NACIONES UNIDAS **E**

Consejo Económico y Social

Distr.
GENERAL

E/CN.4/Sub.2/2005/7
14 de julio de 2005

ESPAÑOL
Original: FRANCÉS

COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS
Subcomisión de Promoción y Protección
de los Derechos Humanos
57º período de sesiones
Tema 3 del programa provisional

ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA, ESTADO DE DERECHO Y DEMOCRACIA

La discriminación en el sistema de justicia penal

Informe provisional preparado por Leila Zerrougui, Relatora Especial* **

* Con arreglo al párrafo 8 de la resolución 53/208 B de la Asamblea General, el presente documento se presenta con retraso a fin de incluir la información más actualizada posible.

** Las notas se reproducen como se presentaron, en el idioma original solamente.

GE.05-14992 (S) 120805 120805

Resumen

El presente informe provisional se presenta en aplicación de la resolución 2002/3 de la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos. Está consagrado al análisis de las discriminaciones *de jure* y de las incorporadas en las estructuras del sistema penal en general. Se ha utilizado la atracción del derecho penal sustantivo y del derecho procesal a la garantía de los derechos fundamentales consagrados por las fuentes supranacionales como referencia para determinar las discriminaciones directas e indirectas que afectan gravemente al goce de los derechos fundamentales de los más vulnerables.

Habida cuenta de las normas que limitan el tamaño de los documentos y del reajuste efectuado para cumplir con lo estipulado en la resolución 2004/24 de la Subcomisión, la Relatora Especial señala de entrada que ciertas cuestiones que debían examinarse en esta parte del estudio no han sido tratadas o todavía no lo han sido de manera exhaustiva para los fines del estudio solicitado por la Subcomisión. Se trata en particular de los tratos discriminatorios en la administración penitenciaria y de la discriminación abordada desde una perspectiva de género. Estas cuestiones se verán en el informe final.

ÍNDICE

		Párrafos	*Página*
INTRODUCCIÓN		1 - 9	4
I.	OBSERVACIONES PRELIMINARES	10 - 13	5
II.	EL ACCESO AL DERECHO Y A LA JUSTICIA ENTRE IGUALDAD OFICIAL, DESIGUALDADES ESTRUCTURALES, DISTINCIONES Y DISCRIMINACIONES	14 - 28	7
III.	LAS DISCRIMINACIONES *DE JURE* Y LAS DISCRIMINACIONES INSTITUCIONALES EN EL PROCESO PENAL	29 - 58	14
	A. La repercusión de las características del sistema de derecho	31 - 41	15
	B. El lugar de la víctima en el proceso penal	42 - 50	18
	C. La dimensión estructural de las prácticas discriminatorias de la policía y de otros participantes en el proceso penal	51 - 58	21
IV.	CONCLUSIÓN	59 - 60	25

INTRODUCCIÓN

1. En el 52º período de sesiones de la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos, celebrado en 2000, 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 encomendó a la Sra. Leila 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 confirma la magnitud del fenómeno de la discriminación en la administración de justicia. En el documento se recuerda el significado de la cláusula de no discriminación, la igualdad ante la ley y la igual protección de la ley en las normas internacionales más pertinentes, se identifica a las víctimas potenciales de la discriminación, se reseñan sus diferentes manifestaciones, se propone un marco conceptual para un estudio que podría preverse sobre la discriminación en el sistema de justicia penal.

3. En su decisión 2001/104, de 10 de agosto de 2001, la Subcomisión, tomando nota con satisfacción del documento de trabajo elaborado por la Sra. Zerrougui para el Grupo de Trabajo del período de sesiones, decidió pedirle 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.

4. En el 54º período de sesiones de la Subcomisión, la Sra. Zerrougui presentó un documento de trabajo final (E/CN.4/Sub.2/2002/5) estructurado en torno a cuatro grandes temas: 1) un análisis retrospectivo de la aportación de la Subcomisión en la esfera examinada, 2) las incidencias del contexto internacional, 3) el examen detenido de algunos aspectos del marco conceptual propuesto para el estudio, y 4) las conclusiones y recomendaciones. Habiéndose presentado el documento de trabajo final en un contexto internacional marcado por la Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia (Durban) y los ataques del 11 de septiembre de 2001 contra el World Trade Center, se han subrayado las consecuencias de estos dos acontecimientos sobre la problemática de la discriminación en el sistema de justicia penal.

5. En su resolución 2002/3, de 12 de agosto de 2002, titulada "La discriminación en el sistema de justicia penal", la Subcomisión acogió con satisfacción los dos documentos de trabajo mencionados y recomendó a la Comisión de Derechos Humanos que hiciera suya la decisión de nombrar a la Sra. Leila Zerrougui Relatora Especial encargada de realizar un estudio detallado de la discriminación en el sistema de justicia penal con miras a determinar los medios más eficaces para garantizar la igualdad de trato en el sistema de justicia penal a todas las personas sin discriminación, y en particular a las personas vulnerables, y le pidió que presentase a la Subcomisión un informe preliminar en su 55º período de sesiones, un informe provisional en su 56º período de sesiones y un informe final en su 57º período de sesiones.

6. En su 59º período de sesiones, la Comisión de Derechos Humanos aprobó, en su decisión 2003/108, de 23 de abril de 2003, la designación de la Sra. Zerrougui como Relatora Especial y pidió al Secretario General que le prestase toda la asistencia necesaria para que pudiera desempeñar su mandato, incluida la asistencia de un consultor con conocimientos especializados en la materia.

7. En el 55º período de sesiones de la Subcomisión, y por la escasez de tiempo entre la confirmación de su designación por la Comisión y la fecha fijada para la presentación de los documentos de la Subcomisión, la Relatora Especial no pudo establecer el informe preliminar; sin embargo, presentó un documento de trabajo (E/CN.4/Sub.2/2003/3) en el que indica la orientación del estudio y su marco conceptual y propone a la Subcomisión un plan de trabajo preliminar.

8. En el plan de trabajo propuesto se tratan las cuestiones siguientes: a) las personas vulnerables entre la igualdad formal ante la ley y ante los tribunales y las distinciones, diferencias de trato y desigualdades estructurales; b) las discriminaciones *de jure* y las discriminaciones institucionales en el proceso penal y en la administración penitenciaria; c) a discriminación en el sistema de justicia penal teniendo en cuenta la perspectiva de género; d) las buenas prácticas adoptadas a nivel internacional, regional y nacional para reducir las desigualdades y eliminar la discriminación en el sistema de justicia penal; e) las conclusiones y recomendaciones, incluidos los principios rectores, para garantizar a las personas vulnerables el derecho a la no discriminación y el respeto de los derechos fundamentales en el sistema de justicia penal.

9. En 2004 la Sra. Zerrougui dejó la Subcomisión. Por consiguiente, decidió no presentar informe alguno en el 56º período de sesiones para que la Subcomisión pudiese encomendar el estudio, en su caso, a uno de sus miembros. En su resolución 2004/24, de 12 de agosto del 2004, titulada "La discriminación en el sistema de justicia penal", la Subcomisión calificó de informe preliminar el documento de trabajo E/CN.4/Sub.2/2003/3 y pidió a la Relatora Especial que le presentase su informe provisional en su 57º período de sesiones. Teniendo en cuenta esta resolución, la Relatora Especial va a proceder a finalizar el estudio en dos informes. El presente informe se presenta en aplicación de esta resolución y de la resolución 2002/3, de 12 de agosto de 2002. Debe leerse con referencia a los documento de trabajo E/CN.4/Sub.2/2001/WG.1/CRP.1, E/CN.4/Sub.2/2002/5 y E/CN.4/Sub.2/2003/3.

I. OBSERVACIONES PRELIMINARES

10. En los trabajos preparatorios, la Relatora Especial subrayó que si la discriminación persiste bajo múltiples formas en el sistema de justicia penal, es porque no es solamente conductual o de hecho, sino también institucional o estructural. Se ha convenido que el estudio se centrará en el marco institucional y en las normas sustantivas y de procedimiento que enmarcan a nivel nacional la acción de los órganos de investigación, de enjuiciamiento, y de aplicación de las penas, para determinar las discriminaciones *de jure* y las discriminaciones indirectas que se producen en cada etapa del proceso penal, desde la indagatoria policial hasta el juicio y durante su ejecución.

11. En el estudio no se pretende examinar los sistemas nacionales de justicia penal en su diversidad y demostrar cómo cada sistema genera o acentúa todas las formas de discriminación. El objetivo deseado es determinar los mecanismos discriminatorios que afectan gravemente al goce de los derechos fundamentales de los grupos más vulnerables. Esta diligencia es posible gracias a la atracción del derecho penal sustantivo y del derecho procesal a la garantía de los derechos fundamentales consagrados por fuentes supranacionales, atracción que impone también el respeto de algunas normas en la organización y el funcionamiento de la justicia.

