aprobación de la agenda para el desarrollo después de 2015. A/69/L.85, 12 de agosto de 2015.
- ONU. Resolución de la Asamblea General del 24 de septiembre de 2012. Declaración de la reunión de alto nivel de la Asamblea General sobre el estado de derecho en los planos nacional e internacional. A/RES/67/1.
- SERNAM (2015). Cuenta pública sectorial

“Derecho de acceso a la justicia: aportes para la construcción de un acervo latinoamericano”

Tribunal Constitucional de Chile, sentencia rol 248-1996, de fecha 22/10/1996.

Tribunal Constitucional de Chile, sentencia rol 1470-2009, de fecha 27/10/2009.

Tribunal Constitucional de Chile, sentencia rol 2042-2015, de fecha 10/07/2012.

Tribunal Constitucional. Sentencia rol 1580-2009, 27/01/2011.

Tribunal Constitucional. Sentencia rol 2495-2013, 31/07/2014.

Tribunal Constitucional. Sentencia rol 2273-2013, de fecha 4/07/2013.

Tribunal Oral en lo Penal de Arica, causa rit 221-2009, de fecha 11/10/2010.

Normas citadas

Constitución Política de la República de Chile de 1980.

Ley N°19.968 de 30/08/2004.

Ley N° 20.022 de 30/05/2005.

Ley N° 19.696 de 12/10/2000.

Ley N°20.087 de 30/01/2006.

Ley N°19.253 de 5/10/1993.

Ley N° 20.066 de 07/10/2006.

Ley N° 18.575 de 5/12/1986.

Ley N° 19.880 de 29/05/2003.

Decreto Ley N°1094, de 19/07/1975

Reglamento de establecimientos penitenciarios, Decreto 518, de 22/05/1998.

Mayra Tirira, Víctor Calderón, Andrea Flores

Bibliografía

Libros y artículos

Ávila, Ramiro (2011). El Neoconstitucionalismo Transformador: el Estado y el Derecho en la Constitución de 2008. Ediciones Abya-Yala, 1era Edición, Quito, Ecuador.

- Cançado Trindade, Antonio. "El derecho de acceso a la justicia internacional y las condiciones para su realización en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Disponible: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/R08066-2.pdf>.
- CEJA. Guía: el derecho de acceso a la justicia. 2015. Santiago de Chile, Chile.
- Cappelletti, Mauro. acceso a la Justicia; conclusión de un proyecto internacional de investigación jurídico-sociológica (1979). En *Il foro Italiano*, vol. CII, fascículo 2, Roma, 1979, pp. 761-771.
- Salmón, Elizabeth y Cristina Blanco. El derecho al debido proceso en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- Ahrens, Helen, Juan Carlos Sainz-Borgo y Francisco Rojas Aravena (eds.), *El acceso a la Justicia en América Latina: Retos y Desafíos*, San José, Costa Rica, Universidad para la Paz, 2015.
- Esparza, Amparo y Andrea Bustos (2012), Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, Ayuda memoria, Control de Convencionalidad. 2012.
- Haydée Birgin y Natalia Gherardi (Coords.) (2011), *La garantía de acceso a la justicia: aportes empíricos y conceptuales*. Tomo 6, serie Género, Derecho y Justicia. México, SCJN-Fontamara.
- Instituto Interamericano de Derechos Humanos. acceso a la Justicia y Derechos Humanos en el Ecuador, 2009.
- Méndez J. (2010). La Participación Popular en el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano. A Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A. C. *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C.*, núm. 25, 2010, Puebla, México.
- Prieto Sanchís, Luis. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Editorial Trotta, España, 2da. edición, 2009, p. 16. En Zambrano, Alfonso. *Estado Constitucional de Derechos y Neoconstitucionalismo*. Pasquel1 http://www.alfonsozambrano.com/doctrina_penal/28102012/dp-estadod_erecho_neoconst.pdf.
- Programa DIRAJus. Derecho Internacional Regional y acceso a la Justicia en América Latina. Disponible en: <https://www.giz.de/de/downloads/giz2014-sp-factsheet-dirajus-america-latino.pdf>.
- Hernández Sampieri, Roberto *et al* (2010). *Metodología de la investigación*. Quinta Edición. McGraw Hill, México.
- John W. Creswell (2009). *Research Design. Qualitative, quantitative and mixed methos approaches*. Sage Publications, 3 rd Edition, United States of America.
- Thompson, José (2000). acceso a la justicia y equidad. Estudio en siete países de América Latina. Ed. por el BID (Banco Interamericano de Desarrollo) y el IIDH (Instituto Interamericano de Derechos Humanos). San José, Costa Rica.
- Van Rooij, Benjamin (2011). "Acercar la justicia a los pobres. Cooperación de abajo hacia arriba en las estrategias legales"; en Haydée Birgin y Natalia Gherardi (Coords.), *La garantía de acceso a la justicia: aportes empíricos y conceptuales*. Tomo 6, serie Género, Derecho y Justicia. México, SCJN-Fontamara.
- Organización de las Naciones Unidas. Derechos humanos, jurisdicción indígena y acceso a la justicia: Hacia el diálogo y respeto intercultural. Bogotá, Colombia, 24 de febrero de 2016. Disponible en: <http://unsr.vtauli-corpuz.org/site/index.php/es/declaraciones-comunicados/116-indigenous-jurisdiction>.

