



MERCOSUL

REDPO

Reunião Especializada
de Defensores
Públicos Oficiais

ISSN 2238-149X

Revista das Defensorias Públicas do Mercosul

N. 9

Janeiro-Dezembro/2021

Enero-Diciembre/2021





MERCOSUL

REDPO

Reunião Especializada
de Defensores
Públicos Oficiais

ISSN 2238-149X

Revista das Defensorias Públicas do Mercosul

n. 9

Jan-Dez./2021

Enero-Dic./2021

Brasília, Distrito Federal

Brasil

R. Defensorias Públs. Mercosul

Brasília

DF

n. 9

p. 1-231

jan./dez. 2021
enero/dic. 2021

DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL

Daniel de Macedo Alves Pereira

SUBDEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL

Jair Soares Júnior

CONSELHO EDITORIAL

Argentina

Julieta Di Corleto

Silvia Martinez

Brasil

Cesar de Oliveira Gomes

Gustavo de Oliveira Quandt

Chile

Sofía Libedinsky Ventura

Paraguai

Graciela Rojas

2021

Publicação anual das Defensorias
Públicas Oficiais do Mercosul

Acesso livre

DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

*Setor Bancário Sul, Quadra 2, Bloco H,
Lote 14, 15º andar
70.070-120 – Brasília/DF*

DEFENSOR PÚBLICO GENERAL FEDERAL

Daniel de Macedo Alves Pereira

SUBDEFENSOR PÚBLICO GENERAL FEDERAL

Jair Soares Júnior

CONSEJO EDITORIAL

Argentina

Julieta Di Corleto

Silvia Martinez

Brasil

Cesar de Oliveira Gomes

Gustavo de Oliveira Quandt

Chile

Sofía Libedinsky Ventura

Paraguai

Graciela Rojas

2021

Publicación anual de las Defensorías
Públicas Oficiales del Mercosur

Acceso libre

DEFENSORIA PÚBLICA DE LA UNIÓN

Setor Bancário Sul, Quadra 2, Bloco H,
Lote 14, 15º andar
70.070-120 – Brasília/DF

© 2021 Defensoria Pública da União - Brasil

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

ESCOLA NACIONAL DA DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
Coordenação de Incentivo à Pesquisa e Publicação

Telefone: **+55 61 3318-0287**
Site: <https://revistadaredpo.dpu.def.br>
e-mail: publicacoes@dpu.def.br

TRADUÇÃO

-

SECRETARIA DE ASSUNTOS INTERNACIONAIS
Coordenação de Cooperação e Relações Internacionais

Telefone: **+55 61 3318-4364**
Site: www.dpu.def.br/internacional
e-mail: internacional@dpu.def.br

DIAGRAMAÇÃO

Assessoria de Comunicação Social – ASCOM
Telefone: **+55 61 3318-4336**
e-mail: ascom@dpu.def.br

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

© 2021 Defensoría Pública de la Unión - Brasil

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

ESCUELA NACIONAL DE LA DEFENSORÍA PÚBLICA GENERAL DE LA UNIÓN
Coordinación para fomentar la investigación y la publicación - Brasil

Teléfono: **+55 61 3318-0287**
Sítio: <https://revistadaredpo.dpu.def.br>
Correo electrónico: publicacoes@dpu.def.br

TRADUCCIÓN

-

SECRETARÍA DE ASUNTOS INTERNACIONALES
Coordinación de Cooperación y Relaciones Internacionales

Teléfono: **+55 61 3318-4364**
Sítio: www.dpu.def.br/internacional
Correo electrónico: internacional@dpu.def.br

DIAGRAMACIÓN

Asesoría de Comunicación Social – ASCOM
Teléfono: **+55 61 3318-4336**
Correo electrónico: ascom@dpu.def.br

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

Revista das Defensorias Públicas do MERCOSUL/ Defensoria Pública da União. –
n.9 (jan/dez.2021) - . – Brasília: DPU, 2021. -.
v. ; 27 cm.

Anual.
Texto em espanhol e português.
ISSN 2238-149X

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

CDDir 341.413

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO / PRESENTACIÓN	9
<i>Daniel de Macedo Alves Pereira</i>	
<hr/>	
DEFENSA PÚBLICA DE LOS DERECHOS DE LA NIÑEZ MIGRANTE EN EL MERCOSUR DURANTE LA PANDEMIA	10
<i>Florencia N. Lucilli</i>	
<hr/>	
BASES PARA LA EDUCACIÓN EN LÍNEA PARA OPERADORES/AS JUDICIALES A PROPÓSITO DEL CURSO “EL GÉNERO EN JUEGO: LOS CAMINOS DE LA DEFENSA PÚBLICA”	35
<i>Luciana María Julieta Di Corleto e Virginia Jalley</i>	
<hr/>	
EJECUCIÓN DE ASTREINTES DURANTE LA PANDEMIA: UN ANÁLISIS DE LA ALEGADA IMPOSIBILIDAD DE CUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES A CARGO DEL ESTADO ARGENTINO	51
<i>Pablo Hernán Gianella</i>	
<hr/>	
EL ACCESO A INTERNET Y LA VACUNACIÓN CONTRA EL COVID-19 COMO DERECHOS HUMANOS DE LAS PERSONAS PRIVADAS DE LA LIBERTAD	71
<i>Leandro Gastón e Pablo Ordóñez</i>	
<hr/>	
LA ACTUACIÓN DE LA DEFENSA PÚBLICA FEDERAL EN ARGENTINA: ACCESO A JUSTICIA EN CONTEXTO DE PANDEMIA	92
<i>Javier Lancestremere e Mauro Lopardo</i>	
<hr/>	
LA PANDEMIA MUNDIAL Y LOS GRUPOS EN SITUACIÓN DE VULNERABILIDAD: ¿UN GRUPO JURÍDICAMENTE DESPROTEGIDO?	113
<i>Tamara Belén Rogers</i>	
<hr/>	

DEFENSORIA PÚBLICA EM PARALAXE: DA RETIRADA DA MÁSCARA DE INIMIGO ÚTIL À REIVINDICAÇÃO DA POSIÇÃO DE INSTRUMENTO DA RADICALIDADE DEMOCRÁTICA 134

Diego de Oliveira Silva

CONSIDERACIONES ACERCA DEL ACCESO A LA JUSTICIA ANTE LA PANDEMIA DEL COVID-19 EN EL PARAGUAY: ACCIONES ESTRATÉGICAS REALIZADAS POR LA DEFENSA PÚBLICA 166

María Lorena Segovia Azucas e Tania María Abdo Rocholl

POVOS E COMUNIDADES TRADICIONAIS: ACESSO VIRTUAL E DEFESA NO PERÍODO PANDÊMICO 187

José Roberto Fani Tambasco

A PANDEMIA COMO CRISE DE ACESSO À JUSTIÇA: UM NOVO DESAFIO PARA A DEFENSORIA PÚBLICA 209

João Paulo Dorini

APRESENTAÇÃO

A Revista das Defensorias Públicas do Mercosul chega à sua 9ª edição, no âmbito da Reunião Especializada de Defensores Públicos Oficiais do Mercosul (REDPO). Esta edição dedica-se ao tema “Papéis e Desafios das Defensorias Públicas Durante e Pós-Pandemia”, questão de inegável relevância, visto que o COVID-19 trouxe consequências significativas para o acesso a direitos em todos os países da América Latina e no mundo. A crise sanitária mundial incentivou os Estados Partes a irem além da mera integração econômica, e partilharem estratégias e (sobre)vivências para que fosse possível não apenas continuar ofertando assistência jurídica integral e gratuita, mas ampliar ainda mais a abrangência desta instituição tão importante para todos os Estados Partes do Bloco: a Defensoria Pública.

Este momento delicado que atravessamos já há quase dois anos impôs uma série de restrições e desafios ao trabalho das Defensorias latino-americanas, e exigiu novos procedimentos que acomodassem as novas contradições desta era: ao mesmo tempo em que era necessário o isolamento social, a demanda por atendimento aumentava mais do que nunca; ainda que não fosse possível encontrar-se fisicamente, os Estados Membros do Mercosul fortaleceram seus laços e cooperaram mais do que nunca.

A pandemia de COVID-19 escancarou diversas das desigualdades que ainda permaneciam encobertas em nossas sociedades, trazendo consigo reflexões obrigatórias e inadiáveis. Dessa forma, foi de comum acordo que o tema da presente edição não poderia ser outro. Esperamos que estes artigos possam contribuir com a discussão técnica e científica de questões jurídicas relevantes à atuação dos Defensores Públicos e à integração das Defensorias Públicas do MERCOSUL em momentos de crise.

Por fim, aproveitamos a oportunidade para reconhecer os esforços e a coragem de todas as pessoas que arriscaram suas vidas no combate à COVID-19. De maneira complementar, agradecemos a dedicação de todas as pessoas envolvidas no processo de editoração, os(as) autores(as) que submeteram seus valiosos trabalhos, a equipe do Conselho Editorial, os que mediaram esse processo em seus países, e de toda o quadro de produção editorial da Escola Nacional e da Assessoria Internacional da Defensoria Pública da União.

Desejamos uma ótima leitura!

Daniel de Macedo Alves Pereira

Defensor Público-Geral Federal e Defensor Público-Geral Federal em Exercício

Defensoria Pública da União

DEFENSA PÚBLICA DE LOS DERECHOS DE LA NIÑEZ MIGRANTE EN EL MERCOSUR DURANTE LA PANDEMIA

DEFENSORIA PÚBLICA DOS DIREITOS DAS CRIANÇAS MIGRANTES NO MERCOSUL DURANTE A PANDEMIA

PUBLIC DEFENDER'S OFFICE ON THE RIGHTS OF MIGRANT CHILDREN IN MERCOSUR DURING THE PANDEMIC

Florencia N. Lucilli

*Abogada, Universidad de Buenos Aires. Maestranda en Derecho de Familia, Universidad de Buenos Aires. Jefe de Trabajos Prácticos de Derecho de la Integración, Universidad de Buenos Aires. Defensoría de Menores e Incapaces ante la Cámara Civil, Laboral y Comercial, Defensoría General de la Nación Argentina.
flucilli@mdp.gov.ar*

RESUMEN

En el presente trabajo analizaremos la situación de los niños, niñas y adolescentes en el contexto de pandemia, destacando el rol fundamental del Ministerio Público de la Defensa, a fin de asegurar que con los cierres de fronteras en cadena, las restricciones a los viajes y los cambios de política sanitaria, las autoridades nacionales mantengan sus obligaciones respecto de las leyes y estándares internacionales fijados por el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos. En este sentido, veremos las medidas de protección de los derechos de la niñez migrante adoptadas a nivel internacional, regional y nacional, con el objeto de poder garantizar respuestas proporcionadas y no discriminatorias al grupo de mayor vulnerabilidad.

Palabras clave: Niños. Migrante. COVID-19. Defensa Pública. MERCOSUR.

RESUMO

Neste artigo analisaremos a situação de crianças e adolescentes na pandemia, destacando o papel fundamental do Ministério Público de Defensoria Pública, a fim de garantir

que, com o fechamento das fronteiras, as restrições de viagem e mudanças na política de saúde, as autoridades nacionais cumpram seu papel com relação às leis e normas internacionais estabelecidas pelo Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos. Neste sentido, apresentaremos as medidas de proteção dos direitos das crianças migrantes adotadas no âmbito internacional, regional e nacional, para assegurar respostas adequadas e não discriminatórias ao grupo mais vulnerável.

Palavras-chave: Crianças. Migrante. COVID-19. Defensoria Pública. MERCOSUL.

ABSTRACT

In this article, we will analyze the situation of children and adolescents in the pandemic, highlighting the fundamental role of the Public Defender's Office in ensuring that, with the closing of borders, travel restrictions and changes in health policy, national authorities fulfill their role with respect to the international laws and norms established by the Inter-American Human Rights Protection System. We will present the measures for the protection of the rights of migrant children adopted at the international, regional and national levels, aiming to ensure adequate and non-discriminatory responses to the most vulnerable group.

Keywords: Children. Migrant. COVID-19. Public Defender. MERCOSUR.

SUMARIO

INTRODUCCIÓN. 1. DEFENSA PÚBLICA Y COVID-19. 1.1. Procesos migratorios. 1.2. Niño, niña y adolescente migrante. 1.3. Intervención de la Defensoría de Menores e Incapaces. 2. INSTRUMENTOS Y MEDIDAS DE PROTECCIÓN. CONCLUSIÓN. REFERENCIAS.

INTRODUCCIÓN

El año 2020 será recordado como un año sin igual. La pandemia de COVID-19 ha alterado todas las facetas de la vida, provocando millones de muertes en todo el mundo y causando sufrimiento humano, recesión económica, restricciones a la movilidad y graves

limitaciones en la vida cotidiana (Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, 2020).

La situación internacional y regional en materia de migración ha sufrido significativos cambios en su estructura, composición, heterogeneidad de los flujos migratorios y movilidad intrarregional, impactando de manera muy diversa pero especialmente en aquellos grupos más vulnerables como lo son las niñas, niños y adolescentes de nuestra región.

Según el Informe sobre las Migraciones en el Mundo 2020 de la OIM (Organización Internacional para las Migraciones, 2021), a junio de 2019 se estimaba que el número de migrantes internacionales era de casi 272 millones en todo el mundo, 51 millones más que en 2010. De este total, el 14% son niños, niñas, adolescentes y jóvenes menores de 20 años que han sido forzados a migrar debido a la violencia, guerra, pobreza y falta de oportunidades en sus comunidades de origen.

En este contexto, resulta necesario dar pasos firmes para generar conciencia ciudadana y proveer elementos que fortalezcan la defensa de los derechos de niñas, niños y adolescentes, para dar respuestas a la vulneración de los derechos de la niñez migrante con un abordaje regional.

En este sentido, las Altas Autoridades de Derechos Humanos del MERCOSUR ratificaron la RAADH como foro para la consolidación de consensos políticos basados en los principios de paz, democracia y promoción y protección de los derechos humanos. Al mismo tiempo, se comprometieron a seguir impulsando estrategias, políticas y acciones comunes de derechos humanos para lograr una región más justa, igualitaria y diversa, culminando con la adopción de la “Declaración sobre Promoción y Protección de los Derechos Humanos en Situación de Pandemia COVID-19”.

En consecuencia, los Estados Parte y Asociados del bloque reafirmaron su responsabilidad en la protección y la promoción de los derechos humanos, prestando particular atención a los grupos de mayor vulnerabilidad, entre ellos los niños, niñas y adolescentes, como objetivo esencial del proceso de integración.

1. DEFENSA PÚBLICA Y COVID-19

Las medidas implementadas por los gobiernos para limitar la propagación del COVID-19, incluidas las restricciones a la circulación y el cierre de las fronteras, dificultaron considerablemente la situación de las personas migrantes.

Por este motivo, los niños, niñas y adolescentes desplazados corren mayor riesgo de sufrir las repercusiones inmediatas y secundarias del COVID-19, ya que a menudo viven en condiciones de acceso limitado a agua potable o pueden encontrarse con obstáculos jurídicos, de documentación, lingüísticos o de seguridad.

Es por ello que el rol de la defensa pública resulta fundamental, ya que los niños, niñas y adolescentes no acompañados o separados de sus familias constituyen el grupo de mayor vulnerabilidad dentro del universo de las personas refugiadas y migrantes.

Tal como sostiene el artículo 1º de la Ley Orgánica del Ministerio Público de la Defensa de la Nación (Ley 27.149, 2015): “El Ministerio Público de la Defensa es una institución de defensa y protección de derechos humanos que garantiza el acceso a la justicia y la asistencia jurídica integral, en casos individuales y colectivos, de acuerdo a los principios, funciones y previsiones establecidas en la presente ley. Promueve toda medida tendiente a la protección y defensa de los derechos fundamentales de las personas, en especial de quienes se encuentren en situación de vulnerabilidad”.

Por este motivo, de los poderes del Estado le corresponde al Poder Judicial (Grosman & Herrera, 2007) ser el que finalmente asegure o garantice el derecho a la protección de todo niño, imponiendo al Poder Ejecutivo el cumplimiento de las medidas que cada caso exija, al tiempo que pueda reclamar mediante requerimiento del Ministerio Público en la figura del Sr. Defensor de Menores e Incapaces, verdadero defensor del niño en el sistema jurídico argentino, que arbitre las medidas de prevención y asistencia.

1.1. Procesos migratorios

La migración internacional no debe considerarse únicamente como una cuestión que atañe al derecho internacional público, al derecho de la integración o al derecho inter-

nacional de los Derechos Humanos. Involucra, además, variadas cuestiones de derecho privado, como el estatuto personal, la protección de sujetos vulnerables, el reconocimiento de situaciones familiares (conyugales o parentales) válidamente creadas al amparo de otro sistema jurídico y sus consecuencias sobre la reunificación familiar. (van Loon, 2016).

Los niños, niñas y adolescentes (Instituto de Políticas Públicas en Derechos Humanos del MERCOSUR – Organización Internacional para las Migraciones, 2014) han estado involucrados en los procesos migratorios desde larga data. Ya se trate de traslados voluntarios o forzosos, internos o internacionales, los niños se han desplazado principalmente (pero no únicamente) en el marco de relaciones parentales o familiares.

No obstante, otros motivos relevantes suelen ser las inestabilidades políticas, económicas y sociales, las situaciones de peligro, la reunificación familiar, las expectativas de estudio y aprendizaje de idiomas e incluso la curiosidad, entre muchas otras. En el caso de los niños y niñas, la reunificación con quienes migraron antes, la continuidad educativa y el mejoramiento general de sus condiciones de vida probablemente se encuentren entre los principales motivos de traslado no forzoso en contextos familiares y parentales¹.

Cuando el traslado (simultáneo o diferido) de los niños y niñas ocurre en el contexto familiar o parental no suele haber grandes interrogantes acerca de la motivación, que se supone yace en la esfera de decisión de los adultos. Los niños son concebidos como migrantes dependientes de quienes encabezan el proceso migratorio —típicamente, sus padres o madres— y con limitadas posibilidades de incidencia. Esta perspectiva es también consistente con la noción de autonomía relativa y con las normativas que regulan su capacidad jurídica y de toma de decisiones en diversos ámbitos, tal como las edades permitidas para contraer matrimonio, emplearse, comprar y vender bienes muebles o inmuebles,

¹ Niños, niñas y personas adultas también migran internacionalmente por un conjunto de causas que jurídicamente se engloban bajo la figura de asilo y que aluden a quienes abandonan su lugar de residencia porque su vida, su libertad o su seguridad se encuentran en peligro cierto debido a cuestiones políticas, religiosas, étnicas o de género, por desastres ambientales, violencia generalizada o violaciones masivas de derechos humanos. Desde el punto de vista de los países de destino, las distinciones en los motivos que originaron el cruce de fronteras (básicamente motivos “voluntarios” o motivos “forzosos”) abren la vía para el ingreso en calidad de inmigrante o en calidad de solicitante de asilo —estos últimos, acreedores de la protección internacional.

participar en procesos judiciales o cruzar fronteras internacionales sin autorización de la persona adulta que ejerce su tutela.

En las últimas dos décadas (Instituto de Políticas Públicas en Derechos Humanos Mercosur– Organización Internacional para las Migraciones, 2014) han adquirido gran visibilidad aquellos niños y niñas que migran de manera autónoma, es decir, sin compañía y sin expectativas de reunificación familiar en el lugar de destino. Aquí, las causas del traslado son varias y complejas: el abandono familiar e institucional, la percepción de riesgo de vida, el engaño o el traslado forzoso, y también la búsqueda expresa de oportunidades laborales o educativas en otra región. Estos últimos casos son más frecuentes en las y los adolescentes (entre los 14 y 17 años, aproximadamente), ya que, a pesar de su limitada autonomía jurídica, suelen contar con recursos y contactos que les permiten dar inicio a un proceso migratorio a partir de la expectativa de un trabajo en el lugar de destino.

Recogiendo esta diversidad de situaciones, un conjunto de investigaciones recientes (Rubaja & Harrington, 2020) ha sintetizado cuatro tipos de casos que muestran las diversas maneras en que niños, niñas y adolescentes participan en los procesos migratorios:

- Niños, niñas y adolescentes que migran internacionalmente con uno o ambos padres: estos son sin lugar a dudas los casos más frecuentes. Las oportunidades o dificultades que encuentren estos niños en los países de destino están ligadas a las posibilidades de regularización documentaria, acceso a vivienda e inserción laboral de sus padres y a la existencia de políticas que permitan su ingreso y permanencia en el sistema educativo.
- Niños, niñas y adolescentes que permanecen en el lugar de origen cuando uno o ambos padres migran: cuando ambos padres migran (y frecuentemente cuando la madre migra) los niños suelen quedar al cuidado de otros parientes —tales como tías o abuelas— que además reciben y administran las remesas enviadas por quien partió para asegurar el bienestar de su familia. Según los casos y según la duración y perspectivas de la migración de los padres, estos niños, niñas o adolescentes pueden reunirse posteriormente con ellos en el país de destino.

- Niños, niñas y adolescentes no acompañados: este grupo comprende potenciales solicitantes de asilo y quienes han sido trasladados mediante engaños, amenazas o coerción. Son los más vulnerables a diversas formas de violencia y explotación. No siempre son migrantes internacionales, sino que pueden trasladarse dentro de sus propios países de origen. Debido a su potencial vulnerabilidad y a la documentación de diversas situaciones de explotación que muchos de ellos han atravesado, han sido foco de creciente preocupación y atención institucional particularmente a partir de la década de 2000.
- Niños, niñas y adolescentes migrantes autónomos o independientes: se los define como “personas menores de 18 años que han cambiado su lugar de residencia de manera temporaria o permanente sin que su padre, madre o tutor habitual haya modificado su lugar de residencia junto con ellos”. Estos niños migran interna o internacionalmente de manera voluntaria, casi siempre motivados por oportunidades laborales y muy frecuentemente con el acuerdo y apoyo de sus padres. A diferencia de la modalidad anterior (niños no acompañados), en estos casos el traslado no pareciera estar atravesado por engaños ni coerción, aunque sí es frecuente la explotación laboral en el lugar de destino ya que su incorporación al mundo del trabajo muy rara vez respeta las normativas locales. En tanto que involucran principalmente a adolescentes, estos casos son complejos y delicados: desde la perspectiva jurídica su autonomía es limitada por tratarse de personas menores de edad. Sin embargo, a pesar de ello, el rol social y las responsabilidades que asumen (y que sus familias les atribuyen) contrastan marcadamente con lo que establecen las leyes de protección de la niñez y la adolescencia.

1.2. Niño, niña y adolescente migrante

Según la propia CDN (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2012b), se entiende por niño/a a todo/a menor de 18 años, aunque los Estados pueden establecer por ley la mayoría de edad antes de dicha edad. Sin embargo, en el ámbito del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos tanto la CIDH (CIDH, 2008), como la Corte Interamericana (CIDH, 2002) han establecido que se aplicarán los derechos establecidos para los/as niños/as a todas las personas menores de 18 años. Por ello, la condición de niños/as migrantes también debe seguir la definición general sobre niño/a.

“Migrante” según la Corte IDH es un término que abarca tanto a la persona que deja o que llega a otro Estado con el propósito de residir en él (CIDH, 2003). Por otro lado, la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares señala en su artículo 1 que: “La presente Convención será aplicable durante todo el proceso de migración de los trabajadores migratorios y sus familiares, que comprende la preparación para la migración, la partida, el tránsito y todo el período de estancia y de ejercicio de una actividad remunerada en el Estado de empleo, así como el regreso al Estado de origen o al Estado de residencia habitual”.

En este sentido, se podría afirmar, de acuerdo a los conceptos señalados, que niño o niña migrante será toda persona menor de 18 años que se encuentre fuera del Estado del cual es nacional con la intención o necesidad de residir allí o en otro Estado al cual se dirige, o que encontrándose en el país del que es nacional o residente, podría migrar en un futuro cercano. La configuración de una persona como niño o niña migrante significará que tendrá una doble protección (IPPDH MERCOSUR – OIM, 2016): por su condición de niño/a y de migrante.

Efectivamente, en los últimos años, los cruces (o intentos de cruces) de fronteras internacionales por parte de niños, niñas y adolescentes no autorizados han devenido un creciente foco de preocupación gubernamental e institucional en el ámbito del MERCOSUR.

Frente a ello, no se puede tratar al grupo de niños/as migrantes de manera homogénea (CIDH, 2012a).

Los estándares orientados a la protección de sus derechos deberán responder a las características propias de cada caso, es decir, de su particular situación migratoria. A pesar de ello, se pueden establecer ciertos estándares que se deben seguir ante determinadas circunstancias para que los/as niños/as migrantes no vean vulnerados sus derechos.

El caso de los/as niños/as migrantes se encuentra enmarcado en los llamados flujos migrantes mixtos. Según la Organización Mundial para las migraciones, los flujos mixtos son movimientos de población migrante complejos, que incluyen a refugiados, solicitantes de asilo,

migrantes económicos y otros migrantes (OIM, 2009). Dentro de este colectivo es posible incluir a los/as niños/as migrantes.

Además, desde un punto de vista estadístico también se debe tener presente que en el ámbito americano existe un gran flujo migratorio. Si bien los destinos principales son los países del norte, Estados Unidos y Canadá², también existe un gran movimiento migratorio interno en los países de Latinoamérica que se está incrementando, así como la cada vez más frecuente migración desde países de fuera de la región (OIM, 2011). Los principales destinos de los migrantes intrarregionales en América Latina y el Caribe son Argentina, Brasil, Chile, Costa Rica y Venezuela (Serra, 2011).

Es necesario precisar que mientras que los países del norte suelen ser países receptores de migrantes, en el caso de los países de América Latina y el Caribe son países destino, de tránsito y de emisión de migrantes, por lo que la situación se complejiza. Dentro de los flujos migratorios mencionados, los niños ocupan un papel sumamente importante, dada la protección especial que requieren.

1.3. Intervención de la Defensoría de Menores e Incapaces.

Por fuera de los tres poderes del Estado (Legislativo, Ejecutivo y Judicial), el Ministerio Público funciona como un órgano extrapoder. El artículo 120 de la Constitución Nacional dispone que su función es “promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad de los intereses generales de la sociedad en coordinación con las demás autoridades de la República”.

La función principal del Ministerio Público de la Defensa, cuyo órgano de gobierno y administración es la Defensoría General de la Nación, es garantizar el acceso a la justicia de todos los individuos, en igualdad de condiciones, y promover las medidas que hacen a la protección y defensa de los derechos esenciales de las personas, en particular de aquellos que se encuentran en situación de vulnerabilidad.

² Según la OIM, Estados Unidos concentra 42.8 millones y Canadá 7.2 millones de migrantes provenientes de América y el Caribe. El total de migrantes en esta zona es de 57.5 millones, siendo Argentina el tercer país en cantidad de migrantes con 1.4 millones.

Uno de los principios que rige la actividad de sus integrantes es la gratuidad de los servicios brindados a quienes cumplen con las condiciones requeridas. El artículo 5 de la Ley Orgánica del Ministerio Público de la Defensa de la Nación dispone (Ley 27.149, 2015): “El Ministerio Público de la Defensa establece los criterios objetivos y subjetivos de limitación de recursos económicos o vulnerabilidad que habiliten la provisión del servicio de Defensa Pública más allá de los casos en los que correspondiere su intervención obligada”. Con relación a este último supuesto de intervención obligatoria, es dable señalar que dentro del Ministerio Público de la Defensa funciona el conocido como Ministerio Público de Menores, cuya actuación la llevan a cabo los Defensores Públicos de Menores e Incapaces (Olmo & Mendiando, 2016).

Por estos motivos, cualquier abordaje en relación con niñas, niños y adolescentes en contextos de migraciones debe partir de su concepción como sujetos de derecho, ya que desde una perspectiva de derechos humanos se considera que se encuentran en una doble situación de vulnerabilidad, por su edad y condición migratoria, requiriendo la intervención obligatoria del Sr. Defensor de Menores e Incapaces como custodio de sus derechos.

En general, los distintos tribunales suelen reconocer que hay un interés especial de los niños migrantes en el resultado de los procesos de expulsión de sus progenitores y que los jueces tienen la obligación de tenerlo en cuenta al momento de resolver. Para ello, los Estados partes deben designar a un representante legal cualificado (Lora, 2021) para todos los menores de edad, incluidos los que están bajo cuidado parental, y un tutor capacitado para los niños no acompañados y separados, tan pronto como sea posible a su llegada, a título gratuito (Naciones Unidas, 2018). Sin embargo, resulta preocupante la negativa de distintos tribunales en dar intervención a la Defensoría de Menores e Incapaces en representación de estos.

Para ello, suelen invocar que la Ley 25.871 no prevé la participación necesaria de los/as hijos/as menores de edad del interesado/a; ni que estos/as posean una pretensión autónoma para oponerse a la validez del acto que declara irregular la permanencia y ordena la expulsión de su padre y/o madre del país. Del mismo modo, sostienen que los intereses de los niños y niñas se encuentran adecuadamente resguardados, al preverse en el art. 29

in fine de la ley 25.871, como dispensa a la expulsión, el derecho de reunificación familiar consagrado a todo migrante, con la actuación de su progenitor, representado por el Defensor Público Oficial.

Dicho razonamiento no resulta acorde con la normativa local e internacional reconocida en nuestro país.

Teniendo en cuenta la función institucional del Ministerio Público de la Defensa, de promover la protección y defensa de los derechos fundamentales de las personas, en especial, aquellas que se encuentren en situación de vulnerabilidad, nuestra ley positiva establece que el Ministerio de Menores es parte esencial y legítima en todo asunto en el que intervenga un menor de edad, debiendo participar en forma complementaria o principal, bajo pena de nulidad de todo acto y de todo juicio llevado a cabo sin su participación (art. 103 del Código Civil y Comercial).

Así, los Sres. Defensores de Menores e Incapaces están llamados a intervenir en forma complementaria o principal en todo asunto judicial que afecte los derechos, intereses o bienes de niños, niñas y adolescentes, de conformidad con el art. 43 de la ley 27.149 (2015), que reglamenta su actividad.

Al respecto, y con relación a la necesaria intervención del Ministerio Público, la CSJN³ reiteradamente ha expresado que es “descalificable la sentencia que, al confirmar una resolución, omitió dar intervención al ministerio pupilar para que ejerciera la representación promiscua a pesar de que dicha resolución comprometía en forma directa los intereses de la menor, lo que importa desconocer el alto cometido que la ley le ha asignado a dicho ministerio, y no solo menoscaba su función institucional sino que acarrea la invalidez de los pronunciamientos dictados en esas condiciones”.

En este sentido, el Estado debe garantizar la intervención del Ministerio Público en favor de un niño o niña en todo asunto judicial o extrajudicial en los que sean parte, de modo tal de controlar la actuación de los tribunales y de resguardar sus derechos.

³ Fallos: 325:1347 y 330:4498; también doctrina de fallos:305:1945 y 320:1291.

- A nivel regional, la Corte Interamericana ha resuelto que, en el marco de la defensa de los intereses propios de un niño en un determinado procedimiento judicial, aquel tiene derecho a una asistencia letrada durante todo el proceso en el que se decida sobre sus derechos, lo que incluye la intervención prevista en forma obligatoria en la legislación interna del Defensor de Menores (CIDH, 2012b).
- De este modo, a través de la jurisprudencia de la Corte Interamericana se fijaron claros estándares en la materia, indicado que “la participación de los niños adquiere especial relevancia cuando se trata de procedimientos que puedan tener carácter sancionatorio, en relación con una infracción al régimen migratorio, abiertos contra niños migrantes o contra su familia, sus padres, representantes o acompañantes, pues este tipo de procedimientos pueden derivar en la separación de la familia y en la subsecuente afectación del bienestar de los niños, independientemente de que la separación ocurra en el Estado que expulsa o en el Estado donde sean expulsados” (CIDH, 2013).
- Asimismo, en la Observación general conjunta N° 4 del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares y N° 23 del Comité de los Derechos del Niño, el Comité ha señalado que “los Estados partes deben adoptar todas las medidas apropiadas para garantizar el derecho de los niños a ser escuchados en los procedimientos de inmigración relativos a sus padres, en particular cuando la decisión pueda afectar a sus propios derechos, como el derecho a no ser separado de sus padres” (Naciones Unidas, 2018).
- Finalmente, recientemente, el Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, en las observaciones finales sobre el segundo informe periódico de la Argentina, recomendó al Estado argentino otorgar sin excepción defensores independientes a los niños y niñas hijos de trabajadores migrantes, cuando sus padres o tutores están en un proceso administrativo y/o judicial, que afectará la situación de la persona menor de edad para que estos defensores se encarguen de velar por sus derechos en todas las instancias del proceso (Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, 2019).

2. INSTRUMENTOS Y MEDIDAS DE PROTECCIÓN

En el ámbito internacional (REVILLA, 2011), el principal instrumento de protección de los derechos de la infancia es la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), adoptada en 1990 y ratificada por un amplio número de países. Tiene preeminencia normativa constitucional en Argentina y no ostenta la misma superioridad constitucional formalmente en Paraguay⁴, Uruguay⁵ y Brasil⁶. A pesar de ello, puede afirmarse que se consagra por otros canales jurídicos la superioridad sustancial de esta Convención en los cuatro Estados Parte del MERCOSUR (LLOVERAS, 2007).

La CDN define el enfoque de protección integral de la infancia, del cual se deriva un conjunto de obligaciones específicas y complementarias para los Estados, que buscan proteger todos los derechos reconocidos a niños, niñas y adolescentes bajo sus jurisdicciones, sin discriminación. Esto incluye a niños, niñas y adolescentes migrantes, así como a los hijos e hijas de personas migrantes: a los efectos del cumplimiento a las exigencias de la CDN, la condición migratoria de ambos resulta irrelevante.

El primer apartado señala que toda solicitud hecha por un niño o por sus padres para entrar en un Estado o para salir de él a los efectos de la reunión de la familia será atendida de manera positiva, humanitaria y expeditiva, y con garantías de que esa petición no traerá consecuencias desfavorables para los peticionarios ni para sus familiares.

El segundo apartado dispone que los Estados respetarán el derecho del niño y de sus padres a salir de cualquier país, incluido el propio, y de entrar en su propio país, pudiendo encontrar únicamente restricciones estipuladas por ley y que sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral pública o los derechos

⁴ No surge en Paraguay la misma primacía normativa que tiene la CDN en la Argentina. Sin embargo, una interpretación generosa de los arts. 145 y 141 de la Carta Magna permite inferir la primacía de la CDN en el derecho paraguayo. Constitución del Paraguay, Parte Segunda, “Del ordenamiento político de la República”, Título I, “De la Nación y el Estado”, Capítulo I, “De las declaraciones generales”.

⁵ La CDN no tiene cláusula de preeminencia normativa en el ordenamiento constitucional uruguayo. Se constata un profundo debate en la doctrina y en la jurisprudencia sobre la mayor influencia que debe tener la CDN sobre el derecho interno.

⁶ La CDN no tiene expresa superioridad o preeminencia normativa, conforme a la Constitución Nacional, pero la jurisprudencia la hace prevalecer en diferentes decisiones, sobre normas infraconstitucionales.

y libertades de otras personas y que estén en consonancia con los demás derechos reconocidos por la Convención. Además, reconoce que los niños cuyos padres residan en Estados diferentes tendrán derecho a mantener periódicamente, salvo en circunstancias excepcionales, relaciones personales y contactos directos con ambos padres.

Así, es evidente que la normativa convencional reconoce a las niñas, niños y adolescentes migrantes como sujetos singulares, independientemente del estatus migratorio de sus progenitores (Salmain, 2021), e impone a los Estados medidas especiales de protección.

Al igual que otros tratados internacionales de derechos humanos, la CDN cuenta con un órgano de expertos independientes que supervisa su aplicación: el Comité de los Derechos del Niño. En 2005, este órgano elaboró la Observación General N° 6 (Naciones Unidas, 2005), titulada “Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen”, que describe la situación de especial vulnerabilidad de niños, niñas y adolescentes no acompañados/as y separados/as, analiza la multiplicidad de obstáculos para el acceso a sus derechos, y brinda orientación sobre su protección, atención y trato adecuado a la luz de la CDN.

Por su parte, el principal instrumento internacional de protección de los derechos de las personas migrantes es la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (CTM) (IPPDH MERCOSUR – OIM, 2019), aprobada en 1990 y aún con un bajo nivel de ratificaciones. Los estándares de la CTM se aplican a todo el proceso de migración de los/as trabajadores/as y sus familiares, incluyendo la preparación, la partida, el tránsito, el período de estancia y ejercicio de una actividad remunerada en el Estado de empleo, y el regreso al Estado de origen o residencia habitual.

Esta concepción implica que la condición de migrante puede adquirirse incluso desde antes de abandonar el país de origen, extendiendo la interpretación a aquellas personas que aún no han migrado, pero que lo harán en el futuro. Esta interpretación amplia puede ser relevante en el caso de niños, niñas y adolescentes que, si bien no han dejado el país de su nacionalidad, sí lo han hecho sus padres o familiares, por lo que se reunirán con ellos próximamente.

La CTM no crea nuevos derechos para las personas migrantes (Fondo de Naciones Unidas para la Infancia y Universidad Nacional de Lanús, 2013) —incluyendo a niños, niñas y adolescentes— sino que busca garantizar el trato igualitario y las mismas condiciones laborales para migrantes y nacionales. Al igual que sucede con otros tratados internacionales de derechos humanos —como la Convención sobre los derechos del niño— la CTM también cuenta con un órgano conformado por expertos independientes, quienes se encargan de supervisar su aplicación.

En 2017, los comités de ambos tratados elaboraron una Observación General Conjunta sobre las obligaciones de los Estados relativas a los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional en los países de origen, tránsito, destino y retorno (Naciones Unidas, 2017). Entre los aspectos más relevantes, se puso énfasis en la protección de varios derechos, entre ellos a: acceder al territorio, aun cuando no cuenten con la documentación adecuada y vincularlos con las autoridades encargadas de tomar las medidas de protección específica; ser escuchados en el marco de los procesos, poder participar de los procedimientos, ser informados sobre su objeto y consecuencias y disponer de traductores e intérpretes si fuera necesario; tener acceso efectivo a la comunicación con funcionarios consulares y recibir asistencia consular, así como protección consular; recibir el nombramiento de tutores en caso de encontrarse separados de sus familias; y a poder encontrar garantizada su identidad y lograr la inscripción de sus nacimientos.

Además de los instrumentos internacionales que regulan de forma específica los derechos de niños, niñas y adolescentes, y de las personas migrantes, existen otros tratados internacionales de derechos humanos, cuyas disposiciones también se aplican a niños, niñas y adolescentes migrantes en tanto seres humanos⁷.

⁷ Los principales instrumentos internacionales de derechos humanos (aunque no los únicos) son: el Pacto internacional de derechos civiles y políticos; el Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales; la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; la Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial; la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer y el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional.

En 2018 se aprobó el Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular (NU, 2018). Se trata del primer esfuerzo global para gestionar los flujos migratorios de forma integral y a escala internacional. Los objetivos y compromisos que plantea el pacto tienen implicancias concretas para la protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes migrantes.

En las Américas, los avances más significativos en materia de estándares de protección se encuentran en el trabajo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), en el ámbito de la Organización de los Estados Americanos (OEA). Una de las funciones de este órgano es la de dictar opiniones consultivas, vinculantes para todos los Estados que forman parte de la OEA. La más importante en este campo es la Opinión Consultiva 21/2014. Este documento aborda a dos grandes grupos de niños, niñas y adolescentes migrantes:

- Los que requieren protección internacional⁸: refugiados/as y solicitantes de asilo.
- Los que llegan a un país por otras situaciones, con sus familias o solos/as, pero se encuentran vulnerables a posibles violaciones de derechos porque, por ejemplo, son víctimas de violencia o abuso familiar, trabajo infantil o, directamente, no acceden a la educación o la salud porque ellos/as y/o sus padres no tienen la documentación adecuada: estos/as requieren de protección especial o complementaria.

La OC-21, denominada “Derechos y Garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional” (CIDH, 2014), fue solicitada por

⁸ Por protección internacional se entiende a aquella que ofrece un Estado a una persona extranjera debido a que sus derechos humanos se ven amenazados o vulnerados en su país de nacionalidad o residencia habitual, y en el cual no pudo obtener la protección debida. Si bien la protección internacional del Estado de acogida se encuentra ligada inicialmente a la condición o estatuto de refugiado, las diversas fuentes del derecho internacional-y en particular del derecho de los refugiados, del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario- revelan que esta noción abarca también otro tipo de marcos normativos de protección. Así, la expresión protección internacional comprende: (a) la protección recibida por las personas solicitantes de asilo y refugiadas con fundamento en los convenios internacionales o las legislaciones internas; (b) la protección recibida por las personas solicitantes de asilo y refugiadas con fundamento en la definición ampliada de la Declaración de Cartagena; (c) la protección recibida por cualquier extranjero con base en las obligaciones internacionales de derechos humanos y, en particular, el principio de no devolución y la denominada protección complementaria u otras formas de protección humanitaria, y (d) la protección recibida por las personas apátridas de conformidad con los instrumentos internacionales sobre la materia (CIDH, 2014).

los Estados de Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay⁹ en 2011. Por primera vez, cuatro Estados se presentaron ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos con una posición común en un tema de fundamental trascendencia para la protección de los derechos humanos en la región. Entre los puntos abordados por la Corte IDH hay cuatro temas centrales que significaron un gran paso para la niñez migrante en las Américas:

- Prohibición de la privación de la libertad: No puede privarse a un niño o niña de su libertad por su condición migratoria irregular. Los Estados están obligados a adoptar medidas alternativas que no impliquen una detención o privación de libertad. Ante una condición migratoria irregular de los padres o adultos que se encuentren acompañando al niño, la prohibición de la privación de la libertad del niño y el derecho a la vida familiar deben prevalecer. En esos casos, los Estados también deben adoptar medidas alternativas para todo el grupo familiar de manera a garantizar el derecho del niño a la vida familiar y el respeto a la garantía de no detención.
- Principio de no devolución: Para una efectiva aplicación de este principio del derecho internacional humanitario, los Estados deben evaluar no sólo si la vida, libertad o integridad física del niño corren peligro en el país al cual se lo quiere devolver, sino, desde un sentido más amplio, si se encuentran amenazadas las condiciones mínimas para su desarrollo integral, como, por ejemplo, la alimentación, la vestimenta, la educación o la salud.
- Derecho a la vida familiar: Utiliza una definición amplia de familia que no se restringe a la noción tradicional de familia biológica, sino que abarca también a otros parientes y allegados, especialmente considerando el contexto migratorio en el cual los lazos familiares de un niño se pueden ver alterados. En aquellas situaciones en que el niño tiene la nacionalidad del país, gracias al principio *ius soli* (el cual otorga la nacionalidad del lugar de nacimiento), o tiene la residencia legal, y los padres son sujetos de una posible expulsión, los Estados no pueden expulsar a uno o ambos progenitores por infracciones migratorias de carácter administrativo, debiendo tomar otras medidas para que los padres permanezcan junto a sus hijos en el país de residencia.

⁹ En la actualidad se han sumado Venezuela y Bolivia, además de un conjunto de Estados asociados.

- Identificación de riesgos: Subraya la situación de vulnerabilidad de las niñas y niños en el contexto de la migración. Reconoce que las víctimas o víctimas potenciales de trata de personas pueden ser refugiadas en caso de reunir los elementos para ello. Considerar a la Declaración de Cartagena (1984)¹⁰ como norma para definir los requisitos en los casos de solicitud de estatus de refugiados.

Además de la OC-21, existen otras opiniones consultivas de la Corte IDH con impactos en los estándares de protección de los derechos humanos de la niñez migrante en los países americanos, como la Opinión Consultiva 17/2002 “Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño” solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. El aspecto más significativo de esta OC fue que, por primera vez en ejercicio de su función consultiva, la Corte IDH reconoció al niño como sujeto de derecho.

La Corte Interamericana también ha desarrollado jurisprudencia sumamente rica a partir de su competencia contenciosa. Entre los casos más relevantes merecen mención el Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana, sentencia de 8 de septiembre de 2005; Caso Familia Pacheco Tineo vs. Estado plurinacional de Bolivia, sentencia de 25 de noviembre de 2013; y el Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana, sentencia de 28 de agosto de 2014.

En el ámbito de la OEA¹¹ también existe un órgano especializado en la infancia, el Instituto Interamericano del Niño, la Niña y Adolescentes (IIN). El Instituto asiste a los Estados en el desarrollo de políticas públicas, aportando a su diseño e implementación desde el punto de vista de la promoción, protección y respeto a los derechos de niños, niñas y adolescentes en la región, prestando especial atención a los requerimientos de los Estados miembros del sistema interamericano y a las particularidades de los grupos regionales.

Asimismo, el Acuerdo¹² de Residencia para Nacionales de los Estados Parte del MERCOSUR, Bolivia y Chile (IPPDH MERCOSUR – OIM, 2016) –suscripto en 2002 y posteriormente

¹⁰ Esta declaración amplió las causales para esos pedidos establecidos en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados (1951).

¹¹ Ver: <http://www.oas.org/es/cidh/migrantes/default.asp>.

¹² Ver: <https://www.mercosur.int/ciudadanos/residir>.

extendido a la mayoría de los Estados Asociados– constituye una de las normas más importantes del “MERCOSUR Ciudadano”, y la piedra angular del esquema de integración.

El mecanismo se diseñó para reconocer a los ciudadanos mercosureños el derecho a solicitar y obtener la residencia legal en el territorio de otro Estado Parte. Esto se traduce, en la vida de las personas, en igualdad de derechos civiles y libertades sociales, culturales y económicas en relación a los nacionales del país de destino, derecho a trabajar, derecho de peticionar ante las autoridades; derecho de entrar y salir del territorio de los Estados Parte y libertad de culto. La prerrogativa se extiende, a su vez, a los miembros de la familia que no sean de la nacionalidad de alguno de los países parte del Acuerdo con la misma vigencia de aquella que posea la persona de la cual dependan. En materia laboral, garantiza a los inmigrantes un trato no menos favorable al que reciben los nacionales del país de destino, así como el derecho a transferir remesas¹³.

Por su parte, el Foro Especializado Migratorio del MERCOSUR y Estados Asociados (FEM)¹⁴ es un espacio que funciona en el ámbito de las Reuniones de Ministros de Interior del MERCOSUR y Estados Asociados y es el ámbito primario en materia de movilidad humana del bloque y tiene entre sus funciones el estudio del impacto de las migraciones, y el análisis y desarrollo de proyectos de normativas en materia migratoria que regirán para los Estados Partes y Asociados. Desempeña un papel importante en varias iniciativas de protección de los derechos de niños y niñas migrantes en el MERCOSUR.

Además, en la I RAADH se aprobó la Iniciativa Niñ@Sur¹⁵ cuya meta general es articular los esfuerzos nacionales y promover acuerdos regionales orientados al cumplimiento de los instrumentos internacionales de derechos humanos universales y regionales como piso mínimo de derechos humanos de niños, niñas y adolescentes. Está integrada (IPPDH MERCOSUR – OIM, 2016) por representantes de las áreas competentes en derechos humanos y especializadas en el área de niñez y adolescencia de los Estados Partes y Asociados del MERCOSUR. Sesiona permanentemente con la presencia y participación

¹³ Ver: <http://www.cartillaciudadania.mercosur.int/categs/es>.

¹⁴ Ver: <https://www.argentina.gob.ar/interior/migraciones/foro-especializado-migratorio-del-mercosur>.

¹⁵ Ver: <https://www.raadh.mercosur.int/comisiones/iniciativa-ninsur/>.

de representantes de la sociedad civil y organismos de cooperación regionales y universales, constituyéndose en un modelo de transparencia y de diálogo intersectorial.

En 2017 se aprobó la Guía regional del MERCOSUR (IPPDH MERCOSUR, 2017) para la identificación y atención de necesidades especiales de protección de los derechos de niños y niñas migrantes. Este instrumento, elaborado por el IPPDH, tiene por objetivo establecer criterios y pautas de acción comunes para la identificación de situaciones de vulneración de derechos o necesidades internacionales de protección de niños, niñas y adolescentes migrantes por parte de autoridades estatales, así como para articular mecanismos adecuados de derivación y referencia de los casos para la atención y cuidado por parte de los organismos de protección de la infancia.

En 2021 los Estados Parte y Asociados del MERCOSUR adoptaron la “Declaración sobre Promoción y Protección de los Derechos Humanos en Situación de Pandemia COVID-19” (IPPDH MERCOSUR, 2020), reafirmando su responsabilidad en la protección y la promoción de los derechos humanos, prestando particular atención a los grupos de mayor vulnerabilidad, entre ellos los niños, niñas y adolescentes, como objetivo esencial del proceso de integración.

En este marco, nuestro país implementó una novedosa política migratoria con la aprobación del “Régimen Especial de Regularización para Niños, Niñas y Adolescentes Migrantes Venezolanos”, mediante la publicación de la Disposición 1891/2021 (Disposición 1891/2021, 2021) de la Dirección Nacional de Migraciones (DNM) en el Boletín Oficial de la República Argentina (BORA). Esta medida se orienta exclusivamente a resolver problemáticas de niños, niñas y adolescentes migrantes, considerando las recomendaciones contenidas en los múltiples instrumentos asumidos por los Estados Parte y Asociados del MERCOSUR, estándares internacionales y regionales de protección de los derechos humanos. Afirma que la niñez migrante requiere una tutela especial por parte del Estado conforme lo establecido en la Convención sobre los Derechos del Niño.

CONCLUSIÓN

La pandemia COVID-19 nos obliga a crear herramientas y mecanismos que tengan en miras la protección de los niños, niñas y adolescentes desplazados, quienes se encuen-

tran en una situación de doble vulnerabilidad, dada por la combinación de edad y condición migratoria.

Como hemos analizado, es preciso enfatizar la importancia de la defensa pública mediante la figura del Sr. Defensor de Menores e Incapaces a fin de garantizar los derechos de los niños, niñas y adolescentes reconocidos en la CDN, la cual detenta superioridad sustancial en los cuatro Estados Parte del MERCOSUR, con el objetivo de armonizar los procedimientos de cooperación regional y fortalecer el proceso de integración en la región, con un enfoque transversal de edad.

En este sentido, con los cierres de fronteras y los cambios de política sanitaria, debemos asegurarnos de que las autoridades nacionales mantengan sus obligaciones respecto de las leyes internacionales, incluyendo la vacunación de personas migrantes y desplazadas, garantizando respuestas proporcionadas y no discriminatorias, en defensa de los derechos de la niñez.

REFERENCIAS

Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares. (2019, septiembre 13). Observaciones Finales sobre el segundo informe periódico de la Argentina. Naciones Unidas, Ginebra, Suíça.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2012a, febrero 17). Amicus Curiae sobre la solicitud de opinión consultiva N° 21: Derechos de los/as niños/as migrantes. San José, Costa Rica.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2012b, agosto 31). Caso Furlan y Familiares vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. San José, Costa Rica.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2013, noviembre 25). Caso Familia Pacheco Tineo vs. Bolivia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 272. San José, Costa Rica.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2014, agosto 19). Opinión Consultiva OC-21/2014. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. San José, Costa Rica.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2008). Informe sobre la infancia y sus derechos en el sistema interamericano de protección de derechos humanos. San José, Costa Rica.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2002, agosto 29). Opinión Consultiva No 17. Condición jurídica y derechos humanos del niño. San José, Costa Rica.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2003, setiembre 17). Opinión Consultiva No 18. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. San José, Costa Rica.

Disposición 1891/2021. (2021, julio 8). Buenos Aires, Argentina: Dirección Nacional de Migraciones.

Fondo de Naciones Unidas para la Infancia y Universidad Nacional de Lanús. (2013). Niñez, migraciones y derechos humanos en Argentina. Estudio a 10 años de la Ley de Migraciones. Lanús, Argentina: UNICEF-UNLa.

Grosman, C., Herrera, M. (2007). Hacia una armonización del derecho de familia en el MERCOSUR y países asociados. Buenos Aires, Argentina: LexisNexis.

Instituto de Políticas Públicas en Derechos Humanos Mercosur. (2020). Declaración de Asunción de la Reunión de Altas Autoridades sobre Derechos Humanos en el MERCOSUR sobre la Promoción y Protección de los Derechos Humanos en Situación de Pandemia Covid-19. IPPDH MERCOSUR. Recuperado de <https://www.ippdh.mercosur.int/declaracion-de-asuncion-de-la-reunion-de-altas-autoridades-sobre-derechos-humanos-en-el-mercosur-sobre-la-promocion-y-proteccion-de-los-derechos-humanos-en-situacion-de-pandemia-covid-19/>.

Instituto de Políticas Públicas en Derechos Humanos Mercosur. (2017). Guía Regional del MERCOSUR para la Identificación y Atención de Necesidades Especiales de Protección de

los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes Migrantes. IPPDH MERCOSUR. Recuperado de <https://www.ippdh.mercosur.int/wp-content/uploads/2021/07/ESP-Gu%C3%ADa-Regional-del-MERCOSUR-para-la-Identificaci%C3%B3n-y-Atenci%C3%B3n-de-Necesidades-Especiales-de-Protecci%C3%B3n-de-los-Derechos-de-Ni%C3%B1os-Ni%C3%B1as-y-Adolescentes-Migrantes.pdf>.

Instituto de Políticas Públicas en Derechos Humanos Mercosur – Organización Internacional para las Migraciones. (2019). Protección de niños, niñas y adolescentes en contextos de migración. Manual de aplicación de estándares internacionales y regionales de derechos humanos. CABA, Argentina.

Instituto de Políticas Públicas en Derechos Humanos Mercosur – Organización Internacional para las Migraciones. (2016). Derechos humanos de la niñez migrante. Migración y Derechos Humanos. CABA, Argentina.

Instituto de Políticas Públicas en Derechos Humanos Mercosur – Organización Internacional para las Migraciones. (2014). La migración internacional de niños, niñas y adolescentes. Niños, niñas y adolescentes a través de las fronteras del MERCOSUR. CABA, Argentina.

Lloveras, N. (2007). El derecho de familia y el derecho de identidad en el MERCOSUR. Hacia una armonización del Derecho de Familia en el Mercosur y países asociados. Buenos Aires, Argentina: LexisNexis.

Ley 27.149. (2015, junio 10). Ley organica del ministerio publico de la defensa de la nacion. Deroguese la ley 24.946 y sus modificatorias en lo pertinente al ministerio publico de la defensa y a las disposiciones referentes a sus integrantes, salvo lo expresamente dispuesto en el segundo parrafo del articulo 75 de la presente. Boletín Oficial. Buenos Aires, Argentina: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

Lora, L. (2021). Infancias, narrativas y derechos: tomo II. (p. 73-87). Buenos Aires, AR: Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Facultad de Derecho.

Naciones Unidas. (2018, noviembre 16). Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares y Comité de los Derechos del Niño. Observación general conjunta No. 3(2017) del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares y No. 22 (2017) del Comité de los Derechos del Niño sobre los principios generales relativos a los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional. Recuperado de <https://www.refworld.org/es/docid/5bd780094.html>.

Naciones Unidas. (2017, noviembre 16). Observación general conjunta N° 4 (2017) del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares y N° 23 (2017) del Comité de los Derechos del Niño sobre las obligaciones de los Estados relativas a los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional en los países de origen, tránsito, destino y retorno. Recuperado de <https://www.refworld.org/es/docid/5bd788294.html>.

Naciones Unidas. (2005, septiembre 1). Convención sobre los Derechos del Niño. Recuperado de: <http://bit.ly/2dsg6is>.

Naciones Unidas. (2018). El Pacto Mundial para una Migración Segura, Ordenada y Regular. Recuperado de <https://www.un.org/es/conf/migration/global-compact-for-safe-orderly-regular-migration.shtml>.