12. Así pues, indistintamente de la familia jurídica del derecho aplicado en el sistema nacional de justicia penal (romano-germánico, *common law*, derecho musulmán, derecho socialista o cualquier otro derecho sustantivo marcado por la tradición[1]) y cualquiera que sea el sistema procesal (acusatorio, sumarial o mixto), la atracción de las fuentes del derecho interregional impone a los Estados la obligación de garantizar a toda persona dentro de su jurisdicción como mínimo los principales derechos fundamentales[2]. Se trata en particular, de los derechos siguientes: el derecho a un proceso con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial establecido de antemano por la ley, así como el derecho a la asistencia letrada; la presunta inocencia; el principio de la legalidad de los delitos y de las penas y la no retroactividad de la ley penal más severa; el principio *non bis in idem*; la prohibición de la tortura y de los tratos crueles, inhumanos o degradantes, la inadmisibilidad de las declaraciones obtenidas mediante la tortura o mediante el recurso a tratos crueles, inhumanos o degradantes; el derecho a la libertad y a la seguridad, la prohibición de la prisión por deudas civiles y las garantías judiciales necesarias para la protección de estos derechos[3].

13. Mediante las violaciones de este conjunto básico derechos fundamentales, la mayoría de los cuales no admite excepción[4], pueden identificarse las violaciones del derecho a la no discriminación, que se define como "toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que

---

[1] Voir R. David et C. Jauffret-Spinosi, *Les grands systèmes de droit contemporains*, 11e éd., Paris, Dalloz, 2002; voir également "Criminal Justice Profiles of Asia: Investigation, Prosecution, and Trial", UNAFEI (Institut des Nations Unies pour la prévention du crime et le traitement des délinquants en Asie et en Extrême-Orient), 1995.

[2] Voir «Droit processuel. – Droit commun et droit comparé du procès: les sources d'attraction du droit processuel à la garantie des droits fondamentaux», Précis Dalloz, 1re éd., p. 52.

[3] [3]Voir L. Doswald-Beck et R. Kolb, *Garanties judiciaires et droits de l'homme. – Nations Unies, systèmes européen, américain et africain: textes et résumés de la jurisprudence internationale*, Strasbourg, Édition N. P. Engel, 2004.

[4] Observation générale n° 29 du Comité des droits de l'homme, relative aux états d'urgence (voir la base de données des organes de surveillance de l'application des traités sur le site www.unhchr.org).

tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales"[5].

II. EL ACCESO AL DERECHO Y A LA JUSTICIA ENTRE IGUALDAD OFICIAL, DESIGUALDADES ESTRUCTURALES, DISTINCIONES Y DISCRIMINACIONES

14. El derecho a la no discriminación está actualmente bien arraigado en el derecho internacional; se le considera incluso, por lo menos en algunos de sus aspectos, como parte integrante del derecho internacional consuetudinario[6] y se establece que existen elementos o dimensiones del derecho a la no discriminación que no admiten excepción en circunstancia alguna[7].

15. La prohibición de la discriminación no tiene como corolario el principio general de igualdad[8]: igualdad ante la ley e igualdad ante los tribunales así como la igualdad de protección de la ley. Los tratados más pertinentes de derechos humanos incluyen una cláusula general de igualdad y contienen una prohibición categórica de la discriminación. La prohibición de la discriminación impone a los Estados la obligación de respetar el principio general de igualdad y garantizar el pleno ejercicio del derecho a la no discriminación a todas las personas sometidas a su jurisdicción. Estas obligaciones son de carácter tanto negativo como positivo[9]. Los Estados deben abstenerse ellos mismos de violar el derecho o a la no discriminación, y, de ser necesario, deben recurrir al uso de medidas positivas para protegerlo no sólo frente a las violaciones que pudieran cometer sus propios funcionarios, sino también frente a los actos cometidos por otras entidades de carácter privado[10].

---

[5] Voir le rapport de la Haut-Commissaire à la soixantième session de la Commission des droits de l'homme intitulé «Étude analytique du principe fondamental de non-discrimination dans le contexte de la mondialisation» (E/CN.4/2004/40, par. 7 à 15).

[6] Voir le rapport de la Commission du droit international à l'Assemblée générale sur les travaux de sa cinquante-troisième session, en 2001 (A/56/10), p. 224. Voir également A. Bayefsky, "The principle of equality or non-discrimination in international law", *Human Rights Journal*, vol. 11, n^{os} 1-2, p. 18 à 24.

[7] Observation générale n° 29, par. 8.

[8] Sur les notions d'égalité et de non-discrimination, on consultera avec profit le livre de R. Hernu, *Principe d'égalité et principe de non-discrimination dans la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes* (notamment p. 246), Paris, LGDJ, juin 2003.

[9] Voir *Non-Discrimination in International Law: A Handbook for Practitioners* (textes réunis par K. Kitching), chap. I^{er}, "State obligations: public and private discrimination", Londres, INTERIGHTS, janvier 2005, p. 22.

[10] Le Comité des droits économiques, sociaux et culturels considère que les droits énoncés dans le Pacte imposent trois sortes d'obligation aux États parties: l'obligation de respecter ces droits,

16. Para responsabilizar a los Estados por violación del derecho a la no discriminación, los órganos de vigilancia de la aplicación de los tratados de derechos humanos, a nivel interregional y regional, han establecido criterios y utilizan métodos originales que permiten, más allá de las discriminaciones flagrantes, identificar las desigualdades prohibidas, las diferencias de trato lícitas y las acciones positivas necesarias para garantizar la igualdad efectiva entre todos en las esferas en que se reconoce oficialmente su igualdad de derechos[11] . Estos criterios van más allá de la noción de igualdad abstracta y de derechos oficiales para consagrar la igualdad concreta, es decir la que tiene en cuenta la situación de los individuos en su singularidad esencial[12].

17. El goce en condiciones de igualdad de los derechos y libertades no significa identidad de trato en toda circunstancia[13]. El principio de igualdad se aplica cuando las partes de que se trata se encuentran en situaciones comparables[14]. Se admiten tratos diferentes cuando éstos se fundan en criterios razonables y objetivos y persiguen un fin que sea legítimo en relación con la normativa internacional de derechos humanos, y cuando sean proporcionales a la consecución de dicho objetivo[15]. Así, no constituyen discriminación los actos positivos y los tratos diferentes y

---

l'obligation de les défendre et l'obligation d'en assurer le plein exercice. Cette dernière obligation, à son tour, suppose à la fois l'obligation de faciliter l'exercice de ces droits et l'obligation d'accorder ces droits: voir le rapport intérimaire de A. Eide (E/CN.4/Sub.2/2003/21, par. 45 et suiv.). Voir également l'observation générale n° 31 du Comité des droits de l'homme, par. 10 et 11, et la recommandation n° 30 du Comité pour l'élimination de la discrimination raciale, par. 1 à 5.

[11] *A Handbook for Practitioners* (op. cit. *supra* note 9), chap. IV, p. 115. Voir également *Human Rights in the Administration of Justice*, chap. 13, "The rights to equality and non-discrimination in the administration of justice", p. 651 (publication des Nations Unies).

[12] La Cour européenne des droits de l'homme rappelle chaque fois que «la Convention a pour but de protéger des droits non pas théoriques ou illusoires mais concrets et effectifs» (voir, entre autres, *Artico* c. *Italie*, 13 mai 1980).

[13] Observation générale n° 18, par. 10.

[14] Comité des droits de l'homme, communication n° 172/1984 du 9 avril 1987, *S. W. M. Broeks* v. *The Netherlands*, *Documents officiels de l'Assemblée générale à sa quarante-deuxième session* (A/42/40), p. 150, par. 13. La Cour européenne des droits de l'homme considère que le droit de jouir des droits garantis par la Convention sans être soumis à discrimination est également transgressé lorsque, sans justification objective et raisonnable, les États n'appliquent pas un traitement différent à des personnes dont les situations sont sensiblement différentes (6 avril 2000, *Thlimmenos* c. *Grèce*, requête n° 34369/97, point 44). La position de la Cour interaméricaine des droits de l'homme sur la non-discrimination et l'égalité a été précisée dans l'avis consultatif sur la proposition d'amendement de la Constitution du Costa Rica (OC-4/84, 19 janvier 1984, *Series A, No. 4*, p. 104).

[15] Observation générale n° 18 du Comité des droits économiques, sociaux et culturels et recommandation générale n° 30 du Comité pour l'élimination de la discrimination raciale, par. 24. Voir à ce sujet T. Choudhury, "The Human Rights Committee's interpretation of ICCPR article 26", Department of Law, University of Durham.

preferenciales destinados a contrarrestar los efectos de la exclusión racista o sexista[16]. La normativa internacional de derechos humanos impone a los Estados la obligación de adoptar medidas y mantener políticas públicas para reducir las desigualdades de hecho y ayudar a los grupos víctimas de discriminaciones profundas a superar la situación desfavorable en que se encuentran frente a los demás miembros de la comunidad[17].