Informes y jurisprudencias nacionales e internacionales

a) Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Caso Chocrón Chocrón vs Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2011.

Caso J. vs Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2013. Serie C, No. 275.

Corte IDH. Caso La Cantuta vs Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C, No. 162.

Caso Anzualdo Castro vs Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2009. Serie C, No. 202.

Caso Cantos vs Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2002. Serie C, No. 97.

Caso Vélez Loo vs Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C, No. 218.

Caso González Medina y familiares vs República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de febrero de 2012 Serie C, No. 240.

Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs Ecuador. Fondo y reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C, No. 245.

Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de octubre de 2012 Serie C, No. 252.

Caso Zambrano Vélez y otros vs Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2007. Serie C, No. 166.

Caso de la Masacre de La Rochela vs Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C, No. 163.

Caso Rosendo Cantú y otra vs México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C, No. 216.

Caso Wong Ho Wing vs Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de junio De 2015.

Caso del Tribunal Constitucional vs Perú, párrafo 81, y Caso del Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) vs Ecuador.

Caso Barbani Duarte y otros vs Uruguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 13 de octubre de 2011.

Caso Quispialaya Vilcapoma vs Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2015.

- Caso Granier y Otros (Radio Caracas Televisión) vs Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de junio de 2015.
- Caso Salvador Chiriboga vs Ecuador. Excepción Preliminar y Fondo. Sentencia del 6 de mayo de 2008.
- Caso Granier y Otros (Radio Caracas Televisión) vs Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de junio de 2015.
- Caso Suárez Rosero vs Ecuador, párrafo 72. Caso Gonzáles Lluy y otros vs Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C, No. 298.
- Caso Valle Jaramillo y otros vs Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2008. Serie C, No. 192 párrafo 155.
- Caso Gonzáles Lluy y otros vs Ecuador, párrafo 298.
- Caso Tibi vs Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004.
- Caso Ricardo Canese vs Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 31 de agosto de 2004. Serie C, No. 111.
- Caso Castillo Petrucci vs Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 30 de mayo de 1999, párrafos 153 a 156.
- Caso Lori Berenson Mejía vs Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 25 de noviembre de 2004, párrafos 183 a 189.
- 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, párrafos 233 y 238.

c) Opiniones Consultivas Corte IDH

- Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A, No. 18, §§ 121 y 122.
- El derecho a la información sobre la Asistencia Consular en el marco de las garantías del debido proceso legal. Opinión Consultiva OC-16/99 de octubre 1 de 1999.
- Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002. Serie A, No. 17.

d) Otros Tribunales Internacionales

- Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Caso Hurk vs Holanda. Sentencia del 19 de abril de 1994. Case Hasan and Chaush v. Bulgaria, Judgment of 26 October 2000. Case Maestri v. Italy, Judgment of 17 February 2004. Case of Landvreugd v. The Netherlands, Judgment of 4 June 2002.

e) Informes del Estado ecuatoriano

Consejo de la Judicatura del Ecuador, Consejo de la Judicatura busca garantizar equidad en acceso a la justicia. Disponible en http://www.funcionjudicial-azuay.gob.ec/index.php?option=com_content&view=article&id=287:consejo-de-la-judicatura-busca-garantizar-equidad-en-acceso-a-la-justicia&catid=34:institucion [fecha de la última visita: 28-11-2015].

