



**Consejo Económico
y Social**

Distr.
GENERAL

E/CN.4/Sub.2/2002/5
23 de mayo de 2002

ESPAÑOL
Original: FRANCÉS/INGLÉS

COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS
Subcomisión de Promoción y Protección
de los Derechos Humanos
54º período de sesiones
Tema 3 del programa provisional

LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

La discriminación en el sistema de justicia penal

Documento de trabajo final elaborado por la Sra. Leïla Zerrougui
en aplicación de la decisión 2001/104 de la Subcomisión

ÍNDICE

	<u>Párrafos</u>	<u>Página</u>
INTRODUCCIÓN.....	1 - 5	3
I. ANÁLISIS RETROSPECTIVO DE LA APORTACIÓN DE LA SUBCOMISIÓN	6 - 10	4
II. EL CONTEXTO INTERNACIONAL	11 - 24	6
A. La Conferencia Mundial contra el Racismo	12 - 14	6
B. Las repercusiones de la tragedia del 11 de septiembre de 2001 .	15 - 24	7

ÍNDICE (continuación)

	<u>Párrafos</u>	<u>Página</u>
III. ALGUNOS ASPECTOS DEL MARCO CONCEPTUAL DE UN POSIBLE ESTUDIO.....	25 - 52	11
A. La situación precaria de los extranjeros y los mecanismos discriminatorios en la cooperación interestatal en materia penal	28 - 43	13
B. La inadaptación de los sistemas nacionales de justicia penal a las necesidades de los colectivos vulnerables.....	44 - 52	20
IV. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	53 - 54	25

INTRODUCCIÓN

1. En el 52º período de sesiones de la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos, y en el marco de los preparativos de la Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia, se señaló a la atención de los miembros de la Subcomisión la magnitud del fenómeno de la discriminación en la administración de justicia. Para atender a esa preocupación, el Grupo de Trabajo del período de sesiones de la Subcomisión sobre la administración de justicia, con ocasión de la aprobación de su informe, encomendó a la Sra. Leïla Zerrougui que preparase para su siguiente período de sesiones un documento de trabajo relativo a un aspecto de ese fenómeno: la discriminación en el sistema de justicia penal.
2. En el 53º período de sesiones de la Subcomisión, la Sra. Zerrougui presentó al Grupo de Trabajo del período de sesiones un documento de trabajo (E/CN.4/Sub.2/2001/WG.1/CRP.1) en el que confirmaba la magnitud del fenómeno de la discriminación en la administración de justicia y subrayaba que la documentación consultada y las investigaciones realizadas le habían permitido comprobar que la discriminación constituía una práctica corriente en los locales de policía, en las prisiones, en los juzgados y en los lugares de detención reservados a los extranjeros en situación irregular, a los refugiados y a los solicitantes de asilo.
3. En dicho documento de trabajo, la Sra. Zerrougui señalaba la importancia de la cláusula de no discriminación, la igualdad ante la ley y la igual protección de la ley en las normas internacionales más pertinentes, identificaba las víctimas potenciales de la discriminación y proponía un marco conceptual para la posible realización de un estudio sobre la discriminación en el sistema de justicia penal. El marco propuesto ponía de relieve la importancia y la disponibilidad de los datos sobre las manifestaciones de la discriminación en el sistema de justicia penal y orientaba el estudio a la búsqueda y la identificación de los mecanismos discriminatorios de los que se derivaba la persistencia de la discriminación en la administración de la justicia penal.
4. Los miembros del Grupo de Trabajo del período de sesiones y de la Subcomisión hicieron observaciones acerca del documento de trabajo y la Subcomisión incluyó en el programa del 53º período de sesiones la discriminación en la administración de justicia como un punto del tema 3, dedicado a la administración de justicia. Los miembros de la Subcomisión subrayaron que la complejidad y la importancia del tema requerían un estudio completo, aunque se debía profundizar en ciertos aspectos de las investigaciones efectuadas, e insistieron en particular en la identificación de los mecanismos discriminatorios en la cooperación interestatal y de los dimanantes de la inadaptación de los sistemas nacionales de justicia penal a las necesidades de las poblaciones vulnerables, prestando una atención especial a los extranjeros, las minorías, las poblaciones indígenas y las categorías sociales desfavorecidas. Algunos expresaron el deseo de que el estudio previsto no excluyera totalmente el análisis de los motivos de discriminación, en especial los que se traducían en discriminaciones pasivas, y que en él se abordase también el funcionamiento de los tribunales penales internacionales y la situación de las víctimas del crimen organizado.
5. Por su decisión 2001/104, de 10 de agosto de 2001, la Subcomisión, preocupada por la magnitud del fenómeno de la discriminación en el sistema de justicia penal, y tomando nota con satisfacción del documento de trabajo (E/CN.4/Sub.2/2001/WG.1/CRP.1) elaborado por

la Sra. Leïla Zerrougui para el Grupo de Trabajo sobre la administración de justicia, decidió pedir a la Sra. Zerrougui que prosiguiera su trabajo de investigación, teniendo en cuenta los comentarios formulados por los miembros de la Subcomisión, y que le presentara su documento de trabajo final en su 54º período de sesiones. El presente documento se presenta de conformidad con esta decisión.

I. ANÁLISIS RETROSPECTIVO DE LA APORTACIÓN DE LA SUBCOMISIÓN

6. La Subcomisión ha desempeñado un papel muy importante en la lucha contra la discriminación, y su aportación es considerable¹. Por lo que respecta a la discriminación en la administración de justicia, las investigaciones realizadas pusieron de manifiesto que ya se habían encomendado anteriormente a dos miembros de la Subcomisión dos estudios sobre esta cuestión: el primero, elaborado por el Sr. Mohammed Ahmed Abu Rannat, Relator Especial de la Subcomisión, versaba sobre la igualdad en la administración de justicia², y el segundo, redactado por el magistrado Abou Sayeed Chowdhury, Relator Especial de la Subcomisión, llevaba por título: "Estudio sobre el trato discriminatorio contra miembros de minorías raciales, étnicas, religiosas o lingüísticas en los diversos niveles de los procedimientos de administración de la justicia penal, como investigaciones policiales, militares, administrativas y judiciales, detención, encarcelamiento, juicio y ejecución de sentencias, incluidas las ideologías o creencias que contribuyen o conducen al racismo en la administración de la justicia penal"³. Para sacar partido de esa experiencia y evitar las duplicaciones, en la redacción de este documento de trabajo se han aprovechado esos dos estudios, de los que ya se pueden extraer las conclusiones siguientes.

7. El estudio del Sr. Rannat sobre la igualdad en la administración de justicia se elaboró en una época (los años sesenta) en que el sentido de la discriminación en las normas internacionales no era tan preciso y terminante como en la actualidad. Dicho estudio se emprendió para determinar el alcance del artículo 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y llegar a la adopción de unos principios, una declaración o una convención sobre la igualdad en la administración de justicia; dedicado al régimen de la igualdad en los procedimientos penal, civil y administrativo, tuvo el mérito de precisar las normas de un juicio imparcial y de hacer recomendaciones de alcance general para luchar contra la discriminación.

¹ En el documento de trabajo elaborado por el Sr. Sérgio Pinheiro, miembro de la Subcomisión, en el marco de los preparativos de la Conferencia Mundial contra el Racismo se resumen los aspectos esenciales de esa aportación (A/CONF.189/PC.1/13/Add.1).

² Este estudio es el sexto de una serie de estudios sobre las medidas discriminatorias en diferentes esferas que la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías emprendió en 1963 y concluyó en 1969. Mohamed A. A. Rannat, *Estudio de la igualdad en la administración de justicia* (publicación de las Naciones Unidas, N° de venta: S.71.XIV.3).

³ El estudio se publicó en dos partes: la primera en 1981 con la signatura E/CN.3/Sub.2/L.76, y la segunda en 1982 con la signatura E/CN.4/Sub.2/1982/7.

8. En la actualidad, la prohibición de la discriminación, la igualdad ante la ley y la igual protección de la ley han sido definidas e instituidas en cláusula general y norma fundamental del derecho internacional relativo a los derechos humanos, no sólo en la administración de justicia, sino en cualquier otro campo sujeto a regulación⁴. Ya no es necesario realizar un estudio para precisar las normas de un juicio imparcial ni para expresar el sentido de la igualdad ante la ley y de la igual protección de la ley. Si conviene emprender un estudio es más bien para abordar el funcionamiento cotidiano de la justicia penal y poner de manifiesto los mecanismos que, en violación de las normas internacionales, favorecen la persistencia de la discriminación en los sistemas de justicia penal.

9. El estudio elaborado por el magistrado Chowhoury estaba dedicado al trato discriminatorio de los miembros de minorías raciales, étnicas, religiosas o lingüísticas en las distintas fases del procedimiento penal. El Relator Especial anunció desde el principio la orientación del estudio al afirmar que, aparte de Sudáfrica⁵, donde el racismo era un fenómeno reconocido por la ley, no había muchas regiones en el mundo en que existieran muchos casos de discriminación *de jure* contra razas o grupos. Por consiguiente, el estudio versó sobre la discriminación en el comportamiento, las doctrinas y prácticas que propagan prejuicios racistas, y sobre las situaciones que aparentemente revelan una aplicación selectiva de la ley a grupos raciales, étnicos, religiosos o lingüísticos⁶.