18. En el sistema de justicia penal, todas estas nociones tienen una importancia significativa, porque a este nivel nada es más engañoso que la igualdad. De hecho, aún cuando se asuma, al menos oficialmente, que todos tienen garantizado el acceso a los tribunales y que en teoría la ley es la misma para todos, ya sea que proteja, que limite o que sancione, en la práctica, el acceso a la ley y el acceso a la justicia son profundamente desiguales. Las razones pueden ser de orden social, económico o cultural, o pueden responder al hecho de que se trata de personas que sufren de exclusión social o de profunda discriminación[18]. Aunque es un hecho bien reconocido que las desigualdades sociales y las disparidades raciales dificultan la igualdad de acceso al derecho y a la justicia, la adopción de medidas positivas para corregir sus efectos negativos sobre los grupos vulnerables no es de aceptación universal. Para los partidarios de la "blind colour. blind race policy", las desigualdades económicas y sociales son inevitables y no hay cabida para consideraciones de color y de raza en la justicia penal[19].

19. Los datos fácticos y los indicadores de la manifestación de discriminación en el sistema de justicia penal de muchos países ponen de relieve tres grandes tendencias en la representación de los menos favorecidos, de los extranjeros, de las poblaciones autóctonas, de las minorías de origen racial, étnicas, religiosas o lingüísticas, de las mujeres, de los niños, de las personas discriminadas por su ascendencia, su orientación sexual, su identidad de género o su discapacidad y de otros grupos sociales que, por diversas razones y algunas veces por una combinación de varios motivos de discriminación, son despreciados, estigmatizados o marginados en determinada sociedad[20]. Estas poblaciones, que suelen ser las más pobres entre

---

[16] Observation générale n° 28 du Comité des droits de l'homme, relative à l'égalité des droits entre hommes et femmes (art. 3).

[17] Observation générale n° 18. Voir également la recommandation générale n° 28 concernant la discrimination fondée sur l'ascendance du Comité pour l'élimination de la discrimination raciale.

[18] Voir à ce sujet "Racial Bias in Lethal Police Action in Brazil", recherche menée par J. Cavallaro, A. Alves et C. Jakimiak pour mesurer l'effet de la race dans le système de sécurité publique au Brésil, document électronique de l'Open Society Justice Intiative, p. 2 (www.justiceinitiative.org), et le rapport de mission au Brésil du Rapporteur spécial sur l'indépendance des juges et des avocats, Leandro Despouy (E/CN.4/2005/60/Add.3), par. 24.

[19] Sur les résistances à l'application de mesures positives dans la sphère de la justice pénale aux États-Unis, voir P. Butler, "Affirmative action, diversity of opinions: affirmative action and the criminal law", *University of Colorado Law Review*, vol. 68, 1997, p. 841.

[20] Les manifestations de la discrimination et l'identification des victimes potentielles de la discrimination dans le système de justice pénale ont été traitées dans le document de travail E/CN.4/sub.2/2001/WG.1/CRP.1 (par. 30 et suiv.).

los pobres[21], están insuficientemente representadas entre el personal del poder judicial, de la policía y de todos los servicios encargados de la aplicación de las leyes[22], están excesivamente representadas entre las víctimas[23], y acusan una proporción anormalmente elevada en los ámbitos de la delincuencia, el sistema penitenciario y los corredores de la muerte[24].

20. Se suele calificar esta situación de espiral conducente a la discriminación social y a la marginación, la que entraña frustraciones que pueden conducir a comportamientos delictivos, que a su vez son motivos de estigmatización colectiva[25]. Esta estigmatización perpetúa las desigualdades estructurales y de género de las diferencias de trato que constituyen discriminaciones directas o indirectas. Las discriminaciones indirectas, en un plano estrictamente oficial, pueden no considerarse como diferenciaciones prohibidas, pero, como en la práctica generan efectos equivalentes a los de las discriminaciones directas, se les prohíbe[26]. Las discriminaciones directas no presentan, en principio, dificultad alguna en materia de definición o calificación; en cambio, el control de las discriminaciones indirectas es mucho más difícil en la práctica, porque suelen ser el resultado de leyes, políticas o prácticas aparentemente neutras. El sistema de penas mínimas y de detención obligatoria aplicado a ciertas infracciones

---

[21] Dans le résumé de son rapport à la soixante et unième session de la Commission des droits de l'homme, le Rapporteur spécial sur les formes contemporaines de racisme et de discrimination raciale, Doudou Diène, indique qu'il a relevé, dans trois pays visités (Nicaragua, Guatemala et Honduras), «trois expressions caractéristiques d'une réalité de discrimination profonde: une adéquation troublante entre la carte de la pauvreté et celle des communautés autochtones et d'ascendance africaine; une participation marginale aux structures du pouvoir…, [une] présence insignifiante dans les structures de pouvoir des médias (…) ainsi que la faiblesse de la prise de conscience de la profondeur et de l'enracinement de la discrimination tant au niveau des autorités politiques qu'au sein de la population dans son ensemble» (E/CN.4/2005/18Add.6).

[22] Voir K. Daley, Symposium on race and criminal justice, "Criminal law and justice system practices as racist, white, and racialised", 1994, 51 *Wash & Lee L. Rev.* 431. L'article traite de la surreprésentation des Blancs dans l'administration de la justice aux États-Unis, dans l'application des lois pénales et parmi les concepteurs des politiques pénales, d'une part, et la surreprésentation des Noirs dans la population qui subit ces politiques et ces lois, d'autres part.

[23] À ce sujet, voir notamment "Racism and the administration of justice", Amnesty International (ACT 40/020/2001) et «Effet raciste: justice pénale et administration publique», Human Rights Watch, 2001.

[24] Voir "Ethnic Profiling by Police in Europe", Open Society Justice Initiative, juin 2005; voir aussi le rapport du Rapporteur spécial sur la situation des droits de l'homme et des libertés fondamentales des populations autochtones, Rodolfo Stavenhagen (E/CN.4/2004/80), par. 23.

[25] La stigmatisation par le crime des populations vulnérables a été traitée dans le document de travail final E/CN.4/Sub.2/2002/5, par. 44 et suiv.

[26] Voir Hernu, op. cit. *supra* note 8, p. 267, concernant les caractères de la discrimination directe et indirecte. Voir aussi Conseil de l'Europe, directive 2000/43/EC du 29 juin 2000 mettant en œuvre le principe du traitement égal des personnes indépendamment de leur origine raciale ou ethnique (la «directive raciale», art. 2).

es una perfecta ilustración de leyes aparentemente neutras, pero cuyo carácter discriminatorio se manifiesta en la práctica. En consecuencia, la prueba de la práctica permite discernir las discriminaciones indirectas, en particular cuando se compromete la igualdad de acceso al derecho y a la justicia[27].

21. La igualdad de acceso al derecho y a la justicia entrañaría cuando menos una igualdad de familiarización con sus mecanismos, sus conceptos y sus razonamientos y la ausencia de barreras financieras. Ahora bien, las desigualdades suelen venir de la propia ley, ya sea por motivos de dinero, por la cultura, la complejidad de las normas jurídicas, las desigualdades procesales, las desigualdades en materia de oportunidades y las políticas penales de exclusión o de estigmatización[28]. Es difícil pues, para las personas vulnerables, con frecuencia analfabetas y sin recursos, conocer de sus derechos, y saber a qué procedimientos recurrir para hacerlos reconocer ante un juez[29]. ¿Cómo podrían conseguirlo sin contar con los medios necesarios para sufragar una defensa conveniente? El primer presidente de un tribunal de casación lo expresa así oficialmente: "La tecnicidad del recurso de casación, sumada al carácter cada vez más complejo del derecho, sustantivo y procesal, hace ilusoria una defensa sin abogado, e incluso una defensa sin abogado especializado; la articulación de los medios de derecho es un ejercicio tan particular que, por experiencia general, la gran mayoría de las diligencias personales quedan condenadas así al fracaso[30].

22. Durante mucho tiempo ha prevalecido una visión del acceso al derecho semejante a una misión humanitaria de asistencia letrada gratuita por parte de los colegios de abogados a los menos favorecidos. En muchos países la influencia de las fuentes internacionales del derecho a un proceso equitativo ha permitido romper con el sistema de asistencia para reconocer un auténtico derecho a la asistencia letrada, en tanto que en otros países se sigue recurriendo a la asistencia letrada para ofrecer una defensa aparente a los menos favorecidos[31].