Organización Internacional para las Migraciones. (2021). Informe sobre las migraciones en el mundo 2020. Organización Mundial para las Migraciones. Le Grand-Saconnex, Suíça.

Organización Internacional para las Migraciones. (2011). Informe sobre las migraciones en el mundo. Organización Mundial para las Migraciones. Le Grand-Saconnex, Suíça.

Organización Internacional para las Migraciones. (2009). Migración irregular y flujos migratorios mixtos. Enfoque de la OIM. Le Grand-Saconnex, Suíça.

Olmo, J., & Mendiondo, N. (2016). Actuación principal y complementaria del Ministerio Público: el artículo 103 CCyCN. CABA, Argentina: Ministerio Público de la Defensa, Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia.

Salmain, M. (2021). Los derechos de los niños, niñas y adolescentes en procesos migratorios de expulsión de sus progenitores. Una perspectiva desde el Estado argentino. En LORA, L. Infancias, narrativas y derechos: tomo II. (p. 73-87). Buenos Aires, Argentina: Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Facultad de Derecho.

Serra, Ma. L. (2011). La migración y los derechos del niño. Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones "Ambrosio L. Gioja", 5(spe), 228-243.

Revilla, M. (2011). Infancia, Juventud y Migraciones. Una mirada para la cooperación internacional. Madrid, Espanha: Siglo XXI.

Rubaja, N., & Harrington, C. (2020). Protección de la niñez migrante en el MERCOSUR. Complementariedad de las perspectivas del Derecho internacional de los Derechos Humanos y del Derecho Internacional Privado del MERCOSUR En la práctica de los tribunales internos de los Estados Parte. Asunción, Paraguay: Secretaría del TPR, MERCOSUR.

Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados. (2020). Tendencias Globales Desplazamiento Forzado en 2020. Recuperado de <https://www.unhcr.org/flagship-reports/es/tendenciasglobales/>.

van Loon, Hans. (2016). El horizonte global y el Derecho Internacional Privado. Traducción de la obra "The Global Horizon of Private International Law", Inaugural Lecture 2015, Recueil des Cours de l'Académie de La Haya, Editorial RVLJ (Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia, C. A.), 380, 9-108. Recuperado de www.asadip.org.

BASES PARA LA EDUCACIÓN EN LÍNEA PARA OPERADORES/AS JUDICIALES

BASES PARA A EDUCAÇÃO ONLINE DE OFICIAIS DE JUSTIÇA – REFLEXÕES SOBRE O CURSO “O GÊNERO EM JOGO: CAMINHOS PARA A DEFENSORIA PÚBLICA”

FOUNDATIONS FOR ONLINE EDUCATION FOR JUDICIAL OFFICERS: REFLECTIONS ABOUT THE COURSE “GENDER AT STAKE: THE PATHS OF THE PUBLIC DEFENDER’S OFFICE”

Julieta Di Corleto

Doctora en Historia, Universidade de San Andrés. Defensora Pública Oficial, Argentina.

Abogada, Universidad de Buenos Aires.

jdicorleto@gmail.com

Virginia Jalley

Especialista en Educación y Nuevas Tecnologías,

Proyecto Educación y Nuevas Tecnologías.

Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales - Argentina.

virjalley@gmail.com

RESUMEN

La educación en línea es una herramienta potente para favorecer experiencias de aprendizaje valiosas, situadas y conectadas. Sin embargo, para asegurar que estos procesos sean superadores de los modelos educativos basados en la transmisión de la información, el diseño e implementación de las actividades deben seguir ciertos lineamientos. El presente trabajo explicita los principios básicos de la educación en línea y describe la experiencia de trabajo conjunto entre el Ministerio Público de la Defensa de Argentina y el Proyecto PENT-Flacso en el diseño del curso “El género en juego: los caminos de la defensa pública” durante la pandemia COVID-19. Esta actividad fue desarrollada para dar cumplimiento

a la Ley 27.499, conocida como Ley Micaela, la cual estableció la capacitación obligatoria en género y violencia de género para todas las personas que se desempeñan en la función pública, en los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial de la Argentina.

Palabras clave: Capacitación. Operadores judiciales. Defensa Pública. Educación en línea. Género.

RESUMO

A educação on-line é uma ferramenta poderosa para promover experiências de aprendizagem valiosas, localizadas e conectadas. No entanto, para que esses processos ultrapassem os modelos educacionais baseados na transmissão de informações, o desenho e a execução das atividades devem seguir certas diretrizes. Este trabalho explicita os princípios básicos da educação on-line e descreve a experiência de trabalho conjunto entre o Ministério Público da Defesa da Argentina e o Projeto PENT-Flacso na concepção do curso “Gênero em jogo: os caminhos da defesa pública” durante a pandemia de COVID-19. Esta atividade foi desenvolvida em cumprimento à Lei 27.499, conhecida como Lei Micaela, que estabelece a obrigatoriedade de capacitação em gênero e violência de gênero para todas as pessoas que ocupam cargos públicos nos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário da Argentina.

Palavras-chave: Treinamento. Operadores judiciais. Defesa Pública. Educação online. Gênero.

ABSTRACT

Online education is a powerful tool for promoting valuable, localized, and connected learning experiences. However, the design and execution of activities must follow certain guidelines for these processes to move beyond educational models based on the transmission of information. This paper explains the basic principles of online education and describes the experience of joint work between the Public Ministry of Defense of Argentina and the PENT-Flacso Project in designing the course “Gender at stake: the paths of the Public Defender’s Office” during the COVID-19 pandemic. This activity was developed in compliance with Law 27,499, known as Micaela Law, which establishes mandatory training on gender and gender violence for all persons holding public positions in the Executive, Legislative and Legal Government Branches of Argentina.

Keywords: Training. Legal operators. Public Defender’s Office. Online education. Gender.

SUMARIO

INTRODUCCIÓN. 1. ASPECTOS CENTRALES DE LA EDUCACIÓN EN LÍNEA. 2. UN RECORRIDO POR “EL GÉNERO EN JUEGO: LOS CAMINOS DE LA DEFENSA PÚBLICA”. 2.1. Objetivos y contenidos del curso. 2.2. Cronología de las secuencias didácticas. 2.3. La tecnología al servicio de crear un entorno para el aprendizaje. 2.4. La tutoría acompañando “desde el lado”. PALABRAS FINALES. REFERENCIAS.

INTRODUCCIÓN

Desde su creación en el año 2009, la Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia del Ministerio Público de la Defensa tiene como misión promover la capacitación obligatoria de sus agentes por medio de diferentes actividades que se dictan en forma presencial y virtual. El objetivo de la capacitación permanente es mantener actualizados a los integrantes del Ministerio Público de la Defensa para asegurar una adecuada prestación del servicio.

Movilizados a la virtualidad forzada por la emergencia sanitaria, el 2020 trajo importantes desafíos para la organización de las actividades de capacitación. Si bien la Secretaría contaba con una plataforma de educación en línea, la imposibilidad de realizar cursos presenciales obligó a adecuar de manera integral la oferta de actividades. En este marco, a partir del trabajo conjunto con el Proyecto PENT-Flacso, gracias al apoyo recibido de la Embajada de los Países Bajos, durante nueve meses se trabajó en el diseño de un curso que refleja los principios fundamentales de la educación en línea.¹

La alianza con el Proyecto PENT-Flacso surgió a raíz de la intención del Ministerio Público de la Defensa de implementar un formato novedoso de educación en cuestiones de género. Si bien, desde hace más de diez años, el Ministerio Público de la Defensa cuenta con cursos obligatorios sobre los derechos de las mujeres y diversidades sexo-genéricas;

¹ El trabajo fue el resultado del esfuerzo colectivo de las dos instituciones. Valgan estas líneas como un reconocimiento a quienes trabajaron en este proyecto: Silvina Alonso (MPD), Carolina Ferster (MPD), Gloria Orrego Hoyos (MPD), Agustín Varela (MPD), Fabio Tarasow (PENT Flacso), Gisela Schwartzman (PENT Flacso), Christian Milillo (PENT Flacso), Virginia Jalley (PENT Flacso), Martín Bregazzi (PENT Flacso), Milagros Langhi (PENT Flacso), Manuel Messina (PENT Flacso), Martín Gauto (PENT Flacso) y Matías Figueroa (PENT Flacso).

en 2018, el Congreso de la Nación sancionó la Ley 27.499, conocida como Ley Micaela,² la cual estableció la capacitación obligatoria en género y violencia de género para todas las personas que se desempeñan en la función pública, en los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial. Por ese motivo, con esta nueva enunciación legal el Ministerio Público buscó reforzar la oferta de cursos ya existentes para profundizar y fortalecer los contenidos en género, potenciar su alcance y mejorar la calidad del servicio de defensa pública.

Este texto está organizado de la siguiente manera. En primer lugar, se presentan los aspectos centrales de la educación en línea, un formato de enseñanza y aprendizaje que, en el contexto de pandemia, permitió cubrir exitosamente los vacíos que dejó la ausencia de clases presenciales. A continuación, se describe la experiencia de trabajo conjunto entre el Proyecto PENT-Flacso y el Ministerio Público de la Defensa de Argentina en el desarrollo de un curso bajo esta modalidad de enseñanza. En las sucesivas secciones, se enuncian de qué manera los lineamientos básicos de la educación en línea se encarnaron en la propuesta educativa desarrollada. Para finalizar, se ofrecen unas conclusiones.

1. ASPECTOS CENTRALES DE LA EDUCACIÓN EN LÍNEA

Las tecnologías digitales atraviesan nuestros modos de hacer y pensar, a nivel personal, social y también profesional. Si bien en educación tienen un potencial enorme para favorecer experiencias de aprendizaje valiosas, situadas y conectadas, es habitual verlas puestas al servicio de perpetuar viejas prácticas. Esto sucede, por ejemplo, cuando se reproducen procesos centrados en materiales de lectura que intentan representar el diálogo presencial al intercalar consignas de actividades como llamados a la acción, o al proponer un uso intensivo de algunas herramientas digitales para favorecer espacios de encuentros sincrónicos por medio de videoconferencias. A pesar de que se usa la tecnología, estos formatos mantienen modelos de enseñanza y aprendizaje basados en la transmisión de información. En estos esquemas, los/las docentes centralizan el saber y el conocimiento es

² La ley tuvo su denominación en homenaje a Micaela García, una joven entrerriana que fue víctima de un femicidio en 2017. Desde la sanción de esta ley, en Argentina, Micaela es el nombre de la apuesta política e institucional para incorporar una mirada sensible al género y las sexualidades en la órbita estatal.

un corpus estático que se adquiere por medio de ejercitaciones lineales en un único tiempo y espacio compartido.

Esto se ha observado particularmente tensionado en el último tiempo por lo que ha significado la educación remota de emergencia en el escenario de pandemia por COVID-19, momento en el que se hizo evidente la necesidad de incorporar de manera masiva y urgente estas tecnologías digitales para lograr la continuidad académica en todos los niveles educativos. De todas maneras, desde antes de esta coyuntura inédita, la educación en línea era una modalidad que, gracias a la cultura digital y a las tecnologías de la información, planteaba una opción superadora de la educación a distancia. En principio, esta última intentó resolver la distancia geográfica y temporal entre docentes y estudiantes (Tarasow, 2010), pero no pudo evitar que cada nueva tecnología se limitara a acercar al/la docente como generador/a de contenido y al/la estudiante como destinatario/a.

La educación en línea (EeL), en cambio, se apoya en el socioconstructivismo: se basa en la necesidad de generar vínculos que funcionan como facilitadores del aprendizaje. Si la educación a distancia ponía el foco en la necesidad de resolver la separación geográfica, la educación en línea pone en escena la idea del encuentro. Desde esta perspectiva, el objetivo consiste en ofrecer una experiencia significativa para que el/la participante pueda “hacer algo” con los materiales de estudio y construya su propio conocimiento. En estos espacios cobra importancia la comunicación, la interacción con los contenidos, con los/as docentes, con los/as pares y, en consecuencia, la construcción colectiva de conocimiento. Las tecnologías tienen el potencial de generar un territorio, un escenario donde crear el vínculo con ese saber, donde sucede el diálogo para el aprendizaje, la indagación, análisis, producción y reflexión.

Bajo estas premisas, por medio del diseño de la secuencia didáctica es posible reponer algo de esa necesidad del encuentro cara a cara; que no necesariamente se resuelve con la sincronía (es decir, con la comunicación en simultáneo, en un mismo momento a través de una herramienta tecnológica), sino a través de actividades valiosas, pautadas en tiempos determinados, con una periodicidad que permite organizar la agenda para la tarea compartida y que favorece el intercambio real y productivo entre participantes.

Todas estas dinámicas se hacen posibles gracias a la presencia constante del docente que, en estos espacios, está representado por el/la tutor/a. Lejos de ser mero observador, en las actividades de EeL su trabajo es fundamental no solo para transmitir contenidos, sino también para acompañar a los/as participantes en los recorridos, y así garantizar el éxito del curso. En su concepción global tiene la responsabilidad del proceso educativo, ya que entre sus tareas está organizar las respuestas, orientar a los/as estudiantes y promover la participación de quienes tengan dificultades técnicas. A su vez, debe atender las necesidades de los estudiantes tanto desde el punto de vista individual como grupal para que sus intervenciones creen un clima favorable al aprendizaje. En este sentido, la función de la tutoría es orientar las intervenciones, aportar una mirada sobre los múltiples trayectos posibles, colaborar en la construcción de la experiencia y realizar las evaluaciones del proceso.³

A modo de síntesis, las ideas básicas que dan sentido, fundamento y sostén a propuestas singulares de la educación en línea son las siguientes (Schwartzman, Tarasow & Trech, 2013, p. 168):

- Múltiples contextos: los procesos de enseñanza y de aprendizaje se desarrollan en múltiples contextos (geográficamente dispersos, culturalmente heterogéneos, en un entorno digital compartido, a veces único y otras, múltiple).
- Centralidad de las interacciones: las interacciones que dan lugar al proceso de aprendizaje –con el contenido, con los docentes, con los colegas– y la construcción de conocimientos a través de la colaboración entre pares (incluso mediante el trabajo en pequeños grupos) son constitutivas de los procesos de aprendizaje.
- Actividad como eje: la actividad de los participantes es el eje organizador de la propuesta pedagógica, y los contenidos que se brindan deben facilitar la realización de las experiencias y tareas previstas.
- Vínculos: la generación de vínculos reales entre los participantes.

³ Para profundizar sobre el rol de la tutoría en la educación en línea, consultar: <http://pent.org.ar/capacitaciones/alas/guias/2/index.php>

- Tecnología como territorio: los entornos y aplicaciones configuran espacios (digitales) donde se circulan los contenidos, se producen las interacciones y transcurren los procesos educativos.
- Docente mediador: la función docente es guía y mediadora de los aprendizajes.

2. UN RECORRIDO POR “EL GÉNERO EN JUEGO: LOS CAMINOS DE LA DEFENSA PÚBLICA”

En el marco de la formación de competencias profesionales para abogados/as, en función del interés por superar el modelo transmisivo en educación, el método de casos (Wasserman, 1994) y la simulación de juicios o clínicas jurídicas (Galindo Caldés, 2019) son una referencia obligada en la capacitación laboral. Ciertamente, la enseñanza con casos fomenta en los/as alumnos/as la capacidad de discutir con argumentos, de generar y sustentar ideas propias, de tomar decisiones en condiciones de incertidumbre o de realizar juicios de valor, sin dejar de lado el punto de vista de los demás (Díaz Barriga, 2015, p. 76).

En este contexto, la didáctica basada en el análisis de casos, con las herramientas que brinda la educación en línea, adquiere una dimensión singular cuando las historias pueden ser narradas de forma multimedial. Estas situaciones fácticas contienen problemas que, expuestos a través de un diseño tecnopedagógico, dejan ver su complejidad y multidimensionalidad. A su vez, este formato “atrapa” a los/as estudiantes, quienes pueden imaginarse a las personas, los hechos o lugares relatados y así se involucran personalmente con la actividad. La integración de imágenes y sonidos recrea el ámbito cotidiano de desempeño e invita a los/as usuarios/as a “sumergirse” en él para desnaturalizarlo y pensar nuevas alternativas de acción.

Con estas posibilidades de trabajo, con los lineamientos de la educación en línea y con las bases que aporta el método de casos, “El género en juego: los caminos de la defensa pública” buscó promover la implicación directa de los/las asistentes, “poner en juego” sus saberes y preconceptos para que analizaran e intervinieran sobre los problemas y dilemas que se presentan en la tarea de la defensa pública con una mirada sensible a las temáticas de género.

2.1. Objetivos y contenidos del curso

Teniendo en cuenta la experiencia acumulada a lo largo de diez años de capacitaciones en temáticas de género, desde el Ministerio Público de la Defensa se pretendía que “El género en juego: los caminos de la defensa pública” reforzara los conocimientos sobre el marco teórico y normativo referido a la discriminación y violencia por motivos de género, y permitiera reflexionar sobre los prejuicios y estereotipos respecto de mujeres y diversidades sexo-genéricas, comprender las complejidades de la atención de casos con una mirada sensible a la problemática de género, y finalmente, trabajar sobre las herramientas para diseñar estrategias de defensa con perspectiva de género.

Para el desarrollo de estos contenidos, la jurisprudencia de los órganos de aplicación de los tratados sobre derechos humanos resultó una pieza angular. En efecto, a lo largo de los últimos diez años, con una mirada vanguardista para la región, tanto la Comisión como la Corte Interamericana analizaron las falencias de los tribunales locales en el tratamiento de casos con perspectiva de género.⁴ En este sentido, los estándares internacionales ofrecieron una base robusta para reflexionar qué constituye un adecuado asesoramiento legal cuando están en juego los derechos de las mujeres y diversidades sexuales. Desde esta perspectiva se trabajó con relación a cómo cuestionar sus detenciones, (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2020)⁵ cómo realizar una entrevista y acompañar en cada uno de los actos procesales,⁶ cómo procurar la adopción de medidas urgentes cuando lo que está en juego es el derecho a la salud, cómo elaborar una estrategia de defensa con perspectiva de género;⁷ y, finalmente, de qué manera asegurar que, en caso de imponerse una medida cautelar o una condena, esta resulte respetuosa de los estándares internacionales de derechos humanos.⁸ Estos antecedentes, junto con otros trabajos doctrinarios, senta-

⁴ En términos generales, la jurisprudencia internacional se ocupó de marcar la necesidad de eliminar la presencia de sesgos que violan el principio de igualdad y no discriminación. Por otra parte, advirtió que la discriminación contra las mujeres y otras identidades sexo-genéricas se ve agravada por factores interseccionales que las afectan en diferente grado, por motivos de clase, raza, origen nacional, situación socioeconómica, orientación sexual, estado civil y/o maternal y salud, entre otras. Cf. entre otras decisiones, CIDH (2009); CIDH (2014b); CIDH (2018), y CIDH (2017); Comité CEDAW (2015); CIDH (2015); CIDH (2018b); CIDH (2014); CIDH (2013).

⁵ Cf. CIDH (2020).

⁶ Cf. CIDH (2006a).

⁷ Cf. CIDH (2014a); CIDH (2013).

⁸ Cf. CIDH (2006b).

ron las bases para la construcción de las diferentes secuencias pedagógicas en torno al rol de la defensa pública ante la discriminación en el acceso a la justicia.

A partir de la identificación de los nudos críticos en la actuación de la asistencia legal integral, la propuesta formativa buscó promover una experiencia que, en lugar de transmitir información para la adquisición de conocimientos declarativos; garantizara la comprensión del impacto que tiene la desigualdad económica, política y social en las experiencias de las personas que recurren a la defensa pública e interpelara a los y las participantes con un llamado a la acción. Para ello, se trabajó en la definición de actividades que permitieran vincular los saberes pre-existentes con las nuevas ideas o conceptos, todo ello acompañado de materiales y recursos estimulantes y atrayentes aplicables a la resolución de las tareas propuestas.

2.2. Cronología de las secuencias didácticas

El curso, de seis semanas de duración, se estructuró en torno a la intervención sobre dos situaciones jurídicas que podrían presentarse en las defensorías. Teniendo en cuenta la multiplicidad de temáticas y tareas abordadas en la defensa pública, el principal desafío consistió en adecuar los aprendizajes en función de dichas variables. Para ello se establecieron dos distinciones que impactaron en el desarrollo de los recorridos; y así se trabajó, de un lado, a partir de una división temática en razón de la jurisdicción (fuero penal o no penal), y de otro lado, en función del rol que cumplían dentro de la dependencia (empleado o defensor).

Para comenzar, la secuencia de actividades se organizó en una primera semana introductoria, de socialización en un entorno ludificado, recreando un ámbito de esparcimiento previo al trabajo, y de sensibilización, representando la mesa de entradas de una defensoría en la que debían atender “microcasos” con distinto tipo de vulneraciones de derechos. Después de este acercamiento, en la segunda semana, cada participante recibió un caso (penal o no penal) y un rol (empleado o defensor) desde el cual debían identificar el problema e investigar qué recursos normativos tenían disponibles.

A continuación, en la tercera y cuarta semana, se incluyó un recorrido con todos los avatares del procedimiento. Este tramo generó especial interés porque, a través de la inmersión en el caso, el/la participante avanzó en la historia, tomó decisiones y elaboró las inter-

venciones adecuadas para resolver la situación de su asistida. Estas producciones fueron tareas individuales de diferente tipo: a veces tuvieron que producir un documento, otras adecuarlo para su presentación en el proceso de defensa, otras hacer una devolución a quien preparó un proyecto. En todo momento se apeló a poner en juego los propios saberes y a contrastarlos con recursos teóricos y con la voz de colegas expertas en la materia.

Las dos últimas semanas del curso se centraron en la reflexión y los aportes en el ámbito cotidiano de intervención: la defensoría. En este momento se incluyeron conversaciones con especialistas sobre temáticas de género con el objetivo de lograr un contacto más fluido con los/as participantes y permitir el planteo de situaciones problemáticas inspiradas en el recorrido de los casos trabajados. Si en las semanas previas el trabajo fue predominantemente individual, en las dos últimas prevaleció el “taller de aprendizaje” (Perkins, 2010, pp. 21-39). Bajo este esquema, las/os participantes leyeron las producciones de colegas, analizaron sus implicancias, y las contrastaron con sus propias ideas. Complementado con un encuentro sincrónico, la lectura colectiva de estos aportes generó un espacio para pensar qué prácticas del quehacer cotidiano debían modificarse para asegurar una asistencia jurídica integral, sin discriminación.

En síntesis, cada semana planteó desafíos destinados a estudiar las situaciones, tomar decisiones, profundizar en recursos jurídicos, revisar lo actuado y producir de acuerdo con criterios de desempeño profesional. Las actividades propuestas no fueron otras que aquellas que se realizan diariamente en las defensorías, por lo que en cada una tuvieron que verificar y comprender los problemas que ya conocían, pero con perspectiva de género. Los materiales y recursos especialmente diseñados para la ocasión aseguraron un trabajo contextualizado a las responsabilidades de cada persona en la institución.

2.3. La tecnología al servicio de crear un entorno para el aprendizaje

La plataforma de educación en línea y los recursos multimediales fueron estratégicos para la creación de las protagonistas de los casos que se debían resolver. Con fotografías y audios grabados por estudiantes de actuación, el curso incluyó las voces de las protagonistas, con sus ansiedades, angustias e inquietudes. Estas narrativas, presentadas

mayormente en primera persona, sostuvieron la construcción de una experiencia inmersiva muy sugerente.

Estas historias personales fueron acompañadas por documentos judiciales simulados y el desarrollo de un relato en el que intervienen actores del sistema judicial y compañeros/as de trabajo. Dichas mediaciones promovieron la sensación de vinculación real con asistidas y colegas y permitieron trabajar sobre competencias profesionales que recibieron poca atención en el ámbito jurídico: la investigación, la comunicación y la argumentación con perspectiva de género. En efecto, la curaduría escogida para los materiales permitió pensar la tarea de la abogacía con un horizonte más amplio que el estrictamente jurídico. Así, por ejemplo, hubo un espacio para incorporar una reflexión sobre la prueba en apoyo de las decisiones profesionales adoptadas; para reflexionar la comunicación de los/as integrantes de la defensa pública con sus asistidos/as y para analizar los marcos normativos locales en los cuales asentar una estrategia de defensa con perspectiva de género.

En este sentido, las tecnologías permitieron entramar las historias personales, con la actuación judicial y con la intervención profesional, dando sensación de continuidad. Los recursos, consignas y mensajes de orientación se develaron en la semana en que estaban previstos, pero a medida que el/la participante avanzaba en el recorrido. Esta dosificación diaria permitió que cada participante fuera contrastando hipótesis para reconocer diferentes dimensiones del problema. De esta manera, en línea con lo planteado por Schwartzman y Odetti (2011), se pudo romper con la estructura lineal de ciertos cursos que presentan los problemas jurídicos de manera fragmentada. Para ello, se estableció un orden que permitía pensar las cuestiones de manera secuenciada y a través de diferentes formatos: además de textos de doctrina, boletines de jurisprudencia o videos, el curso incluyó infografías y desarrollos originales en audio y texto, que aparecen como aportes simulados de colegas expertos.

2.4. La tutoría acompañando “desde el lado”

El trayecto formativo fue acompañado por un equipo de tutoría, con una presencia moderada a simple vista, pero contundente en seguimiento de cada participante. Su rol, siempre fundamental en las instancias de educación en línea, cobró especial relevancia en esta

propuesta de trabajo. En efecto, por su formato innovador, el curso requirió una adaptación al entorno y para ello fue necesario el seguimiento atento de la tutoría para identificar a tiempo a quien necesitó apoyo para el ingreso frecuente a la plataforma o la realización de alguna actividad.

El acompañamiento de la tutoría se realizó con tres tipos de comunicaciones. Una fue la comunicación general por medio de la plataforma. Estos mensajes se utilizaron para mantener el ritmo de las actividades, para orientar los recorridos al inicio de la semana, para alentar la realización de las tareas cuando se observaba algún retraso o para efectuar comentarios a todo el grupo. Otra fue la comunicación personalizada por medio de la plataforma, con mensajes que evalúan el desempeño y el proceso de aprendizaje. En estas se comenzó destacando las fortalezas para luego ofrecer las orientaciones de mejora. En estos intercambios se buscó intercambiar experiencias sobre los casos trabajados, fomentando el trabajo en equipo y la comunicación entre los integrantes de las diferentes defensorías. De forma general, se trabajó para construir una trama de vínculos más personal, basada en la transmisión horizontal del conocimiento, aun cuando quienes participaron de las actividades tenían distintas funciones y jerarquías.

A nivel del trabajo interno del equipo de tutoría, el curso requirió un trabajo importante para establecer los criterios para el seguimiento y evaluación. Las rúbricas fueron claves para facilitar las devoluciones oportunas, a veces individuales y otras grupales, más allá de las inicialmente pactadas. De todas maneras, el desafío principal fue asegurar la presencia constante para que la evaluación de los aprendizajes fuera permanente a partir del seguimiento de la actividad de cada participante, quien recibía una devolución al cierre de cada tramo de trabajo.

PALABRAS FINALES

La capacitación en el ámbito del Ministerio Público de la Defensa es concebida como un espacio de trabajo colectivo por medio del cual se deben perfeccionar las competencias laborales para promover un más efectivo acceso a la justicia de la población en situación de vulnerabilidad. En su formato presencial o en línea, las actividades son pensadas para

recuperar los saberes profesionales de quienes asisten, enriquecerlos y perfeccionarlos a partir del intercambio horizontal.

El contexto de la emergencia sanitaria aceleró la necesidad de profundizar el trabajo realizado sobre la plataforma de webcampus de la institución y conllevó el desafío de reproducir, con los principios de la educación en línea, encuentros de aprendizaje genuinos. En esa dirección, la alianza estratégica con el Proyecto PENT-Flacso permitió la articulación interdisciplinaria que incluyó a especialistas en temas jurídicos, pedagogía y desarrollos multimediales con enfoque de derechos humanos y género.

Este texto, además de ilustrar los lineamientos básicos de la educación en línea, valora el diálogo interdisciplinario de dos organizaciones con trayectoria en su campo y ofrece a la discusión colectiva la experiencia compartida. El trabajo efectuado muestra que la educación en línea es un proceso artesanal que requiere más que simples videos o textos sometidos a sistemas de evaluación simplificados. El ejercicio compartido de la docencia, la reflexión continua sobre nuestra práctica, el diseño de diferentes modos e interfaces para dialogar y construir con los/as estudiantes fueron puentes para el intercambio. El objetivo final era promover una nueva construcción de sentido y dinamizar cambios duraderos para que cada participante pudiera hacer una revisión genuina de sus propias intervenciones en su lugar de trabajo, inspirando otras formas de acercarse a las personas, a los equipos de trabajo, a las propias ideas.

REFERENCIAS

Comité CEDAW. (2015, agosto 3). Recomendación General núm. 33 sobre el acceso de las mujeres a la justicia. Nova York, Estados Unidos.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2020, marzo 12). Caso Azul Rojas Marín y otra vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de marzo de 2020. San José, Costa Rica.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2006a, febrero 1). Caso López Álvarez vs. Honduras, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de febrero de 2006. San José, Costa Rica.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2006b, noviembre 25), Caso Castro Castro vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2014a, noviembre 20). Caso Espinoza Gonzáles vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2014. San José, Costa Rica.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2015, septiembre 1). Caso Gonzales Lluly y otros vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. San José, Costa Rica.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2009, noviembre 16). Caso González y otras (Campo Algodonero) vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. San José, Costa Rica.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2017, agosto 24). Caso Gutiérrez Hernández y otros vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2017.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2013, noviembre 27). Caso J. vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2013. San José, Costa Rica.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2018a, septiembre 26). Caso López Soto y otros vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2018. San José, Costa Rica.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2014b, mayo 19). Caso Veliz Franco y otros vs. Guatemala, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de mayo de 2014. San José, Costa Rica.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2018b, marzo 8). Caso V. R. P., V. P. C. y otros vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018. San José, Costa Rica.

Díaz Barriga, F. (2005). Enseñanza situada: Vínculo entre la escuela y la vida. México: McGraw Hill.

Galindo Caldés, R. (2019). An experience of simulation in union representation and collective bargaining. REDU. Revista de Docencia Universitaria, 17(1), 183-195. <https://doi.org/10.4995/redu.2019.10183>

Jalley, V. (2018). Desafíos que inspiran: repensar las propuestas pedagógicas mediadas por tecnología. En El Jaber, G. I. (comp.) Actas de Jornadas Educación a distancia y Universidad, Flacso, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina, 3. Recuperado de <http://www.pent.org.ar/institucional/publicaciones/desafios-que-inspiran-repensar-propuestas-pedagogicas-mediadas-por-tecnologia>

Perkins, D. (2010). El aprendizaje pleno: Principios de la enseñanza para transformar la educación. (1a ed.). Buenos Aires: Paidós.

Schwartzman, G., & Odetti, V. (2011). Los materiales didácticos en la educación en línea: sentidos, perspectivas y experiencias. [Paper presentation]. ICDE-UNQ. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina. Recuperado de <http://www.pent.org.ar/publicaciones/materiales-didacticos-educacion-linea-sentidos-perspectivas-experiencias>

Schwartzman, G., Tarasow, F., & Trech, Mónica. (2013). Dispositivos tecnopedagógicos en línea: medios interactivos para aprender. In García, J. M., & Rabajoli, G. (comps.) Aprendizaje abierto y aprendizaje flexible. Más allá de formatos y espacios tradicionales (pp. 163-184). Montevideo: ANEP - CEIBAL.

Tarasow, F. (2010). ¿De la educación a distancia a la educación en línea? ¿Continuidad o comienzo?, Módulo: Diseño de intervenciones educativas en línea, Carrera de Especialización en Educación y Nuevas Tecnologías. PENT - FLACSO Argentina. Recuperado de <http://www.pent.org.ar/institucional/publicaciones/educacion-distanci-aed...linea-continuidad-comienzo>

Wassermann, S. (1994). El estudio de casos como método de enseñanza. Buenos Aires: Amorrortu Editores.

**EJECUCIÓN DE ASTREINTES DURANTE LA PANDEMIA:
UN ANÁLISIS DE LA ALEGADA IMPOSIBILIDAD DE CUMPLIMIENTO
DE OBLIGACIONES A CARGO DEL ESTADO ARGENTINO**

**EXECUÇÃO DE ASTREINTES DURANTE A PANDEMIA:
UMA ANÁLISE DA ALEGADA IMPOSSIBILIDADE DE CUMPRIMENTO
DAS OBRIGAÇÕES A CARGO DO ESTADO ARGENTINO**

**EXECUTION OF ASTREINTES DURING THE PANDEMIC:
AN ANALYSIS OF THE ALLEGED IMPOSSIBILITY OF COMPLIANCE
WITH OBLIGATIONS BY THE ARGENTINE STATE**

Pablo Hernán Gianella

*Abogado, Universidad de Buenos Aires; Integrante de la Defensoría Pública
Curaduría N°18 del Ministerio Público de la Defensa de Argentina.*

pgianella@mpd.gov.a

RESUMEN

El presente artículo propone el análisis de algunos de los argumentos que diversos sujetos de derecho público esgrimen como justificación del incumplimiento de obligaciones de derecho internacional asumidas por el Estado Argentino. También ofrece algunas pautas para orientar la interpretación de la normativa de emergencia en un sentido pro homine. El análisis tiene como punto de partida dos casos en los cuales la Defensoría debió litigar a fin de garantizar el acceso a los derechos de las personas con discapacidad. En ambos se impusieron astreintes a los sujetos obligados y estos a su vez invocaron normativa interna dictada en el marco de la emergencia por coronavirus covid-19 para excusar los incumplimientos, obteniéndose sentencias favorables a los intereses de los defendidos.

Palabras clave: Discapacidad. Derechos. Astreintes. Ejecución. Estado.

RESUMO

Este artigo propõe a análise de alguns dos argumentos que diversos sujeitos do direito público utilizam como justificativa para a violação das obrigações do direito internacional assumidas pelo Estado argentino. Algumas diretrizes também são oferecidas para orientar a interpretação dos regulamentos de emergência em um sentido pro homine. A análise toma como ponto de partida dois casos em que a defensoria teve que litigar para garantir o acesso aos direitos das pessoas com deficiência. Em ambos os casos astreintes foram impostas aos sujeitos obrigados e estes, por sua vez, invocaram regulamentos internos emitidos no âmbito da emergência de coronavírus (covid-19) para desculpar o não cumprimento, obtendo sentenças favoráveis aos interesses dos defendidos.

Palavras-chave: Deficiência. Direitos. Astreintes. Execução. Estado.

ABSTRACT

This article proposes the analysis of some of the arguments that various subjects of public law use as justification for the breach of international law obligations assumed by the Argentine State. Some guidelines are also offered to guide the interpretation of the emergency regulations in a pro homine sense. The analysis takes as a starting point two cases in which the Public Defender had to litigate in order to guarantee access to the rights of persons with disabilities. In both, astreintes were imposed on the obliged subjects and these in turn invoked internal regulations issued in the framework of the covid-19 coronavirus emergency to excuse non-compliance, obtaining favorable sentences for the interests of those defended.

Keywords: Disability. Rights. Astreintes. Execution. State.

SUMARIO

INTRODUCCIÓN. 1. ALGUNAS CONSIDERACIONES INICIALES SOBRE LA LEGITIMACIÓN ACTIVA. 2. CASO I: C., M. A. S/DETERMINACIÓN DE LA CAPACIDAD. 2.1. El derecho a una vivienda adecuada a la luz del artículo 11 de la CDPD. 3. CASO II: F., L. M. C/AGENCIA NACIONAL DE DISCAPACIDAD S/EJECUCIÓN-INCIDENTE CIVIL.

3.1. Algunas pautas para la interpretación de la normativa de emergencia. 3.2. Breve análisis de la normativa de emergencia. 3.3. Sentencia de la cámara nacional de apelaciones en lo civil. CONCLUSIONES. REFERENCIAS.

"It is better to offer no excuse than a bad one."
– George Washington

INTRODUCCIÓN

La llegada de la actual pandemia modificó en forma irrevocable la vida de las personas. Así, en muchos ámbitos fue necesario adaptar el modo de pensar y de relacionarse para hacer frente a una situación de emergencia cuyo desenlace final resulta todavía incierto. Tal escenario impone sus propios desafíos a la hora de garantizar ciertos derechos básicos de la población, lo cual conlleva en muchos casos a tener que litigar con las diferentes carteras estatales para la obtención de los recursos que requieren los sectores más vulnerables de la sociedad. A los fines de vindicar su accionar, los organismos públicos invocan una defensa hasta hace poco inédita: la pandemia COVID-19. A continuación se expone el formato que adquieren tales argumentos y se ofrecen algunas posibles respuestas que pueden darse a los mismos, en el marco de dos casos en los cuales la Defensoría debió litigar para que los asistidos pudieran acceder a sus derechos. A la fecha, ambos cuentan con sentencias favorables de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil.

1. ALGUNAS CONSIDERACIONES INICIALES SOBRE LA LEGITIMACIÓN ACTIVA

Los casos que se desarrollarán tienen la particularidad de haberse originado en el marco de los llamados procesos de determinación de la capacidad jurídica, regulados en los artículos 31 al 47 del Código Civil y Comercial de la Nación.

Así pues, uno de los pilares del ejercicio de la defensa en un proceso de determinación de la capacidad jurídica radica en el artículo 34 del Código Civil y Comercial de la Nación, el cual dispone que "el juez debe ordenar las medidas necesarias para garantizar los

¹ "Es mejor no ofrecer excusa alguna antes que una mala". La traducción es propia.

derechos personales y patrimoniales de la persona”, no limitándose al dictado de medidas cautelares, “pudiendo comprenderse toda clase de medidas procesales y judiciales” (Fernández, Silvia E., 2015, p.87). Su aplicación permite petitionar cualquier medida que resulte conducente para el efectivo goce de los derechos de la persona cuya capacidad jurídica se encuentra en crisis.

Por otra parte, la Ley Orgánica del Ministerio Público de la Defensa delimita en el artículo 46 el marco de actuación de los Defensores Públicos Curadores:

Los Defensores Públicos Curadores actúan en el marco de procesos referentes al ejercicio de la capacidad jurídica y de implementación de sistemas de apoyos y salvaguardias para el ejercicio de la capacidad jurídica, cuando no existieran bienes suficientes que permitan la designación a cargo económicamente de la persona involucrada o de quien, presumiblemente, debiera asumir las costas; o en ausencia de familiar o referente comunitario que pudiera hacerse cargo de tal función (Ley nº 27.149/2015, 2015).

Seguidamente, la norma enuncia sus deberes y atribuciones, habilitando a dichos magistrados a “proceder de oficio, en el ámbito judicial y extrajudicial en la defensa de los derechos e intereses de sus asistidos, de conformidad con lo previsto en esta ley y en la reglamentación pertinente” (inciso “h”) y a “instar el agotamiento de las vías recursivas a fin de propender a la mejor solución jurídica para sus asistidos” (inciso “i”).

Siendo práctica habitual que las solicitudes que se efectúan ante los diversos organismos para el otorgamiento de beneficios sociales o recursos de salud resulten denegadas o no tengan una respuesta acorde a los estándares imperantes en materia de derechos humanos y discapacidad, se genera la necesidad de recurrir a la compulsión por medio de la ejecución de astreintes a fin de lograr la realización del Derecho. En la República Argentina, este instituto encuentra anclaje en el artículo 804 del Código de Fondo:

Los jueces pueden imponer en beneficio del titular del derecho condenaciones conminatorias de carácter pecuniario a quienes no cumplen deberes jurídicos impuestos en una resolución judicial. Las condenas se deben

graduar en proporción al caudal económico de quien debe satisfacerlas y pueden ser dejadas sin efecto o reajustadas si aquél desiste de su resistencia y justifica total o parcialmente su proceder (Código Civil y Comercial de la Nación, Ley nº 26.994, 2014).

En igual sentido, dice el artículo 37 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (Ley nº 17.454/1981, 1981):

Los jueces y tribunales podrán imponer sanciones pecuniarias compulsivas y progresivas tendientes a que las partes cumplan sus mandatos, cuyo importe será a favor del litigante perjudicado por el incumplimiento. Podrán aplicarse sanciones conminatorias a terceros, en los casos en que la ley lo establece. Las condenas se graduarán en proporción al caudal económico de quien deba satisfacerlas y podrán ser dejadas sin efecto, o ser objeto de reajuste, si aquél desiste de su resistencia y justifica total o parcialmente su proceder.²

2. CASO I: C., M. A. S/DETERMINACIÓN DE LA CAPACIDAD

El artículo 28 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD) (2006, p. 14) establece:

Los Estados Partes reconocen el derecho de las personas con discapacidad a un nivel de vida adecuado para ellas y sus familias, lo cual incluye alimentación, vestido y **vivienda adecuados**, y a la **mejora continua de sus condiciones de vida**, y adoptarán las medidas pertinentes para salvaguardar y promover el ejercicio de este derecho sin discriminación por motivos de discapacidad.

Por otra parte, la Organización Mundial de la Salud definió a la Salud como “un **estado de completo bienestar físico, mental y social**, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades” (Constitución de la Organización Mundial de la Salud, 1946, pp. 1).

² Como puede verse, el empleo de la conjunción copulativa “y” en el texto de ambas normas impone la verificación de dos presupuestos para poder dejar sin efecto las astreintes: desistir de la resistencia en cumplir con la obligación y justificar total o parcialmente su proceder.

Teniendo como norte tales preceptos, en el año 2014 se solicitó al Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados (INSSJP) un subsidio para realizar refacciones edilicias en la vivienda de una persona con discapacidad en situación de vulnerabilidad. La misma se encontraba en estado ruinoso, por lo que la necesidad de iniciar las obras apremiaba. Una vez depositado el subsidio en la cuenta judicial, se hizo saber al INSSJP que, de acuerdo a los presupuestos acompañados, el mismo resultaba insuficiente para cubrir la totalidad de la obra, motivo por el cual se solicitó la ampliación del monto. Iniciada la obra, se reiteró dicha solicitud a la vez que se informaba el avance de la misma en forma documentada, a fin de rendir cuenta de los gastos. En el año 2017, el INSSJP planteó su disconformidad con la forma de ejecución de las obras y recomendó que “las tareas pendientes sean administradas, asesoradas, ejecutadas e inspeccionadas por personal idóneo” del instituto, por lo que se procedió primero a solicitar que se informe la fecha de inicio de las obras y luego -ante la falta de respuesta- se lo intimó a tales fines. El apercibimiento de multa se hizo efectivo el 17 de julio de 2019 y fue consecuentemente apelado por la obligada.

El 6 de mayo de 2020, la Sala “C” de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil resolvió confirmar la resolución que hizo efectivo el apercibimiento³, modificando únicamente dicho decisorio respecto del punto de partida de la multa. Para así decidir, hizo hincapié en la situación de vulnerabilidad del causante y en las condiciones de su vivienda, acreditadas a través de fotografías y un informe social: “[...] de lo que se extrae la problemática edilicia con pérdida de agua, entradas de agua en días de lluvia, con perjuicio a la conexión eléctrica, además de observarse cables conectados a alargues y zapatillas colgadas de las paredes de donde se conectan lámparas y hasta una heladera”.

³ Llegado a este punto es necesario recordar que a través de la acordada 6/2020, la Corte Suprema de la Nación estableció -en consonancia con las medidas dictadas por el Poder Ejecutivo Nacional para hacer frente a la crisis provocada por la pandemia covid-19- la feria judicial extraordinaria respecto de todos los tribunales federales y nacionales y demás dependencias que integran el Poder Judicial de la Nación, desde el 20 hasta el 31 de marzo de 2020. Dicha medida fue prorrogada a través de las acordadas 8/2020, 10/2020, 13/2020, 14/2020, 16/2020, 18/2020 y 25/2020 (En lo sucesivo se dispuso la prórroga sólo en determinadas jurisdicciones, y en atención a situaciones particulares). En ese contexto, el Tribunal de Superintendencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil emitió la resolución 393/2020 vinculada a la realización de los actos procesales pendientes para procurar la descongestión de los tribunales y facilitar el trabajo remoto por parte de los profesionales que intervienen en las causas. Es en el marco de esta última disposición que la Cámara se aboca al tratamiento del recurso que se encontraba pendiente de resolución.

Ahora bien, lo particular de este caso es que luego de la sentencia, la vencida continuó impugnando las resoluciones judiciales con fundamento en la pandemia.

Presentada la nueva liquidación, el INSSJP planteó la nulidad de la notificación, esgrimiendo entre los motivos "...los grandes inconvenientes que se encuentra atravesando esta Obra Social por la Pandemia Mundial por COVID-19..." (Expte. Civ. Nro. 207216/1986).

Desestimado ese planteo, impugnó la liquidación. Esta vez, la pandemia fue invocada en referencia concreta a que los recursos de la obra social deben destinarse a las prestaciones que comprometen la salud de "los afiliados".

Luego le siguió el turno a las costas, que también fueron apeladas por el INSSJP, reiterando, entre otros, el argumento relativo al coronavirus covid-19.

El 22 de septiembre de 2020, el Juzgado interviniente rechazó la impugnación, aprobó la liquidación e impuso las costas a la vencida. En su pronunciamiento, la Jueza de grado dijo:

En relación con lo manifestado respecto de la pandemia COVID-19, cabe resaltar que el Instituto excluye deliberadamente al Sr. C. del colectivo "afiliados del PAMI", destacando que la falta de acatamiento por parte del PAMI a la manda judicial también conlleva un perjuicio para el nivel de vida del mismo y compromete su salud.

En este sentido, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad -dotada de jerarquía constitucional por la ley 27.044- establece la obligación de garantizar la rehabilitación, [...] y de promover la inserción de las personas con discapacidad (v. Preámbulo, en especial, inc. "v"). Es decir, no solo garantizar el acceso a la justicia y el derecho a la salud, para las personas con discapacidad por salud mental, sino también su reinserción social y rehabilitación, de lo que forma parte, que la persona habite en un lugar saludable y digno de toda condición humana que no comprometa la salud de la persona asistida.

Tanto la Ley fundamental como los tratados de derechos humanos consagran el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física

y mental (arts. 42 de la Constitución Nacional, 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales, Culturales y 24 de la Convención sobre los Derechos del Niño). Se estipula allí que los Estados adoptarán medidas para garantizar el acceso de las personas con discapacidad a las prestaciones de rehabilitación relacionadas con la salud, proporcionarán los servicios que requieran como consecuencia de la discapacidad y adoptarán medidas efectivas y pertinentes para que estas personas puedan alcanzar y mantener la máxima independencia, inclusión y participación en todos los aspectos de la vida (v. en esp. Arts. 25 y 26 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad). (Colección de dictámenes sobre derechos humanos. Cuadernillo 3 Derecho de las personas con discapacidad. Dictámenes del Ministerio Público Fiscal ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación) (Fallo “G., I. C. c/ Swiss Medical S.A. s/ Amparo Ley 16.986” - S.C. G. 701; L. XLIX. Dictamen completo disponible en http://www.mpf.gov.ar/dictámenes/2015/MSachetta/abril/GIC_G_701_L_XLIX.pdf. Citado en Colección de dictámenes sobre derechos humanos. Cuadernillo 3 Derecho de las personas con discapacidad. Dictámenes del Ministerio Público Fiscal ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación.).

El INSSJP también apeló esa resolución, agraviándose en que la Jueza no había meritulado la crisis sanitaria que el país atraviesa, producto de la pandemia. El 9 de febrero de este año la Sala “C” volvió a confirmar la resolución apelada, coincidiendo con el criterio de la Jueza de grado por encontrarlo ajustado a derecho.

Por último, cabe mencionar que con posterioridad se intimó al Instituto a efectuar el depósito de la multa, informar la fecha de inicio de las obras en la vivienda y a abonar los honorarios regulados, resolución que también fue apelada. El 16 de julio del 2021, la Sala “C” declaró mal concedido el recurso de apelación interpuesto por la representante del INSSJP e impuso costas dealzada a la vencida⁴. La sentencia resulta ilustrativa de este empleo de

⁴ Para así decidir, el Tribunal tuvo en cuenta que, conforme doctrina jurisprudencial, “no resultan susceptibles de apelación las providencias que son consecuencia de otras que se encuentran firmes, como en el supuesto de autos”. De esta manera, se remitió a lo dicho el 6 de mayo. También dijo que lo decidido sobre la proce-

la vía recursiva como mecanismo para dilatar el cumplimiento de las obligaciones, lo cual es habitual cuando se litiga contra este organismo en particular. Lo único que resulta novedoso es la introducción de la pandemia como argumento. Sobra decir que a la fecha de escribir estas líneas se encuentran pendientes tanto el inicio de las obras en la vivienda como el pago de la multa.

2.1. El derecho a una vivienda adecuada a la luz del artículo 11 de la CDPD

Lo que en el caso comentado se pone de manifiesto es la contradicción que existe en confinar a una persona a su domicilio con el objetivo de resguardar su salud -como sucedió cuando el Poder Ejecutivo decretó el “Aislamiento Social, Preventivo y Obligatorio”- pero negándole al mismo tiempo el acceso a condiciones adecuadas de vivienda, las que resultan esenciales para garantizar el goce de buena salud⁵. Recordemos que la Carta de la Organización de Estados Americanos establece el compromiso de los Estados miembros en dedicar los máximos esfuerzos a fin de lograr, entre otras metas básicas, una vivienda adecuada para todos los sectores de la población (artículo 34). En igual sentido, el apartado 1 del artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece:

Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y **vivienda adecuados**, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados Partes tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento (Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 1966, n.p).

dencia de las astreintes y su cuantía se encontraba firme y no podía renovarse el debate sobre tales cuestiones en virtud del principio de preclusión. Por último, rechazó el agravio relativo al embargo por tratarse de un embargo ejecutorio, esto es, aquel que tiende a efectividad el cumplimiento de una sentencia.

⁵ Además del derecho a la salud, tampoco puede soslayarse que dada la interdependencia y la indivisibilidad de los derechos humanos, la afectación del derecho a una vivienda adecuada podría incidir en este caso sobre otros derechos también consagrados en la CDPD, como ser el derecho a vivir en forma independiente y a ser incluido en la comunidad. De no contar con una vivienda adecuada, la avanzada edad del defendido habilitaría su inserción a una institución geriátrica.

En su Observación General 4, el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales estableció algunas guías para interpretar adecuadamente la norma. Allí dijo:

El derecho a la vivienda está vinculado por entero a otros derechos humanos y a los principios fundamentales que sirven de premisas al Pacto. Así pues, “la dignidad inherente a la persona humana”, de la que se dice que se derivan los derechos del Pacto, exige que el término “vivienda” se interprete en un sentido que tenga en cuenta otras diversas consideraciones (Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 1991, p. 2).

Luego, el comité precisó algunos aspectos que deben ser tenidos en cuenta en relación a este derecho:

Una vivienda adecuada debe ser habitable, en sentido de poder ofrecer espacio adecuado a sus ocupantes y de protegerlos del frío, la humedad, el calor, la lluvia, el viento u otras amenazas para la salud, de riesgos estructurales y de vectores de enfermedad. Debe garantizar también la seguridad física de los ocupantes. El Comité exhorta a los Estados Partes a que apliquen ampliamente los Principios de Higiene de la Vivienda preparados por la OMS, que consideran **la vivienda como el factor ambiental que con más frecuencia está relacionado con las condiciones que favorecen las enfermedades en los análisis epidemiológicos; dicho de otro modo, que una vivienda y unas condiciones de vida inadecuados y deficientes se asocian invariablemente a tasas de mortalidad y morbilidad más elevadas** (Ibidem, p. 3-4).

Por último, cabe destacar que durante la vigencia de la emergencia sanitaria resulta de transversal aplicación lo normado en el artículo 11 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2006, p. 11):

Los Estados Partes adoptarán, en virtud de las responsabilidades que les corresponden con arreglo al derecho internacional, y en concreto el derecho internacional humanitario y el derecho internacional de los derechos humanos, todas las medidas necesarias para garantizar la seguridad y la protección de

las personas con discapacidad en situaciones de riesgo, incluidas situaciones de conflicto armado, emergencias humanitarias y desastres naturales.

Es decir: la obligación por parte del Estado de tomar medidas efectivas para garantizar el goce de los derechos de las personas con discapacidad -como ser, en este caso, el acceso a una vivienda adecuada- cobra mayor vigor en el contexto de una emergencia humanitaria como la actual y su incumplimiento es, por ende, más grave aún. Tal es el criterio que adoptó la Cámara de Apelaciones en lo Civil en el caso que se expone a continuación.

3. CASO II: F. L. M. C/AGENCIA NACIONAL DE DISCAPACIDAD S/EJECUCIÓN- INCIDENTE CIVIL

El segundo caso se origina en el año 2018, cuando se inicia el trámite para el otorgamiento de una pensión no contributiva por invalidez en favor de una persona con discapacidad. Transcurrido el plazo para que la Agencia Nacional de Discapacidad (ANDIS) se pronuncie sobre la solicitud efectuada sin obtener respuesta, en septiembre de 2019 se inició el correspondiente incidente de ejecución de multa y se corrió traslado de la liquidación practicada. A partir de ese momento, comenzó un debate con la obligada obteniéndose sentencias favorables en cuanto al cómputo de los días inhábiles⁶ y otras cuestiones. En agosto de 2020 se amplió la liquidación y se corrió traslado de la misma. Consecuentemente, contestó ANDIS manifestando haber otorgado la pensión e impugnando la liquidación. Los argumentos centrales en lo que hace a la pandemia COVID-19 se centran en haber liquidado la multa por tiempo inhábil (pandemia) sin atender a las disposiciones emitidas por el Poder Ejecutivo Nacional, por medio de las cuales se amplió la emergencia en materia sanitaria (decreto 260/2020) y se dispuso el aislamiento social, preventivo y obligatorio hasta el 31 de marzo (decreto 297/2020), medida que fue prorrogada a través de sucesivos decretos (decretos 325/2020, 355/2020, 408/2020, 459/2020, 493/2020,

⁶ Sobre el particular, no se ahondará por cuanto excede el objeto del presente trabajo. Simplemente aclaramos que la interpretación triunfante fue aquella que otorga a los plazos aplicables a las astreintes el carácter de plazo judicial -no procesal- de conformidad con el art. 6° del Código Civil y Comercial, el cual prevé que “[...] El cómputo civil de los plazos es de días completos y continuos, y no se excluyen los días inhábiles o no laborables”.

520/2020 y 576/2020). Argumentó que se otorgó asueto al personal de la Administración Pública Nacional y que lo mismo se hizo en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (lugar donde se encuentra el domicilio legal de la Agencia Nacional de Discapacidad y donde se sustancian los expedientes para el otorgamiento de pensiones no contributivas), donde se declaró la Emergencia Sanitaria a través del decreto 1/2020. En tal virtud, argumentó en resumidas cuentas que no pudo resolverse la solicitud en menor tiempo porque el personal administrativo se encontraba en asueto administrativo decretado por el PEN y se trabajaba con personal reducido amén de estarse realizando ciertas tareas en forma remota, no pudiendo acceder a cierta documentación que se encontraba en formato papel para la tramitación de los expedientes administrativos. En otras palabras, dijo, el incumplimiento no podría serle reprochado mediante la imposición de sanciones pecuniarias puesto que el mismo sería una mera consecuencia del estricto cumplimiento de las medidas dispuestas por el PEN. Rechazada la impugnación por el juez de grado, apeló ANDIS la decisión y reprodujo dichos argumentos en su descargo.

3.1. Algunas pautas para la interpretación de la normativa de emergencia

En primer lugar, cabe destacar que la normativa invocada por ANDIS en su descargo pertenece al derecho interno y por aplicación del artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, el mismo no puede ser alegado por un Estado como justificación del incumplimiento de un tratado, como ser, por ejemplo, la CDPD. Sostener lo contrario compromete la responsabilidad internacional del Estado por eventuales violaciones a los derechos humanos. Por ello resulta importante interpretar y aplicar la normativa de emergencia de modo armónico y de conformidad con los principios pro homine y de progresividad de los derechos humanos.