Consejo de la Judicatura del Ecuador, Proyecto de Mediación, Cultura de Paz y Justicia de Paz, 2014-2015.

Función Judicial del Ecuador, Plan Estratégico de la Función Judicial, 2013-2019, pp. 20-4. Consejo de la Judicatura. Quito, Ecuador.

Consejos de Igualdad, Agendas de Igualdad: Intergeneracional, de Género, de Pueblos y Nacionalidades Indígenas, de Discapacidades y Movilidad Humana

f) Buscadores jurisprudenciales, públicos y privados

FielWeb (<http://www.fielweb.com/Buscador/Aplicacion.aspx>)

Lexis (<http://www.lexis.com.ec/Website/empresa/nuestraEmpresa.aspx>)

Corte Interamericana (<http://www.corteidh.or.cr/index.php/jurisprudencia>)

BJDH (<http://www.bjdh.org.mx/BJDH/>)

Amy Kennemore y Pedro Pachaguaya (et al.).

Bibliografía

Albó, Xavier, "Nación de muchas naciones: nuevas corrientes políticas en Bolivia", En Democracia y Estado multiétnico en América Latina, González Casanova, Pablo y Marcos Roitman (coords), México: La jornada/CEIICH-UNAM, 1996, pp. 321-366.

Almeida, Marina, Cynthia Salazar y Blanca Melgarito (2015) "Relatoría. Violación a los derechos en: Conflicto por territorio y despojo en la comunidad Coniri, Ayllu Tapacarí, Jacha Marka Tapacarí Cóndor-Apacheta, Provincia Poopó, Oruro", Asociación Nuestramericana de Estudios Interdisciplinarios de la Crítica Jurídica - ANEICJ, México, La Paz, Bolivia.

Asamblea Nacional de Organizaciones Indígenas, Originarias, Campesinas y de Colonizadores de Bolivia (2006), Propuesta para la nueva Constitución Política de Estado, Sucre, Bolivia, Asamblea Nacional de Organizaciones Indígenas, Originarias, Campesinas y de Colonizadores de Bolivia.

Attard, María Helena (2014), Sistematización de Jurisprudencia y esquemas jurisprudenciales de Pueblos Indígenas en el marco del sistema plural de control de constitucionalidad, La Paz, Bolivia, KAS/Construir.

- Bautista S., Rafael (2010), "¿Qué significa el Estado Plurinacional?", *Descolonización en Bolivia, Cuatro Ejes para Comprender el Cambio*, 169-206. La Paz, Bolivia: Vicepresidencia del Estado.
- Bazurco Osorio, Martín (2011), "Bordeando la ciudad: comunidades periurbanas de El Alto", en *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Bolivia*, Boaventura de Sousa Santos y José Luis Exeni Rodríguez (eds), Quito, Abya Yala/Fundación Rosa, pp. 605-646.
- Canessa, Andrew (2006), "New Indigenous Citizenship in Bolivia: Challenging the Liberal Model of the State and its Subjects", *Latin American and Caribbean Ethnic Studies* 7 (2): 201-221.
- Canessa, Andrew (2012), "Conflict, Claim, and Contradiction in the New Indigenous State of Bolivia", *desigualdades.net Working Paper Series*, 22, 5-40.
- CERD/C/BOL/17-20 (2011), *Recomendaciones del Comité de las Naciones Unidas para la Eliminación de la Discriminación Racial*, de fecha 10/13/2011.
- CIDH, *acceso a la Justicia y inclusión social: el camino hacia el fortalecimiento de la democracia en Bolivia*, OEA/Ser.L/V/II., Doc. 34, de fecha 28/07/2007.
- Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia de 2009.
- De Sousa Santos, Boaventura (2012), "Cuando los excluidos tienen Derecho: justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad", en Boaventura de Sousa Santos y José Luis Exeni Rodríguez (eds.) *Justicia Indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Bolivia*, Quito, Ecuador, Fundación Rosa Luxemburgo/Aby-Yala, pp. 20-21.
- De Sousa Santos, Boaventura y José Luis Exeni Rodríguez, eds. (2012), *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Bolivia*, Quito, Abya Yala/Fundación Rosa.
- Decreto Supremo n.º 28471, 29 de noviembre de 2005.
- Decreto Supremo n.º 28586, 17 de enero de 2006.
- Decreto Supremo N° 29894, de fecha 7 de febrero de 2009.
- Defensoría del Pueblo (2016), *Sin los Pueblos Indígenas no hay Estado Plurinacional. Situación de los derechos de los pueblos indígena originario campesinos en el Estado Plurinacional de Bolivia*, La Paz, Bolivia, Defensoría del Pueblo.
- Engle, Karen (2010), *The Illusive Promise of Indigenous Development: Rights, Culture, Strategy*, Durham: Duke University Press.
- Estado Plurinacional de Bolivia, Ministerio de Autonomías (2013), *La Agenda Patriótica 2025: un estado plurinacional digno, soberano y libre de colonialidad*, La Paz, Bolivia.
- Estado Plurinacional de Bolivia, Ministerio de Justicia (2012), "Construyendo Confianza", *Plan Sectorial de Justicia Plural, 2013-2015*, La Paz, Disponible en < <http://www.justicia.gob.bo/index.php/viceministerios/vio/1630-plan-sectorial-de-justicia-plural-2013-2015>> [fecha última visita 25-11-2015].