---

[27] Sur la signification de la garantie de l'égal accès à la justice, les limites à son effectivité, notamment en droit européen, on consultera avec profit «Droit processuel: droit commun et droit comparé du procès», Précis Dalloz, 2e éd., 2003, p. 349; voir aussi C. Harlow, «L'accès à la justice comme droit de l'homme», dans *L'Union européenne et les droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 189.

[28] Voir «Les inégalités devant la loi et la justice», Association française droit et démocratie dans *Petites Affiches* no 238 du 28 novembre 2002, Édition quotidienne des journaux judiciaires associés.

[29] Dans un débat diffusé le 27 avril 2005 par la chaîne de télévision de l'Assemblée nationale de la République française sur le traitement de la récidive, les responsables de l'administration pénitentiaire ont reconnu que 64 % des détenus n'ont aucun diplôme, 30 % ont des difficultés de lecture et 50 % n'ont pas travaillé depuis plus d'un an quand ils rentrent en détention préventive.

[30] Guy Canivet, Premier Président de la Cour de Cassation française dans «L'accès au juge de cassation et le principe d'égalité» (2002) et «Les inégalités devant la loi et la justice», p. 15.

[31] "Legal Aid Reform and Access to Justice", Open Society Justice Intiative, février 2004.

23. Sin embargo, los derechos de la defensa equivalen a un principio general de derecho. Algunos consideran que se trata de un principio de derecho natural[32], válido en toda circunstancia. En particular, en materia penal, el derecho a la asistencia de un abogado de su elección y, en su caso, de un abogado de oficio, es una garantía fundamental para la eficacia del derecho a un proceso equitativo[33]. Las legislaciones nacionales garantizan en general este derecho, al menos para las personas acusadas de una infracción de cierta gravedad. En la práctica, no siempre se respetan efectivamente las normas de una defensa apropiada, en particular para las personas que dependen de la asistencia letrada.

24. Todos los estudios y los trabajos dedicados al acceso a la asistencia letrada para los menos favorecidos indican que las exigencias en materia de calidad aplicables a la defensa de las personas indigentes son ínfimas y la inversión de la comunidad en materia de asistencia letrada deja mucho que desear en prácticamente todos los países[34]. El Grupo de Trabajo sobre la detención arbitraria ha comprobado en las visitas que ha efectuado a países muy diferentes que la ayuda judicial es rudimentaria en los países pobres y que está en general mal remunerada en los países ricos. Se confía algunas veces a no profesionales, las fases de la indagación preliminar y de la instrucción previas al juicio suelen tener lugar sin la asistencia de un abogado y, para la fase del juicio, el abogado de oficio suele informarse acerca del caso que debe defender apenas unas horas o algunos días antes del proceso. En ciertos países, las personas condenadas pueden verse obligadas a reembolsar las costas adelantadas en el marco de la asistencia letrada, lo que las desalienta a solicitar la asistencia de un abogado[35]. El Grupo de Trabajo ha comprobado asimismo que algunos detenidos, a quienes no se informa de sus derechos, renuncian a la asistencia de un abogado[36]. Así, no se garantiza en pie de igualdad el acceso a un abogado de

---

[32] B. Oppetit, *Philosophie du droit*, Paris, Dalloz, 1999, p. 117.

[33] Pour les références normatives relatives au droit à un avocat, consulter le document "Non-Citizens and the Administration of Criminal Justice: Submission to the Committee on the Elimination of Racial Discrimination", p. 12 (al. *f*), Commission internationale de juristes, janvier 2004 (disponible sur le site www.icj.org).

[34] J. A. Goldston résume la réalité de l'aide juridictionnelle par cette phrase: "*The right to legal aid in criminal cases, widely proclamed in a range of human rights instruments and national constitutions, is routinly ignored. Defendants, who can't pay, are interrogated, charged, tried and convicted without a lawyer, or with only the most cursory and sub-standard representation*", "Legal Aid Reform and Access to Justice" (op. cit. *supra* note 31). Voir également "Understanding and Addressing Racial Discrimination in Representation" (E/CN.4/2003/WG.20/Misc.3) et "Assembly Line Justice: Mississippi's Indigent Defense Crisis" (E/CN.4/2003/WG.20/Misc.4). Ces deux documents ont été soumis à la troisième session du Groupe de travail d'experts sur les personnes d'ascendance africaine (E/CN.4/2004/17/Add.2).

[35] Voir, entre autres, les rapports de visite à Bahreïn (E/CN.4/2002/77/Add.2, par. 65), au Mexique (E/CN.4/2003/8/Add.3, par. 52 à 56), en Lettonie (E/CN.4/2005/6/Add.2, par. 49 à 54), au Bélarus (E/CN.4/2005/6/Add.3, par. 39 et suiv.), en République islamique d'Iran (E/CN.4/2004/3/Add.2, par. 49).

[36] Voir E/CN.4/2005/6/Add.2, par. 51 à 54.

oficio a todas las personas privadas de libertad[37]. También se ha informado de que, al asignarse la asistencia letrada, se incurre en discriminaciones contra ciertas minorías[38].

25. Para los extranjeros, las minorías lingüísticas y los miembros de grupos pertenecientes a culturas diferentes de la dominante en el sistema de justicia penal, las desigualdades por motivos de dinero y la complejidad de la norma jurídica se suman a las diferencias de lengua y cultura[39]. Para los miembros de estos grupos, el idioma utilizado por la justicia constituye un obstáculo real para el ejercicio del derecho a un proceso equitativo[40]. El respeto del principio de igualdad ante los tribunales y el derecho a un proceso equitativo exigen que la parte en el proceso que no entiende o no habla el idioma empleado por la justicia goce de la asistencia gratuita de un intérprete y obtenga la traducción de los principales autos del procedimiento.

26. El derecho a la asistencia de un intérprete se garantiza explícitamente a la personas acusadas de una infracción penal[41]. En la jurisprudencia se ha consagrado la garantía de la traducción de los principales autos[42]. En el inciso f) de artículo 67 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional se enuncia el contenido de este derecho del acusado, saber "A ser asistido gratuitamente por un intérprete competente y a obtener las traducciones necesarias para satisfacer los requisitos de equidad, si en las actuaciones ante la corte o en los documentos presentados a la corte se emplea un idioma que no comprende y no habla". El Comité de Derechos Humanos estima que, ante una jurisdicción civil o administrativa, la ignorancia de un

---

[37] Le Comité des droits de l'homme considère que pour les personnes privées de liberté le droit à un avocat doit être assuré avant et pendant le procès (voir *Borisenko* c. *Hongrie*, 6 décembre 2002 [CCPR/C/76/D/1999], par. 7.5).

[38] Voir «Discrimination raciale dans l'administration de la justice», document présenté par l'Open Society Justice Initiative au Comité pour l'élimination de la discrimination raciale lors de sa soixante-cinquième session (août 2004), p. 8.

[39] L'impact de la différence de culture et l'obstacle de la langue ont été traités dans les travaux préparatoires (E/CN.4/Sub.2/2002/5, note 43). Voir également P. Hughs et M. J. Mossman, «Repenser l'accès à la justice au Canada», p. 42 (Ministère de la justice du Canada et R. Stavenhagen) [E/CN.4/2004/80, par. 23 et 54].

[40] "Non-Citizens and the Administration of Criminal Justice" (op. cit. *supra* note 33), p. 13 (al. *g*).

[41] Article 14 (par. 3, al. *f*) du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, articles 55 (par. 1, al. *c*) et 67 (al. *f*) du Statut de Rome de la Cour pénale internationale, articles 5 (par. 2) et 6 (par. 3, al. *e*) de la Convention européenne des droits de l'homme et article 8 (par. 2, al. *a*) de la Convention américaine des droits de l'homme.

[42] «Droit processuel: droit commun et droit comparé du procès», La langue utilisée: obstacle à un procès équitable?», op. cit. *supra* note 27, p. 646.

idioma utilizado por el tribunal debería conducir a la jurisdicción de que se trata a prever la presencia de un intérprete y la traducción de los principales elementos escritos del proceso[43].

27. En la práctica de los Estados, las medidas de acompañamiento presupuestarias son insuficientes, los intérpretes elegidos no son siempre competentes y rara vez están calificados para comprender todos los matices del lenguaje jurídico, la traducción de los documentos se limita al fallo condenatorio, y se ha comprobado que la traducción de un fallo puede tardar varios meses, retardando el propio ejercicio de las vías del recurso o el beneficio de un régimen de detención menos severo[44]. Las restricciones presupuestarias afectan también al derecho a comunicarse con su abogado porque, en general, los abogados de oficio no comprenden el idioma de la persona que deben defender.