Por otra parte, la interpretación armónica de las normas que componen el ordenamiento jurídico interno propicia soluciones justas y hace a la salud el Estado de Derecho. En esa línea, vale recordar lo dicho por la Corte Suprema de Justicia de la Nación:

En la tarea de interpretación no es siempre método recomendable el atenerse estrictamente a las palabras de la ley, ya que el espíritu que la nutre ha de determinarse en procura de una aplicación racional, que elimine el riesgo

de un formalismo paralizante; es necesario buscar en todo tiempo una interpretación valiosa de lo que las normas, jurídicamente, han querido mandar, de suerte que la admisión de soluciones notoriamente injustas, cuando es posible arbitrar otras de mérito opuesto, no resulta compatible con el fin común de la tarea legislativa y de la judicial. En tal sentido, no debe prescindirse de las consecuencias que derivan de cada criterio, pues ellas constituyen uno de los índices más seguros para verificar su razonabilidad y su coherencia con el sistema en que está engarzada la norma. (Fallos 307:1018, 1985, p. 1019)

3.2. Breve análisis de la normativa de emergencia

Analicemos ahora lo sostenido por la representación letrada de la ANDIS a la luz de la normativa de emergencia invocada y de las disposiciones que rigen a la propia Agencia. La representación de ANDIS alegó puntualmente la imposibilidad material de cumplimiento por parte de su mandante durante el período de aislamiento, motivo por el cual argumentó que no debió ampliarse la multa dispuesta. Sobre el particular, cabe destacar que es función declarada de la Agencia Nacional de Discapacidad, según el decreto n° 698/2017, “la elaboración y ejecución de acciones tendientes a promover el pleno ejercicio de los derechos de las personas en situación de discapacidad y la conducción del proceso de otorgamiento de las pensiones por invalidez” y que para ello el artículo 3° del mismo decreto dispone que el Director Ejecutivo puede “requerir de los distintos organismos de la Administración Pública Nacional la colaboración necesaria para el adecuado cumplimiento de sus objetivos”. Dicha función no fue suspendida durante el período de aislamiento decretado.

Es más, desde el comienzo del periodo que la ANDIS invocó como justificación, el decreto 297/2020 de fecha 19/03/2020 dispuso en su artículo 6°:

Quedan exceptuadas del cumplimiento del “aislamiento social, preventivo y obligatorio” y de la prohibición de circular las personas afectadas a las actividades y servicios declarados esenciales en la emergencia, según se detalla a continuación, y sus desplazamientos deberán limitarse al estricto cumplimiento de esas actividades y servicios: [...] 2. Autoridades superiores de

los gobiernos nacional, provinciales, municipales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, **trabajadores y trabajadoras del sector público nacional, provincial, municipal y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, convocados para garantizar actividades esenciales requeridas por las respectivas autoridades** (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2020, p. 3).

Es cierto que el artículo 9° dispuso asueto para el personal de la administración pública nacional, pero seguidamente dice: “se instruye a los distintos organismos a implementar las medidas necesarias a fin de mantener la continuidad de las actividades pertinentes mencionadas en el artículo 6°” (Ibidem, p. 3). Con lo cual puede apreciarse que la norma dotó a la obligada de un amplio marco de acción para cumplir con su función legal, lo que se mantuvo en los sucesivos decretos que prorrogaron el ASPO. Por otra parte, el artículo 6° también contempló especialmente la situación de las personas con discapacidad en el apartado 6, al incluir dentro de los grupos exceptuados de cumplir con el aislamiento a “personas que deban asistir a otras con discapacidad; familiares que necesiten asistencia; a personas mayores; a niños, a niñas y a adolescentes” (Ibidem, p. 3). De modo que –atendiendo a una interpretación teleológica y sistemática de la norma– podemos colegir que en aquellos períodos en los que según la Agencia “no existió posibilidad material de dar tratamiento efectivo a las pensiones pendientes de resolución” (Ibidem, De conformidad con los fundamentos de la apelación presentada por la obligada a fs.95/107 del expediente judicial), en realidad no solo efectivamente existió tal posibilidad material sino que también se encontraba doblemente obligada a cumplir con sus funciones –esenciales, según la norma bajo análisis–, tanto por pertenecer al sector público nacional como por su particular misión. Si el Ejecutivo decretó la creación de un órgano especialmente dedicado, como ya se dijo, a la elaboración y ejecución de acciones tendientes a promover el pleno ejercicio de los derechos de las personas en situación de discapacidad, por la especial protección de que son destinatarias dichas personas, seguramente no habrá sido para desatender tales funciones en tiempos de crisis. Recordemos que las pensiones no contributivas son una herramienta establecida por ley para acompañar a grupos vulnerables o especiales y que están destinadas a tutelar situaciones sensibles previstas legalmente

aunque amparando específicamente a aquellas personas que se encuentran en estado de vulnerabilidad social (Ahuad, 2019).

Por otra parte, queda al descubierto que si bien la emergencia sanitaria y sus consecuencias no podían serle imputadas a la Agencia -tal como se alegó-, las mismas resultaban incidentales en el caso expuesto por cuanto el incumplimiento y la mora se habían verificado con anterioridad a aquellas.

3.3. Sentencia de la cámara nacional de apelaciones en lo civil

Finalmente, la Sala “M” se pronunció sobre el caso admitiendo parcialmente la impugnación de la accionada y reduciendo en consecuencia al veinte por ciento el monto liquidado en concepto de la millonaria multa.⁷ Se destacan del fallo (Año 2020, fs.131) los siguientes párrafos:

El esfuerzo argumental de la quejosa gira centralmente en relación a la inactividad producida por el período de pandemia y la feria judicial extraordinaria del 2020. Lo cierto es que la manda judicial continuó siendo incumplida hasta fines de octubre de 2020, sin poder pasar por alto que la gestión del trámite data de 2018.

Contrariamente a lo sostenido en el memorial, **los efectos devastadores de la pandemia para quienes se encuentran en los grupos más vulnerables de la sociedad, como lo son las personas con discapacidad, no debió ser excusa sino motor para actuar lo necesario para cumplir con la pensión por invalidez debida desde largo tiempo atrás.**

El criterio resulta claro: en épocas de emergencia, los esfuerzos por parte del Estado para la realización de medidas activas en pos de la efectividad de los derechos humanos deben ser mayores.

Encontramos la sentencia ajustada a derecho ya que guarda coherencia con los compromisos asumidos por el Estado Argentino frente a la comunidad internacional y hace a una

⁷ En ambos casos se generaron, también, honorarios en favor de la Defensa Pública.

interpretación racional y humanitaria del plexo normativo que regula la situación de las personas con discapacidad en pandemia.

CONCLUSIONES

En los casos analizados se advierte que los incumplimientos que generaron los respectivos apercibimientos fueron anteriores al 2020, por lo que la pandemia deviene un pretexto débil para justificar las infracciones.⁸ Aun así, las medidas decretadas por el PEN en el marco de la pandemia con el objetivo de paliar sus efectos se tornan en nuevos obstáculos -al menos desde lo argumental- a la hora de hacer efectivos los derechos de los sectores vulnerables. En el presente no está en discusión la razonabilidad de tales medidas. Lo que en todo caso cabe replantear es que el ejercicio que desde el poder público se hace de dichas normas guarde coherencia con los fines que las inspiran. Máxime cuando específicamente se prevé en la normativa citada la no suspensión de las actividades esenciales del Estado. En el caso de los derechos de las personas con discapacidad en situación de vulnerabilidad, los compromisos asumidos por el Estado cobran una relevancia aún mayor por cuanto se sabe que la pandemia y sus consecuencias producen sobre ellos un efecto multiplicador que acentúa dicha condición. Personalmente considero que el artículo 11 CDPD debe ser la brújula que guíe el accionar del Estado en relación con las personas con discapacidad durante la vigencia de la emergencia sanitaria.

En este estado de cosas, resulta adecuado recordar lo expresado en la exposición de motivos de las 100 Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad. En ella se señala lo siguiente:

El sistema judicial se debe configurar, y se está configurando, como un instrumento para la defensa efectiva de los derechos de las personas en condición de vulnerabilidad. Poca utilidad tiene que el Estado reconozca formalmente

⁸ En el primer caso, el INSSJP invocó con anterioridad al año 2020 la emergencia sanitaria en reiteradas oportunidades. Luego añadió el argumento relativo a la pandemia, de lo que se infiere que el motivo real ha de ser otro. No deja de llamar la atención que son las propias autoridades de aplicación de las políticas públicas que el Estado se ha obligado a implementar quienes en primer lugar las desconocen.

un derecho si su titular no puede acceder de forma efectiva al sistema de justicia para obtener la tutela de dicho derecho.

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 (Secretaría Permanente Cumbre Judicial Iberoamericana, 2008, p. 4).

REFERENCIAS

Ahuad, E. J. (2019). Las pensiones no contributivas. *Revista Ideides*, (39), online. Recuperado de <http://revista-ideides.com/las-pensiones-no-contributivas/>.

Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. (1966). Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Naciones Unidas, Santiago, Chile. <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cescr.aspx>.

Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. (1991). Observación General N°4 sobre el derecho a una vivienda adecuada. Naciones Unidas, Santiago, Chile. Recuperado de <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2005/3594.pdf>.

Constitución de la Organización Mundial de la Salud. (1946). En Organización Mundial de la Salud, Documentos básicos (48th ed., p. 1-21). Recuperado de <https://apps.who.int/gb/bd/PDF/bd48/basic-documents-48th-edition-sp.pdf?ua=1#page=7>.

Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. (1969). Comisión de Derecho Internacional, Viena, Austria. Recuperado de https://www.oas.org/xxxivga/spanish/reference_docs/convencion_viena.pdf

Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. (2006). Naciones Unidas, Nueva York, Estados Unidos. Recuperado de <https://www.un.org/esa/socdev/enable/documents/tccconvs.pdf>.

Fallos 307:1018. (1985). Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de fecha 27 de junio de 1985: Capitán Jorge Santa Ana y otros sin abandono de personas y encubrimiento. Recuperado de <http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoSumario.html?idDocumentoSumario=26448>.

Fernández, S. E. (2015). Comentario al artículo 34 del Código Civil y Comercial de la Nación. En M. Herrera, G. Caramelo & S. Picasso (Eds.), Código civil y comercial de la nación comentado (pp. 87-89). Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Infojus. Recuperado de [http://www.saij.gov.ar/docs-f/codigo-comentado/CCyC_Comentado_Tomo_I%20\(arts.%201%20a%20400\).pdf](http://www.saij.gov.ar/docs-f/codigo-comentado/CCyC_Comentado_Tomo_I%20(arts.%201%20a%20400).pdf).

Ley nº 17.454. (1981). Código procesal civil y comercial de la nación. Buenos Aires: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Recuperado de <http://servicios.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16547/texact.htm#2>

Ley nº 26.994 (2014). Código Civil y Comercial de la Nación. Buenos Aires. Recuperado de <http://servicios.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/norma.htm>

Ley nº 27.149 (2015). Ley Orgánica del Ministerio Público de la Defensa de la Nación. Buenos Aires: Ministerio Público de la Defensa. Recuperado de <https://www.mpd.gov.ar/pdf/Ley+Organica..pdf>

Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. (2020). Decreto nº 260/2020 del Poder Ejecutivo Nacional. Ampliase la emergencia publica en materia sanitaria establecida por ley nº 27.541, en virtud de la pandemia declarada por la Organización Mundial de la Salud (OMS). Boletín Oficial. Buenos Aires, Argentina: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Recuperado de <http://servicios.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/335000-339999/335423/norma.htm>.

Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. (2020). Decreto nº 297/2020 del Poder Ejecutivo Nacional. Establece para todas las personas que habitan en el país o se encuentren en el en forma temporaria, la medida de “aislamiento social, preventivo y obligatorio” en los términos indicados en el presente decreto. Boletín Oficial. Buenos Aires, Argentina: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Recuperado de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/335000-339999/335741/norma.htm>.

Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. (2020). Decreto nº 325/2020 del Poder Ejecutivo Nacional. Prorrogase la vigencia del decreto nº 297/20, con las modificaciones previstas en el presente decreto hasta el 12 de abril de 2020 inclusive. Boletín Oficial. Buenos Aires, Argentina: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Recuperado de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/335000-339999/335974/norma.htm>.

Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. (2020). Decreto nº 355/2020 del Poder Ejecutivo Nacional. Prorrogase, hasta el día 26 de abril de 2020 inclusive, la vigencia del decreto nº 297/20, prorrogado a su vez por el decreto nº 325/20, con las modificaciones previstas en el artículo 2º de este último. Boletín Oficial. Buenos Aires, Argentina: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Recuperado de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/335000-339999/336212/norma.htm>

Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. (2020). Decreto nº 408/2020 del Poder Ejecutivo Nacional. Prorrogase hasta el día 10 de mayo de 2020 inclusive, la vigencia del decreto nº 297/20, prorrogado por los decretos nros. 325/20 y 355/20 y sus normativas complementarias. Boletín Oficial. Buenos Aires, Argentina: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Recuperado de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/335000-339999/336732/norma.htm>.

Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. (2020). Decreto nº 459/2020 del Poder Ejecutivo Nacional. Prórroga del aislamiento social, preventivo y obligatorio. Buenos Aires, Argentina: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Recuperado de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/335000-339999/337252/norma.htm>

Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. (2020). Decreto nº 493/2020 del Poder Ejecutivo Nacional. Prorrogase hasta el día 7 de junio de 2020 inclusive, la vigencia del decreto nº 297/20, que fuera prorrogado por los decretos nros. 325/20, 355/20, 408/20 y 459/20. Buenos Aires, Argentina: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Recuperado de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/335000-339999/337908/norma.htm>

Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. (2020). Decreto nº 520/2020 del Poder Ejecutivo Nacional. Distanciamiento social, preventivo y obligatorio. Buenos Aires, Argentina: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Recuperado de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/335000-339999/338406/norma.htm>

Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. (2020). Decreto nº 576/2020 del Poder Ejecutivo Nacional. Prorroga "distanciamiento social, preventivo y obligatorio". Buenos Aires, Argentina: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Recuperado de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/335000-339999/339320/norma.htm>

Organización de los Estados Americanos. (1948). Carta de la Organización de los Estados Americanos. Organización de los Estados Americanos, Bogotá, Colombia. Recuperado de http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_A-41_carta_OEA.asp

Secretaría Permanente Cumbre Judicial Iberoamericana. (2008). Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad. Montevideo: Secretaría Permanente. Recuperado de <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2009/7037.pdf>.

To Harriot Washington, 30 October 1791. (2008). *The Papers of George Washington Digital Edition*, 9, online. Recuperado de <https://rotunda.upress.virginia.edu/founders/GEWN-05-09-02-0074>.

EL ACCESO A INTERNET Y LA VACUNACIÓN CONTRA EL COVID-19 COMO DERECHOS HUMANOS DE LAS PERSONAS PRIVADAS DE LA LIBERTAD

ACESSO À INTERNET E A VACINAÇÃO CONTRA A COVID-19 COMO DIREITOS HUMANOS DE PESSOAS PRIVADAS DE LIBERDADE

INTERNET ACCESS AND COVID-19 VACCINATION AS HUMAN RIGHTS OF PEOPLE DEPRIVED OF FREEDOM

Leandro Gastón

*Secretario de Primera Instancia de la Defensoría General de la Nación;
Especialista en Derecho Penal (UBA); Magister en Criminología
y Ejecución Penal (UPF); Doctorando en Criminología (UNIL).
lgaston@mpd.gov.ar*

Pablo Ordóñez

*Defensor Público Oficial ante los Tribunales Federales de primera y segunda
instancia de La Plata; Cotitular de la Comisión de Cárceles de la DGN;
Magíster en Derecho Penal (UA); Doctorando en Derecho (USAL); Coautor
del libro El hábeas corpus en el ámbito carcelario, Hammurabi, 2016.
pordonez@mpd.gov.ar*

RESUMEN

El presente artículo tiene como objetivo observar el acceso a internet y a la vacunación de las personas privadas de su libertad desde el paradigma de los derechos humanos. A partir de las intensas modificaciones que la sociedad a nivel global ha experimentado, el acceso a internet se ha vuelto fundamental para garantizar el derecho a la educación. Por otro lado, la vacunación frente al COVID-19 ha permitido ver luz al final del túnel. Partiendo de la normativa vigente en Argentina e investigaciones previas que resaltan la importancia y obligan al Estado a garantizar adecuadamente el acceso a la educación y a la salud de

las personas privadas de la libertad, se ha estudiado el cumplimiento de estos preceptos en las prisiones argentinas. En este sentido, se ha observado, en base al análisis de datos del ritmo inicial de la vacunación contra el COVID-19 y casos jurisprudenciales sobre el uso de internet en la cárcel, que el acceso a estos derechos dentro de las prisiones argentinas es deficiente y resalta la desigualdad entre la sociedad intramuro y extramuro. Concluimos resaltando la importancia del rol de la Defensa Pública en este contexto, que tiene el desafío de participar activamente del proceso que permita garantizar el acceso a estos derechos indispensables de las personas privadas de su libertad y que estas puedan atravesar la pandemia en condiciones de igualdad.

Palabras clave: Derechos Humanos. Personas privadas de la libertad. Derecho a la educación. Derecho a la salud. Covid-19.

RESUMO

Este artigo visa analisar o acesso à internet e a vacinação de pessoas privadas de sua liberdade a partir de um paradigma de direitos humanos. Desde as intensas mudanças que a sociedade tem sofrido globalmente, o acesso à Internet tornou-se fundamental para garantir o direito à educação. Por outro lado, a vacinação contra a COVID-19 tornou possível ver a luz ao final do túnel. Com base na regulamentação em vigor na Argentina e em pesquisas anteriores que destacam a importância e obrigam o Estado a garantir adequadamente o acesso à educação e à saúde das pessoas privadas de liberdade, estudamos o cumprimento desses preceitos nas prisões argentinas. Neste sentido, observou-se, com base na análise dos dados da taxa inicial de vacinação contra a COVID-19 e dos casos jurisprudenciais sobre o uso da Internet na prisão, que o acesso a estes direitos dentro dos presídios argentinos é deficiente e destaca a desigualdade entre a sociedade dentro e fora da prisão. Concluimos destacando a importância do papel da Defensoria Pública neste contexto, que tem o desafio de participar ativamente no processo de garantir o acesso a estes direitos indispensáveis às pessoas privadas de sua liberdade, para que possam passar pela pandemia em condições de igualdade.

Palavras-chave: Direitos Humanos. Pessoas privadas de liberdade. Direito à educação. Direito à saúde. Covid-19.

ABSTRACT

This article aims to observe internet access and vaccination of people deprived of their liberty from the human rights paradigm. From the intense changes that society at a global level has experienced, internet access has become essential to guarantee the right to education. On the other hand, vaccination against COVID-19 has allowed us to see a solution. Based on the regulations in force in Argentina and previous research that highlights the importance and obliges the State to adequately guarantee access to education and health for people deprived of liberty, it has been studied those implications in Argentine prisons. In this aspect, it has been observed, based on data analysis of the initial rate of vaccination against COVID-19 and jurisprudential cases on the use of the internet in prison, that access to these rights within Argentine prisons is deficient. And it also highlights the inequality between intramural and extramural society. We conclude by highlighting the importance of the role of the Public Defense in this context, which has the challenge of actively participate in the process of guarantee the access to these essential rights of detainees so they can go through the pandemic under conditions of equality.

Keywords: Human rights. Inmates. Right to education. Right to health. Covid-19.

SUMÁRIO

INTRODUCCIÓN. 1. DERECHO A LA EDUCACIÓN. 1.1. El acceso a internet como herramienta para garantizar el derecho la educación. 1.2. La discusión del acceso a internet a través de un *habeas corpus*. 2. DERECHO A LA SALUD Y SU ACTUAL RELACIÓN CON LA VACUNACIÓN FRENTE AL COVID-19. 2.1. Los datos de casos de covid-19 en contexto de encierro. 2.2. La vacunación en contexto de encierro. REFLEXIONES FINALES. REFERENCIAS.

INTRODUCCIÓN

El objetivo de este trabajo es abordar dos cuestiones que han adquirido gran relevancia a partir de la pandemia generada por el COVID-19 y las restricciones que trajo aparejadas: el acceso a internet para garantizar el derecho a la educación y el acceso a la vacu-

nación contra el COVID-19 para gozar plenamente del derecho a la salud de las personas que se encuentran privadas de su libertad.

Tal como dice Binder, si existe un tema sobre el cual nunca se puede decir que ya se ha escrito suficiente es el de la cárcel, bajo cualquiera de sus dimensiones. Toda obra que no permita que nos olvidemos de ella o naturalicemos su brutalidad siempre será bienvenida¹ (Binder, 2018).

La cárcel es la institución pública destinada a dar una respuesta a determinados conflictos sancionados por el Código Penal que, como institución de castigo, surgió entre los siglos XVIII y XIX. La prisión posee como antecedente un catálogo de respuestas violentas como ser: el cepo, el látigo, la horca, la cruz, el empalamiento, la decapitación, la lapidación, el desmembramiento, la castración, la hoguera, la mutilación, el yugo, las quemaduras, los azotes, los tormentos etc. La pena de prisión es, en nuestro tiempo, el castigo más violento que posee el Estado Argentino para responder legítimamente a determinados conflictos (Iglesias, 2018).

El papel de la Defensa Pública en las cárceles a partir del año 2020 ha sufrido probablemente la transformación más importante en mucho tiempo. Esto, ya que la sociedad en su conjunto ha atravesado a partir del coronavirus una crisis global sin precedentes en la historia reciente.

Por un lado, esta coyuntura ha modificado nuestras actividades cotidianas sustancialmente. Entre ellas, el uso de internet en el ámbito educativo ha permitido la continuidad pedagógica en todos los niveles. Sin embargo, la brecha digital entre personas con altos y bajos recursos ha ampliado la desigualdad. Más aún se ha ampliado la diferencia entre los estudiantes extramuro y quienes se encuentran estudiando dentro de la prisión, donde el acceso a internet es escaso o nulo.

Así, en la primera parte del artículo, analizaremos la importancia del acceso a internet para garantizar el derecho a la educación de las personas privadas de la libertad. Ahora bien, luego de ello veremos que debido a la creación de distintas vacunas eficaces contra

¹ Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales (INECIP).

el coronavirus ha podido observarse sencillamente el impacto de la desigualdad, toda vez que los países más desarrollados han acaparado buena parte de las dosis disponibles.

En Argentina, a su vez, la vacunación avanza a distintos ritmos fuera que dentro del muro. Las personas dentro de las prisiones han quedado relegadas y recién a seis meses del inicio de la vacunación empiezan a verse las primeras personas privadas de su libertad que cuentan con una dosis.

De esta manera, en la segunda parte de este artículo se abordará la relevancia del acceso a la vacunación contra el COVID-19 de las personas privadas de la libertad como requisito indispensable para garantizar el acceso al más alto nivel posible de salud en el contexto de la pandemia.

En este contexto, la Defensa Pública tiene el desafío de participar activamente del proceso que permita garantizar el acceso a estos derechos indispensables de las personas privadas de su libertad y que estas puedan atravesar la pandemia en condiciones de igualdad.

1. DERECHO A LA EDUCACIÓN

Existen distintos motivos para garantizar el acceso a la educación de las personas privadas de la libertad.

En primer lugar, porque es un derecho que tienen consagrado todos los habitantes del país por la Constitución Nacional², los tratados internacionales³ y por la normativa nacional⁴.

² Artículo 14 de la Constitución Nacional (1994).

³ Artículo 26 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (1948) y artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos y Culturales (1966).

⁴ Artículo 133 de la Ley 24.660 (Ley de ejecución de la pena privativa de la libertad, 1996). A su vez, la ley orgánica del SPF, la cual es la n°20.416 (Servicio Penitenciario Federal, 1973), dispone que es función de tal sede velar por la seguridad y custodia de las personas que ingresan a una cárcel federal procurando que el régimen carcelario contribuya a preservar o mejorar sus condiciones morales, su educación y la salud física y mental. En esa línea, la ley n° 26.206 (Ley de educación nacional, 2006) trata la modalidad de educación en contextos de encierro. Siendo sus objetivos: garantizar el cumplimiento de la escolaridad obligatoria a todas las personas privadas de la libertad, ofrecer formación técnico profesional en todos los niveles y modalidades, favorecer el acceso y la permanencia en la educación superior y un sistema gratuito de educación a distancia, asegurar alternativas de educación no formal, desarrollar propuestas destinadas a estimular la creación artística y la participación en diferentes manifestaciones culturales, brindar información sobre ofertas educativas y culturales.

Pero, por si esto no fuera suficiente, para la sociedad extramuro existen motivos prácticos para preocuparse por el acceso a la educación de las personas que se encuentran en prisión.

Uno de ellos es que la educación dentro de la prisión ayuda a construir una narrativa de desistimiento del delito (Cid & Martí, 2012). En tal sentido, existe evidencia empírica que permite sostener que la educación es crucial para bajar la tasa de reincidencia (Jäggi & Kliewer, 2020).

Sumado a ello, además de las consecuencias negativas de la reincidencia para quienes son víctimas de los delitos, genera un costo económico más alto que invertir en educación dentro de la prisión.

Por otro lado, la educación dentro de prisión permite construir herramientas que, una vez cumplida su condena, le sean útiles para acceder al mercado laboral. Si bien es sabido de los obstáculos que tienen las personas que han cumplido una condena para obtener un empleo (Gastón, 2019), ingresar al mercado laboral les permite sumarse al medio libre de manera prosocial. En este sentido, el trabajo de calidad ha sido detectado como otro punto importante para reducir la reincidencia (Uggen, 2000).

Otro motivo importante es que la educación dentro de la prisión la humaniza. Desde 1955 con la aprobación de la ONU de las Reglas Mínimas para el tratamiento de los reclusos, la comunidad internacional ha realizado esfuerzos para humanizar el sistema penitenciario.

La educación es un componente clave de la construcción social, distribuye el capital cultural, socializa, incorpora actores, vincula con lo desconocido. Es un imperativo para la construcción de identidad, pertenencia y lazos en las sociedades humanas.

Un sistema penitenciario más humano y digno, también, se asocia a una disminución de la reincidencia futura (Drago, Galbiati, & Vertova, 2011). A su vez, distintas investigaciones sostienen que prisiones humanizadas reducen el crecimiento del crimen organizado (Dias, 2011) e, incluso, mejoran las condiciones de trabajo para los funcionarios penitenciarios (Coyle, 2004).

Sin embargo, el derecho a la educación es uno de los derechos más vulnerados en la prisión (Osio, 2018).

1.1. El acceso a internet como herramienta para garantizar el derecho la educación

Es evidente que en los últimos años las tecnologías de la información y la comunicación han simplificado extremadamente nuestra vida. El año 2020 profundizó y aceleró estos cambios, modificando probablemente nuestras actividades cotidianas para siempre o, al menos, por mucho tiempo.

Hoy en día nos encontramos en la tercera revolución industrial o también llamada revolución informática. Internet nació hace treinta y cinco años en EE.UU., fue un proyecto científico militar llamado Arpanet, el cual fue creado con el fin de poner en contacto a todo el ejército de dicho país (Arias, 2021).

Dicha red sufrió grandes modificaciones hasta llegar a lo que es hoy. Su evolución data del año 1983 cuando el Departamento de Defensa de los EE.UU. decidió usar el Protocolo TCP/IP, creando así la red Arpa Internet.

Seis años después, un contratista independiente de la Organización Europea para la Investigación Nuclear llamado Tim Berners Lee describió por primera vez el Protocolo de transferencias de hipertextos que daría lugar a la primera página web usando tres nuevos recursos: HTML⁵, HTTP⁶ y un programa llamado Web Browser⁷.

Desarrollando la manera de visualizar información de manera ordenada y disponible no sólo en texto sino con contenido multimedia.

En el año 1993, apareció la World Wide Web, pero hasta el año 1990 la web era de sólo lectura, el usuario no podía interactuar con el contenido de la página. Con el correr de los años nació la we. 2.0 y el usuario pasó a tener un rol activo (Arias, 2021).

⁵ Es un lenguaje marcado que se usa para el desarrollo de páginas de internet. Son siglas que corresponden a: *Hyper Text Markup Language*. Es decir: lenguaje de marcas de hipertexto.

⁶ Es el protocolo de comunicación que permite las transferencias de información en la World Wide Web, sus siglas significan *Hyper Text Transfer Protocol* o protocolo de transferencia de hipertexto.

⁷ Es un software, aplicación o programa que permite el acceso a la web, interpretando la información de distintos tipos de archivos y sitios webs para que estos puedan ser vistos. En castellano se lo conoce como navegador web.

La importancia que ha adquirido el acceso a internet para garantizar el derecho a la educación a partir de la pandemia generada por el coronavirus es un hecho sin precedentes que ha marcado una disrupción en las prácticas pedagógicas en todo el mundo.

La situación actual ha puesto en evidencia la desigualdad de oportunidades y condiciones (Clemente, 2020). La brecha digital es una de las problemáticas que más afecta la educación en este contexto por las diferencias en el acceso a los recursos tecnológicos y la conectividad a internet.

Esto ha profundizado la desigualdad educativa, ya que el acceso ha quedado supeditado a la virtualidad, donde el acceso a internet resulta imprescindible (Cabrera Rodríguez, 2020).

De esta manera, la pandemia puso en evidencia la desigualdad de oportunidades educativas entre quienes tienen mejor acceso a internet. Esto generó desigualdad entre estudiantes de familias con mayor capital cultural en la sociedad extramuro.

En mayor medida, este contexto ha generado una desigualdad insoslayable entre los estudiantes extramuros en relación con los estudiantes que se encuentran privados de su libertad.

Actualmente, las personas privadas de su libertad cuentan innumerables obstáculos para acceder a internet en las unidades penitenciarias. La justificación más habitual es que el impedimento al acceso a internet es generado por los problemas de seguridad que podría acarrear.

Sin perjuicio de que la seguridad es algo que tiene que abordarse al momento de generar los accesos a internet, el Estado cuenta con herramientas para establecer conexiones seguras para los internos y para la sociedad extramuro.

En este contexto actual de pandemia, impedir el acceso a internet a las personas que se encuentran privadas de su libertad es impedirle el pleno goce de su derecho a la educación. Ya no es posible pensar el acceso a la educación de la misma forma que era pensado previo al coronavirus y es responsabilidad del Estado adecuar los medios y las formas en que garantiza derechos en este nuevo paradigma.

Con el fracaso del mito resocializador y consciente de la incapacidad de la cárcel para producir efectos positivos en las personas detenidas, resta exigir que al menos se garanticen sus derechos fundamentales, en especial el acceso a aquéllos que puedan contribuir a reducir la vulnerabilidad social. Es en este sentido que adquiere relevancia el derecho a la educación (Iglesias, 2018).

Además, utilizar internet para garantizar la educación de las personas privadas de su libertad permitiría mejorar la oferta educativa, usar más eficientemente el tiempo y bajar los costos operacionales (Zagal, 2020).

1.2. La discusión del acceso a internet a través de un *habeas corpus*

En abril de 2021, la sala III de la Cámara Federal de Apelaciones de La Plata se expidió en un caso que fue llevado adelante por los equipos de trabajo de la Defensoría Federal ante los Juzgados de Lomas de Zamora nro. 1 y la DPO ante los Tribunales Federales de primera y segunda instancia de La Plata nro. 1, que forman parte los autores de este trabajo⁸.

En el caso, iniciado en febrero de 2021, entre otras cuestiones, se solicitó el acceso a internet para un módulo del Complejo Federal I de Ezeiza a fin de garantizarse plenamente el derecho a la educación para el colectivo representado.

Con rechazo en primera instancia, la defensa impugnó la resolución que fue elevada a la Cámara Federal de Apelaciones de la Plata.

En dicha oportunidad, la sala III, con votos de los jueces Roberto Agustín Lemos Aires y Carlos Alberto Vallefín, revocaron la decisión tomada por el juez de primera instancia.

Entre los puntos importantes de la resolución, pueden destacarse el reconocimiento de internet como herramienta indispensable para el acceso a la educación y la posibilidad de tramitar estos reclamos a través del *habeas corpus*.

Sobre el acceso al internet manifestaron los magistrados:

⁸ Sentencia del 21 de abril de 2021 en expediente FLP 726/2021/CA1.

No es posible negar la utilidad que genera el acceso global a internet. Tampoco puede desconocerse la creciente presencia de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación en los procesos educativos. El desarrollo de éstos en contextos de encierro sin permitir el acceso a aquéllas puede incrementar la brecha entre la educación que se brinda en un medio libre notoriamente tecnificado y la ofrecida en contextos de encierro, que permanece aún reacia a nuevas modalidades.

Por cierto, tampoco se desconocen las objeciones en materia de seguridad de los establecimientos de detención. Sin embargo, resulta imperioso examinar las posibilidades que pueden implementarse sin comprometer los debidos controles que deben gobernar las actividades de los complejos penitenciarios (Sentencia del 21 de abril del 2021 en expediente FLP 726/2021/CA1).

Teniendo en cuenta esto, consideraron la ley de Ejecución de la Pena Privativa de Libertad 24.660 y la 26.695, que la modifica, colocan en cabeza del Ministerio de Educación de la Nación obligaciones específicas y de singular gravitación para la resolución de esta causa, por lo que solicitó dicho Ministerio sea parte del proceso.

Finalmente, puso en cabeza del juez de primera instancia contemplar la conformación de mesas de diálogo y trabajo para abordar la problemática.

Con esta resolución, los jueces reconocieron la importancia de internet para garantizar el acceso a la educación de las personas privadas de su libertad y que la brecha que puede generarse entre estos y los estudiantes extramuro resulta problemática. Sobre esto, sostuvieron que el derecho a la educación es un derecho humano que debe impartirse en todos los ámbitos, sin discriminación.

A su vez, resulta interesante destacar que, con la resolución en cuestión, la Cámara Federal de Apelaciones de La Plata se consolida la vía extraordinaria de *habeas corpus* para garantizar el derecho a la educación de las personas privadas de la libertad.

En el caso, se está denunciando que el derecho a la educación, en el contexto particular de la privación de libertad, que debe ser garantizado por

el Estado, está restringiéndose por no contar con acceso a mayores opciones educativas, a herramientas informáticas y a lugares adecuados para su desarrollo. Es claro entonces que la pretensión *prima facie* constituye un caso de agravamiento ilegítimo de las condiciones de detención y, por ende, encuadra dentro de la acción aquí intentada (Sentencia del 21 de abril del 2021 en expediente FLP 726/2021/CA1).

El *hábeas corpus* en la Argentina tiene fundamento en el artículo 43 de la Constitución Nacional y resulta una herramienta de acceso a la justicia que pueden utilizar las personas privadas de su libertad para reclamar por la protección de sus derechos. Se trata de un medio destinado especialmente a subsanar, con la intervención de la autoridad judicial, el agravamiento ilegítimo de las condiciones de cumplimiento de una privación de libertad (Ale, Beltracchi, & Ordóñez, 2016).

Se encuentra regulado por la ley 23098 a nivel nacional, estableciéndose como un proceso rápido, sencillo a fin de resolverse en plazos acotados en función de los intereses que pretende resguardar.

Resultando el presente caso una clara muestra de la viabilidad del instituto en este tipo de situaciones. Debiendo darle a dicha ley, la cual es del año 1983⁹, una visión constitucionalizada dado que su introducción en la reforma constitucional de 1994 provoca que tal ley, la cual nunca fue modificada y la época de su nacimiento denota un objetivo distinto al uso actual, deba ser pensada para proteger todos los derechos constitucionales que poseen las personas privadas de su libertad ambulatoria.

2. DERECHO A LA SALUD Y SU ACTUAL RELACIÓN CON LA VACUNACIÓN FRENTE AL COVID-19

Otro de los desafíos para la Defensa Pública durante la pandemia de COVID-19 es garantizar el acceso a la salud de las personas privadas de la libertad.

⁹ La mencionada ley fue impulsada por el aquel entonces Senador Fernando De La Rúa. El nombrado había presentado tal proyecto de ley también previo al inicio de la última dictadura militar pero la misma terminó teniendo lugar recién en el año 1983. Sin recibir modificaciones de lo que era el proyecto inicial.

La formulación del derecho a la salud adoptada en el derecho internacional es el derecho al “más alto nivel posible de salud”.

Esta norma figura en el preámbulo de la Constitución de la OMS, en el párrafo 1 del artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), en el párrafo 1 del artículo 24 de la Convención sobre los Derechos del Niño y en el artículo 25 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

La calificación del derecho a la salud mediante la frase “el más alto nivel posible” reconoce que el nivel de salud que disfruta un individuo, ya sea físico o mental, dependerá de factores propios del individuo y de los recursos disponibles en el contexto que se desarrolla. En este sentido, aunque el derecho a la salud es un estándar universal, su implementación y nivel de disfrute seguirán siendo relativos.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales reconoce el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.

Desde este concepto, se entiende que el derecho a la salud no es un derecho a estar sano, sino un derecho a recibir y disfrutar de los servicios, instalaciones y condiciones necesarias para prevenir, remediar y mitigar la mala salud.

La evaluación de lo que es el “más alto nivel posible de salud” es una evaluación relativa y no universal del nivel de salud que se puede alcanzar dado el estado de salud de un individuo y los recursos de que dispone un Estado.

En el contexto actual, no quedan dudas que el acceso a la vacunación frente al COVID-19 es indispensable para garantizar el “más alto nivel posible de salud”.

Al respecto, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos se ha referido a las vacunas contra el COVID-19 en su resolución 1/2021 (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2021). En ella, ha encomendado a los Estados priorizar la inoculación de las personas con mayor riesgo de contagio y a quienes experimentan un mayor riesgo frente a la pandemia.

En este sentido, la CIDH ha solicitado a los Estados que consideren la especial situación de vulnerabilidad de las personas que se encuentran detenidas en recintos carcelarios o centros de detención policial. A su vez, ha expresado la especial atención que debe tener esta población en situación de detención, que además pertenezca al grupo de personas con preexistencias médicas y que, en consecuencia, se encuentre en un riesgo agravado de contraer el virus del COVID-19.

El Ministerio de Salud de Argentina ha diseñado en diciembre de 2020 el “Plan Estratégico para la vacunación contra la COVID-19 en la República Argentina” (2020).

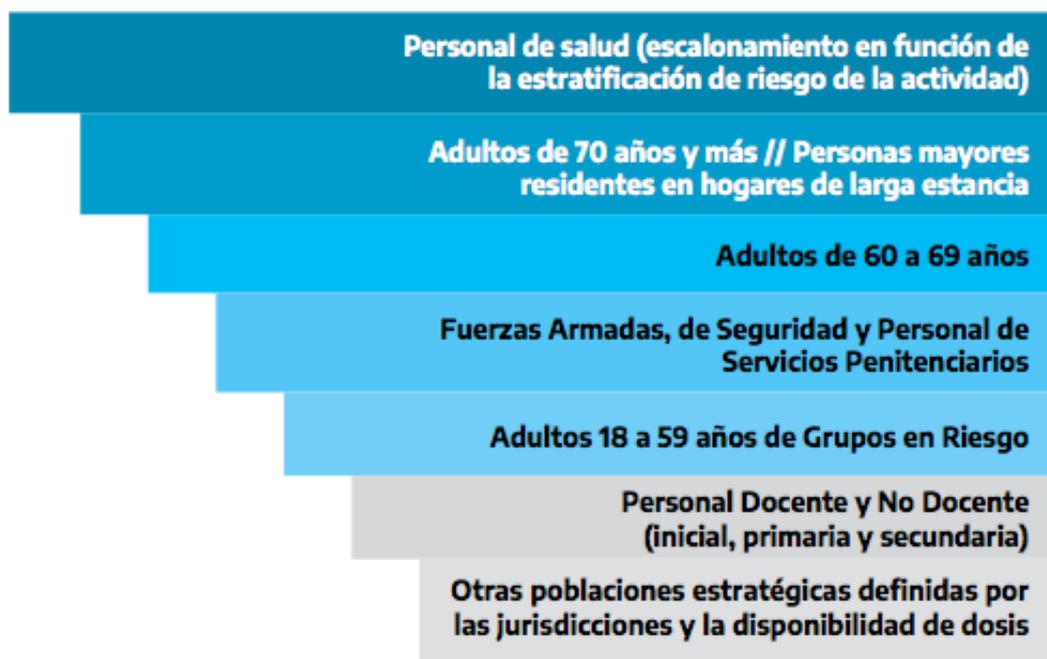


Figura 1: Plan Estratégico para la vacunación contra la covid-19 en la República Argentina

Fuente: Ministerio de Salud de Argentina (2020)

Las personas privadas de su libertad se encontrarían en el 7mo. escalón del gráfico. En el plan estratégico se encuentran en la categoría “Otras poblaciones” que incluye:

- Poblaciones estratégicas por su rol en la comunidad y en las economías locales a ser definidas por las jurisdicciones y la disponibilidad de dosis
- Personas que viven en barrios populares
- Personas en situación de calle
- Pueblos originarios
- Personas privadas de libertad
- Migrantes
- Otros a definir

Este plan estratégico no discrimina la edad de la persona privada de la libertad ni si cuenta con patología previa que lo vuelva vulnerable frente al COVID-19. Esto significa, por ejemplo, que las personas mayores de 70 años fuera de prisión se vacunarán antes que el mismo rango etario en prisión. A su vez, tampoco tiene en cuenta que el hacinamiento reinante en las prisiones argentinas y el precario estado de las instalaciones es un factor que vuelve a los lugares de encierro propicios a una propagación veloz del coronavirus.

2.1. Los datos de casos de covid-19 en contexto de encierro

Los sistemas penitenciarios y los más de once millones de personas en prisión que hay en el mundo se han visto golpeados de manera desproporcionada por la pandemia. Se ha estimado en marzo de 2021 que hay más de 527,000 personas privadas de su libertad que se han infectado en 122 países y que más de 3,800 han muerto en 47 de esas naciones. Con una capacidad de prueba limitada en muchas jurisdicciones y la situación en rápida evolución, el número real puede ser mucho mayor (Naciones Unidas, 2021).

En la Argentina, de acuerdo al último reporte elaborado en mayo de 2021 por el Comité Nacional para la Prevención de la Tortura (CNPT), a pesar de registrarse una tasa de mortalidad mayor en el medio libre que en unidades o establecimientos penitenciarios y policiales (de 121,9 c/100.000 hab. contra una tasa de 65,6 c/100.000), se relevó una mayor

letalidad del virus en el sistema penal de encierro que en el contexto libre (3,4% frente a 2,4%), datos que mantienen cierta tendencia respecto de informes anteriores¹⁰.

2.2. La vacunación en contexto de encierro

Según los datos disponibles al 6 de mayo de 2021 se destaca que en la provincia de Mendoza recibieron la primera dosis de la vacuna contra el COVID-19 141 personas privadas de la libertad mayores de 60 años. En Corrientes ya fueron vacunadas 51 personas privadas de su libertad. En Catamarca, se aplicó la primera dosis a 88 personas adultas mayores privadas de su libertad y que poseen patologías previas (diabetes, hipertensión, obesidad, entre otras). En Formosa se aplicó la primera dosis a 1080 personas privadas de su libertad (Comité Nacional para la Prevención de la Tortura, 2021).

Para tomar una muestra de análisis, Mendoza ha vacunado al momento de la toma de datos el 2,51% de la población privada de su libertad (Sistema Nacional de Estadística sobre Ejecución de la Pena, 2019). Al mismo momento, de la población en general había vacunado a 341.841 personas, es decir el 17,45% de las personas¹¹.

Esto nos lleva a constatar que las personas privadas de su libertad no solo no han sido priorizadas por su condición de encierro, tal lo solicitó la CIDH, sino que han recibido un trato discriminatorio en el reparto de las vacunas contra el coronavirus.

En este sentido, en abril de 2021, la Defensora General de la Nación, en oportunidad de realizar un informe ante la Comisión Bicameral de Seguimiento y Control del Ministerio Público, solicitó que se vacune a las personas privadas de la libertad de mayor edad o que posean alguna comorbilidad (Senado Argentina, 2021).

Asimismo, la Comisión de Cárcenes de la Defensoría General de la Nación ha solicitado al Ministerio de Salud y a la Dirección Nacional del Servicio Penitenciario Federal que

¹⁰ Estos datos pueden observarse en la Recomendación del CNPT 2/21: Comité Nacional para la Prevención de la Tortura. (2021). Recomendación sobre la inclusión efectiva de las personas privadas de la libertad en el plan de vacunación COVID-19. Comité Nacional para la Prevención de la Tortura, Buenos Aires, Argentina. Recuperado de: <https://cnpt.gob.ar/wp-content/uploads/2021/04/Recomendacion-vacunacion-PPL-CNPT-230121.pdf>

¹¹ Fuente INDEC (proyección de la población de cada distrito para 2020).

las personas privadas de su libertad mayores de edad y con dolencias de riesgo frente al COVID-19 sean vacunadas juntamente con el resto de la población civil que integra dichos grupos. La solicitud se fundamentó en criterios de igualdad, ya que si no se encontraran detenidas, recibirían su vacuna.

También se han detectado casos de solicitudes individuales, donde las personas privadas de su libertad obtuvieron turno para vacunarse a través de la solicitud de un familiar extramuro por los canales oficiales y el Servicio Penitenciario Federal no realizó el traslado hacia el centro de vacunación¹².

Con todo esto, podemos observar que la vacunación frente al COVID-19 ha priorizado la sociedad extramuro, en perjuicio de las personas que habitan las prisiones. Este trato discriminatorio confronta con la normativa nacional e internacional que garantiza a las personas privadas de su libertad el “más alto nivel posible de salud”.

REFLEXIONES FINALES

El cuerpo jurídico internacional de los derechos humanos, el cual fue suscripto por la República Argentina y al que se le otorgó la misma jerarquía que la Constitución Nacional en virtud de la reforma constitucional de 1994, es claro en cuanto a que no hay discusión sobre que la privación de la libertad no implica la pérdida de la condición de ser humano y por ende tampoco implica la pérdida de la dignidad inherente al mismo, la titularidad de derechos, su reconocimiento y protección.

Sin embargo, la verdadera utopía del mundo de las cárceles es que las leyes simplemente se lleguen a cumplir (Caffarena, 1997).

En la primera parte de este trabajo hemos podido observar la relevancia que ha adquirido el acceso a internet para garantizar el derecho a la educación de las personas. A pesar de ello, este acceso ha sido restringido en las unidades penitenciarias de Argentina poniendo en pie de desigualdad a los estudiantes intramuros con sus pares que se encuentran en libertad.

¹² Sentencia del 19 de abril del 2021 en expediente FLP 4544/2021

En este sentido, se ha analizado que como consecuencia del trabajo de la Defensa Pública se ha obtenido el reconocimiento jurisdiccional de la importancia de internet para la educación y se ha dispuesto que el Ministerio de Educación evalúe la posibilidad de brindar los medios para que pueda brindarse su acceso. Ello dado que se nota cada vez más la ausencia de programas efectivos de educación.

En la segunda parte de este artículo se ha destacado el rol de la vacunación frente al COVID-19 como la forma de comenzar la salida a esta situación de crisis global. A su vez, se ha capturado el acceso desigual a las vacunas que tienen las personas en las prisiones argentinas. Esto, en el contexto de pandemia actual, implica un acceso desigual al derecho a la salud.

La discriminación es la manifestación positiva o negativa de un prejuicio y conlleva una reacción contra los individuos o grupos sociales, con características particularizadas, que conforman el orden social. En sentido negativo, la reacción puede implicar exclusión voluntaria, provocada por el rechazo desde los distintos sectores de la sociedad.

La discriminación social no es más que un proceso activo que se funda en el prejuicio, y la diferencia con éste último radica en que se lo dota de fundamentos (étnicos, religiosos, culturales, de género, de raza, etc). Puede ser un emergente de las tensiones y conflictos sociales, o de las expectativas e intereses individuales o colectivos.

El prejuicio puede definirse como un juicio previo y sin fundamentos. Los ingredientes del prejuicio son la generalización errónea y la hostilidad (Rao, 2020).

Este esquema estructural del prejuicio encuadra en la problemática carcelaria, toda vez que los discursos o agencias policiales, judiciales, mediáticos, económicos, políticos y culturales contribuyen a esa figura o perfil del “delincuente” lleno de imaginarios y características asociadas a la pobreza y la marginación.

Resulta un gran desafío pretender su inclusión en el actual sistema de educación (a través del uso de internet) y en los planes de vacunación ante la escasez de vacunas (y esta creencia de que los que estamos afuera de la cárcel nos la merecemos más que ellos).

En esta situación, el papel de la Defensa Pública adquiere vital importancia en el camino de permitir que las personas privadas de su libertad puedan atravesar las consecuencias de la pandemia en igualdad con la sociedad extramuro.

REFERENCIAS

Ale, A., Beltracchi, P., & Ordóñez, P. (2016). El habeas corpus en el ámbito carcelario. Buenos Aires: Hammurabi.

Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. (1966). Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Naciones Unidas, Santiago, Chile. <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cescr.aspx>.

Arias, C. (2021). Investigación forense: Allanamientos digitales y pericias informáticas en redes sociales. In P. Ordóñez (Ed.), Medios de prueba en el proceso penal (v. 4, pp. 27-37). Buenos Aires: Hammurabi.

Binder, A. (2018). Prólogo. In G. A. Iglesias. Buenos Aires. Fabián Di Plácido Editores.

Cabrera Rodríguez, L. J. (2020). Efectos del coronavirus en el sistema de enseñanza: Aumenta la desigualdad de oportunidades educativas en España. *Revista de Sociología de la Educación*, 13(2), 114-139. <http://dx.doi.org/10.7203/RASE.13.2.17125>

Caffarena, B. M. (1997). Ejecucion y proceso penal. In M. G. Salt, & M. A. Rusconi (Orgs.), *Jornadas sobre sistema penitenciario y derechos humanos*. Buenos Aires: Editores del Puerto.

Cid, J., & Martí, J. (2012). Turning points and returning points: Understanding the role of family ties in the process of desistance. *European Journal of Criminology*, 9(6), 603-620. <https://doi.org/10.1177/1477370812453102>

Clemente, A. T. (2020). ¿Para qué sirve la escuela? Reflexiones sociológicas en tiempos de pandemia global. *Revista de Sociología de la Educación*, 13(2), 145-155. <http://doi.org/10.7203/RASE.13.2.17135>

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2021). Las vacunas contra el COVID-19 en el marco de las obligaciones interamericanas de derechos humanos: Resolución 1/2021. CIDH, Organización de los Estados Americanos, Nueva York, Estados Unidos. Recuperado de <https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-1-21-es.pdf>

Comité Nacional para la Prevención de la Tortura. (2021). Banco de datos. Comité Nacional para la Prevención de la Tortura, Buenos Aires, Argentina. Recuperado de <https://cnpt.gob.ar/banco-de-datos/>

Comité Nacional para la Prevención de la Tortura. (2021). Recomendación sobre la inclusión efectiva de las personas privadas de la libertad en el plan de vacunación COVID-19. Comité Nacional para la Prevención de la Tortura, Buenos Aires, Argentina. Recuperado de <https://cnpt.gob.ar/wp-content/uploads/2021/04/Recomendacion-vacunacion-PPL-CNPT-230121.pdf>

Coyle, A. (2004). Prison reform efforts around the world: The role of prison administrators. *Pace Law Review*, 24, 825-832.

Dias, C. C. N. (2011). Da pulverização ao monopólio da violência: expansão e consolidação do Primeiro Comando da Capital (PCC) no sistema carcerário paulista. [Tese de Doutorado, Universidade de São Paulo]. Biblioteca Digital de Teses e Dissertações da USP. <http://doi.org/10.11606/T.8.2011.tde-13062012-164151>

Drago, F., Galbiati, R., & Vertova, P. (2011). Prison conditions and recidivism. *American Law and Economics Review*, 13(1), 103-130.

Gastón, L. (2019). Antecedentes penales en el mercado laboral argentino: Una investigación desde la perspectiva de condenados con estudios universitarios. *In Dret*, (4), 1-24. Recuperado de <https://indret.com/antecedentes-penales-en-el-mercado-laboral-argentino/>

Iglesias, G. A. (2018). Los sentidos de la educación en cárceles en la política pública nacional, Buenos Aires: Fabián Di Plácido.

Jäggi, L., & Kliewer, W. (2020). Reentry of incarcerated juveniles: Correctional education as a turning point across juvenile and adult facilities. *Criminal Justice and Behavior*, 47(11), 1348-1370. <https://doi.org/10.1177/0093854820934139>

Ley nº 20.416. (1973). Servicio Penitenciario Federal. Refórmase la Ley Orgánica. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Buenos Aires, Argentina. Recuperado de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16309/norma.htm>

Ley nº 24.660. (1996). Ley de ejecución de la pena privative de la libertad. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Buenos Aires, Argentina. Recuperado de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/35000-39999/37872/texact.htm>

Ley nº 26.206. (2006). Ley de educación nacional. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Buenos Aires, Argentina. Recuperado de <https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/ley-de-educ-nac-58ac89392ea4c.pdf>

Ministerio de Salud Argentina. (2020). Plan estratégico para la vacunación contra la covid-19 en la República Argentina. Ministerio de Salud Argentina, Buenos Aires, Argentina. Recuperado de <https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/coronavirus-vacuna-plan-estrategico-vacunacion-covid-19-diciembre-2020.pdf>

Naciones Unidas. (1948). La declaración universal de derechos humanos. Naciones Unidas, Paris, Francia. Recuperado de <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>

Naciones Unidas. (2021). El covid-19 afecta desproporcionadamente a los presos en todo el mundo. Naciones Unidas, Ginebra, Suiza. Recuperado de <https://news.un.org/es/story/2021/03/1489432>

Osio, A. J. (2018). La readaptación social y la educación como derechos humanos. Buenos Aires: Fabián Di Plácido.

Rao, D. (2020). Resignificar el campo postpenitenciario: Convergencia normativo-institucional como modelo teórico y proyecto democrático. Buenos Aires: Fabián Di Plácido.

República Argentina. (1994). Constitución de la nación argentina. Reglamentado por Ley 24.747. Boletín Oficial, Santa Fe, Argentina. Recuperado de <https://www.acnur.org/file-admin/Documentos/BDL/2001/0039.pdf>

Senado Argentina. (2021, 12 de abril). Bicameral ministerio público 12-04-2021 [Video]. YouTube. <https://www.youtube.com/watch?v=oPbBooVQwfl>

Sistema Nacional de Estadística sobre Ejecución de la Pena. (2019). Informe ejecutivo SNEEP 2019. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Buenos Aires, Argentina. Recuperado de https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/informe_sneep_argentina_2019.pdf

Uggen, C. (2000). Work as a turning point in the life course of criminals: A duration model of age, employment, and recidivism. *American Sociological Review*, 65(4), 529-546. <https://doi.org/10.2307/2657381>

Zagal, O. T. (2020). Educación via internet: El nuevo desafío del siglo XXI. *Revista Estudios de Derecho Empresario*, 22, 43-44. Recuperado de <https://revistas.unc.edu.ar/index.php/esdeem/article/view/31891>.