10. De lo que antecede se desprende que, si ahora se proyecta realizar un estudio sobre la discriminación en el sistema de justicia penal, ello es porque ese estudio arrojaría nueva luz sobre la cuestión. En primer lugar, porque está demostrado que la discriminación institucionalizada existe y persiste en los sistemas nacionales de justicia penal⁷; en segundo lugar, porque de resultas de la mundialización y de la constitución de agrupaciones regionales de

⁴ Esta cuestión ya ha sido analizada en el documento de trabajo presentado al Grupo de Trabajo de la Subcomisión sobre la administración de justicia (E/CN.4/Sub.2/2001/WG.1/CRP.1, págs. 2 a 8).

⁵ Sudáfrica estaba sujeta en esa época al régimen de apartheid.

⁶ Este estudio comprende tres capítulos; como el primero está dedicado al análisis de las causas históricas de la discriminación racial y a las doctrinas y prejuicios que la alimentan, y el tercero al funcionamiento de los tribunales militares -aspecto encomendado al Sr. Louis Joinet por la decisión 2001/103 de la Subcomisión-, sólo el capítulo II, que trata de las prácticas discriminatorias en el funcionamiento de la policía y de la justicia penal, se puede aprovechar y poner al día si se proyecta llevar a cabo un nuevo estudio sobre la cuestión.

⁷ La legislación penal de varios países incluye disposiciones discriminatorias, en especial con respecto a las mujeres, los niños, las poblaciones indígenas, las minorías y los extranjeros. A este respecto véase, en particular, el informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos presentado de conformidad con la resolución 48/141 de la Asamblea General (E/CN.4/2001/16) y los trabajos del décimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente acerca de "La mujer en el sistema de justicia penal" (A/CONF.187/12).

integración, las prácticas discriminatorias trascienden las fronteras y revisten nuevas formas⁸; y, por último, porque el colonialismo, que produce las discriminaciones *de jure* más intolerables en la administración de justicia, no ha desaparecido totalmente⁹. El interés que puede suscitar un estudio de esta índole viene a ser confirmado por los acontecimientos que están alterando profundamente el contexto internacional actual y su alcance será mucho más amplio porque abarcará otros grupos vulnerables o en situación de inferioridad que, en la actualidad, siguen sufriendo discriminación en la administración de justicia penal¹⁰.

II. EL CONTEXTO INTERNACIONAL

11. La redacción del presente documento de trabajo se produce en un contexto internacional marcado por dos acontecimientos principales: la Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia, que se celebró en Durban (Sudáfrica) del 31 de agosto al 8 de septiembre de 2001, y la tragedia del 11 de septiembre.

A. La Conferencia Mundial contra el Racismo

12. Si los trabajos preparatorios de la Conferencia Mundial contra el Racismo pusieron de manifiesto la magnitud del fenómeno de la discriminación en la administración de la justicia penal, la Declaración de la Conferencia no deja que subsista ninguna duda a este respecto, ya que no sólo ha confirmado la existencia en los sistemas nacionales de justicia penal, de discriminación en el comportamiento sino que también ha subrayado la persistencia de discriminación *de jure*. El párrafo 25 de la Declaración dice: "Expresamos nuestro profundo repudio del racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia que persisten en algunos Estados en el funcionamiento de los sistemas penales y en la aplicación de la ley, así como en las medidas y actitudes de las instituciones y las personas encargadas de hacer cumplir la ley, especialmente en los casos en que esto ha contribuido a que algunos grupos estén excesivamente representados entre los detenidos o presos" (A/CONF.189/12).

⁸ El presente documento abordará algunos aspectos de esas nuevas formas de discriminación dirigidas especialmente a los migrantes, los refugiados y solicitantes de asilo y las víctimas de la trata.

⁹ El Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en los territorios palestinos ocupados por Israel, Sr. John Dugard, proporciona en su informe al 58º período de sesiones de la Comisión un resumen sobre el funcionamiento discriminatorio del sistema judicial israelí en los territorios ocupados (E/CN.4/2002/32, párrs. 48 a 53).

¹⁰ Esos colectivos han sido identificados en el documento elaborado para el Grupo de Trabajo sobre la administración de justicia. En el párrafo 39, se señala "el amplio abanico de prácticas discriminatorias y motivos de la discriminación sufrida por las víctimas, según el caso, por su condición de extranjeras, sexo, pertenencia étnica o religiosa, edad, discapacidad, orientación sexual o desventaja material y, en algunos casos, por ser objeto de una discriminación doble o triple" (E/CN.4/Sub.2/2001/WG.1/CRP.1).

13. En cuanto al Programa de Acción aprobado por la Conferencia, se hace hincapié en las desigualdades de tratamiento en el acceso a la justicia para los afrodescendientes, los migrantes y sus familias, las mujeres, los niños, las minorías, los romaníes, los refugiados y solicitantes de asilo y las poblaciones indígenas. Se insta a los Estados a que velen por que los servicios de policía y de inmigración concedan a esas personas un trato respetuoso de su dignidad y no discriminatorio, a prevenir y detectar eficazmente los casos de faltas graves de los funcionarios de policía y otros miembros de las fuerzas del orden motivadas por el racismo y la discriminación, a aplicar y hacer cumplir medidas eficaces para eliminar el fenómeno conocido comúnmente como "caracterización racial peyorativa", a combatir la impunidad -que se señala como un obstáculo grave a la existencia de un sistema de justicia imparcial y justo-, a efectuar investigaciones para examinar las posibles vinculaciones entre el enjuiciamiento penal, la violencia policial y las sanciones penales, por un lado, y el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia, por el otro (A/CONF.189/12, párrs. 66 y ss.)¹¹.

14. De esta manera, las manifestaciones de la discriminación en la administración de justicia penal ocupan, pues, un lugar importante en la Declaración y Programa de Acción de la Conferencia Mundial contra el Racismo. Se han previsto órganos de seguimiento de la Conferencia y la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos está llamada, como mecanismo de la Comisión de Derechos Humanos, a aportar su contribución para la aplicación del Programa de Acción de la Conferencia. Por otra parte, la Comisión de Derechos Humanos aprobó en su 58º período de sesiones una decisión (2002/109) por la que invitaba a la Subcomisión a que examinara cuidadosamente la Declaración y Programa de Acción de Durban y desempeñara una función complementaria en la realización de los objetivos de la Conferencia Mundial¹².

B. Las repercusiones de la tragedia del 11 de septiembre de 2001

15. Los atentados del 11 de septiembre de 2001 han conmovido a toda la comunidad internacional y su condena ha sido unánime. En las resoluciones 1373 (2001) y 1377 (2001), aprobadas el 28 de septiembre y el 12 de noviembre de 2001, respectivamente, el Consejo de Seguridad pidió a todos los Estados que adoptaran una serie de medidas para prevenir, tipificar penalmente y reprimir todos los actos terroristas en el ámbito de su jurisdicción y reforzar la cooperación interestatal para erradicar el terrorismo internacional. No obstante, la comunidad internacional no ha vacilado en denunciar los casos de violación de los derechos humanos o del derecho humanitario cometidos en el contexto de las reacciones a esos atentados. Las críticas han versado, en particular, sobre los dispositivos jurídicos adoptados y ciertas medidas aplicadas

¹¹ A este respecto hay que destacar el importante papel que las organizaciones no gubernamentales desempeñaron en Durban para que la discriminación en la administración de la justicia penal figurase en el Programa de Acción de la Conferencia Mundial. Véase, en particular, las aportaciones de Amnistía Internacional, la Organización Mundial contra la Tortura, la Internacional pro Reforma Penal e International Criminal Justice CAUCUS.

¹² Un segundo proyecto de decisión (E/CN.4/2002/L.82), sometido en relación con el tema 4 del programa, fue retirado por sus coautores.

en el marco de lucha antiterrorista¹³. Las detenciones y el mantenimiento en prisión incomunicada, que en varios países, han estado dirigidas especialmente contra los extranjeros y ciertas comunidades de inmigrantes, han suscitado vivas críticas¹⁴.

16. En su 60º período de sesiones, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial aprobó, el 22 de marzo de 2002, una declaración en la que pedía a los Estados y a las organizaciones internacionales que velasen por que las medidas adoptadas en el ámbito de la lucha contra el terrorismo no entrañasen, ni en sus propósitos ni en la práctica, ninguna discriminación basada en motivos de raza, color, ascendencia u origen nacional o étnico. Por su parte, la Comisión de Derechos Humanos, en su 58º período de sesiones, también aprobó una resolución en la que destacaba que "los Estados y las organizaciones internacionales [tenían] la responsabilidad de velar por que las medidas adoptadas en la lucha contra el terrorismo no [entrañasen] discriminación en su objeto o sus efectos por motivos de raza, color, ascendencia u origen nacional o étnico, y [exhortaba] a todos los Estados a que se [abstuvieran] de recurrir a cualquier forma de caracterización racial peyorativa"¹⁵.

17. Al mencionar esas recomendaciones y esas críticas, no perdemos de vista el hecho de que, para hacer frente al terrorismo, a menudo los gobiernos deben afrontar situaciones excepcionales y delitos de una extrema gravedad. La Sra. Kalliopi K. Koufa, Relatora Especial sobre el terrorismo y los derechos humanos, en su informe preliminar (E/CN.4/Sub.2/1999/27) presentado en el 52º período de sesiones de la Subcomisión, escribe lo siguiente: "De hecho, debido a la despreciable conducta de los terroristas y a la amenaza que supone para la sociedad, las autoridades del Estado responsables de poner fin a la violencia terrorista están facultadas para responder con medidas antiterroristas y no pueden verse constreñidas por los límites normales de las medidas oficiales para la prevención del delito ordinario".