Estado Plurinacional de Bolivia, Ministerio de Justicia (2014), Plan Nacional de Acción de Derechos Humanos (PNADH), La Paz, Disponible en < http://www.justicia.gob.bo/index.php/normas/doc_download/115-plan-nacional-de-accion-de-derechos-humanos> [fecha última visita 25-11-2015].

Gout, Jean, et al (2014), *Quinua y Territorio: Nuevo Desafíos*, La Paz, VSF – CICDA y Comunidades e Intersalar.

IIDH (2010), Centro de Derechos Humanos e Instituto de Estudios Judiciales, Manual autoformativo sobre acceso a la Justicia y Derechos Humanos en Chile, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Disponible en <https://www.iidh.ed.cr/IIDH/media/1450/manual-autofor-chile-2010.pdf> [fecha última visita 25-11-2015].

Ivonne Farah H y Luciano Vasapollo (coords). (2011), *Vivir bien: ¿Paradigma no capitalista?*, La Paz, Bolivia, CIDES-UMSA.

Ley 1257 de 11/07/1991.

Ley 1551 de 20/04/1994.

Ley 3760 de 07/11/2007.

Ley 3897 de 26/06/2008.

Ley 027 de 06/07/2010.

Ley 073 de 29/12/2010.

Ley 254 de 5/07/2012.

Ley 341 de 5/02/2013.

Ley 48 de 9/03/2013.

Ley 708 de 25/06/2015.

Molina Rivero, Ramiro, y Ana Arteaga (2008), *¿Dos racionalidades de una lógica jurídica? La justicia comunitaria en el altiplano boliviano*, La Paz, Bolivia, Compañeras de las Américas/ Fundación Diálogo.

Naciones Unidas, Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, 61/295, de fecha 13/09/2007.

Orias Arredondo, Ramiro (2015), *Reforma judicial en Bolivia. Elementos para el diagnóstico y desafíos*. La Paz, Bolivia: Friedrich Ebert Stiftung-Bolivia (FES).

Pachaguayaya, Pedro, Juan Carlos Marcani (2016), "La defensa territorial desde la jurisdicción indígena de Zongo", *Bolivia Movimiento Regional por la Tierra*, Disponible en <http://porlatierra.org/docs/6a615b9bac5963d9e35107e6710ff55c.pdf>.

Perrault, Tom (2013), "Dispossession by Accumulation? Mining, Water, and the Nature of Enclosure in the Bolivian Altiplano", *Antipode*, 45 (5): 1050-1069.

Postero, Nancy (2009), *Ahora Somos Ciudadanos*, traducido por Hernán Calla Ortega, Muela del Diablo Editores, La Paz, Bolivia.