LA ACTUACIÓN DE LA DEFENSA PÚBLICA FEDERAL EN ARGENTINA: ACCESO A JUSTICIA EN CONTEXTO DE PANDEMIA

A ATUAÇÃO DA DEFESA PÚBLICA FEDERAL NA ARGENTINA: O ACESSO À JUSTIÇA NO CONTEXTO DE UMA PANDEMIA

THE PERFORMANCE OF THE FEDERAL PUBLIC DEFENSE IN ARGENTINA: ACCESS TO JUSTICE IN THE CONTEXT OF A PANDEMIC

Javier Lancestremere

*Secretario General de la Defensoría General de la Nación
jlancestremere@mpd.gov.ar*

Mauro Lopardo

*Funcionario de la Defensoría General de la Nación
mlopardo@mpd.gov.ar*

RESUMEN

El Ministerio Público de la Defensa de la Nación Argentina es un organismo público encargado de la representación y patrocinio de las personas ante la justicia. Vela por el ejercicio pleno de sus derechos, el resguardo de sus garantías y, principalmente, asegurar un acceso a la justicia cierto y eficaz. Lo hace en casos individuales y colectivos, en materia penal y no penal, en especial de quienes se encuentren en situación de vulnerabilidad o con discriminación estructural. También interviene en forma principal o complementaria en procesos que involucran a niñas, niños y adolescentes y ejerce la representación o apoyo de personas cuyo ejercicio de la capacidad jurídica ha sido cuestionado o limitado judicialmente. En este trabajo se identifican y explican los principales desafíos institucionales que la Defensa Pública Federal argentina tuvo que sobrellevar como consecuencia de la emergencia sanitaria producto de la pandemia por covid-19 y la evolución de la situación epidemiológica en toda la extensión del país. Se mencionarán cada una de las medidas y gestiones desarrolladas

a fin de preservar la salud de las personas a las que se asiste y de los integrantes del MPD, junto a las que fueron particularmente diseñadas para que en cada jurisdicción pueda garantizarse una calidad adecuada en la prestación del servicio en toda clase de litigio.

Palabras-clave: Defensa pública argentina. Acceso a la justicia. Gestiones institucionales frente al covid.

RESUMO

O Ministério Público de Defesa (MPD) da Nação Argentina é uma entidade pública que representa e defende as pessoas na justiça. Ademais, assegura o exercício pleno dos seus direitos, salvaguarda as suas garantias e, principalmente, garante um acesso verdadeiro e efetivo à justiça. Fá-lo-á em casos individuais e coletivos, em matéria penal e não penal, especialmente daqueles que se encontram em situação de vulnerabilidade ou discriminação estrutural. O ministério também intervém de forma principal ou complementar em processos que envolvam meninas e meninos adolescentes e exerce a representação ou apoio de pessoas cujo exercício da capacidade jurídica tenha sido questionado ou judicialmente limitado. Este trabalho identifica e explica, assim, os principais desafios institucionais que a Defensoria Pública Federal Argentina teve que superar em função da emergência sanitária decorrente da pandemia da COVID-19 e da evolução da situação epidemiológica em todo o país. Serão mencionadas cada uma das medidas e procedimentos desenvolvidos para a preservação da saúde das pessoas assistidas e dos membros do MPD juntamente com aquelas que foram particularmente pensadas para que, em cada jurisdição, houvesse uma adequada qualidade na prestação do serviço de defensoria em todos os tipos de litígios.

Palavras-chave: Defesa pública argentina. Acesso à justiça. Gestão institucional contra covid.

ABSTRACT

The Public Ministry of Defense of the Republic of Argentina (MPD) is a public organization that represents and defends people in justice. It ensures the full exercise of their rights,

the safeguarding of their guarantees and, mainly, ensuring true and effective access to justice. It does so in individual and collective cases, in criminal and non-criminal matters, especially of those who are in a situation of vulnerability or with structural discrimination. It also intervenes in a main or complementary way in processes that involves children and adolescents and exercises the representation or support of people whose exercise of legal capacity has been questioned or judicially limited. This work identifies and explains the institutional challenges that the Argentine Federal Public Defense had to overcome because of the health emergency resulting from the covid-19 pandemic and the evolution of the epidemiological situation throughout the country. Each of the measures and procedures developed to preserve the health of the people who are assisted and the members of the MPD will be mentioned, along with those that were particularly designed so that in each jurisdiction an adequate quality in the provision of the service in all kinds of litigation.

Keywords: Argentine public defense. Access to justice. Institutional management against covid.

SUMARIO

INTRODUCCIÓN. 1. GESTIONES INSTITUCIONALES. 1.1. Medidas de carácter general y reglamentario. 1.2. Medidas propias de la esfera administrativa. 2. GESTIONES PARA EL ÁMBITO FUNCIONAL EXTERNO. 2.1. Asuntos de índole penal. 2.2. Asuntos de índole no penal. CONSIDERACIONES FINALES. REFERENCIAS.

INTRODUCCIÓN

El año 2020 en la República Argentina se caracterizó por la emergencia pública sanitaria producto de la pandemia por covid-19 y, para hacer frente a ello, por dos medidas adoptadas por el gobierno nacional hasta la actualidad: el aislamiento social, preventivo y obligatorio (ASPO) y el distanciamiento social preventivo y obligatorio (DISPO).

El objetivo primordial fue proteger la salud pública para lo cual todas las personas, habitantes del país o que se encontrasen en él en forma temporaria, debían permanecer en sus residencias habituales o en el lugar en que se hallasen, abstenerse de concurrir a sus

lugares de trabajo y evitar desplazarse por rutas, vías y espacios públicos. Si bien estas medidas fueron generales y continuamente reiteradas, en cada nuevo pronunciamiento gubernamental siempre se consideró el estado de situación epidemiológica y quiénes eran las personas que podían ser exceptuadas de cumplir dichas restricciones por hallarse afectadas al desempeño de actividades consideradas esenciales.

En la amplitud de este escenario, las autoridades de los organismos nacionales, en el ámbito de sus competencias, y en coordinación concurrente con los gobiernos provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, han adherido y también concretado acciones inmediatas a fin de mitigar su propagación y su impacto en el sistema sanitario, a la par de resguardar a cada una de las zonas poblacionales, según sus respectivas particularidades.

Así, en el sector judicial, a medida que el Gobierno Nacional se pronunciaba, la Corte Suprema de Justicia de la Nación hizo lo propio, por medio de decisiones semejantes para abordar las circunstancias excepcionales producidas por la pandemia covid-19. Para ello, se aprobaron nuevos lineamientos de actuación, entre los que se destacan: promover, en la medida de lo posible, el trabajo remoto, manteniendo una asistencia mínima indispensable a los lugares de trabajo para no afectar la prestación del servicio de justicia; se avanzó en la digitalización de la actuación en distintos tipos de procesos y para todas las instancias (por medio del uso de la firma electrónica y digital, el desarrollo del sistema informático para realizar presentaciones, consultas y actos procesales de manera válida, garantizando el acceso de las partes a los procesos).

En este marco, se insertó la gestión del Ministerio Público de la Defensa de la Nación Argentina (en adelante, el MPD). En términos institucionales, el criterio ha sido consecuente con cada una de las decisiones emitidas por el Gobierno Nacional, la Corte Suprema de Justicia de la Nación y las recomendaciones de las autoridades sanitarias. Así, por medio del dictado de diversas reglamentaciones, durante todo este período de emergencia se procuró resguardar la salud de los/as trabajadores/as y sus asistidos/as, al igual que asegurar un servicio de defensa adecuado y efectivo, en materia penal y no penal.

Para ello, se rediseñaron las formas de trabajo y se adaptaron los procesos existentes, se dispuso que en cada jurisdicción y dependencia se asegure un esquema de cobertura

mínimo, bajo la modalidad de turnos, dando prioridad al trabajo a distancia y la alternancia, siempre en consideración de las diversas ferias judiciales vigentes en las jurisdicciones del país, en tanto las autoridades gubernamentales fueron pasando de la fase de aislamiento a la de distanciamiento. A continuación, se detallan algunas de las medidas más destacadas, desde la perspectiva funcional interna y luego la externa.

1. GESTIONES INSTITUCIONALES

El MPD es un organismo público reconocido en el art. 120 de la Constitución de la Nación Argentina, además de contar con una reglamentación legal orgánica, como es la Ley n°27.149¹. Su misión principal es la representación y patrocinio de la persona ante la jurisdicción, velando por el ejercicio pleno de sus derechos y el resguardo de sus garantías. Por este motivo, se trata de un organismo de protección de los derechos humanos, para lo cual procura garantizar el acceso a la justicia y la asistencia jurídica integral, en casos individuales y colectivos, en especial de quienes se encuentren en situación de vulnerabilidad o con discriminación estructural (Ley Orgánica del Ministerio Público de la Defensa de la Nación, 2015).

Al gozar de independencia y autonomía funcional, garantías orgánicas para asegurar el desarrollo de los objetivos institucionales sin sujeción a instrucciones o directivas emanadas de órganos externos², el MPD llevó a cabo acciones específicas para hacer frente al escenario impuesto por la emergencia sanitaria ocasionada por la pandemia covid-19. En este sentido, las medidas adoptadas han tenido un doble propósito:

¹ Sancionada el 10 de junio de 2015. Promulgada el 17 junio de 2015. Disponible en: <https://www.mpd.gov.ar/pdf/Ley+Organica..pdf>

² Las garantías de independencia y autonomía, como estándares indispensables para el funcionamiento de la Defensa Pública, son reconocidas en el ámbito regional. En este sentido, la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (OEA) reiteró los pronunciamientos de años anteriores (AG/RES 2656 de 2011; AG/RES 2714 de 2012; AG/RES 2801 de 2013; AG/RES 2821 de 2014; AG/RES 2887 de 2016; AG/RES 2908 de 2017; AG/RES 2928 de 2018; AG/RES 2941/19), mediante el dictado de la Resolución AG/RES.2961 Promoción y Protección de Derechos Humanos y resaltó la relevancia de la defensa pública en el punto titulado: La defensa pública oficial autónoma como salvaguarda de los derechos humanos de todas las personas sin ningún tipo de discriminación, en especial de los pueblos indígenas.

por un lado, preservar la salud de las personas a las que se asiste, al igual que la de quienes integran el MPD; por el otro, mantener un nivel de calidad en la prestación del servicio a fin de que los asistidos no vean afectado su acceso a la justicia ante las innovaciones tecnológicas emprendidas desde el Poder Judicial de la Nación observando las pautas mínimas que hacen al concepto de un debido proceso, en toda clase de litigio.

En lo sucesivo nos dedicaremos a explicar las pautas mencionadas desde dos enfoques: las que han sido de carácter general y reglamentario (transversales a todo el organismo), para luego puntualizar las concernientes a las materias de superintendencia, informática y comunicación.

1.1. Medidas de carácter general y reglamentario

En este rubro, se destacan las siguientes decisiones:

- Se establecieron esquemas de intervención en formato de turnos para las defensorías (Resoluciones DGN nros. 361/20, 382/20, 391/20, 396/20, 397/20, entre otras);
- Se determinaron pautas para la gestión de los recursos humanos, espacios físicos, atención al público, comunicación con los tribunales y medidas sanitarias (Resoluciones DGN nº418/20 y 447/20);
- Se aprobó el Protocolo de actuación ante la detección de un caso sospechoso o positivo de covid-19 (Resolución DGN nº570/20);
- Se indicaron recaudos específicos de actuación en casos de materia penal cuando se pretende una intervención de manera remota (Resoluciones DGN nros. 493/20, 591/20, 851/20, entre otras);
- Se indicaron criterios de actuación en casos de materia penal sobre procedimientos disciplinarios remotos al interior de establecimientos penitenciarios (Resoluciones DGN nros. 678/20 y 718/20);

- Se continuó con la implementación del sistema de Gestión Documental Electrónica (GDE) para el desarrollo de las actividades de las diversas reparticiones que integran la administración central. Esto significa el reemplazo de los legajos físicos por expedientes electrónicos, así como la incorporación de la firma digital para todos los documentos y disposiciones dictadas por las autoridades del organismo y, en particular, por la Defensora General de la Nación;
- Se han reforzado las partidas de los gastos de funcionamiento de las distintas defensorías y dependencias del organismo, para cubrir erogaciones en elementos de higiene y seguridad (Resolución DGN nº405/20).

1.2. Medidas propias de la esfera administrativa

Desde la Secretaría de Superintendencia y Recursos Humanos (en adelante, la Secretaría), se realizaron las siguientes gestiones:

- Se mantuvieron abiertos los canales de comunicación de las distintas dependencias del MPD, mediante la transferencia de llamadas a teléfonos particulares, además de ofrecer medios alternativos de contacto (por ejemplo, e-mail y WhatsApp). Ello permitió garantizar la atención de nuestros asistidos a través del trabajo remoto de los agentes de la institución. Toda esta información fue sistematizada en el sitio web del organismo;
- Se atendieron y tramitaron numerosos requerimientos de personas privadas de su libertad (o sus familiares, en su defecto) y se actuó como nexo entre ellas y sus defensores/as;
- Se realizó un seguimiento de las decisiones de superintendencia tomadas por el Poder Judicial de la Nación en cada jurisdicción con relación a la feria extraordinaria instituida a resultas de la pandemia covid-19;
- A partir del mes de junio de 2020, con el fin de elaborar un informe sobre la prestación del servicio de defensa, se solicitó a cada dependencia que brindara información sobre: a) forma de actuación durante la feria extraordinaria (remota, presencial etc.); b) modalidad de realización de audiencias judiciales (videoconferencia, presencial, mixta);

c) cantidad de audiencias realizadas entre el 20 de marzo y el 31 de mayo; d) agente que participó en cada audiencia; e) modalidad de comunicación con las personas privadas de la libertad durante la feria extraordinaria; e) porcentaje de personas privadas de la libertad con las que se mantuvo comunicación entre el día 20 de marzo y el 31 de mayo;

- En el mes de agosto se emprendieron medidas para un nuevo relevamiento de la cobertura del servicio de defensa pública con relación al cumplimiento de la manda de trato frecuente contenida en el art. 20 de la Ley n°27.149³. En esta oportunidad, se solicitó a las dependencias con competencia en materia penal que remitieran el listado de sus asistidos indicando el número de causa, el lugar de alojamiento, la fecha del último contacto y el medio a través del cual se efectuó dicha comunicación.

Desde el Departamento de informática la misión fue garantizar tecnología y conectividad al organismo, a fin de brindar soluciones acordes a la nueva realidad del trabajo remoto. Gracias a los proyectos que se venían desarrollando para reducir el uso de papel en los procesos, se puso en marcha el servicio de VPN (conexión mediante escritorios remotos). Se instalaron 6 servidores de acceso VPN y se generó un portal de comunicación para la asistencia de cada usuario/a, con tutoriales e información asociada al nuevo sistema de acceso. Esto provocó que, la mayor parte del tiempo, el área se dedique a realizar tareas de soporte a usuarios/as, tales como:

- Administración de contraseñas: se puso a disposición de los/as usuarios/as una línea de WhatsApp dedicada exclusivamente a la provisión de nuevas claves de acceso. Esto permitía validar la identidad de cada solicitante recolectando una serie de datos personales y, en muchos casos, confrontando el número telefónico personal con la base de datos del sector de Recursos Humanos del MPD;

³ “Confidencialidad. Trato reservado y frecuente. Debe protegerse especialmente la confidencialidad e instarse el trato reservado y frecuente con el asistido o defendido, quien debe ser informado sobre las contingencias de su proceso en un lenguaje que le resulte comprensible. Los integrantes del Poder Judicial de la Nación, del Ministerio Público Fiscal de la Nación o de las fuerzas de seguridad garantizan y favorecen, en todo lugar y de manera efectiva, la comunicación privada entre la Defensa Pública y su asistido o defendido” (Ley Orgánica del Ministerio Público de la Defensa de la Nación, 2015, p. 18).

- Confección de documentos relativos a procesos internos: se adecuaron los documentos relativos al acceso vía VPN, otorgamiento de firma digital y procedimiento para la validación de identidad vía WhatsApp.

Como se puede percibir, estas nuevas formas de trabajo conllevaron numerosos desafíos en materia de seguridad informática y cambios radicales en las necesidades de conectividad. A lo dicho cabe añadir dos implementaciones específicas producto de este contexto:

- Video Conferencia *Jitsi*: se instaló un servicio de video conferencia propio dentro del MPD para garantizar las comunicaciones y su privacidad;
- LDAPS *Active Directory* Seguro: en miras de reforzar la seguridad informática y comunicacional, se migraron todos los servicios al método de autenticación LDAPS Seguro. Esto permitió que todo el tráfico de inicio de sesión viaje de manera encriptada.

Finalmente, desde la Coordinación de comunicación institucional, prensa y relaciones con la comunidad el propósito fue mantener informada la población en general sobre el servicio de defensa pública:

- Se reforzaron los vínculos con la comunidad, a través de formas de comunicación al alcance de todas las personas. Se potenció significativamente el trabajo desde las redes sociales del MPD (Facebook, Instagram, Twitter);
- Vinculado con lo anterior, se lanzaron distintas campañas institucionales, especialmente para procurar un acercamiento con la comunidad durante la emergencia sanitaria. Así, se planteó el Plan de Comunicación Institucional del MPD, a desarrollarse entre 2020 y 2021, que propone difundir con lenguaje claro y sencillo las actividades del MPD a través de distintas piezas de comunicación destinadas a la comunidad. Se diseñó el nuevo logotipo del Ministerio Público, que se centra en la importancia del federalismo y de la defensa pública y se confeccionó el primer Manual de Identidad Institucional del MPD, documento exhaustivo que sintetiza los parámetros para la producción coherente y ordenada de materiales. A su vez, la nueva página web presenta una imagen institucional actualizada, de acuerdo con los parámetros del citado Manual;

- Campaña Quédate en casa: se trata del diseño y redacción de contenidos para redes sociales que divulguen la importancia de cumplir con las medidas de aislamiento y distanciamiento adoptadas por el Gobierno Nacional;
- Se desarrolló el contenido y se diseñaron infografías sobre el Protocolo de actuación ante la detección de un caso sospechoso o confirmado de covid-19 (aprobado por Resolución DGN N° 570/20), para facilitar su difusión entre los/as integrantes del MPD.

2. GESTIONES PARA EL ÁMBITO FUNCIONAL EXTERNO

Hasta aquí se mencionaron las principales medidas llevadas a cabo desde la DGN para asegurar una actuación adecuada de la defensa pública, sin dejar de observar los recaudos sanitarios establecidos por la pandemia. Cabe destacar que las gestiones administrativas implementadas tienen por horizonte la función primaria del MPD y el principio de protección jurídica (Ley Orgánica del Ministerio Público de la Defensa de la Nación, 2015).

En este punto, abordaremos la faceta funcional externa que busca dar una respuesta a las necesidades de las personas que requieren asistencia y/o patrocinio. Situación que se ha visto especialmente impactada por la emergencia pública sanitaria y la evolución de la situación epidemiológica, en particular por las especiales condiciones de vulnerabilidad de los asistidos por la defensa pública.

2.1. Asuntos de índole penal

Uno de los principales desafíos fue procurar, ante cada instancia jurisdiccional, la observancia de las pautas mínimas reconocidas para asegurar un debido proceso cuando una actuación fuese impulsada de manera remota. Básicamente, que el empleo de medios digitales para el desarrollo de los procesos se trate de algo excepcional en el marco de la emergencia sanitaria y que, de llevarse a cabo alguna práctica, en todo momento se respete el derecho de defensa de la persona asistida, sus garantías constitucionales, así como las medidas de cuidado y prevención sanitarias, si se tratara de un acto presencial o semipresencial⁴.

⁴ El Bloque de Defensores Públicos Oficiales del Mercosur (BLODEPM) se ha expresado en un sentido similar, al señalar que “sólo con la voluntad informada y libre de presiones de la persona asistida, es posible

Los objetivos institucionales del MPD en la actuación penal no sólo se realizaron a través de cada una de las defensorías y unidades letradas, sino también a partir de las tareas desarrolladas por los Programas y Comisiones que integran la DGN. En muchas oportunidades como funciones complementarias a la asistencia técnica, pero en otras directamente encargadas del servicio de defensa y de la ejecución de políticas que garanticen el acceso a justicia.

En este sentido, uno de los ámbitos más sensibles, y que requirió mayores reaseguros ajustados a la situación de emergencia, fue el de las personas privadas de la libertad. Si bien se suspendió la obligatoriedad de la visita personal mensual a cada persona detenida (para evitar propagar el virus dentro de los lugares de encierro), especialmente se indicó que los/as Defensores/as debían utilizar los medios tecnológicos disponibles para no perder comunicación con sus asistidos/as (Resolución DGN nº283/20). De igual modo, en actuaciones por procesos disciplinarios en ámbitos carcelarios, la práctica adoptada fue que toda comunicación recibida en la DGN respecto del inicio de un proceso disciplinario contra una persona fuese transmitida a la dependencia correspondiente, vía correo electrónico o, en su defecto, al tribunal respectivo, a fin de garantizar la mejor solución para la situación de cada asistido/a (Resolución DGN nº678/2020).

En este ámbito se destaca la actuación que tuvo la Comisión de Cárceles, encargada de verificar las condiciones de alojamiento, alimentación y atención médica de las personas privadas de la libertad asistidas por este MPD⁵. Al tomar contacto directo con los juzgados,

avanzar en audiencias de juicio de forma virtual, siempre y cuando se garantice por parte de cada Estado el pleno ejercicio del derecho de defensa y el respeto íntegro de las garantías judiciales del debido proceso, reconocidas en los instrumentos internacionales de protección de Derechos Humanos” (Bloque de los Defensores Públicos Oficiales del Mercosur, 2020, pp. 1). Asimismo, exhortó a que “el uso de los medios electrónicos (audiencias por sistema de video conferencia), en particular en juicios orales del fuero penal, deben ser excepcionales en este contexto de emergencia sanitaria” (Bloque de los Defensores Públicos Oficiales del Mercosur, 2020, p. 1).

⁵ En la actualidad, sus funciones se extienden a las condiciones estructurales y materiales de los establecimientos y, siempre con carácter colectivo, a cuestiones de salud, de trabajo, de educación, de esparcimiento, de comunicaciones, de traslados, etc. Aborda sus actividades a través de visitas de monitoreo, requerimientos dirigidos a la administración penitenciaria o mediante la interposición de acciones de habeas corpus, para lo cual cuenta con legitimación activa autónoma. En lo que hace a cuestiones individuales, tiene dos tipos de actuación: una relativa a pedidos de colaboración de las defensorías respecto de sus asistidos; y la restante, mediante la comunicación directa por parte de las personas privadas de libertad o de sus familiares,

tribunales y defensores/as que tuvieran a su cargo personas privadas de la libertad y se encontraran comprendidas en los distintos grupos de riesgo por el covid-19, el cometido esencial fue adoptar medidas urgentes en las situaciones en que fuese necesario.

En lo que hace a sus tareas esenciales habituales (visitas de monitoreo a unidades de detención y atención telefónica), con la irrupción de la pandemia implicó una nueva organización y metodología de las tareas (evitar lo presencial e incrementar el trabajo por medios digitales y remotos). El monitoreo de los centros de detención fue realizado mediante requerimientos a todas las unidades penitenciarias, sobre las siguientes temáticas: alimentación; calefacción; cumplimiento de las recomendaciones del Ministerio de Salud de la Nación relativas al covid-19; depósitos y encomiendas; educación; elementos de higiene y limpieza; equipamiento informático; fallecimientos; libertades; nómina de profesionales de la salud; población alojada; recreación; provisión de ropa de abrigo; trabajo; ventilación.

Asimismo, se han realizado reuniones virtuales con personas privadas de la libertad y autoridades de establecimientos penitenciarios federales. Aquí se destaca la mesa de diálogo interdisciplinaria realizada con personas privadas de la libertad en el Complejo Penitenciario Federal de la Ciudad de Buenos Aires (CPF-CABA), a raíz de las protestas e incidentes del mes de abril de 2020. La Comisión tomó contacto con las autoridades judiciales que tenían a su cargo personas detenidas en la órbita del Servicio Penitenciario Federal y se encontraban comprendidas en los distintos grupos de riesgo para covid-19, a fin de adoptar medidas urgentes conforme lo establecido por la acordada 9/2020 de la Cámara Federal de Casación Penal⁶. Misma gestión se realizó con los/as defensores/as oficiales que asistían a personas comprendidas en dichos grupos de riesgo. La intervención de representantes de la Comisión, con presencia asidua en la cárcel, coadyuvó a encauzar el conflicto.

En este contexto, también se destaca la actuación del Programa contra la Violencia Institucional que, entre sus misiones, se ocupa de registrar y documentar hechos de vio-

en cuyo caso se procura intermediar para asegurar el vínculo entre ellas y sus defensas. Estas acciones de carácter particular, de todos modos, no suplen la función propia de los defensores oficiales.

⁶ Disponible en: <https://www.cij.gov.ar/nota-37089-Acordada-9-20-de-la-C-mara-Federal-de-Casacion-Penal.html>

lencia institucional ocurridos tanto en el ámbito penitenciario como en otros espacios destinados a la privación de libertad; así como también hechos perpetrados por fuerzas de seguridad en la vía pública⁷. Asiste preponderantemente a las personas patrocinadas por el MPD, aunque su competencia se extiende a otros grupos vulnerables que puedan requerirlo, brindando asesoramiento jurídico, así como acompañamiento psicosocial a través de su equipo interdisciplinario.

Desde el inicio de la pandemia, este Programa trabajó, junto con la Comisión de Cárceles, la problemática al interior de las unidades penitenciarias producto de la emergencia sanitaria, ante la imposibilidad de hacer visitas de monitoreo y para gestionar cada uno de los reclamos atinentes a resguardar las condiciones de salud de las personas encarceladas. Asimismo, se prestó especial atención a los procedimientos en la vía pública de control sobre la población, realizados por las fuerzas de seguridad para el cumplimiento de las medidas restrictivas sanitarias.

Se garantizó un canal de comunicación por parte de las personas privadas de la libertad y sus familiares a través de la red WhatsApp y mediante entrevistas por videoconferencia utilizando las aplicaciones Zoom o Google Meet.

El Programa para la Asistencia Jurídica a Personas Privadas de Libertad se encuentra dedicado a garantizar el acceso a justicia de las mujeres y los hombres alojados en unidades penitenciarias en asuntos extrapenales, fundamentalmente en cuestiones de familia. Para ello, brinda asesoramiento y asistencia jurídica incluso cuando aquellas personas recuperan su libertad. Las temáticas que aborda este Programa consisten en guarda y cuidado personal de hijos/as, régimen de comunicación, alimentos, divorcios y, principalmente, control de medidas excepcionales sobre niñas, niños y adolescentes.

Nos podemos desconocer que las restricciones impuestas por la pandemia aislaron aún más a las personas privadas de libertad. Esto se sintió con mayor fuerza en aquellos lugares de encierro que carecen de un servicio público de telefonía eficiente, que permita recibir llamados.

⁷ Para ello gestiona la Unidad de Registro, Sistematización y Seguimiento de Hechos de Tortura y otras formas de Violencia Institucional. El objetivo general es el de coordinar y dirigir todas las acciones de la institución para prevenir la violencia institucional e instar su investigación exhaustiva y la sanción de los responsables.

No obstante ello, el trabajo priorizó la asistencia jurídica en procesos judiciales en trámite o a iniciarse, garantizando una adecuada defensa de los intereses de los/as asistidos/as.

2.2. Asuntos de índole no penal

Al margen de los casos penales, se ha advertido que la evolución de la situación epidemiológica también afectó muy intensamente a los sectores más empobrecidos y vulnerables de la sociedad. Nos referimos a asuntos no penales gestionados desde el MPD, donde las actividades de enlace en el uso de ventanillas virtuales, es decir, de vías de tramitación en línea habilitadas por algunos organismos de la administración pública para el acceso a servicios diversos y programas sociales en general, fue una labor central del Programa de Atención a las Problemáticas Sociales y Relaciones con la Comunidad desde el inicio de la pandemia. Esto requiere no sólo de la disponibilidad de conectividad a internet sino también de competencias digitales difíciles de desarrollar en entornos como los que habitan grandes sectores de la población, que viven en condiciones de pobreza crónica.

Este Programa⁸ surge a partir de que se advirtiera la necesidad de brindar servicios en aspectos sociales que exceden a la labor técnico-jurídica que pueden desarrollar las defensorías. En este período excepcional, tuvo que reorganizar sus tareas diarias para que sean desarrolladas desde el domicilio de cada profesional orientado a la elaboración de informes sociales, mayormente, para acompañar solicitudes de medidas alternativas al encierro carcelario, a fin de reducir riesgos de contagio de covid-19 de las/os asistidos/as de la defensa pública. Los diagnósticos sociales se llevaron a cabo mediante entrevistas telefónicas o por videollamadas, prescindiendo de las entrevistas en domicilios y el encuentro cara a cara en unidades penitenciarias -encuadre metodológico adoptado por el progra-

⁸ El objetivo central es desarrollar abordajes con incidencia sobre las desigualdades que presentan las/os usuarias/os, que en muchos casos aparecen agudizadas a partir de intervenciones del sistema de administración de justicia, debido al sesgo criminalizador de la pobreza y otros factores de subordinación social vigente en este campo institucional. La labor que se realiza comprende dos tipos de actividades, aun cuando en la práctica cotidiana resultan inescindibles: a) la producción de informes sociales o pericias sociales a los fines de su incorporación formal en expedientes judiciales en curso, que se trabajan centralmente a partir del enfoque analítico de la interseccionalidad; b) el desarrollo de acciones vinculadas a la satisfacción de algunos derechos básicos de las/os usuarias/os de los servicios que brinda el MPD, que no resultan –necesariamente– relevantes respecto de las cuestiones de fondo que son materia de esos procesos judiciales.

ma por sus múltiples ventajas diferenciales, como el potencial para acceder a información confidencial, entablar vínculos de confianza y observar de forma directa entornos de vida de los/as asistidos/as y sus grupos familiares-. Más allá de esta dificultad metodológica, se obtuvieron buenos resultados al relevar gran cantidad de datos personales y, así, los informes fueron recibidos favorablemente por las agencias judiciales.

La Comisión de Seguimiento del Tratamiento Institucional de Niñas, Niños y Adolescentes tiene como principal objetivo la evaluación de las condiciones generales de alojamiento de niñas, niños y adolescentes (NNyA) privados de su medio familiar, en distintas instituciones del país, formular recomendaciones para mejorar dichas situaciones e interponer todo recurso o medida para hacer efectivos sus derechos o exigir el cese de su vulneración y contribuir a la planificación de políticas públicas en la materia.

En virtud de la pandemia, esta Comisión también reemplazó la modalidad de actuación presencial por otros recursos. Así, las visitas fueron reemplazadas por seguimientos telefónicos semanales con las instituciones monitoreadas. Se dio seguimiento bajo esta modalidad a un total aproximado de 70 instituciones de alojamiento de NNyA ubicadas tanto dentro de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires como de la Provincia de Buenos Aires. El seguimiento frecuente y sostenido a lo largo del año promovió un vínculo de mayor confianza con las instituciones y permitió relevar las necesidades y reclamos de los niños.

En este nuevo esquema, se realizó un relevamiento de casos de covid en diferentes instituciones, que configuró la base de datos consultada por varios organismos públicos y que tuvo incidencia en visibilizar la hospitalización de niños, niñas y/o adolescentes provenientes de instituciones del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (GCBA) con covid positivo sin síntomas o con síntomas leves.

Con relación a la protección de los derechos de NNyA, se recomendó a los/las integrantes del Ministerio Público de la Defensa que, en el marco de los procesos vinculados a niños, niñas y/o adolescentes en conflicto con la ley penal, se observen las propuestas y recomendaciones contenidas en las Directrices de Justicia Juvenil, en la medida que resulte adecuado para resguardar los intereses de sus asistidos/as. Las directrices -declaradas de interés jurídico por la legislatura del GCBA- fueron elaboradas por la Mesa de Justicia

Juvenil de la Alianza Estratégica por Niñas, Niños y Adolescentes afectados por el sistema penal, en la que participó activamente la citada Comisión.

La Comisión sobre Temáticas de Género busca incorporar, a través de distintas estrategias, la perspectiva de género en el trabajo cotidiano de la institución, tanto en lo que respecta al servicio de defensa pública como hacia el interior del organismo. Desde el inicio de la pandemia, esta Comisión⁹ desplegó diversas acciones para garantizar, en todo momento, el acceso a la justicia de las mujeres en situación de violencia de género durante las restricciones sanitarias con motivo de la pandemia. Esta continuidad pudo garantizarse tanto en lo que respecta a la atención de las asistidas por el patrocinio, como a la toma de nuevos casos. Entre esas medidas, se destacan: 1) se puso a disposición dos números de WhatsApp, una línea telefónica y una dirección de correo electrónico para la recepción de nuevos casos, todo lo cual fue difundido por las redes sociales del MPD; 2) se generaron vías de articulación directa con las principales instituciones que reciben denuncias por hechos de violencia de género para la recepción de nuevos casos; 3) a fin de facilitar la efectividad de las medidas de protección y otras intimaciones a los denunciados, se promovió la notificación mediante WhatsApp y se gestionó que las autoridades judiciales dispongan la prórroga automática de las medidas cautelares de protección vigentes a la fecha en la que se determinó el aislamiento; 4) también se implementó la realización de informes sociales por videollamada, que fueron presentados y admitidos en trámites judiciales y en distintas dependencias de la Administración Pública, lo que facilitó el acceso a la justicia y a derechos sociales.

Por su parte, la Comisión para la Asistencia Integral y Protección al Refugiado y Peticionante de Refugio, encargada de garantizar el acceso a justicia y la defensa de los derechos de las personas refugiadas y solicitantes del reconocimiento de dicha condición, así como también de las personas apátridas. En este marco, la Comisión brinda asesoramiento y representación legal a toda persona que desee contar con

⁹ Para cumplir este fin, la comisión realiza investigaciones, brinda capacitaciones, colabora con los/as defensores/as para el diseño e implementación de estrategias de defensa con perspectiva de género y participa en instancias interinstitucionales. La población destinataria son mujeres y personas de los colectivos LGBT+. De esta área depende el Proyecto Piloto de Asistencia y Patrocinio Jurídico para Víctimas de Violencia de Género.

un/a abogado/a en su trámite de solicitud de reconocimiento de la condición de refugiada o apátrida¹⁰. Estas tareas mayormente son canalizadas ante la Comisión Nacional para los Refugiados (CONARE), que permaneció cerrada al público durante el aislamiento, manteniendo abiertos canales digitales de comunicación. A fin de garantizar el acceso al procedimiento de asilo, se implementó un mecanismo de formalización de solicitudes online que, tras la carga de los datos personales y documentación vinculante, registra la solicitud y expide un certificado de residencia precaria, que es enviado a la persona por correo electrónico.

Con respecto a la intervención en sede judicial, y a partir del levantamiento de la feria judicial extraordinaria, nuestra Comisión elaboró un protocolo para la firma de escritos a distancia por parte de las personas asistidas, implementado exitosamente desde agosto de 2020. Por otro lado, a través del Decreto PEN Nro. 274/2020 y subsiguientes, se prohibió el ingreso al territorio nacional, estableciéndose una serie de excepciones, entre las que no se contempló de manera expresa a las personas con necesidades de protección internacional que solicitasen asilo en frontera (Ley general de reconocimiento y protección al refugiado, 2006). Sin perjuicio de ello, en atención a que las obligaciones de no devolución surgen de instrumentos internacionales con jerarquía constitucional, se realizaron gestiones ante la CONARE y ACNUR para facilitar el ingreso al país de personas con necesidades de protección internacional. Cabe destacar asimismo que las medidas de cierre de fronteras adoptadas a nivel global impactaron negativamente en los procesos de reunificación familiar de las personas refugiadas (Ley general de reconocimiento y protección al refugiado, 2006).

Desde el Programa sobre Temáticas de Salud, Discapacidad y Adultos Mayores se atendieron asuntos de diversa índole: 1. Se orientó a las personas mayores que consultaron por disponibilidad y lugares de aplicación de las vacunas contra la gripe y neumonía; 2. Se atendieron consultas por permisos de circulación en contexto de cuarentena de personas adultas mayores y personas con discapacidad; 3. Se colaboró con las defensorías y dependencias que requirieron ayuda para obtener para sus asistidos prisiones domici-

¹⁰ Asimismo, la Comisión brinda orientación a dicha población para la realización de los trámites de radicación ante la Dirección Nacional de Migraciones (DNM), y patrocinio en sus trámites de ciudadanía.

liarias atendiendo a la actual situación de pandemia sumado a las situaciones de vulnerabilidad de cada uno (discapacidad, persona mayor, etc.). 4. Se colaboró con el Área de Prensa de la DGN para difundir información de interés relacionada con las temáticas del Programa y de relevancia por el contexto de pandemia: normativa relacionada con la modificación del trámite para acceder a pensiones no contributivas por invalidez, difusión del comunicado del ACNUDH expresando su preocupación por la afectación de los derechos humanos de las personas mayores a causa del covid-19; protocolo de atención para personas con discapacidad con criterio de internación.

Finalmente, especial mención merece el Equipo de Trabajo en Centros de Acceso a la Justicia o Equipo Acceder, cuya función es ejecutar acciones de abordaje territorial y articulación institucional a fin de hacer efectivo el derecho de toda persona a contar con un patrocinio legal efectivo; especialmente de quienes se encuentran en situación de vulnerabilidad. Un servicio normalmente presencial distribuido en oficinas gubernamentales, iglesias y centros cívicos ubicados en barrios de emergencia de la ciudad de Buenos Aires, destinado a atender las consultas, asesorar y/o derivar la demanda a la institución que corresponda de acuerdo con lo establecido en la Guía de Buenas Prácticas para la Derivación de Casos y Consultas¹¹.

Dadas las restricciones de circulación, el Equipo debió modificar la modalidad de atención para continuar la labor a distancia de manera efectiva. Para ello, se diseñaron estrategias de difusión y promoción de los datos de contactos con el equipo, tanto al interior del MPD como en redes sociales. Cada integrante del Equipo se contactó con las y los coordinadores y trabajadoras/es de los Centros de Acceso a la Justicia e instituciones con las que el Equipo desarrolla las tareas habitualmente, con el objeto de poder canalizar las consultas mediante atención remota. De igual forma, se estableció comunicación permanente con los diferentes consultantes y sus allegados que ya contaban con medios de comunicación directo con los integrantes del Equipo.

¹¹ Un protocolo de buenas prácticas para la derivación entre instituciones, que tiene como objetivo reducir al mínimo el tránsito de las personas consultantes para evitarles pérdidas de tiempo, recursos y esfuerzos y así garantizar un efectivo acceso a la justicia. Disponible en: https://www.mpd.gov.ar/pdf/fortalecimiento_institucional/res%20DGN%201497_2019.pdf

Dentro de este período, desde el punto de vista institucional, se destacan dos gestiones en particular. En el mes de mayo, el Equipo participó en La Red de Prestadores de Servicios Jurídicos Gratuitos de la Ciudad de Buenos Aires, con el objeto de elaborar una guía de atención en la emergencia provocada por la pandemia¹². Dicho documento fue publicado en la página de todas instituciones que integran la Red y en sus redes sociales, a fin de llegar a la mayor cantidad de personas. En el mes de septiembre, el Equipo comenzó a participar en operativos presenciales en los territorios, organizados por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, especialmente en sectores de marcada vulnerabilidad. Este fue el puntapié para el regreso paulatino a la presencialidad.

CONSIDERACIONES FINALES

La pandemia configuró un escenario de enormes desafíos, comprensibles temores y pérdidas dolorosas que aun hoy continúa signando el devenir de nuestras sociedades. Sin embargo, la Defensa Pública pudo adaptarse y actuar de manera consecuente con el objetivo irrenunciable de garantizar el acceso a justicia de las personas en condiciones de vulnerabilidad. Algunas prácticas valiosas seguirán con nosotros, como la multiplicidad de medios de comunicación institucional y el acceso a trámites ágiles y electrónicos para los usuarios del servicio. Otras, con el regreso a una nueva normalidad, deberán dejar su lugar a prácticas más adecuadas para proteger los derechos de las personas (v. gr. audiencias presenciales que garanticen la intermediación y el control de la prueba). Confiamos en poder afrontar estos nuevos desafíos con el esfuerzo encomiable de todos y todas quienes integran el Ministerio Público de la Defensa.

¹² Red de Prestadores de Servicios Jurídicos Gratuitos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. (2020). Funcionamiento de servicios legales estatales en el marco del aislamiento social preventivo por el Coronavirus (COVID19). Servicios Jurídicos Gratuitos, Buenos Aires, Argentina. Recuperado de <https://www.mpd.gov.ar/pdf/prensa/RECURSEORED.pdf>

REFERENCIAS

Bloque de los Defensores Públicos Oficiales del Mercosur. (2020). Audiencias orales virtuales: Sesión ordinaria llevada a cabo por videoconferencia el 18 de junio de 2020. Recuperado de <http://www.blodepm.com/wp-content/uploads/2020/08/nota-se%C3%B1alada.pdf>

Cámara Federal de Casación Penal. (2020). Acordada 9/20. Consideraciones de los jueces y de la Cámara Federal de Casación Penal, reunidos a través de medios electrónicos, sobre las medidas oficiales referentes a la pandemia, los informes y recomendaciones de organismos nacionales e internacionales con incidencia en la materia, entre otras. Cámara Federal de Casación Penal, Buenos Aires, Argentina. Recuperado de <https://www.cij.gov.ar/nota-37089-Acordada-9-20-de-la-C-mara-Federal-de-Casaci-n-Penal.html>

Ley nº 26.165. (2006). Ley general de reconocimiento y protección al refugiado. Buenos Aires: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Recuperado de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/120000-124999/122609/norma.htm>

Ley nº 27.149. (2015). Ley Orgánica del Ministerio Público de la Defensa de la Nación. Buenos Aires: Ministerio Público de la Defensa. Recuperado de <https://www.mpd.gov.ar/pdf/Ley+Organica..pdf>

Ministerio Público de la Defensa (2020). Resolución DGN 678/2020. Establece la asistencia por videoconferencia para ejercer la defensa, en el marco de procesos administrativos disciplinarios, en el ámbito carcelario.”

Ministerio Público de la Defensa. (2019). Resolución DGN 283/20. Protocolización acta compromiso complementaria nº 1 para la implementación de la guía de buenas prácticas para la derivación de casos y consultas de la Red de Prestadores de Servicios Jurídicos Gratuitos en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Ministerio Público de la Defensa, Defensoría General de la Nación, Ciudad de Buenos Aires, Argentina. Recuperado de https://www.mpd.gov.ar/pdf/fortalecimiento_institucional/res%20DGN%201497_2019.pdf

Poder Ejecutivo Nacional. (2020). Decreto nº 274/2020. Establecese la prohibición de ingreso al territorio nacional, por un plazo de quince (15) días corridos, de personas extranjeras no residentes en el país, a través de puertos, aeropuertos, pasos internacionales, centros de frontera y cualquier otro punto de acceso. Buenos Aires, Argentina: P.E.N. Recuperado de <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/decreto-274-2020-335479>

Red de Prestadores de Servicios Jurídicos Gratuitos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. (2020). Funcionamiento de servicios legales estatales en el marco del aislamiento social preventivo por el Coronavirus (COVID19). Servicios Jurídicos Gratuitos, Buenos Aires, Argentina. Recuperado de <https://www.mpd.gov.ar/pdf/prensa/RECURSEORED.pdf>

LA PANDEMIA MUNDIAL Y LOS GRUPOS EN SITUACIÓN DE VULNERABILIDAD: ¿UN GRUPO JURÍDICAMENTE DESPROTEGIDO?

PANDEMIA GLOBAL E GRUPOS VULNERÁVEIS: UM GRUPO JURIDICAMENTE DESPROTEGIDO?

THE GLOBAL PANDEMIC AND VULNERABLE GROUPS: A LEGALLY UNPROTECTED GROUP?

Tamara Belén Rogers

Doctoranda en Derecho en la Universidad Nacional de Mar del Plata (UNMdP).

*Abogada por la UNMdP y especialista en Gestión Universitaria
por la Facultad de Ciencias Económicas y Sociales.*

Docente de la asignatura Derecho Político de la Facultad de Derecho de la UNMdP

Escribiente Auxiliar en la Defensoría Pública Oficial.

tamarabelenrogers@gmail.com

<https://orcid.org/0000-0002-9362-4992>

RESUMEN

La crisis económica, social y de salud provocada por la pandemia mundial producto del COVID-19 ha profundizado la vulnerabilidad y la discriminación que sufren algunos grupos, exacerbando las desigualdades económicas y sociales ya existentes. La pandemia precipitó la necesidad de dar respuesta a algunos interrogantes que existen desde hace años en el campo jurídico y que revisten de particular importancia para el adecuado ejercicio de la defensa, y en particular, de la Defensa Pública Oficial: ¿qué se entiende por grupos en situación de vulnerabilidad?, ¿quiénes los integran?, ¿cuáles son los criterios que se utilizan para clasificar a una persona como perteneciente a un grupo en situación de vulnerabilidad?, ¿se encuentran jurídicamente protegidos dichos grupos? El presente artículo tiene como objetivo central identificar y cuestionar la normativa que reconoce y protege a los grupos en situación de vulnerabilidad para luego reconstruir jurídicamente mencionado concepto y finalmente ponerlo a la luz de las críticas actuales. Ello resulta de gran utilidad toda vez que, como integrantes del

Ministerio Público de la Defensa, no somos nada más ni nada menos que “abogados al servicio de las personas más vulnerables”. La metodología utilizada es la investigación documental, ya que a partir de la revisión de las fuentes documentales se elaboran reflexiones descriptivas, analíticas y hermenéuticas en relación con el objeto específico de la investigación. Los resultados obtenidos permitieron visibilizar la problemática existente en cuanto a la protección jurídica de los grupos en situación de vulnerabilidad y plantear críticas e interrogantes con relación a su conceptualización; al criterio adoptado para clasificar a una persona como perteneciente a declarado grupo y a la idea de igualdad sobre la que se asienta dicho concepto.

Palabras clave: Grupos en situación de vulnerabilidad. Reglas de acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad. Derechos humanos.

RESUMO

A crise econômica, social e sanitária causada pela pandemia global da COVID-19 aprofundou a vulnerabilidade e a discriminação sofrida por alguns grupos e exacerbou as desigualdades econômicas e sociais existentes. A pandemia precipitou a necessidade de responder a algumas questões que existem há anos no campo jurídico e que são de particular importância para o bom exercício da defesa, em particular, da Defesa Pública Oficial: o que se entende por grupos em situação de vulnerabilidade? Quem são? Quais são os critérios utilizados para classificar uma pessoa como pertencente a um grupo em situação de vulnerabilidade? Esses grupos estão legalmente protegidos? Nesse sentido, o objetivo principal deste artigo é identificar e questionar as normas que reconhecem e protegem grupos em situação de vulnerabilidade para, então, reconstruir legalmente esse conceito e, finalmente, colocá-lo à luz das críticas atuais. Isto é muito útil porque, como membros do Ministério Público da Defesa, não somos nada mais nada menos do que “advogados a serviço dos mais vulneráveis”. A metodologia utilizada é a pesquisa documental, uma vez que a partir da revisão das fontes documentais são elaboradas reflexões descritivas, analíticas e hermenêuticas em relação ao objeto específico da pesquisa. Os resultados obtidos permitiram tornar visíveis os problemas existentes relacionados à proteção jurídica de grupos em situação de vulnerabilidade e levantar críticas e questionamentos sobre a conceptualização dessa proteção, os critérios adotados para classificar uma pessoa como pertencente a um grupo de vulnerabilidade e a ideia de igualdade em que se baseia tal conceito.

Palavras-chave: Grupos em situação de vulnerabilidade. Regras para o acesso das pessoas em condição de vulnerabilidade à justiça. Direitos humanos.

ABSTRACT

The economic, social and health crisis caused by the global pandemic caused by COVID-19 has deepened the vulnerability and discrimination suffered by some groups, exacerbating existing economic and social inequalities. The pandemic precipitated the need to answer some questions that have existed for years in the legal field and that are of particular importance for the proper exercise of defense, and in particular, Official Public Defense: what is understood by groups in a situation of vulnerability? Who is it? What are the criteria used to classify a person as belonging to a group in a situation of vulnerability? Are these groups legally protected? The main objective of this article is to identify and question the regulations that recognize and protect groups in vulnerable situations in order to then legally reconstruct that concept and finally put it in the light of current criticism. This is very useful since, as members of the Public Ministry of Defense, we are nothing more and nothing less than “lawyers at the service of the most vulnerable people”. The methodology used is documentary research, since from the review of documentary sources descriptive, analytical and hermeneutical reflections are elaborated in relation to the specific object of the research. The results obtained made it possible to make visible the existing problems regarding the legal protection of groups in vulnerable situations and raise criticisms and questions in relation to their conceptualization, the criteria adopted to classify a person as belonging to that group and the idea of equality on which this concept is based.

Keywords: Groups in a vulnerable situation. Rules to access justice for people in a vulnerable situation. Human rights.

SUMARIO

INTRODUCCIÓN. 1. DESARROLLO. 1.1. ¿Qué se entiende por grupos en situación de vulnerabilidad?. 1.2. Reconocimiento jurídico de los grupos en situación de vulnerabilidad. 1.3. críticas a la clasificación de grupos como vulnerables. CONCLUSIÓN. REFERENCIAS.

INTRODUCCIÓN

La crisis económica, social y de salud provocada por el COVID-19 ha profundizado la vulnerabilidad y la discriminación que sufren algunos grupos en nuestro país, exacerbando las desigualdades económicas y sociales ya existentes (Naciones Unidas Argentina, 2020).

La pandemia precipitó la necesidad de dar respuestas a algunos interrogantes que existen desde hace años: ¿qué se entiende por grupos en situación de vulnerabilidad?, ¿quiénes los integran?, ¿cuáles son los criterios que se utilizan para clasificar a una persona como perteneciente a un grupo vulnerable?, ¿se encuentran protegidos jurídicamente dichos grupos?

En el presente trabajo me propongo identificar y cuestionar la normativa que reconoce y protege a los grupos en situación de vulnerabilidad para luego reconstruir jurídicamente declarado concepto y finalmente ponerlo a la luz de las críticas actuales.

Ello resulta de gran utilidad toda vez que, como integrantes del Ministerio Público de la Defensa, no somos nada más ni nada menos que “*abogados al servicio de las personas más vulnerables*” (Martínez, comunicación personal, 18 de octubre del 2017). Ministerio Público de la Defensa de la República Argentina. (2018).

La metodología utilizada es la investigación documental, ya que a partir de la revisión de las fuentes documentales se elaboran reflexiones descriptivas, analíticas y hermenéuticas en relación con el objeto específico de la investigación.

1. DESARROLLO

1.1. ¿Qué se entiende por grupos en situación de vulnerabilidad?

Desde una dimensión jurídica, los grupos en situación de vulnerabilidad son definidos como

[...] aquellos grupos de personas o sectores de la población que, por razones inherentes a su identidad o condición y por acción u omisión de los organismos del Estado; se ven privados del pleno goce y ejercicio de sus derechos fundamentales y de la atención y satisfacción de sus necesidades específicas (Dirección Nacional de Atención a Grupos en Situación de Vulnerabilidad, 2011, p. 11).

Desde una perspectiva histórica y social, se trata de personas que son –y en algunos casos que han sido persistentemente– objeto de alguna forma de discriminación o afectación de sus derechos y que requieren de políticas públicas activas para que les sea garantizado el goce igualitario de sus derechos; mediante el reconocimiento y respeto de su identidad.

Reconocer la existencia de grupos en situación de vulnerabilidad e identificarlos es el primer y primordial paso en la búsqueda por primero, remover los obstáculos que impiden el goce y ejercicio efectivo de sus derechos humanos fundamentales, y luego, erradicar la vulnerabilidad.

Su reconocimiento e identificación resulta imprescindible, ya que, por un lado, obliga al Poder Ejecutivo a implementar políticas públicas que les garantice a las personas en situación de vulnerabilidad el goce y ejercicio efectivo de sus derechos humanos y; a la vez, sitúa al Poder Judicial en una posición de garante de su derecho de acceso a la justicia sin sufrir discriminación alguna.

En este sentido Pascual y Sanjuan explican que:

Reconocer la existencia de grupos en situación de vulnerabilidad tiene dos finalidades básicas que recobran vital importancia en el contexto de la pandemia actual. Una de ellas es que dicho reconocimiento obliga a los poderes públicos a la realización de políticas de acción positiva que garanticen a las personas vulnerables el pleno ejercicio de sus derechos. La otra finalidad se vincula con el deber de los operadores judiciales para promover un trato adecuado que permita el acceso de los sujetos vulnerables al sistema de justicia en condiciones de igualdad con los demás (Pascual & Sanjuan, 2020, p. 1).

Sin embargo, la mera identificación de los grupos en situación en vulnerabilidad no resulta sencillo, ya que es un concepto dinámico. Los mismos varían entre las sociedades, de hecho, tampoco son siempre los mismos en una misma comunidad, ya que a lo largo de la historia han ido surgiendo nuevos grupos que antes no existían.

Anderson hace hincapié sobre el componente dinámico del concepto ‘vulnerabilidad’ al decir que

La vulnerabilidad real de las personas depende, pues, de las circunstancias específicas de cada contexto; un grupo que es vulnerable en un contexto, puede no serlo en otro [...] un buen sistema de toma de decisiones de los programas ha de incluir la comprensión de la dinámica de la vulnerabilidad, así como la identificación de las personas vulnerables (Anderson, 1994, pp. 338-339).

Por otro lado, el siguiente y más lejano paso, erradicar la vulnerabilidad, representa un desafío importante para los Estados, pero no imposible de lograr.

La vulnerabilidad “[...] es superable si se desarrollan los instrumentos necesarios para que el grupo en esa situación, el individuo que integra el grupo, mejore su capacidad de respuesta, de reacción, de recuperación ante las vulneraciones graves de sus derechos básicos” (Beltrão et al., 2014, p. 15).

1.2. Reconocimiento jurídico de los grupos en situación de vulnerabilidad

El primer instrumento internacional en definir a las personas en condición de vulnerabilidad y que se enfoca en garantizar su acceso a la justicia son las Reglas de Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad¹.

Dichas Reglas considera en condición de vulnerabilidad a

[...] aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico (Secretaría Permanente Cumbre Judicial Iberoamericana, 2008, p. 5).

¹ Aprobadas por la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, y cuyo texto fue elaborado con el apoyo del Proyecto Eurosocial Justicia, por un Grupo de Trabajo constituido en el seno de la Cumbre Judicial Iberoamericana, en el que también participaron la Asociación Iberoamericana de Ministerios Públicos (AIAMP), la Asociación Interamericana de Defensorías Públicas (AIDEP), la Federación Iberoamericana de Ombudsman (FIO) y la Unión Iberoamericana de Colegios y Agrupaciones de Abogados (UIBA).

A continuación, efectúa una enumeración no taxativa de las causas que pueden constituir causas de vulnerabilidad, entre las cuales nombra “[...] la edad, la discapacidad, la pertenencia a comunidades indígenas o a minorías, la victimización, la migración y el desplazamiento interno, la pobreza, el género y la privación de libertad” (Secretaría Permanente Cumbre Judicial Iberoamericana, 2008, p. 6).

Sin embargo, termina mencionando que: “La concreta determinación de las personas en condición de vulnerabilidad en cada país dependerá de sus características específicas, o incluso de su nivel de desarrollo social y económico” (Secretaría Permanente Cumbre Judicial Iberoamericana, 2008, p. 6).

Respecto a cada circunstancia en particular señala que:

1. Edad: los niños, niñas y adolescentes y las personas adultas mayores constituyen grupos en situación de vulnerabilidad, estos últimos cuando encuentren especiales dificultades para ejercer sus derechos ante el sistema de justicia debido a sus capacidades funcionales.

Y, se considera niño, niña y adolescente a los menores de dieciocho años de edad, salvo que haya alcanzado antes la mayoría de edad en virtud de la legislación nacional aplicable.

2. Discapacidad: Es definida como “[...] la deficiencia física, mental o sensorial, ya sea de naturaleza permanente o temporal, que limita la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, que puede ser causada o agravada por el entorno económico y social” (Secretaría Permanente Cumbre Judicial Iberoamericana, 2008, p. 6).