¹³ En las semanas que siguieron a los atentados dirigidos contra Nueva York y Washington varios países aprobaron leyes antiterroristas, pero ha sido el dispositivo jurídico adoptado por el Gobierno de los Estados Unidos el que ha suscitado mayor número de críticas, en especial el de 13 de noviembre de 2001, denominado "The Presidential order on military tribunals". Renombrados intelectuales y defensores de los derechos humanos han considerado que ese dispositivo es discriminatorio y no conforme al derecho internacional ni a la Constitución de los Estados Unidos. Véase, en particular, las críticas formuladas por Robert Kodok Goldman, Presidente de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, con el título "Why President Bush's Military Order Runs Afoul of the Law", el artículo publicado en *Le Monde* de 29 de noviembre de 2001 y titulado "Après la victoire, la justice" por Robert Badinter, ex Ministro de Justicia y senador francés. Véase asimismo el informe de Dato'Param Kumaraswamy, Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos sobre la independencia de los magistrados y abogados (E/CN.4/2002/72, párr. 208) y las publicaciones de Amnistía Internacional, de Human Rights Watch y de la Federación Internacional de Derechos Humanos.

¹⁴ Véase, en particular, el informe publicado por Amnistía Internacional en marzo de 2002 "Amnesty International's concerns regarding post-September 11 detentions in USA" (AI Index: AMR 51/044/2002).

¹⁵ Véase la resolución titulada "El racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia" (E/CN.4/2002/L.68).

18. No por ello ese derecho se reconoce a los Estados sin garantías¹⁶. El Comité de Derechos Humanos, en su Observación general N° 29 relativa a los estados de excepción, especifica que aun en caso de amenaza para la existencia de la nación, no se puede suspender la aplicación de determinados derechos (CCPR/C/21/Rev.11/Add.11). La Alta Comisionada para los Derechos Humanos volvió a recordarlo en el 58° período de sesiones de la Comisión de Derechos Humanos al presentar su informe sobre el seguimiento de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos.

19. La evaluación de la conformidad o no conformidad de los dispositivos adoptados en el marco de la lucha antiterrorista con las normas internacionales de derechos humanos y de derecho humanitario no forma parte del mandato que nos confirió la Subcomisión. Nuestra reflexión y nuestros análisis versarán sólo sobre determinadas disposiciones consideradas discriminatorias y que corresponden a la esfera de la administración de la justicia penal y/o sobre la aplicación selectiva en la administración de la justicia de determinadas medidas, basadas únicamente en la nacionalidad, la religión o la pertenencia étnica de las personas que son objeto de ellas¹⁷.

¹⁶ En una declaración común, de 29 de noviembre de 2001, firmada por la Alta Comisionada de los Derechos Humanos, el Secretario General del Consejo de Europa y el Director de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE) se puede leer lo siguiente:

"While we recognize that the threat of terrorism may require specific measures, we call on all Governments to refrain from any excessive steps which would violate fundamental freedoms and undermine legitimate dissent. Such steps might particularly affect the presumption of innocence, the right to a fair trial, freedom from torture, privacy rights, freedom of expression and assembly, and the right to seek asylum. Anti-terrorism measures targeting specific ethnic or religious groups would also be contrary to human rights law and international commitments and would carry the risk of sparking a dangerous upsurge of discrimination and racism."

(Si bien reconocemos que la amenaza del terrorismo puede exigir la adopción de determinadas medidas, exhortamos a todos los gobiernos a que se abstengan de tomar disposiciones excesivas que violen libertades fundamentales y redunden en menoscabo de la discrepancia legítima. Esas disposiciones podrían afectar, en particular, a la presunción de inocencia, al derecho a un juicio imparcial, a no sufrir torturas, al respeto a la intimidad, a la libertad de expresión y de reunión y al derecho a solicitar asilo. Las medidas de lucha contra el terrorismo dirigidas contra determinados grupos étnicos o religiosos también podrían ser contrarias a las normas de derechos humanos y a los compromisos internacionales y podrían entrañar el riesgo de un peligroso recrudecimiento de la discriminación y el racismo.)

¹⁷ Amnistía Internacional ha publicado un documento, titulado "Rights at risk. Amnesty International's concerns regarding security legislation and law enforcement measures", en el que señala los países que han aprobado leyes que contienen disposiciones discriminatorias o no conformes con las normas de un juicio imparcial, entre los que menciona los siguientes: Egipto, Israel, China, Malasia, Turquía, Reino Unido, Estados Unidos, Zambia, Zimbabwe; también

20. En el documento presentado al Grupo de Trabajo sobre la administración de justicia se señalaba que, en determinadas situaciones de crisis, aumentaba la proporción de violaciones de los derechos humanos y se multiplicaba la aplicación de normas discriminatorias en la vida cotidiana de los ciudadanos y en el funcionamiento de la justicia penal, en particular con respecto a las personas y los grupos más vulnerables y a los que, con fundamento o sin él, se imputaba cualquier tipo de responsabilidad en las situaciones de crisis (E/CN.4/Sub.2/2001/WG.1/CRP.1, párr. 3). Los trágicos acontecimientos del 11 de septiembre han confirmado esa tendencia¹⁸.

21. En la Observación general N° 29, antes mencionada, y en lo que se refiere a la cláusula de no discriminación, el Comité de Derechos Humanos afirma lo siguiente: "Aun cuando el artículo 26 y las demás disposiciones del Pacto relativas a la no discriminación (artículos 2 y 3, párrafo 1 del artículo 14, párrafo 4 del artículo 23, párrafo 1 del artículo 24 y artículo 25) no figuran entre las disposiciones que según el párrafo 2 del artículo 4 no pueden ser suspendidas, existen elementos o dimensiones del derecho a la no discriminación que no admiten excepción en circunstancia alguna".

22. Es cierto, sin embargo, que tratándose de delitos graves y de delincuentes peligrosos que utilizan medios avanzados y que actúan al amparo de redes organizadas y transnacionales no resulta siempre fácil compaginar el respeto de las garantías establecidas en las normas de derecho internacional con la voluntad de no dejar impunes los más graves y de llevar a sus autores ante los tribunales. Las dificultades se presentan sobre todo en relación con el respeto de la presunción de inocencia, la prisión preventiva prolongada y las condiciones de detención de las personas acusadas de delitos graves. Los tribunales penales internacionales

nombra el proyecto de texto relativo a la orden de detención europea (AI-index: ACT 30/001/2002).

¹⁸ La Alta Comisionada para los Derechos Humanos confirmó esa tendencia en la presentación de su informe antes mencionado:

"On 10 December 2001, on the occasion of Human Rights Day, 17 special rapporteurs and independent experts of the Commission of Human Rights expressed their concern over reported human rights violations and measures that have targeted particular groups such as human rights defenders, migrants, asylum-seekers and refugees, religious and ethnic minorities, political activists and the media. Ensuring that innocent people do not become the victims of counter-terrorism measures."

(El 10 de diciembre de 2001, con motivo del Día de los Derechos Humanos, 17 relatores especiales y expertos independientes de la Comisión de Derechos Humanos expresaron su preocupación por las violaciones de derechos humanos denunciadas y las medidas adoptadas contra determinados grupos como los defensores de los derechos humanos, los migrantes, los solicitantes de asilo y los refugiados, las minorías religiosas y étnicas, los activistas políticos y los medios de información. Es preciso velar por que las personas inocentes no sean víctimas de las medidas de lucha contra el terrorismo.)

han debido hacer frente a esas dificultades y las soluciones adoptadas no siempre han estado exentas de críticas¹⁹.

23. Sin embargo, es preciso distinguir entre diferencias de trato, que pueden justificarse por la complejidad de la causa, la gravedad de los hechos imputados o la peligrosidad de los delincuentes, y medidas o prácticas discriminatorias. Cuando se detiene, encarcela e interroga a una persona por su pertenencia étnica o religiosa o cuando en un dispositivo jurídico que deja sin efecto las normas de derecho común y ofrece menos garantías a los inculcados se establece que únicamente se aplicará a los no nacionales, es difícil sostener que esas normas o prácticas no son discriminatorias²⁰.

24. Si la Subcomisión proyecta llevar a cabo un estudio sobre la discriminación en los sistemas de justicia penal, esta cuestión merece ser estudiada en profundidad para determinar, en lo que se refiere a los delitos más graves, qué es lo que puede ser considerado, desde el punto de vista del derecho internacional, una diferencia de trato necesaria para la buena administración de la justicia, basándose, en particular, en su aplicación por los tribunales penales internacionales, así como en los criterios de distinción adoptados por los sistemas regionales de protección de los derechos humanos y su aplicación en el plano nacional. Esta labor también se podría abordar en el marco de un estudio distinto que la Subcomisión podría encargar a uno de sus miembros.

III. ALGUNOS ASPECTOS DEL MARCO CONCEPTUAL DE UN POSIBLE ESTUDIO

25. En el documento elaborado por el Grupo de Trabajo del período de sesiones sobre la administración de justicia se indicaba que el interés de un estudio sobre la discriminación en el

¹⁹ En su deliberación N° 6, el Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria se pronunció sobre las circunstancias y las condiciones que pueden justificar, ante un tribunal internacional, el mantenimiento en detención y la prisión preventiva prolongada de los acusados de delitos graves. Para sentar su jurisprudencia, el Grupo de Trabajo se basó en los procedimientos de las jurisdicciones nacionales. Véase el informe del Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria del año 2000 (E/CN.4/2001/14, párrs. 12 a 33).