28. Así, la adecuación entre la pobreza, la ignorancia y la estigmatización se traduce para los grupos vulnerables en una fuerte probabilidad de ser sometidos a detención provisional, de la violación de su derecho a un proceso equitativo y algunas veces una condena desproporcionada o flagrantemente injusta[45]. Contribuyen a ello la incapacidad de pagar una fianza o de proporcionar las garantías de representación, una mala defensa, un acceso limitado a los servicios de un intérprete competente y a la traducción de los documentos del expediente. Estas violaciones no sólo son consecuencias de las desigualdades económicas y sociales, de difícil eliminación. En el sistema de justicia penal, también se han institucionalizado las discriminaciones y su repercusión desproporcionada sobre los grupos vulnerables[46].

III. LAS DISCRIMINACIONES *DE JURE* Y LAS DISCRIMINACIONES INSTITUCIONALES EN EL PROCESO PENAL

29. Las discriminaciones *de jure* no plantean en principio problema de identificación alguno, porque suelen ser explícitas. Pueden mencionarse tres ejemplos de esta índole discriminación: 1) en el marco de la lucha contra el terrorismo y el control de la inmigración, se adoptan disposiciones discriminatorias, que afectan derechos que no admiten excepción y las garantías judiciales más fundamentales, sobre la base de la nacionalidad o el lugar de origen de las personas de que se trata[47]; 2) en algunos países que aplican el derecho musulmán, las minorías

---

[43] Comité des droits de l'homme, 8 novembre 1989, *Revue universelle des droits de l'homme*, 1991, p. 167.

[44] Groupe de travail sur la détention arbitraire (E/CN.4/2002/77/Add.2, par. 94 et E/CN.4/2005/6/Add.2, par. 62).

[45] "Racial Discrimination in Charging, Verdict and Sentencing", document présenté par l'Open Society Justice Initiative au Comité pour l'élimination de la discrimination raciale, p. 6.

[46] "Racial Bias in Lethal Police Action in Brazil" (op. cit. *supra* note 18).

[47] Les violations des droits de l'homme et plus particulièrement du droit à la non-discrimination dans le cadre de la lutte contre le terrorisme ont été largement documentées dans les rapports de l'ensemble des mécanismes des droits de l'homme et par les ONG. Sur la violation du droit à la

nacionales no musulmanas son tratadas de manera discriminatoria en el conjunto de las leyes penales[48]; 3) en estos mismos países y en otros, el sexo, el género o la identidad del género son motivos de discriminación *de jure* inscritos explícitamente en las leyes y en las normas de procedimiento[49].

30. En cambio, la identificación de las discriminaciones institucionales, que suelen ser discriminaciones indirectas, es mucho más difícil. Con frecuencia, lo que permite identificarlas es su impacto desproporcionado sobre los grupos vulnerables.

A. La repercusión de las características del sistema de derecho

31. La documentación reunida en el marco de este estudio revela claramente que, indistintamente de la familia jurídica o del sistema procesal en vigor en determinado país, el sistema de justicia penal reproduce las desigualdades estructurales, los estereotipos y los prejuicios. Se ha demostrado incluso que las ventajas y los aspectos positivos que caracterizan a un sistema jurídico determinado no benefician siempre a las posibles víctimas de la discriminación y del racismo, en tanto que los inconvenientes del mismo sistema las estigmatizan más que a los demás miembros de la comunidad.

32. Así, en los sistemas que aplican el modelo sumarial o cierta mezcla de inquisición y de acusación, los inconvenientes del procedimiento sumarial afectan en particular a los grupos vulnerables. El carácter secreto y escrito de investigación preliminar, el desequilibrio entre las partes en los procesos, los procedimientos de determinación de las pruebas y los amplios poderes otorgados a los profesionales de la justicia, sin control efectivo[50], conducen a la violación de los derechos fundamentales más vulnerables. Estas violaciones están ampliamente documentadas en los informes de visita del Grupo de Trabajo sobre la detención arbitraria a China, Belarús, Letonia, Argentina, México, la República Islámica del Irán y otros países de tradición sumarial[51].

33. En los sistemas de derecho en que se da preeminencia a las autoridades encargadas de la investigación y de las diligencias judiciales sobre la actuación de los jueces, esta preeminencia facilita la represión de ciertos grupos. Cuando estas autoridades deciden colocar a una persona

---

non-discrimination, voir le rapport de l'expert indépendant sur la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans la lutte antiterroriste (E/CN.4/2005/103), p. 23.

[48] Rapport du Groupe de travail sur la détention arbitraire sur sa visite en République islamique d'Iran (E/CN.4/2004/3/Add.2), par. 26.

[49] Voir "International Human Rights References to Non-Discrimination on the Ground of Sexual Orientation" sur la criminalisation de l'homosexualité (Commission internationale de juristes, 2004). Dans son rapport 1998-1999, l'ONG Equality Now donne des exemples de lois explicitement discriminatoires à l'égard des femmes dans 45 pays à travers le monde.

[50] S. Guinchard et J. Buisson, *Procédures pénales*, 2e éd., 2002, Paris, Litec, p. 52.

[51] Les rapports du Groupe de travail sur la détention arbitraire sont disponibles sur le site du Haut-Commissariat aux droits de l'homme (www.ohchr.org/issue/detention/index.htm).

en detención provisional, mantenerlas detenidas por las necesidades de la investigación y del régimen de detención aplicado, se utiliza de manera discriminatoria el recurso a la detención y al régimen de detención, como medio de represión para castigar, obtener declaraciones o facilitar la fabricación de pruebas[52].

34. El sistema acusatorio heredado del *common law* suele presentarse como el procedimiento más respetuoso de los derechos de la defensa, ofreciendo garantías reales, en particular a los acusados, porque, en el plano oficial, el sistema garantiza el principio de la contradicción y la igualdad total de armas entre el denunciado y el denunciante en todas las fases del proceso penal. Habiéndose demostrado la ineficacia del acceso a una defensa adecuada para los menos favorecidos y la correlación entre pobreza, exclusión y discriminación, en la práctica, estas garantías son totalmente inoperantes para las víctimas potenciales de la discriminación.

35. En su obra titulada *Procédures pénales*, Guinchard y Buisson se pregunten sobre la eficacia de la garantía de los derechos de la defensa en el sistema anglosajón en los términos siguientes: "... las desviaciones del sistema estadounidense, una justicia a dos velocidades, en que el pobre acepta, con tanta mayor facilidad, el procedimiento denominado "*plea-bargaining*"[53], en cuanto no dispone de los medios necesarios para pagar los honorarios de un abogado dispuesto a acompañarlo, en todas las diligencias de un proceso que será prolongado; entonces preferirá un proceso rápido y declararse culpable. Aproximadamente un 90% de los procesos estadounidenses concluyen con un acuerdo de esta índole entre la fiscalía y el acusado, un éxito en materia de rapidez, pero, al comparecer la persona que se reconoce culpable, habiéndose evacuado por hipótesis el debate sobre su culpabilidad, ¿no se incurre acaso en una violación de los derechos de la defensa?"[54].

36. El reconocimiento de la culpabilidad no es privativo de la justicia estadounidense: se aplica también en otros países para evitar procesos prolongados y onerosos y para agilizar una justicia cada vez más recargada. Sin embargo se han expresado temores sobre los factores de desigualdad e injusticia que genera este procedimiento y sobre los peligros de la coacción que podría ejercerse contra personas vulnerables, no siempre bien informadas acerca de sus derechos o incapaces de comprender los pormenores del mercado que se les propone.

37. Otra constatación: el acentuado carácter popular de la justicia así como la distinción entre el jurado para la acusación y el jurado para la causa, concebida en un principio para evitar errores judiciales, acusan una distorsión por la escasa representación de las minorías en la

---

[52] Voir les derniers rapports du Groupe de travail sur la détention arbitraire sur ses visites en Lettonie (E/CN.4/2005/6/Add.2), au Bélarus (E/CN.4/2005/6/Add.3) et en Chine (E/CN.4/2005/6/Add.4).

[53] Dans le *plea-bargaining*, les inculpés renoncent à trois de leurs garanties constitutionnelles: le droit à ne pas témoigner contre soi-même, le droit à un jury et le droit à un contre-interrogatoire. C'est pourquoi la Cour suprême des États-Unis a précisé que les comptes rendus doivent mettre en évidence que l'inculpé a plaidé coupable volontairement et en toute connaissance de cause (*Brady* c. *Etats-Unis*).

[54] Guinchard et Buisson, op. cit. *supra* note 50, p. 145.

composición de jurado y en el personal del poder judicial, consecuencias inevitables de las políticas de exclusión social, aunque también de la aplicación de la igualdad oficial: "the blind colour, blind race policy"[55].