3. Pertenencia a comunidades indígenas: Puede constituir una condición de vulnerabilidad a la hora de ejercer sus derechos ante el sistema de justicia estatal, es por ello que se dispone que se promoverán las condiciones destinadas a posibilitar que puedan ejercer con plenitud sus derechos ante el sistema de justicia sin discriminación alguna que pueda fundarse en su origen o identidad indígenas. Además; se les asegura un trato respetuoso con su dignidad, lengua y tradiciones culturales.

4. Victimización: Define como víctima a

[...] toda persona física que ha sufrido un daño ocasionado por una infracción penal, incluida tanto la lesión física o psíquica, como el sufrimiento moral y el perjuicio económico. El término víctima también podrá incluir, en su caso, a la familia inmediata o a las personas que están a cargo de la víctima directa (Secretaría Permanente Cumbre Judicial Iberoamericana, 2008, p. 7).

Y considera en condición de vulnerabilidad a aquella víctima del delito que tenga una limitación relevante “[...] para evitar o mitigar los daños y perjuicios derivados de la infracción penal o de su contacto con el sistema de justicia; o para afrontar los riesgos de sufrir una nueva victimización” (Secretaría Permanente Cumbre Judicial Iberoamericana, 2008, p. 7).

Aclara además que la vulnerabilidad puede proceder tanto de sus propias características personales como de las circunstancias de la infracción penal.

5. Migración y desplazamiento interno: Se establece que el desplazamiento de una persona fuera de su Estado nacional puede constituir una causa de vulnerabilidad (como por ejemplo: trabajadores migratorios y sus familiares), como así también los desplazamientos internos (aquellos que han sido forzados u obligados a huir de su hogar).

6. Pobreza: La pobreza también constituye una causa de exclusión social en los planos económicos, sociales y culturales.

7. Género: Define a la discriminación contra la mujer como

[...] toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil; sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera (Secretaría Permanente Cumbre Judicial Iberoamericana, 2008, p. 8).

Y considera violencia contra la mujer “[...] cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer,

tanto en el ámbito público como en el privado, mediante el empleo de la violencia física o psíquica” (Secretaría Permanente Cumbre Judicial Iberoamericana, 2008, p. 8).

8. Pertenencia a minorías: las mismas pueden ser nacional o étnica, religiosa y lingüística.

9. Privación de libertad: la define como aquella “[...] que ha sido ordenada por autoridad pública, ya sea por motivo de la investigación de un delito, por el cumplimiento de una condena penal, por enfermedad mental o por cualquier otro motivo” (Secretaría Permanente Cumbre Judicial Iberoamericana, 2008, p. 9).

En la exposición de motivos se explica que la dificultad de garantizar la eficacia de los derechos afecta aún más a las personas en condición de vulnerabilidad dado que estas encuentran obstáculos mayores para su ejercicio. Es por ello que señala que se debe llevar a cabo una actuación más intensa para vencer, eliminar o mitigar dichas limitaciones, haciendo hincapié en el papel del sistema de justicia en la reducción de las desigualdades sociales y en favorecer la cohesión social.

Así las cosas, el objetivo de las reglas es “[...] garantizar las condiciones de acceso efectivo a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, sin discriminación alguna [...]” (Secretaría Permanente Cumbre Judicial Iberoamericana, 2008, p. 5).

En el año 2009, la CSJN Argentina a través de la Acordada nº5/2009 adhirió a dichas reglas y estableció que las mismas:

[...] resultan una valiosa herramienta en un aspecto merecedor de particular atención en materia de acceso a la justicia, a cuyo efectivo mejoramiento el Tribunal se ha comprometido a contribuir, entre otras medidas, mediante la creación de la Comisión Nacional de Acceso a Justicia (Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, 2009, p. 1).

Con respecto a la legislación interna, la Constitución Nacional Argentina reconoce el derecho de igualdad ante la ley en el artículo 16 al decir que:

La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas (República Argentina, 1994, p. 4, artículo 16).

Además, en el artículo 75 incisos 2 y 19 garantiza la igualdad de oportunidades y posibilidades en todo el territorio nacional, sin discriminación alguna.

Y, específicamente, en el artículo 75 inciso 23 establece que corresponde al Congreso:

23. Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad (República Argentina, 1994, p. 16, artículo 75, inciso 23).

Se observa de esta manera que la Constitución Nacional Argentina realiza una protección mucho más restrictiva, ya que a diferencia de las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condiciones de Vulnerabilidad, no menciona a los adolescentes, a las personas pertenecientes a comunidades indígenas, a las víctimas de delitos, a los migrantes, a las personas en situación de pobreza, a los que pertenecen a minorías o a los privados de la libertad. Además, solo dice 'mujeres' y no 'género', excluyendo de esta manera al colectivo LGTBI+.

Además, en Argentina se han aprobado distintos instrumentos internacionales específicos que protegen a las personas en situación de vulnerabilidad. Entre ellos encontramos la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados (1951), adherida por Argentina a través de la Ley n°15.869 del año 1961; la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas (1954), autorizada la adhesión a partir de la Ley n°19.510 del año 1972; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (1967), aprobada en nuestro país a partir de la Ley n°17.722 e incorporada en el año 1994 a la Constitución

Nacional en el art. 75 inciso 22; la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (1979), aprobada en Argentina en el año 1985 a través de la Ley nº23.179 e incorporada en el año 1994 a la Constitución Nacional en el art. 75 inciso 22; la Convención sobre los Derechos del Niño (1989), aprobada en el año 1990 a través de la Ley nº 23.849 e incorporada en el año 1994 a la Constitución Nacional en el art. 75 inciso 22; la Convención relativa al Estatuto de los Refugiados (1990), adherida por Argentina a través de la Ley nº15.869 del año 1961; la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2006), aprobada en Argentina en el año 2008 a partir de la Ley nº26.378 y; la Convención Interamericana sobre Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores (2015) aprobada en Argentina a través de la Ley nº27.360.

A nivel infraconstitucional, contamos con diversas leyes que, si bien no definen qué se entiende por grupos en situación de vulnerabilidad, protegen a diversos grupos en particular, a saber:

1. Niños, niñas y adolescentes: Ley nº 26.061 de Protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes; Ley nº 26.206 de Educación Nacional; Ley nº26.290; Ley nº 26.364 de Prevención y Sanción de la Trata de Personas y Asistencia a sus Víctimas; Ley nº26.388; Ley nº 26.390 sobre Prohibición del Trabajo Infantil y Protección del Trabajo Adolescente; Ley nº26.522 de Servicios de Comunicación Audiovisual; Ley nº26.579.
2. Discapacidad: Ley Nacional de Salud Mental nº 26.657; Ley nº25.689.
3. Personas migrantes: Ley nº25.871.
4. Pueblos originarios: Ley nº26.160.
5. Víctimas de delitos: Ley Nacional nº26.364 de Prevención y Sanción de la Trata de Personas y Asistencia a sus Víctimas; Ley de derechos y garantías de las personas víctimas de delitos nº27.372.
6. Género: Ley nº25.673 de Creación del Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable; Ley nº25.929; Ley nº 26.063; Ley nº26.150; Ley nº 26.206 de Educación Nacional; Ley Nacional nº26.364 de Prevención y Sanción de la Trata de Personas

y Asistencia a sus Víctimas; Ley Nacional nº26.485 de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus Relaciones Interpersonales.

7. Pacientes: Ley nº26.529 sobre los Derechos del Paciente en su relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud.

1.3. Críticas a la clasificación denominada “grupos vulnerables”

En los últimos años el debate sobre la vulnerabilidad ha adquirido una importancia teórica propia, planteándose críticas e interrogantes a los modos en los que se ha entendido y utilizado la noción de vulnerabilidad y a la idea de igualdad sobre la que se asienta dicho concepto.

Sin embargo, en el campo específico de la investigación en ciencias sociales aún continúa siendo un tema escasamente abordado, a pesar de la existencia de numerosas investigaciones sociales que involucran a grupos en situación de vulnerabilidad (Santi, 2015).

Resulta disparador un artículo publicado en el American Journal of Bioethics (Levine et al., 2004) en donde primero se afirma que el concepto ‘vulnerabilidad’ es uno de los menos estudiados en el campo de la bioética y a continuación desarrolla las limitaciones que presenta.

En este sentido, se explica que tantos grupos son considerados en condición de vulnerabilidad, que el concepto ha perdido fuerza.

Además, se menciona que etiquetar a ciertos grupos como vulnerables puede resultar estigmatizante y que ello puede provocar que se los mire con compasión o que no se proteja de manera correcta a muchas personas.

En contraposición a dicha postura, Luna explica que existen dos concepciones de vulnerabilidad; la vulnerabilidad como expresión de condición humana y el individuo que puede convertirse en vulnerable “por la acción específica de otros y de instituciones particulares de quienes se llega a depender para propósitos específicos y a menudo inevitables” (Luna, 2008, p. 63). Señala la autora que esta segunda concepción es la que

debe utilizarse, por lo que no existiría –como sostienen Levine y otros (2004)–, una superpoblación de grupos vulnerables.

Menciona también Luna que utilizar el primer concepto conllevaría el riesgo de naturalizar la vulnerabilidad y por ende al razonamiento erróneo de que si todos somos vulnerables, entonces no hay necesidad de proteger a ciertas personas.

Con relación a etiquetar a ciertas personas como pertenecientes a grupos en situación de vulnerabilidad y el riesgo de verlos como sujetos que merecen compasión y de no protegerlos confiablemente de posibles daños, la autora explica que ello no significa que se deba sentir lástima por ellos, sino que se debería abordar la situación como una circunstancia que debe ser considerada con sensibilidad.

Finalmente, a los fines de definir a los grupos en situación de vulnerabilidad haz una propuesta que consiste en pensar a la vulnerabilidad mediante la idea de capas. “La metáfora de las capas nos da la idea de algo más “flexible”, algo que puede ser múltiple y diferente, y que puede ser removido de uno en uno, capa por capa” (Luna, 2008, p. 67).

De esta manera, ya no se trata de una simple etiqueta o recaer en un estereotipo, sino que se analiza la vulnerabilidad a la luz de las características propias del caso, las circunstancias particulares y su contexto.

Con esta propuesta “[...] la vulnerabilidad que caracteriza a una persona puede alterarse o modificarse. No se trata de una característica esencial que las personas posean y, por lo tanto, no debería ser entendida como una “categoría”” (Luna, 2008, p. 69).

Entre los autores que sostienen que al trabajar con listas de grupos en situación de vulnerabilidad establecidos a priori, la vulnerabilidad no se evalúa en cada contexto, encontramos a la jurista estadounidense Martha Albertson Fineman.

Ella se opone a clasificar a determinados grupos como vulnerables (llamado esquema de la igualdad formal), afirmando que el uso del término ‘vulnerable’ para dejar de lado a algunos grupos desfavorecidos de la sociedad en general es estigmatizante: “El término

población vulnerable tiene un aire de victimización, privación, dependencia o patología asociado” (Fineman, 2010, p. 266).

En su trabajo desarrolla el concepto de vulnerabilidad separado de subgrupos específicos, y lo utiliza para definir “lo que significa ser humano” (Fineman, 2010, p. 266). Explica que la vulnerabilidad debe ser reconocida como la condición humana primaria y que es una característica universal, constante, compleja, particular e inherente a la condición humana ya que el cuerpo humano inevitablemente nos expone a la muerte, la enfermedad y la posibilidad de sufrir daños, lesiones y desgracias. De esta manera, “deja en claro que no existe una posición de invulnerabilidad, ni una forma concluyente de prevenir o evitar el cambio” (Fineman, 2017, p. 142).

Menciona además que atribuir el término vulnerabilidad solo a algunos individuos o grupos “es simplemente otra forma de identificar sesgos, discriminación y desventajas sociales en lugar de centrarse en los arreglos estructurales que afectan a todos. En otras palabras, es otra manera de presentar un argumento de igual protección” (Fineman, 2017, p. 142).

Sostiene que la concepción de vulnerabilidad como condición universal es insuficiente para lograr una sociedad más igualitaria ya que no todas las personas son igualmente vulnerables (aunque todas lo sean en algún modo). La vulnerabilidad humana es particular, se experimenta de manera única por cada individuo y se encuentra influenciada por la calidad y la cantidad de recurso que cada uno posee.

Manifiesta entonces que

Si bien un análisis de vulnerabilidad comienza con una descripción de la vulnerabilidad universal, lo que interesa es la particularidad de las manifestaciones de vulnerabilidad y la naturaleza de la resiliencia. La resiliencia es la solución crítica, pero incompleta, de nuestra vulnerabilidad (Fineman, 2017, 146).

Con esta teoría Fineman busca que la vulnerabilidad humana no se limite por grupos de identidad, sino que los trascienda y contemple la complejidad y multidimensionalidad de

las experiencias particulares. De esta manera adopta una perspectiva que no se centra en los derechos sino en explorar la naturaleza humana.

Con respecto al rol de las organizaciones e instituciones sociales, considera que “[...] juegan un papel importante en la disminución, mejora y compensación de la vulnerabilidad [...] nos brindan recursos en forma de ventajas o mecanismos de afrontamiento que nos amortiguan cuando enfrentamos desgracias, desastres y violencia” (Fineman, 2010, pp. 269-270).

En lo que se refiere al papel del Estado explica que un Estado receptivo es aquel que reconoce las relaciones o posiciones de desigualdad inevitable; como así también la vulnerabilidad universal y que actúa como un instrumento de justicia social tanto en la elaboración de leyes como en el ejercicio de sus funciones (Fineman, 2017).

La crítica que se le puede realizar a la postura de Fineman es que naturaliza la injusticia social ya que no considera que existen otras vulnerabilidades (por ejemplo económicas, psicológicas, ambientales y sociales) que van más allá de la condición de lo humano.

En otras palabras, la autora no distingue entre las causas fortuitas de vulnerabilidad (por ejemplo: accidentes, enfermedades o desastres naturales) y las causas sistémicas/estructurales de vulnerabilidad. Y, la realidad es que, tal como sostiene Morondo Taramundi, las cosas a las que somos vulnerables no son la razón por la que somos vulnerables a esas cosas (Taramundi, 2016), sino que inciden otros factores (como lo puede ser el desempleo, la pobreza, la violencia, etc.).

Además, si bien dice que la vulnerabilidad es particular, es decir, que es experimentada “de manera única por cada uno de nosotros” (Fineman, 2010, p. 268) y los seres humanos “estamos individualmente posicionados de manera diferente” (Fineman, 2010, p. 269); no tiene en cuenta que debe analizarse la posibilidad o la capacidad que tiene el individuo o el grupo de defenderse y protegerse.

Finalmente, se le discute a la autora el papel que le otorga al Estado de ser quien debe modificar la realidad, omitiendo de esta manera el rol que desempeñan diversos sujetos políticos en la sociedad (como lo son los movimientos feministas, antirracistas,

anticapitalistas, entre otros), quienes fueron los que en gran parte han posibilitado las transformaciones sociales (Unzueta, 2016).

Por último, no podemos dejar de mencionar la propuesta de Santi, quien explica que es posible identificar ocho tipos de vulnerabilidades que pueden coexistir en una persona o grupo: cognitiva, a la autoridad, deferencial, física, distributiva, contextual, social y cultural.

Señala la autora que:

Estos criterios tienen como objetivo facilitar la tarea de identificación de aquellos factores, condiciones o contextos que hacen vulnerable a una persona o grupo en el marco de una investigación. No obstante, no deben ser interpretados como un mapa exhaustivo de todas las condiciones o circunstancias que hacen a alguien vulnerable, sino más bien como criterios guías para identificar distintas vulnerabilidades (Santi, 2015, p. 69).

El concepto utilizado por Santi resulta ser de gran utilidad ya que es dinámico (si las circunstancias varían, puede revertirse la situación de vulnerabilidad); evita caer en el reduccionismo de las subpoblaciones y en el riesgo de posibles estigmatizaciones y a la vez toma en cuenta el contexto sociopolítico y cultural, sirviendo por ende de guía para poder identificar quiénes pertenecen a un grupo en situación de vulnerabilidad.

Entonces, si bien estoy de acuerdo con Fineman y Luna en que no resulta conveniente que la vulnerabilidad humana se limite por grupos de identidad, ya que una verdadera noción de vulnerabilidad debe contemplar la complejidad y multidimensionalidad de las experiencias particulares; la realidad es que la única guía normativa con la que se cuenta en Argentina para conceptualizar quiénes integran los grupos en situación de vulnerabilidad son las Reglas de Brasilia y la restringida mención que hace la Constitución Nacional, lo que puede resultar problemático.

CONCLUSIÓN

En el actual contexto de crisis a raíz de la pandemia mundial en el cual nos encontramos viviendo, poner el foco en proteger a las personas en situación de mayor vulnerabilidad desde una perspectiva de derechos humanos resulta crucial ya que “El virus no discrimina, pero su impacto sí. Más allá de la crisis económica y social, la pandemia es una crisis humana” (Naciones Unidas Argentina, 2020, p. 11).

Reconocer la existencia de grupos en situación de vulnerabilidad e identificar quiénes los integran es el primer y primordial paso en la búsqueda por remover los obstáculos que les impiden el goce efectivo de sus derechos humanos.

Su importancia radica en que el reconocimiento de la existencia dichos grupos trae aparejada de manera inmediata “[...] la necesidad de adoptar nuevos instrumentos a fin de eliminar la discriminación de la cual puedan ser objeto” (Dirección Nacional de Atención a Grupos en Situación de Vulnerabilidad, 2011, p. 7).

Si bien las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condiciones de Vulnerabilidad mencionan a quiénes se considera en dicha situación y establece las causas que pueden constituir causas de vulnerabilidad, señala que la concreta determinación de las personas en condición de vulnerabilidad en cada país dependerá de sus características específicas, o incluso de su nivel de desarrollo social y económico.

Hemos visto que en Argentina, la Constitución Nacional nombra únicamente a los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad, aunque las leyes especiales protegen a más grupos en situación de vulnerabilidad.

De esta manera podemos observar que si se tienen en cuenta todas las leyes especiales sancionadas en nuestro país, aún no existe una conceptualización clara de quiénes integran mencionados grupos ya que no definen qué se entiende por grupos en situación de vulnerabilidad.

Y, si nos enfocamos únicamente en el texto de la Constitución Nacional, la definición es sumamente restringida y además, no considera para su análisis el contexto sociopolítico y cultural, lo que lo convierte en un concepto estático.

Así las cosas, dicho contexto normativo resulta problemático toda vez que puede aparejar inconvenientes al momento de implementar políticas públicas en particular o, a la hora de intentar garantizar su acceso a la justicia sin discriminación alguna ya que su clasificación como perteneciente a un grupo en situación de vulnerabilidad queda nada más y nada menos que a discreción de un sujeto en particular (llámese operador judicial, gobernador, legislador, empleado público, etc).

Sumado a ello, tampoco se ha desarrollado una guía o criterios normativos que permitan identificar a los grupos en situación de vulnerabilidad en nuestro país (como sí lo hacen las Reglas de Brasilia a nivel internacional).

Entonces, si bien estamos de acuerdo con Fineman y Luna en que no resulta conveniente que la vulnerabilidad humana se limite por grupos de identidad ya que una verdadera noción de vulnerabilidad debe contemplar la complejidad y multidimensionalidad de las experiencias particulares; la realidad es que la única guía que cuenta Argentina para conceptualizar quiénes integran los grupos en situación de vulnerabilidad son las Reglas de Brasilia (que sostienen que la concreta determinación de las personas en condición de vulnerabilidad en cada país depende de sus características específicas o de su nivel de desarrollo social y económico) y la restringida mención que hace la Constitución Nacional.

Ante esta problemática coincidimos con Uribe Arzate y González Chávez en que “la vulnerabilidad debe ser prevenida y combatida mediante el derecho. Solamente a través de las leyes del Estado será posible atenuar y erradicar la situación de vulnerable vulnerado que sufren millones de personas” (Arzate & González Chávez, 2007, p. 218).

Pero ello no resulta suficiente, el reconocimiento e identificación de los grupos en situación de vulnerabilidad en Argentina es solo el primer paso:

[...] este proceso no se agota con el reconocimiento de derechos y su correlato en la normativa interna, sino que los Estados deben realizar acciones positivas para lograr el efectivo goce y cumplimiento de los derechos fundamentales de las personas, surgiendo entonces nuevas metas y desafíos (Dirección Nacional de Atención a Grupos en Situación de Vulnerabilidad, 2011, p. 7).

REFERENCIAS

Anderson, M. B. (1994). El concepto de vulnerabilidad: Más allá de la focalización en los grupos vulnerables. *Revista Internacional de la Cruz Roja*, 19(124), 336-341. Recuperado de <https://international-review.icrc.org/sites/default/files/S0250569X00019075a.pdf>

Arzate, E. U., & González Chávez, M. L. (2007). La protección jurídica de las personas vulnerables. *Revista de Derecho*, 27(27), 205-229.

Beltrão, J. F., Brito Filho, J. C. M., Gómez, I., Pajares, E., Paredes, F., & Zúñiga, Y. (Coords.). (2014). *Derechos humanos de los grupos vulnerables: Manual*. [S. l.]: Red de Derechos Humanos y Educación Superior.

Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina. (2009). Acordada n° 5. Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, Buenos Aires, Argentina. Recuperado de https://www.cpacf.org.ar/files/acordadas/ac_csjn_0509.pdf

Dirección Nacional de Atención a Grupos en Situación de Vulnerabilidad. (2011). *Grupos en situación de vulnerabilidad y derechos humanos: Políticas públicas y compromisos internacionales*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Secretaría de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

Fineman, M. A. (2010). El sujeto vulnerable y el estado. *Emory Law Journal*, 60(2), 251-275.

Fineman, M. A. (2017). Vulnerabilidad y desigualdad inevitable. *Oslo Law Review*, 4(3), 133-149.

Levine, C., Faden, R., Grady, C., Hammerschmidt, D., Eckenwiler, L., & Sugarman, J. (2004). The limitations of “vulnerability” as a protection for human research participants. *American Journal of Bioethics*, 4(3), 44-49.

Luna, F. (2008). Vulnerabilidad: La metáfora de las capas. *Jurisprudencia Argentina*, 4(1), 60-67.

Martínez, S. M. (2017). Palabras de inauguración. Anais do Congresso Internacional del Bloque de Defensores Públicos Oficiales del Mercosur “Inocentes encarcelados: una mirada latinoamericana”, Santiago, Chile, 9. Ministerio Público de la Defensa de la República Argentina. (2018). “SOMOS ABOGADOS AL SERVICIO DE LAS PERSONAS MÁS VULNERABLES”. Link: <https://www.mpd.gov.ar/index.php/component/content/article/2-noticias/3884-somos-abogados-al-servicio-de-las-personas-mas-vulnerables?Itemid=101>

Naciones Unidas Argentina. (2020). Análisis inicial de las Naciones Unidas: Covid-19 en Argentina – Impacto socioeconómico y ambiental. Buenos Aires: Naciones Unidas Argentina.

Pascual, M., & Sanjuan, A. (2020). El impacto del COVID-19 y del ASPO en los grupos vulnerables. Revista Jurídica Electrónica de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Lomas de Zamora, 1(8), 1-19. Recuperado de http://repositorio.unlz.edu.ar:8080/bitstream/handle/123456789/488/Pascual%20y%20San%20Juan_Covid%20y%20Der.%20de%20flia.pdf?sequence=3&isAllowed=y

República Argentina. (1994). Constitución de la nación argentina. Reglamentado por Ley 24.747. Boletín Oficial, Santa Fe, Argentina. Recuperado de <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/0039.pdf>

Santi, M. F. (2015). Vulnerabilidad y ética de la investigación social: Perspectivas actuales. Revista Latinoamericana de Bioética, 2(29), 52-73.

Secretaría de Derechos Humanos. (2011). Grupos en situación de vulnerabilidad y derechos humanos: Políticas públicas y compromisos internacionales. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Secretaría de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

Secretaría Permanente Cumbre Judicial Iberoamericana. (2008). Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad. Montevideo: Secretaría Permanente. Recuperado de <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2009/7037.pdf>

Taramundi, D. M. (2016). ¿Un nuevo paradigma para la igualdad? La vulnerabilidad entre condición humana y situación de indefensión. Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho, (34), 205-221.

Unzueta, M. B. (2016). ¿Vulnerabilidad vs. Subdiscriminación? Una mirada crítica a la expansión de la vulnerabilidad en detrimento de la perspectiva sistémica. Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho, (34), 17-34.

DEFENSORIA PÚBLICA EM PARALAXE: DA RETIRADA DA MÁSCARA DE INIMIGO ÚTIL À REIVINDICAÇÃO DA POSIÇÃO DE INSTRUMENTO DA RADICALIDADE DEMOCRÁTICA

DEFENSA PÚBLICA EN PARALAJE: DE LA REMOCIÓN DE LA MÁSCARA DE ENEMIGO ÚTIL A LA REIVINDICACIÓN DEL PUESTO DE INSTRUMENTO DE LA RADICALIDAD DEMOCRÁTICA

PUBLIC DEFENDER IN PARALLAX: UNMASKING THE USEFUL ENEMY TO REVEAL ITS ROLE AS AN INSTRUMENT OF DEMOCRATIC RADICALITY

Diego de Oliveira Silva

Doutor em Direito Público (PUCMINAS); Mestre em Direito Ambiental e Sustentabilidade (Escola Superior Dom Hélder Câmara); Especialista em Direito Ambiental (Centro de Atualização em Direito – Gama Filho); Pesquisador do Núcleo Jurídico de Políticas Públicas – NUJUP PUCMINAS; Professor da Pós-Graduação Lato Sensu PUCMINAS; Bolsista do DAAD - Departamento Alemão de Intercâmbio Acadêmico; Defensor Público Federal (DPU/MG)
diego.silva@dpu.def.br

RESUMO

As vantagens do modelo de acesso à justiça representado pela Defensoria Pública parecem, diante da mera comparação com as demais formas já aplicadas ou imaginadas, facilmente identificáveis. Com efeito, em um sistema jurídico, político, econômico e social que se mantém e se legitima pela sonegação permanente de direitos, especialmente os direitos sociais, supostamente justificada por crises inevitáveis, a existência de uma instituição autônoma, permanente e especializada no atendimento dos grupos vulneráveis se mostra absolutamente essencial. Por outro lado, não parece se sustentar qualquer análise que não tenha a coragem de reconhecer que as falhas estruturais da Defensoria Pública não representam apenas dificuldades momentâneas e superáveis, mas o modelo definido,

ainda que de forma encriptada, para a existência da instituição. Essa situação, por sua vez, resulta em atuação institucional que, normalmente, determina, não obstante as evidentes vantagens em relação aos demais modelos, a utilização de uma máscara capaz de evitar que se reconheça socialmente a verdadeira face para a qual foi instalada e desenvolvida. Este estudo busca não apenas revelar essa máscara, mas ressignificar (desencriptar) a instituição de modo a permitir o desenvolvimento de mecanismos e formas de atuação capazes de possibilitar profanações eficientes ao teatro jurídico perverso atual.

Palavras-chave: Defensoria Pública. Paralaxe. Máscara. Democracia. Ressignificação.

RESUMEN

Las ventajas del modelo de acceso a la justicia que representa la Defensoría Pública parecen, en vista de la mera comparación con las otras formas ya aplicadas o imaginadas, fácilmente identificables. En efecto, en un sistema jurídico, político, económico y social que se mantiene y legitima por la evasión permanente de derechos, especialmente los derechos sociales, supuestamente justificada por crisis inevitables, la existencia de una institución autónoma, permanente y especializada al servicio de los grupos vulnerables es absolutamente esencial. Por otro lado, no parece sustentar ningún análisis que no tenga el coraje de reconocer que las fallas estructurales de la Defensoría Pública representan no solo dificultades momentáneas y superables, sino el modelo definido, aunque en forma encriptada, de la existencia de la institución. Esta situación, a su vez, se traduce en una acción institucional que normalmente determina, a pesar de las evidentes ventajas en relación con los otros modelos, el uso de una máscara capaz de impedir el reconocimiento social del verdadero rostro para el que fue instalado y desarrollado. El presente texto busca no solo revelar esta máscara, sino ressignificar (desencriptar) la institución para permitir el desarrollo de mecanismos y formas de acción capaces de posibilitar profanaciones eficientes al perverso teatro legal actual.

Palabras clave: Defensoría Pública. Paralaje. Máscara. Democracia. Resignificación.

ABSTRACT

When compared with other applied or imagined forms, the advantages of the model of access to justice represented by the Public Defender's office seem easily identifiable.

In a legal, political, economic, and social system maintained and legitimized by the permanent denial of rights, especially social rights, upon the justification of inevitable crises, establishing an autonomous and permanent institution specialized in the care of vulnerable groups is essential. In turn, any analysis that fails in recognizing that structural flaws of the Public Defender's office represent not only transient and surmountable difficulties, but also the model defined for the institution existence, even if in an encrypted form, is unacceptable. Despite the advantages inherent to the other models, this situation results in an institutional action that often determines the use of a mask that prevents social recognition of the true face for which it was installed and developed. This study seeks to both reveal this mask and re-signify (decrypt) the institution, allowing the development of mechanisms and forms of action that enable efficient descencryptions to the current perverse legal scope.

Keywords: Public Defender's Office. Parallax. Mask. Democracy. Re-signification.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO. 1. A RADICALIDADE DEMOCRÁTICA COMO IMPOSIÇÃO DO PENSAMENTO DECOLONIAL. 2. DEFENSORIA PÚBLICA E PARALAXE. 3. A MÁSCARA DE INIMIGO ÚTIL: COMO RECONHECÊ-LA E COMO SE LIVRAR DELA. 4. DEFENSORIA PÚBLICA COMO O DORIAN GRAY DO SISTEMA JURÍDICO: PROFANAÇÕES. 4.1. Desencryptando a Defensoria Pública: ressignificação pela radicalização democrática. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

INTRODUÇÃO

Um intrigante questionamento (e sua imediata resposta) tem sido feito recorrentemente pelo filósofo e psicanalista esloveno Slavoj Žižek, em contexto e com objetivos diversos, mas que podem ser utilizados para analisar a legislação e a prática da Defensoria Pública, especialmente no Brasil, ao longo dos anos e para apontar novos caminhos viáveis de atuação institucional.

Žižek pergunta qual máscara se deve usar caso a pretensão seja não ser, de modo algum, reconhecido. A resposta, a princípio surpreendente, que, ao final da reflexão, faz todo o sentido é: a máscara de si mesmo.

Surge ao leitor a pergunta a respeito de como esse esforço de raciocínio teórico filosófico e psicanalítico seria aplicado à Defensoria Pública, como proposto no título do artigo, e qual seu objetivo nesse contexto.

Inicialmente, é importante notar que a Defensoria Pública, especialmente na América Latina, assumiu, na grande maioria dos países, modelo justificadamente diverso de assistência jurídica gratuita daquele adotado por países europeus e pelos Estados Unidos.

O referido modelo permite observar, em razão da aplicação de modelos diversos de prestação jurídica em um mesmo contexto, as vantagens da Defensoria Pública em relação a outras formas, tais como o modelo de advogados dativos. Com efeito, a especialização em demandas e pretensões de grupos vulneráveis e a consequente possibilidade de atuação coletiva efetiva; o afastamento do interesse em obtenção de lucro na prestação jurídica; e as garantias que buscam evitar interferência externa na atuação do Defensor Público, deixam claras as vantagens do modelo para o contexto latino-americano.

No entanto, mesmo considerando as inegáveis vantagens da Defensoria Pública em relação a outros modelos de assistência jurídica gratuita, bem como o também inegável zelo e abnegação na atuação dos Defensores Públicos, não é possível desconsiderar a ausência de efetivação das normas constitucionais e legais a respeito da instalação, aprimoramento e expansão da instituição.

No caso da Defensoria Pública brasileira, a inefetividade das normas se revela, por exemplo, pela expressa manutenção na legislação (e, obviamente, na prática) do caráter emergencial e provisório da Defensoria Pública da União.

Esse cenário de permanente inefetividade constitucional, que torna impossível o acesso de grande parcela da população carente aos serviços, pauta a atuação reativa e espelhada em outras instituições (tais como o Ministério Público), somado ao acréscimo na demanda da instituição (sem o respectivo acréscimo estrutural) e da manutenção ou aumento do

prestígio social da Defensoria Pública permite questionar se esse estado (emergencial e provisório) não foi o objetivo último do legislador para a instituição. Ou seja, se o objetivo não era a criação de um inimigo útil, a legitimar o sistema junto aos marginalizados ao mesmo passo em que mantidas as condições de marginalização.

Ocorre que a resposta institucional corrente (como dito anteriormente, reativa e espelhada) para o problema, tem correspondido à busca por apresentação estatística de acréscimo na demanda e a busca por maior atendimento de pretensões individuais, normalmente com apontamento, pelo próprio Defensor Público das respostas jurídicas à infinidade de questões que lhe são apresentadas.

Essa forma de atuação coloca na Defensoria Pública, com objetivo de evitar que se acesse a sua real posição (aquela pretendida desde sua previsão constitucional), a máscara de inimigo útil, ou seja, a máscara da realidade.

Este artigo, muito além de apontar, mesmo diante dos problemas, as vantagens do modelo de Defensoria Pública em relação aos demais, ou de desvelar a encriptação (jurídica e de poder) ocorrida nesse contexto, pretende apontar caminhos para descriptar a Defensoria Pública (termo que será aprofundado adiante), de modo a ressignificar sua atuação pela necessária radicalização democrática.

1. A RADICALIDADE DEMOCRÁTICA COMO IMPOSIÇÃO DO PENSAMENTO DECOLONIAL

A deturpação do uso do termo, especialmente no presente momento histórico brasileiro, torna necessário esclarecer que **radicalizar** significa neste texto buscar a **raiz** de determinado conceito ou expressão. Assim, a proposta é que a Defensoria Pública encontre formas de resgatar a raiz democrática em sua atuação.

Também como esclarecimento prévio necessário, essa busca pela radicalização não implica na procura pelo significado real das determinações constitucionais e legais a respeito da Defensoria Pública, mas, como será adiante mais bem esclarecido, a radicalização democrática deve corresponder à ressignificação institucional capaz de permitir, ao menos em seu âmbito, o resgate da liquidez do poder.

Feitos esses prévios esclarecimentos, torna-se importante esclarecer que a democracia, tomada em sua radicalidade, é “o único regime político que considera o conflito legítimo” (Chauí, 2006, p. 136), ou ainda, que “*democracy is the immanent order of difference*” (Sanín-Restrepo, 2016, p. 49)¹.

Isso significa que, tendo em vista a imposição democrática de que a construção jurídica seja feita, de modo conflitivo, pelo poder constituinte (o povo), e que esse elemento (poder constituinte) é fluido, apresenta diferentes demandas, interesses e, conseqüentemente, conflitos diversos, não há democracia se as controvérsias estiverem enclausuradas em modelos prévios (de definição e resolução) determinados sem a efetiva participação do povo.

Ocorre que, no Estado Moderno, o poder é solidificado tão logo instaurado o poder constituído, que passa a, de modo perverso, agir em nome do povo (poder constituinte) no mesmo momento em que o relega à posição de ocultamento, invisibilização e marginalidade.

É esse poder constituído que, sob suposto fundamento de legitimidade na vontade do próprio povo (poder constituinte), impede o acesso à construção jurídica ao seu destinatário, determinando a existência de processos (jurídicos) dessa forma elaborados (sem a participação efetiva do povo) e que determinam um modelo (padrão, universalidade encriptada) que impede os não eleitos de construir o Direito e, como consequência, a própria realidade.

When any form of power begins to regularize the access to language and to define qualifications for the encounters of singularities, politics is denied at its core, in such a manoeuvre power is taken out of its free circulation and turned into a ‘power in a solid state’. Encryption is a primal form of ‘solidification’ of power based on the prohibition of the creation, access and uses of any and every form of communication through the establishment of transcendent models and inscrutable languages. Encryption, is finally the denial of politics through the stratifications and occultation of language. ‘Power in a solid state’ is the technology that absorbs energy from the exterior and transforms it to a hierarchization of subjectivities; it is the contracture of all circulation where every relation becomes prefixed. Consequently, the encryption of language

¹ Tradução livre do trecho: “democracia é a ordem imanente da diferença”.

becomes the form of politics. Encryption appears in the prohibition imposed on the many to name and understand the world on their own terms, through their own production of differences. (Sanín-Restrepo, 2017, p. 5)²

O povo, nesse cenário, fica mantido em posição contraditória, como fundamento de legitimidade do Estado (e do Direito) Moderno e, ao mesmo tempo, como marginalizado, incapaz de manifestação efetiva e de construção da sua realidade. Ou, em termos lacanianos, o povo é mantido **foracluso** (incluído no lugar que lhe é reservado no sistema: a margem).

Trata-se de um sistema que sufoca a democracia e a substitui pelo seu simulacro liberal, que consiste, exatamente, em simular a participação popular em um processo no qual o povo é, na realidade, aliado das decisões que impactam diretamente em sua vida.

Diversas são as formas utilizadas pelo sistema para concretização dessa simulação democrática, tais como, exemplificativamente, a limitada participação do povo nas eleições, os mecanismos constitucionais de iniciativa popular, referendo e plebiscito, bem como o acesso (não menos limitado) ao Poder Judiciário.

A prática desses processos, no entanto, caso analisada sob o necessário enfoque crítico, permite concluir pela absoluta ausência de efetividade democrática diante dos limites previamente (e não democraticamente) impostos pelo Direito (poder constituído) à participação popular (poder constituinte).

Com efeito, ainda de forma exemplificativa, o último pleito eleitoral de âmbito nacional, foi marcado (ainda que, por motivos óbvios, não devidamente noticiado) pelo cancelamento de mais de três milhões de títulos eleitorais em razão de ausência de cumprimento de requisito meramente burocrático referente ao cadastro biométrico, especialmente

² Quando qualquer forma de poder começa a regularizar o acesso à linguagem e a definir qualificações para os encontros de singularidade, a política se nega em seu núcleo, em tal manobra se extrai o poder de sua livre circulação e se converte em um “poder em estado sólido”. A encriptação é uma forma primordial de “solidificação” do poder baseada na proibição da criação, o acesso e o uso de qualquer forma de comunicação mediante o estabelecimento de modelos transcendentais e linguagens incompreensíveis. (...) A encriptação aparece na proibição imposta aos muitos de nomear e compreender o mundo mediante seus próprios termos, através de sua própria produção de diferenças. (Tradução livre).

em localidades marcadas pela vulnerabilidade social (foraclusão), conforme informativo nº 917/STF de 26 de setembro de 2018.

No mesmo passo, as regras processuais referentes à iniciativa popular a tornam um mecanismo praticamente impossível aos grupos vulneráveis, além de entregar as decisões (assim como em referendos e plebiscitos) à ingerência e controle do poder econômico.

O direito ao acesso à justiça não encontra, do mesmo modo, respaldo além de mero simulacro democrático garantido pela encriptação jurídica. Vale, nesse ponto, destacar a ausência de Defensoria Pública (seja Estadual ou da União) na maioria das comarcas e subseções da Justiça Federal por todo o país. Quanto à ampliação do *jus postulandi*, especialmente em localidades marcadas pela pobreza e ausência de acesso a serviços básicos, sequer é necessário maior esclarecimento.

No entanto, e não obstante esses casos evidentes possam ser utilizados para introduzir a questão, a análise que se pretende no presente texto é mais profunda e demanda maior atenção. Com efeito, o que se pretende verificar é, mesmo diante de um processo jurídico (seja judicial ou não) supostamente regular, o conflito genuíno, que deveria marcar a democracia, fica domesticado e entregue apenas a alguns eleitos/escolhidos/incluídos, enquanto o povo (poder constituinte) é mantido foracluído.

O discurso de universalização é, nesse contexto, fundamental para manutenção desse sistema, na medida em que permite sustentar a possibilidade de participação popular em todos os processos (legislativo, jurídico, eleitoral etc.), desde que sejam seguidas as regras jurídicas prévias (elaboradas por um reduzido grupo de eleitos) que domesticam e limitam o conflito.

Assim, aos não eleitos, resta apenas a busca pela (impossível) adequação ao modelo (universalização do individual e excludente) suficiente a permitir a efetiva participação nesses processos, na construção jurídica e, conseqüentemente, na construção da própria realidade.

O Direito cumpre, portanto, no Estado Moderno, o papel perverso (no sentido lacanian) de anunciação da voz do Estado (e, conseqüentemente, do povo), cumprindo, sob a justificativa de defesa da democracia (na verdade de seu simulacro) a função de universalizar

um modelo inatingível de cidadão capaz de ter acesso à linguagem (jurídica) e de manter à margem (por meio de diversos mecanismos) a grande maioria da população.

Esse processo determina a solidificação do poder e o emperramento do conflito, tornando possíveis apenas discussões domesticadas pelos processos e assuntos juridicamente permitidos. Apenas matérias adequadas ao comando jurídico são consideradas legítimas, o que torna invisível as pretensões dos grupos não adequados ao **universal** juridicamente (e artificialmente) construído.

A encriptação do poder, entendida como o processo que, pela imposição jurídica artificial da universalização de um padrão individual torna acessível o discurso jurídico apenas a determinado grupo de eleitos, impede a manifestação do conflito pela solidificação do poder que deveria (na democracia) ser permanentemente mutável, livre e de caráter conflitivo.

Ocorre que esse modelo jurídico, em um sistema capitalista liberal e em um contexto de colonialidade, determina como padrão (universalização do individual excludente) de capacidade e possibilidade de atuação efetiva, um modelo (homem, branco e com posses) inatingível para a maior parcela da população, o que impossibilita aos demais (não adequados) a identificação e criação das próprias e legítimas demandas e pretensões e até mesmo a discussão judicial de pretensões ideologicamente impostas.

A criação e a identificação de pretensões e suas formas de discussão ficam, portanto, emperradas por regras jurídicas previamente (e não democraticamente) elaboradas e cujo discurso se mantém acessível apenas aos eleitos pelo sistema (adequados ao padrão).

Trata-se de contexto que cria formas de atuação jurídica, especialmente no interior das instituições, absolutamente perversas, facilmente identificáveis àqueles com atuação efetiva em favor dos grupos vulneráveis.

Como esclarecimento transdisciplinar necessário para a compreensão dos termos utilizados neste tópico (especialmente no que se refere à **perversidade**), impõe-se o recurso às lições de Lacan, no que se refere à formação do inconsciente.

(...) Lacan introduz uma distinção precisa entre esses três termos: “eu ideal” designa a autoimagem idealizada do sujeito (a maneira como eu gostaria de ser, a maneira como eu gostaria que os outros me vissem); ideal do eu é a agência cujo olhar eu tento impressionar com minha imagem do eu, o grande Outro que me vigia e me impele a dar o melhor de mim, o ideal que tento seguir e realizar; e o supereu é essa mesma agência em seu aspecto vingativo, sádico, punitivo. O princípio estruturante subjacente a esses três termos é claramente a tríade de Lacan imaginário-simbólico-real: o eu ideal é imaginário, o que Lacan chama de o “pequeno outro”, a imagem especular idealizada de meu eu; o ideal do eu é simbólico, o ponto de minha identificação simbólica, o ponto no grande Outro a partir do qual eu observo (e julgo) a mim mesmo; o supereu é real, a agência cruel é insaciável que me bombardeia com exigências impossíveis e depois zomba de minhas tentativas canhestras de satisfazê-las, a agência a cujos olhos eu me torno cada vez mais culpado quanto mais tento recalcar meus esforços “pecaminosos” e satisfazer suas exigências. (Žižek, 2010, p. 99).

Seguindo as mesmas lições, nesse cenário o perverso é aquele se anuncia como único capaz de acesso e que avoca para si a voz do **grande Outro** e, assim, busca definir e limitar as ações alheias com base nessa voz.

Como visto, a atuação jurídica prática cotidiana releva, com clareza, em cada processo em que se atua, especialmente em favor dos grupos vulneráveis, a perversidade das instituições jurídicas de modo geral. Com efeito, a atuação do Ministério Público, não apenas, mas especialmente, na seara criminal, permite verificar o apego à defesa do modelo (de universalização anteriormente descrito) e a busca pela criminalização dos não eleitos.

Do mesmo modo, os processos com busca de concretização dos direitos sociais, geralmente, emperram-se em questões jurídicas diversas nas quais se apegam os julgadores e atrasam ou mesmo impedem o acesso ao direito.

As manifestações públicas recentes dos mais diversos representantes dessas instituições, no sentido de que sua atuação seria essencial para a defesa da democracia e, consequen-

temente, da vontade do povo, torna evidente a perversidade, nos termos anteriormente descritos e com as consequências (solidificação do poder, impedimento de acesso aos não eleitos e docilização do conflito) também já explicitadas.

As instituições avocam para si, nesse contexto, a representação da voz do Estado e do Direito e, em última análise, se apresentam como representantes do próprio poder constituinte e passam a atuação conforme a própria vontade, sob o fundamento de que defendem os interesses do povo. A participação efetiva do povo estaria, supostamente de modo temporário, postergada para o momento em que todos estejam adequados ao modelo (inatingível) previamente definido pelo Direito.

Essa descrição inicial permite, desse modo, apontar as maneiras como as instituições jurídicas, de um modo geral, de maneira perversa, especialmente em um contexto de colonialidade, impedem a manifestação efetivamente democrática com a utilização e defesa do simulacro democrático liberal, pretensões possíveis e processos previamente definidos.

Da mesma maneira, trata-se de descrição que determina a busca por formas de aplicação de um pensamento decolonial, que fuja das imposições do mimetismo infantil de sistemas que parecem (apenas parecem) funcionar em sistemas econômicos, sociais e políticos absolutamente diferentes (e que se aproveitam da ausência de funcionamento em outras realidades) da realidade latino-americana.

2. DEFENSORIA PÚBLICA E PARALAXE

Antes de iniciar a análise a respeito da aplicação da teoria da paralaxe e da ligação da Defensoria Pública ao questionamento filosófico e psicanalítico formulado na introdução do texto, é importante ressaltar alguns fatores absolutamente positivos da adoção do sistema no contexto nacional (e em contextos semelhantes do sul global) (Santos & Meneses, 2009).

Com efeito, a adoção de um modelo de assistência jurídica, que vai muito além da assistência judicial (como ocorre, por exemplo, em um modelo apenas de contratação de dativos) e que, diante das garantias constitucionais aos Defensores, permite a atuação

razoavelmente livre de interferências externas e amplamente desvinculada de interesses financeiros, permite a especialização em demandas específicas e características de grupos vulneráveis.

É necessário que se reconheça que o sistema de dativos apresenta, pelo menos, quatro graves problemas nesse sentido: a) a atuação parcial contratada para cada ato do processo, que não permite, sequer, o acompanhamento integral de um mesmo processo; b) a contratação de profissionais inexperientes e despreparados em razão do reduzido valor pago por cada ato; c) a reduzida preocupação com as demandas de grupos vulneráveis em razão do maior interesse na atuação em causas com valor econômica latente; d) a ausência de especialização em demandas dos grupos vulneráveis.

Todos esses problemas se resolvem com a atuação livre (de interferências externas e de preocupação com lucro) da Defensoria Pública. Esse modelo, portanto, permite uma atuação especializada, atenta e realizada por profissionais experientes e devidamente preparados, em favor daqueles que não teriam qualquer espécie de possibilidade de orientação prévia a respeito de suas pretensões, nem mesmo de atuação judicial efetiva.

Nesse ponto, aos que duvidam da diversidade do foco de atuação em relação às pretensões de pessoas abastadas em comparação com os pobres, basta questionar quantas ações referentes à bolsa de valores passa pela Defensoria Pública e quantas vezes grandes escritórios de advocacia se debruçaram sobre algum processo para requerimento de Benefício de Prestação Continuada da Assistência Social.

Esse raciocínio permite concluir qual o nível de atenção seria emprestado por algum profissional particular (modelo de dativos), em um mesmo momento, a um processo na primeira situação e outro, na condição de dativo, para o segundo exemplo.

No entanto, mesmo reconhecendo as evidentes vantagens, em um contexto de colonialidade, da adoção de um modelo de assistência jurídica diversa dos países do norte global, a análise crítica pretendida pelo presente artigo impõe a avaliação profunda capaz de verificar pontos necessários de resignificação.

Por sua vez, para ressignificar é necessário reconhecer, apontar, desvelar e, por fim, descriptar os diversos pontos em que a própria Defensoria Pública é absorvida pelas armadilhas sistêmicas.

Nesse ponto, é importante reforçar a análise realizada no tópico anterior, no que se refere à perversidade das instituições jurídicas, que buscam avocar a voz do povo e impor suas próprias decisões aos grupos vulneráveis sob a justificativa de defesa democrática (imposição do simulacro democrático como democracia).

A suposta defesa democrática (na verdade, do simulacro democrático), que na visão perversa das instituições jurídicas, normalmente passa pela defesa da liquidez capitalista e do afastamento do viscoso (Bauman, 1998, p. 24) incapaz de responder aos estímulos do consumismo, e, do mesmo modo, pela defesa do erário contra gastos com esses grupos (foraclusidos), possibilita decisões judiciais que, por exemplo, impedem o acesso ao Benefício de Prestação Continuada com fundamento na posse, pelo requerente, de máquina de lavar roupas³.

Nesse contexto, percebe-se, com clareza, a docilização do conflito no processo judicial, uma vez que a discussão a respeito da situação de vulnerabilidade social fica emperrada por questões, matérias e formas definidas previamente e, conseqüentemente, mantém impossibilitada a identificação dos problemas e soluções pelos próprios grupos atingidos.

Do mesmo modo, a insistência do Ministério Público, por exemplo, na punição penal de infrações patrimoniais de pequena monta, os chamados crimes de bagatela (cuja discussão, absurda e recorrentemente, é levada às instâncias superiores do Poder Judiciário⁴) é contundente exemplo da perversidade das instituições e da defesa do simulacro democrático, que impede o acesso à linguagem e ao discurso aos não eleitos (aqueles que estão incluídos no sistema apenas como legitimadores, não como sujeitos).

³ Tribunal Regional Federal da 1ª Região, Recurso Contra Sentença do Juizado Especial 0021503-90.2016.4.01.3900, Órgão Julgado Primeira Turma Recursal, Juiz Relator Alcini Escobar da Costa Alvim, Data da Publicação 04.04.2018. Diário eletrônico 04.04.2018.

⁴ Superior Tribunal de Justiça, AGARESP 1534934, Ministro Relator Antônio Saldanha Palheiro, Órgão Julgador Sexta Turma, DJE 19.12.2019.

Destaque-se, no entanto, que como anteriormente observado, o povo deve ser mantido em posição de legitimador desse sistema, ao mesmo tempo em que afastado do acesso à linguagem e à construção da própria realidade. Diante disso, o simulacro de participação (simulacro democrático) deve ser mantido e estimulado além de se mostrar suficientemente convincente.

Nesse contexto e com esse objetivo, surgem os diversos mecanismos constitucionais e legais de participação eleitoral, legislativa e social, uma gama variada de direitos, em especial os direitos sociais, que, no entanto, por diversas questões (materiais ou processuais) não são acessados pela maioria da população.

Una parte transparente o accesible de la constitución, abierta a la sociedad en la medida en que sus disposiciones son medianamente comprensibles, una literatura repleta de principios, garantías y derechos que permiten que los individuos e incluso los grupos interactúen con los poderes constituidos y logren la protección de sus derechos, la inclusión de sus identidades y la defensa de la constitución misma. Sin embargo, esta parte transparente o accesible de la constitución está diseñada para naufragar, para ser desactivada en la parte encriptada de la constitución. La clave de la encriptación constitucional consiste en que cada vez se especializan más los lenguajes, los procedimientos y las reglas de toma de decisión dentro de la constitución. Progresivamente la interacción social se diluye en una densa institucionalización y opacidad del poder que, a su turno, difiere a foros cerrados y secretos las tomas de decisiones políticas. (Hincapíe & Sanín-Restrepo, 2012)⁵

⁵ Uma parte transparente ou acessível da constituição, aberta à sociedade na medida em que suas disposições são medianamente compreensíveis, uma literatura repleta de princípios, garantias e direitos que permitem que os indivíduos e inclusive os grupos interatuem com os poderes constituídos e consigam proteção de seus direitos, a inclusão de suas identidades e a defesa da constituição mesma. Sem embargo, esta parte transparente ou acessível da constituição está desenhada para naufragar, para ser desativada na parte encriptada da constituição. A chave da encriptação constitucional consiste em que cada vez se especializam mais as linguagens, os procedimentos e as regras de tomada de decisão dentro da constituição. Progressivamente a interação social se dilui em uma densa institucionalização e opacidade do poder que, a seu turno, difere a foros fechados e secretos as tomadas de decisões políticas. (Tradução livre).

Essa situação permite observar a encriptação jurídica pela criação de mecanismos suficientes a impedir a efetivação de direitos aos grupos vulneráveis ao mesmo tempo em que há legitimação do sistema em razão de sua previsão constitucional e legal com a ideia de universalização (que só ocorrerá, no entanto, após adequação do povo ao modelo e a, conseqüente, docilização do conflito). A encriptação jurídica, por sua vez, é essencial à manutenção da encriptação do poder (solidificação da democracia e afastamento do poder constituinte das decisões sociais relevantes).

No caso da Defensoria Pública, a Constituição e a legislação infraconstitucional expressamente criam uma instituição com atribuição de contrapor a atuação excludente e marginalizante das demais instituições jurídicas, permitindo o acesso, não apenas ao Poder Judiciário, mas à assistência jurídica integral, inclusive prévia à existência de qualquer processo judicial.

Obviamente, o legislador (constitucional ou infraconstitucional) não admitiu a perversidade jurídica, nem a encriptação de poder ocorrida pela docilização do conflito, mas apenas considerou a possibilidade de existência de algumas situações (naturais) em que poderia ocorrer um abuso na defesa do sistema pelas instituições jurídicas e, para tanto, criou um inimigo supostamente capaz de evitar ou, ao menos, de amenizar esses (supostamente menores e pouco recorrentes) desvios.

No entanto, com algumas alterações no texto ao longo dos anos, a Constituição Federal, em seu art. 134, expressamente determina a existência de uma instituição de caráter permanente, capaz de determinar 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” (Brasil, Constituição Federal de 1988) e com as garantias de independência funcional além daquelas também previstas aos membros do Ministério Público e do Poder Judiciário, “no que couber” (Brasil, Constituição Federal de 1988).

Há, portanto, determinação constitucional de criação de uma instituição com poderes para, minimamente, conter os abusos decorrentes da atuação perversa e marginalizante das demais, decorrente, como visto, da sua posição de defesa do sistema (do simulacro democrático e do poder constituinte mitológico retrospectivamente criado).

Cria-se, desse modo, um sistema de prestação jurídica gratuita aos necessitados que permite especialização (às pretensões e causas dos grupos vulneráveis) e atendimento (individual e coletivo) divorciado de interesse financeiro imediato pela atuação e não suscetível de desvio de atenção pelos mesmos motivos (não há outras causas, com impacto financeiro maior ou imediato, em favor de outros grupos, a impedir que a atenção do Defensor Público esteja totalmente voltada para o cumprimento de seu mister constitucional).

Desse modo, além da ampla vantagem da adoção desse sistema em relação a outros (como, exemplificativamente, o de dativos), a prestação jurídica da Defensoria Pública não se dará de modo a enganar o assistido, com ajuizamento de demandas com mero objetivo de emprestar infundadas expectativas às pessoas que a procuram, com intento de cobrar pelo ajuizamento ou orientação.

No entanto, ausência de recursos públicos destinados à estruturação desse sistema, bem como a consequente impossibilidade de atendimento dos grupos vulneráveis e a ampliação do atendimento, permite duvidar do objetivo estatal de criação de contraponto efetivo aos abusos das demais instituições.

Com efeito, também a título exemplificativo, a Defensoria Pública da União, foi devidamente instalada no Brasil pela Lei 9.020, de 30 de março de 1995 (conversão da Medida Provisória nº930/1995), em caráter expressamente “emergencial e provisório”, sete anos após previsão constitucional. Esse caráter precário, no entanto, é ainda mantido (repita-se, expressamente) até o presente momento.