²⁰ La igualdad entre nacionales y no nacionales ante la ley y los tribunales ha sido establecida en varios instrumentos de las Naciones Unidas. En su Observación general N° 15, el Comité de Derechos Humanos especifica que los extranjeros gozan como los nacionales de igualdad ante los tribunales y tienen derecho a ser oídos públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial establecido por la ley. Este principio se recoge en la Declaración sobre las víctimas. En relación con los derechos de los no nacionales, véase el trabajo publicado por la UNESCO en 2001 con el título *United to combat racism. Dedicated to the World Conference against Racism, Racial Discrimination, Xenophobia and Related Intolerance*. En ese documento se relacionan los derechos reconocidos por las normas internacionales y regionales a los trabajadores migrantes, los apátridas, los refugiados y los solicitantes de asilo, y se hace hincapié en la igualdad ante los tribunales entre nacionales y no nacionales. Véase, asimismo, el informe preliminar del Relator Especial, David Weissbrodt, sobre los derechos de los no ciudadanos, (E/CN.4/Sub.2/2001/20 y Add. 1).

sistema de justicia penal solo se justificaba si en él se analizaban fundamentalmente los mecanismos discriminatorios que persistían en los sistemas nacionales de justicia penal. Se trazaban algunas líneas de investigación y se marcaban unas pautas para que sirvieran de base a un estudio sobre la discriminación en los sistemas de justicia penal.

26. Dichas líneas y pautas de investigación eran las siguientes:

- a) La insuficiencia o ineficacia de la protección contra la discriminación en los sistemas regionales de protección de los derechos humanos y sus efectos sobre la efectividad del ejercicio de las garantías consagradas en materia de justicia penal;
- b) La discriminación institucionalizada en algunas normas jurídicas regionales y en convenios bilaterales de cooperación en materia penal. Esa discriminación se dirige especialmente contra los extranjeros;
- c) La discriminación activa o pasiva, que reviste diversas formas y, en algunos casos, figura inscrita en el cuerpo de leyes penales nacionales, de fondo o de procedimiento;
- d) La discriminación que no figura en ningún instrumento pero es inevitable a falta de acciones o medidas para favorecer a ciertas personas a fin de permitirles ejercer sus derechos de manera efectiva y beneficiarse realmente de las garantías consagradas en las normas jurídicas;
- e) La discriminación que deriva de la organización o el funcionamiento de administración de la justicia penal y del sistema penitenciario, que a menudo carecen de medios humanos y materiales suficientes y no suelen estar adaptados a las necesidades de los grupos y personas más vulnerables en razón de la precariedad de su condición social;
- f) La discriminación estructural que deriva del modo de organización y funcionamiento de la policía, la naturaleza de su misión, sus relaciones con la justicia y la falta o ineficacia de los recursos contra el abuso de poder;
- g) La discriminación *de facto* en el comportamiento que traduce actitudes racistas, sexistas o xenófobas inspiradas en prejuicios o temores ancestrales casi siempre injustificados. Este tipo de discriminación se refleja en los sistemas penales nacionales y en las políticas penales con unas características específicas propias de cada región o país.

Para más detalles, véase el documento E/CN.4/Sub.2/2001/WG.1/CRP.1, párr. 41.

27. En sus comentarios, los expertos de la Subcomisión propusieron otras líneas de investigación y expresaron el deseo de que en el presente documento se examinaran, entre otras cosas, los casos de discriminación en la cooperación policial y judicial interestatal y las discriminaciones que afectan fundamentalmente a las poblaciones indígenas, las minorías, los extranjeros, las víctimas de la delincuencia organizada y las personas sin recursos. En los párrafos siguientes se intentará tener en cuenta esas recomendaciones.

A. La situación precaria de los extranjeros y los mecanismos discriminatorios
en la cooperación interestatal en materia penal

28. En materia de justicia penal, las Naciones Unidas fomentan la cooperación internacional, regional y bilateral como un medio eficaz para luchar contra la delincuencia transnacional y sobre todo contra el terrorismo y la delincuencia organizada²¹. Se preconiza también esa cooperación para luchar contra la corrupción, proteger a las víctimas más vulnerables²², acercar a los reclusos a sus familias y facilitar su reinserción social²³. Sancionan ese tipo de cooperación una serie de instrumentos jurídicos, en particular los tratados de extradición, de auxilio policial y judicial, de traslado de causas, de ejecución de sentencias y de traslado de detenidos y presos extranjeros²⁴. En principio este marco jurídico debe ajustarse a las normas del derecho internacional que prohíben la discriminación.

²¹ En el marco de la lucha antiterrorista, la cooperación interestatal no sólo se alienta, sino que se exige a todos los Estados. En la resolución 1373 (2001), que es de aplicación inmediata, el Consejo de Seguridad manifiesta su preocupación por la conexión entre el terrorismo internacional y la delincuencia organizada, el tráfico de drogas, el blanqueo de dinero, el contrabando de sustancias nucleares, químicas, biológicas y de otros materiales potencialmente letales e insiste en la necesidad de la coordinación en los planos nacional, subregional, regional e internacional para hacer frente a las amenazas a la seguridad internacional. El Consejo de Seguridad exhorta a todos los Estados a que apliquen las medidas adoptadas y amenaza con imponer sanciones a los que se nieguen a cooperar.

²² En varios instrumentos internacionales vinculantes se insta a los Estados a que refuercen la cooperación para garantizar la protección de los derechos de determinadas víctimas vulnerables, entre otras las mujeres, los niños y los migrantes. Se trata en particular, del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y de los dos protocolos que la complementan, a saber, el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, y el Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire. La Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó ambos documentos que, en principio, deberían entrar en vigor en el año 2002.

²³ Véanse los tratados modelo de cooperación internacional en materia penal, en particular los relativos al traslado de las causas penales y al traslado de la vigilancia de los delincuentes en régimen de condena condicional y/o de libertad condicional y el Acuerdo Modelo sobre el Traslado de Reclusos Extranjeros. *Recopilación de reglas y normas de las Naciones Unidas en la esfera de la prevención del delito y la justicia penal* (Publicación de las Naciones Unidas, N° de venta: S 92-IV-1).

²⁴ Entre los sistemas de cooperación regional en materia penal y penitenciaria, el sistema europeo es con mucho el más eficaz; se apoya en un conjunto considerable de instrumentos jurídicos que hacen posible una cooperación interestatal muy elaborada y eficaz en materia penal, especialmente en el ámbito de la Unión Europea, para luchar contra la delincuencia, proteger los derechos de las víctimas, mejorar las condiciones de detención y fomentar la reinserción social

29. Desgraciadamente, este principio fundamental no siempre se respeta. Los Estados basan su cooperación judicial y policial en la preferencia nacional y la protección de sus intereses, se preocupan principalmente del aspecto de la seguridad, que a menudo prima sobre los derechos fundamentales de determinados grupos a los que se considera potencialmente peligrosos o indeseables. Hoy por hoy son sobre todo los extranjeros quienes, por su condición foránea, o bien quedan excluidos del ámbito de aplicación de determinados tratados de cooperación regional o bilateral, o bien son víctimas de discriminación directa o indirecta dimanante de la aplicación de determinados acuerdos de cooperación, en particular en materia policial.

30. La exclusión de los extranjeros de las ventajas que proporcionan ciertas formas de cooperación se institucionaliza en los convenios multilaterales y bilaterales relativos al traslado de reclusos extranjeros. En la gran mayoría de esos acuerdos, y contrariamente a las recomendaciones de las Naciones Unidas, el traslado de los reclusos se circunscribe a los nacionales de los Estados contratantes, privando así a los extranjeros residentes en esos Estados de la posibilidad de solicitar su traslado a los países donde tienen su residencia habitual²⁵.

31. Sin embargo, se preconiza esta forma de cooperación para no romper los vínculos familiares y sociales del condenado con su entorno, facilitar su reinserción social, que se considera uno de los objetivos de la sanción penal²⁶ y que prácticamente es imposible de conseguir en un entorno que no sea el suyo. También se considera aconsejable y se fomenta la cooperación para evitar desigualdades de trato que privan a los detenidos extranjeros de las

de los delincuentes. Véase Daniel Fontanaud, *La coopération judiciaire en Europe*, *La Documentation française*, N° 786, de 20 de junio de 1997.

²⁵ El artículo 1 del Acuerdo Modelo sobre el Traslado de Reclusos Extranjeros, que se aprobó en el séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente, dispone: "Debe promoverse la reinserción social de los delincuentes facilitando, en el plazo más breve posible, el regreso de las personas condenadas por delitos en el extranjero a su país de nacionalidad o **residencia** para el cumplimiento de su condena. De conformidad con lo señalado, los Estados deben prestarse recíprocamente la mayor cooperación posible". Esta recomendación se ha plasmado sólo parcialmente en los tratados relativos al traslado de reclusos extranjeros, tanto multilaterales como bilaterales, en los que el criterio adoptado es el de la pertenencia nacional quedando excluidos los extranjeros que han establecido su residencia habitual en los Estados Partes en esos tratados. Véase el Convenio Europeo sobre traslado de personas condenadas, de 21 de mayo de 1983; véanse asimismo los convenios bilaterales entre los Estados Unidos de América y varios países, entre España, Portugal y algunos países de América Latina y entre Francia y varios Estados africanos, etc.