38. Habida cuenta de que la composición del jurado y el lugar del proceso son factores determinantes en ciertas causas, la *common law* ofrece a las jurisdicciones el derecho de ordenar un cambio de lugar para garantizar al acusado, de ser necesario, un proceso justo y un jurado imparcial. La práctica revela que este procedimiento también puede utilizarse de manera desigual o francamente discriminatoria, como se demuestra en el caso de *Rodney King*[56]. Además, cuando se formula una denuncia de discriminación, los tribunales atribuyen la carga de la prueba al denunciante, o emplean una metodología y criterios que redundan en un rechazo sistemático de las denuncias de discriminación.

39. La importancia del enfoque y de la metodología empleados por las jurisdicciones nacionales queda perfectamente ilustradas en un artículo de Brand consagrado a un siglo de jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos: "*The Court's methodology focuses on preventing discriminatory exclusion of minorities from the jury box rather than on guaranteeing their non discriminatory inclusion. The difference in emphasis is profound; its net effect is devastating …The Court's flawed methodology and naïve assumptions about race explain the continuing chasm between the rhetoric of inclusion and the reality of exclusion*"[57].

40. En los sistemas nacionales y algunas veces incluso ante los mecanismos regionales de protección de los derechos humanos, la carga y la determinación de la prueba figuran entre los principales obstáculos a que hacen frente las víctimas de la discriminación. Así, la aplicación del criterio de la prueba más allá de toda duda razonable, por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ha imposibilitado el establecimiento de la prueba de discriminaciones fundadas en la raza o el origen étnico (violación del artículo 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos). Apoyándose en elementos de pruebas indirectas y desplazando la carga de la prueba para atribuirla al gobierno demandado, el Tribunal ha podido determinar que hubo violación del artículo 14 de la Convención (*Natchova c. Bulgaria*)[58].

---

[55] Jeffrey S. Brand, "The Supreme Court. – Equal Protection and Jury Selection: Denying that race still matters", *Wisconsin Law Review*, 511, 605 (1994).

[56] Dans l'affaire *Rodney King* (1992), la Cour d'appel de Californie a autorisé un changement de lieu qui a permis aux policiers blancs accusés d'avoir passé à tabac King d'être jugés dans une banlieue en grande majorité blanche et d'obtenir un verdict de non-culpabilité prononcé par un jury composé de dix Blancs, un Noir et un Hispanique, verdict qui a provoqué des émeutes qui firent plus de 50 morts.

[57] Brand, loc. cit. (*supra* note 55). Voir également J. R. Kramer, 67, *Tulane Law Review*,1725 (1993).

[58] Voir le commentaire de l'arrêt du 26 févier 2004 de la Commission européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Natchova* c. *Bulgarie* par B. Plese, "The Strasboug Court Finally Redresses Racial Discrimination", *Roma Rights Quarterly Journal*, European Roma Rights Center, n° 1, 2004, p. 109 et dans *A Handbook for Practitioners* (op. cit. *supra* note 9), p. 84.

41. En la normativa internacional de los derechos humanos, el elemento intencional no es factor determinante para probar que hubo discriminación; bastan sus efectos y en particular la repercusión desproporcionada[59]. En la práctica de los Estados, las desigualdades raciales no siempre se tienen en cuenta para probar la discriminación[60], no es fácil establecer una prueba por motivación racial y, aún cuando existan pruebas, éstas no son siempre accesibles a las víctimas[61]. La situación es más difícil todavía cuando la víctima debe probar que hubo discriminación ante una jurisdicción penal.

B. El lugar de la víctima en el proceso penal

42. La denuncia no es una diligencia fácil, en particular cuando la víctima pertenece a un grupo vulnerable, y sobre todo cuando la denuncia implica a agentes del Estado[62]. Así, las presiones, el poco entusiasmo de los abogados, la falta de información de las víctimas sobre el desarrollo del procedimiento, el carácter intimidante del aparato judicial[63] y la falta de apoyo durante el proceso penal contribuye a fortalecer la indecisión de las víctimas de iniciar o continuar gestiones ante la justicia. Tanto es verdad que muy pocos países proporcionan asistencia letrada a las víctimas. La lentitud y la torpeza del proceso judicial constituyen asimismo un problema que mina la confianza de las víctimas frente a la justicia. Estos obstáculos se explican, al menos en parte, por el lugar de la víctima en el proceso penal, en particular cuando ésta pertenece a una categoría social vulnerable.

43. En efecto, y como lo habíamos subrayado en los trabajos preparatorios, la justicia penal ha considerado durante mucho tiempo a la víctima como tercera parte en el proceso penal en prácticamente todos los sistemas jurídicos; algunas veces no es siquiera parte en el proceso. En ciertos derechos (*common law*), la víctima es un testigo ordinario en el proceso, no participa en el debate en audiencia, no puede constituirse en parte civil ante las jurisdicciones penales y debe prestar juramento antes de declarar. En otros sistemas, la víctima puede entablar acción civil ante las jurisdicciones penales, pero solamente cuando la fiscalía ya haya entablado acción.

Dans l'affaire *Chedli Ben Ahmed Karoui c. Suède*, requête n° 185/2001, le Comité contre la torture a indiqué que «l'importante documentation digne de foi fournie» renversait la charge de la preuve sur l'État partie (CAT/C/28/D/185/2001, par. 10).

[59] E/CN.4/2004/40, par. 8.

[60] Amnesty International, "Racism and the administration of justice", p. 16.

[61] *A Handbook for Practitioners* (op. cit. *supra* note 9), chap. IV, p. 124.

[62] Sur les pressions et les difficultés que rencontrent les membres des minorités qui décident de déposer plainte contre la police pour mauvais traitement, voir Panayote Dimitras, "Highly irregular police investigation into ill-treatment of Romany men by police officers", *Roma Rights Quarterly Journal*, European Roma Rights Center, n° 5, 2003, p. 138.

[63] Les étrangers en situation irrégulière et les victimes de traffic d'être humains comptent parmi les victimes qui appréhendent le plus tout contact avec la justice (E/CN.4/2002/5, par. 37 et suiv.).

Los países que han adoptado este sistema lo han dotado en general de una particularidad favorable a la víctima, que, en caso de que la causa sea desestimada y archivada por la fiscalía, puede recurrir al tribunal de apelación para que éste ordene a la fiscalía que ponga en marcha la acción pública. Un tercer grupo de legislación permite a la víctima actuar tanto por vía de acción, es decir, que puede paliar la inacción o la falta de la fiscalía y poner en marcha la acción pública, como puede actuar por vía de intervención, es decir, que se adhiere al proceso tras la puesta en marcha de la acción pública por la fiscalía[64].

44. No obstante, hay que señalar que el hecho de reconocer a la víctima el derecho de entablar acción pública no equivale a un ministerio público *bis*, porque su intervención no esta concebida para evitar la impunidad de presuntos culpables, si no únicamente para permitirle reclamar daños y perjuicios por un perjuicio ocasionado por una infracción. En los sistemas más ventajosos, los derechos de la víctima en el proceso penal se limitan a garantizarle esta finalidad. No se admite que la víctima se oponga o impugne una puesta en libertad, una condena leve o cualquier otra medida de clemencia concedida por el tribunal al acusado.

45. En derecho musulmán, la víctima y su familia tienen en cambio un papel central en el proceso penal, en particular cuando se trata de diligencias penales por atentados contra la vida o la integridad física. Para los países que aplican un derecho penal inspirado en la ancestral ley del talión, las diligencias penales, en caso de homicidio o de daños físicos, se someten a la decisión de la víctima o de su familia, que puede exigir que se inflija al culpable el mismo trato sufrido por la víctima ("Quassas") o aceptar una indemnización ("Diyeh") (el precio de la sangre). De no llegarse a un acuerdo entre la víctima y el autor, se determina la Diyeh conforme a una tarifa preestablecida, observándose que la Diyeh de una mujer se estima en la mitad de la de un hombre. Este mismo principio gravemente discriminatorio se aplica también a los "Dhimmis", minorías religiosas reconocidas en el derecho musulmán[65]. En aplicación de este principio, las minorías no reconocidas quedan *ipso facto* excluidas del derecho a una indemnización[66]. Las supervivencias de este papel tradicional favorable a la víctima generan otras desigualdades

---

[64] Voir à ce sujet *La procédure pénale comparée dans les systèmes modernes: rapports de synthèse des colloques de l'ISISC*, sous la direction de Cherif Bassiouni et Jean Pradel, 1998, Toulouse, Éditions Érès, p. 38.

[65] Rapport du Groupe de travail sur la détention arbitraire en République islamique d'Iran (E/CN.4/2004/3/Add.2), par. 26.