Trata-se de um contexto que mantém em situação absolutamente díspar as instituições que deveriam se contrapor efetivamente, de modo a garantir que o sistema jurídico fosse menos excludente, marginalizante e capaz de refletir, ainda que minimamente, o conflito democrático.

Essa situação determina que a atuação da Defensoria Pública, de modo geral, se limite a apresentar respostas imediatas, emergenciais e limitadas material e processualmente a comandos não democráticos prévios ou estabelecidos, de modo perverso, pelas demais

instituições, criando, assim, um inimigo útil, responsável, apenas, por legitimar o sistema diante da manutenção da aparência de participação dos grupos vulneráveis.

A legislação cria, portanto, diante da proposital sonegação estrutural, o **outro lado da mesma moeda** do sistema jurídico perverso, que dociliza o conflito (pela definição prévia e não democrática de matérias e processos permitidos), impede o acesso à linguagem aos grupos vulneráveis (a não ser pelo intermédio de outra instituição eleita) e, ao mesmo tempo, simula o acesso democrático à discussão jurídica.

Cria-se, desse modo, um inimigo útil paralítico, suficiente a legitimar o sistema pelo simulacro de participação dos grupos vulneráveis, ao mesmo tempo em que os mantém submetidos à interdição de pessoas e instituições eleitas, adequadas e limitadas pelo modelo universal impossível previamente determinado. A imagem de confronto (ainda que quixotesco em razão da disparidade de armas) deve ser mantida, estimulada e reafirmada exatamente porque “embora interligados, são dois lados do mesmo fenômeno que, exatamente por serem dois lados, nunca podem se encontrar” (Žižek, 2008, p. 15).

Verifica-se, sob essa perspectiva, que a manutenção do permanente estado “emergencial e provisório” da Defensoria Pública, assim como se observou no caso dos demais direitos sociais, não se fundamenta em ausência de recursos ou de eventuais momentos de crise a impedir a efetiva estruturação, mas à encriptação jurídica (necessária para manutenção do simulacro democrático vigente), que possibilita o naufrágio de determinações legais benéficas por questões jurídicas inacessíveis diversas, com objetivo de manter o povo (poder constituinte) em sua dualidade de legitimador e marginalizado.

Antes de se analisar as possibilidades de profanação sistêmicas abertas apenas à Defensoria Pública, em razão de sua posição e capacidade de ressignificação nesse contexto, é necessário avaliar, como desde o início proposto, a máscara de inimigo útil decorrente da posição paralítica institucional, tomando-se, nos termos utilizados por pelo teórico já mencionado, paralaxe como “a lacuna que separa o Um de si mesmo” (Žižek, 2008, p. 18) ou, no contexto estudado pelo presente artigo, a lacuna que separa a Defensoria Pública de seu real objetivo.

3. A MÁSCARA DE INIMIGO ÚTIL: COMO RECONHECÊ-LA E COMO SE LIVRAR DELA

Para que se apresentem propostas de ressignificação para a (talvez) única instituição desse sistema capaz de representar efetivas profanações ao simulacro democrático vigente, é necessário o esforço (evidentemente traumático) de reconhecer sua posição atual.

Já em seu início, foi proposta a reflexão a respeito da máscara a ser utilizada por aquele que não quer ser reconhecido, concluindo, de imediato, com auxílio da teoria de Slavoj Žižek, que a máscara de si mesmo é a que melhor garante o impedimento do acesso ao real.

No caso da Defensoria Pública, evidentemente que, nem o sistema como um todo, nem a própria instituição quer ser reconhecida como inimigo útil, que propositalmente não recebe a estrutura devida e necessária para que preste, de modo eficiente e integral, os serviços constitucionalmente expressamente previstos, com objetivo de que se mantenha, com legitimidade popular, o simulacro democrático que impede a efetiva democracia.

Desse modo, a defesa do sistema como um todo, da própria posição dentro desse contexto, bem como o apego às (evidentes) vantagens em relação a outras formas de assistência jurídica obviamente se justifica. As críticas ao contexto e ao sistema se dão de maneira sutil (ainda que com aparência de agressividade) e parcializada, normalmente, como anteriormente observado, referentes apenas à ausência de estrutura e orçamento, imediatamente justificadas por algum mero e contornável desvio (seja político, seja ocasionado por algum momento de crise de qualquer natureza).

Por outro lado, a busca pela utilização da máscara de si mesmo como maneira de evitar o reconhecimento da face real se apresenta como aparentemente inevitável. Para que isso tenha resultados efetivos (ausência de reconhecimento da face real), a principal atuação é aquela que obviamente corresponde à posição de inimigo útil, de busca pelo confronto quixotesco e que, normalmente, exige carga de trabalho absolutamente sobre-humana aos Defensores Públicos.

Assim, é institucionalmente estimulada, mesmo que de modo absolutamente desnecessário, uma vez que parte da própria consciência (ou do inconsciente) dos profissionais envolvidos, a busca por uma irreal e impossível carga de trabalho, muito além daquela exigida

em instituições congêneres, somada à busca por especialização do trabalho e acúmulo de conhecimento acadêmico, a supostamente, igualar os lados em confronto nessa batalha absolutamente desleal.

Essa situação determina que a atuação da Defensoria Pública, em um contexto de necessária resposta imediata à perversidade (em sentido lacaniano, como intérprete e voz do mitológico e retroativamente criado poder constituinte) escancarada pelas demais instituições jurídicas, seja limitada (material e processualmente) pelas iniciativas destas.

Importante notar, sob esse aspecto, a constatação de que, mesmo antes de qualquer alarde a respeito da efetividade de determinada atuação (especialmente no sentido de garantir a defesa de pretensões legítimas construídas pelos grupos vulneráveis), normalmente a busca pela divulgação de números, ou da quantidade de pessoas atendidas, tem se mostrado a notícia mais recorrente a respeito da Defensoria Pública.

Nesse sentido, e diante dessa forma de organização do trabalho, são infinitos os exemplos de atuação reativa e espelhada, como nas discussões criminais a respeito do (ainda e de forma perversa) sonogado princípio da bagatela; a busca por fornecimento de determinados e específicos medicamentos ou formas de tratamento médico (inclusive básicos) diante da recorrente (e não menos perversa) negativa governamental; a eterna luta pela concretização do direito à moradia; a busca pela garantia de direitos trabalhistas e previdenciários mínimos, constantemente sonogados e alvos de ataques por recorrentes reformas, supostamente motivadas, do mesmo modo, por alguma crise transitória e passageira.

Também sob esse aspecto, e sempre com a utilização de exemplos práticos, como, desde o início, proposto, a mais nova (o presente artigo adota, como se verá, a teoria da manutenção do capitalismo liberal em permanente e programado estado de exceção, refutando a ideia de que as crises que determinam a sonegação de direitos tenha caráter transitório ou passageiro) crise sanitária mundial, a pandemia de covid-19, determinou a adequação da atuação das mais diversas instituições às restrições de contato e aproximação física como forma de evitar o contágio.

No caso da Defensoria Pública, a atuação para garantia do pagamento de Auxílio Emergencial permite, de modo bastante claro, exemplificar a busca pela atuação absolutamente impossível, geradora de números de atendimento totalmente incompatível com a estrutura e o número de profissionais envolvidos, para pretensa garantia de direitos aos grupos vulneráveis em meio a mais uma crise.

O referido auxílio, uma vez que implantado, regulamentado, analisado e pago pela União, deveria ser avaliado juridicamente e as demandas (individuais ou coletivas) encaminhadas pela Defensoria Pública da União ao Poder Judiciário em favor dos grupos vulneráveis, em caso de indeferimentos indevidos.

Nesse sentido, e diante da imposição do momento, de adequação ao necessário distanciamento social, com recurso aos mais diversos sistemas eletrônicos e virtuais, não apenas para encaminhamento das pretensões ao Poder Judiciário e ao poder público de modo geral, a Defensoria Pública da União recorreu à organização de suas atividades, nesses casos específicos, por meio dos sistemas eletrônicos disponíveis (tais como e-mail, aplicativos de mensagens e a própria criação de um aplicativo específico para esse tipo de atendimento).

Esse contexto determinou, como forma de adaptação da atuação ao cenário vivenciado, bem como à necessidade de garantia de acesso célere às informações utilizadas pelas demais instituições para análise administrativa dos requerimentos de benefício, a formulação de acordo entre a Defensoria Pública da União e o Ministério da Cidadania, que permitiu, não apenas o acesso, mas a formulação de um recurso administrativo em favor dos assistidos da Defensoria Pública.

O quadro já desenhado anteriormente, somado ao acordo formulado com pretensão de permitir celeridade nas análises por parte da Defensoria Pública da União, no entanto, resultou em situação absolutamente caótica.

Com efeito, para que fique evidenciada a situação de impossibilidade de atendimento aos grupos efetivamente vulneráveis em sua totalidade, é necessária a informação de que a Defensoria Pública da União conta, atualmente (no momento em que redigido o presente texto), com pouco mais de 600 profissionais (Defensores Públicos), sendo certo que,

em razão da necessária divisão de atribuições, considerável parcela deles não atua no atendimento direto ao público, na primeira instância do Poder Judiciário. Do mesmo modo, há divisão em razão da matéria, providência essencial para garantia de especialização.

Além disso, a referida instituição não conta com carreira de apoio, mas apenas com servidores requisitados de outros órgãos da administração (Lei 13.915/2019), funcionários terceirizados e estagiários.

Ocorre que o referido acordo entre a Defensoria Pública da União e o Ministério da Cidadania, que deveria ser bastante benéfico no sentido de que permitiria análise e orientação célere em favor das pessoas em situação de vulnerabilidade social, recebeu divulgação midiática com caráter distorcido.

Vale, nesse sentido, observar que as notícias referentes ao acordo, em absoluta desatenção (e desinteresse) ao comando constitucional, divulgaram que a Defensoria Pública da União seria responsável pela análise de todos os casos em que houve indeferimento administrativo e mais, que a instituição teria estrutura e número de profissionais suficiente à realização dessa análise, de modo célere. Ou seja, as notícias desconsideraram o limite de atuação da instituição em favor apenas dos grupos e pessoas em situação de vulnerabilidade, bem como a limitação estrutural histórica e constante expressamente da legislação.

Observa-se que, conforme dados divulgados pela Caixa Econômica Federal (instituição bancária responsável pelo pagamento do benefício), ainda quanto ao primeiro processo de cadastramentos e requerimentos, mais de 104 milhões de pedidos haviam sido indeferidos.

Todo esse contexto, permitiu evidenciar algumas situações de absoluto prejuízo à atuação efetiva da Defensoria Pública da União. A primeira delas, mais óbvia, a assunção pela instituição de volume de atendimentos infinitamente superior à sua capacidade estrutural, o que resultou em imposição de trabalho absolutamente irreal aos Defensores Públicos. Além disso, todo o cenário (milhões de indeferimentos administrativos e possibilidade de procura pelo atendimento da Defensoria Pública por meio de e-mail ou aplicativos eletrônicos) facilitou o acesso às camadas mais favorecidas da sociedade, em detrimento de uma imensa parcela da população com acesso restrito, por diversas questões, às in-

venções da modernidade. E, por fim, a nova crise permitiu a manutenção do discurso da impossibilidade de aparelhamento e estruturação institucional.

No que se refere, especificamente, ao objetivo do presente tópico (revelar a máscara de **inimigo útil**), a análise do exemplo pode ser bastante proveitosa. Com efeito, por óbvio, seria impossível a uma instituição que conta com apenas pouco mais de 600 membros (sempre lembrando a ausência de carreira de apoio) a efetiva análise, orientação e ajuizamento de 104 milhões de pedidos indeferidos.

Assim, assumir a referida tarefa que, de antemão, se sabia impossível e ainda buscar a formalização de acordo nesse sentido, apenas representou a eterna busca por legitimação por meio de números (de processos de assistência abertos). Ademais, o referido acordo permitiu ao governo federal (diante das mais diversas falhas referentes ao auxílio emergencial) apresentar outra instituição como responsável (ou culpada) pelas falhas.

Por outro lado, a postura sempre aguerrida dos Defensores Públicos, o número absolutamente incompatível com a estrutura institucional de atendimentos realizados em razão dessa postura, bem como o sucesso jurídico no debate do tema (com ampliação da extensão de alguns conceitos e requisitos, não obstante a estrutural má vontade – perversidade? – do Poder Judiciário na análise da questão), permitiu que a imagem institucional, mesmo diante dos mais diversos ataques decorrentes desse contexto, se mantivesse aparentemente intacta.

Salvo por alguns arroubos verborrágicos inconsequentes lançados especialmente em redes sociais diversas, de uma classe média em situação de servidão voluntária (Chauí, 2013) (busca pela diminuição de um Estado do qual não pode prescindir), as manifestações públicas a respeito da Defensoria Pública continuam a refletir um apreço social resultante de uma luta quixotesca de seus profissionais, que foi apenas reforçado pela situação das análises dos requerimentos de Auxílio Emergencial.

Esse exemplo permite, portanto, a apresentação efetiva a máscara de inimigo útil. A Defensoria Pública, mais uma vez, assumiu, com absoluto afinco e espírito de luta, um trabalho que, de antemão, sabia impossível. Essa forma de atuação permitiu ao Poder

Público apontar um responsável (culpado) por qualquer falha na análise do benefício. No entanto, esse culpado, diante de atuação abnegada e em absoluta disparidade de armas, não pode ter sua imagem maculada. Ao mesmo tempo, a única forma de manter esse contexto intacto é a manutenção do estado precário institucional.

O exemplo (por permitir uma visão clara da situação), por sua vez, permite ampliar a análise para todas as formas de atuação da Defensoria Pública, seja na seara criminal, ambiental, previdenciária, trabalhista, cível (moradia, saúde, educação etc.). Com efeito, toda a luta, repita-se, quixotesca, contra as demais instituições (perversas) apenas resulta em retumbante ausência de atendimento a todos os necessitados e com limites impostos previamente (material e processualmente) pelas demais instituições. Assim, as falhas estruturais somadas à atuação aguerrida e especializada, permitem a manutenção da imagem benéfica institucional mesmo diante das mais diversas culpas que lhe (injustificadamente) atribuídas.

Por um lado, resta evidente que a Defensoria Pública, nesse contexto de absoluta perversidade (no sentido já anteriormente exposto) estatal, representa uma eficiente (talvez a única) forma de evitar o desastre social total, ao evitar, pelas mais diversas questões jurídicas, a sonegação de direitos aos grupos mais vulneráveis da população.

Assim, se ainda se garante em alguma medida a defesa criminal, o acesso aos direitos sociais e a possibilidade de organização social dos grupos vulneráveis em contraposição a um estado perverso e que busca sua forclusão, a Defensoria Pública tem papel bastante relevante.

No entanto, se o objetivo é a ressignificação institucional capaz de garantir à Defensoria Pública posição de efetivo instrumento democrático (muito além de mera legitimadora sistêmica), essa forma de atuação (inimigo útil) deve ser superada.

Destaque-se, por sua vez, que o desvelamento da máscara representa apenas um primeiro passo, essencial, mas inicial. Com efeito, seguindo a lógica descrita no presente texto, retirar a máscara de inimigo útil apenas seria suficiente a revelar a real face institucional (aquela para a qual foi pensada e instalada): a de **inimigo útil**.

Assim, a mera alteração, por exemplo, da busca de ampliação do número de atendimentos pela atuação coletiva em favor dos grupos vulneráveis poderia, caso mantida a lógica da resposta célere à atuação perversa das demais instituições, manter a situação, com mera mudança do número dos atingidos.

A retirada da máscara de **inimigo útil** deve representar, portanto, o primeiro passo para a efetiva descriptação da Defensoria Pública, que, para se constituir em processo efetivo, deve assumir formas diversas a serem desenvolvidas, democraticamente, de forma periódica e constante.

4. DEFENSORIA PÚBLICA COMO O DORIAN GRAY DO SISTEMA JURÍDICO: PROFANAÇÕES

A situação prática narrada exemplificativamente no presente texto, bem como a atuação cotidiana na Defensoria Pública permite acolher e cancelar a teoria que afirma ser o Estado Moderno um poderoso gângster. Trata-se de um Estado que estimula, cria, fomenta e naturaliza crises de diversas naturezas (econômicas, políticas, sociais, sanitárias etc.) e que cobra para que o povo seja defendido dos seus efeitos.

A gangster who offers protection to a restaurant owner does indeed protect the owner against rival gangster who would otherwise move in, but no one could seriously argue that the owner is not coerced. "If you pay us, we will protect you against our rivals; if you don't we'll punish you". The restaurant owner would be better off were there no gangsters at all, although, given their existence, it is preferable to pay a steady fee to one of them than to be permanently exposed to raids and predation. (Elster, 1986, p. 82)⁶

⁶ Em gângster que oferece proteção a um dono de restaurante realmente o protege contra gângsteres rivais que, de outra forma, entrariam, mas ninguém poderia argumentar seriamente que o dono não é coagido. "Se você nos pagar, nós o protegeremos contra nossos rivais; caso contrário puniremos você". O dono do restaurante estaria melhor se não houvesse gângsteres, embora, dada a sua existência, seja preferível pagar uma taxa fixa a um deles do que ficar permanentemente exposto a ataques e predações. (Tradução livre).

Além disso, o Estado (e sua voz perversa, o Direito) determina, pela imposição de um modelo universalizante impossível (especialmente em um contexto de colonialidade), a foraclusão (inclusão à margem) da maior parte da população e a permissão apenas a alguns poucos eleitos, de efetiva participação na construção jurídica e, em última análise na construção da própria realidade. Ou seja, em última análise, esse Estado gângster cobra para defender o povo da participação efetiva do próprio povo nas decisões relevantes.

No entanto, para que seja possível a manutenção desse sistema que utiliza o povo (poder constituinte mitológico retrospectivamente criado) como fundamento de existência e legitimação, ao mesmo tempo em que impede esse mesmo povo de definir sua existência, é essencial que se mantenha a ideia e o discurso de universalidade de direitos e deveres.

Nesse contexto, como visto, a Defensoria Pública foi desenvolvida como forma de mostrar aos grupos vulneráveis que, apesar da (supostamente natural e inevitável) perversidade das demais instituições jurídicas (responsáveis por falar a voz do Direito e garantir a manutenção da democracia como está), especialmente o Ministério Público e o Poder Judiciário (mas também, em momentos específicos a advocacia pública e privada), o próprio Estado garante defesa contra os abusos (também naturais, inevitáveis e necessários) dessas instituições por meio de outra criada especialmente para esse fim.

As diversas (e supostamente imprevisíveis) crises que impedem a efetiva implementação e estruturação da Defensoria Pública como prometido (constitucionalmente) não impactam diretamente nos serviços prestados por esta instituição diante do comprometimento dos profissionais que, de forma aguerrida e sem medir esforços, equiparam uma luta que, já a princípio, é totalmente desigual.

Assim, o permanente estado emergencial e provisório de instalação da Defensoria Pública determina que se vista a máscara de **inimigo útil, pois** ela permite a legitimação do sistema que, nesse contexto, seria menos excludente.

Trata-se de um sistema que se apresenta em um aspecto quase religioso de busca por manutenção em razão da necessária preservação do interesse estatal supostamente a representar o interesse do próprio povo (poder constituinte): a mesma perversidade que

se revela por aqueles que, nas mais diversas manifestações religiosas, avocam a voz do **grande Outro** (Deus), é observável no contexto jurídico pelas instituições que se apresentam como defensoras (e representantes) da vontade estatal e de seu fundamento ontológico (poder constituinte; povo).

Esse cenário determina, também como nas manifestações religiosas, a busca pela escolha (pelas pessoas e instituições abalizadas, eleitas) dos locais e dos procedimentos de purificação que, supostamente, permitiriam a efetiva participação de todos (conceito de universalidade). A consequente marginalização dos não eleitos é superada (ou legitimada) pela existência de mecanismos (ainda que insuficientes, ou não devidamente estruturados) de confronto.

O histórico desenvolvimento desse sistema e de seus mecanismos de legitimação, resiliência e defesa permite concluir pela impossibilidade de que sejam apresentados mecanismos que possam representar sua imediata ruína (ou mesmo, ainda que possível, a inclusão de todos e a efetivação da promessa de universalidade).

Ocorre que, também a exemplo de sistemas religiosos, o impedimento à superação imediata completa não determina a impossibilidade de que sejam profanados alguns de seus templos e ritos, de modo que, diante da soma das profanações, se mostre viável a ruptura completa e efetiva.

Nesse contexto, observa-se que se tem buscado atualmente afastar etimologicamente o termo *religio* da derivação mais difundida de *religare* para aproximá-lo de *relegere*. Ou seja, a religião não teria a função primordial de religar o homem à divindade, mas de eleger e separar os objetos sagrados dos profanos.

Nesse sentido, profanar seria retomar o uso comum (profano) daqueles objetos ou práticas eleitas como sagradas, o que ocorrerá, não pela mera incredulidade, mas pela utilização desses instrumentos para finalidades desvinculadas daquelas definidas pela religião. Esses usos e práticas, após a dessacralização, assumem significado diverso, que podem determinar o desaparecimento do mito, mesmo diante da manutenção, agora com outro sentido, do rito.

A passagem do sagrado ao profano pode acontecer também por meio de um uso “ou melhor, de um reuso” totalmente incongruente do sagrado. Trata-se do jogo. Sabe-se que as esferas do sagrado e do jogo estão estreitamente vinculadas. A maioria dos jogos que conhecemos deriva de antigas cerimônias sacras, de rituais e de práticas divinatórias que outrora pertenciam à esfera religiosa em sentido amplo. Brincar de roda era originalmente um rito matrimonial; jogar com bola reproduz a luta dos deuses pela posse do sol; os jogos de azar derivam de práticas oraculares; o pião e o jogo de xadrez eram instrumentos de adivinhação. Ao analisar a relação entre jogo e rito, Émile Benveniste mostrou que o jogo não só provém da esfera do sagrado, mas também, de algum modo, representa a sua inversão. A potência do ato sagrado – escreve ele – reside na conjunção do mito que narra a história com o rito que a reproduz e a põe em cena. O jogo quebra essa unidade: como *ludus*, ou jogo de ação, faz desaparecer o mito e conserva o rito; com o *jocus*, ou jogo de palavras, ele cancela o rito e deixa sobreviver o mito. (Agamben, 2007, p. 67).

Assim, no caso da religião professada no Estado Moderno (simulacro democrático liberal), cuja voz (em nome do Pai) é o Direito, a neutralização do conflito (e da própria democracia), se dá pela eleição de pessoas e instituições (sagradas) que sustentam sua exclusividade na construção jurídica e, conseqüentemente, na construção da realidade (inclusive alheia e, especialmente, dos grupos não eleitos, os chamados foracluídos).

Nesse contexto, a para manutenção e legitimação desse sistema, é necessário que se sustente que não existe, efetivamente, uma marginalização de qualquer grupo de pessoas, e que **todos** estariam devidamente representados pelas instituições jurídicas (pelos atores abalizados, escolhidos, incluídos) ou seja, é necessário que se faça acreditar na inexistência de grupos impedidos de manifestação, de construção da própria realidade.

Diante da descrição teórica e prática realizada até aqui, é possível concluir que a Defensoria Pública assume nesse sistema um papel paralítico em mais um sentido (além do anteriormente explorado), uma vez que sua própria existência, não obstante essencial

para a manutenção da legitimação e do contexto sistêmico já mencionado, é suficiente a demonstrar que, ao contrário do que se pretende sustentar, que existem grupos vulneráveis (foraclusos) e que dependem da atuação dessa instituição específica para evitar sua total exclusão (ou a condição de *homo sacer*).

Ou seja, a Defensoria Pública assume o papel do retrato de Dorian Gray do Estado Moderno ao revelar, apesar dos esforços do sistema como um todo e, especialmente, das demais instituições jurídicas perversas (no sentido lacaniano já explorado) em omitir, a real situação de existência de foraclusão dos grupos de pessoas não adequadas ao padrão (também perverso) imposto pelo Direito.

Encontra-se, por tanto, em posição absolutamente *sui generis* nesse sistema, com capacidade de profanação de suas engrenagens (uma vez que evidencia a encriptação do discurso de universalidade pela sua própria existência) que, possivelmente, não é alcançável por nenhuma outra instituição ou grupo de pessoas.

No entanto, essa mera posição não garante a efetiva profanação do sistema, mas apenas sua possibilidade, que só se revelará viável caso se arrisque o passo adiante, de descriptação e ressignificação.

4.1. Descriptando a Defensoria Pública: ressignificação pela radicalização democrática

A retirada da máscara de **inimigo útil** é o primeiro passo essencial para a busca por uma ressignificação institucional capaz de corresponder à efetiva profanação sistêmica e se utilizar dessa falha, talvez única, em sua estruturação.

No entanto, a mera retirada do véu que cobre o permanente estado de exceção para o qual foi desenvolvido a Defensoria Pública não garante nada além do que esse passo inicial. Com efeito, a retirada da máscara apenas revela a real face da instituição e os objetivos sistêmicos de sua criação e desenvolvimento (nesse estado de exceção).

Descriptar, muito além dessa retirada da máscara, corresponde a um processo de ressignificação institucional, capaz de permitir, não o desvelamento de objetivos constitucio-

nais de sua criação (isso já foi demonstrado e não há benefício em se buscar), mas a utilização dessa posição paralítica com potencial de profanação para o desenvolvimento de uma instituição capaz de buscar (ainda que, inicialmente, apenas em seu âmbito interno) a efetivação da verdadeira democracia e a consequente superação do simulacro democrático liberal que determina a forclusão da maioria e a legitimação da exploração.

Descriptar, por sua vez, tem significado bastante além desse. Trata-se de buscar formas de tornar possível o acesso à linguagem, o acesso e a criação (constante) do Direito e, conseqüentemente, o acesso e a criação (constante) do mundo aos marginalizados e, diante disso, possibilitar o resgate do conflito e permitir a construção (constante) de um mundo que não utilize a universalização retroativa como maneira de solidificar o poder e marginalizar os que foram dele alijados. (Silva, 2021, p. 159).

Trata-se, portanto, de processo que possibilita o acesso à linguagem (sagrada) aos grupos atualmente impedidos de criar a própria realidade (profanação), o que se dá somente pela garantia de constante busca pelo conflito.

O que se propõe é que a Defensoria Pública, utilizando-se de sua posição paralítica privilegiada, garanta que os grupos atualmente em situação de forclusão possam se utilizar da instituição como instrumento de manifestação do conflito legítimo (não docilizado, emperrado e limitado por questões previamente definidas por grupos privilegiados).

Não se trata de parar de atuar de modo autofágico (pessoal e institucionalmente) e em busca de profusão de número de processos abertos e cuja atuação (espelhada e repetida nas instituições de caráter evidentemente perverso), mas de garantir a abertura institucional para a criação jurídica (e da própria realidade), sem amarras prévias (sejam materiais ou processuais), aos grupos vulneráveis.

Isso implica em possibilitar, facilitar e legitimar o discurso desses grupos dentro da própria instituição e pela atuação institucional. Deve ser feito sem preconceitos ou limites a respeito do que é permitido (ou não) pelas regras jurídicas já impostas – as de caráter universalizante (da exceção), perverso e sádico.

A pretensão do deste texto é, portanto, estimular, diante desse desvelamento (que se pretende ter deixado claro) e da exortação para a ressignificação da (talvez) única instituição (involuntariamente) capaz de profanar o sistema, a criação e o desenvolvimento de práticas capazes de resgatar o conflito das amarras do simulacro democrático liberal vigente e permitir, ao menos no próprio âmbito institucional, a efetivação de um instrumento democrático.

Essa pretensão e exortação foram responsáveis pela instalação, no âmbito da Defensoria Pública da União, do Projeto Comunidades Democráticas de Base que identifica lideranças de grupos sociais organizados, que se encontram em situação de foraclusão, e as convida a participar da construção jurídica a ser trabalhada (nos diversos âmbitos possíveis, judicial e extrajudicial) pela Defensoria Pública. A forma de expressão, as pretensões a serem trabalhadas, bem como o melhor caminho para seu alcance são livremente discutidos, pelos grupos e pelos representantes da instituição.

Trata-se de uma tentativa de descriptação desenvolvida após o traumático processo de desvelamento, cuja pretensão é estimular a criação de outros diferentes processos de ressignificação capazes de aproveitar a posição ímpar da Defensoria Pública diante de um sistema absolutamente perverso e marginalizante.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Esta análise pretendeu, de modo assumidamente traumático, apontar a posição paralítica da Defensoria Pública em um sistema jurídico perverso, que se utiliza, com fundamento ontológico, do povo (como poder constituinte retroativamente criado) para evitar a participação de grupos não adequados ao modelo previamente definido pelo Direito, nas decisões sociais relevantes e, conseqüentemente, na construção da própria realidade.

O desenvolvimento teórico e a análise da atuação institucional prática permitiram verificar que a Defensoria Pública foi idealizada, criada e desenvolvida, não para os objetivos constitucionalmente expressos, mas para representar para os grupos foracluídos do sistema, um objetivo de, superada alguma crise passageira, efetiva implementação das promessas constitucionais. Assim, a situação de precariedade institucional programada cumpre o papel essencial como sustentáculo da ideia de universalização de direitos após

superação de crises, mesmo diante da geração de crises pelo próprio Estado para manutenção do *status quo*.

Apesar disso, e da máscara da realidade utilizada pela Defensoria Pública (máscara de **inimigo útil**), a instituição cumpre papel essencial (certamente não pretendido pelo sistema) de evitar o total desamparo de grupos foracluídos do sistema. Além disso, (e, também como certamente não é pretendido pelo sistema) a instituição se coloca em situação duplamente paralítica ao mostrar o que a ideia de universalização jurídica deveria omitir: a existência de grupos permanentemente vulneráveis.

Essa posição paralítica com capacidade de profanação é ponto fundamental para o apontamento de caminhos viáveis para a ressignificação institucional (descriptação), capaz de garantir que sua posição legitimada (e legitimadora) seja utilizada para o resgate do conflito e avocação pela instituição da posição de instrumento da radicalidade democrática.

Como exemplo desse processo, que se pretende seja permanente, mutante e revelado democraticamente, se apontou a experiência (ainda inicial) do Projeto Comunidades Democráticas de Base no âmbito da Defensoria Pública da União em Minas Gerais, uma primeira tentativa de se utilizar o processo traumático de desvelamento da encriptação para a produtiva e necessária descriptação.

REFERÊNCIAS

Agamben, G. (2007). Profanações. São Paulo: Boitempo.

Bauman, Z. (1998). O mal-estar da pós-modernidade. Rio de Janeiro: Zahar.

Chauí, M. (2006). Cidadania cultural: o direito à cultura. São Paulo: Perseu Abramo.

Chauí, M. (2013). Contra a servidão voluntária. Vol. 1. Belo Horizonte: Autêntica Editora.

Elster, J. (1986). An introduction to Karl Marx. Cambridge: Cambridge University Press.

Hincapié, G.M. & Sanín-Restrepo, R.S. (2012). La constitución encriptada: nuevas formas de emancipación del poder global. In: Revista de Derechos Humanos e Estudios Sociales. Año IV. n.8.

Sanín-Restrepo, R. S. (2016). Decolonizing democracy: power in a solid state. London. New York: Rowan & Littlefield.

Sanín-Restrepo, R.S. (2017) The razor´s Edge of politics: notes on the meaning of the encryption of power. In: Critical Legal Thinking: Law and the Political. Recuperado de <https://criticallegalthinking.com/2017/08/03/razors-edge-politics-notes-meaning-encryption-power/>. Acesso em 02.02.2022.

Santos, B. S., & Meneses, M. P. (2009). Epistemologias do sul. Coimbra: Almedina.

Silva, D. O. (2021). Desencriptando a Defensoria Pública: é possível retirar a máscara de “inimigo útil”? Belo Horizonte: Editora D´Plácido.

Žižek, S. (2008). A visão em paralaxe. São Paulo: Boitempo.

Žižek, S. (2010). Como ler Lacan. Rio de Janeiro: Zahar.

CONSIDERACIONES ACERCA DEL ACCESO A LA JUSTICIA ANTE LA PANDEMIA DEL COVID-19 EN EL PARAGUAY: ACCIONES ESTRATÉGICAS REALIZADAS POR LA DEFENSA PÚBLICA

CONSIDERAÇÕES SOBRE O ACESSO À JUSTIÇA DIANTE DA PANDEMIA DA COVID-19 NO PARAGUAI: AÇÕES ESTRATÉGICAS REALIZADAS PELA DEFESA PÚBLICA

CONSIDERATIONS ON THE ACCESS TO THE LEGAL SYSTEM DURING THE COVID-19 PANDEMIC IN PARAGUAY: STRATEGIC ACTIONS CONDUCTED BY THE PUBLIC DEFENDER'S OFFICE

María Lorena Segovia Azucas
Defensora General de la República del Paraguay; Coordinadora de la Asociación
Interamericana de Defensorías Públicas (AIDEP) para América del Sur; Magíster
en Derecho Civil y Comercial (Universidad Nacional de Asunción, Paraguay).
mlsegovia@mdp.gov.py

Tania María Abdo Rocholl
Directora General Académica y de Cooperación para el Desarrollo de la Defensa
Pública del Paraguay; Máster en Derecho de Familia (Universitat de Barcelona,
España); Máster en Derecho, Economía y Gestión (Université de Limoges, Francia).
abdotania@gmail.com

RESUMEN

El presente artículo aborda el impacto de la pandemia del COVID-19 en los derechos humanos, así como las acciones institucionales del Ministerio de la Defensa Pública (MDP) del Paraguay para garantizar la adecuada asistencia a la población. Se parte del marco normativo general y de los documentos más relevantes emanados del sistema internacional y regional de derechos humanos en relación con el COVID-19, que tratan sobre el derecho a la salud y el acceso a la justicia, para luego desarrollar las múltiples iniciativas estratégicas y buenas prácticas

ejecutadas por el MDP durante la crisis sanitaria mundial. Por último, se cierra la investigación con unas breves conclusiones sobre cómo afrontar positivamente los desafíos en la materia.

Palabras clave: Derechos humanos. Defensa pública. Acceso a la justicia. COVID-19.

RESUMO

Este artigo aborda o impacto da pandemia da COVID-19 nos direitos humanos, bem como as ações institucionais do Ministério da Defensoria Pública (MDP) do Paraguai para garantir assistência adequada à população. Primeiro, serão apresentados o marco normativo geral e os documentos mais relevantes emanados do sistema internacional e regional de direitos humanos em relação à COVID-19, que tratam do direito à saúde e do acesso à justiça, depois serão discutidas as múltiplas iniciativas estratégicas e as boas práticas implementadas pelo MDP durante a crise sanitária mundial. Por último, serão realizadas breves conclusões sobre como enfrentar positivamente os desafios nesta área.

Palavras-chave: Direitos humanos. Defensoria pública. Acesso à justiça. COVID-19.

ABSTRACT

This article addresses the impact of the COVID-19 pandemic on human rights, as well as the institutional actions of the Ministry of Public Defense (MDP) of Paraguay to ensure adequate assistance to users, who are its focus. It starts with the general normative framework and the most relevant documents emanating from the international and regional human rights system in relation to COVID-19, which deal with the right to health and access to justice, and then develops the multiple strategic initiatives and good practices implemented by the MDP during the global health crisis. Finally, the research closes with brief conclusions on how to positively address the challenges in this area.

Keywords: Human rights. Access to justice. Public defense. COVID-19.

SUMARIO

INTRODUCCIÓN. 1. MARCO NORMATIVO Y DOCUMENTOS RELEVANTES DEL SISTEMA UNIVERSAL Y REGIONAL DE DERECHOS HUMANOS EN RELACIÓN CON EL COVID-19.

2. ACCIONES ESTRATÉGICAS DE LA DEFENSA PÚBLICA DEL PARAGUAY DURANTE LA PANDEMIA. CONCLUSIONES. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

INTRODUCCIÓN

La aparición de la enfermedad por el nuevo coronavirus (COVID-19) ha obligado a muchos países a decidir la aplicación de medidas extraordinarias encaminadas a asegurar el bienestar general de su población.

En ese sentido, las naciones han decretado estados de emergencia, de excepción o figuras afines con motivo de calamidad pública o conmoción interior, pues los tratados de derechos humanos disponen de artículos específicos que permiten adoptar esas medidas para restringir algunos derechos con el fin de proteger otros, como el caso de la vida y la salud pública, los cuales categóricamente deben ser delimitados a nivel interno por los respectivos bloques de constitucionalidad de cada país, concebidos como:

[...](Todo) conjunto de normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes por cuanto han sido normativamente integrados al texto constitucional por mandato de la propia Constitución.... (PARRA VERA, 2003, p. 27)

Conforme lo ha manifestado la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OHCHR, por sus siglas en inglés):

Las crisis que se están produciendo con la pandemia de COVID-19 están desafiando todo el espectro de derechos consagrados en los tratados internacionales de derechos humanos. Con la rápida propagación del coronavirus entre las prisiones, los centros de detención y las instalaciones médicas, así como con el aumento de las denuncias de discriminación, abusos, derogaciones y pérdidas de ingresos, es urgente y primordial adoptar medidas especiales y establecer una colaboración internacional para proteger a los grupos más vulnerables. (Office of the High Commissioner for Human Rights,

2020a, parr. 1, enlace: <https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/Pages/COVID-19-and-TreatyBodies.aspx>).

Desde el inicio de la pandemia, los órganos creados en virtud de los tratados de Naciones Unidas han instado a los líderes mundiales a que garanticen el respeto de los derechos humanos en las medidas gubernamentales para hacer frente a la amenaza para la salud pública que supone la pandemia del COVID-19. Varios de estos órganos de derechos humanos han emitido recomendaciones oportunas y específicas a los Estados sobre la necesidad de una respuesta a la actual pandemia basada en los derechos humanos (Office of the High Commissioner for Human Rights, 2020b).

En este contexto, en el apartado 1 de este artículo se describen, por tal motivo y de manera sucinta, tanto el marco normativo como aquellos documentos más relevantes emanados del sistema internacional y regional de derechos humanos en relación con el COVID-19, que abordan el derecho a la salud y el acceso a la justicia.

En el caso del Paraguay, el Ministerio de la Defensa Pública (MDP) cerró un año 2020 complicado por la crisis sanitaria, no obstante hizo frente a su obligación legal de garantizar el acceso gratuito a la jurisdicción y ejercer la tutela judicial efectiva de las personas usuarias en condiciones de igualdad, con un total de 195.835 personas asistidas (Ley n.º 4423, 2011).

De tal suerte, en el apartado 2 del mismo se presenta una serie de cifras que dará cuenta del trabajo desarrollado por una defensoría pública humanizada, cuyo centro son las personas, reconociendo el estado de vulnerabilidad en que generalmente se encuentran al momento de recibir el servicio público que brinda la institución.

Para culminar, se esbozan unas breves conclusiones que servirán de orientaciones para enfrentar los nuevos desafíos que sin dudas irán apareciendo en el marco de una política institucional alineada a la expectativa de acercarse, cada vez más, a:

[...] Una Defensa Pública efectiva, confiable y reconocida por su labor institucional en la promoción del acceso a la justicia y la protección de los derechos humanos de las personas en situación de vulnerabilidad. (Ministerio de la Defensa Pública, n.d., Nuestra Visión)

1. MARCO NORMATIVO Y DOCUMENTOS RELEVANTES DEL SISTEMA UNIVERSAL Y REGIONAL DE DERECHOS HUMANOS EN RELACIÓN CON EL COVID-19

El **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)** establece, en su artículo 4, la posibilidad de que los Estados Partes puedan tomar medidas y derogar sus obligaciones asumidas, toda vez que estén ante situaciones de emergencia pública que amenazan la vida de la nación¹. Ello se complementa con las disposiciones de los cuerpos normativos de protección regional, siendo pertinente para este trabajo el artículo 27 de la **Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH)**².

¹ PIDCP, artículo 4:

“1. En situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación y cuya existencia haya sido proclamada oficialmente, los Estados Partes en el presente Pacto podrán adoptar disposiciones que, en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de este Pacto, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada únicamente en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.

2. La disposición precedente no autoriza suspensión alguna de los artículos 6, 7, 8 (párrafos 1 y 2), 11, 15, 16 y 18.

3. Todo Estado Parte en el presente Pacto que haga uso del derecho de suspensión deberá informar inmediatamente a los demás Estados Partes en el presente Pacto, por conducto del Secretario General de las Naciones Unidas, de las disposiciones cuya aplicación haya suspendido y de los motivos que hayan suscitado la suspensión. Se hará una nueva comunicación por el mismo conducto en la fecha en que se haya dado por terminada tal suspensión.” (Organización de las Naciones Unidas, 1966).

² Según lo que establece el artículo 27 de la CADH:

“Suspensión de Garantías

1. En caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado parte, éste podrá adoptar disposiciones que, en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de esta Convención, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.

2. La disposición precedente no autoriza la suspensión de los derechos determinados en los siguientes artículos: 3 (Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica); 4 (Derecho a la Vida); 5 (Derecho a la Integridad Personal); 6 (Prohibición de la Esclavitud y Servidumbre); 9 (Principio de Legalidad y de Retroactividad); 12 (Libertad de Conciencia y de Religión); 17 (Protección a la Familia); 18 (Derecho al Nombre); 19 (Derechos del Niño); 20 (Derecho a la Nacionalidad); y 23 (Derechos Políticos), ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.

3. Todo Estado Parte que haga uso del derecho de suspensión deberá informar inmediatamente a los demás Estados Partes en la presente Convención, por conducto del Secretario General de la Organización de los Estados Americanos, de las disposiciones cuya aplicación haya suspendido, de los motivos que hayan suscitado la suspensión y de la fecha en que haya dado por terminada tal suspensión.” (Organización de los Estados Americanos, 1969).

Como se ha dicho durante la crisis sanitaria mundial numerosas naciones han optado por declarar estados de emergencia o excepción con base en los textos convencionales citados, lo que produjo una derogación de sus obligaciones internacionales dada la imposibilidad de respetar ciertos y determinados derechos. Sin embargo, conviene indicar que estas derogaciones exigen el cumplimiento de ciertas condiciones, para lo cual se hará mención de aquellas establecidas en la **Observación General n.º 29. Estados de Emergencia (Artículo 4)** del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas (CCPR, por sus siglas en inglés), que constituye la interpretación autorizada del PIDCP (Comité de Derechos Humanos, 2001).

En efecto, tanto el PIDCP como esta Observación General establecen seis requisitos o condiciones para efectuar derogaciones, que son similares en los tratados mencionados: 1. La proclamación oficial del estado de emergencia o excepción por un Estado parte; 2. La notificación oficial al Secretario General de Naciones Unidas; 3. La estricta necesidad y la proporcionalidad de toda medida adoptada; 4. La conformidad de las medidas adoptadas con otras obligaciones internacionales; 5. La no discriminación; y 6. La prohibición de suspender ciertos derechos inderogables.

Otros elementos del PIDCP que no pueden ser suspendidos son el derecho a un trato digno (Art. 10, párr. 1), la prohibición de toma de rehenes, los secuestros o la detención no reconocida, la prohibición del desplazamiento forzoso, la prohibición de la propaganda en favor de la guerra y de la apología del odio nacional, racial o religioso (Art. 20), y, en lo que concierne a la temática del presente trabajo, el derecho de las víctimas a obtener un recurso efectivo (Art. 2, párr. 3), la garantía fundamental contra la detención arbitraria, el derecho de hábeas corpus y las garantías de un juicio justo. Esta cuestión de la inderogabilidad se trasunta también a la CADH, que explicita el catálogo de derechos absolutos, no susceptibles de restricción alguna.

Vale decir que las normas individualizadas consagran como derecho humano inderogable el acceso a la justicia, que requiere garantía para todas las personas sin discriminación

alguna, no solamente en materia penal, sino además en salvaguarda de derechos de otra naturaleza y de otros intereses sea cual fuere la instancia judicial competente³.

En concreto, países como Argentina, Armenia, Burkina Faso, Chile, Colombia, República Dominicana, Ecuador, El Salvador, Etiopía, Estonia, Georgia, Guatemala, Kirguistán, Letonia, Moldavia, Palestina, Perú, Rumania, San Marino, Tailandia y Ucrania hicieron uso de la figura de la derogación (United Nations, n.d.), en tanto, el resto mayoritario de naciones limitó derechos sin derogarlos, incluso en casos de grave afectación de su población. Esto demuestra claramente la interpretación diversa que puede darse al derecho internacional de los derechos humanos.

También es importante tener en cuenta los preceptos establecidos en 1984 por los **Principios de Siracusa sobre las Disposiciones de Limitación y Derogación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos** (Comisión de Derechos Humanos, 1984), materializados mediante la nota verbal del 24 de agosto de 1984 enviada por el Representante Permanente de los Países Bajos ante la oficina de Naciones Unidas en Ginebra al Secretario General de las Naciones Unidas. De tal suerte, en el marco de los principios interpretativos en materia de salud pública, este plexo normativo dispone que:

15. La salud pública puede invocarse como motivo para limitar ciertos derechos a fin de permitir a un Estado adoptar medidas para hacer frente a una grave amenaza a la salud de la población o de alguno de sus miembros. Estas medidas deberán estar encaminadas específicamente a impedir enfermedades o lesiones o a proporcionar cuidados a los enfermos y lesionados.

16. Deberán tenerse debidamente en cuenta las normas sanitarias internacionales de la Organización Mundial de la Salud. (Comisión de Derechos Humanos de la ONU, 1984, pág. 3, enlace: <https://undocs.org/pdf?symbol=es/E/CN.4/1985/4>).

Según el mismo instrumento, el principio de estricta necesidad debe aplicarse de manera objetiva para la restricción de derechos; es decir, cada medida deberá estar dirigida a un

³ Cf. Alves (2008).

peligro real, claro, presente o inminente y no podrá imponerse por la mera sospecha de un peligro potencial. No obstante, habría que preguntarse hasta qué punto debe ser considerado inminente un peligro para que se permitan las excepciones, ya que podría decirse que es mejor prevenir la aparición de una emergencia pública que curar una emergencia pública después de que haya estallado⁴.

La salud pública como foco de interés se encuentra contemplada en todas las cláusulas de limitación del PIDCP y, comparativamente, en las disposiciones análogas de los convenios regionales. Un caso típico de restricción de la libertad de circulación, con sustento en el artículo 12, párrafo 3, de dicho pacto⁵, lo constituyen justamente las medidas de cuarentena dispuestas para evitar la propagación de enfermedades infecciosas⁶.

Como último aporte significativo del sistema universal, el CCPR emitió una **Declaración sobre la suspensión de obligaciones dimanantes del Pacto en relación con la pandemia de COVID-19** (Comité de Derechos Humanos, 2020) con fecha 30 de abril de 2020. Son ideas fundamentales de este documento, las siguientes: a) Ante la pandemia del COVID-19, los Estados Partes deberán adoptar medidas eficaces para proteger el derecho a la vida y la salud de todas las personas que se encuentren en su territorio y de todas las que estén sujetas a su jurisdicción; b) En determinadas circunstancias, dichas medidas pueden conllevar restricciones al ejercicio de los derechos individuales garantizados en el PIDCP, bajo ciertos requisitos y condiciones claramente establecidos; c) Los Estados Partes no deben suspender los derechos consagrados en el PIDCP ni invocar una suspensión ya decretada, cuando estén en condiciones de alcanzar sus objetivos de salud pública o de políticas públicas;

⁴ Cf. Joseph & Castan (2013).

⁵ Conforme consta en el artículo 12 del PIDCP:

“1. Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tendrá derecho a circular libremente por él y a escoger libremente en él su residencia.

2. Toda persona tendrá derecho a salir libremente de cualquier país, incluso del propio.

3. Los derechos antes mencionados no podrán ser objeto de restricciones salvo cuando éstas se hallen previstas en la ley, sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de terceros, y sean compatibles con los demás derechos reconocidos en el presente Pacto.

4. Nadie podrá ser arbitrariamente privado del derecho a entrar en su propio país.” (Organización de las Naciones Unidas, 1966).

⁶ Cf. Schabas & Nowak (2019).

d) Constituyen salvaguardias importantes para garantizar la correcta actuación de los Estados Partes: la libertad de expresión, el acceso a la información y un espacio cívico en el que pueda celebrarse debates públicos.

Tras la pandemia, es muy probable que los órganos jurisdiccionales de los distintos países afronten la difícil tarea de decidir si las medidas adoptadas fueron necesarias o no, estimando su temporalidad, su excepcionalidad, su sujeción al ordenamiento jurídico y su eficiencia para atender adecuadamente el derecho a la salud pública.

A nivel regional, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) instaló una Sala de Coordinación y Respuesta Oportuna e Integrada a la crisis en relación con la pandemia del COVID-19 (SACROI COVID-19), con el fin de dar seguimiento a la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales en el contexto de la crisis sanitaria, en particular, el derecho a la salud y otros derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2020). Este fortalecimiento institucional se complementó con la Resolución 01/2020 de 10 de abril de 2020 sobre **Pandemia y derechos humanos en las Américas** (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2020b), la Resolución 04/2020 del 27 de julio de 2020 relativa a los **Derechos humanos de las personas con COVID-19** (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2020a) y la Resolución 01/2021 del 06 de abril de 2021 sobre **Las vacunas contra el COVID-19 en el marco de las obligaciones interamericanas de derechos humanos** (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2021).

El quid de la Resolución 1/2020 está dado por la formulación de un conjunto de recomendaciones apegadas a los estándares internacionales y regionales en materia de derechos humanos. Es decir, el documento insta a los Estados miembros a la adopción inmediata y transversal del enfoque centrado en derechos humanos, que incluya todo plan de recuperación socioeconómica y el funcionamiento continuo de los poderes públicos. En caso de ser necesaria alguna medida de restricción de derechos, ella deberá ser proporcional, temporal, “pro persona”, tuitiva y orientada a cumplir los objetivos de la salud pública.

En la Resolución 4/2020, por su parte, resaltan los siguientes enunciados: a) Directrices destinadas a que los Estados den cumplimiento a sus obligaciones de respeto y garantía de los derechos humanos de las personas con COVID-19, con un enfoque interseccional y multidisciplinario que reconozca y afirme la dignidad humana, la eliminación de todas las formas de discriminación, así como la indivisibilidad y la interdependencia de dichos derechos en su normativa y políticas públicas internas; y, b) Lineamientos para la realización de acciones dirigidas a la protección del derecho a la salud de las personas con COVID-19, englobando aspectos sobre los derechos al consentimiento en materia de salud, igualdad y no discriminación, privacidad y uso de datos, acceso a la información, protección de otros derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, y acceso a la justicia.

Luego, en su Resolución 01/2021, la CIDH señaló que:

Es imperativo que se promueva la distribución justa y equitativa de las vacunas y, en particular, hacerlas accesibles y asequibles para los países de medios y bajos ingresos. La equidad debe ser el componente clave no solo entre países, sino también dentro de los países para poder poner fin a la fase aguda de la pandemia... (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2021, p. 2)

En lo que incumbe específicamente al acceso a la justicia, la CIDH y el Relator Especial sobre la independencia de magistrados y abogados de Naciones Unidas emitieron el 27 de enero de 2021 una **Declaración conjunta sobre el acceso a la justicia en el contexto de la pandemia del COVID-19** (2021), mediante la cual realizaron un llamado de atención a los Estados miembros para que, como parte de las medidas adoptadas para contener la pandemia del COVID-19, se garantice el más amplio acceso a la justicia como medio fundamental para proteger y promover los derechos humanos y libertades fundamentales, sin que sean afectados por la suspensión de la actividad jurisdiccional, fiscal, de los plazos y actos procesales. En ese orden de ideas, ponderaron las iniciativas de diversos órganos de justicia de la región que implementaron el uso de la tecnología y de plataformas digitales para trabajar a distancia, celebrar audiencias, realizar actos procesales, entre otras acciones.

Vale recordar, finalmente, que un importante avance en la interpretación de los derechos humanos se ha dado al aplicar al acceso a la justicia aquellas obligaciones positivas del Estado destinadas a remover barreras y obstáculos de orden jurídico, social, económico y cultural que dificultan o impiden el pleno ejercicio de los derechos humanos por parte de sus titulares⁷.

2. ACCIONES ESTRATÉGICAS DE LA DEFENSA PÚBLICA DEL PARAGUAY DURANTE LA PANDEMIA

El 7 de marzo de 2020, el Ministerio de Salud del Paraguay (MSPBS) informó el ingreso del primer caso de COVID-19 al Paraguay (Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social, 2020). Luego, el 24 de abril, la citada cartera del Gobierno nacional comunicó a toda la población el plan denominado “*Cuarentena Inteligente*”, que comenzaría a aplicarse el 4 de mayo de 2020 por fases, turnos rotatorios y teniendo en cuenta las diferentes regiones del país (ABC Color, 2020).

Ante esta realidad y siguiendo el razonamiento dispensado en el apartado anterior cuando se hablaba de la derogación o restricción de derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales, el sistema de justicia se vio obligado a garantizar la mínima afectación del principio básico de acceso a la justicia, ofreciendo a las personas usuarias todos los mecanismos y herramientas a su disposición.

En particular, el desafío del COVID-19 demanda esfuerzos adicionales para la defensa pública del Paraguay y las demás defensorías públicas de la región, que tienen como ejes orientadores de su actuar a las obligaciones internacionales de derechos humanos⁸.

Como bien se ha afirmado en la introducción del presente trabajo, las líneas de trabajo del MDP fueron diseñadas para lograr una defensoría pública humanizada, con la sensibilidad que requiere una labor que propende al acceso a la justicia y a la protección de los derechos humanos de las personas a quienes debe brindar servicio la institución.

⁷ Cf. Andreu-Guzmán & Courtis (2008).

⁸ Cf. Asociación Interamericana de Defensorías Públicas (2020).

A pesar de la pandemia, el trabajo nunca se detuvo. Puede afirmarse que se redoblaron esfuerzos en salvaguarda de los derechos de las personas asistidas, con pautas de gestión en el trabajo principalmente telemático, para que ninguna de ellas sienta abandonada su defensa en los procesos judiciales que debe afrontar⁹.

A continuación, serán detalladas las acciones llevadas a cabo desde el MDP durante este brote pandémico.

En materia de **nuevas tecnologías**, se encuentra en etapa final el proceso de construcción de indicadores de acceso a la justicia, con el desarrollo de una herramienta informática mediante la cooperación de la OHCHR. También se habilitó la línea 133 para la atención y asesoramiento al público en general a través de mensajes en redes sociales y en diferentes medios de prensa, iniciativa realizada con la cooperación técnica y comunicacional del Fondo de Población de las Naciones Unidas –UNFPA–(Ministerio de la Defensa Pública, 2021).

Igualmente se implementó una plataforma web y una aplicación móvil de registro de casos de tortura para uso de defensoras y defensores públicos, desarrollada mediante convenio entre el MDP, el Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura (MNP) y la organización no gubernamental TEDIC (Ministerio de la Defensa Pública, 2021).

El área de **formación** de la defensa pública desarrolla sus labores desde un enfoque multidisciplinario; su política ha sido fortalecida aún en tiempo de pandemia, aumentándose su efectividad en un 12% durante 2020, con relación a 2019. Durante esos dos años fueron capacitadas 3.395 personas y se ha desarrollado en 2020 un campus virtual para consolidar las actividades formativas. Asimismo, el anterior centro de formación cumplió con las exigencias requeridas para convertirse en el actual Instituto Técnico Superior de la Defensa Pública (Ministerio de la Defensa Pública, 2021).

Por otra parte, actualmente en lo atinente a **infraestructura**, se han construido en menos de dos años 6 sedes situadas en el interior del país, con todas las prestaciones necesarias para un buen servicio, a saber: accesos y sanitarios para personas con discapacidad, salas

⁹ Cf. Ministerio de la Defensa Pública (2021).

de lactancia, áreas de juego para niñas y niños, entre otros, priorizando de esta manera la descentralización del servicio.