²⁶ El párrafo 3 del artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone que el régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados.

medidas de individualización, como la puesta en libertad anticipada, los permisos penitenciarios y las salidas especiales, lo que alarga comparativamente su tiempo de prisión²⁷.

32. Esta diferencia de trato basada en la nacionalidad resulta agravada por la precariedad de la condición jurídica de los no nacionales en las normas nacionales y en los sistemas regionales de protección de derechos humanos, lo que se traduce en la práctica en la privación sistemática de todas las medidas de readaptación y reinserción social de los presos extranjeros.

33. En efecto, el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales del Consejo de Europa no ampara a los extranjeros, aunque residan legalmente en un Estado europeo, contra su expulsión. El artículo 1 del protocolo N° 7 de dicho Convenio reconoce a los Estados miembros el derecho de expulsar a los extranjeros o de conducirlos hasta la frontera, en ejecución de una resolución adoptada conforme a la ley. Esta disposición figura también en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (párrafo 6 del artículo 22) y en la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (párrafo 4 del artículo 12). En aplicación de ese derecho que se reconoce a los Estados, las jurisdicciones nacionales a menudo han considerado que la expulsión, a raíz de una condena penal por hechos más o menos graves imputados a extranjeros, incluso en situación regular, era una medida necesaria para defender el orden público y, por consiguiente, una medida adoptada con arreglo a la ley²⁸.

34. La expulsión de resultas de una condena penal es una práctica corriente que se aplica incluso a los extranjeros con vínculos familiares muy estrechos en el país en el que residen legalmente, a los que se impone una doble pena cuando se les declara culpables de una infracción, ya que, tras haber cumplido la pena de prisión, generalmente son expulsados a su país de origen, aun cuando los lazos familiares, sociales, y, a veces, culturales con ese país hayan dejado de existir o no hayan existido nunca. Las jurisdicciones nacionales consideran que la expulsión de un extranjero es una medida policial y que no reviste carácter de sanción penal. En el ámbito europeo, se establece una distinción entre extranjeros europeos y extranjeros no europeos, y únicamente estos últimos están expuestos al riesgo de que se les imponga una medida de ese tipo²⁹.

²⁷ Esta diferencia de trato es contraria a las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos, donde se insiste en la reinserción social y se prohíbe la discriminación en el trato a detenidos y presos.

²⁸ Sobre este particular véase M. Fabre y A. Gouron-Mazel, *Convention européenne des droits de l'homme. Application par le juge français 10 ans de jurisprudence*, Edition LITEC, 1998, págs. 158 a 190. En muchos países la ley prevé expresamente la expulsión automática de los extranjeros, aun en situación regular, cuando son condenados a una pena privativa de libertad. Tras haber cumplido la pena, y si existen dificultades para su deportación, los extranjeros, incluso menores de edad, son mantenidos en situación de detención.

²⁹ El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en aplicación de la teoría del "efecto extensivo" con respecto a los derechos no reconocidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos y, en particular, en lo concerniente a la expulsión, la conducción hasta la frontera y la extradición de los extranjeros no europeos, ha intentado en su jurisprudencia llenar las lagunas del Convenio imponiendo a los Estados miembros ciertos límites para tener en cuenta los riesgos que corren

35. La expulsión por efecto de una condena penal puede no considerarse en sí como una discriminación sólo si no entraña desigualdades de trato que priven de determinados derechos a los extranjeros o que conculquen derechos reconocidos a todas las personas sin distinción. En realidad, al poder ser objeto de una medida de expulsión, los extranjeros detenidos son mantenidos sistemáticamente en prisión preventiva hasta su enjuiciamiento y, una vez juzgados, no pueden acogerse a ninguna medida encaminada a su reinserción social.

36. En el marco de la construcción de agrupaciones regionales de integración, se refuerzan los derechos de los nacionales de estas agrupaciones y se desarrolla la cooperación en materia judicial y policial para protegerlos, lo que genera nuevas formas de discriminación respecto de los no nacionales, aunque residan legalmente en esos países³⁰. En esos ámbitos, las exclusiones y las prácticas discriminatorias más frecuentes contra los extranjeros se dan principalmente en el marco de la cooperación policial³¹. La emigración clandestina y las estancias irregulares, en particular en los países que experimentan una corriente migratoria importante, se asimilan cada

esas personas, los lazos con el país en que residen y los atentados contra la intimidad personal y familiar. Para resolver sobre la existencia de una violación, los jueces de Estrasburgo se remiten, según el caso, bien a las disposiciones de los instrumentos europeos, o bien a las normas del derecho internacional, pero con esta finalidad: el Convenio debe "interpretarse de manera que se garanticen unos derechos concretos y efectivos y no teóricos e ilusorios". (Véase Jean Pradel et Geert Corstens, *Droit pénal européen*, París, Dalloz, 1999, págs. 286 a 289.

³⁰ Así, el artículo 3 del Convenio europeo relativo a la indemnización de las víctimas de infracciones violentas, de 24 de noviembre de 1983, excluye a las víctimas no europeas de la indemnización prevista en ese acuerdo al disponer que "el Estado infractor velará por que los nacionales de todos los Estados miembros del Consejo de Europa sean indemnizados...". Sin embargo, hay que puntualizar que la referencia a los instrumentos de cooperación judicial y policial del Consejo de Europa o de la Unión Europea no significa, desgraciadamente, que los actos de exclusión y de discriminación denunciados se limiten a ese ámbito. Pueden observarse las mismas preocupaciones y las mismas restricciones en la mayoría de los acuerdos de cooperación regional, en particular cuando los países contratantes experimentan una corriente migratoria importante. Los mecanismos de vigilancia de los derechos humanos de las Naciones Unidas han observado exclusiones y diferencias de trato no equitativas que impiden a los extranjeros disfrutar de determinados derechos reconocidos a todas las personas sin distinción alguna en los países del Golfo, los Estados Unidos, el Japón, Corea, Australia, el Canadá y en los países del Sur que son países tránsito o que acogen a poblaciones desplazadas y refugiados que huyen de la guerra y la persecución. En particular, véanse las observaciones finales formuladas por los órganos creados en virtud de tratados con motivo del examen de los informes periódicos de los Estados miembros.

³¹ Véase *Justice pénale et l'Europe*, bajo la dirección de F. Tulkens y H. D. Bosley, Bruselas, Bruylant, 1996, y en particular, F. Brion, "*Les menaces d'une forteresse citoyenneté, crime et discrimination dans la construction de l'Union européenne*", pág. 253, y N. Busch, "*Les fichiers automatisés*", pág. 135.

vez más a comportamientos delictivos que ponen en marcha la cooperación entre las policías y los servicios de inmigración³².

37. Las discriminaciones derivadas de la cooperación interestatal en materia penal no son las únicas que sufren los extranjeros; las discriminaciones más escandalosas se encuentran en las leyes nacionales, a las que hay que añadir las discriminaciones de hecho o en el comportamiento³³. Esos colectivos, marcados con el estigma de lo foráneo y en situación precaria a causa de ello, suelen recibir un trato desigual que atenta contra sus derechos y que facilita su explotación por las organizaciones delictivas.

38. En efecto, si bien la lucha contra la delincuencia transnacional organizada pone en movimiento la cooperación judicial y policial, esa cooperación a menudo pasa por alto los derechos de las víctimas de esa delincuencia. Por eso se designa a las víctimas del tráfico con fines de explotación sexual, del trabajo forzado o clandestino o de las redes de narcotraficantes como integrantes de colectivos potencialmente peligrosos que hay que deportar o conducir a la frontera rápidamente. Esas personas suelen permanecer detenidas mientras esperan su expulsión, sus quejas, en las que denuncian las violaciones de derechos de que han sido víctimas durante su estancia, rara vez son oídas, e incluso cuando se entabla un procedimiento judicial contra los autores de tales violaciones, las posibilidades de llevarlo a buen término son mínimas³⁴.

39. Entre las víctimas más vulnerables del delito organizado, las mujeres extranjeras son las más perjudicadas, puesto que son objeto, en realidad, de una triple discriminación: como mujeres, son discriminadas en el seno de su propio grupo; como víctimas de la trata, son discriminadas en la sociedad y por la justicia³⁵; y como extranjeras en situación irregular, son

³² El Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire dispone claramente que las víctimas del tráfico ilícito de migrantes son víctimas y no deben ser enjuiciadas penalmente, mientras que en determinados países la inmigración clandestina constituye una infracción a la ley penal.

³³ Véase el capítulo II del estudio del magistrado Abou Sayee Chowdhury, antes mencionado (E/CN.4/Sub.2/1982/7).

³⁴ Véase Theo van Boven, "Problemas comunes vinculados con todos los recursos que pueden presentar las víctimas de la discriminación racial" (HR/GVA/WCR/SEM.1/2000/BP.5, pág. 12). Este documento fue presentado en el marco de los trabajos preparatorios de la Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia.