- Postero, Nancy (2013), "El Pueblo Boliviano, de Composición Plural", *The Promise and Perils of Populism*, Carlos de la Torre (dir.), Kentucky, University of Kentucky Press, pp. 398-430
- Resolución 1, Central Agraria de Zongo 15 de septiembre de 2012.
- Resolución 2, Central Agraria de Zongo, 15 de septiembre 2012.
- Resolución Central Agraria de Zongo, 6 de octubre de 2012.
- Rivera Cusicanqui, Silvia (1984), *Oprimidos pero no vencidos, Luchas del campesinado aymara y qhechwa de Bolivia, 1900-1980*. La Paz: HISBOL/CSUTCB.
- Schavelzon, Salvador (2012), *El nacimiento del Estado Plurinacional de Bolivia: Etnografía de una Asamblea Constituyente*, La Paz, Bolivia, Plural.
- Tapia, Luis (2011), "Consideraciones sobre el Estado Plurinacional", *Descolonización en Bolivia. Cuatro ejes para comprender el cambio*, Gonzalo Gosálvez (coord), La Paz, Bolivia, Vicepresidencia del Estado Plurinacional de Bolivia, 135-168.
- Tribunal Constitucional Plurinacional, DCP 0006/2013 de fecha 5/06/2013; SC 2003/2010-R de fecha 25/10./2010; SCP 0895/2010-R de fecha 10/08/2010; SCP 1312/2012, de fecha 19/09/2010; SCP 0645/2012 de fecha 23/06/2012; SCP 2271/2012 de fecha 9/11/2012; SCP 0037/2013 de fecha 4/01/2013; SCP 1478/2012 de fecha 24/09/2012; SCP 1422/2012, de fecha 24/09/2012; SCP 0037/2013, de fecha 4/01/2013; SCP 0210/2013 de fecha 5/03/2013; SCP 1414/2013 de fecha 16/05/2013; SCP 957/2013 de fecha 27/06/2013; SCP 1023/2013 de fecha 28/08/2013; 1697/2013 de fecha 10/10/2013; SCP 1883/2013 de fecha 29/10/2013; SCP 1876/2013 de fecha 29/10/2013; SCP 1977/2013 de fecha 4/11/2013; SCP 572/2014 de fecha 10/03/2014; SCP 0874/2014 de fecha 12/05/2014; SCP 122/2014 de fecha 4/12/2014.
- Vargas Pérez, Lizbeth (2014), *Acoso y violencia. Uso y abuso del poder, politiqueros avasallan y violan en angurria de poder*, MAS, Bolivia, Ediciones Qhanañchawi.
- Velasco Rojas, Pedro (2014), *Etnografía de los mecanismos de coordinación y cooperación interjurisdiccional*, La Paz, Bolivia, THOA/UMSA.
- Vicepresidencia del Estado Plurinacional de Bolivia (2011), *Descolonización en Bolivia. Cuatro ejes para comprender el cambio*, La Paz, Bolivia, Vicepresidencia del Estado Plurinacional de Bolivia.
- Walsh, Catherine (2008), "Interculturalidad, plurinacionalidad y decolonialidad: las insurgencias político-epistémicas de refundar el Estado", *Tabula Rasa*, Bogotá, Colombia, No. 9, pp. 131-152.
- Yirgoyen Fajardo, Raquel (2004), "Pluralismo jurídico, derecho indígena y jurisdicción especial en los países andinos", *El Otro Derecho*, no. 30, Bogotá, Colombia, pp. 171-195.
- Zavaleta Mercado, René (1986), *La Nacional-Popular en Bolivia*, México: Siglo XX.