En cuanto a sectores priorizados por su situación de vulnerabilidad, desde enero hasta noviembre de 2020, fueron asistidos por el MDP 54.239 niñas, niños y adolescentes; 1.818 mujeres víctimas de violencia; 471 personas con discapacidad; 72.119 personas atendidas en el fuero penal; 433 personas indígenas; 366 personas migrantes; 3.089 personas mayores y 44 personas LGTBI (Ministerio de la Defensa Pública, 2020).

En el ámbito de la **niñez y adolescencia**, fue elaborado y aplicado un **Protocolo de monitoreo de niños, niñas y adolescentes alojados en albergues de cuarentena obligatoria preventiva y de pacientes con COVID-19**. En dicho orden, la coordinación entre la Defensoría Adjunta Civil de la Niñez y la Adolescencia, el Consejo de Defensa Nacional (CODENA) y el Ministerio de la Niñez y la Adolescencia (MINNA) llevó adelante el monitoreo y registro actualizado de niñas, niños y adolescentes no acompañados, alojados en albergues de cuarentena obligatoria durante 2020.

Hasta noviembre del 2020 se contabilizó 125 niñas, niños y adolescentes no acompañados que retornaron al país, de los cuales 31 fueron víctimas con certificación de trata; en cuanto a la distribución geográfica, el 18% provenían del Departamento de Caaguazú, el 12% de Alto Paraná, el 6% de San Pedro, el 3% de Itapúa, el 3% de Canindeyú, el 2% de Caazapá, el 2% de Central, el 1% de Amambay, el 1% de Guairá, el 1% de Paraguairí, y el 1% de la capital.

Se trabajó asimismo por la desinstitucionalización de niñas, niños y adolescentes, bajo el lema de “No más niños archivados”. En 2020 se diagnosticaron 636 casos de institucionalización, de los cuales fueron desinstitucionalizados 258 niños, niñas y adolescentes (Ministerio de la Defensa Pública, 2021).

De enero a noviembre del 2020, se iniciaron 7.232 juicios en representación de niñas, niños y adolescentes, entre ellos: medidas cautelares de protección, asistencia alimenticia, homologación de acuerdos entre progenitores, régimen de convivencia. Igualmente,

la defensa pública –en su función contralora– tomó intervención en 7.904 juicios, totalizando 15.136 nuevos casos judiciales.

Las **mujeres víctimas de violencia** de 16 circunscripciones nacionales fueron asistidas y orientadas jurídicamente por 18 defensoras y defensores públicos especializados en la Ley 5.777/2016 de Protección Integral a las Mujeres contra toda Forma de Violencia, a partir de un **Protocolo de actuación** implementado al efecto, así como una **Guía de lenguaje inclusivo**. También fueron atendido este colectivo en la oficina del MDP ubicada en Ciudad de Mujer (Ñande Kerayvoty Renda), dependiente del Ministerio de la Mujer – MinMujer– (Ministerio de la Defensa Pública, 2020).

El MDP, aparte de representar y lograr el efectivo uso y goce de los derechos de las **personas con discapacidad**, tiene prevista la implementación de un **Plan de inclusión laboral** (Ministerio de la Defensa Pública, 2020).

En lo que respecta a las **personas privadas de libertad**, con el objeto de garantizarles el derecho a la vida e integridad, se dictaron pautas de gestión jurisdiccional para las unidades de defensoría del fuero penal ordinario, adolescente y ejecución penal de cada circunscripción judicial del país. Estos instrumentos han servido para solicitar exitosamente medidas alternativas a la prisión preventiva, menos gravosas y otros beneficios del sistema de ejecución penal.

Se establecieron turnos en cada fuero y se priorizó la atención, durante la emergencia sanitaria, de personas con enfermedades, embarazo, lactancia, discapacidad y de pueblos indígenas. En el mismo contexto, las audiencias, asesoramientos y entrevistas fueron realizados por medios telemáticos, que constituyen herramientas eficaces para garantizar la prestación de los servicios que ofrece la institución (Ministerio de la Defensa Pública, 2020).

En relación con los **pueblos indígenas**, importa señalar inicialmente que el Paraguay es una nación pluricultural y bilingüe oficial, caracterizada por su diversidad lingüística, pues si bien existen dos lenguas de uso mayoritario, el guaraní y el español, también siguen vivas otras 19 lenguas indígenas que tienen reconocimiento como parte del patrimonio cultural nacional.

En efecto, la propia Constitución Nacional garantiza el derecho de los pueblos indígenas a preservar y a desarrollar su identidad étnica, su hábitat, a aplicar sus sistemas de organización política, social, económica, cultural y religiosa, al igual que la voluntaria sujeción a sus normas consuetudinarias para la regulación de su convivencia interior, siempre que no contraríen los derechos fundamentales establecidos en la Carta Magna. Esto no hace otra cosa que reconocer sustancialmente la diversidad, su manera de vivir diferente y su peculiar cosmovisión.

La protección jurídica se reafirma en el Código Procesal Penal, que dedica un capítulo exclusivo al procedimiento aplicable a los “Hechos Punibles Relacionados con los Pueblos Indígenas”, con distintas etapas en las que se requiere de la asistencia obligatoria de peritos en cultura indígena para el análisis de su estado de alienación cultural y para el conocimiento y aplicación de sus propias maneras de resolución de conflictos, además de otras cuestiones relevantes.

Los sistemas jurídicos indígenas de cada pueblo tienen sus propios sentidos de espiritualidad, resistencia, justicia y autonomía. Sus normas, autoridades de decisión y aplicación y procedimientos son variados según cada pueblo y no necesariamente se encuentran definidos en nuestros sistemas de convivencia extracomunitaria. Por ello, los defensores públicos deben comprender que la etnicidad no es meramente la manera distinta de hablar o de vestirse, sino que se establece a través de las propias instituciones, de la manera divergente de vida sustentada en su cosmovisión, en su cultura propiamente.

El MDP, con base en ese razonamiento, dispensa su constante apoyo institucional a este sector de la población mediante la Asesoría de Pueblos Indígenas, dependiente de la Dirección de Derechos Humanos. Dicho estamento cuenta con abogados y antropólogos, matriculados en la Corte Suprema de Justicia como peritos en cultura indígena y, en efecto, habilitados para participar en los procesos judiciales en los cuales los defendidos sean personas indígenas; dichos funcionarios obran con total independencia de criterio y plena objetividad, de conformidad con su particular experticia.

Con capacidad instalada y consolidada, el equipo antropológico del MDP realizó 59 informes y participó en 131 audiencias, telemáticas y presenciales, durante 2020. Además se

realizaron 13 asesoramientos y 3 “aty guasú” o encuentros comunitarios en varias comunidades indígenas (Ministerio de la Defensa Pública, 2020).

Un “aty guasú” o encuentro comunitario constituye un procedimiento especial que se inicia con una ardua deliberación con los representantes de la comunidad indígena para llegar a un acuerdo que, posteriormente, se aprueba u homologa por resolución judicial, respetando el derecho consuetudinario como un método de resolución de conflictos dentro de la cultura indígena. El encuentro se lleva a cabo normalmente con presencia del juzgado penal de garantías de turno, la defensa pública, el ministerio público y la consultoría técnica especializada en asuntos indígenas, también de la defensa pública, además de los miembros de la comunidad y los involucrados.

Asimismo, para dar lugar a una mejor asistencia a las personas indígenas que requieren de los servicios de la defensa pública, varios defensores –capacitados en la temática– han desempeñado sus funciones en casos concretos totalmente en idioma guaraní, con resultados sumamente auspiciosos, lo que tuvo como consecuencia la creación de un grupo de defensores públicos especializados en derechos de los pueblos indígenas.

Por su parte, el Instituto Superior de la Defensa Pública tiene el mandato de organizar y desarrollar cursos de lengua guaraní durante el presente año 2021, a los que se sumarán capacitaciones en cultura y sistemas jurídicos indígenas dictados por los abogados y antropólogos de la institución.

En lo que concierne a las **personas migrantes**, la Dirección de Derechos Humanos del MDP y el Grupo Especializado de Defensoras y Defensores Públicos para asistencia a Migrantes y Refugiados llevaron a cabo atenciones personalizadas, asesoramiento y acompañamiento ante otras instituciones públicas a extranjeros residentes en el país, así como atención por vía telefónica y telemática (mensajes de WhatsApp, mensajes de voz y correos electrónicos) a personas residentes en el extranjero y deseosas de retornar al país, principalmente desde Argentina, México y España (Ministerio de la Defensa Pública, 2020). También enfocaron su asistencia en materia de derecho a la salud y vacunación a extranjeros.

Las **personas mayores** fueron asistidas, principalmente, en juicios sobre insanía, divorcio, usucapión y sucesión. Además, el MDP aportó formal y sustancialmente a la redacción del Informe Final denominado **Personas mayores alojadas en centros penitenciarios** (Ministerio de la Defensa Pública, 2020).

Para finalizar, en cuanto a las **personas LGTBI**, el MDP aprobó la aplicación de un **Protocolo de atención a personas LGTBI** en todas sus sedes (Ministerio de la Defensa Pública, 2021), dado que la igualdad y el principio de no discriminación han sido ejes transversales en su actuación cotidiana.

CONCLUSIONES

Como juiciosamente lo ha dicho el filósofo italiano Nuccio Ordine:

En este momento en que la gente no se puede abrazar, darse la mano o besarse, descubrimos que no es verdad la idea que regía el mundo, ese individualismo que asegura que los hombres son islas separadas. Al contrario, tenemos necesidad del otro.... (Ordine, 2020 en entrevista a Ayén, 2020, enlace: <https://www.lavanguardia.com/cultura/20200316/474180133280/conversaciones-pandemia-nuccio-ordine-coronavirus.html>)

Este aspecto de la sociabilidad, el gregarismo, demuestra con claridad que ningún ser humano estaba listo para el aislamiento; ninguna nación estaba preparada para enfrentar una pandemia de esta magnitud. Y las defensorías públicas, como parte de ese todo, no escapan a la misma realidad.

Pero la historia ha enseñado que paralizarse ante una crisis significa perecer.

Siempre se habla de aprovechar las crisis, viéndolas como oportunidades transformadoras; por ello, el trabajo debe ser más visible que nunca, para que cada sociedad sienta seguridad y confianza en sus instituciones.

Puede sortearse exitosamente esta emergencia sanitaria si aquellas acciones que se iniciaron como decisiones políticas o económicas, se fortalecen y convierten en lazos genuinos

cuyo objetivo no sea meramente el desarrollo estadístico, sino que propendan a la efectiva salvaguarda de derechos. Más allá de cumplir con obligaciones internacionales, más allá de cumplir con el mandato legal, se está ante la oportunidad única de elevar la noción de lo que la defensa pública puede significar en la vida de cada persona.

La defensa pública del Paraguay conoce bien sus desafíos. Muchos de ellos siguen pendientes por el escaso presupuesto con el que cuenta, pues es la institución del sistema de justicia que menos ha crecido en sus partidas durante los últimos años y a la que, en contrapartida, concurren las personas menos favorecidas.

En este momento de tanta sensibilidad por la pérdida, el dolor y el descrédito, es necesario asumir la posición del organismo confiable que las personas requieren; la decisión de ser un lugar seguro al cual recurrir solo depende de las propias defensorías públicas. Desde el MDP del Paraguay se tiene la sólida convicción de que es posible hacerlo.

REFERENCIAS

ABC Color. (2020, abril 24). Mazzoleni presenta “cuarentena inteligente” y ratifica que algunas cosas “no van a cambiar”. ABC, Nacionales. Recuperado de <https://www.abc.com.py/nacionales/2020/04/24/mazzoleni-presenta-cuarentena-inteligente-y-ratifica-que-algunas-cosas-no-van-a-cambiar/>

Asociación Interamericana de Defensorías Públicas. (2020). Declaración de la Asociación Interamericana de Defensorías Públicas sobre la situación de las personas privadas de libertad en el contexto de la emergencia sanitaria por COVID-19. Asociación Interamericana de Defensorías Públicas, Buenos Aires, Argentina. Recuperado de http://redpo.mercosur.int/wp-content/uploads/2020/05/Declaracion_AIDDEF.pdf

Alves, C. (2008). Pobreza y derechos humanos: el papel de la Defensoría Pública en la lucha para la erradicación de la pobreza. Anales del Congreso de la Asociación Interamericana de las Defensorías Públicas, Buenos Aires, Argentina, 3.

Andreu-Guzmán, F., & Courtis, C. (2008). Comentarios sobre las 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad. Anales del Congreso de la Asociación Interamericana de las Defensorías Públicas, Buenos Aires, Argentina, 3.

Ayén, Xavi. (2020, marzo 16). Conversaciones de la Pandemia. Nuccio Ordine: “El coronavirus nos muestra que las personas no son islas”. La Vanguardia. Recuperado de <https://www.lavanguardia.com/cultura/20200316/474180133280/conversaciones-pandemia-nuccio-ordine-coronavirus.html>

Comisión de Derechos Humanos. (1984). Principios de Siracusa sobre las Disposiciones de Limitación y Derogación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Organización de las Naciones Unidas, Ginebra, Suiza. Recuperados de <https://undocs.org/pdf?symbol=es/E/CN.4/1985/4>

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2020a). Derechos Humanos de las personas con COVID-19: Resolución nº 04/2020. Organización de los Estados Americanos, Washington, DC, Estados Unidos. Recuperado de <https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-4-20-es.pdf>

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2020b). Pandemia y Derechos Humanos en las Américas: Resolución nº 01/2020. Organización de los Estados Americanos, Washington, DC, Estados Unidos. Recuperado de <https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-1-20-es.pdf>

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2021). Las vacunas contra el COVID-19 en el marco de las obligaciones interamericanas de derechos humanos: Resolución nº 01/2021. Organización de los Estados Americanos, Washington, DC, Estados Unidos. Recuperado de <https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-1-21-es.pdf>

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2020). SACROI COVID-19. Organización de los Estados Americanos, Washington, DC, Estados Unidos. Recuperado de https://www.oas.org/es/CIDH/jsForm/?File=/es/cidh/sacroi_covid19/default.asp

Comité de Derechos Humanos. (2001). Observación general n° 29: Estados de emergencia (artículo 4). Organización de las Naciones Unidas, Ginebra, Suiza. Recuperado de <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2003/1997.pdf>

Comité de Derechos Humanos. (2020). Declaración sobre la suspensión de obligaciones dimanantes del Pacto en relación con la pandemia de COVID-19. Organización de las Naciones Unidas, Ginebra, Suiza. Recuperado de <https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CCPR/COVIDstatementSP.pdf>

Consejo de Derechos Humanos. (2021). Informe nacional presentado con arreglo al párrafo 5 del anexo de la resolución 16/21 del Consejo de Derechos Humanos: Paraguay Naciones Unidas, Ginebra, Suiza. Recuperado de <https://undocs.org/es/A/HRC/WG.6/38/PRY/1>

Declaración conjunta sobre el acceso a la justicia en el contexto de la pandemia del COVID-19. (2021, enero 27). Organización de los Estados Americanos, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Washington, DC, Estados Unidos. Recuperado de <https://www.oas.org/es/CIDH/jsForm/?File=/es/cidh/prensa/comunicados/2021/015.asp>

Joseph, S., & Castan, M. (2013). The International Covenant on Civil and Political Rights: cases, materials, and commentary (3rd ed). Oxford: Oxford University Press.

Ley n° 4423. (2011). Orgánica del Ministerio de la Defensa Pública. Asunción: Congreso de la Nación Paraguaya. Recuperado de <https://www.bacn.gov.py/leyes-paraguayas/9185/ley-n-4423-organica-del-ministerio-de-la-defensa-publica>

Ministerio de la Defensa Pública. (2020). Informe de Gestión 2020. Informe de Gestión 2020. Asunción: Imprenta MDP.

Ministerio de la Defensa Pública. (2021). Informe del Paraguay para el Examen Periódico Universal (EPU, 2021). Asunción Imprenta MDP. Recuperado de <https://undocs.org/es/A/HRC/WG.6/38/PRY/1>

Ministerio de la Defensa Pública. (n.d.). Misión y Visión. Recuperado de <http://www.mdp.gov.py/el-ministerio/mision-y-vision>

Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social. (2020, marzo 7). Primer caso del nuevo coronavirus en el Paraguay. Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social, Asunción, Paraguay. Recuperado de <https://www.mspbs.gov.py/portal/20535/primer-caso-del-nuevo-coronavirus-en-el-paraguay.html>

Office of the High Commissioner for Human Rights. (2020a). COVID-19 and human rights treaty bodies. United Nations, Ginebra, Suiza. Recuperado de <https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/Pages/COVID-19-and-TreatyBodies.aspx>

Office of the High Commissioner for Human Rights. (2020b). Compilation of statements by human rights treaty bodies in the context of the COVID-19 pandemic. United Nations, Ginebra, Suiza. Recuperado de https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/TB/COVID19/External_TB_statements_COVID19.pdf

Organización de las Naciones Unidas. (1966). Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Organización de las Naciones Unidas, Ginebra, Suiza. Recuperado de <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/ccpr.aspx>

Organización de los Estados Americanos. (1969). Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José). Organización de los Estados Americanos, Washington, DC, Estados Unidos. Recuperada de https://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf

Parra Vera, O. (2003). El derecho a la salud en la Constitución, la jurisprudencia y los instrumentos internacionales. Bogotá, D. C.: Defensoría del Pueblo.

Schabas, W. A., & Nowak, M. (2019). U.N. International Covenant on Civil and Political Rights: Nowak's CCPR commentary (3rd ed). Kehl: N. P. Engel Verlag.

United Nations. (n.d.). Treaty collection. United Nations. Recuperado de <http://treaties.un.org>

POVOS E COMUNIDADES TRADICIONAIS: ACESSO VIRTUAL E DEFESA NO PERÍODO PANDÊMICO

PUEBLOS Y COMUNIDADES TRADICIONALES: ACCESO VIRTUAL Y DEFENSA EN EL PERÍODO PANDÉMICO

TRADITIONAL PEOPLES AND COMMUNITIES: VIRTUAL ACCESS AND DEFENSE IN THE PANDEMIC PERIOD

José Roberto Fani Tambasco

Defensor Público Federal, Brasil, membro do Grupo de Trabalho Comunidades Tradicionais da Defensoria Pública da União (Grupo de Trabalho Comunidades Tradicionais); Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais (Universidad del Museo Social Argentino); Mestre em Ciências Ambientais (Universidade de Vassouras-BR); Pós-graduado em Filosofia (Centro Universitário de Barra Mansa); Professor no curso de pós-graduação de História e cultura da África, afro-brasileira e indígena da Universidade de Vassouras (Comunidades e remanescentes de quilombos: políticas de acesso à terra).

jose.tambasco@dpu.def.br

RESUMO

A Defensoria Pública da União, por meio de seu Grupo de Trabalho Comunidades Tradicionais, durante o período pandêmico relativo à COVID-19 e diante das medidas de suspensão dos atendimentos físicos, vem desenvolvendo novas formas de acesso para os membros dos Povos e Comunidades Tradicionais. Estas providências têm a finalidade de ampliar a assistência jurídica gratuita, além de manter-se em estado de alerta face às interpretações doutrinárias e reações legislativas com evidente retrocesso aos seus direitos fundamentais.

Palavras-chave: Defensoria Pública da União. Grupo de Trabalho Comunidades Tradicionais. Povos e comunidades tradicionais. Acesso e defesa no período pandêmico.

RESUMEN

La Defensoría Pública de la Unión, a través de su Grupo de Trabajo de Comunidades Tradicionales, durante el período pandémico relacionado con la Covid-19, en vista de las medidas para suspender la asistencia física, ha estado desarrollando nuevas formas de acceso a miembros de los Pueblos y las Comunidades Tradicionales. Con estas medidas se pretende ampliar la asistencia jurídica gratuita, además de estar alerta ante interpretaciones doctrinales y reacciones legislativas con un evidente retroceso a sus derechos fundamentales.

Palabras Clave: Defensoría Pública de la Unión. Grupo de Trabajo de Comunidades Tradicionales. Pueblos y comunidades tradicionales. Acceso y defensa en el período de pandemia.

ABSTRACT

During the COVID-19 pandemic period and the consequent suspension of in-person assistance measures, the Working Group on Tradition Communities of the Union County Office of the Public Defender has been developing new forms of access for members of Traditional Peoples and Communities. Besides expanding free legal aid, these measures aim at keeping a state of alert in the face of doctrinal interpretations and legislative reactions with an evident setback to their fundamental rights.

Keywords: Union County Office of the Public Defender. Working Group on Traditional Communities. Traditional peoples and communities. Access and defense in the pandemic period.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO. 1. O DESENVOLVIMENTO DE NOVOS MEIOS DE INTERAÇÃO PESSOAL. 2. OS PROCESSOS DE BUSCA ATIVA NA MODALIDADE VIRTUAL. 3. A DEFESA FACE ÀS AMEAÇAS DE IMPEDITIVOS À IMUNIZAÇÃO. 3.1. Prioridade na imunização contra o COVID-19. 3.2. A autodeclaração como elemento efetivo de priorização. 3.3. Necessidade de domicílio na comunidade quilombola. 3.4. Comunidades e o *direito de regresso* a seus territórios. 4. DOS ATOS PARLAMENTARES COM EVIDENTE CUNHO DE RETROCESSO NORMATIVO. CONCLUSÃO.

INTRODUÇÃO

A Defensoria Pública da União (DPU)¹, no cumprimento de suas funções constitucionais,² visando aprimorar a excelência institucional na prestação da assistência jurídica gratuita aos povos e comunidades tradicionais^{3 4} (PCTs), estabeleceu no ano de 2014 o Grupo de Trabalho Comunidades Tradicionais (GTCT)⁵ com os objetivos de assessorar a elaboração de suas macropolíticas públicas institucionais e desenvolver projetos e produtos voltados para a contribuição da reflexão crítica na formação da consciência social dos membros destes PCTs, tanto no processo de autorreconhecimento, também denominado autodeclaratório, como na divulgação e defesa de seus direitos.

Deve-se considerar as peculiaridades dos PCTs no que se refere à natureza geográfica geralmente interiorizada de seus territórios tradicionais⁶, por vezes com características nômades, bem como no que tange às condições multifacetadas dos aspectos culturais de seus membros, representados por suas lideranças, que inferem dificuldades de acesso e utilização dos meios de comunicação tradicional. As ações de assistência jurídica do GTCT,

¹ Organização estatuída pela Lei Complementar nº 80, de 12 de janeiro de 1994 com as alterações implementadas pela Lei Complementar nº 132, de 7 de outubro de 2009.

² Segundo a Lei Complementar nº 80, de 12 de janeiro de 1994 (1994), no Art. 1º, 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, assim considerados na forma do inciso LXXIV do art. 5º da Constituição Federal.

³ Para a compreensão do conceito de comunidades tradicionais, ver: Tambasco (2021).

⁴ Segundo o Decreto nº 6.040 de 7 de fevereiro de 2007 (2007), no art. 3º, I, Povos e Comunidades Tradicionais são "grupos culturalmente diferenciados e que se reconhecem como tais, que possuem formas próprias de organização social, que ocupam e usam territórios e recursos naturais como condição para sua reprodução cultural, social, religiosa, ancestral e econômica, utilizando conhecimentos, inovações e práticas gerados e transmitidos pela tradição".

⁵ Para as notas sobre a criação, finalidade institucional e atuação, ver: Tambasco (2019).

⁶ Em que pese o Supremo Tribunal Federal – STF, ter no ano de 2009 definido a utilização da terminologia Terras em detrimento da expressão Territórios Tradicionais, pelo voto do Ministro Carlos Brito, na Pet 3388 / RR – RORAIMA, a jurisprudência do STF evoluiu doutrinariamente e em recentes julgados encontramos a utilização do conceito Territórios Tradicionais, vide ADC 42 / DF - DISTRITO FEDERAL, através do Relator Ministro Luiz Fux. Desta forma, seguindo a corrente doutrinária pacífica das ciências sócio-antropológicas, tem-se o Território Tradicional como elemento geográfico diferenciado do conceito tradicional de Terras ou Áreas, pois os Territórios não só abrangem o espaço físico ocupado pelas Comunidades Tradicionais, mas também o espaço que compreende o elã de seus vínculos históricos e necessários à sua reprodução social e cultural.

concretizadas por seus representantes regionais e pontos focais, realizavam-se costumeiramente pelo contato pessoal realizado nas sedes da DPU ou em seus territórios tradicionais e acampamentos através da solicitação direta dos PCTs ou por iniciativa do GTCT – eram feitas por meio de um procedimento de busca ativa nos dados referenciais das mais diversas entidades relacionadas à temática de defesa e garantia de seus direitos fundamentais.

Ressalvando-se que, além das iniciativas diretas originárias da DPU e dos PCTs, estas ações também ocorriam por meio de solicitações encaminhadas pelos órgãos de assistência técnica ou social das mais variadas instituições públicas, privadas e comunitárias, ou através dos contatos realizados devido à participação da DPU em eventos de natureza institucional ou acadêmica.

A partir do primeiro trimestre do ano de 2020, com a percepção da gravidade do estado pandêmico que se instalou no Brasil e na comunidade global, foram tomadas medidas preventivas de contenção aos atos que pudessem gerar a exposição de grupos humanos em ambientes confinados, tanto no setor de serviço público como no privado.

Na DPU, dentro deste contexto de prevenção, ocorreu a migração dos serviços presenciais de assistência jurídica oferecidos nas suas sedes para a prática do atendimento virtual, bem como a suspensão dos serviços externos de atendimento que pudessem gerar a propagação do vírus. Toma-se como exemplo a atuação dos defensores federais através de projetos itinerantes⁷, especialmente pelas visitas técnicas aos territórios dos PCTs (Portaria nº 179, de 12 de março de 2020, 2020).

Considerando a hipervulnerabilidade ao estado pandêmico (tanto dos povos indígenas como os das comunidades tradicionais) e diante da ausência de políticas públicas dos entes federativos para o enfrentamento face às suas peculiaridades, houve a necessidade de judicializar a temática em nossa Corte Constitucional, o Supremo Tribunal Federal (STF), através das ações de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) números 709 e 742⁸. Fato que gerou nos processos de execução das medidas profiláticas

⁷ Ver o ortigo de Tambasco (2020) com apresentação de um projeto itinerante que concorreu ao prêmio Innovare no ano de 2020.

⁸ A ADPF nº 742, ajuizada pela Coordenação Nacional de Articulação das Comunidades Negras Rurais Quilombolas – CONAQ, em conjunto com os partidos PSB, PSOL, PCdoB, REDE e PT, demanda que

sanitárias, especialmente nos procedimentos de vacinação dos PCTs, um recrudescimento ideológico na discussão doutrinária relativa ao reconhecimento de seus direitos pelas correntes ideologicamente conservadoras, com conseqüente proliferação de efeitos reativos na atividade do Poder Legislativo, concatenados em por um viés de retrocesso aos direitos fundamentais destes PCTs (Leão, 2021).

Dentro deste cenário de profundas modificações nas relações interpessoais para acesso aos PCTs, e, principalmente, na dinâmica de sua defesa judicial face às ações de retrocesso perpetradas com evidente ameaça aos seus direitos fundamentais, o GTCT precisou implementar novas formas de interação pessoal através da diversificação de suas plataformas de comunicação. Isso gerou a necessidade de uma motivação institucional dirigida à recepção destas modalidades e, sobretudo, o desenvolvimento de uma atuação proativa com vistas à mobilização da sociedade – enquanto agente de transformação na defesa dos direitos fundamentais dos PCTs –, cuja finalidade precípua é a de garantir-lhes o pleno desenvolvimento social e o seu efetivo protagonismo como sujeitos de direito.

1. O DESENVOLVIMENTO DE NOVOS MEIOS DE INTERAÇÃO PESSOAL

Um dos princípios norteadores a ser seguido pelos órgãos institucionais para a prestação integral de assistência jurídica nas relações com os membros dos PCTs é, indubitavelmente, a transparência⁹. Tanto para a fixação dos objetivos jurídicos ou administrativos a serem alcançados quanto na elaboração das ações inerentes a serem implementadas para a consecução dos fins almejados.

o Supremo Tribunal Federal determine, dentre outras medidas, a elaboração e implementação de um “Plano Nacional de Combate aos Efeitos da Pandemia de Covid-19 nas Comunidades Quilombolas”, semelhante ao determinado pela Corte na ADPF 709 para a proteção das populações indígenas

⁹ A transparência administrativa tem como um de seus maiores expoentes e núcleo jurídico, o princípio da publicidade, estampado no caput art. 37 da Constituição Federal, reforçado pelo art. 5º, incisos XXXIII, e XXXIV, b), LXXII. Na esfera infraconstitucional, a Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, em seu art. 9º, abre a possibilidade de intervir no processo administrativo os portadores de interesses indiretos e aos titulares de interesses difusos e coletivos; prevê também a convocação facultativa de audiências e consultas públicas (arts. 31 e 32), bem como outros meios de participação dos administrados (art. 33).

Tradicionalmente, por semelhança com as relações sociais, a busca pelos serviços de assistência jurídica, em nosso caso com predominância dos interesses coletivos¹⁰, necessita da efetivação de um processo humanizado como fundamento da regência das relações interpessoais para a consecução do estabelecimento da mútua confiança entre as partes.

A prática sistemática no exercício profissional da assistência jurídica gratuita voltada para a efetivação do estabelecimento de contatos iniciais com uma ampla diversidade de PCTs (representantes da diversidade multicultural de nosso imenso território nacional) exige, como regra básica, para a formação inicial da relação de confiança, a existência de um ponto de conexão como referência na rede social das lideranças do PCTs.

Esta conexão é alcançada geralmente através da intervenção de membros da mesma categoria do PCT, assim como por agentes públicos ou entidades não governamentais devidamente comprometidos com o movimento social, atuando, na visão empírica do padre Ricardo Rezende Figueira (2004), como “tradutores culturais”¹¹. Representando neste período de isolamento social pandêmico, o elemento essencial para o fortalecimento dos vínculos necessários para a construção dos alicerces basilares na formação das relações de prestação profissional a serem desenvolvidas na forma virtual.

A fragilidade deste elemento de confiança mútua é extremamente prejudicial à perfeita compreensão das mensagens trocadas entre os agentes públicos e as lideranças dos PCTs. Levando, muitas vezes, à ocorrência de interpretações dissociadas do contexto de seu objetivo. Seja pela utilização de vocabulário extremamente técnico, seja pela inserção de manifestações emocionais de descontentamento com a situação fático-jurídica em que os interesses comunitários se encontram.

Estas disrupturas na comunicação devem ser evitadas, pelas lideranças, por meio do estabelecimento de uma relação de confiabilidade com os PCTs face ao objetivo social a que

¹⁰ Os direitos coletivos, propriamente ditos, são os transindividuais, de natureza indivisível, pertencentes a um grupo determinável de pessoas, ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base. Artigo relacionado: art. 81, parágrafo único, inciso II, do Código de Defesa do Consumidor. Lei nº 8078 de 11 de setembro de 2021.

¹¹ Método antropológico para inferir confiança entre as partes em processo de comunicação, assim como melhor compreensão das peculiaridades das culturas envolvidas, enquanto percepção sensorial das questões em discussão.

se propõem o defensor com atribuição institucional. Razões pelas quais sempre deve haver um terceiro elemento de conexão que possa restabelecer as relações fragilizadas.

O GTCT, dentro desta sistemática, vem estabelecendo relações sólidas com as entidades representativas dos PCTs ao participar de suas postulações jurídicas com transparência e seriedade. Ele visa, desta forma, alcançar a efetividade de seus objetivos e a ampliação de suas ações institucionais, a fim de, não só contribuir diretamente com a defesa de seus direitos fundamentais, como também ampliar a necessária rede social de solidariedade jurídica assistencial.

Podemos citar como experiência, a nível nacional, oriunda da necessidade de dinamização dos meios de acesso virtual e ampliação da rede social, a criação de um grupo no aplicativo de WhatsApp formado pelos membros do GTCT e das comunidades quilombolas pertencentes, ou simpatizantes, da Federação Nacional dos Quilombolas (FENAQ).

Esta rede social congrega, por livre adesão, lideranças quilombolas de vários estados brasileiros e propicia, de maneira informal, a troca de informações sobre a atuação dos mais diversos seguimentos quilombolas, além de permitir um acesso direto ao GTCT na qualidade de agente institucional de conexão em suas relações com os Defensores Federais designados, por suas atribuições jurisdicionais, na defesa de suas demandas.

O resultado tem sido positivo dentro das expectativas de ambas as partes envolvidas e, com certeza, mesmo diante do quadro reduzido de defensores federais em âmbito nacional e das dificuldades operacionais impostas pela redução orçamentária da DPU, oriundas do descaso governamental com a devida prestação de assistência jurídica gratuita na instância federal, evidencia-se como uma modalidade de contato virtual que pode ser ampliado para atender a outras organizações dos PCTs tanto a nível nacional quanto estadual.

Cabendo ainda ressaltar as medidas internas efetivadas para a extensão do alcance de abrangência de atuação do GTCT, que vem se efetivando através do estabelecimento de defensores atuando como pontos focais, figura de representação do GTCT, por todas as sedes da DPU no país, e, conseqüentemente, com o aumento de seus níveis de participação e comprometimento nas instâncias decisórias, como meio de ampliação da rede social institucional.

2. OS PROCESSOS DE BUSCA ATIVA NA MODALIDADE VIRTUAL

Tendo em vista a ampla diversidade multicultural que compõem os PCTs, os membros do GTCT vêm se empenhando em participar de eventos realizados por estes seguimentos através da institucionalização de um processo de dinamização de migração da presença física para um de participação virtual.

As participações em encontros específicos da temática relativa aos segmentos comuns possibilitam uma melhor visualização das realidades sócio-econômicas-culturais destes PCTs, assim como, também, de suas relações com as políticas públicas desenvolvidas pelas entidades federativas. Políticas estas que, em inúmeras ocasiões, lhes são, pelas mais diversas razões, negligenciadas ou omitidas, sendo muitas vezes executadas pelos órgãos federativos com evidente cunho de discriminação às peculiaridades de suas culturas.

Assim como permitem, sob o olhar crítico institucional, a formação de macropolíticas públicas, através da avaliação das medidas de amplitude nacional a serem perseguidas pela DPU na defesa de seus direitos e prerrogativas através do processo de judicialização de ações coletivas ou mesmo pela expedição de notas técnicas e, também, por recomendações extrajudiciais para ajuste de condutas, endereçadas aos representantes dos poderes federativos.

Pode-se citar, entre as atuações no período pandêmico, as ações desenvolvidas pelo representante do GTCT na região sul, que também atua como Defensor Regional de Direitos Humanos no estado de Santa Catarina, em trabalho conjunto com a Defensoria Estadual, na realização de encontros virtuais com os mais diversos segmentos regionais dos PCTs, como os Quilombolas, Faxinalenses, Ribeirinhos e Ilhéus.

É como a atuação do representante do GTCT na região norte, juntamente com o ponto focal estabelecido no município de Fortaleza, no estabelecimento de contato virtual (por meio de reunião) com Instituto Cigano do Brasil (ICB), organização sediada no município de Caucaia, no Ceará. Ocasão em que objetivou-se aprofundar o conhecimento da rea-

lidade destas comunidades ciganas, cuja natureza nômade, romantizada pela literatura, vem evoluindo para um sistema híbrido de seminomadismo¹².

Gera-se, desta forma, através do estabelecimento de um fluxo de comunicação contínua, a interação institucional de demandas relativas às relações das diversas comunidades ciganas quanto ao acesso às políticas públicas de saúde e educação, com consequente elaboração de propostas para melhoria do acesso deste segmento étnico nas macropolíticas públicas institucionais em construção

Ressalta-se neste fluxo de comunicação virtual o acesso ao conhecimento do assassinato cruel perpetrado pelo linchamento de um casal de ciganos com 14 e 19 anos de idade. Crime com traços evidentes de motivação por preconceito étnico, realizado por cerca de cinquenta pessoas, no dia 24 de abril de 2021, na cidade de Piriá no Estado do Pará. É uma atrocidade que o GTCT repudia veementemente e vem exigindo as devidas providências dos órgãos públicos com atribuição para a devida apuração e penalização dos criminosos.

São oportunidades, supracitadas, nas quais se evidenciou por observação direta a ausência de uma estrutura de comunicação virtual que possibilite a participação de grande parte destes PCTs nestes novos meios de relação e acesso institucional. Pode-se, inclusive, induzir ser esta lacuna decorrente da ausência de acesso aos dispositivos tecnológicos necessários ao estabelecimento de contato virtual, seja devido ao elevado custo de suas aquisições, seja pelos altos custos relativos à utilização dos serviços das operadoras fornecedoras dos sinais de internet, seja pela precariedade do sinal disponibilizado por estas operadoras nas regiões interioranas.

No entanto, apesar das restrições supra apresentadas, constatamos a viabilidade das propostas em desenvolvimento para utilização dos novos meios de acesso virtual, considerando que houve imenso interesse de acesso, mesmo diante das dificuldades de comunicação que se destacaram como grande impeditivo do amplo acesso aos direitos destes PCTs nestes tempos pandêmicos, e que, por certo, como meio de efetivação do acesso aos meios judiciais, deveriam estar incluído como tema sensível de desenvolvimento social nas políticas públicas destes novos tempos pandêmicos.

¹² Para melhor compreensão do tema, ver Tambasco (2018).

Vimos também o desenvolvimento de projetos de participação em eventos coletivos realizados em plataformas virtuais como por exemplo a nossa participação na VIII Semana da Promoção da Igualdade Racial do Centro Universitário de Volta Redonda (UNIFOA), realizada desde 2014 através de uma parceria da DPU-GTCT com a UNIFOA, entidade acadêmica estabelecida no município de Volta Redonda, no estado do Rio de Janeiro, através da palestra “Etnodireito ambiental: Meio ambiente, sustentabilidade e as comunidades tradicionais”, a qual foi gravada e disponibilizada aos PCTs para conhecimento das perspectivas das pesquisas acadêmicas e sua aplicação na melhoria da qualidade de suas vidas e defesa de seus direitos tradicionais.

Este evento vem ocorrendo anualmente desde o ano de 2014, ocasião em que recebemos a Secretária Nacional da Igualdade Racial, representantes dos órgãos de defesa e assistência técnica e social das unidades federativas e, o mais importante, representantes das mais diversas etnias indígenas e comunidades tradicionais da região sul fluminense do Rio de Janeiro. Realizam-se, então, oficinas de capacitação, visitas técnicas aos territórios quilombolas e acampamento cigano, com apresentações das demandas dos PCTS aos agentes públicos convidados. Modalidade que vem se replicando, mas que dentro das novas perspectivas do período pandêmico necessita adequar-se diante das possibilidades virtuais para manter seu alcance de ampla participação popular e efetiva construção das políticas públicas relativas à temática.

Outro projeto que se encontra em progressão é a realização do primeiro Fórum das Comunidades Tradicionais de Terreiro no Brasil, que ocorreria fisicamente em novembro de 2020, na cidade de Natal, no Rio Grande do Norte. Seria nesta ocasião em que este representante da região sudeste do GTCT participaria com o objetivo de apresentar a DPU às lideranças destas comunidades das religiões de matriz africana de todo o Brasil e exporia as experiências institucionais relativas à luta contra a intolerância religiosa (Silva, 2019), sobretudo na efetivação de políticas públicas que não imponham restrições indevidas ao direito da legalização destas casas como associações religiosas.

3. A DEFESA FACE ÀS AMEAÇAS DE IMPEDITIVOS À IMUNIZAÇÃO

3.1. Prioridade na imunização contra o COVID-19

O STF, face à escassa divulgação doutrinária dos estudos sobre os etnodireitos e ao desconhecimento da natureza de vivência comunitária da organização social dos PCTs, apreciou judicialmente somente a prioridade de vacinação para os povos indígenas e as comunidades quilombolas através das ADPFs números 709 e 742, perdendo uma ótima oportunidade para estender o julgamento para todos os PCTs.

É mister reconhecer que todos os demais PCTs, sem abrangência nas ADPFs (com raras exceções), não estão organizados representativamente a nível nacional enquanto sujeitos de direito com a finalidade de expor as suas peculiaridades ou de ensejar a judicialização da Corte Constitucional, para a extensão da prerrogativa prioritária de imunização a seus membros.

Outrossim, diante da constatação das condições de hipervulnerabilidade destes PCTs, realçado pela pandemia, em que “os anseios da sociedade por uma efetiva justiça social conclamam o Estado Brasileiro a abandonar a postura passiva, renunciando ao mito da neutralidade e a assumir comportamento ativo na busca da concretização da igualdade substancial” (Kaufmann, 2007) restou claro que se faz necessário, como prioridade em termos de macro política institucional, a expedição de recomendações extrajudiciais para ajuste de condutas administrativas voltados para a instrumentalização de órgãos estaduais com vistas à efetivação do registro formal das opções de autorreconhecimento destes PCTs.

3.2. A autodeclaração como elemento efetivo de priorização

Na fase inicial do processo de vacinação voltado para os grupos prioritários, onde vem ocorrendo de forma generalizada a demora em sua intensificação pela indisponibilidade de vacinas, recebemos inúmeras denúncias quanto a diversas interpretações dos sistemas de saúde municipais da determinação judicial exarada pelo STF, face aos seus conteúdos eivados de contextualização negativa à ampla abrangência dos membros pertencentes às comunidades quilombolas.

O conceito de PCTs, normatizado pelo Decreto nº 6.040 de 07 de fevereiro de 2007, que instituiu a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais, fixou a sua natureza autodeclaratória como elemento de identificação, no entanto, tendo em vista que os etnodireitos, de forma geral, pouco se desenvolveram normativamente, o conceito de autodeclaração ainda não encontrou uma definição normativa ou doutrinária que possibilite o reconhecimento pleno dos PCTs como sujeitos de direito.

Não sendo crível, desta forma, aceitar que as comunidades quilombolas – historicamente apartadas de seu reconhecimento como sujeitos de direito dentro da estrutura social imposta pela cultura hegemônica do período colonialista, e sem acesso aos serviços de assistência jurídica gratuita, por culpa exclusiva do Estado –, para fins de efetivação da procedimentalização de seus registros por meio de processo de autodeclaração junto ao órgão federativo com atribuição normativa para seu deferimento oficial¹³, neste momento pandêmico, sejam prejudicadas na defesa do reconhecimento seus direitos.

Isto posto, entendemos que é preciso fixar normativamente e doutrinariamente o reconhecimento dos PCTs mediante uma interpretação extensiva que permita as suas devidas identificações em quaisquer umas das fases de seu processo de reconhecimento identitário. Há a possibilidade de ocorrer o seu reconhecimento por meio da simples constatação de suas presenças enquanto comunidades ainda não autodeclaradas, como medida preventiva de garantia a seus direitos. Afasta-se, por tanto, a necessidade formal do registro em órgãos federativos e a escrituração de uma ata de autodeclaração.

É necessário ressaltar que esta postura foi apresentada pelo representante do GTCT nos trabalhos do Comitê Temático Especializado da DPU (Portaria nº 850, de 18 de novembro de 2020, 2020) como sugestão a ser inserida nos termos da repactuação para restauração ambiental e reparação dos danos, em discussão no Conselho Nacional de Justiça, referente ao desastre ambiental da barragem do Fundão em Mariana, Minas Gerais, ocorrido no ano de 2015, com relação ao tratamento que deve ser dispensado aos PCTs atingidos, especialmente face ao atual período pandêmico, inferindo-se a necessidade de

¹³ Procedimento de competência da Fundação Cultural Palmares vide o Decreto nº 4887/2003, e normatizado pela Portaria FCP 98/2007

assistência jurídica gratuita para efetivação dos procedimentos relativos à autodeclaração, com o repasse dos custos ao agente poluidor.¹⁴

3.3. Necessidade de domicílio na comunidade quilombola

Uma outra objeção imposta pelos órgãos federativos a ser refutada refere-se à exigência de encontrarem-se todos os membros da comunidade quilombola residindo dentro de um território tradicional, havendo caso específico com atuação do GTCT, com determinação administrativa para que se procedesse somente à vacinação dos inscritos no cadastro do Plano de Saúde da Família (PSF) referente à região de atendimento.

Historicamente estas comunidades quilombolas sofreram o descaso das políticas públicas quanto ao acesso à educação e hoje, ao exercerem suas prerrogativas de sujeitos de direito, conforme os ditames da Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), os membros mais jovens destas comunidades têm acesso integrativo ao espaço acadêmico por meio das políticas afirmativas.

Considera-se, por fim, que a busca lúdica pelo conhecimento e aperfeiçoamento profissional exige a ausência temporária dos territórios tradicionais pelos membros em processo de formação acadêmica, até mesmo posteriormente quando passam a exercer as profissões qualificadas alcançadas pela capacitação oriunda das atividades acadêmicas, vindo a contribuir efetivamente para a melhoria da qualidade de vida de todos os membros da comunidade. O retorno constante destes egressos aos territórios tradicionais, face aos vínculos afetivos e sociais indissolúveis, é fator de propagação e contaminação dos membros da comunidade pelo vírus.

Fica evidente que tal interpretação excludente, resultante de uma ótica cartesiana ocidentalizada, é equivocada, sendo resultante do desconhecimento da natureza sociológica destas comunidades. Ela caracteriza uma visão discriminatória estatal que não reconhece e nem ampara a conquista de seus direitos sociais relevantes, e que não respeita a organização social das comunidades que necessitam da presença física coletiva para manutenção de seus atos religiosos e culturais.

¹⁴ Princípio do agente poluidor-pagador. Cf. Machado (2018).

3.4. Comunidades e o *direito de regresso* a seus territórios

Outro caso específico de desmobilização das organizações sociais das comunidades quilombolas, em evidente retrocesso aos seus direitos fundamentais de reintegração a seus territórios tradicionais, é a exigência de que estejam, total ou parcialmente, ocupando seus territórios para o reconhecimento de seus direitos de prioridade na imunização.

O conceito de território tradicional, ao contrário da simples percepção geográfica, pode ser definido sob a perspectiva de Marcelo Lopes de Souza, como “basicamente socioespacial: ou seja, ele nos remete, fundamentalmente, àquela dimensão do espaço geográfico que é o espaço social, que corresponde ao espaço geográfico material e imaterialmente produzido pela sociedade” (Souza, 2019, p. 38).

É necessário levar em consideração que historicamente estas comunidades quilombolas sofreram o descaso das políticas públicas quanto ao direito de posse e conseqüente reconhecimento da legitimação da propriedade de seus territórios tradicionais; e que estes PCTs vêm exercendo suas prerrogativas de sujeitos de direito, conforme os ditames da Convenção nº 169 da OIT, quando os seus membros – em processo identitário, amparados ou não, em certificação oficial de autodeclaração pela Fundação Cultural Palmares – vêm postulando a reintegração de seus territórios tradicionais mediante o denominado “direito de regresso”.

Este “direito de regresso” também se ampara nas situações fáticas pelo reconhecimento do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (INCRA) na elaboração dos Relatórios Técnicos de Identificação e Delimitação (RTID), ou pelos processos de reintegração e desapropriação judicializados pelos órgãos competentes, que demonstram ser evidente o direito, ainda que, em tese, da relação das comunidades com seus territórios.

Nota-se, ainda, que os membros destas comunidades quilombolas mantêm sua estrutura de organização social tradicional, e que esta mobilização permanente das comunidades gera a necessidade de constantes encontros físicos para realização de suas manifestações religiosas e culturais.

Por fim, entende-se que estas comunidades quilombolas necessitam realizar ações coletivas para a garantia da segurança dos seus membros, com excursões de retorno constantes aos territórios tradicionais de que foram desalojados para fins de vigilância e guarda do patrimônio histórico – reconhecido constitucionalmente pelo art. 216, §5º da Constituição Federal de 1988¹⁵, marco da história de sofrimento destas comunidades –, estando, desta forma, expostos aos fatores de propagação e contaminação pelo vírus.

Faz-se necessário que o reconhecimento da natureza quilombola destas comunidades esteja dissociado à imposição da necessária ocupação de seus territórios tradicionais, tendo em vista que muitas destas comunidades encontram-se em processos litigiosos, tanto administrativamente como judicialmente, sustentando e justificando seu direito de regresso aos espaços geográficos ocupados por seus ancestrais de forma histórica.

Não é admissível que as unidades de saúde municipal criem exceções de objeção à vacinação dos integrantes das comunidades quilombolas devidamente identificados por suas associações representantes, seja qual for o estágio em seu processo identitário, para a participação no programa de imunização contra o COVID-19, por tratar-se de evidente retrocesso em seus direitos fundamentais.

4. DOS ATOS PARLAMENTARES COM EVIDENTE CUNHO DE RETROCESSO NORMATIVO.

O período pandêmico, por suas necessárias medidas profiláticas de isolamento social, contribuiu para a desmobilização dos movimentos sociais, e, no caso específico dos PCTs, objetivamente incrementou a dificuldade de acesso físico aos representantes do parlamento nacional assim como aos representantes do órgãos decisórios da administração, dificultando a prestação dos esclarecimentos acerca dos impactos sociais que as medidas normativas, elaboradas sem o necessário conhecimento da temática, ocasionarão em seus direitos fundamentais. Além disso, tem dificultado as maneiras de repudiá-las democraticamente.

¹⁵ Segundo a Constituição Federal de 1988 (1988), Art. 216, § 5º, “Ficam tombados todos os documentos e os sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos”.

O retrocesso nas políticas públicas, principalmente neste momento em que foram gerados efeitos extremamente negativos na economia nacional, dificulta a inclusão destes segmentos peculiares na busca paritária de seu desenvolvimento sustentável como objetivo acordado pelos países signatários da Agenda 2030 da Organização das Nações Unidas.¹⁶

Entre os atos que geram verdadeira apreensão aos direitos fundamentais dos membros dos PCTs, temos a apresentação na Câmara Federal do Projeto de Decreto Legislativo, nº 177/2021, proposto com a finalidade de autorizar o Presidente da República a denunciar a Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho, ou seja, isentar o Brasil do cumprimento de suas determinações.

A justificativa do Projeto é, primeiro, a de que “o documento jurídico internacional em questão não supera a nossa Constituição, tornando-o supérfluo”, entendendo ainda que “a restrição de acesso do Poder Público e dos particulares nas terras indígenas sem o consentimento desses indivíduos, assim como o fato de se necessitar de prévia autorização para qualquer ação governamental na Terra Indígena, acaba por inviabilizar o projeto de crescimento do Brasil”. O texto conclui dizendo que “diante dos inconvenientes causados pela Convenção nº 169 da OIT e da já protetiva legislação brasileira sobre os direitos indígenas, notadamente o art. 231 da Constituição da República e a Lei nº 6.001/73 (Estatuto do Índio), verifica-se a desnecessidade da mencionada Convenção no ordenamento jurídico brasileiro dada a suficiência da legislação nacional” (Mazzuoli, 2021).

Em que pese a forte posição doutrinária que sustenta serem todos os tratados internacionais de direitos humanos, mesmo os ratificados antes da Emenda Constitucional nº 45 de 2004, possuidores de natureza hierárquica constitucional (Piovesan, 2018), a Convenção nº 169 da OIT, por ter sido recepcionada em nosso ordenamento jurídico antes da inclusão normativa do §3º do art. 5º da CFRB/88, que determina procedimento específico para reconhecimento da natureza constitucional dos tratados e convenções internacionais, é recepcionada em nosso ordenamento como sendo de natureza hierárquica infraconstitucional porém supralegal¹⁷.

¹⁶ Recuperado de: <https://brasil.un.org/pt-br/sdgs>.

¹⁷ ADI 3239 / DF - DISTRITO FEDERAL, AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE, Relator (a): Min. CEZAR PELUSO, Redator (a) do acórdão: Min. ROSA WEBER, Julgamento: 08/02/2018, Publicação: 01/02/2019.

Sendo desnecessário, por sua notória natureza de relevância internacional, tecer considerações sobre a importância fundamental desta Convenção para a consolidação dos direitos fundamentais dos PCTs, bastando indicar que a sua origem vem da Resolução nº 107 da OIT, de 5 de junho de 1957, que em seu preâmbulo já registrava objetivamente “que há nos diversos países independentes populações indígenas e outras populações tribais e semitribais que não se acham ainda integradas na comunidade nacional e que sua situação social, econômica e cultural lhes impede de se beneficiar plenamente dos direitos e vantagens de que gozam outros elementos da população” (Convenção nº 107 da OIT, de 5 de junho de 1957, 1957).

Outro ato, originário do Poder executivo que causa estranheza diante da aplicação da Convenção nº 169 da OIT, é a Resolução nº 4, de 22 de janeiro de 2021 (2021), que estabelece “critérios de heteroidentificação” para avaliar a autodeclaração de identidade dos povos indígenas no Brasil. Por seus possíveis efeitos de utilização por outros órgãos público com aplicação extensiva aos demais PCTs, apesar de ter sido suspensa liminarmente pelo STF (STF suspende resolução..., 2021), ela representa um exemplo gravíssimo da visão restritiva implementada pelos órgãos públicos de representação institucional destes grupos tradicionais.

Como último exemplo dos preocupantes atos perpetrados no período pandêmico, temos o Projeto de Lei nº 3.292/20 (Piovesan, 2021), aprovado pela Câmara dos Deputados Federais. Ele modifica a Lei nº 11.947, de 16 de junho de 2009 (2009), Lei de Alimentação Escolar, com finalidade de afastar a prioridade na compra dos alimentos da merenda escolar da produção agropecuária dos PCTs. Trata-se de um ato extremamente nefasto, pois a determinação legal para a compra prioritária da merenda escolar destes PCTs objetiva proporcionar o desenvolvimento sustentável destes grupos vulneráveis, baseando-se no princípio da igualdade material, aplicando o tratamento desigual aos desiguais (Mello, 2021).

Se aprovada quando as economias comunais se encontram em estágio de estagnação, por reflexo da economia brasileira, causará, com certeza, além de danos sensíveis ao desenvolvimento sustentável destas comunidades hipervulneráveis, forte impacto desestruturante nas suas organizações sociais.

CONCLUSÃO

Diante dos desafios impostos à DPU para a prestação de assistência jurídica gratuita com vistas à manutenção da excelência de sua qualidade face às restrições de isolamento social necessárias ao enfrentamento do período pandêmico, o GTCT da DPU, cumprindo sua função institucional, vem desenvolvendo a dinamização de suas atividades em consonância com as peculiaridades dos PCTs.

Estas novas relações operacionais vêm sendo pautadas, inicialmente, pela busca da compreensão dos efeitos físicos e emocionais sobre os agentes públicos e as lideranças dos PCTs, tendo em vista que atravessamos um período com excessiva divulgação e conseqüente multiplicidade de acesso aos conteúdos virtuais, já denominado, por sua amplitude e efeitos sensíveis, de *infodemic* (pandemia de informações) (Organização das Nações Unidas, n.d.).

Isto posto, ainda que estejam sujeitos a expor os agentes envolvidos a efeitos psicológicos negativos, como a fadiga operacional denominada *burnout*¹⁸, ampliamos nossas relações através do aplicativo WhatsApp, formando um grupo experimental composto por lideranças quilombolas e integrantes do GTCT.

Intensificamos, também, as participações dos representantes do GTCT em eventos virtuais relacionados à temática, buscando, dentro de um novo padrão de comunicação, sintetizar as apresentações com enfoque na abertura de canais de contato com a nossa instituição, assim como a divulgação dos pontos essenciais de interesse dos PCTs.

Para isso, são desenvolvidos, como política institucional, projetos de macro alcance para legitimação dos PCTs de caráter regionais ou invisibilizados junto aos órgãos dos poderes federativos estaduais. Além disso, pretendem proporcionar aos PCTs acesso aos dispositivos de comunicação virtual como forma de garantia de seus direitos fundamentais.