[66] C'est le cas notamment des Bahaïs en République islamique d'Iran. Dans un jugement rendu le 10 mars 2002 par la Cour de district de Minù-Dasht, la Cour a débouté les ayants droit des victimes de leur demande en indemnisation alors qu'elle a déclaré l'accusé coupable d'homicide et l'a condamné à trois ans d'emprisonnement. La Cour a motivé sa décision en ces termes: "*The members of the Bahà'ï sect are not considered as Dhimmi [i.e. Jews, Christians and Zoroastrians, recognized in the constitution] … Therefore, blood money is not applicable to them…[the Court] decided as to the issue of blood money, to clear the accused of any obligation*".

en materia de trato y discriminaciones que afectan a las personas desfavorecidas, a las minorías y sobre todo a las mujeres[67].

46. Se infiere de lo anterior que, aún a los sistemas jurídicos más ventajosos, el lugar de la víctima en el proceso penal sigue siendo en general secundario, lo que influye evidentemente en sus derechos y en su percepción de la justicia. Se ha demostrado así mediante sondeos e investigaciones que muy a menudo las víctimas no quedan satisfechas de la forma en que la justicia acoge sus quejas y del trato que reciben en el sistema de justicia penal. Las víctimas suelen describir el proceso penal como una experiencia traumática.

47. Entretanto y bajo el impulso del derecho internacional, los derechos del acusado han seguido consolidándose hasta llegar a un desequilibrio en el proceso penal. Así es que, a diferencia de las violaciones de los derechos del acusado que suelen entrañar la nulidad del procedimiento, la inobservancia de los derechos de la víctima no compromete en modo alguno el resultado de las diligencias judiciales. No entraña la inadmisibilidad de elementos de prueba ni impide una absolución. En el procedimiento penal en sí no se prevé sistema alguno de sanción caso de inobservancia de los derechos de la víctima[68].

48. La consolidación del lugar de la víctima en el proceso penal se inició en 1985 con la adopción por la Asamblea General de las Naciones Unidas de la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder, que garantiza a la víctima el derecho a estar presente en el proceso, a recibir asistencia para su defensa, a ser informada acerca de la evolución del proceso y a participar en el proceso de adopción de decisiones.

49. La jurisprudencia de los tribunales penales internacionales para la ex Yugoslavia y para Rwanda y el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional han introducido nuevas garantías en favor de las víctimas de los crímenes más graves[69]. Otros instrumentos internacionales vinculantes han venido a fortalecer los derechos de ciertas víctimas vulnerables, entre ellas las mujeres y los niños[70]. Esta evolución positiva ha conducido a la mayoría de los países a adoptar

---

[67] E/CN.4/2004/3/Add.2, par. 65 (5).

[68] Voir «Délinquants et victimes: obligation redditionnelle et équité de la procédure judiciaire», dixième Congrès des Nations Unies pour la prévention du crime et le traitement des délinquants (A/CONF.187/8), par. 16.

[69] Les nombreuses décisions prises jusqu'ici, surtout par le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, ont donné l'occasion aux juridictions pénales internationales de développer une jurisprudence constructive qui traduit la volonté d'efficacité et qui peut constituer un modèle pour les systèmes nationaux de procédure pénale. L'apport de cette jurisprudence concerne entre autres la protection des victimes et des témoins par la non-divulgation de leur identité. Voir le document de travail présenté par Françoise Hampson sur la criminalisation des actes de violence sexuelle graves et la nécessité d'ouvrir une enquête à leur sujet et d'en poursuivre les auteurs (E/CN.4/Sub.2/2004/12).

[70] Il s'agit, notamment, de la Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs mignants et des membres de leur famille, de la Convention des Nations Unies contre

reformas en su sistema de justicia penal, a fin de redefinir los derechos de la víctima y establecer mecanismos e instrumentos jurídicos en los que se tengan en cuenta los elementos fundamentales de la ética en relación con las víctimas[71].

50. Sólo que, como en el caso de las demás reglamentaciones y normas, se siguen presentando problemas y se presentan defectos a nivel de la aplicación, sobre todo cuando se trata de proteger a personas vulnerables.

C. La dimensión estructural de las prácticas discriminatorias de la policía y de otros participantes en el proceso penal

51. Cuando se examinan las violaciones de los derechos humanos en general y más particularmente las violaciones del derecho a la no discriminación en el sistema de justicia penal, se observa que las violaciones son más graves, más flagrantes y más corrientes a nivel de los servicios de seguridad, y sobre todo de la policía[72]. Algunos pretenden que no se trata más que de actos individuales y aislados, otros afirman que las violaciones cometidas por la policía son estructurales y reflejan las tendencias presentes en la sociedad. Es cierto que cuando existe en la sociedad un racismo endémico contra determinado grupo, éste se traduce con frecuencia en una estigmatización de dicho grupo por la policía, pero, más allá de los comportamientos individuales, está demostrado que también se han institucionalizado las sevicias policiales y el trato discriminatorio contra determinados grupos[73].

---

la criminalité transnationale organisée et de ses deux Protocoles additionnels, le Protocole visant à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants, et le Protocole contre le trafic illicite de migrants par terre, air et mer adoptés en novembre 2000 par l'Assemblée générale (ces instruments ne sont pas encore entrés en vigueur).

[71] Voir S. Frey, "Victim Protection in Criminal Proceedings: The Victim's Rights to Information, Participation and Protection in Criminal Proceedings", *Resources Material Series*, n° 63, UNAFEI, juillet 2004, p. 57.

[72] Solomi B. Bossa, juge de la High Court d'Ouganda et de la Cour de justice d'Afrique de l'Est dit à propos des abus de la police en Afrique: "*Police is often cited as big contributor to human rights abuse and injustice. The contributors factors are many and varied. Police is ill equiped, and is poorly facilitated. It lacks professionalism and is often corrupt. It is also largely prone to political interference and influence. This gravely affect the function of keeping law and order, as it often results in impartiality and inevitably persecution. It also affects the length and quality of investigations and the quality of crime justice*" (HR/NB/SEM.2/2002/BP.3).

[73] Dans "Reflection on racism and public policy", Rodolfo Svenhagen note que "*The youth of racial minorities have been particularly singled out through a process of "criminalization": in the United States for example Blacks and Latinos have been prominent victims of racial profiling and discrimination, and since the terrorist attacks of 11 September 2001, Arabs have become the newest targets of such practices. A number of countries began to see racism not as a series of isolated incidents, but rather as a patterned and structured social problem…The glogally excluded, the persistently poor, the hungry and the sick … are also the victims of discrimination on ethnic, racial and cultural grounds*" (UNIRISD [Institut des Nations Unies pour le développement social], *News Bulletin*, n° 25, automne/hiver 2002, p. 43).

52. Las políticas de "Blind colour, blind race" en la contratación figuran entre las discriminaciones estructurales que se traducen, en casi todos los países, en una representación deficiente de la minorías en la policía y en los demás servicios encargados de la aplicación de la ley. Esta deficiencia en la representación de las minorías coadyuva a la perpetuación de hipótesis estereotipadas fundadas en la raza, la etnia, el color, la religión, la ascendencia o el lugar de origen en la atribución de una propensión al acto criminal, la identificación de las tendencias a la delincuencia y de los lugares de concentración de ésta[74].

53. Las orientaciones de las políticas penales para luchar contra la delincuencia y garantizar el mantenimiento del orden y la seguridad influyen también en el comportamiento de los agentes de policía y en la existencia de los "perfiles raciales"[75]. En su informe a la Comisión de Derechos Humanos en su 60º período de sesiones, el Relator Especial sobre las formas contemporáneas de racismo y de discriminación racial e indica que "las autoridades de muchos países relacionan a algunas minorías raciales o étnicas con determinados tipos de delitos y comportamientos antisociales, como el tráfico de drogas, la inmigración ilegal y el robo callejero o en establecimientos comerciales [...] Al tratarse de una práctica generalizada en todos los continentes, pero, sobre todo, por la responsabilidad de las instituciones centrales de los aparatos del Estado encargados de hacer cumplir la ley y mantener el orden, el establecimiento de perfiles raciales o religiosos es una indicación alarmante de la fuerza de la cultura y la mentalidad racistas y discriminatorias en muchas sociedades"[76]. El Relator Especial sobre la cuestión de la tortura también se refiere al establecimiento de perfiles raciales en la práctica de la tortura[77]. La proporción de los miembros de grupos vulnerables que mueren en detención y de las víctimas de sevicias policiales no guarda muchas veces relación con la representación de esos grupos en la población[78].

---

[74] Daley, "Criminal law and justice system practices as racist, white, and racialised" (loc. cit. *supra* note 22).