³⁵ No solamente la justicia no está preparada para hacer frente a este tipo de delincuencia, sino que reproduce los estereotipos relativos a la *provocación* o la *responsabilidad* de las víctimas de agresión sexual y explotación de la prostitución. Los sistemas de justicia penal, en general, comprenden mal o hacen caso omiso de la victimización de la mujer, a causa de la dimensión histórica de la violencia ejercida sobre ella y de la percepción sociológica y psicológica equivocada que no siempre reconoce el carácter delictivo de ciertos actos de violencia dirigidos contra la mujer. A propósito de la violencia contra la mujer, véanse los diferentes informes de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, con inclusión de sus causas y consecuencias, y el informe titulado "Discriminación contra migrantes/mujeres migrantes: a la

particularmente vulnerables porque corren el riesgo de ser expulsadas o detenidas como "medio de protección"³⁶. Estas víctimas sufren, a manos de traficantes y proxenetas, diversas formas de malos tratos, como hostigamiento, violaciones y agresiones, sin olvidar las restricciones a su libertad. Frecuentemente son tratadas como delincuentes por las autoridades de los países adonde se las lleva. Cuando se encuentran en situación irregular en el país donde se hallan y temen volver a su país de origen, el riesgo de ser expulsadas les hace guardar silencio y asegura la impunidad de los delincuentes. El número insignificante de denuncias presentadas contra los autores de la trata es elocuente, en comparación con la realidad del fenómeno.

40. En lo que concierne a la deportación y la reconducción hasta la frontera de las personas que se encuentran irregularmente en el territorio de un país extranjero, las normas internacionales sólo las protegen contra la expulsión a un país donde podrían sufrir tratos inhumanos o degradantes, o bien cuando en dicho país su derecho a la vida esté realmente amenazado. Pero con respecto al recurso sistemático o preceptivo al internamiento de los inmigrantes en situación irregular o de los refugiados y solicitantes de asilo, varios mecanismos de las Naciones Unidas se han pronunciado contra esta práctica³⁷.

búsqueda de remedios", presentado por la Relatora Especial sobre los derechos humanos de los migrantes en el marco de la preparación de la Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia (A/CONF.189/PC.1/19).

³⁶ Esta práctica, aplicada a veces contra la voluntad de las víctimas, fue denunciada por la Sra. Radhika Coomaraswamy, Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, con inclusión de sus causas y consecuencias, y por la Sra. Gabriela Rodríguez Pizarro, Relatora Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, en sus respectivos informes a la Comisión de Derechos Humanos (E/CN.4/2001/73/Add.2, E/CN.4/2000/82 y E/CN.4/2002/94). También se dirigieron al Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria para pedirle que examinara este problema, que era real en los territorios y países que habían visitado en ejecución de sus mandatos respectivos. El Grupo de Trabajo, en el informe que presentó a la Comisión de Derechos Humanos en su 58º período de sesiones, recomendó que se reconsiderase el recurso a la privación de libertad para proteger a las víctimas y que la autoridad judicial se encargase de su supervisión; en todo caso, ese medio sólo debía utilizarse en última instancia y si las víctimas así lo deseaban (E/CN.4/2002/77).

³⁷ El Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria se ocupó de la retención administrativa de los extranjeros inmigrantes, los solicitantes de asilo y los refugiados en sus informes anuales correspondientes a 1999 y 2000, y especificó sus derechos en su deliberación Nº 5 (E/CN.4/1999/63, E/CN.4/1999/63/Add.3 y Add.4 y E/CN.4/2001/14). Con respecto al recurso al internamiento obligatorio de los migrantes en situación irregular, el Comité de Derechos Humanos precisó su posición con ocasión del examen del informe periódico de Australia (CCPR/AUS/98/3 y 4). En sus observaciones finales, de 28 de julio de 2000, el Comité señaló: "... la detención preceptiva en virtud de la Ley de migración de los "extranjeros en situación ilegal", incluidas las personas que solicitan asilo, plantea problemas de cumplimiento del párrafo 1 del artículo 9 del Pacto, en el que se establece que nadie podrá ser sometido a detención arbitraria. El Comité expresa su preocupación por la política del Estado Parte, en este contexto de detención preceptiva, de no informar a los detenidos de su derecho a solicitar

41. Durante su estancia, estas personas especialmente vulnerables son a menudo víctimas de violaciones de los derechos humanos, como por ejemplo los trabajadores introducidos clandestinamente y explotados en violación de las normas internacionales, las personas sometidas a la prostitución forzada o las que han sido objeto de tratos inhumanos o degradantes en los locales de la policía o en los centros de internamiento provisionales que les están reservados, etc.³⁸.

asesoramiento jurídico y de no permitir el acceso de las organizaciones no gubernamentales de derechos humanos a los detenidos para informarles de ese derecho. El Comité insta al Estado Parte a que reconsidere su política de detención preceptiva de los "extranjeros en situación ilegal", con miras a establecer mecanismos distintos para lograr un proceso de inmigración ordenado. El Comité recomienda que el Estado Parte informe a todos los detenidos de sus derechos legales, incluido el derecho a solicitar asistencia letrada". Australia no es el único país que aplica el internamiento obligatorio, otros países también lo practican, especialmente desde el 11 de septiembre de 2001.

³⁸ En los locales de la policía y en los centros de internamiento los inmigrantes clandestinos están particularmente expuestos al odio racial y a la xenofobia. En noviembre de 2000, una videocasete difundida por la South African Broadcasting Corporation conmocionó Sudáfrica; la revista *Newsweek* (20 de noviembre de 2000) reprodujo su contenido en un artículo titulado "Brutal tale on the tape". ["La grabación de una historia atroz"]: *"The tape is brutal and raw. Off camera, a voice announces the start of a dog-training video. Then six white South African policemen set their German shepherds on three defenceless black men. As the dogs chew on the victims' arms, legs and faces, the men scream and beg for mercy. The cops respond with punches, kicks and racial slurs. Toward the end of the edited 14-minutes tape, one of the policemen draws his gun as if to execute one of the men. Another throws rocks at one of the victims as he shakes with fear... The policemen reportedly entertained friends by showing the 1998 video at barbecues. The victims must have seemed safe targets -the SABC said all three were suspected illegal immigrants from Mozambique."* [La cinta es brutal y atroz. Fuera de campo, una voz anuncia el comienzo de un vídeo sobre el adiestramiento de perros. Después, seis policías sudafricanos de raza blanca azuzan sus perros pastores alemanes contra tres hombres negros indefensos. Los perros dan dentelladas a las víctimas en los brazos, las piernas y el rostro, mientras los hombres chillan y piden clemencia. Los policías responden con puñetazos, puntapiés e insultos racistas. Cerca del final de la cinta editada de 14 minutos de duración, uno de los policías desenfunda su pistola como si fuera a ejecutar a uno de los hombres. Otro arroja piedras a una de las víctimas, que tiembla de miedo ... Los policías supuestamente invitaron a amigos a barbacoas en las que se hicieron pases de la videocinta de 1998. Seguramente pensaron que las víctimas eran un blanco seguro: la SABC dijo que las tres eran presuntos inmigrantes ilegales de Mozambique]. Hay que subrayar a este respecto que, según fuentes dignas de crédito, la discriminación crea un clima propicio a la práctica de la tortura y los tratos inhumanos y degradantes. Véase la recopilación de 2001-2002 presentada por la Organización Mundial contra la Tortura para los trabajos de la Conferencia Mundial de Durban y el informe anual del Relator Especial sobre la cuestión de la tortura presentado en el 57º período de sesiones de la Comisión de Derechos Humanos (E/CN.4/2001/66, párrs. 4 a 11).

42. A estas personas, aun cuando se haya incoado un proceso judicial, los países de recepción -a menudo preocupados por consideraciones de seguridad o de política interior- les suelen negar el derecho a permanecer en el país hasta la condena de los autores de las violaciones. Esta negativa los priva *de facto* de un derecho reconocido a todas las víctimas, el de asistir al proceso y solicitar reparación. Esta ausencia forzada de las víctimas redunda en beneficio de los autores de las violaciones, que a menudo escapan a la condena, puesto que después de una medida de expulsión esas personas tienen prohibida la entrada en ese país y, aunque no fuese así, a menudo carecen de medios para volver con el fin de asistir al proceso o para hacerse representar por un abogado³⁹.

43. Estos pocos ejemplos de discriminación directa o indirecta imputables, bien a la precariedad de la protección de los extranjeros, bien a la cooperación interestatal en materia penal, no son las únicas discriminaciones que sufren los extranjeros. Como grupo especialmente vulnerable los no nacionales se enfrentan con otras formas de discriminación, que a menudo comparten con otros colectivos vulnerables o en situación de inferioridad. Estas discriminaciones están intrínsecamente ligadas a situaciones estructurales de injusticia y de dominación. Los sistemas nacionales de justicia penal reproducen los prejuicios y los estereotipos de la sociedad y en muchos países han sido concebidos por los grupos dominantes, por lo que con frecuencia, no responden a las necesidades de los grupos dominados o en situación de inferioridad.

B. La inadaptación de los sistemas nacionales de justicia penal
a las necesidades de los colectivos vulnerables

44. El delito es un motivo al que se recurre con frecuencia para justificar el aislamiento en guetos, la marginación o la exclusión de las categorías más vulnerables de la sociedad, las mismas cuyos derechos se redujeron durante siglos, en la ciudad o en la familia, a la falta de derechos o a unos derechos restringidos. Se trata de las mujeres, los niños, las minorías, los indígenas, los extranjeros y cualquier sector de la sociedad que, por una razón u otra, ha sido estigmatizado; como a menudo, por razones objetivas, la tasa de delincuencia en estos ambientes suele ser elevada, se esgrimen el argumento de la delincuencia y las estadísticas penales para justificar la exclusión y la discriminación.