Por fim, visando agregar nossa atuação junto às novas formas de mobilização social, empreendemos a divulgação dos elementos normativos que tenham alguma relação com os direitos dos PCTs, não somente para o conhecimento dos sujeitos de direito, mas, também,

¹⁸ A síndrome de burnout é um distúrbio psíquico caracterizado pelo estado de tensão emocional e estresse provocados por condições de trabalho desgastantes. (Bruna, 2011).

para incitar a reação dos demais agentes operacionais com ativismo na defesa destes movimentos sociais contra o retrocesso de seus direitos fundamentais.

Concluindo, entende-se pelas argumentações expostas que, durante a pandemia e em face à restrição das mobilizações dos movimentos sociais e limitações das atividades físicas dos agentes operacionais do Grupo de Trabalho das Comunidades Tradicionais, nossos desafios, na prestação de assistência jurídica gratuita aos Povos e Comunidades Tradicionais, estão pautados pelo estabelecimento de uma estrutura operacional institucional que possa, de forma dinâmica, transparente e compatível com as características peculiares destes grupos, diante das dificuldades que se apresentam como previstas no período pós-pandêmico, garantir de forma dinâmica a melhoria efetiva da divulgação e defesa de seus direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

Bruna, M. H. V. (2011). Síndrome de burnout (esgotamento profissional). Drauzio. Recuperado de <https://drauziovarella.uol.com.br/doencas-e-sintomas/sindrome-de-burnout-esgotamento-profissional/>

Constituição da República Federativa do Brasil (1988). (1988). Brasília: Senado.

Convenção nº 107 da PIT, de 5 de junho de 1957. (1957, 4 de julho). Concernente à proteção das populações indígenas e outras populações tribais e semitribais de países independentes. Genebra, Suíça: OIT.

Figueira, R. R. (2004). Pisando fora da própria sombra: A escravidão por dívida no Brasil Contemporâneo. Rio de Janeiro: Civilização Contemporânea.

Kaufmann, R. F. M. (2007). Ações afirmativas à brasileira: necessidade ou mito? Uma análise histórico-jurídico-comparativa do negro nos Estados Unidos da América e no Brasil. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora.

Lei nº 11.947, de 16 de junho de 2009. (2009, 17 de junho). Dispõe sobre o atendimento da alimentação escolar e do Programa Dinheiro Direto na Escola aos alunos da educação básica; altera as Leis nºs 10.880, de 9 de junho de 2004, 11.273, de 6 de fevereiro de 2006, 11.507, de 20 de julho de 2007; revoga dispositivos da Medida Provisória nº 2.178-36, de 24 de agosto de 2001, e a Lei nº 8.913, de 12 de julho de 1994; e dá outras providências. Brasília, DF: Poder Legislativo.

Lei complementar nº 80, de 12 e janeiro de 1994. (1994, 13 janeiro). Organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreve normas gerais para sua organização nos Estados, e dá outras providências. Brasília, DF: Poder Legislativo.

Machado, P. A. L. (2018). Direito Ambiental Brasileiro. (26a Ed.). São Paulo: Malheiros.

Mazzuoli, V. (2021, 6 de maio). Não é interesse do Brasil denunciar a Convenção nº 169 da OIT. Genjurídico. Recuperado de <http://genjuridico.com.br/2021/05/06/denunciar-convencao-n-169-oit/>

Mello, C. A. B. (2021). O conteúdo jurídico do princípio da igualdade. (4a Ed.). São Paulo: Malheiros.

Piovesan, E. (2021, 6 de maio). Câmara aprova projeto que cria cota para leite nacional na merenda escolar. Câmara dos Deputados. Recuperado de <https://www.camara.leg.br/noticias/755877-camara-aprova-projeto-que-cria-cota-para-leite-nacional-na-merenda-escolar>

Piovesan, F. (2018). Direitos humanos e o direito constitucional internacional. (18a Ed.). São Paulo: Saraiva Educação.

Portaria nº 179, de 12 de março de 2020 (2020).. Regulamenta medidas temporárias no âmbito da Defensoria Pública da União diante da classificação de pandemia do Novo Coronavírus (COVID-19) pela Organização Mundial de Saúde (OMS). Brasília, DF: Ministério da Economia/Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil/Superintendência Regional da 2ª Região Fiscal.

Portaria nº 850, de 18 de novembro de 2020. (2020). Institui o Comitê Temático Especializado de acompanhamento e defesa dos direitos das pessoas e grupos vulneráveis vítimas dos danos provocados pelos rompimentos das barragens de fundão (Mariana/MG) e da mina córrego do feijão (Brumadinho/MG). Brasília, DF: Defensoria Pública da União: (Portaria GABDPGF DPGU nº 850, de 18 de novembro de 2020)”

Ramos, A. C. (2016). Teoria Geral dos Direitos Humanos na ordem internacional. (6a Ed.). São Paulo: Saraiva.

Resolução nº 4, de 22 de janeiro de 2021. (2021, 26 de janeiro). Brasília, DF: Ministério da Justiça e Segurança Pública/Fundação Nacional do Índio.

Silva, R. (2019). DPU realiza lançamento do Guia De Luta Contra A Intolerância Religiosa e o Racismo e campanha da 12ª Caminhada em Defesa da Liberdade Religiosa. Combate Racismo Ambiental. Recuperado de <https://racismoambiental.net.br/2019/08/16/dpu-realiza-lancamento-do-guia-de-luta-contr-a-intolerancia-religiosa-e-o-racismo-e-campanha-da-12a-caminhada-em-defesa-da-liberdade-religiosa/>

Souza, M. L. (2019). Ambientes e territórios: uma introdução à ecologia política. (1a Ed.). Rio de Janeiro: Bertrand Brasil.

STF suspende resolução da Funai que restringia autodeclaração indígena. (2021, 17 de março). Conselho Indígena Missionário. Recuperado de <https://cimi.org.br/2021/03/stf-suspende-resolucao-funai-restringia-autodeclaracao-indigena/#:~:text=Resolu%C3%A7%C3%A3o%20C3%A9%20inconstitucional,ano%20passado%20pelo%20pr%C3%B3prio%20STF>

Tambasco, J. R. F. (2020). Ampliação da assistência jurídica gratuita prestada pela Defensoria Pública da União em parceria com a Diocese de Valença/ RJ: relato de uma experiência da Justiça Itinerante. Revista da Defensoria Pública da União, (14), 237-251, 2020. Recuperado de <https://revistadadpu.dpu.def.br/article/view/350>

Tambasco, J. R. F. (2019). GT comunidades tradicionais: instrumento institucional para aprimoramento das macropolíticas da defensoria pública da união voltadas para a prestação de assistência jurídica gratuita às comunidades e povos originários. Revista das Defensorias Públicas do Mercosul, (7), 53-72. Recuperado de <https://www.mpd.gov.ar/index.php/revista-de-la-redpo/4780-numero-7-revista-de-la-redpo-tematico-sobre-acceso-a-la-justicia-de-pueblos-originarios>

Tambasco, J. R. F. (2018). Ciganos no sul do Estado do Rio de Janeiro: transformações sociais e acesso aos direitos fundamentais. Revista da Defensoria Pública da União, (11), 109-128. Recuperado de <https://revistadadpu.dpu.def.br/article/view/56>

Tambasco, J. R. F, & Chaché, C. B. (2021). A legislação ambiental brasileira aplicada às relações socioambientais dos povos e comunidades tradicionais. Vassouras: Universidade de Vassouras. Recuperado de <http://editora.universidadedevassouras.edu.br/index.php/PT/article/view/2747>

A PANDEMIA COMO CRISE DE ACESSO À JUSTIÇA: UM NOVO DESAFIO PARA A DEFENSORIA PÚBLICA

LA PANDEMIA COMO CRISIS DE ACCESO A LA JUSTICIA: UN NUEVO DESAFÍO PARA LA DEFENSORÍA PÚBLICA

THE PANDEMIC AS A CRISIS IN ACCESS TO JUSTICE: A NEW CHALLENGE FOR THE PUBLIC DEFENDER'S OFFICE

João Paulo Dorini

*Mestre em Direitos Difusos e Coletivos pela PUC/SP. Doutorando
em Direitos Humanos pela Universidade de São Paulo.*

Defensor Público Federal.

Defensor Regional de Direitos Humanos em São Paulo.

joao.dorini@dpu.def.br

RESUMO

A pandemia do coronavírus trouxe modificações profundas no modo como as pessoas relacionam-se entre si e com os órgãos estatais. Trouxe também a diminuição de renda e empobrecimento para milhões de pessoas que passaram a estar mais vulneráveis e mais expostas a privações e violações de direitos humanos. Nesse contexto, a garantia do acesso à justiça é fundamental para tentar minorar o impacto de tais mudanças. A consolidação de uma Defensoria Pública instrumentalizada, autônoma e capilarizada e que consiga se adequar às novas realidades é essencial para debelar a crise de acesso à justiça durante e após a pandemia.

Palavras-chave: Pandemia. Coronavírus. Acesso à justiça. Defensoria Pública. Direitos humanos.

RESUMEN

La pandemia del coronavirus ha provocado cambios profundos en la forma en que las personas se relacionan entre sí y con las agencias estatales. Aun así, trajo una disminución de los ingresos y el empobrecimiento de millones de personas que, como resultado, se volvieron

más vulnerables y más expuestas a sufrir privaciones y violaciones de derechos humanos. En este contexto, garantizar el acceso a la justicia es fundamental para tratar de mitigar el impacto de los cambios. La consolidación de una Defensoría Pública instrumentalizada, autónoma, diversificada y capaz de adaptarse a las nuevas realidades es fundamental para superar la crisis de acceso a la justicia durante y después de la pandemia.

Palabras clave: Pandemia. Coronavirus. Acceso a la justicia. Defensoría Pública. Derechos humanos.

ABSTRACT

The coronavirus pandemic has introduced considerable changes as to the way people relate to each other and to state agencies. Moreover, it also decreased income and worsened impoverishment, leaving millions of people more vulnerable and exposed to deprivation and violations of human rights. In this context, ensuring access to justice is essential for attempting to mitigate the impact of these changes, so that consolidating an instrumentalized, autonomous, and capillarized Public Defender's Office capable of adapting to the new realities is essential to overcome the crisis of access to justice during and after the pandemic.

Keywords: Pandemic. Coronavirus. Access to justice. Public Defender. Human rights.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO. 1. A PANDEMIA. 2. A NOVA REALIDADE. 3. A ERA DIGITAL COMO NOVA BARREIRA DE ACESSO. 4. O PAPEL DA DEFENSORIA PÚBLICA NO ACESSO À JUSTIÇA. 5. A PERSONALIDADE DIGITAL COMO NOVO PRESSUPOSTO DE ACESSO. 6. PERSPECTIVAS?. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

INTRODUÇÃO

A grave crise sanitária ocasionada pela pandemia, em razão de todos os esforços que demanda para seu enfrentamento, tende a agravar a situação político-social pela qual passam os países sul-americanos. O Brasil vivencia um governo que tenta implantar uma autocracia. A Bolívia acaba de sair de um confuso processo eleitoral, no qual quem se apoderou da pre-

sidência veio a ser presa. Da Venezuela, vinha até então a maior crise humanitária da região em décadas, com milhares de refugiados vagando pelo continente. O Peru passa por sucessivas crises de autoridade do governo central, com as repetidas acusações de corrupção que envolvem praticamente todos os ex-mandatários ainda vivos. A ânsia chilena por uma constituição democrática depois de Pinochet foi postergada com o adiamento da formação da assembleia constituinte. O Equador viu uma eleição polarizada, na esteira de manifestações das comunidades indígenas, com alto índice de abstenção e de votos nulos, além de uma clara insatisfação a quaisquer dos programas que se apresentarem em segundo turno. No Paraguai, manifestações populares exigiram a renúncia do presidente pela errática condução do enfrentamento à pandemia, violentamente rechaçadas. Na Colômbia, levantes populares colocaram o governo central em xeque. Na Argentina, a retração econômica de mais de 10% do PIB tende a trazer péssimas consequências. No Uruguai, mesmo diante da pacífica transição de governo entre a Frente Ampla de esquerda para o governo de Lacalle Pou e um início bem sucedido de enfrentamento à pandemia (considerado como um modelo na região), chegou a superar, em março de 2021, o Brasil como país com mais casos e mortes por milhão de habitante na América do Sul.

O quadro descrito, que não pretende identificar um padrão sabidamente inexistente na realidade político-social dos países sul-americanos, presta-se mais a demonstrar como a pandemia agravou ou inaugurou crises que transcendem a mera crise sanitária.¹

A mudança de paradigmas trazida pela pandemia atinge mais gravemente os mais vulneráveis. A atuação da Defensoria Pública nessa nova realidade tem papel primordial, tanto

¹ Nesse mesmo sentido: “Já o meu lado de historiadora faz com que eu rejeite colocar eventos considerados ‘parecidos’ num mesmo balaio. Ao longo do tempo, à medida que fui me especializando em história da América Latina e na cobertura de processos políticos, passou a me irritar muito quando as pessoas diziam que por essas bandas (fora das fronteiras do Brasil) era ‘tudo a mesma coisa’, que vivíamos em uma região instável onde ‘tudo dava errado’.

Essa não me parece uma reflexão séria, e, sim, a descrição de uma espécie de maldição eterna que, antes, diz respeito mais ao terreno das credices e dos preconceitos do que propriamente do conhecimento e da análise cuidadosa dos fatos. Não há como negar, porém, que há pontos de contato entre as histórias dos países que viveram alguma convulsão social ou transformação importante no ano de 2019. E que esses pontos estão relacionados a uma certa sincronicidade dos eventos. Nosso passado colonial em comum e os períodos ditatoriais que vivemos deixaram chagas abertas que ainda latejam.” (Colombo, 2021, p. 7).

para justificar sua função institucional, quanto para servir de contraponto democrático às posturas estatais de enfrentamento da pandemia que, ao final, se mostrem excludentes.

1. A PANDEMIA

A Organização Mundial de Saúde (OMS) classificou o surto do novo coronavírus como uma Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional (ESPII) em 30 de janeiro de 2020. Em 11 de março de 2020, a OMS declarou que se tratava de uma pandemia.

Desde então, o mundo está mergulhado no enfrentamento da mais grave crise sanitária em décadas, coincidindo – seria mesmo coincidência? – com o auge da implementação das políticas neoliberais² de Estado mínimo e austeridade fiscal, e com a mais profunda desigualdade na distribuição das riquezas que se tem notícia.

A desigualdade global, que responde pela desigualdade dentro e entre os países, permaneceu estável e alta, de acordo com algumas dados, e aumentou com base em outros. Como a desigualdade entre os países diminuiu, a desigualdade dentro dos países representa uma parcela crescente da desigualdade global. As estimativas de Bourguignon (2015) indicam que a contribuição da desigualdade dentro dos países para o total da desigualdade global aumentou de 30% em 1990 para cerca de 40% em 2010. (...) Embora a América Latina continue sendo a região com os mais altos níveis de desigualdade de renda, juntamente com a África, o coeficiente diminuiu em 17 dos 19 países latino-americanos com dados disponíveis suficientes. Incluído entre eles está o Brasil, que tradicionalmente convive com níveis altíssimos de desigualdade.³

² Segundo Fraser, o neoliberalismo “é um projeto político-econômico que pode articular-se com vários projetos de reconhecimento diferentes e até antagônicos – incluindo projetos progressistas. (...) A realidade é que o neoliberalismo progressista não produziu muitos ganhos materiais reais para a esmagadora maioria das pessoas que suas correntes progressistas afirmam representar. E como poderia, dado que as vitórias legais coincidiram com um ataque maciço aos direitos trabalhistas e às condições de vida da classe trabalhadora?” (Fraser, 2020, pp. 72-74).

³ No original: “Global inequality, which accounts for inequality within and among countries, has remained stable and high, according to some measures, and has increased based on others. Since inequality among countries has declined, inequality within countries makes up a growing share of global inequality. Estimates

Embora a porcentagem de pessoas que vivem em extrema pobreza tenha diminuído no mundo nas últimas décadas, ainda é um problema que atingia cerca de 9,4% da população mundial antes do início da pandemia,⁴ enquanto a concentração de riqueza seguiu escalando.

Estima-se que a pobreza extrema global aumente em 2020 pela primeira vez em mais de 20 anos, à medida que o impacto da pandemia de COVID-19 agrava as forças do conflito e das mudanças climáticas, que já estavam retardando o progresso da redução da pobreza, disse hoje o Banco Mundial. Estima-se que a pandemia de COVID-19 leve mais 88 a 115 milhões de pessoas à pobreza extrema este ano, com o total subindo para 150 milhões até 2021, dependendo da gravidade da contração econômica. A pobreza extrema, definida como viver com menos de US\$ 1,90 por dia, provavelmente afetará entre 9,1% e 9,4% da população mundial em 2020, de acordo com o relatório bienal *Poverty and Shared Prosperity*. Isso representaria uma regressão à taxa de 9,2% em 2017. Se a pandemia não tivesse convulsionado o globo, a taxa de pobreza deveria cair para 7,9% em 2020.⁵

by Bourguignon (2015) indicate that the contribution of inequality within countries to total global inequality increased from 30 per cent in 1990 to about 40 per cent in 2010. (...) Even though Latin America remains the region with the highest levels of income inequality, together with Africa, the coefficient has declined in 17 out of the 19 Latin American countries with sufficient available data. Included among them is Brazil, which has traditionally endured extremely high levels of inequality". (UN, 2020, pp. 26-27).

⁴ No original: "Global extreme poverty is expected to rise in 2020 for the first time in over 20 years as the disruption of the COVID-19 pandemic compounds the forces of conflict and climate change, which were already slowing poverty reduction progress, the World Bank said today.

The COVID-19 pandemic is estimated to push an additional 88 million to 115 million people into extreme poverty this year, with the total rising to as many as 150 million by 2021, depending on the severity of the economic contraction. Extreme poverty, defined as living on less than \$1.90 a day, is likely to affect between 9.1% and 9.4% of the world's population in 2020, according to the biennial *Poverty and Shared Prosperity Report*. This would represent a regression to the rate of 9.2% in 2017. Had the pandemic not convulsed the globe, the poverty rate was expected to drop to 7.9% in 2020." (World Bank, 2020).

⁵ No original: "Global extreme poverty is expected to rise in 2020 for the first time in over 20 years as the disruption of the COVID-19 pandemic compounds the forces of conflict and climate change, which were already slowing poverty reduction progress, the World Bank said today.

The COVID-19 pandemic is estimated to push an additional 88 million to 115 million people into extreme poverty this year, with the total rising to as many as 150 million by 2021, depending on the severity of the economic contraction. Extreme poverty, defined as living on less than \$1.90 a day, is likely to affect between 9.1% and 9.4% of the world's population in 2020, according to the biennial *Poverty and Shared Prosperity*

Neste cenário onde o Estado Social vinha sendo vilanizado, a falácia do Estado mínimo erodiu.⁶ A atuação estatal nos mais variados países foi não só primordial como a única no enfrentamento da pandemia, tanto no acesso da população à testagem, ao tratamento de sintomas e, mais recentemente, à vacina, quanto na adoção de medidas para evitar ou diminuir a contaminação e a transmissão do vírus. Isso fica particularmente claro quando se tem em vista o caso brasileiro e a total desorganização do Governo Federal – e especialmente do presidente Jair Bolsonaro –, que, além de muitas vezes omissivo, foi bastante conivente com a pandemia, incentivando a disseminação da doença e de falsas informações sobre ela e de como a tratar. Se não fosse a existência de um sistema universal de saúde no Brasil (o Sistema Único de Saúde) combinado com a atuação descentralizada de estados e municípios, certamente o número de mortes seria muito maior. Ainda assim, o processo de destruição do orçamento social, culminado com a ainda vigente inconstitucional Emenda 95, atingiu inclusive as amarras normativas constitucionais, verdadeiras normas garantidoras de direitos fundamentais, por viabilizar políticas públicas de direitos sociais, em claro retrocesso, como se sabe, proibido.

Costa Junior (2020, p. 117) indica o despreparo dos governos, em razão de medidas de austeridade, mesmo diante de outras epidemias que já vivenciamos:

A emergência da pandemia passa a exigir do Estado brasileiro coordenação política e preparo em setores estratégicos e prioritários para o enfrentamento da crise. É neste contexto que as autoridades públicas e os sistemas de saúde foram, para usar a analogia de Harvey (2020), “pegos em flagrante”: as contrarreformas voltadas à aceleração do Estado e da Constituição deixaram o público profundamente exposto e mal preparado para enfrentar uma crise de saúde pública desse calibre, apesar de sustos anteriores como a SARS e o Ebola fornecerem avisos abundantes e

Report. This would represent a regression to the rate of 9.2% in 2017. Had the pandemic not convulsed the globe, the poverty rate was expected to drop to 7.9% in 2020. (World Bank, 2020).”

⁶ Como é bem colocado por Di Cesare em seu livro *Vírus soberano?*: “Não se pode esconder o desejo de mudança que nos últimos anos vem aumentando por causa de um sistema econômico injusto, perverso e obsoleto, cujos efeitos são a fome e a desigualdade social, a guerra e o terror, o colapso climático do planeta, o esgotamento dos recursos naturais.” (Di Cesare, 2020, p. 15).

lições convincentes sobre o que seria necessário ser feito (Harvey, 2020). Em muitas partes do mundo, os governos locais e as autoridades regionais, que invariavelmente formam a linha de frente da defesa em emergências de saúde e segurança pública desse tipo, tinham sido privados de financiamento graças a uma política de austeridade projetada para financiar cortes de impostos e subsídios para as empresas e os ricos (Harvey, 2020).

E, embora a hipótese não tenha sido testada em razão da absoluta omissão do Governo Federal, é certo que as regras de austeridade vigentes no início da pandemia não permitiriam uma atuação eficiente no enfrentamento da crise.

O impacto para as populações mais vulneráveis, como seria imaginado, foi muito maior,⁷ colocando em risco direitos fundamentais que pareciam já consolidados e colocando milhões de pessoas de volta à pobreza, enquanto governos subsidiaram a recuperação das grandes empresas.

Em nove meses, os 1.000 maiores bilionários, principalmente homens brancos, recuperaram toda a riqueza que haviam perdido. Com apoio sem precedentes dos governos para suas economias, o mercado de ações está crescendo, aumentando a riqueza bilionária, mesmo enquanto a economia real enfrenta a recessão mais profunda em um século. Por outro lado, após a crise financeira de 2008, foram necessários cinco anos para que a ri-

⁷ Neste sentido, Bohoslavsky diz que “Não há dúvida sobre os efeitos em grande escala da última crise econômica global (2008- 2009) nos direitos humanos em todo o mundo. Olhando para este período, várias consequências foram registradas, incluindo efeitos adversos sobre os direitos à alimentação, moradia, educação, saúde, água e saneamento, condições justas e favoráveis de trabalho e proteção social, e estão bem documentadas tanto em países desenvolvidos, quanto naqueles em desenvolvimento. Conforme sinalizado em um relatório do então Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos, ‘em geral, a crise e a desaceleração econômica global a ela associada têm o potencial de impactar os direitos humanos direta e indiretamente, incluindo a capacidade das pessoas de exercer e reivindicar seus direitos e a capacidade dos Estados de cumprir suas obrigações’. Além disso, o mesmo choque econômico pode ter impactos diferentes em grupos vulneráveis e marginalizados, causando efeitos cumulativos para algumas pessoas. Nesse período, observou-se um aumento da fome no mundo, grande aumento dos despejos, das execuções hipotecárias, do número de pessoas sem-teto e um impacto negativo na acessibilidade econômica à moradia. Também sabemos que essa crise causou um grande aumento no desemprego, que atingiu um nível sem precedentes em 2009 e empurrou muitas pessoas para a pobreza, além de aumentar as desigualdades já arraigadas.” (Bohoslavsky, 2020, p. 89).

queza bilionária voltasse aos níveis pré-crise. (...) Ao mesmo tempo, o maior choque econômico desde a Grande Depressão começou a gerar efeitos e a pandemia levou centenas de milhões de pessoas a perderem seus empregos e enfrentarem miséria e fome. Esse choque deve reverter o declínio da pobreza global que testemunhamos nas últimas duas décadas. Estima-se que o número total de pessoas que vivem na pobreza possa ter aumentado entre 200 milhões e 500 milhões em 2020. O número de pessoas que vivem na pobreza pode não retornar ao nível pré-crise por mais de uma década.⁸

Os gastos públicos e o consequente choque orçamentário que a pandemia trouxe para os governos mundiais – não só em razão do aumento das verbas destinadas à saúde, mas também das políticas de renda mínima e assistência social da população e de incentivos às empresas, ao invés do que seria o lógico –, certamente serão usados como argumentos para refrear investimentos sociais e as políticas públicas de promoção de acesso a direitos fundamentais como educação, saúde, saneamento, moradia e alimentação. Isso seria feito sob o pálio da austeridade, indispensável para a retomada do “equilíbrio fiscal” – como se as contas públicas fossem um fim em si mesmas e devessem ser tratadas como as de uma empresa.

Nesta perspectiva, Carvalho diz que:

Não será surpresa nenhuma, portanto, se alguns de nós sairmos de casa, finda a primeira fase da pandemia, para se deparar com um mundo ainda mais desigual e com riscos até maiores para a democracia. Enquanto isso, outros enxergarão apenas um mundo com patamares ainda maiores de

⁸ No original: “Within nine months, the top 1,000 billionaires, mainly White men, had recovered all the wealth they had lost. With unprecedented support from governments for their economies, the stock market has been booming, driving up billionaire wealth, even while the real economy faces the deepest recession in a century. In contrast, after the financial crisis in 2008, it took five years for billionaire wealth to return to its pre-crisis highs. (...) At the same time, the greatest economic shock since the Great Depression began to bite and the pandemic saw hundreds of millions of people lose their jobs and face destitution and hunger. This shock is set to reverse the decline in global poverty we have witnessed over the past two decades. It is estimated that the total number of people living in poverty could have increased by between 200 million and 500 million in 2020. The number of people living in poverty might not return even to its pre-crisis level for over a decade.” (Berkhout. *et al.*, 2021, pp. 11-12).

dívida pública. O primeiro grupo defenderá, por exemplo, tornar a renda básica permanente e resolver injustiças históricas do nosso sistema tributário. Já o segundo tentará emplacar uma agenda ainda mais agressiva de cortes de gastos governamentais, prejudicando de forma desproporcional os que utilizam serviços públicos e dependem de nossa incipiente rede de proteção social. (Carvalho, 2020, p. 121).

A proteção e a promoção de direitos humanos estarão mais sujeitas à ameaça quanto mais pobres forem os países (justamente nos locais onde mais se deveria buscar a concretização de tais direitos), impactando mais gravemente os grupos mais vulnerabilizados.

Onde esse prognóstico vier a concretizar-se, também estarão seriamente ameaçadas as políticas de universalização do acesso à justiça, dentre elas o fortalecimento e a capilarização das Defensorias Públicas.

2. A NOVA REALIDADE

No âmbito das relações humanas, a pandemia também trouxe mudanças significativas. Ante a necessidade de evitar-se aglomerações e contatos físicos, passou-se a adotar, por padrão, o trabalho remoto e domiciliar para as atividades que assim permitiam ou que puderam ser adaptadas. Em pouco tempo, os aplicativos de chamadas e transmissões de vídeos popularizaram-se e essa é a nova forma de encontrar-se com amigos, reunir-se com colegas de trabalho ou assistir às aulas.

As atividades que antes eram exclusivamente presenciais foram adaptadas ou, na sua impossibilidade, simplesmente deixaram de ser realizadas. Passado mais de um ano da pandemia, muitas dessas atividades presenciais interrompidas no Brasil ainda não foram retomadas. Elas atuam, quando muito, em regime de plantão, e não há qualquer perspectiva realística quando retornarão, se é que um dia voltarão nos moldes pré-pandêmicos.

A certeza onírica de que em dois ou três meses a pandemia já se teria esvaído trocou lugar com a incerteza definhante de não saber o que acontecerá, como a pandemia vai evoluir, que planos fazer e como os realizar. Parece-se viver em um limbo, uma vida suspensa, uma

represa de sentimentos, emoções e desejos ávidos por rompê-la e inundar novamente a vida, enquanto se vê, atônito, que o tempo está passando sem que nada volte ao normal.⁹

Se toda essa angústia já se impõe a quem tem tempo e algum conforto financeiro para lamber suas feridas narcísicas, ela se torna concreta para quem passou simplesmente a preocupar-se em sobreviver.

Segundo o “Inquérito Nacional sobre Insegurança Alimentar no Contexto da Pandemia da Covid-19 no Brasil”, estudo publicado pela Rede Brasileira de Pesquisa em Soberania e Segurança Alimentar e Nutricional (Rede PENSSAN) em abril de 2021, é indicado que “Do total de 211,7 milhões de brasileiros(as), 116,8 milhões conviviam com algum grau de Insegurança Alimentar e, destes, 43,4 milhões não tinham alimentos em quantidade suficiente e 19 milhões de brasileiros(as) enfrentavam a fome.” (Rede Penssan, 2021, p. 10).

Nesse contexto, todos e todas que auferem suas rendas com trabalhos manuais, braçais ou em subempregos e na economia informal passaram a viver perenemente com o dilema de ter que ir trabalhar correndo risco de contaminar-se no transporte público lotado ou no ambiente de trabalho e levar o vírus para dentro de casa, ou passar fome.

Segundo dados da Pnad Covid-19 (Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílio) elaborados pela FGV Social, 28% dos membros da classe A/B (renda domiciliar superior a R\$ 8.303) puderam alterar o local de trabalho durante a pandemia.

Na classe D/E (renda até R\$ 1.926), apenas cerca de 7,5% tiveram essa opção. Na classe C (que ganhou destaque nos anos 2000 e tem renda entre R\$ 1.926 e R\$ 8.303), somente 10,3% fizeram isso. (Canzian, 2021).

Impossível pensar em qualquer estratégia de controle da disseminação do vírus, diante desse quadro, sem medidas de proteção sociais.

Evidentemente, os grupos e as populações mais vulnerabilizadas foram as que mais sofreram, não só com a perda da renda, mas também com a própria doença, que é muito mais

⁹ Como na canção de David Bowie: “*Time may change me/ But I can’t trace time*”. (David Bowie, 1971).

letal entre pobres e negros (Ribeiro *et al.*, 2021) no Brasil, seja por não terem o mesmo tratamento na rede pública de saúde que se consegue na rede particular (Resk, 2021), seja pelo histórico de privações dos mais diversos direitos que essas pessoas sofreram ao longo da vida, como acesso insuficiente a alimentos e nutrientes, à uma moradia digna, a um sistema de saneamento básico, dentre muitos outros que impactam significativamente a resposta de seus organismos e sua recuperação quando desenvolvem a doença.

3. A ERA DIGITAL COMO NOVA BARREIRA DE ACESSO

Independentemente da covid-19, parte da vida já vinha se transferindo do espaço físico para virtual. A quantidade e a variedade das relações humanas que já eram realizadas por esta via aumentavam exponencialmente a cada ano. A pandemia apenas foi o empurrão definitivo para a prevalência do virtual sobre o presencial.

E, embora o mundo digital seja ainda um espaço pouco regulamentado, dominado por algoritmos e interesses de umas poucas empresas de tecnologia, onde vale a lei do mais forte, fomos impulsionados a vivenciar a era digital. Nesta perspectiva, Mozorov (2018, p. 15) explica que: “A aldeia global jamais se materializou – em vez disso, acabamos em um domínio feudal, nitidamente partilhado entre as empresas de tecnologia e os serviços de inteligência”.

Assim, hoje, no mundo e do modo que se vive, dois elementos são fundamentais para o desenvolvimento de todas as potencialidades e formas de participação que se colocam para as pessoas: um equipamento eletrônico que permita acesso à internet, como um computador pessoal ou um telefone celular, e uma internet de razoável qualidade quanto à velocidade e intermitência.

Como na grande maioria dos bens e serviços colocados no mercado de consumo, as barreiras que se impõem estão menos relacionadas à relação entre a demanda e a escassez do que ao acesso em si:

Existe uma evidente falha de mercado, que tem características estruturais, mediante a qual os bens não chegam aos consumidores.

Há uma grande massa de excluídos do consumo; trata-se de instrumentalizar normas de ordem pública que flexibilizem esse acesso em condições de qualidade e segurança aceitáveis. (Lorenzetti, 1998, pp. 542-543).

O acesso ao consumo, direito fundamental implícito na Constituição Federal, tendo por fundamento a dignidade da pessoa humana e a garantia de um mínimo existencial, coloca-se, assim, como um novo paradigma de efetivação dos direitos fundamentais e de consecução dos objetivos da República, notadamente a construção de uma sociedade justa, livre e solidária, a erradicação da pobreza e a diminuição das desigualdades. (Dorini, 2010, p. 78).

Dito isso, como imaginar que uma família que mal consegue colocar comida em sua mesa em todas as refeições do dia poderá dar-se ao luxo de contratar um serviço de internet e comprar um computador ou celular?

Se a vida digital se bastasse apenas nas interações privadas com outros indivíduos, embora ainda houvesse graves limitações de direitos àqueles grupos vulnerabilizados mais pobres, os prejuízos não seriam tão grandes como no cenário atual. Todo o sistema burocrático estatal, responsável por receber, processar e conceder benefícios de proteção social não funciona presencialmente no Brasil desde o início da pandemia, sem prazo ainda para retorno, e só pode ser acessado digitalmente. Ou seja, hoje, no Brasil, o acesso à grande maioria dos direitos dá-se pela via digital, da qual estão excluídos os mais vulnerabilizados, justamente o grupo que mais precisa ter acesso ao sistema de proteção social (Morozov, 2018, p. 26). A invisibilização dessas populações é um verdadeiro processo de gentrificação digital. Nessa perspectiva, Mozorov diz:

Não é que as promessas do Vale do Silício sejam falsas ou enganosas – ainda que muitas vezes isso ocorra –, mas elas só podem ser entendidas, por exemplo, através do prisma da dissolução do Estado do bem-estar social e da sua substituição por alternativas mais enxutas, rápidas e cibernéticas, ou através do prisma do papel que a livre circulação de dados está destinada

a desempenhar sob um regime de comércio global totalmente desregulado. (Morozov, 2018, p. 26).

O exemplo mais claro e perverso desse processo, no Brasil, veio com a criação do auxílio emergencial estatal, projeto de renda básica para a população que não tinha renda alguma durante a pandemia, e que, em sua formulação original, só poderia ser acessado via aplicativo de celular. (Cultura, 2020; Veloso & Felicio, 2021).

4. O PAPEL DA DEFENSORIA PÚBLICA NO ACESSO À JUSTIÇA

A crise de acesso não é apenas uma crise que impede milhões de consumidores de acessarem bens e serviços que não são escassos. Ela é a marca de nosso tempo.

Até meados do século passado, era a escassez o fator que limitava bens e serviços de serem acessados. Não havia comida para todos, logo, tragicamente, muitos morreram de fome.

Na sociedade da abundância na qual vivemos hoje, as barreiras de acesso são criadas e mantidas a partir de um processo dual. De um lado, os grandes conglomerados transnacionais (os reais detentores do poder) controlam, mediante medidas mono ou oligopolistas, o mercado, inviabilizando que tudo possa, de fato, chegar a todos. Talvez diante da perspectiva de uma sociedade menos desigual, o amplo acesso pode ser, justamente por isso, menos consumista. De outro lado, a abundância inacessível gera o efeito “cenoura de burro”. As necessidades são criadas pela publicidade, já que consumir é um ato político, desencadeando um processo diferenciador que é, a rigor, excludente: ou você pode consumir aquilo, e está dentro, ou não pode e está fora.

O pobre não é digno de redenção, pois é o consumidor fracassado, um sinal de subtração e não de adição no complexo cálculo orçamentário, bem como o pária é apenas um inútil buraco negro. Qualquer responsabilidade por seu destino é declinada a priori, enquanto a caridade é um impulso ocasional. (Di Cesare, 2020, p. 43).

As barreiras, assim, na sociedade da abundância, servem para recriar ou manter classes socioeconomicamente diferenciadas: os países ricos continuam a usufruir das *commodities* e da mão-de-obra barata dos países mais pobres, e neles a elite econômica consegue manter sua posição de privilégio.

Antes as coisas não existiam; hoje existem, mas você não as pode alcançar.

Esse fenômeno pode ser igualmente observado em várias outras áreas, inclusive no direito, especialmente em relação aos direitos humanos.

Na grande maioria dos países, dentre os quais o Brasil, em razão da profusão de tratados de direitos humanos que foram, a partir também de meados do século passado, se consolidando nas relações internacionais como um mecanismo de garantia universal mínima de respeito aos mais fundamentais direitos dos indivíduos e das coletividades, não se pode afirmar que os direitos humanos não têm sido observados porque lhes falta previsão normativa.

Assim como no mercado de consumo, há uma imensa e vibrante vitrine de direitos e mecanismos para a promoção e proteção dos mais diversos indivíduos e grupos vulnerabilizados, que conseguem vê-los através do vidro, mas jamais tocá-los.

Os direitos, portanto, têm que deixar a vitrine e interferir positivamente na vida das pessoas. Um dos principais instrumentos para enfrentar essa realidade é o acesso à justiça que, a depender das conformações das instituições e das políticas públicas de cada país, podem significar um funil ou uma porta. Nesse contexto, o projeto de uma Defensoria Pública instrumentalizada, autônoma e capilarizada é uma poderosa ferramenta de diminuição de desigualdades, por permitir aos grupos marginalizados o acesso a direitos, não só ao judiciário como também ao aparato burocrático estatal responsável pela concessão de suporte e proteção sociais.

A Defensoria Pública, como expressão e instrumento do regime democrático, tem por missão institucional a promoção e proteção dos direitos humanos dos necessitados, dos marginalizados e dos grupos vulnerabilizados.

Nos termos do art. 134 da Constituição Federal:

A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal. (Constituição da República Federativa do Brasil, 1988).

E para cumprir seu papel, a Defensoria Pública deve ser antes de tudo um espaço de acolhimento, já que ninguém entra em uma unidade da Defensoria Pública se não tiver um grave problema que não conseguiu resolver por outros mecanismos.

Não são poucas as vezes em que ela é a última instância a quem um indivíduo ou uma coletividade possam recorrer. E na grande maioria dos casos em que atua, é a Defensoria Pública que vai vocalizar a demanda daqueles a quem defende.

Impossível pensar em acolhimento e escuta atenta, dois dos pilares do atendimento ao público pela Defensoria Pública, por meios meramente virtuais.

Ainda, um papel fundamental no processo de efetiva democratização do acesso à justiça é a busca ativa realizada pela Defensoria Pública à procura de quem dela possa necessitar. Em certas circunstâncias, as pessoas estão tão fragilizadas e vulnerabilizadas que sequer se consideram marginalizadas. Não estão às margens dos processos sociais, estão completamente fora deles. Essa situação de invisibilização é bastante comum quanto mais vulnerável estiver a pessoa e o grupo, que passam a viver uma vida fora do aparato estatal, diante da certeza de que estão completamente alijados de tudo e que são absolutamente ignorados pelas políticas públicas. Nesse sentido, a Defensoria Pública é também uma representação estatal e, portanto, não seria injusto supor, sob a desconfiada lente dessas pessoas, mais uma instância administrativa a ignorá-las. O fato é que simplesmente esperar que tais pessoas procurem a Defensoria Pública é reproduzir todas as barreiras de acesso fundadas na metáfora da vitrine ou da “cenoura de burro”: mesmo que a pessoa conheça a Defensoria

Pública, parte-se do pressuposto que, assim como todos os demais aparelhos estatais que já lhe faltaram durante a vida, este também não lhe serve e não o acolherá.

A busca ativa da Defensoria Pública, voltada às populações mais vulnerabilizadas, tem justamente esse viés, de deixar a torre de marfim para tentar levar o acesso à justiça a quem não tem acesso a nada. Na Defensoria Pública da União em São Paulo, por exemplo, há alguns anos desenvolviam-se programas de atendimento *in loco* de população em situação de rua, de pessoas encarceradas e de migrantes, além de atendimentos pontuais para casos específicos como reintegrações de posse coletivas ou para atendimento de povos indígenas, quilombolas e outras comunidades tradicionais. Todas essas atividades, essencialmente presenciais, no local onde essas pessoas estão, tiveram que ser interrompidas e deixaram de ser realizadas em razão das medidas sanitárias recomendadas para evitar-se a disseminação da covid-19.

A Defensoria Pública da União, por exemplo, não deixou de trabalhar em nenhum momento desde que iniciada a pandemia. Readequou sua forma de atendimento, antes essencialmente baseada na presença física do interessado ou seu representante em uma de suas unidades para um sistema primeiramente baseado em atendimento remoto por telefone, e-mail e aplicativos de mensagem e que, atualmente, tem evoluído para um aplicativo específico da própria Defensoria especialmente desenvolvido para esses fins. É sem dúvida uma readaptação no meio do caos, mas certamente pouco frente ao que já se havia identificado como indispensável para se fazer antes da pandemia, ainda mais no momento mais crítico em décadas para que os mais vulneráveis possam ter acesso a alguma proteção social.

5. A PERSONALIDADE DIGITAL COMO NOVO PRESSUPOSTO DE ACESSO

A suposta democratização do acesso aos meios digitais, embora tenha de fato avançado, está muito longe de significar uma universalização no acesso. Dois problemas fundamentais se apresentam: de um lado, a falta de recursos financeiros para comprar um aparelho, celular ou computador, e contratar um plano de dados; de outro, a necessidade de uma nova alfabetização, uma “alfabetização digital”, em um país em que um terço da popu-

lação é considerada analfabeta funcional,¹⁰ isso em um cenário pré-pandemia, antes da crise de mais de um ano de falta de acesso efetivo ao sistema de ensino público pelos alunos mais pobres.

A outra face da mesma moeda é a crescente imposição de uma personalidade digital para a participação na vida em sociedade. Ainda que a pessoa prefira ver-se distante de Facebook, Twitter, Instagram ou qualquer outra rede social, cada vez mais é empurrada pelas empresas com as quais, diante da essencialidade do serviço que prestam, é obrigada a se relacionar e, muito pior, diante das imposições criadas pelos próprios órgãos estatais.

Antes da pandemia, no Brasil, o pior cenário de exclusão digital em relação a serviços públicos encontrava-se justamente no acesso aos benefícios assistenciais e previdenciários, acessíveis via Cadastro Único do Governo Federal ou via INSS, a autarquia responsável pelo pagamento das aposentadorias e de alguns benefícios previdenciários. Ambos, CadÚnico e INSS, passaram a ser acessíveis exclusivamente pela internet, mesmo o primeiro sendo voltado para pessoas no limiar dos critérios de pobreza e o segundo tendo por público-alvo a imensa maioria dos brasileiros e brasileiras que recebem benefícios previdenciários ou assistenciais de um salário mínimo. A pergunta óbvia: se na população, em geral, 30% são analfabetos funcionais, qual será a proporção entre aqueles que precisam acessar o CadÚnico ou peticionar junto ao INSS? E desses, quantos mais não serão analfabetos digitais?

Embora no caso do CadÚnico pré-pandemia a questão tenha sido minorado pela atuação das secretarias e centros de assistência social dos municípios, participando ativamente do cadastro dos potenciais beneficiários, não se viu nenhum movimento efetivo nesse sentido em relação ao INSS. A situação do analfabetismo digital e da construção de mais uma barreira de acesso ao Estado, brilhantemente retratada por Ken Loach em seu laureado “Eu, Daniel Blake” (mesmo que na realidade do Reino Unido), serve de paradigma para a situação brasileira pré-pandemia, ainda que esta seja mais grave (Loach, 2016).

¹⁰ Uma das definições que aqui são adotadas é a da Ação Educativa: “Os Analfabetos Funcionais – equivalentes, em 2018, a cerca de 3 em cada 10 brasileiros – têm muita dificuldade para fazer uso da leitura e da escrita e das operações matemáticas em situações da vida cotidiana, como reconhecer informações em um cartaz ou folheto ou ainda fazer operações aritméticas simples com valores de grandeza superior às centenas.” (Ação Educativa, 2018, p. 8).

Sob essa perspectiva da personalidade digital, a pandemia foi um verdadeiro maremoto: com toda sua força, catapultou aqueles que já estavam na crista da gigantesca onda para a consolidação definitiva dessa nova forma de se relacionar com outras pessoas, com empresas e com os órgãos administrativos; para os que estavam por baixo, receberam todo o impacto tsunâmico da grande onda, sendo alijados, uma vez mais e sempre, das dinâmicas sociais com as instâncias de poder.

A personalidade digital é um pressuposto inescapável pós-pandemia, e por isso tem crescido em diversos países a discussão sobre a proteção de todas as formas de dados, aí incluídas as características físicas das pessoas. Haverá, contudo, e por muito tempo, uma enorme gama, principalmente nos países mais pobres, de pessoas absolutamente excluídas desse processo, ainda mais quando, ao mesmo tempo em que se discute essa personalização digital, milhões de pessoas ainda passem fome no mundo e estejam em situação de pobreza. Não é demais pensar que sem uma efetiva discussão sobre redistribuição de riquezas, ou melhor, sem efetivas políticas públicas internas e internacionais sobre diminuições das desigualdades, estejamos criando uma massa de “proletas” braçais de um lado, e uma elite permanentemente vigiada pelo Grande Irmão do outro, na profética distopia *1984*, de George Orwell.

Porque se lazer e segurança fossem desfrutados por todos igualmente, a grande massa de seres humanos que costuma ser embrutecida pela pobreza se alfabetizaria e aprenderia a pensar por si; e depois que isso acontecesse, mais cedo ou mais tarde essa massa se daria conta de que a minoria privilegiada não tinha função nenhuma e acabaria com ela. A longo termo, uma sociedade hierárquica só era possível num mundo de pobreza e ignorância. (Orwell, 2009, p. 226).

6. PERSPECTIVAS?

A pandemia nos colocou todos em xeque. Não à toa, houve quem vislumbrasse uma janela de oportunidade para que multinacionais, estados e pessoas enxergassem a necessidade de uma reorganização da distribuição das riquezas e das formas e meios de consumir.

Passado mais de ano da decretação da pandemia pela OMS, todavia, o que se vê é mais do mesmo. Pobres serão cada vez mais pobres, ricos cada vez mais ricos, e a democracia cada vez mais ameaçada por autoritarismos populistas. Se havia alguma esperança de que iniquidades pudessem ser consertadas ou ao menos mitigadas, a distribuição de vacinas pelo mundo demonstrou que isso sequer será tema de pauta.

Não é demais pensar, portanto, que o fosso de desigualdades será acentuado e que levaremos muitos anos para resgatar os milhões que afundarão na pobreza e na insegurança alimentar.

Na América do Sul, uma das regiões periférica que mais sofrerá os efeitos sociais danosos no pós-pandemia, a consolidação do modelo de assistência jurídica gratuita por meio de Defensoria Pública instrumentalizada, autônoma e capilarizada é primordial para a concretização de uma política pública de acesso a justiça e acesso a direitos. Instrumentalizada, para que tenha condições de efetivamente prestar seu serviço com qualidade, por isso imprescindível um quadro de profissionais de apoio de diversas áreas, como assistentes sociais, psicólogos, antropólogos, tradutores, contadores, médicos, engenheiros, de modo a viabilizar, com fundamentos técnicos, as pretensões das pessoas e grupos que serão assistidos. Autônoma não só para que possa se autogerir, mas principalmente para que possa se gerir sem pressões externas, principalmente dos governos, e que esteja, assim, apta a litigar plenamente e com independência contra o Estado. Capilarizada, porque a Defensoria Pública precisa alcançar as pessoas onde elas estão, aproximar-se delas, ouvi-las, acolhê-las, para que conheça os problemas que deve tentar ajudar a solucionar.¹¹

Diante da pressão pela personalidade digital, mesmo por parte dos órgãos públicos, absolutamente descompassada com a realidade de grande parte da população, um verdadeiro universo de analfabetos digitais, será imprescindível que a Defensoria Pública

¹¹ O autor Pepetela traz uma reflexão dessa situação: "Afinal agora viraste advogado de escritório, burocrata? É o sucesso profissional que te leva a isso? Julguei que eras homem de terreno. Não, a sério, não é a mesma coisa defenderes uma causa que te é explicada a frio e à distância. Vendo a realidade, conhecendo as pessoas, vais ficar muito mais empenhado. Eles acreditam em ti, e isso tu constataste, então vais dar tudo a partir de agora." (Pepetela, 2008, p. 196).

reinvente tanto sua forma de atender ao público e conseguir chegar naquelas pessoas e grupos extremamente vulnerabilizados, quanto sua forma de atuação judicial e extrajudicial, levando em conta essa nova realidade.

Outro ponto relevante é que o empobrecimento da população, a maior privação de bens e direitos e o aumento das violações de direitos humanos, somadas a impossibilidade de atendimento presencial nas unidades da Defensoria Pública, tem a potencialidade de causar uma explosão de demanda que hoje, no Brasil, as diversas Defensorias Públicas não têm estrutura organizacional e de recursos humanos para suportar.

As ideias aqui trazidas, como se vê, ao menos nesse momento, prestam-se mais a um instrumento de reflexão do que propriamente a um manual de instruções sobre o que fazer.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A realidade é sombria, o futuro incerto. Aliás, desde a Segunda Guerra Mundial não se viveu período tão incerto, mesmo durante a Guerra Fria. A única certeza é que “Os maiores vêm à frente/ Trazendo a cabeça erguida/ E os fracos, humildemente/ Vêm atrás, como na vida” (Moraes, 2010, p. 12).

Muito da crise por que passam as democracias hoje passa não só pela “injusta distribuição”¹², mas pela crise de acesso. Na sociedade da abundância, a questão não se resume só a “não ter”. Há também o começo de uma consciência de que as coisas existem, mas estão inacessíveis e serão perenemente inalcançáveis. O doce na boca da criança de que o capitalismo permitiria a todos e a qualquer um alcançar seus objetivos exclusivamente a partir do próprio esforço pessoal há muito já se mostrou uma falácia. As debilidades que a pandemia traz ao tecido social, se apenas servirem para agravar as desigualdades sociais, serão mais um elemento para o enfraquecimento da consolidação dos direitos humanos e, por conseguinte, da democracia.

¹² Como já ensinava Drummond: “Aceitas a chuva, a guerra, o desemprego e a injusta distribuição/ porque não podes, sozinho, dinamitar a ilha de Manhattan.” (Andrade, 2008, p. 72).

Os riscos sociais, como se vê, são imensos. Além dos impactos imediatos pelo empobrecimento da população mais pobre, que quanto mais vulnerabilizada, mais exposta está a violações de direitos humanos, há os igualmente deletérios impactos no enfraquecimento da democracia, posto que não tem conseguido, a contento, trazer respostas e soluções aparentemente simples como garantir comida na mesa de todos.

Não é surpreendente, portanto, na esteira das insatisfações geradas, pela via do voto, a ascensão de regimes que tendem ao autoritarismo, muitas vezes a um neoteocracismo.

Problemas crônicos agravados, salpicados por novos problemas. A reinvenção da Defensoria Pública, dissociada do formalista modelo das demais instituições do sistema de justiça, se já era uma expectativa antes da pandemia, passou a ser uma necessidade, tanto para justificá-la enquanto instituição, quanto para que de fato consiga atender a seu mister de levar direitos a quem mais precisa.

REFERÊNCIAS

Ação Educativa. (2018). Indicador de Alfabetismo Funcional. [Relatório]. São Paulo, SP, Brasil. Recuperado de https://acaoeducativa.org.br/wp-content/uploads/2018/08/Inaf2018_Relat%C3%B3rio-Resultados-Preliminares_v08Ago2018.pdf

Andrade, C. D. (2008). Elegia 1938. In Sentimento do mundo (pp. 71-2). Rio de Janeiro: Mediafashion.

Berkhout, E., Galasso, N., Lawson, M., Morales, P. A. R., Taneja, A., & Pimentel, D. A. V. (2021). The Inequality Virus. Oxford: Oxfam GB. Retrieved from <https://oxfamilibrary.openrepository.com/bitstream/handle/10546/621149/bp-the-inequality-virus-250121-en.pdf>

Bohoslavsky, J. P. (2020). Covid-19, economia e direitos humanos. Revista Sur, 17(30), 85-99.

Canzian, F. (2021, 21 de abril). Atrás de renda e sem home office, pobres morrem mais de Covid. Folha de S.Paulo. Recuperado de <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2021/04/atras-de-renda-e-sem-home-office-pobres-morrem-mais-de-covid.shtml>

Carvalho, L. (2020). Curto-circuito: O vírus e a volta do Estado. São Paulo: Todavia.

Colombo, S. (2021). O ano da cólera: Protestos, tensão e pandemia em 5 países da América Latina. Rio de Janeiro: Rocco.

Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. (1988, 5 de outubro). Brasília, DF: Congresso Nacional.

Costa Junior, E. S. (2020). A Pandemia Frente à Constituição Fragilizada: Impactos da Emenda nº 95. Revista de Direito Público, Brasília, 17(96), 9-36.

Cultura. (2020, 11 de maio). "Os mais pobres dos pobres não conseguem ter acesso", diz padre sobre a distribuição do auxílio emergencial. Cultura. Recuperado de https://cultura.uol.com.br/noticias/3736_pessoas-em-situacao-de-rua.html

David Bowie. Changes. [canção]. RCA, 1971.

Di Cesare, D. (2020). Vírus soberano? Belo Horizonte: Âyiné.

Dorini, J. P. (2010). Direito de acesso ao consumo. Revista de direito do consumidor, São Paulo, 19(75), 43-79.

Fraser, N. (2020). O velho está morrendo e o novo não pode nascer. São Paulo: Autonomia Literária.

Loach, K. (Diretor). (2016). Eu, Daniel Blake. [Filme]. Entertainment One Films.

Lorenzetti, R. L. (1998). Fundamentos do direito privado. São Paulo: RT.

Moraes, V. A arca de Noé. (2010). In A arca de Noé. São Paulo: Companhia das Letrinhas.

Morozov, E. (2018). Big Tech: a ascensão dos dados e a morte da política. São Paulo: Ubu.

United Nations (UN). (2020). World Social Report 2020: Inequality in a rapidly changing world. [Report]. Retrieved from <https://www.un.org/development/desa/dspd/wp-content/uploads/sites/22/2020/02/World-Social-Report2020-FullReport.pdf>

Orwell, G.(2009). 1984. São Paulo: Companhia das Letras.

Pepetela. (2008). Predadores. Rio de Janeiro: Língua Geral.

Rede Penssan. (2021). Inquérito Nacional sobre Insegurança Alimentar no Contexto da Pandemia da Covid-19 no Brasil. [Informe]. Recuperado de http://olheparaafome.com.br/VIGISAN_Inseguranca_alimentar.pdf

Resk, F. (2021, 1 de abril). Metade dos internados em UTI covid no SUS morre; taxa é quase o dobro que em hospitais privados. Estadão. Recuperado de <https://saude.estadao.com.br/noticias/geral,metade-dos-internados-em-uti-covid-no-sus-morre-taxa-e-quase-o-dobro-do-que-em-hospitais-privados,70003667112>

Ribeiro, K. B., Ribeiro, A. F., Veras, M. A. S. M., & Castro, M. C. (2021, 28 february). Social inequalities and Covid-19 mortality in the city of São Paulo, Brazil. International Journal of Epidemiology, 50(3), 732-742. <https://doi.org/10.1093/ije/dyab022>

Veloso, L. & Felicio, A. B. (2021, 20 de abril). Sem acesso a internet, famílias não conseguem usar auxílio emergencial. Folha de S.Paulo. Recuperado de <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2021/04/sem-acesso-a-internet-familias-nao-conseguem-usar-auxilio-emergencial.shtml>

World Bank. (2020, Oct 7). COVID-19 to Add as Many as 150 Million Extreme Poor by 2021. Retrieved from <https://www.worldbank.org/en/news/press-release/2020/10/07/covid-19-to-add-as-many-as-150-million-extreme-poor-by-2021>