Amanda Mujica y Saulo Galicia

Bibliografía

Libros y artículos

- Cappelletti, Mauro y Garth, Bryant (1996), *El acceso a la justicia. La tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivos los derechos*, Ciudad de México, Fondo de Cultura Económica
- Cavani, Renzo (2014) "Incoherencias del proceso de ejecución peruano: causales de contradicción y suspensión de la ejecución. Análisis desde el derecho fundamental a la tutela efectiva, adecuada y tempestiva", *Efectividad y ejecución de las resoluciones judiciales. Ponencias del Cuarto Seminario Internacional de Derecho Procesal: Proceso y Constitución*, Giovanni Priori (coord.), Lima, Palestra, pp. 579-602.
- CIDH, *acceso a la Justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas*. OEA, Washington, D.C., 2007
- Chamorro, Francisco (1994), *La tutela Judicial efectiva*, Barcelona, Bosch.
- Bregaglio, Renata (2014) "El cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos emitidas contra el Estado peruano", *Efectividad y ejecución de las resoluciones judiciales. Ponencias del Cuarto Seminario Internacional de Derecho Procesal: Proceso y Constitución*, Giovanni Priori (coord.), Lima, Palestra, pp. 281-308.
- De Belaúnde, Javier (2006), *La reforma procesal del sistema de justicia ¿En el camino correcto? Breve balance de su situación actual y de los retos pendientes*, Lima, Fundación Konrad Adenauer e Instituto Peruano de Economía Social de Mercado
- Dargent, Eduardo (2006), "Judicial Reform in Perú (1990-2005)", *Making Institutions work in Perú*, John Crabtree (ed.), London, Institute for the Study of the Americas - University of London.
- Eguiguren, Francisco (1999), "La inejecución de sentencias por incumplimiento de entidades estatales. Algunas propuestas de solución", *Revista Lus Et Veritas*, N° 18, pp. 96-107
- Espinosa-Saldaña, Eloy (2000), "El debido proceso en el ordenamiento jurídico peruano y sus alcances en función a los aportes hechos por nuestra Corte Suprema sobre el particular", *Cuadernos Jurisdiccionales. Asociación No Hay Derecho*, Lima, Ediciones Legales.
- Fernández, Marisol (2006), "Usando el género para criticar el Derecho". *Revista Derecho PUCP*, N° 59.
- Garth, Bryant y Cappelletti, Mauro (1978), "Access to Justice: The Newest Wave in the Worldwide Movement to Make Rights Effective", *Buffalo Law Review*, vol. 72, pp. 181-292.
- Hernández, Wilson (2008), *La carga procesal bajo la lupa: por materia y tipo de órgano jurisdiccional*, Lima, Instituto de Defensa Legal.
- La Rosa, Javier (2009), "El acceso a la Justicia como condición para una reforma judicial en serio", *Revista Derecho PUCP*, N° 62. Lima, PUCP

- La Rosa, Javier (2007), "Acceso a la Justicia: elementos para incorporar un enfoque integral de política pública", acceso a la Justicia en el Mundo Rural, Javier la Rosa (coord.), Lima, Instituto de Defensa Legal.
- Landa, César (2012), El derecho al debido proceso en la jurisprudencia: Corte Suprema de la República del Perú - Tribunal Constitucional del Perú -Corte Interamericana de Derechos Humanos, Lima, Academia de la Magistratura
- Lovatón, David (2009), "Experiencias de acceso a la justicia en América Latina", Revista IIDH, N° 50
- Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (2014), Manual sobre estándares jurisprudenciales en acceso a la justicia y debido proceso en el Perú. Lima, serie Estándares en Derechos Humanos, N° 1.
- Monroy, Juan (1996) Introducción al derecho procesal civil, Bogotá, Temis - De Belaunde y Monroy Abogados
- Mujica, Jaris (2010), "Sobre el feminicidio y el monopolio del uso legítimo de la violencia", Brújula, N° 20.
- Ortiz, Iván (2014), El derecho fundamental del acceso a la justicia y las barreras de acceso en poblaciones urbanas pobres en el Perú, Tesis para optar el grado académico de Magíster en Derecho Constitucional, PUCP.
- Pásara, Luis (2010), Tres claves de la justicia en el Perú. Jueces y Poder en el Perú - Enseñanza del Derecho - Los abogados en la Administración Pública, Lima, PUCP.
- Peña, Antonio (2012), "Barreras de acceso a la Justicia, y la Justicia Comunal como Alternativa en el Perú", Derecho & Sociedad, N° 38, pp. 360-368
- Priori, Giovanni (2009), "La efectiva tutela jurisdiccional de las situaciones jurídicas materiales: hacia una necesaria reivindicación de los de los fines del proceso". Derecho Procesal Civil. Estudios, Giovanni Priori (coord.), Lima, Jurista Editores, pp. 45-91.
- Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo - PNUD (2005), Manual de políticas públicas para el acceso a la justicia, Buenos Aires, Ediciones del Instituto.
- Rubio, Marcial (1999) Estudios de la Constitución Política del Perú de 1993, tomo 5, Lima, PUCP.
- Thompson, José (2000), acceso a la Justicia y Equidad, San José, BID e Instituto Interamericano de Derechos Humanos.
- Informes y Jurisprudencia nacional e internacional
- Organización de Estados Americanos - (OEA) (2007), acceso a la Justicia: Llave para la gobernabilidad democrática., Informe Final del Proyecto "Lineamientos y Buenas prácticas para un adecuado acceso a la justicia en las Américas", Washington, OEA
- Corte IDH, Caso Barreto Leiva vs Venezuela, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de noviembre de 2009. Serie C, No. 206
- Corte IDH, Caso Acevedo Buendía y otros ("Cesantes y Jubilados de la Contraloría") vs Perú (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia de 1 de julio de 2009 Serie C, No. 198.
- Corte IDH, Caso "Instituto de Reeducación del Menor" vs Paraguay (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C, No. 112

“Derecho de acceso a la justicia: aportes para la construcción de un acervo latinoamericano”

Corte IDH, Caso Trujillo Oroza vs Bolivia (Reparaciones y Costas), sentencia de 27 de febrero de 2002. Serie C, No. 92.