[75] Plusieurs définitions ont été avancées pour cerner le phénomène dit de «délit de faciès» ou «profilage racial»; le Programme d'action de Durban en donne une (A/CONF.189/12, par. 72); l'Open Society Justice Initiative, qui s'est beaucoup investie pour lutter contre ce phénomène, le définit comme étant "*The use of racial or ethnic stereotypes by law enforcement officers as a factor in determining who has been, is or may be involved in criminal activity*" (présenté au Comité pour l'élimination de la discrimination raciale). La Commission ontarienne des droits de la personne (Canada) donne une définition plus complète du profilage: «Toute action prise pour des raisons de sûreté, de sécurité ou de protection du public qui repose sur des stéréotypes fondés sur la race, la couleur, l'ethnie, la religion, le lieu d'origine ou une combinaison de ces facteurs plutôt que sur un soupçon raisonnable, dans le but d'isoler une personne à des fins d'examen ou de traitement particulier» (rapport d'enquête sur le profilage racial au Canada, intitulé «Un prix trop élevé: les coûts humains du profilage racial», 2003, www.ohrc.on.ca).

[76] E/CN.4/2004/18, p. 7.

[77] Voir le paragraphe 52 intitulé "Race-related torture", rapport de mission en Espagne (E/CN.4/2004/56/Add.2) et rapport annuel (E/CN.4/2001/66, par. 4 à 11).

[78] Soumis par l'Open Society Justice Initiative au Comité pour l'élimination de la discrimination raciale, p. 7.

54. Fuentes fidedignas han demostrado y denunciado reiteradamente la dimensión institucional de discriminación y el establecimiento de perfiles raciales practicada por la policía a través de las estadísticas de las interpelaciones y de las detenciones en la vía pública de miembros de minorías tradicionalmente estigmatizadas, en la esfera de las infracciones por drogas, prostitución, delitos menores y por la concentración de la patrullas y de los controles en los barrios más pobres[79]. Pero cabe señalar sobre todo, en el contexto de la lucha que se viene realizando desde el 11 de septiembre de 2001 contra el terrorismo, que la estigmatización étnica de la minoría árabe y de los musulmanes de la región de Asia meridional se ha erigido en política oficial en los Estados Unidos en particular, aunque también en muchos otros países[80].

55. La dimensión institucional de las prácticas discriminatorias imputadas a la policía y a otros servicios encargados de la aplicación de la ley también es consecuencia de la combinación de varios factores. Pueden señalarse entre otros: la amplitud de los poderes dotados a la policía para luchar contra la delincuencia y garantizar el mantenimiento del orden y de la seguridad, la insuficiencia de los medios puestos a su disposición, el tipo de control que se ejerce sobre la policía, la existencia o inexistencia de recursos eficaces y de medidas positivas para prevenir y sancionar la violación de los derechos de los más vulnerables.

56. Cuando la policía goza de amplios poderes discrecionales, cuando es la única autoridad habilitada para investigar las violaciones imputadas a sus agentes, cuando no existen mecanismos de control externo o cuando dichos mecanismos no están efectivamente facultados para sancionar y poner fin a las violaciones, pero sobre todo cuando el hecho de quejarse entraña riesgos considerables sin garantía de éxito, son inevitables los abusos y se asegura la impunidad porque el propio sistema la fomenta[81]. En ciertas situaciones, no se trata solamente de ineficacia, de insuficiencias o de incapacidad real, sino de una voluntad de discriminar o de reprimir a ciertos grupos sociales[82].

---

[79] Au Royaume-Uni, l'enquête concernant le meurtre de Stephen Lawrence conclut en 1999 que l'"institutional racism" était "a corrosive disease" au sein du Metropolitan Police Service et d'autres services de police "countrywide" (travaux publiés par l'Open Society Justice Initiative). Voir également "The Stories, the Statistics and the Law: Why 'Driving While Black' Matters", 84 *Minn. L. Rev.* 265 (1999); Human Rights Watch, "Abusing the User: Police Misconduct, Harm Reduction and HIV/Aids in Vancouver" (2003) et les rapports de la Commission européenne contre le racisme et l'intolérance (ECRI).

[80] Voir, entre autres, Deborah A. Ramirez, Jennifer Hoopes et Tara Lai Quinlan, "Defining Racial Profiling in a Post-September 11 World", 40 *Am. Crim. L. Rev.* 1195 (2003) et le rapport publié en février 2004 par l'American Civil Liberties Union (ACLU) intitulé "Sanctionned Bias: Racial Profiling since 9/11".

[81] Voir H. C. Kelman, "The policy context of torture: A social-psychological analysis" dans *International Review of the Red Cross*, vol. 87, n° 857, mars 2005, p. 123. Voir également "Monotoring the right for an effective remedy for human rights violation", Asian Human Rights Commission, mars 2001.

[82] Voir "International Human Rights References to Non-Discrimination on the Ground of Sexual Orientation" (op. cit. *supra* note 49). Voir également deux publications d'amnesty International:

57. Los Estados suelen invocar la ausencia o la escasez de quejas para negar la existencia de violaciones, de la discriminación y del racismo. En el anteproyecto de recomendación general sobre la prevención de la discriminación racial en la administración y el funcionamiento de la justicia penal, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial señala a propósito que, "[contrariamente a lo que piensan algunos Estados], la inexistencia o el escaso número de denuncias, enjuiciamientos y sentencias por actos de discriminación [...] no debería considerarse como necesariamente positivo [...] También puede revelar una información insuficiente de las víctimas acerca de sus derechos, el temor a la reprobación social o represalias, la inquietud por parte de víctimas con recursos limitados ante el coste y la complejidad de la justicia, la falta de confianza en los órganos policiales y judiciales, o bien, la atención o sensibilización insuficientes de estas autoridades frente a las infracciones teñidas de racismo"[83].

58. Las discriminaciones no son privativas de la policía, también las practican otros participantes en el proceso penal. Por estar los grupos minoritarios mal representados en la administración de la justicia, los estereotipos de los agentes de policía frente a ciertos grupos se reflejan en las decisiones de los formuladores de la políticas penales, de los fiscales y de los jueces. De hecho, se ha establecido que las infracciones relativas a miembros de grupos estigmatizados o marginados han de ser sancionadas con mayor severidad[84]. El impacto desproporcionado sobre las poblaciones autóctonas y sobre ciertos grupos estigmatizados por la delincuencia del sistema a de penas mínimas y de detención obligatoria aplicado en ciertos países a determinadas infracciones confirma esta tendencia[85]. Las estadísticas y los datos fácticos demuestran que, en la aplicación de la pena de muerte, la raza, el color y el lugar de origen son factores determinantes[86]. También se ha establecido que las disparidades en materia de encarcelamiento son consecuencia de políticas penales intencionadas y de una tendencia a enjuiciare y encarcelar con más frecuencia a los miembros de grupos vulnerables[87].

Them and us: fighting discrimination and preventing torture (2001) et *Identité sexuelle et persécution* (2001).

[83] Version de septembre 2004, p. 4, par. 2.

[84] Voir "Punishment and Prejudice, Racial Disparities in the War on Drugs", Human Rights Watch (rapport, mai 2000).

[85] J. Bessant, "Australia's mandatory sentencing laws, ethnicity and human rignts", p. 369 et suiv., *International Journal on Minority and Group Rights 2001, Netherlands*. Voir également "Punishment and Prejudice, Racial Disparities in the War on Drugs" (op. cit. *supra* note 84).

[86] Soumis par l'Open Society Justice Initiative au Comité pour l'élimination de la discrimination raciale, p. 8.

[87] The Sentencing Project, "Comparative International Rates of Incarceration: An Examination of Causes and Trends", présenté à l'U.S. Commission on Civil Rights, 2003, p. 14.

IV. CONCLUSIÓN

59. En el documento de trabajo final E/CN.4/Sub.2/2002/5 se ha demostrado que las discriminaciones *de jure* y las discriminaciones institucionales dimanan de la cooperación interestatal en materia penal. El presente informe se centra en el análisis de las discriminaciones institucionales y estructurales en el sistema nacional de justicia penal y en los aspectos que demuestran que la discriminación no es solamente conductual o de hecho y no proviene únicamente de las normas de derecho que aplican los sistemas nacionales de justicia penal. La atracción del derecho penal sustantivo y del derecho procesal a la garantía de las derechos fundamentales consagrados por fuentes supranacionales se ha tomado como referencia para detectar las discriminaciones directas e indirectas que afectan gravemente el goce de los derechos fundamentales de los grupos vulnerables.

60. Habida cuenta de las normas que limitan la longitud de los documentos y del reajuste efectuado para cumplir con lo estipulado en la resolución 2004/24 de la Subcomisión, no se han examinado ciertas cuestiones que tendrían que haberse tratado en esta fase del estudio. Esto se aplica, en particular, a los tratos discriminatorios en la administración penitenciaria y a la discriminación abordada teniendo en cuenta la perspectiva de género. Estas cuestiones se estudiarán en el informe final. Sin embargo, se consagrará una parte esencial del informe a las buenas prácticas adoptadas a nivel internacional, regional y nacional para luchar eficazmente contra la discriminación en el sistema de justicia penal. Se formularán recomendaciones para promover y aplicar las mejores prácticas que se determinen.