³⁹ La Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 40/34, de 29 de noviembre de 1985, garantiza a la víctima el derecho a estar presente en el proceso, a ser asistida por un defensor, a ser informada del desarrollo del procedimiento y a participar en el proceso de decisión; véase asimismo el informe del Sr. Chérif Bassiouni que contiene la versión revisada de los principios y directrices básicos elaborados por el Sr. Theo van Boven sobre el derecho de restitución, indemnización y rehabilitación de las víctimas de las violaciones graves de los derechos humanos y las libertades fundamentales (E/CN.4/2000/62). En la resolución 2002/58 sobre la violencia contra las trabajadoras migrantes, aprobada por la Comisión de Derechos Humanos en su 58º período de sesiones, se pide a los Estados que, en la medida de lo posible, presten a las víctimas de la violencia de todo tipo de asistencia letrada y consular, que adopten medidas que les permitan estar presentes en los procedimientos judiciales y que velen por su regreso al país de origen en condiciones dignas.

45. Esta simplificación oculta una realidad que ya no se puede negar, la de la correlación entre el comportamiento delictivo y la situación socioeconómica desfavorecida, que caracteriza especialmente a los trabajadores migrantes y sus familias, a ciertas minorías nacionales y a las poblaciones indígenas⁴⁰. Para estas dos últimas categorías, el contexto histórico tampoco es ajeno a las tasas de delincuencia y de victimización exageradamente altas en comparación con la proporción de estos grupos en la sociedad⁴¹. Las políticas de exterminio, de exclusión o de asimilación forzada, impuestas por los grupos dominantes a esas comunidades, han generado desórdenes y provocado la descomposición de los sistemas de valores que mantenían la cohesión en su seno, valores a menudo diferentes de los que se intenta imponerles y que les cuesta asimilar⁴².

⁴⁰ En un estudio sobre la administración de la justicia de menores, inspirado en las observaciones finales del Comité de los Derechos del Niño correspondientes al período de 1993 a 2000 y titulado "Juvenile justice: The Unwanted Child of State Responsibility" [La justicia de menores: el hijo no deseado de la responsabilidad del Estado], Bruce Abramson escribe: *"As the Committee sometimes points out, detention facilities and police contacts frequently have over-representations of the poor and minority groups. This affects reform in multiple ways. For one, marginalized groups have the least ability to influence reform; for another, when tensions exist between social groups, there will be more abuses of power by individuals, whether they be police officers, staff in closed facilities, judges, or elected officials. And finally, we cannot hope to make significant progress in preventing juvenile crime when a State does not make a real commitment to tackle the deeper social injustices that lie behind the over-representation of poor and marginalized groups in prisons."* [Como algunas veces ha señalado el Comité, en los centros y establecimientos de detención y policiales a menudo los grupos pobres y minoritarios están excesivamente representados. Esto repercute en la reforma de diversas maneras. Por un lado, los grupos marginados son los menos capacitados para influir en la reforma; por otro lado, cuando existen tensiones entre grupos sociales, más frecuentes son los abusos de poder de los individuos, ya sean funcionarios de policía, funcionarios de centros de internamiento en régimen cerrado, jueces o cargos elegidos. Y, finalmente, no cabe esperar ningún progreso significativo en la prevención de la delincuencia juvenil cuando el Estado no pone verdaderamente ningún empeño en abordar las injusticias sociales más profundas que subyacen a la sobrerrepresentación de los grupos pobres y marginados en las prisiones.]

⁴¹ Todos los mecanismos de vigilancia o de protección de los derechos humanos denuncian la tasa normalmente elevada de victimización y de privación de libertad de los afroamericanos, los aborígenes, los dalits, los romaníes, los hijos de indígenas y trabajadores migrantes u otras comunidades estigmatizadas por injusticias estructurales y ancestrales en varias regiones del mundo. En la resolución 2002/77, aprobada por la Comisión de Derechos Humanos en su 58º período de sesiones y titulada "Cuestión de la pena capital", la Comisión observa que en algunos países los miembros de minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas parecen ser desproporcionadamente objeto de condena a la pena capital.

⁴² La Asociación Canadiense de Justicia Penal escribe con respecto a los indígenas: "Muchos estudios, informes y encuestas sobre la administración de justicia realizados en el Canadá en los 30 últimos años, así como datos estadísticos cada vez más numerosos, demuestran que la tasa de delincuencia y victimización de los indígenas es exageradamente elevada, que están sobrerrepresentados en el sistema judicial y el sistema penitenciario y, sobre todo, que se sienten

46. Algunos especialistas afirman que los delincuentes pertenecientes a categorías sociales marginadas por la sociedad rechazan el sistema de justicia penal, calificado con razón o sin ella, de injusto, lo que se traduce en la justificación de la autodefensa, cuya responsabilidad se hace recaer en la sociedad, y en la autoexculpación, que favorece el aumento de la tasa de reincidencia, especialmente entre los jóvenes procedentes de estos grupos. Erica-Irene Daes, Presidenta del Grupo de Trabajo de la Subcomisión sobre las Poblaciones Indígenas, confirma que los indígenas a menudo ponen en tela de juicio el sistema judicial. No por eso deja de ser verdad que, para determinados grupos desfavorecidos, el sistema de justicia penal en vigor en los países de recepción, o incluso en sus propios países, no está adaptado a sus problemas ni a sus necesidades, a menudo les resulta inaccesible, perpetuando la exclusión y dando pruebas a veces de discriminación manifiesta⁴³.

47. Estos problemas, conocidos y a menudo aducidos para explicar la tasa cada vez más elevada de delincuencia en estos ambientes, lamentablemente no se tienen en cuenta para formular políticas adaptadas de prevención de la delincuencia y de reinserción social en beneficio de los delincuentes recuperables. La prevención y la reinserción requieren la movilización de medios que ni los políticos ni la sociedad están dispuestos a aportar. Así, para dar la impresión de que se asumen las preocupaciones legítimas de los ciudadanos enfrentados con una delincuencia cada vez más sofisticada y organizada, se opta por el internamiento y por endurecer la represión⁴⁴.

en desventaja ante un sistema de justicia que les es extraño e inaccesible... El sistema de justicia no distribuye folletos ni carteles de información en las lenguas indígenas y las personas que sólo hablan una lengua indígena no pueden ser elegidas para formar parte de un jurado. En cuanto a la persona que sirve de intérprete para el delincuente, cabe que no haya sido formada especialmente para esta tarea y que no tenga muchas nociones de derecho. Véase el *Boletín* publicado el 15 de mayo de 2000, titulado "*Les autochtones et le système de justice pénale*".

⁴³ En la undécima edición (2000) de la publicación "*Attacks on Justice*", dedicada al estudio de los sistemas judiciales de 47 países, el Centro para la Independencia de Jueces y Abogados, basándose en los trabajos de la Presidenta del Grupo de Trabajo sobre las Poblaciones Indígenas, describe las discriminaciones que sufren las poblaciones indígenas en la administración de justicia de México: "*The language difficulties faced by non-Spanish-speakers and the lack of translators are among the gravest problems confronting indigenous people in the administration of justice.*" (págs. 368 y 369). [Las dificultades de expresión con que tropiezan quienes no hablan español y la falta de traductores figuran entre los problemas más graves con que se enfrentan los indígenas en la administración de justicia.]

⁴⁴ En su informe anual correspondiente al año 1999 la Internacional pro Reforma Penal, organización no gubernamental, señala: "La reducción de los programas sociales y la alta tasa de desempleo resultante de un deterioro de la economía han alimentado la delincuencia y la violencia, dos problemas graves en el Caribe. Por consiguiente, los gobiernos de la región soportan fuertes presiones de parte de una población que exige que la delincuencia violenta sea castigada severamente. Algunos fiscales generales son partidarios de la pena de muerte y toda la región padece una terrible superpoblación de las cárceles y un planteamiento poco perspicaz en el capítulo de las penas. La mayoría de los presos son jóvenes delincuentes condenados por

48. La ONG Internacional pro Reforma Penal describe así esa realidad en su informe anual, publicado en 2000: "En muchos países la proporción de miembros de minorías étnicas es mayor en la cárcel que en la población en general. Los estudios han mostrado que esta situación es frecuentemente el resultado de una discriminación racial, sea en la policía o en los tribunales, y que la discriminación contra las minorías étnicas también se ejerce en las cárceles. En algunos países, un número importante de extranjeros en prisión no dominan el idioma nacional y, por consiguiente, no tienen acceso a la información indispensable para su defensa ni sobre otros problemas relacionados con el encarcelamiento⁴⁵. Los enfermos mentales tienen problemas especiales y a menudo están en una cárcel cuando deberían estar en un sanatorio. Con frecuencia, los niños que tienen dificultades con la ley son internados y tratados duramente, haciendo caso omiso de las normas internacionales concebidas para garantizar y promover los derechos del niño... En la mayoría de los países las mujeres constituyen menos del 5% de la población carcelaria. Como son una minoría, no siempre se tienen en cuenta sus necesidades. A menudo son encarceladas lejos de su hogar, lo que contribuye a deteriorar aún más las relaciones familiares" (pág. 6).

49. En los países en desarrollo -aun cuando en algunos de ellos pueda existir la voluntad de luchar eficazmente contra la delincuencia, que a menudo es una delincuencia de miseria- hay una terrible falta de medios y la única respuesta que les queda es el internamiento sistemático, a menudo en condiciones inaceptables⁴⁶. En la mayoría de estos países, las cárceles están

primera vez por pequeños delitos, en especial infracciones menores de la legislación sobre estupefacientes".