Corte IDH, Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) vs Chile (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C, No. 73.

Corte IDH, Caso Baena Ricardo y otros vs Panamá, sentencia de fecha 2 de febrero de 2001.

Corte IDH, Caso Tribunal Constitucional vs Perú, sentencia de 31 de enero de 2001

TC, Expediente N° 3997-2013-PHC/TC de fecha 24/11/2015

TC, Expediente N° 4968-2014-PHC/TC de fecha 4/11/2015

TC, Expediente N. 1293-2011-PA/TC de fecha 29/08/2015

TC, Expediente N° 02738-2014-PHC/TC de fecha 30/07/2015

TC, Expediente N° 00295-2012-PHC/TC de fecha 14/05/2015

TC, Expediente N° 4580-2012-PA/TC de fecha 11/12/2014

TC, Expediente N° 2192-2004-AA/TC de fecha 11/10/2014

TC, Expedientes N° 3021-2013-PHC/TC de fecha 20/06/2014

TC, Expedientes N° 3072-2006-AA/TC de fecha 10/06/2014

TC, Expediente N° 350-2013-PHC de fecha 06/08/2013

TC, Expediente N° 1230-2002-HC/TC de fecha 13/06/2013

TC, Expediente N° 512-2013-PHC/TC de fecha 22/05/2013.

TC, Expediente N° 3323-2012-PA/TC de fecha 7/03/2013

TC, Expediente N° 4644-2012-PA/TC de fecha 5/03/2013

TC, Expediente N° 1147-2012-PA/TC de fecha 16/01/2013

TC, Expediente N°156-2012-PHC-TC de fecha 08/08/2012.

TC, Expediente N° 00802-2012-PHC/TC de fecha 5/06/2012.

TC, Expediente N° 3891-2011-PA/TC de fecha 16/01/2012.

TC, Expediente N° 02568-2011-PHC/TC de fecha 9/11/2011

TC, Expediente N° 2596-2010-PA/TC de fecha 11/09/2011

TC, Expediente N° 4235-2010-PHC/TC de fecha 11/08/2011.

TC, Expediente N° 02098-2010-PA/TC de fecha 22/06/2011

TC, Expediente N° 3987-2010-PHC/TC de fecha 02/12/2010

TC, Expediente N° 5350-2009-PHC/TC de fecha 10/08/2010

TC, Expediente N° 00897-2010-PHC/TC de fecha 25/05/2010
TC, Expediente N° 5761-2009-PHC/TC de fecha 13/05/2010
TC, Expediente N° 0607-2009-PA/TC de fecha 15/03/2010
TC, Expediente N° 4587-2009-PA/TC de fecha 4/12/2009
TC, Expediente N° 535-2009-PA/TC de fecha 19/10/2009
TC, Expediente N° 3509-2009-PHC de fecha 19/10/2009
TC, Expediente N° 00862-2008-PHC/TC de fecha 13/10/2009
TC, Expediente N° 5659-2007-AA/TC de fecha 30/08/2009
TC, Expediente N° 3063-2009-AA/TC de fecha 10/08/2009
TC, Expedientes N° 00465-2009-PHC/TC de fecha 2/06/2009
TC, Expedientes N° 728-2008-PHC/TC de fecha 13/10/2008
TC, Expediente N° 1425-2008-PHC/TC de fecha 24/09/2008
TC, Expedientes N° 1243-2008-PHC/TC de fecha 1/09/2008
TC, Expediente N° 08280-2006-AA/TC de fecha 28/04/2008
TC, Expediente N° 5108-2008-PA/TC de fecha 16/04/2008
TC, Expediente N° 3072-2006-PA/TC de fecha 27/02/2008
TC, Expediente N° 00654-2007-AA/TC de fecha 10/07/2007.
TC, Expediente N°1014-2007-PHC/TC de fecha 5/04/2007
TC, Expediente N° 1937-2006-HC/TC de fecha 30/03/2007
TC, Expedientes N° 06648-2006-HC/TC de fecha 14/03/2007
TC, Expediente N° 06149-2006-PA/TC de fecha 11/12/2006
TC, Expediente N° 003-2005-PI/TC de fecha 9/08/2006,
TC, Expediente N° 3261-2005-PA/TC de fecha 9/06/2006
TC, Expediente N° 1919-2006-HC/TC de fecha 16/03/2006.
TC, Expediente N° 8123-2005-PHC/TC de fecha 14/11/2005
TC, Expediente N° 6712-2005-HC/TC de fecha 17/10/2005
TC, Expediente N° 6260-2005-HC/TC de fecha 12/09/2005
TC, Expediente N° 1417-2005-AA/TC de fecha 8/07/2005.
TC, Expediente N° 0616-2003-AA/TC de fecha 6/06/2005

TC, Expediente N° 0032-2005-PHC de fecha 28/05/2005.
TC, Expediente N° 763-2005-AA/TC de fecha 13/04/2005.
TC, Expediente N° 1087-2004-AA/TC de fecha 20/09/2004.
TC, Expediente N° 2028-2004-HC/TC de fecha 5/06/2004
TC, Expediente N° 075-2004-AA/TC de fecha 5/05/2004
TC, Expediente N° 02465-2004-AA/TC de fecha 11/04/2004.
TC, Expediente N° 1941-2002-AA/TC de fecha 27/01/2003
TC, Expedientes 503-2002-AA/TC de fecha 7/01/2003
TC, Expediente N° 10-2002-AI/TC de fecha 3/01/2003
TC, Expediente N. 1042-2002-AA/TC de fecha 6/12/2002.
TC, Expediente N° 1323-2002-HC/TC de fecha 9/07/2002
TC, Expediente N° 1013-2002-HC/TC de fecha 20/05/2002
TC, Expediente N°1003-1998-AA/TC de fecha 06/05/2002
Corte Suprema, Expediente N° 061189-2011 Lima de fecha 18/07/2013

Normas citadas

Artículo 106 de la Constitución Política del Perú de 1823
Artículo 125 de la Constitución Política del Perú de 1828
Artículo 123 de la Constitución Política del Perú de 1834.
Artículo 232 de la Constitución Política del Perú de 1979.
Artículo I del Título Preliminar del Código Procesal Civil de 1992.
Artículo VIII del Título Preliminar del Código Procesal Civil de 1992.
Artículo 139, numeral 3 de la Constitución Política del Perú de 1993
Artículo 4 del Código Procesal Constitucional de 28/05/2004
Decreto Legislativo N° 957, Nuevo Código Procesal Penal de 29/07/2004
Ley N° 29497, Nueva Ley Procesal del Trabajo de 13/01/2010.
Resolución Administrativa N° 90-2016-CE-PJ de 07/04/2016
Resolución Administrativa N° 003-2016-CE-PJ de 13/01/2016
Resolución Administrativa N° 171-2012-CE-PJ de 5/09/2012

En Latinoamérica se evidencia una multiplicidad de decisiones y criterios con que las altas cortes nacionales interpretan las normas vinculadas al derecho de acceso a la justicia. Dar forma a un acervo común en la materia, entendido este como un conjunto de prácticas, normas y objetivos políticos que sean transversales a los Estados signatarios de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, es esencial para dotar de efectividad a las garantías reconocidas a los individuos a lo largo de la región.

Este libro reúne diez estudios sobre el derecho de acceso a la justicia en América Latina que buscan aportar en la construcción de un Acervo Interamericano. Fueron realizados a lo largo del año 2016 en el marco de un proyecto ejecutado por el Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA) con el financiamiento de la Agencia Alemana de Cooperación para el Desarrollo, GIZ. Por la cantidad de decisiones que sistematizan y la evidencia que presentan, estos estudios son un aporte en sí mismos, pero además contribuyen a una discusión más trascendente sobre la materia, relacionada con la labor interpretativa de las cortes en ocho países de la región, y con la posibilidad de dar forma a este acervo para hacer coherente aquella multiplicidad de decisiones y criterios regionales en materia de acceso a la justicia.