⁴⁵ Véanse los informes anuales de Gabriela Rodríguez Pizarro, Relatora Especial de la Comisión de Derechos Humanos para los derechos humanos de los migrantes. En su informe sobre la visita efectuada en 2001 al Ecuador, la Relatora Especial escribe: "En el sistema penitenciario, la Relatora Especial observó con preocupación la situación de numerosos detenidos extranjeros que no cuentan con representación consular, por parte de sus países. Se recibieron testimonios de personas que además no hablan español ni inglés y son enjuiciados sin siquiera poder comunicarse con sus abogados defensores al no disponer de intérpretes en sus idiomas. La mayoría de detenidos que sufren esta situación provienen de países africanos, de Europa del Este y de Asia. La Relatora Especial también encontró extranjeros condenados por delitos comunes que sostienen haber cumplido sus sentencias pero permanecen detenidos por no contar con documentos de viaje o dinero para pagar su retorno" (E/CN.4/2002/94/Add.1, pág. 4). El Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria hizo la misma constatación con ocasión de su visita a Bahrein: "En sus entrevistas con los presos, la delegación comprobó que el número de extranjeros que cumplían penas de prisión era muy importante. Muchos de ellos no hablaban ni árabe ni inglés, y sin embargo habían sido condenados sin asistencia letrada. Algunos estaban presos por infracciones que sus empleadores les habían imputado, y que en algunos casos parecían corresponder a litigios de derecho del trabajo. Estaban autorizados a recurrir a su consulado, pero en la práctica, no recibían ni ayuda ni visitas" (E/CN.4/2002/77/Add.2, párr. 94).

⁴⁶ El semanario *The Economist*, en un artículo publicado en el número de 11 a 17 de noviembre de 2000 (pág. 81) con el título "In the House of Horror", describe las condiciones de detención de los prisioneros vulnerables en una cárcel de São Paulo: "The other prisoners and the warders call them *amarillos* (yellows). That is the colour their skin has turned after so much time spent squashed together: as many as ten of them in a sparsely furnished cell intended for one or two.

superpobladas y la justicia falta de recursos es incapaz de garantizar un juicio imparcial a los acusados pobres que no disponen de medios para permitirse, no ya una defensa de calidad, sino ni siquiera una defensa. La asistencia letrada se limita, en el mejor de los casos y en los asuntos más graves, a la designación de oficio de un abogado para que asista al acusado el día de la vista⁴⁷.

50. Las personas pertenecientes a las categorías sociales desfavorecidas, a menudo sobrerrepresentadas en la justicia penal, se enfrentan con otras formas de discriminación resultantes de su insolvencia. Por ejemplo, al no poder reunir las sumas exigidas para obtener la libertad provisional con fianza deben permanecer en prisión preventiva hasta que la causa sea juzgada. En algunos países, los presos insolventes que no pueden pagar la multa que les ha sido impuesta permanecen retenidos en prisión en aplicación del arresto sustitutorio. Algunos sistemas, en violación del artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos -si lo han ratificado-, autorizan la prisión por deudas⁴⁸.

51. La Asamblea General de las Naciones Unidas, en su resolución 56/161 sobre los derechos humanos en la administración de justicia, aprobada el 19 de diciembre de 2001, "[h]ace un llamamiento a los gobiernos para que incluyan la administración de justicia en sus planes nacionales de desarrollo como parte integrante del proceso de desarrollo y asignen los recursos necesarios a la prestación de servicios de asistencia jurídica con miras a la promoción y

There is almost no fresh air, let alone sun. The yellows are caged up in a jail within a jail, along a dark corridor in pavilion Five of Sao Paulo's giant Carandiru prison... most of the yellows... are too poor to buy a decent cell on the unofficial property market which is operated in the less dismal parts of the prison by inmates and, it is said, jailers." [Los otros presos y los guardianes los llaman "los amarillos". Ese es el color que ha cobrado su piel después de tanto tiempo apretujados: hasta diez de ellos en una celda con escasos muebles destinada a alojar uno o dos. Apenas corre aire fresco, y aún menos entra el sol. Los amarillos están enjaulados en una prisión dentro de la prisión, en un oscuro corredor del pabellón Cinco de la gigantesca cárcel de Carandiru de São Paulo... la mayoría de los amarillos... son demasiado pobres para comprar una celda decente en el mercado inmobiliario extraoficial que manejan en las partes menos tétricas de la prisión algunos internos y, según se dice, carceleros.]

⁴⁷ El Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria, en su informe sobre la visita efectuada a Bahrein en octubre de 2001, hizo constar lo siguiente: "En la práctica, y según las informaciones obtenidas de muchos presos y ex presos y de algunos abogados, la asistencia letrada no está autorizada durante el período de detención policial, aun cuando ningún texto lo prohíbe. En general, el defensor es designado por la familia en el momento de la comparecencia ante el juez. En el caso de las personas sin recursos, la designación de un defensor de oficio sólo se concede en materia penal y cuando la causa es remitida al tribunal juzgador [...]. La fase de instrucción, en la medida en que es íntegramente de incumbencia de la policía, se desarrolla (incluso en materia penal) sin letrado, y su designación de oficio para que asista al acusado sólo se produce el día de la vista. Según las manifestaciones concordantes de presos y ex presos, el letrado designado de oficio se contenta a menudo con una sola entrevista con su cliente y asume su defensa el mismo día" (E/CN.4/2002/77/Add.2, párr. 65).

⁴⁸ *Ibíd.*, págs. 92 y 93.

protección de los derechos humanos, e invita a la comunidad internacional a que responda favorablemente a las solicitudes de asistencia financiera y técnica para mejorar y fortalecer la administración de justicia".

52. La discriminación contra las personas pertenecientes a grupos desfavorecidos adopta diversas formas, pudiendo ser tanto activa⁴⁹ como pasiva⁵⁰ o a veces su carácter discriminatorio se manifiesta en la aplicación de una ley dirigida a todos⁵¹.

IV. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

53. El presente documento sólo ha tratado algunos aspectos de un fenómeno complejo que va adquiriendo importancia y que todos los mecanismos de las Naciones Unidas, dentro de los límites de sus mandatos respectivos, denuncian regularmente. En la presente fase, el objetivo ha sido sólo asumir ciertas recomendaciones formuladas en los comentarios de los miembros de la Subcomisión con ocasión de la presentación del documento de trabajo preparado para el Grupo de Trabajo del período de sesiones sobre la administración de justicia.

54. Al abordar el examen de la cuestión se han tratado algunas carencias o insuficiencias que favorecen la discriminación en la administración de la justicia penal, pero sobre todo se ha intentado eliminar las discriminaciones periféricas que no son directamente imputables a la

⁴⁹ A veces la ley exige una fianza a la víctima que quiere ejercitar la acción civil junto con la penal. En algunas legislaciones (Francia, España, Bélgica y derechos árabes), la víctima puede ejercitar la acción, es decir, suplir la inacción o remediar la carencia del Ministerio Fiscal ejercitando la acción popular, pero se le exige que preste fianza.

⁵⁰ La discriminación pasiva puede adoptar varias formas: prever derechos y no precisar los procedimientos para hacerlos valer, no adoptar las medidas indispensables para eliminar las discriminaciones y garantizar la igualdad de trato a los más desfavorecidos, desalentar a las víctimas por la lentitud del procedimiento judicial y sus resultados aleatorios, exigir un nivel de prueba difícil de alcanzar; no prever ninguna protección contra la represalia para las víctimas en situación precaria... Todos estos aspectos se pueden examinar más a fondo en el marco de un estudio sobre la discriminación en los sistemas de justicia penal.

⁵¹ Por ejemplo, la adopción en Australia occidental y en el Territorio del Norte de un sistema de penas mínimas y prisión preventiva obligatoria aplicado a ciertas infracciones contra la propiedad se ha traducido en la práctica en el aumento de la tasa de encarcelación de los menores indígenas. El Comité de los Derechos del Niño (véase el documento A/53/41), el Comité de Derechos Humanos (véase el documento CCPR/C/AUS/98/3 y 4) y el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (véase el documento A/55/18), al examinar los informes periódicos de Australia, consideraron, cada uno en lo que le atañía, que esta ley ha tenido efectos discriminatorios respecto de las colectividades indígenas enfrentadas con la justicia penal y ha llevado a imponer penas sin relación con la gravedad de las infracciones cometidas. En la administración de justicia, los menores pertenecientes a las categorías sociales desfavorecidas o en situación de inferioridad son particularmente vulnerables y están sujetos a prácticas discriminatorias en muchos países.

administración de la justicia penal, pero que ésta aplica o reproduce pasiva o activamente. Este planteamiento permite, si la Subcomisión proyecta llevar a cabo un estudio sobre la discriminación en el sistema de justicia penal, concentrar los trabajos futuros en el proceso penal y en la organización y el funcionamiento de los servicios de policía y de la administración judicial y penitenciaria a fin de descubrir e identificar los mecanismos discriminatorios y la discriminación de jure en las normas de fondo y/o de procedimiento y formular recomendaciones útiles. La Subcomisión puede aportar una contribución cualitativa para hacer avanzar el debate iniciado por otros mecanismos de las Naciones Unidas sobre la necesidad de reformar el sistema de justicia penal para garantizar su eficacia sin sacrificar la equidad⁵². Como se ha señalado anteriormente, también se espera que la Subcomisión contribuya a la ejecución del Programa de Acción de la Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia.

⁵² La Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal acordó debatir, en su 11º período de sesiones, el tema siguiente: "Reforma del sistema de justicia penal: logro de la eficacia y la equidad".